

BETRIEBSÜBERGANG IM NACHLASS UND KONKURS

■ Kurt Meier
Rechtsanwalt, Zürich

Arbeitsverhältnisse gehen auch bei Konkurs und im Nachlassverfahren vom alten auf den neuen Betriebsinhaber über. Die Argumentation, Art. 333 OR sei in diesen beiden Fällen nicht anwendbar, weil sonst Betriebe nicht mehr übernommen und viele Arbeitsplätze verloren gehen würden, ist Schwarzmalerei. Durch Vereinbarungen beim Betriebsübergang mit den Arbeitnehmern und den Sozialpartnern ist es durchaus möglich, die Folgen von Art. 333 OR abzufedern.

Seit dem 1. Mai 1994 ist Art. 333 OR im Rahmen des so genannten Swisslex-Programmes neu formuliert. Laut der neuen Bestimmung geht bei Übertragung eines Betriebs oder eines Betriebsteiles auf einen Dritten das Arbeitsverhältnis mit allen Rechten und Pflichten mit dem Tage der Betriebsnachfolge auf den Erwerber über, sofern der Arbeitnehmer den Übergang nicht ablehnt. Unter altem Recht konnte der Erwerber eines Betriebes die Übernahme der Arbeitsverhältnisse ablehnen. Nach geltendem Recht folgt das Arbeitsverhältnis von Gesetzes wegen der Betriebsübernahme und nur der Arbeitnehmer hat ein Ablehnungsrecht (Art 333 I OR).¹

Der Übergang des Arbeitsverhältnisses hat zwei wesentliche Folgen. Nach Art. 333 I^{bis} OR muss der Erwerber einen geltenden Gesamtarbeitsvertrag während eines Jahres einhalten. Noch einschneidender ist die Bestimmung in Art. 333 III OR, wonach der bisherige Arbeitgeber und der Erwerber des Betriebes solidarisch für Forderungen des Arbeitnehmers haftet, die vor dem Übergang fällig geworden sind und die nachher bis zum Zeitpunkt fällig werden, auf den das Arbeitsverhältnis ordentlicherweise beendet werden könnte oder bei Ablehnung des Übergangs durch den Arbeitnehmer beendet wird.

Art. 333 OR ist eine der spannendsten und umstrittensten Bestimmungen im Arbeitsvertragsrecht, die fast mehr Probleme geschaffen als geregelt hat. Angefangen haben die Probleme schon unter dem alten Recht bei der Frage, ob Art. 333 OR auch bei der Universalsukzession (Fusion) gelte oder nur bei Betriebsübernahmen mit Singularsukzession. Die Lehre hat dazu praktisch alle möglichen Varianten von der unmittelbaren Geltung der analogen Geltung über die teilweise Geltung bis hin zur Nichtgeltung vertreten.²

Umstritten war auch die Frage des Verhältnisses von Art. 333 OR zur Insolvenzenschädigung gemäss Art. 51 AVIG, besonders die Frage, ob Insolvenzenschädigung bei einem Betriebsübergang geschuldet ist oder ob sich der Arbeitnehmer an den neuen Arbeitgeber zu halten hat.³ Auch die Frage des Kündigungsschutzes beim Betriebsübergang wirft Probleme auf, ist die Kündigung einer Belegschaft aufgrund einer bevorstehenden Betriebsübernahme gültig oder nicht?⁴ Offene Fragen bleiben auch bei der Weitergeltung von Gesamtarbeitsverträgen insbesondere hinsichtlich der schuldrechtlichen und indirekt schuldrechtlichen Bestimmungen und allfälligen Tarifkonkurrenzen.⁵ Auch hinsichtlich des zwingenden Charakters von Art. 333 OR bestehen unterschiedliche Auffassungen.⁶ Unklar war auch, ob ein Übergang des Arbeitsverhältnisses ein Rechtsgeschäft direkt zwischen dem alten und neuen Arbeitgeber voraussetzt.⁷

Sehr aktuell und wirtschaftlich wohl am wichtigsten ist die Frage, ob die Bestimmungen von Art. 333 OR auch bei Betriebsübernahmen im Rahmen von Konkurs- und Nachlassverfahren, allenfalls schon bei vorangehenden Sanierungen von wirtschaftlich notleidenden Unternehmen Geltung haben und zur Anwendung kommen oder ob hier ein anderes, und dann welches, Recht zur Anwendung gelangen soll.

Auf den ersten Blick, gestützt auf den Wortlaut von Art. 333 OR, besteht kein Anlass zur Nichtanwendung der Bestimmungen im Konkurs und im Nachlassverfahren.⁸ Der wirtschaftliche Druck, die als Stolperstein⁹ für Sanierungen von maroden Firmen erachtete Bestimmung im Konkurs- und Nachlassverfahren nicht anzuwenden, ist allerdings sehr gross. Ob diesem Druck bei der Auslegung von Art. 333 OR Rechnung getragen werden

kann oder muss, dieser Frage soll im Rahmen des vorliegenden Beitrages nachgegangen werden.

1. ART. 333 OR UND SEINE GESCHICHTE

Artikel 333 OR lautet:

1 Überträgt der Arbeitgeber den Betrieb oder einen Betriebsteil auf einen Dritten, so geht das Arbeitsverhältnis mit allen Rechten und Pflichten mit dem Tage der Betriebsnachfolge auf den Erwerber über, sofern der Arbeitnehmer den Übergang nicht ablehnt.

^{1a} Ist auf das übertragene Arbeitsverhältnis ein Gesamtarbeitsvertrag anwendbar, so muss der Erwerber diesen während eines Jahres einhalten, sofern er nicht vorher abläuft oder infolge Kündigung endet.

2 Bei Ablehnung des Überganges wird das Arbeitsverhältnis auf den Ablauf der gesetzlichen Kündigungsfrist aufgelöst; der Erwerber des Betriebes und der Arbeitnehmer sind bis dahin zur Erfüllung des Vertrages verpflichtet.

3 Der bisherige Arbeitgeber und der Erwerber des Betriebes haften solidarisch für die Forderungen des Arbeitnehmers, die vor dem Übergang fällig geworden sind und die nachher bis zum Zeitpunkt fällig werden, auf den das Arbeitsverhältnis ordentlicherweise beendet werden könnte oder bei Ablehnung des Überganges durch den Arbeitnehmer beendet wird.

4 Im übrigen ist der Arbeitgeber nicht berechtigt, die Rechte aus dem Arbeitsverhältnis auf einen Dritten zu übertragen, sofern nichts anderes verabredet ist oder sich aus den Umständen ergibt.

Bis zur grossen Revision des Arbeitsvertragsrechts 1972 kannte das OR keine Bestimmungen zum Betriebsübergang. Mit der Revision wurde mit Art. 333 eine besondere Regelung zum Betriebsübergang ins OR eingefügt. Danach ging das Arbeitsverhältnis auf den Erwerber des Betriebes über, wenn dies mit dem Veräusserer vereinbart war und der Arbeitnehmer den Übergang nicht ablehnte. Eine Bestimmung zur

Weitergeltung eines allfälligen Gesamtarbeitsvertrages fehlte. Die weiteren Bestimmungen waren identisch mit der heutigen Regelung, insbesondere auch die Bestimmung zur Solidarhaft gemäss geltendem Art. 333 III OR.

Die kleine aber einschneidende Änderung im Rahmen der Swisslex-Revision 1994 bestand nur darin, dass der Übergang des Arbeitsverhältnisses nicht mehr vom Einverständnis des Betriebserwerbers abhängig war, sondern automatisch von Gesetzes wegen erfolgt.¹⁰ Dieser Automatismus verbunden mit dem zwingenden Charakter der Bestimmung zur Solidarhaft ist die Neuerung, welche heute so viel Kopfzerbrechen verursacht. Auch die Weitergeltung eines allfälligen Gesamtarbeitsvertrages hat in neuester Zeit (zum Beispiel Swissair/Swiss) Probleme verursacht, nicht wegen der Friedenspflicht, welche bei Betriebsübergängen durchaus als förderlich empfunden wird, sondern aufgrund von Abgangsentschädigungen und Sozialplänen, die zunehmend in Gesamtarbeitsverträgen integriert sind.

Mit der Revision 1992 sollten die Bestimmungen zum Übergang des Arbeitsverhältnisses unbestrittenermassen der Betriebsübergangsrichtlinie des EG-Ministerrates angepasst werden.¹¹ Damit erlangt auch die europäische Praxis zum Betriebsübergang bei der Auslegung von Art. 333 OR eine gewisse Bedeutung.¹²

2. SANIERUNG, KONKURS UND NACHLASSVERFAHREN

Durch den Automatismus des Übergangs des Arbeitsverhältnisses gemäss Art. 333 OR ist der Betriebserwerber in seiner wirtschaftlichen Freiheit hinsichtlich der Übernahme der Arbeitsverhältnisse eingeschränkt. Bei der Übernahme oder der Fusion von wirtschaftlich

¹ Thomas Geiser, Betriebsübergang und Massenentlassung im Zusammenhang mit Zwangsvollstreckungsverfahren, in: Zivilprozessrecht, Arbeitsrecht, Kolloquium zu Ehren von Prof. A. Staehelin (FS Staehelin), Zürich 1997, S. 103.

² Vgl. Rehbindler, Berner Kommentar, Art. 333 N. 3; Bernhard Holdermann, Der Übergang des Arbeitsverhältnisses nach schweizerischem Recht, ArbR 1991, S. 56; Vischer, Der Arbeitsvertrag, Basel 1994, S. 156; Christian Suffert, Der Schutz des Arbeitnehmers bei Betriebsübergang, Diss. Zürich 1999, S. 46; Michael E. Winkler, Unternehmensumwandlung und ihre Auswirkung auf Arbeitsverträge, Bern 2001, S. 6 ff.; Streiff/von Kaenel, Kommentar Arbeitsvertrag, Art. 333 OR, N. 7; Jürg Knus, Betriebsübergang und Arbeitsverhältnis nach schweizerischem Recht, Diss. Zürich 1978, S. 99; zur Regelung im Entwurf zum Fusionsgesetz vgl. Christian J. Meier-Schatz, Einführung in das neue Fusionsgesetz, AJP 2002, S. 527.

³ BGE 127 V 187; Hans-Ulrich Stauffer, Insolvenzenschädigung nach Art. 51 AVIG, AJP 2001, S. 1222.

⁴ Vgl. Chambre d'appel des prud'hommes du canton de Genève, Urteil vom 15. Juni 2000, in: JAR 2001, S. 261.

⁵ Roland A. Müller, Die Arbeitnehmervertretung, Bern 1999, S. 272 ff.; ders., Die neuen Bestimmungen über den Betriebsübergang, AJP 1999, S. 151.

⁶ Michael E. Winkler, a. a. O., S. 95.

⁷ Vgl. BGE 123 III 466.

⁸ Michael E. Winkler, a. a. O., S. 103.

⁹ Hans Hofstetter, Zur Anwendbarkeit von Art. 333 OR bei Unternehmenssanierungen oder «Von der Kunst über die eigenen Beine zu stolpern», AJP 1998, S. 926.

¹⁰ Michael E. Winkler, a. a. O., S. 29.

¹¹ Michael E. Winkler, a. a. O., S. 29; Jean-Fritz Stöckli, Schweizerisches Arbeitsrecht und europäische Integration, ZSR 1993, S. 87 ff.

¹² Beat Denzler, Zur Tragweite von Art. 333 OR, in: recht 1998, S. 68; Hans Hofstetter, a. a. O., S. 931.

gesunden Unternehmen ist diese Einschränkung kaum ein Problem. Dagegen kann die Übernahme von wirtschaftlich schwachen, schuldenbeladenen Betrieben am Automatismus des Übergangs der Arbeitsverhältnisse und der Solidarhaftung scheitern. Aus der Sicht des Erwerbers wäre es in diesen Fällen selbstverständlich wünschenswert, nicht noch allfällige Schulden aus den bestehenden Arbeitsverhältnissen übernehmen zu müssen. In folgenden Fällen kann sich diese Problematik aktualisieren:

2.1 Konkurs

Eine Konkursöffnung kann für die Arbeitsverhältnisse sehr unterschiedliche Folgen haben.¹³ In der Regel wird das Arbeitsverhältnis im Konkursfall aufgelöst, sei es durch ordentliche Kündigung seitens des Arbeitgebers, sei es durch Kündigung (oder fristlose Kündigung vor dem Konkurs) durch den Arbeitnehmer. Bei diesen Sachverhalten bleibt Art. 333 OR ohne Bedeutung.

Die Konkursverwaltung kann jedoch auch in das Arbeitsverhältnis eintreten¹⁴ und ein Betrieb oder Betriebsteil kann aus dem Konkurs einem Dritten zugeschlagen oder durch Freihandverkauf übertragen werden.¹⁵ In allen diesen Sachverhalten kommt es zu Betriebsübergängen, bei welchen sich die Frage der Anwendung von Art. 333 OR stellt.

2.2 Nachlassverfahren

Das SchKG kennt den ordentlichen Nachlassvertrag (Prozentvergleich) und den Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung (Art. 314 oder 317 SchKG).

Beim Prozentvergleich verzichten die Gläubiger auf einen Teil ihrer Forderungen, der so sanierte Betrieb wird weitergeführt. Die Frage der Anwendung von Art. 333 OR stellt sich bei diesem Sachverhalt nicht.

Bei Nachlass mit Vermögensabtretung (Art. 317 SchKG) wird den

Gläubigern das Verfügungsrecht über das schuldnerische Vermögen eingeräumt oder dieses Vermögen wird einem Dritten ganz oder teilweise abgetreten. Dabei kann es zu Betriebsübergängen kommen, bei denen sich die Frage der Anwendung von Art. 333 OR stellt.¹⁶

2.3 Sanierung

Häufig kommt es vorgängig der Konkursöffnung oder Nachlassstundung zu Veräusserungen von Betrieben oder Betriebsteilen an Dritte zwecks Sanierung. Auch bei solchen Sachverhalten wird die Anwendung von Art. 333 OR diskutiert.¹⁷

3. DER STAND VON LEHRE UND RECHTSPRECHUNG

3.1 Rechtsprechung

Eine höchstrichterliche Rechtsprechung zur Anwendung von Art. 333 OR in Sanierungsfällen, insbesondere bei Konkurs und im Nachlassverfahren, existiert bis heute nicht. Bekannt ist einzig ein Beschluss der kantonalen Schiedskommission für Arbeitslosenversicherung Basel-Stadt vom 22. April 1999,¹⁸ welcher besagt, dass Art. 333 OR keine Anwendung findet, wenn ein Betrieb oder ein Betriebsteil durch die Konkursverwaltung auf einen Dritten übertragen wird. Dieser Beschluss und seine mehr politische denn rechtliche Begründung wurden nachfolgend in der Lehre heftig kritisiert,¹⁹ sodass wir bis heute von einer gefestigten Rechtsprechung zum Problem meilenweit entfernt sind.

3.2 Nichtanwendung im Konkurs und Nachlassverfahren

Spühler/Imfanger gelangen in ihrer Abhandlung zum Schluss, dass Art. 333 OR weder im Konkurs noch im Nachlassverfahren Anwendung findet. Ausgangspunkt dieser Auffassung ist eine rechtspolitische. Art. 333 OR sei eine Arbeitnehmer-

schutznorm. Würden aber freihändiger Erwerb von Betrieben und Betriebsteilen aus dem Konkurs und entsprechende Übergänge im Rahmen von Nachlassverträgen mit Vermögensabtretung wirtschaftlich zu sehr belastet, so würden sie unmöglich. Dies führe zu Arbeitsplatzverlust und widerspreche letztlich dem Schutzzweck von Art. 333 OR.²⁰ Diese wirtschaftspolitische Argumentation wird aber auch rechtlich untermauert, im Wesentlichen mit folgenden Begründungen:

■ Der Zuschlag im Konkurs sei ein vollstreckungsrechtlicher Vorgang und keine rechtsgeschäftliche Übertragung. Eine Übertragung gemäss Art. 333 OR liege auch nicht vor, weil der Betrieb mangels Verfügungsmacht nicht mehr vom (ursprünglichen) Arbeitgeber übertragen werde, sondern von der Konkursverwaltung.

■ Auch beim freihändigen Verkauf im Konkurs erfolge dieser durch die Konkursverwaltung und nicht durch den Arbeitgeber, wie von Art. 333 OR verlangt.²¹ Konkursrechtlich seien überdies Zwangsversteigerung und freihändiger Verkauf dasselbe, was sich schon daraus ergebe, dass der Abschluss des Freihandverkaufes nur mittels Beschwerde angefochten werden könne.

■ Freihandverkauf und alle anderen Verwertungshandlungen im Konkurs stellten einen öffentlich-rechtlichen Akt dar und kein privates Rechtsgeschäft.

■ Der Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung sei eine Form der Zwangsvollstreckung und gemäss Bundesgericht eine abgeschwächte Form des Konkurses. Beim Übergang eines Betriebes kraft eines Nachlassvertrages mit Vermögensabtretung handle es sich deshalb nicht um einen privatrechtlichen Vorgang. Zudem gehe das SchKG als öffentlich-rechtliches Spezialgesetz für Sanierungen oder Zwangsvollstreckung dem OR vor.

Noch einen guten Schritt weiter geht Camponovo²², wenn er geltend macht, dass eine Sanierung über Auffanggesellschaften praktisch nicht mehr möglich sei, wenn Art. 333 OR auch im Sanierungsfall Anwendung finde. Da Betriebsübernahmen aus einer Konkurs- oder Nachlassmasse eher seltene Fälle sind, weitet Camponovo die Nichtanwendung von Art. 333 OR generell auf Sanierungen vor einem Konkurs aus. Nach seiner Definition liegt ein Sanierungsfall dann vor, wenn die Sanierungsplanung mit hoher Wahrscheinlichkeit von der Einleitung eines Zwangsvollstreckungsverfahrens über die Rumpfgesellschaft ausgeht. Rechtlich argumentiert Camponovo allgemein mit dem Vorrang des SchKG gegenüber dem privaten Arbeitsvertragsrecht.

Für einen Vorrang des SchKG vor dem privaten Arbeitsrecht nimmt auch Vollmar²³ Stellung. Auch nach dieser Auffassung würde die Anwendung von Art. 333 OR auf rechtsgeschäftliche Unternehmensverkäufe in einem Nachlass- oder Konkursverfahren die Chancen eines Unternehmensverkaufes erheblich mindern. Zudem hätte die Anwendung von Art. 333 OR nach Vollmar eine Bevorzugung der Arbeitnehmer zur Folge, die erheblich über die konkursrechtliche Privilegierung hinausginge. Eine solche weitergehende Bevorzugung sei mit der Revision von Art. 333 OR nicht beabsichtigt gewesen, zumal das SchKG als öffentlich-rechtliche Spezialnorm den Bestimmungen des OR vorgehe.

Im Zusammenhang mit Swissair/Swiss widmete sich auch das Bundesamt für Justiz mit einem Gutachten²⁴ nicht ganz uneigenützig der Frage der Anwendbarkeit von Art. 333 OR in einem Insolvenzverfahren. Das Gutachten gelangt zum Schluss, dass die grammatikalische, historische, systematische und teleologische Auslegung keine eindeutige Antwort auf die Frage liefere, ob

Art. 333 I OR in einem Insolvenzverfahren Anwendung findet oder nicht. Dieser Befund wird dann frei dahingehend interpretiert, dass Raum für die Nichtanwendung bestehe, umso mehr, als das Verfahren unter behördlicher Aufsicht stehe. Zum Schutz der Arbeitnehmer (und wohl auch zum Schutz der eigenen Bundesmillionen) meinte das Bundesamt, dass Art. 333 I OR im konkreten Fall Swissair/Swiss nicht Anwendung finden sollte. Dieses Gutachten ist klarerweise ein Parteigutachten ohne verbindliche Objektivität, die verschiedenen Rechtsstandpunkte sind im Gutachten jedoch umfassend dargelegt.

Zusammenfassend kann zu den Lehrmeinungen, welche die Anwendung von Art. 333 OR im Konkurs und Nachlassverfahren verneinen, verkürzt festgehalten werden, dass einerseits wirtschaftlich mit der Erschwerung von Sanierungsvorhaben und andererseits mit dem Vorrang des öffentlich-rechtlichen SchKG gegenüber dem privatrechtlichen OR argumentiert wird.

3.3 Vermittelnde Lehrmeinungen

Wie bei der geschilderten Sachlage nicht anders zu erwarten ist, gibt es bei der Frage der Anwendung von Art. 333 OR im Konkurs und Nachlassverfahren auch Lehrmeinungen, die weder Ja noch Nein, sondern salomonisch Jein sagen.

Ausführlich hat sich Geiser²⁵ mit der Frage der Anwendbarkeit von Art. 333 OR im Konkurs auseinandergesetzt. Auch Geiser geht davon aus, dass sowohl öffentliche Versteigerung als auch Freihandverkauf im Konkurs öffentlich-rechtliche Akte sind. Nach seiner Auffassung steht dieser öffentlich-rechtliche Charakter der Anwendbarkeit von Art. 333 OR nicht zwingend entgegen, weil auch im Konkurs der Erwerber den Betrieb freiwillig, in Kenntnis aller Risiken, übernehme. Geiser lehnt

¹³ Vgl. dazu Kurt Meier, Lohnforderungen im Konkurs, Plädoyer 1998, S. 39.

¹⁴ Kurt Meier, a. a. O., S. 40.

¹⁵ Karl Spühler / Dominik Imfanger, Betriebsübergänge und Arbeitsverträge in der Zwangsvollstreckung – Anwendung von Art. 333 OR im Konkurs und Nachlassvertrag, in: Schuldbetreibung und Konkurs im Wandel (FS 75 Jahre Konferenz der Betreibungs- und Konkursbeamten der Schweiz), Basel 2000, S. 228 f.

¹⁶ Karl Spühler / Dominik Imfanger, a. a. O., S. 230; Ursula Fuchs, Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung an einen Dritten, Basel 1999, S. 58 ff.

¹⁷ Ricco A. Camponovo, Übernahme von Arbeitsverhältnissen gemäss Art. 333 OR bei Unternehmenssanierungen, Schweizer Treuhänder 1998, S. 1419.

¹⁸ Vgl. JAR 2001, S. 256 ff.

¹⁹ Franco Lorandi, Betriebsübernahmen gemäss Art. 333 OR im Zusammenhang mit Sanierungen im Zwangsvollstreckungsverfahren, in: Schuldbetreibung und Konkurs im Wandel (FS 75 Jahre Konferenz der Betreibungs- und Konkursbeamten der Schweiz), Basel 2000, S. 101.

²⁰ Karl Spühler / Dominik Imfanger, a. a. O., S. 231.

²¹ Diese Auffassung steht allerdings im Widerspruch zur aktuellen Rechtsprechung des Bundesgerichts, vgl. BGE 123 III 466; Art. 333 OR stellt nicht auf den rechtsgeschäftlichen Erwerb, sondern auf den Betriebsübergang ab.

²² Vgl. Fn. 17.

²³ Alexander Vollmar, BS-Kommentar SchKG, Art. 298 N. 18.

²⁴ Heinrich Koller, Bundesamt für Justiz, Gutachten zur Anwendbarkeit von Art. 333 OR in einem Insolvenzverfahren, vom 12. Oktober 2001.

²⁵ Vgl. Fn. 1.

auch den Vorrang des SchKG gegenüber dem OR ausdrücklich ab, weil auch im Konkurs grundsätzlich vom Bestand des materiellen Rechts auszugehen sei.²⁶

Demgegenüber führt nach Geiser die teleologische Auslegung von Art. 333 OR zu einem differenzierten Ergebnis. In der Weiterführung des Arbeitsverhältnisses durch die Konkursverwaltung sieht Geiser keinen Betriebsübergang, sondern eine Fortführung des Arbeitsverhältnisses mit allen Rechten und Pflichten durch die Masse. Bei der Übernahme des Betriebes durch einen Dritten ist für Geiser die aus der grammatikalischen Auslegung gewonnene Erkenntnis dagegen unbefriedigend, weil es auf der Hand liege, dass bei einer uneingeschränkten Anwendung von Art. 333 OR bei einer Betriebsübernahme aus einem Konkurs diese scheitern müsse, wenn Arbeitnehmerforderungen ausstehend sind, was regelmässig zutreffen werde. Nach Geiser bezweckt Art. 333 OR zwar nicht, Betriebsübernahmen zu fördern, dennoch sei es ein gesetzgeberischer Fehlentscheid, wenn mit dieser Norm die Übernahme und damit die Rettung von Arbeitsplätzen geradezu verunmöglicht werde. Geiser geht deshalb von einer echten Gesetzeslücke aus, welche möglichst textgetreu zu füllen sei.

Und folgendermassen sieht dann diese textgetreue Lückenfüllung aus: Wer aus einem Konkurs einen Betrieb übernimmt, ist damit an die entsprechenden Arbeitsverträge gebunden und kann deren Weitergeltung nicht ablehnen. Es gelten auch die Gesamtarbeitsverträge weiter. Die Arbeitnehmer können den Übergang ablehnen. Der Unternehmer haftet aber nicht solidarisch für die Forderungen aus dem Arbeitsverhältnis, die vor der Konkurseröffnung entstanden sind. Diese Forderungen sind ausschliesslich aus der

Konkursmasse zu befriedigen, und es besteht gegenüber der Arbeitslosenkasse ein Anspruch auf Insolvenzentschädigung. Art. 333a OR (Mitwirkungsrechte) findet im Konkurs keine Anwendung, weil das Konkursverfahren die Mitwirkungsrechte selber regelt.²⁷

Als Resultat ist festzuhalten, dass Geiser mittels der textgetreuen Lückenfüllung ein neues Recht für den Betriebsübergang im Konkursverfahren kreiert. Im Nachlassverfahren sieht Geiser demgegenüber keinen lückenfüllenden Regelungsbedarf, da die aufgelaufenen Forderungen der Arbeitnehmer regelmässig vom bisherigen Arbeitgeber gedeckt werden können. Wäre das nicht der Fall, wäre der Arbeitgeber nicht nachlasswürdig, was einen Konkurs unumgänglich machen würde.²⁸

Zu einem ähnlichen Resultat wie Geiser gelangt ein Jahr später auch Hofstetter²⁹ ebenfalls mittels Lückenfüllung, die er als Auslegung contra verba legis bezeichnet. Auch nach Hofstetter haftet der Unternehmer nicht für noch offene Lohnforderungen oder nicht abgelieferte Versicherungsbeträge, andererseits aber für sämtliche Ansprüche des Arbeitnehmers, für welche die Dauer des Arbeitsverhältnisses massgebend ist (Kündigungsfrist, Abgangsent-schädigung, sogar Ferien- und Überzeitguthaben). Allerdings will Hofstetter diese Auslegung nicht nur auf die Betriebsübernahme im Konkurs angewendet wissen, sondern analog zu Camponovo für alle Übernahmen sanierungsbedürftiger Firmen.

Zusammenfassend kann für alle Lückenfüller gesagt werden, dass sie versuchen, die Interessen von Arbeitnehmern und Übernehmern gegeneinander abzuwägen und in höchst freier Lückenfüllung diejenigen Folgen von Art. 333OR übernehmen oder ablehnen, die sie einer sinnvollen Sanierung als nicht schädlich oder hinderlich beurteilen.

3.4 Die wortgetreue Auslegung

Nüchterner, und ohne mittels Lückenfüllung einen vermeintlichen Beitrag zur Bekämpfung der allgemeinen Arbeitslosigkeit meinen leisten zu müssen, behandelt Lorandi³⁰ die Geltung von Art. 333 OR im Sanierungsfall sehr eingehend.

Als Erstes scheidet Lorandi die Sachverhalte aus, wo es nach seiner Meinung gar nicht zu einem Wechsel der Trägerschaft kommt, somit kein Betriebsübergang stattfindet und sich die Frage der Anwendung von Art. 333 OR damit gar nicht stellt. Diese Sachverhalte sind: Konkurseröffnung, Bewilligung der Nachlassstundung, Genehmigung des Nachlassvertrages durch den Nachlassrichter (auch beim Liquidationsvergleich), Beschluss der Konkursverwaltung, der Liquidatoren, des Gläubigerausschusses oder der zweiten Gläubigerversammlung, den Betrieb des Gemeinschuldners weiterzuführen.

Dementsprechend stellt sich die Frage der Anwendung nur bei folgenden Sachverhalten: Der Sanierung durch Verkauf an einen Dritten ausserhalb des Konkurses, der Veräusserung eines Betriebes im Rahmen der Verwertung im Konkurs oder beim Liquidationsvergleich, der Veräusserung während der Nachlassstundung mit Zustimmung des Nachlassrichters sowie der Veräusserung durch den Nachlassschuldner nach Genehmigung eines ordentlichen Nachlassvertrages durch den Nachlassrichter.

Am Charakter der rechtsgeschäftlichen Übertragung ist bei einer Sanierung ausserhalb des Konkurses nicht zu zweifeln. Dasselbe gilt nach Lorandi aber auch bei Veräusserungen im Rahmen eines Konkurses oder Nachlassverfahrens, da auf Seiten des Erwerbers die Übernahme immer freiwillig erfolge. Diese Freiwilligkeit ist für die Charakterisierung als Rechtsgeschäft massgebend, auch wenn es sich bei den Verwer-

tungsarten im Rahmen von Konkurs und Nachlassverfahren um öffentlich-rechtliche Akte handelt. Lorandi widerlegt auch die gelegentlich geäusserte Auffassung, die Anwendung von Art. 333 OR verstosse gegen Art. 285 ff. SchKG (paulianische Anfechtung).³¹ Die Pauliana erfasst nur Handlungen des Schuldners und nie der Zwangsvollstreckungsorgane, sowie nur Handlungen vor Konkurseröffnung oder Nachlassstundung.

Eingehend wird die Frage, ob hinsichtlich der Anwendung von Art. 333 OR im Sanierungsfall eine Lücke vorliegt, abgehandelt. Lorandi ortete das Problem bei der solidarischen Übernahme der Altlasten durch den Erwerber. Die Haftung des Erwerbers für Arbeitnehmerforderungen, die nach der Betriebsübernahme entstanden sind, ist unproblematisch, da der Erwerber dafür durch die Arbeitsleistung der (zwangsweise übernommenen) Arbeitnehmer eine vollwertige Gegenleistung erhält. Es sind deshalb nach Lorandi nur die Altlasten (insbesondere ausstehende Löhne und nicht geleistete Versicherungsbeiträge), welche einen potenziellen Erwerber von der Übernahme eines Betriebes abhalten können.

Eine echte Gesetzeslücke liegt nur vor, wenn der Gesetzgeber etwas zu regeln unterlassen hat, was er hätte regeln sollen. Es ist nicht zwingend, dass der Gesetzgeber für Art. 333 OR nur eine eingeschränkte Geltung ausserhalb von Konkurs und Nachlassverfahren vorsieht. Die gleiche Virulenz des Problems der Altlasten besteht nämlich auch bei Sanierungen ausserhalb des Konkurses oder Nachlassverfahrens. Wenn der Gesetzgeber für Sanierungsfälle keine Sonderlösung vorsieht, so ist dies der klare Wille des Gesetzgebers und keine Lücke. Lorandi verneint auch das Vorliegen einer unechten Lücke. Unechte oder rechtspolitische Lücken liegen vor, wenn dem Gesetz keine befriedigende Lösung entnommen werden kann, insbesonde-

re wenn die Anwendung des Gesetzes geradezu zu unhaltbaren Resultaten führt. Dem Richter ist es grundsätzlich untersagt, unechte Lücken zu füllen, es sei denn die Berufung auf den als massgeblich erachteten Wortsinn der Norm stelle geradezu einen Rechtsmissbrauch dar.³² Nur weil sich die Anwendung von Art. 333 OR in gewissen Fällen für eine Sanierung nachteilig auswirken kann, liegt keine vom Richter zu füllende unechte Lücke vor.

Auch eine Rechtsvergleichung mit der EU-Richtlinie 77/187 führt nach Lorandi zu keinem anderen Ergebnis. Die Richtlinie, welche als Vorbild zum revidierten Art. 333 OR diene, lässt die Frage, ob Übergang ex lege und Solidarhaft auch im Konkurs und Nachlass Anwendung finden, offen oder überlässt es der nationalen Gesetzgebung, Einschränkungen zu legiferieren.³³

Im Ergebnis kommt Lorandi zum klaren Schluss, dass Art. 333 OR auf sämtliche Betriebsübernahmen bei einer Sanierung, bei der Verwertung im Konkurs oder beim Liquidationsvergleich, bei Veräusserung während der Nachlassstundung oder nach Genehmigung eines ordentlichen Nachlassvertrages uneingeschränkt Anwendung findet. Sofern der Gesetzgeber davon abweichen will, muss er entsprechend legiferieren. Lorandi schliesst deshalb seine eingehende Analyse auch mit Vorschlägen de lege ferenda, wobei sich herausstellt, dass es auch dabei diverse Knacknüsse zu bewältigen gibt.

4. WÜRDIGUNG DER VERSCHIEDENEN LEHRMEINUNGEN

Der Ansturm auf die wortgetreue Auslegung und Anwendung von Art. 333 OR erfolgt regelmässig mit dem Hinweis, dass die strikte Anwendung der Bestimmungen zum Betriebsübergang zu einer erhebli-

²⁶ So ausdrücklich in seinem Gutachten, Betriebsübernahme der X AG durch die Y AG, Gutachten zur Frage der Anwendbarkeit von Art. 333 Obligationenrecht, St. Gallen 2001, S.19.

²⁷ Thomas Geiser, a. a. O., S. 113.

²⁸ Thomas Geiser, a. a. O., S. 114.

²⁹ Hans Hofstetter, a. a. O., S. 931.

³⁰ Franco Lorandi, a. a. O., S. 95 ff.

³¹ Vgl. Rico Camponovo, a. a. O. S. 1420.

³² Franco Lorandi, a. a. O., S. 108 mit Verweisen.

³³ Franco Lorandi, a. a. O., S. 106; Thomas Geiser, a. a. O., S. 113. Dasselbe gilt auch gemäss der heute geltenden, revidierten Richtlinie 2001/23, wonach die Arbeitsverhältnisse nach wie vor ex lege übergehen, die Frage der solidarischen Haftung für vor dem Übergang entstandene Verpflichtungen jedoch in die Gesetzgebungskompetenz der Mitgliedstaaten gestellt wird.

chen Erschwerung, wenn nicht Verunmöglichung von Sanierungen führe, damit zur Erhöhung der Arbeitslosigkeit beitrage und somit weder volkswirtschaftlich sinnvoll noch im Interesse der Arbeitnehmerschaft liegend sei.³⁴ Auffallend ist dabei allerdings, dass in keiner der Arbeiten diese Behauptung auch nur dem Ansatz nach empirisch belegt ist. Sanierungen, die nur möglich sind, wenn vergangene Arbeitnehmerforderungen nicht bezahlt werden müssen, können auch sehr problematisch sein. Die Praxis, eine notleidende Firma in den Konkurs zu schicken und gleichzeitig mit einer Auffanggesellschaft das gleiche Geschäft (oft mit den gleichen Verantwortlichen) weiterzuführen, erleichtert durch die Schulden der alten Gesellschaft, ist nicht nur ein Segen. Hinsichtlich oftmals notwendiger Strukturberichtigung ist es nicht zwingend volkswirtschaftlich sinnvoll, wenn aus einer konkursiten Firma gleich mehrere über kurz oder lang auch wieder sanierungsbedürftige Firmen entstehen, eine Situation, die zurzeit in der Baubranche ein sehr aktuelles Problem darstellt. Dass auch der Gesetzgeber solch wacklige Sanierungen nicht fördern will, ergibt sich auch aus dem Umstand, dass ein Nachlassvertrag nur genehmigt wird, wenn die privilegierten Forderungen vollständig befriedigt werden können (Art. 306 SchKG).

Ganz offensichtlich ist, dass eine Nichtanwendung von Art. 333 OR und ein Rückgriff auf die Betriebsübergangsbestimmung vor der Swisslex-Revision bereits an der Unmöglichkeit, den «Sanierungsfall» rechtlich zu definieren, scheitern muss. Zu Recht stellt Lorandi fest, dass der «Sanierungsfall» ein nebulöses Gebilde ist, das nicht mit der nötigen Prägnanz definiert werden kann.³⁵ Der Vorschlag von Camponovo führt letztlich dazu, die Swisslex-Revision vollständig rückgängig zu machen und zum alten Recht zurückzukeh-

ren. Dies widerspricht mit Bestimmtheit den Revisionszielen. Mit der Revision wurde ein besserer Schutz der Arbeitnehmer bei schwierigen Betriebsübergängen bezweckt, bei Betriebsübernahmen wirtschaftlich gesunder Unternehmen ist dieser besondere Schutz gar nicht notwendig.

Hingegen ist Camponovo wohl zuzustimmen, dass die Beschränkung der Nichtanwendung von Art. 333 OR auf den Konkurs und das Nachlassverfahren am eigentlichen Ziel vorbeigeht, da die Übernahme eines Betriebs aus einer Konkurs- oder Nachlassmasse selten ist.³⁶ Insofern tragen die Lösungen von Spühler und Geiser, die auf Konkurs und Nachlass (oder bei Geiser nur auf den Konkurs) beschränkt sind, wenig oder nichts zur Lösung des angeblich wirtschaftlichen Problems bei. Die Virulenz des Problems ist ausserdem bei Sanierungen sowie im Konkurs und Nachlassverfahren nicht signifikant höher als bei einer «normalen» Betriebsübertragung mit hohen Altlasten.³⁷ Wenn schon, müsste eine Lückenfüllung für alle Sanierungsfälle im weitesten Sinn (das heisst Betriebsübergänge mit grossen Altlasten) getroffen werden, was wie dargestellt auf ein Zurückgehen auf den Rechtszustand vor der Swisslex-Revision hinauslaufen würde.

Sehr gewagt ist zusätzlich die Behauptung, eine strikte Anwendung von Art. 333 OR auch im Konkurs und Nachlass sei nicht im Interesse des Arbeitnehmers, da die Erschwerung der Sanierung letztlich zu Arbeitsplatzverlust und Arbeitslosigkeit führe. Art. 333 OR ist eine Schutzbestimmung des individuellen Arbeitsvertragsrechts und soll den einzelnen Arbeitnehmer schützen. Art. 333 OR ist keine Bestimmung der öffentlich-rechtlichen oder kollektiven Arbeitsmarktregulierung. Dem einzelnen Arbeitnehmer nützt es nun aber gar nichts, wenn im Konkursfall Art. 333 OR nicht angewendet wird und dadurch

allenfalls abstrakt Arbeitsplätze gerettet werden (wobei offen bleibt für wie lange), er dann aber im konkreten Fall von der neuen Firma unmittelbar nach der Übernahme gekündigt wird. Einer solchen Kündigung ist der Arbeitnehmer nach schweizerischem Recht, mangels sachlichem Kündigungsschutz, schutzlos ausgeliefert. Es dürfte sehr schwierig sein, einem Arbeitnehmer in einer solchen Situation zu erklären, dass der Wegfall der Solidarhaft und eine entsprechende Lückenfüllung in seinem Interesse zu erfolgen habe.³⁸

Sehr unklar sind die postulierten Rechtsfolgen für das übernommene Arbeitsverhältnis bei der Annahme, Art. 333 OR im Sanierungsfall nicht anzuwenden. Während Camponovo sich einfach den alten Rechtszustand herbeiwünscht, äussert sich Spühler zum anwendbaren Recht nicht und es bleibt unklar, ob zum Beispiel Dienstjahre etc. anzurechnen sind, oder ob der Arbeitnehmer im neuen Betrieb gleichsam bei Null anfangen muss. Im Rahmen der Lückenfüllung stossen wir auf einen bunten Strauss von Folgen, die bei einer Betriebsübernahme eintreten sollen oder eben nicht eintreten sollen.

Im Wesentlichen geht es den Autoren darum, den Erwerber von den so genannten Altlasten aus dem Arbeitsverhältnis beim früheren Arbeitgeber zu befreien. Nach Geiser führt dies dazu, dass die Arbeitsverhältnisse zwar ex lege auf den Erwerber übergehen, jedoch mit eingeschränkter Anwendung von Art. 333 III OR, indem der Übernehmer für Forderungen, die vor Konkurseröffnung entstanden sind, nicht solidarisch mithaftet.³⁹ Im Übrigen soll der Erwerber an die entsprechenden Arbeitsverträge gebunden sein, und er kann deren Weitergeltung nicht ablehnen. Von Bedeutung ist dies besonders für sämtliche Ansprüche des Arbeitnehmers, für welche die Dauer des Arbeitsverhältnisses massge-

bend ist (zum Beispiel Lohn bei unverschuldeter Arbeitsverhinderung, Kündigungsfristen bei unbestimmter Vertragszeit, Abgangsentschädigung, Ferien- und Überzeitguthaben etc.).⁴⁰ Bei ihrer Fixierung auf die Altlasten übersehen die Autoren der Lückenfüllungstheorie allerdings, dass sich auch aus der Weitergeltung des alten Arbeitsvertrages nach Konkurseröffnung ganz erhebliche Lasten ergeben können, die einer Übernahme ebenso hinderlich sein können (wenn nicht mehr) als die Altlasten vor Konkurseröffnung. Zu denken ist dabei besonders an lange Kündigungsfristen, an für lange Zeit befristete Arbeitsverhältnisse und besonders an Abgangsentschädigungen sowie in die Arbeitsverträge integrierte Sozialpläne. In diesen Fällen verfehlt auch die geschilderte Lückenfüllung ihren angeblichen Zweck.

Zusammenfassend kann damit festgehalten werden, dass einerseits die Grundannahmen, die zu einer Nichtanwendung oder nur Teilanwendung von Art. 333 OR führen, fragwürdig und wenig belegt sind. Die nur auf Konkurs und Nachlass beschränkte Nichtanwendung führt in den meisten Fällen nicht zum Ziel, da Betriebsübernahmen in Sanierungsfällen in der Regel vor Konkurs und Nachlass stattfinden müssen. Die Lückenfüllung durch eine Teilnichtenanwendung von Art. 333 OR hinsichtlich so genannter Altlasten verfehlt ihr Ziel zusätzlich, da massgebende Lasten sich häufig aufgrund der Weitergeltung des alten Arbeitsvertrages ergeben. Geht man deshalb davon aus, dass Art. 333 OR sinnvolle Sanierungen verhindert, so gibt es eigentlich nur die Lösung, dass dieser Artikel grundsätzlich zur gesetzgeberischen Fehlleistung erklärt und zum alten Zustand vor der Swisslex-Revision zurückgekehrt wird. Dass dies kein gangbarer Weg ist, wurde dargelegt.

Als einzig gangbarer Weg erscheint die klare, bar jeder arbeits-

marktpolitischen Ideologie, methodengerechte juristische Auslegung von Art. 333 OR, wie sie von Lorandi sorgfältig und meines Erachtens bisher unwiderlegt vorgenommen wurde. Art. 333 OR soll den einzelnen Arbeitnehmer bei schwierigen Betriebsübernahmen schützen. Dieser Schutz besteht im automatischen Übergang des Arbeitsverhältnisses verbunden mit der Solidarhaft nach Art. 333 OR. Es geht nicht an, diese Schutzbestimmung mit dem unbestimmten Hinweis auf eine allgemeine Arbeitsplatzsicherung, für welche der betroffene Arbeitnehmer keine Garantie hat, aus den Angeln zu heben. Art. 333 OR ist daher insbesondere im Konkurs und Nachlassverfahren als Schutzbestimmung für den Arbeitnehmer wichtig. In diesem Sinne ist dem Ergebnis der Ausführungen von Lorandi vorbehaltlos zuzustimmen.⁴¹

5. HINDERUNGSGRUND FÜR SANIERUNG UND BETRIEBSÜBERNAHME?

Es ist unbestritten, dass die Notwendigkeit der Übernahme aller Altlasten und laufenden Lasten einen potenziellen Betriebserwerber von einer Übernahme abhalten kann. Dies muss nicht in jedem Fall schlecht sein, besonders dann nicht, wenn ein Betrieb nicht mehr zu sanieren ist, oder wenn ein Arbeitgeber via Auffanggesellschaft einfach seine Schulden elegant abzuschütteln trachtet.

Der Gesetzgeber hat sich wie dargelegt darauf festgelegt, dass bei Betriebsübergängen vorab die Interessen des einzelnen Arbeitnehmers über die Anwendung von Art. 333 OR zu schützen sind. Zu prüfen ist nachfolgend, ob es in konkreten Fällen nicht möglich ist, eine Betriebsübernahme durch bestimmte Vorkehrungen und Vereinbarungen zu erleichtern, wenn dies der Konsens aller Beteiligten ist.

5.1 Kaufpreis

Eine nahe liegende Massnahme besteht darin, dass der Übernehmer beim Bestehen von Altlasten immer die Möglichkeit hat, diese bei der Festlegung des Kaufpreises zu berücksichtigen. Sind noch nicht alle Altlasten bekannt oder können diese aus Dringlichkeitsgründen nicht abschliessend abgeschätzt werden, kann hinsichtlich Kaufpreis ein Vorbehalt gemacht werden. Sind die Altlasten so gross, dass sie einen allfälligen Kaufpreis in jedem Fall übersteigen, stellt sich die Frage nach der Sanierungswürdigkeit.

5.2 Vereinbarung

Zu prüfen ist im Weiteren, ob im Einzelfall durch Vereinbarungen die Anwendung von Art. 333 OR bei Betriebsübernahmen, sei es in «normalen» Fällen, im Sanierungsfall sowie bei Konkurs und Nachlass, eingeschränkt werden kann.

5.2.1 Zwingender Charakter von Art. 333 OR

Die Bestimmung zur Solidarhaftung in Abs. 3 ist gemäss Art. 362 OR relativ zwingend, kann also nicht zu Ungunsten des Arbeitnehmers abgeändert werden.

Die übrigen Absätze des Artikels finden sich nicht unter den zwingenden Bestimmungen von Art. 361 und 362 OR, womit sich als Erstes die Frage stellt, ob seitens des Arbeitnehmers auf den automatischen Übergang des Arbeitsverhältnisses zum Voraus vertraglich oder auch nachträglich verzichtet werden kann. Wäre dies der Fall, würde die Diskussion um die Geltung von Art. 333 OR im Konkurs und Nachlassverfahren viel von ihrer Heftigkeit verlieren, da die Anwendung dieser Bestimmung vertraglich immer wegbedungen werden könnte, womit auch die an und für sich zwingende Solidarhaft, mangels grundsätzlicher Anwendbarkeit der gesamten Bestimmung, wegfallen würde.

Geiser⁴² schliesst eine solche Vereinbarung zu Recht aus, da damit der gesamte Arbeitnehmerschutzgedanke aus den Angeln gehoben würde. Auch Lorandi⁴³ bezeichnet die Nichtaufnahme von Abs. I, I^{bis} und III von Art. 333 OR als gesetzgeberisches Versehen, da sonst die mit der Revision bezweckte Förderung der Übergänge der Arbeitsverhältnisse voll in ihr Gegenteil umgekehrt würde. Diese einleuchtende Argumentation ist in der Lehre unbestritten geblieben.

Der Umstand, dass Art. 333 OR (mit Ausnahme des hier nicht interessierenden Abs. IV, der eine andere Verabredung ausdrücklich zulässt) integral zu den relativ zwingenden Normen gehört, bedeutet aber nicht, dass Abreden zwischen Parteien hinsichtlich Altlasten und Lasten aus dem laufenden Arbeitsverhältnis völlig ausgeschlossen sind. Zwingend sind die Grundsätze des automatischen Übergangs des Arbeitsverhältnisses, die Weitergeltung eines Gesamtarbeitsvertrages für ein Jahr und die Solidarhaft. Der Inhalt des Arbeitsverhältnisses ist aber selbstverständlich nur insoweit zwingend, als sich dies aus den entsprechenden Bestimmungen aus dem Arbeitsvertragsrecht ergibt. Die Arbeitnehmer können daher sehr wohl auch bei einem Betriebsübergang auf nicht zwingende Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis verzichten. Der zwingende Charakter von Art. 333 OR bedeutet nicht, dass damit auch der gesamte Inhalt des übertragenen Arbeitsvertrages zu zwingendem Recht wird. Nachfolgend ist deshalb zu prüfen, inwiefern durch Abreden zwischen den Parteien bei einer Sanierung die Folgen von Art. 333 OR gemildert werden können.

5.2.2 Abreden zwischen altem und neuem Arbeitgeber

Ausgeschlossen ist eine Vereinbarung zwischen altem und neuem Arbeitgeber, die den automatischen

Übergang des Arbeitsverhältnisses ausschliesst.⁴⁴ Möglich ist hingegen, dass der alte Arbeitgeber gegenüber dem neuen Arbeitgeber im Rahmen des Übernahmevertrages auf einen allfälligen Regress verzichtet, wenn er für Forderungen vor dem Betriebsübergang in Anspruch genommen wird. Zusätzlich kann der Übernehmer beim zuständigen Sozialversicherungsträger ein Gesuch um Verzicht auf Rückforderung von bezahlten Insolvenzenschädigungen einreichen.⁴⁵ Besteht bei einer Ablehnung des Gesuchs tatsächlich die Gefahr einer Arbeitsplatzvernichtung, wird die Arbeitslosenversicherung nicht umhin kommen, einem solchen Gesuch zu entsprechen. In dieser Beziehung besteht das Bedürfnis und die Notwendigkeit zu einer arbeitsplatzhalterhaltenen Gesetzesauslegung.⁴⁶

5.2.3 Abreden zwischen dem alten Arbeitgeber und dem Arbeitnehmer

In diesem Verhältnis besteht kaum ein Spielraum zur Abfederung der Rechtsfolgen von Art. 333 OR im Sanierungsfall. Der Übergang des Arbeitsverhältnisses auf den Übernehmer ist zwingend, sodass hier kein Gestaltungsspielraum besteht. Ein Verzicht der Arbeitnehmer gegenüber dem alten Arbeitgeber auf ausstehende Forderungen wird realistisch kaum zu erwirken sein. Eine Kündigung der Arbeitsverhältnisse im Hinblick auf den Betriebsübergang stellt eine Umgehung von Art. 333 I OR dar und ist rechtsmissbräuchlich und damit ungültig.⁴⁷

5.2.4 Abreden zwischen Arbeitnehmer und Übernehmer

Hier besteht ein erheblicher Spielraum für Abmachungen, die eine Sanierung über eine Betriebsübernahme erleichtern können. Winkler⁴⁸ ist der Auffassung, dass Art. 333 III OR einen Forderungsverzicht nur gegenüber dem bisherigen Arbeitgeber

zwingend ausschliesst und für das Verhältnis Betriebserberwerber zu Arbeitgeber Art. 333 I OR gelte, der ein solches Verzichtverbot nicht enthalte. Winkler übersieht dabei allerdings, dass auch Art. 333 I OR zwingender Natur ist. Dennoch kann dem Ergebnis zugestimmt werden, dass ein Verzicht auf nicht zwingende Forderungen seitens der Arbeitnehmer jederzeit möglich ist, womit sich insbesondere im Rahmen von Gesprächen mit den Sozialpartnern Spielraum zu Erhaltung von Arbeitsplätzen öffnet. Hinsichtlich der Altlasten hat ein allfälliger Verzicht allerdings zur Folge, dass er auch gegenüber dem alten Arbeitgeber gilt,⁴⁹ ein sicher hinderlicher Umstand. Es liegt jedoch an den Arbeitnehmern, zwischen Verzicht und Gefährdung des Arbeitsplatzes zu entscheiden.⁵⁰ Am Anspruch auf Insolvenzenschädigung ändert ein solcher Verzicht nichts, weil damit letztlich ein Beitrag zur Erhaltung von Arbeitsplätzen geleistet wird. Der Arbeitslosenversicherung ist es unter solchen Umständen aus prinzipiellen Gründen (Rechtsmissbrauch) verwehrt, durch Geltendmachen ihrer Ansprüche eine Sanierung zu gefährden.

5.2.5 Kollektive Vereinbarungen

Es wurde dargelegt, dass nicht nur so genannte Altlasten eine Sanierung über Betriebsübernahme gefährden können, sondern auch die Lasten aus den laufenden Arbeitsverträgen. Darunter können in Einzelfällen auch die Bestimmungen eines Gesamtarbeitsvertrages fallen, der nach Art. 333 I^{bis} OR noch mindestens ein Jahr zwingend weitergilt, sofern er nicht vorher abläuft oder infolge Kündigung endet. Als hinderlich für eine Betriebsübernahme können sich die verschiedensten Inhaltsnormen eines Gesamtarbeitsvertrages erweisen, wie Kündigungsfristen, Sonderzulagen, Lohnzahlung im

Krankheitsfall und insbesondere auch Abgangsentschädigungen im Rahmen von Sozialplänen und vieles mehr. Durch eine Abänderung des Gesamtarbeitsvertrages und Anpassung an die Notwendigkeiten einer sinnvollen Sanierung im Rahmen einer Vereinbarung unter den Sozialpartnern besteht hier Spielraum für sozialpartnerschaftliche Lösungen im Rahmen von Betriebsübernahmen. Diese Möglichkeit besteht allerdings vornehmlich bei Firmenverträgen, aus Konkurrenzgründen sicher weniger bei Branchenverträgen.

6. SCHUTZ DES ARBEITNEHMERS NICHT AUSHEBELN

Der Stolperstein von Art. 333 OR für Betriebssanierung ist nicht dermassen gross, wie verschiedene Autoren darzulegen versuchen. Durch Vereinbarungen beim Betriebsübergang zwischen altem und neuem Arbeitgeber (insbesondere hinsichtlich Kaufpreis) und mit Arbeitnehmern und Sozialpartnern (hinsichtlich Arbeitsbedingungen und Gesamtarbeitsverträgen) ist es durchaus möglich, die Folgen von Art. 333 OR in Abwägung aller Interessen abzufedern.

Die postulierte Nichtanwendung oder teilweise Nichtanwendung durch Lückenfüllung von Art. 333 OR bei Konkurs und Nachlass ist nicht nur juristisch unbegründet, sondern zielt insbesondere wirtschaftlich weit gehend am Ziel vorbei, da sich die Frage einer Betriebsübernahme in der Regel vor einem Zwangsvollstreckungsverfahren stellt. Zudem ist zu beachten, dass Art. 333 OR eine Arbeitnehmerschutzbestimmung des individuellen Arbeitsrechts ist, die nicht mit arbeitsmarktpolitischen Argumenten ausser Kraft gesetzt werden kann. Mit diesen Argumenten wird im Grunde genommen das gesamte

System der zwingenden Bestimmungen im individuellen Arbeitsvertragsrecht in Frage gestellt. Letztlich liegt es am Arbeitnehmer zu entscheiden, ob er sich für Verzicht auf eine Forderung oder Gefährdung des Arbeitsplatzes entscheidet.

Gerade die Realität der letzten Jahre zeigt dabei, dass den Arbeitnehmern der Erhalt von Arbeitsplätzen mindestens so ein Anliegen ist wie den Managern. Dass den Managern mehr am Erhalt von gefährdeten Arbeitsplätzen liegt als den Arbeitnehmern, ist eine ausschliesslich politische Aussage, die bei der Rechtsauslegung nichts zu suchen hat. Eine gewisse Mitgestaltung der Arbeitnehmer bei Sanierungen und Betriebsübernahmen mittels den Schutzbestimmungen von Art. 333 OR ist deshalb legislatorisch durchaus sinnvoll und der Arbeitsplatzsicherheit kaum abträglich.

Wird Art. 333 OR für Betriebssanierung als zu hinderlich angesehen, so kann der Weg zur Verbesserung nur über eine neue Gesetzgebung führen. Wie schwierig das ist, will man nicht zu den Verhältnissen vor der Swisslex-Revision zurückkehren, hat Lorandi am Schluss seines Beitrages⁵¹ ausführlich und eindrücklich aufgezeichnet. Auch die legislatorische Lückenfüllung der verschiedenen Autoren macht diese Problematik deutlich. Sachverhalte und Probleme der konkreten Sanierungsfälle und Betriebsübernahmen sind zu unterschiedlich, als dass es dazu eine einheitliche Patentlösung gibt.

Der Gesetzgeber hat sich zu entscheiden, ob er individuellen Arbeitnehmerschutz oder Freiheit der Unternehmer mehr gewichten will. Den Arbeitnehmer ausgerechnet im Sanierungsfall, wo für ihn der Schutz am wichtigsten ist, dieses Schutzes zu berauben, ist nicht gerechtfertigt, ganz sicher nicht durch richterliche Rechtsauslegung oder Lückenfüllung. Denkbar wäre es in gesetzgeberischer Hinsicht dagegen, den

Verhandlungsspielraum zwischen Arbeitnehmer- und Arbeitgeberseite zu erweitern, indem im Rahmen von Gesamtarbeitsverträgen der Ausschluss von alten und zukünftigen Lasten, die eine Betriebsübernahme wirtschaftlich verunmöglichen, zugelassen würde. Damit wäre der Weg geebnet, dass bei Sanierungen und Betriebsübergängen in Absprache der Parteien den konkreten Verhältnissen angemessene Lösungen getroffen werden könnten.

³⁴ Karl Spühler / Dominik Imfanger, a. a. O., S. 231; Thomas Geiser, a. a. O., S. 111.

³⁵ Franco Lorandi a. a. O., S. 114.

³⁶ Rico A. Camponovo, a. a. O., S. 1421, statistisches Material dazu fehlt allerdings.

³⁷ Franco Lorandi, a. a. O., S. 109.

³⁸ Im gleichen Sinne Franco Lorandi, a. a. O., S. 113.

³⁹ Thomas Geiser, a. a. O., S. 113.

⁴⁰ Hans Hofstetter, a. a. O., S. 931.

⁴¹ Franco Lorandi, a. a. O., S. 109.

⁴² Thomas Geiser, a. a. O., S. 104.

⁴³ Franco Lorandi, a. a. O., S. 97.

⁴⁴ Thomas Geiser, a. a. O., S. 104.

⁴⁵ Michael E. Winkler, a. a. O., S. 105; Hans Hofstetter, a. a. O., S. 930.

⁴⁶ Vgl. dazu Hans Hofstetter, Anwendbarkeit von Art. 333 OR in Sanierungssituationen, insbesondere im Nachlass- und Konkursverfahren – Tendenzen in Lehre und Praxis, in: Aktuelle Fragen des Arbeitsrechts, Universität St. Gallen, 2002, Tagungsdokumentation, S. 5.

⁴⁷ Vgl. JAR 2001, S. 261.

⁴⁸ Michael E. Winkler, a. a. O., S. 95, 105.

⁴⁹ Thomas Geiser, a. a. O., S. 105.

⁵⁰ Franco Lorandi, a. a. O., S. 115.

⁵¹ Franco Lorandi, a. a. O., S. 110 ff., vgl. auch Kurt Stöckli, Der Betriebsübergang im Nachlass- und Konkursverfahren, Insolvenz- und Wirtschaftsrecht, 4/2001, S. 129 f.