

Rico A. Camponovo

Übernahme von Arbeitsverhältnissen gemäss Art. 333 OR bei Unternehmenssanierungen

Möglichkeiten und Grenzen im Lichte des Arbeits- und Konkursrechts

In der NZZ wurde seinerzeit die Ansicht vertreten, der revidierte Art. 333 OR habe das bewährte Institut des Betriebsübergangs entscheidend verändert. Die vorliegende Entgegnung zeigt jedoch, dass Betriebsübernahmen weiterhin in gewohnter Weise möglich sind.

1. Einleitung: Sind Sanierungen mittels Auffangesellschaften nicht mehr möglich?

In der NZZ [1] wurde die Ansicht vertreten, der revidierte Art. 333 OR habe das bewährte Institut des Betriebsübergangs entscheidend verändert. Dieser schreibe vor, dass die Auffanggesellschaft für sämtliche offenen Löhne der zu sanierenden Gesellschaft haften, womit eine Sanierung weitgehend unmöglich werde. Kein neuer Investor sei bereit, die gesamten arbeitnehmerbezogenen Altlasten zu begleichen. Unsicher sei, ob dieses Problem dadurch gelöst werden könnte, dass Betriebsübertragungen in Zukunft erst nach Konkurseröffnung erfolgen. Andernfalls bleibe nichts anderes übrig, als frühzeitig Kündigungen gegenüber den nicht zu übernehmenden Arbeitskräften auszusprechen und Löhne prioritär zu bezahlen.

Die vorliegende Entgegnung [2] zeigt jedoch, dass Betriebsübernahmen weiterhin in gewohnter Weise – ohne Übernahme offener Löhne – möglich sind. Die Revision des besagten Art. 333 OR hat Sanierungen weder neu ge-

regelt noch neu regeln wollen. Es sind hingegen die Bestimmungen des SchKG, welche den Sanierungsfall für alle Gläubigergruppen in hinreichender Weise ordnen. Nachfolgend wird begründet, weshalb die Übernahme von Altlasten aus Arbeitsverhältnissen gemäss Art. 333 OR diese Normen des SchKG verletzt.



Rico A. Camponovo, Rechtsanwalt, lic. iur. et lic. oec. publ., Vizedirektor und Mitglied des interdisziplinären Corporate Recovery Teams bei der KPMG Fides, Zürich

2. Die Revision des Art. 333 OR

2.1 Die Änderung von Art. 333 Abs. 1 OR

Vergleich Art. 333 neu und alt

Art. 333 OR lautet auszugsweise:

«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» (Abs. 1).

Demgegenüber lautete alt Art. 333 OR:

«Überträgt der Arbeitgeber den Betrieb auf einen Dritten und verabredet er mit diesem die Übernahme des Arbeitsverhältnisses, so geht dieses mit allen Rechten und Pflichten auf den Erwerber mit dem Tage der Betriebsnachfolge über, sofern der Arbeitnehmer den Übergang nicht ablehnt» (Abs. 1).

Tatsächlich spielt demnach sowohl der Wille des Arbeitgebers wie des Dritten bei der Übernahme keine Rolle mehr; die Arbeitsverhältnisse gehen von Gesetzes wegen auf den Erwerber über. Beschränkt man sich bei der Interpretation der neuen Norm ausschliesslich auf deren Wortlaut, so ist die im erwähnten NZZ-Beitrag vom 24.9.1996 vertretene Ansicht verständlich. Auffallen muss jedoch, dass der Wortlaut den Sanierungsfall nicht aufnimmt und dass neu der Betriebsteil erwähnt wird.

2.2 Werdegang von Art. 333 Abs. 1 OR

Der alte Art. 333 OR wurde in der Literatur als sozialstaatliches Defizit [3] und als nicht europafähig kritisiert. Vor der EWR-Abstimmung schlug der Bundesrat daher in seiner Botschaft I über die Anpassung des Bundesrechts an das EWR-Recht vom 27. Mai 1992 (Eurolex) [4] die Anpassung von Art. 333 OR im oben erwähnten Sinne vor. Ziel war die Angleichung an eine Richtlinie der EU (vgl. Kasten) [5]. Nach dem negativen Ausgang der EWR-Abstimmung wurde dieselbe Gesetzesrevision vom Bundesrat im Rahmen des Pakets «Swisslex» [6] erneut vorgeschlagen, am 17. Dezember 1993 verabschiedet und am 1. Mai 1994 ins Schweizer Recht übernommen.

Anwendbarkeit bei Sanierungen enthalten. Die Gesetzesrevision wurde zu meist lapidar mit dem Verweis auf die erwähnte EU-Richtlinie oder in der Eurolex-Botschaft [8] pauschal mit zusätzlichem Arbeitnehmerschutz begründet. Im Parlament wurde Art. 333 Abs. 1 weder in der Eurolex- noch in der Swisslexdebatte [9] diskutiert. Im Gegenteil betonte Bundesrat Koller in der Eintretensdebatte zur Eurolexvorlage, dass am Arbeitsrecht nichts Grundlegendes geändert werde, beziehungsweise dass die Übernahme der Richtlinie nur eine punktuelle Änderung des Arbeitsrechts bedeute [10].

Nicht erwähnt wurde das SchKG. Die Anwendbarkeit von Art. 333 Abs. 1 auf Sanierungen käme jedoch einem

aus wirtschaftlichen Gründen wieder auf. Der automatische Übergang der Arbeitsverhältnisse wird dadurch in Sanierungsfällen relativiert [11]. Selbst in der EU wollte man mit der Richtlinie wirtschaftlich unerlässliche Sanierungen nicht erschweren [12].

Richtigerweise wurde Art. 4 Abs. 1 nicht in Art. 333 OR übernommen. Die Eurolex-Botschaft begründet dies damit, dass das Kündigungsverbot den EU-Mitgliedländern fristlose Entlassungen im Hinblick auf eine Betriebsübertragung verunmöglichen wolle [13]. Da eine Betriebsübertragung in der Schweiz kein Grund zu einer fristlosen Kündigung im Sinne von Art. 337 OR darstelle, sei die Übernahme des Verbotes nicht notwendig. Damit hat sich natürlich auch die Übernahme der im zweiten Satz statuierten Ausnahme vom Kündigungsverbot erübrigt.

Nur nebenbei sei erwähnt, dass der Schweizerische Gesetzgeber den neuen Übernahmезwang nicht unter den zwingenden Bestimmungen des Arbeitsvertragsrechts (Art. 361 f. OR) erwähnt [14]. Sofern es sich nicht um ein Versehen des Gesetzgebers handelt, könnte dieser bei Abschluss eines Arbeitsvertrages gar wegbedungen werden.

Wie gesagt, ist die Erwähnung des Betriebsteils ebenfalls neu. Wäre Art. 333 Abs. 1 OR auf Sanierungen anwendbar – wie es die eingangs erwähnten Autoren behaupten – so würde das Problem der Altlasten alleine durch diese Neuerung wesentlich entschärft. Die Arbeitnehmer der nicht sanierungswürdigen Betriebs teile [15] müssten nämlich von der Auf fanggesellschaft nicht übernommen werden.

2.4 Schlussfolgerungen

Diese Kommentare lassen aus historischer Sicht den Schluss zu, Art. 333 Abs. 1 OR habe den Sanierungsfall nicht geregelt und nicht regeln wollen. Nachfolgend wird gezeigt, dass auch eine zweckbezogene Auslegung zu demselben Ergebnis führt.

Richtlinie des Rates der Europäischen Union (EU/77/187)

vom 14. Februar 1977 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Wahrung von Ansprüchen der Arbeitnehmer beim Übergang von Unternehmen, Betrieben oder Betriebsteilen

Art. 1 Abs. 1 lautet:
«Diese Richtlinie ist auf den Übergang von Unternehmen, Betrieben oder Betriebsteilen auf einen anderen Inhaber durch vertragliche Übertragung oder durch Verschmelzung anwendbar.»

Art. 3 Abs. 1 lautet:
«Die Rechte und Pflichten des Veräusserers aus einem zum Zeitpunkt des Übergangs im Sinne des Artikels 1 Absatz 1 bestehenden Arbeitsvertrag oder Arbeitsverhältnis gehen auf

Grund des Übergangs auf den Erwerber über.»

Art. 4 Abs. 1 lautet:
«Der Übergang eines Unternehmens, Betriebes oder Betriebsteiles stellt als solcher für den Veräusserer oder den Erwerber keinen Grund zur Kündigung dar. Diese Bestimmung steht etwaigen Kündigungen aus wirtschaftlichen, technischen oder organisatorischen Gründen, die Änderungen im Bereich der Beschäftigung mit sich bringen, nicht entgegen.» (ABl. Nr. L 61 vom 5. März 1977, S. 26)

2.3 Bedeutung von Art. 333 Abs. 1 OR

Die Entstehungsgeschichte zeigt, dass diese Vorschrift die Wahrung der Arbeitnehmerinteressen beim Betriebsübergang *ausserhalb von Unternehmenskrisen* bezweckt und daher folgerichtig den Sanierungsfall nicht erwähnt.

Dies ergibt sich erstens daraus, dass weder die Gesetzesmaterialien noch die spärliche Literatur [7] zum neuen Art. 333 OR einen Hinweis auf dessen

fundamentalen Eingriff (s. unten) ins SchKG gleich. Offensichtlich hat der Gesetzgeber dies nicht beabsichtigt. Das in der Zwischenzeit – am 1.1.1997 – in Kraft getretene revidierte SchKG bestätigt diese These. Es hätte sich zweifellos mit den Auswirkungen dieses Eingriffs befasst. Nichts dergleichen ist geschehen.

Ein weiteres Indiz liefert zweitens Art. 4 Abs. 1 der EU-Richtlinie. Im ersten Satz statuiert dieser ein Kündigungsverbot, hebt es jedoch im zweiten Satz explizite für Betriebsübergänge

3. Die Grenzen des Art. 333 OR im Lichte des Zwangsvollstreckungsrechts

3.1 Einleitung: Gläubigerschutz in der Zwangsvollstreckung

Die Frage der Übernahme von Arbeitsverhältnissen bei Sanierungen kann aus den Gläubigerschutzvorschriften des SchKG beantwortet werden. Dies gilt jedenfalls dann, wenn über den überschuldeten bisherigen Arbeitgeber innert Jahresfrist [16] nach der Betriebsübertragung ein Konkursverfahren oder ein Nachlassverfahren mit Vermögensabtretung durchgeführt wird, was zumeist der Fall ist. Die Gleichberechtigung der Gläubiger ist ein fundamentaler Aspekt des SchKG.

Er konkretisiert sich im SchKG in mannigfacher Hinsicht. Von Wichtigkeit im vorliegenden Fall sind die sogenannten paulianischen Anfechtungen der Art. 285 ff. SchKG, die im revidierten SchKG im übrigen erheblich verschärft wurden. Diese ermöglichen es, Vermögenswerte zu Gunsten der Gläubiger der untergehenden Gesellschaft zurückzuholen, die dieser *vor der Eröffnung* des Zwangsvollstreckungsverfahrens entzogen wurden. Voraussetzung ist allerdings, dass die damalige Entäusserung zu einer Benachteiligung der Gläubiger führt oder einzelne Gläubiger zum Nachteil anderer Gläubiger begünstigt. Genau dies ist bei Übernahme von offenen Forderungen aus Arbeitsverhältnissen der Fall [17].

3.2 Alimentierung von Auffanggesellschaften

Auffanggesellschaften übernehmen nämlich regelmässig zur Rettung der lebensfähigen Betriebsteile *vornehmlich deren Aktiven* und erbringen der überschuldeten Gesellschaft eine marktgerechte [18] Gegenleistung. Problematisch wird es, wenn gleichzeitig Passiven auf die Auffanggesellschaft übertragen werden. Diese Übernahme von – oft monatealten – Ausständen z.B. aus den übernommenen Arbeitsverträgen (Löhne, Überzeitschadigungen, Ferienguthaben etc.) vermindern automatisch im entspre-

chenden Ausmass die Höhe der erwähnten Gegenleistung. Dasselbe gilt, wenn die Arbeitsverhältnisse als Ganzes (inkl. z.B. Dienstjahre oder nicht marktgerechte Löhne) übernommen werden müssen. Im Extremfall wird das Entgelt auf Null reduziert, nämlich wenn die Altschulden der übernommenen Arbeitnehmer dem Wert der veräusserten Aktiven gleichkommt. Übernommene Aktiven und Passiven in der Auffanggesellschaft halten sich in diesem Fall die Waage.

3.3 Vorrang des SchKG

Nun wird klar, dass diese Passivenverschiebung einerseits *zu Lasten der zurückbleibenden Arbeitnehmer sowie übrigen Gläubiger der Rumpfgesellschaft und andererseits voll zugunsten der übernommenen Arbeitnehmer* erfolgt. Die Aktiven der Auffanggesellschaft werden mit anderen Worten zur vollen Befriedigung der alten Ausstände (inkl. der in Zukunft zu erwartenden Ausstände aus z.B. übernommenen Dienstjahresansprüchen oder aus zu hohen Löhnen bis zur Wirksamkeit einer Änderungskündigung) der übernommenen Arbeitnehmer verwendet.

Das Zwangsvollstreckungsrecht duldet dies nicht [19]. Durch die Auffanggesellschaft dürfen die Gläubiger nicht schlechter gestellt werden, als sie es bei sofortiger Konkursöffnung [20] wären. Das SchKG geht als öffentlich-rechtliches Spezialgesetz für Sanierungen bzw. Zwangsvollstreckungen dem OR vor. Der Anwendungsbereich des neuen Art. 333 Abs. 1 OR beschränkt sich daher zwangsläufig auf Betriebsübertragungen in anderen Fällen.

Es könnte eingewendet werden, dass die übernommenen Arbeitnehmerforderungen im Zwangsvollstreckungsverfahren des bisherigen Arbeitgebers ein Privileg in der ersten Konkursklasse genossen hätten und daher sowieso als erste – *vor* den zurückbleibenden Gläubigern – gedeckt worden wären. Der Entzug von Aktiven benachteiligt daher keinen der zurückbleibenden Gläubiger. Sie hätten aus dem Zwangsverwertungserlös dieser

Aktiven, bzw. der höheren Gegenleistung nämlich so oder so nichts erhalten. Diese Argumentation hält nicht stand.

Die paulianischen Ansprüche bestehen erstens unabhängig von der Konkursklasse der begünstigten Gläubiger. Sie richten sich gemäss Art. 290 SchKG gegen die *Personen* (ob Gläubiger oder nicht), die mit dem Arbeitgeber die anfechtbaren Rechtsgeschäfte abgeschlossen haben. Die Durchsetzung von Anfechtungstatbeständen ist mit anderen Worten auch dann möglich, wenn die nicht privilegierten Gläubiger des bisherigen Arbeitgebers dadurch *nicht direkt* zu einer höheren Konkurs- oder Nachlassdividende gelangen. Sie haben nämlich z.B. im Konkurs gemäss Art. 253 Abs. 2 SchKG das Recht, diese Vermögenswerte durch Mehrheitsbeschluss – *vor Verteilung* an die privilegierten Gläubiger – u.a. zur Durchsetzung weiterer Vermögensansprüche des bisherigen Arbeitgebers einzusetzen. Zweitens sind gerade in Krisenfällen die übernommenen Arbeitnehmerforderungen teilweise älter als sechs Monate und daher in diesem Umfang nicht privilegiert. Forderungen von gewissen Führungskräften sind ebenfalls nicht privilegiert, und zwar ohne Rücksicht auf ihren Entstehungszeitpunkt.

3.4 Arbeitslosenkasse hat keine Ansprüche gegenüber der Auffanggesellschaft

Die eingangs erwähnten Autoren merken zu Recht, dass Arbeitnehmer und Gewerkschaften häufig freiwillig bereit sind, zwecks Rettung des Unternehmens bzw. Neuanstellung in der Auffanggesellschaft auf die Bezahlung von Lohnausständen zu verzichten. Dies ist weiterhin möglich, auch wenn der Grund für diese Verzichtsbereitschaft in den Leistungen der Eidgenössischen Arbeitslosen- bzw. Insolvenzversicherung liegen sollte. Die daraus entstehenden Regressansprüche der Arbeitslosenkasse können nur an die alte Gesellschaft gerichtet werden. Die bestehende Praxis, diese *gegenüber der Auffanggesellschaft* geltend zu machen, entbehrt einer gesetzlichen Grundlage.

Daran kann auch Abs. 3 von Art. 333 OR, der solidarische Haftung von bisherigem Arbeitgeber und Erwerber vorsieht, nichts ändern. Die Auffanggesellschaft übernimmt keine Arbeitnehmerforderungen, die vor dem Übergang fällig geworden sind, womit sich die Frage der Solidarität nicht stellt. Forderungen, die nach dem Übergang fällig werden, fallen direkt bei der Auffanggesellschaft an und belasten den bisherigen Arbeitgeber nicht mehr.

3.5 Definition des «Sanierungsfalles»

Aus den im NZZ-Artikel vom 24. September 1996 erwähnten Gründen und infolge paulianischer Anfechtungsgefahr würde die wörtliche Anwendung von Art. 333 Abs. 1 OR dazu führen, dass keine Auffanggesellschaften mehr gegründet werden, sobald den übernommenen Arbeitskräften grosse Altlasten zugehören. Die Anwendung von Art. 333 Abs. 1 OR in Sanierungen würde m.a.W. zu einer Benachteiligung der Arbeitnehmer führen. Das war zweifellos nicht der Zweck der Gesetzesrevision vom 1. Mai 1994. Art. 333 Abs. 1 OR ist auf den Sanierungsfall daher nicht anwendbar.

Im Zeitpunkt des Betriebsüberganges ist die weitere Entwicklung der untergehenden Gesellschaft zumindest rechtlich gesehen [21] ungewiss. Da über die Frage der Anwendbarkeit von Art. 333 Abs. 1 OR jedoch unmittelbar beim Betriebsübergang zu entscheiden ist, muss der «Sanierungsfall» rechtlich definiert werden. Diese Definition hat sich an den Voraussetzungen der paulianischen Tatbestände bzw. an der Wahrscheinlichkeit ihrer künftigen Geltendmachung zu orientieren.

In der Praxis ist die Bestimmung des Sanierungsfalles zumeist einfach. Er liegt dann vor, wenn die Sanierungsplanung mit hoher Wahrscheinlichkeit von der Einleitung eines Zwangsvollstreckungsverfahrens über die Rumpfgesellschaft ausgeht. In diesen Fällen steht die ganze Sanierungsplanung selbstverständlich unter dem Damoklesschwert der Paulianas.

Schwieriger ist die Definition, wenn für die Rumpfgesellschaft selbst eine

Sanierung – sei es aussergerichtlich, mittels Konkursaufschub oder einem ordentlichen Nachlassvertrag – angestrebt wird. Scheitern diese Bemühungen, so muss regelmässig mit einem Konkurs- bzw. einem Liquidationsvergleichsverfahren gerechnet werden. Zugunsten des m.E. zu favorisierenden Gläubigerschutzes ist daher auch in diesen Fällen regelmässig von einem Sanierungsfall auszugehen, es sei denn, die Rettung der Rumpfgesellschaft erscheint als sehr wahrscheinlich [22].

«Weil der Übernehmer die zu transferierenden Arbeitnehmer frei bestimmen kann, muss ihm auch die Möglichkeit offenstehen, jeden neuen Arbeitsvertrag einzeln mit jedem Arbeitnehmer auszuhandeln.»

Als Faustregel liegt ein Sanierungsfall dann vor, wenn die bestehende Gesellschaft zu Liquidationswerten überschuldet [23] und ihre anschließende Rettung nicht mit sehr hoher Wahrscheinlichkeit erwartet werden darf.

3.6 Folgen für die übernommenen Arbeitsverhältnisse

Was gilt nun für die übernommenen Arbeitsverhältnisse im Sanierungsfall? Können diese wie unter dem alten Art. 333 Abs. 1 OR durch Verabredung zwischen dem Arbeitgeber und dem Dritten transferiert werden? Erhält der Arbeitnehmer dabei das im neuen wie im alten Art. 333 OR erwähnte Recht, den Übergang abzulehnen (Vetorecht)? Könnte allenfalls der neue Art. 333 Abs. 1 OR insoweit angewendet werden, wie er dem SchKG nicht widerspricht? Oder muss die Lösung aus allgemeinen Grundsätzen des Arbeitsrechts bzw. Vertragsrechts abgeleitet werden?

Die Anwendung des alten Art. 333 OR entfällt, weil dieser nicht mehr in Kraft ist. Die Lösung der eingeschränkten Anwendung des neuen Art. 333 OR verdient den Vorzug. Sie hat den Vorteil, dass Abs. 2 dieses Artikels (sowie z.B. auch Art. 333a) weiterhin

angewendet werden können. Die Gesetzeslücke bezüglich der Übernahme der Arbeitsverhältnisse sollte durch die dem alten Recht entsprechende Lösung der Verabredung zwischen dem Arbeitgeber und dem Dritten (inklusive Vetorecht des Arbeitnehmers) gefüllt werden. Diese Lösung ist einfacher zu handhaben, als wenn z.B. jeder Arbeitsvertrag einzeln neu mit den Arbeitnehmern ausgehandelt werden muss. Einfachheit bedeutet Zeitersparnis, was in der Hektik wichtig für den

Erfolg ist. In diesem Fall kann den Arbeitnehmern allerdings – trotz ihrem Vetorecht – nicht zugemutet werden, dass die übernommenen Arbeitsverträge abgeändert werden (z.B. Lohnreduktionen). Der Übernehmer muss daher seine Wünsche mittels Änderungskündigungen durchsetzen, wobei die finanziellen Folgen nicht dem Entgelt an die Rumpfgesellschaft belastet werden dürfen.

Weil der Übernehmer die zu transferierenden Arbeitnehmer frei bestimmen kann, muss ihm auch die Möglichkeit offenstehen, jeden neuen Arbeitsvertrag einzeln mit jedem Arbeitnehmer auszuhandeln.

4. Schlussfolgerungen

Nicht zuletzt im Blick auf Art. 167 des Strafgesetzbuches (Bevorzugung eines Gläubigers) tun die Beteiligten gut daran, keine offenen Verbindlichkeiten zu übertragen. Diese müssen in der untergehenden Gesellschaft verbleiben und daselbst am Zwangsvollstreckungsverfahren teilnehmen. Die hier postulierte Ausnahme von der Anwendung von Art. 333 OR im Sanierungsfall widerspricht den Interessen der Arbeitnehmer nicht. Sie rückt

lediglich für den Spezialfall der Sanierung die volkswirtschaftlichen Interessen [24] der Erhaltung intakter Betriebe in den Vordergrund, wohingegen bei Übertragungen aus finanziell gesunden Rumpfgesellschaften die Interessen der Arbeitnehmer im Vordergrund stehen.

Ein Sanierungsfall liegt dann vor, wenn die Sanierungsplanung von der Einleitung eines Zwangsvollstreckungsverfahrens über die Rumpfgesellschaft ausgeht, oder sofern diese gerettet werden soll, wenn deren Rettung als sehr wahrscheinlich erscheint. Art. 333 OR bleibt dabei anwendbar, soweit er dem SchKG nicht widerspricht.

Bei der Übernahme des Betriebs aus einer Konkurs- oder Nachlassmasse – diese Fälle sind selten – gilt mit anderer Begründung dasselbe [25]. Gegen die vorgeschlagene frühzeitige Kündigung [26] von nicht zu übernehmenden Arbeitsverhältnissen lässt sich aus der Sicht des SchKG nichts einwenden. Hingegen ist die prioritäre Bezahlung von offenen Arbeitnehmerschulden wiederum aus paulianischen Gründen nicht angebracht.

Last but not least muss die volkswirtschaftliche Bedeutung von Unternehmenssanierungen betont werden. Die Erhaltung von gesunden Organismen und der Untergang von veralteten Strukturen bilden das Rückgrat einer vitalen Wirtschaft. Über hundert Jahre

und bis heute hat das SchKG die Rettung wertvoller Arbeitsplätze gestattet. Die Änderung des Art. 333 Abs. 1 OR hat diese Möglichkeiten weder abschaffen können noch wollen [27]. ■■■

Anmerkungen

- 1 NZZ vom 24. September 1996, S. 28, Autoren Dr. M. Pfeifer und Dr. A. Dormann Besenich; problembewusst auch: Fritz, Max: Das Mitwirkungsgesetz, Handkommentar mit Handlungshilfen für die Praxis, Zürich 1994, im folgenden «Fritz», S. 34 Abs. 4; sowie Brühwiler, Jürg: Kommentar zum Einzelarbeitsvertrag, 2. A., Bern, Stuttgart, Wien 1996, im folgenden «Brühwiler», S. 280; Denzler, Beat: Zur Tragweite von Art. 333 OR, in: Recht, Zeitschrift für juristische Ausbildung und Praxis, 1998 Heft 2, S. 66 ff., im folgenden «Denzler», S. 73 f.; sowie Hofstetter, Hans: Zur Anwendbarkeit von Art. 333 OR bei Unternehmenssanierungen, in: Aktuelle Juristische Praxis 8/98, S. 926 ff., im folgenden «Hofstetter».
- 2 Eine Kurzfassung wurde in der NZZ vom 18. März 1997, S. 28, veröffentlicht.
- 3 Reh binder, Manfred: Berner Kommentar zu Art. 333 OR, Bern 1992, N 4; ebenso Stöckli, Jean-Fritz: Schweizerisches Arbeitsrecht und europäische Integration, in: Zeitschrift für Schweizerisches Recht 1993 II 87 ff., S. 90 f.
- 4 Eurolex; Bundesblatt 1992 V/1, S. 394 ff.
- 5 Aubert, Gabriel: Die neue Regelung über Massenentlassungen und den Übergang von Betrieben, in: Aktuelle Juristische Praxis 6/94, S. 699 ff., im folgenden «Aubert», S. 699.
- 6 Bundesblatt 1993 I/2, S. 880 f., bezüglich Art. 333 Abs. 1 OR ergaben sich keine Änderungen gegenüber dem Eurolex-Paket.
- 7 Gemäss Aubert verfolgt die Gesetzesrevision drei Ziele: erstens zu vermeiden, dass der Arbeitgeber einen Betriebsübergang zum Vorwand nimmt, um «reinen Tisch» zu machen und die gesamte oder Teile der Belegschaft zu entlassen; zweitens zu verhindern,

dass das Ziel oder die Folge eines Betriebsübergangs darin besteht, die Arbeitnehmer des Schutzes eines Gesamtarbeitsvertrages zu berauben; und drittens zu gewährleisten, dass durch geeignete Konsultationsverfahren die Kollektivinteressen der Arbeitnehmer gewahrt bleiben (S. 703 II. A.); vgl. auch Denzler, S. 68 f.; Fritz, S. 34 Abs. 3; Staehelin, Adrian/Vischer, Frank: Zürcher Kommentar zum Obligationenrecht, Zürich 1996, im folgenden «Staehelin», Allgemeines N 1 Abs. 2; Müller, Roland A.: Die neuen Bestimmungen über den Betriebsübergang, in: Aktuelle Juristische Praxis 2/96, S. 149 ff., im folgenden «Müller»; Vischer, Frank: Der Arbeitsvertrag, Schweizerisches Privatrecht, Basel 1994, im folgenden «Vischer», S. 155; Brühwiler, S. 279 ff.; Geiser, Thomas: Massenentlassungen, in: Aktuelle Juristische Praxis 11/95, S. 1411 ff.

8 Eurolex; Bundesblatt 1992 V/1, S. 394.

9 Stenographisches Bulletin des Ständerates 1993, S. 381; Stenographisches Bulletin des Nationalrates 1993, S. 1715.

10 Stenographisches Bulletin des Nationalrates 1992, S. 1569 f.

11 Ebenso Aubert, S. 704 C.

12 Auch wenn diese Ausnahme nicht in die EU-Richtlinie aufgenommen worden wäre, würden die hier vorgebrachten Begründungen für das schweizerische Recht genauso gelten. Trotz historischem Zusammenhang zwischen der Richtlinie 77/187 und Art. 333 OR muss die Rechtsprechung des europäischen Gerichtshofes zu dieser Richtlinie bzw. ihre Anwendung auf Art. 333 OR mit Vorsicht interpretiert werden. Rein rechtlich gesehen findet sie auf das schweizerische Recht keine Anwendung. Vgl. auch Denzler, S. 69.

13 Eurolex; Bundesblatt 1992 V/1, S. 402.

14 Geiser, Thomas: Entwicklungen im Arbeitsrecht, in: Schweizerische Juristenzeitung 91 (1995) Nr. 14, S. 272.

15 Zur Definition von Betrieben oder Betriebs teilen vgl. Denzler, S. 69; Aubert, S. 703 II. B.; Müller, S. 150 B. I. 3. Abs. 3; Vischer, S. 154 FN 2; Brühwiler, S. 281; Staehelin, Art. 333 OR N 7; Bei der Übernahme in eine Aufgangsgesellschaft werden der Betrieb oder die

DER SCHWEIZER TREUHÄNDER
L'EXPERT-COMPTABLE SUISSE

Jahresverzeichnis 1998

wird dem Schweizer Treuhänder Nr. 1-2/1999 separat beigelegt.

Wir bitten Sie, **Bindeaufträge** für den Schweizer Treuhänder 1998 (10 Ausgaben) erst Anfang Februar 1999 zusammen mit dem Jahresverzeichnis der Firma Buchbinderei Suter GmbH, Gloriamstrasse 55, 8044 Zürich, zuzustellen.

01.303d

- Betriebsteile oft – entsprechend den Anforderungen des Marktes bzw. im Blick auf eine nun erhoffte Konkurrenzfähigkeit – erheblich verändert; sie sind diesfalls nicht mehr identisch. Da die meisten Autoren für die Anwendung von Art. 333 OR Identität des alten und des übernommenen Betriebes oder Betriebsteiles verlangen, könnte die Anwendung von Art. 333 OR schon aus diesem Grunde entfallen, ohne die in diesem Aufsatz postulierte Ausnahme des «Sanierungsfalles» in Anspruch nehmen zu müssen.
- 16 Auch länger, sofern Art. 288 SchKG zur Anwendung kommt; für den Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung vgl. Art. 331 Abs. 2 SchKG.
- 17 Anwendbar könnten die Art. 286 Abs. 2 Ziff. 1 SchKG (Weggabe von Aktiven und Passiven unter Verrechnung der Passiven zum Nominalwert, obwohl diese Passiven im Zwangsvollstreckungsfalle nicht zum Nominalwert befriedigt worden wären), Art. 287 Abs. 1 Ziff. 2 SchKG (Tilgung der Arbeitnehmerforderungen durch Übergabe dieser Passiven und von Aktiven an einen Dritten zwecks Bezahlung durch diesen Dritten) oder Art. 288 SchKG sein.
- 18 Marktgerecht bedeutet hier, dass wertmindernde Faktoren wie das immanente Risiko solcher Übernahmen und die Tatsache des regelmässig viel tieferen Zerschlagungswertes im Zwangsvollstreckungsfalle berücksichtigt werden dürfen.
- 19 Gulich, Frank: *Rechtliche Aspekte bei der Gründung einer Auffanggesellschaft i.w.S.*, Zürcher Dissertation, 1993, im folgenden «Gulich», Gesamtübersicht XXXIV und S. 2.
- 20 Gulich, S. 73 sowie S. 107 mit weiteren Verweisen in FN 59; Hofstetter kommt mit anderer Begründung zu einem ähnlichen Ergebnis (S. 929 ff.).
- 21 Einerseits sind Konkurs oder Liquidationsvergleich möglich, die eine Voraussetzung für paulianische Tatbestände bilden (Art. 285 bzw. 331 SchKG), andererseits ist eine Sanierung auf aussergerichtlichem Weg, mittels Konkursaufschub oder ordentlichem Nachlassvertrag denkbar, die paulianische Ansprüche verunmöglichen. In der Praxis gilt letzteres auch, wenn die Rumpfgesellschaft «stillgelegt» wird oder erst nach langer Zeit in Konkurs fällt.
- 22 Was geschieht im seltenen Fall, wo die Rumpfgesellschaft trotz hoher Sanierungschancen nachträglich unerwartet in Konkurs fällt? Mangels Sanierungsfall mussten ja die arbeitnehmerbezogenen Altlasten in Anwendung von Art. 333 Abs. 1 OR in die Auffanggesellschaft übernommen werden. Kann dieser Tatbestand trotzdem paulianisch angefochten werden? In konsequenter Anwendung obiger Definition des Sanierungsfalles ist dies m.E. zu verneinen. In diesem besonderen Fall geht daher die Anwendung von Art. 333 Abs. 1 OR der paulianischen Anfechtung vor.
- 23 Auch der Anwendung von Art. 286 Abs. 2 Ziff. 1 SchKG (vgl. FN 17) liegt implizite die Idee der Überschuldung zu Grunde.
- 24 Die z.B. in bezug auf die geretteten Arbeitsplätze auch wieder Interessen der Arbeitnehmerschaft einbeziehen.
- 25 Staehelin, Art. 333 OR N 3 a.E.; Baumgartner, Andres: Fortführung eines Unternehmens nach Konkursöffnung, Arbeiten aus dem juristischen Seminar der Universität Freiburg Schweiz, Band 77, Freiburg Schweiz 1987, S. 175 f.; Der europäische Gerichtshof hat in seiner Entscheidung vom 7. Februar 1985, Rechtssache 135/83, in Sachen H.B.M. Abels c. Bestuur van de Bedrijfsvereniging voor de Metalindustrie en de Electrotechnische Industrie entschieden, dass die Richtlinie 77/187 nicht auf den Übergang eines Unternehmens, Betriebs oder Betriebsteils anwendbar ist, wenn über das Vermögen des Veräusserers der Konkurs eröffnet worden ist. Es hält zudem fest, dass es den Mitgliedstaaten frei stehe, diese Richtlinie in solchen Fällen auf der Grundlage ihres nationalen Rechts dennoch zur Anwendung zu bringen.
- 26 Staehelin, Art. 333 OR N 12.
- 27 Am 16. März 1998 hat der Nationalrat eine parlamentarische Initiative von Jost Gross (sp., Thurgau) unterstützt, der eine Erweiterung von Art. 333 OR u.a. auch auf die Fälle der Schaffung einer Auffanggesellschaft anstrebt. Er hat dies damit begründet, dass in der Praxis unklar sei, ob Art. 333 OR auf diese Fälle anwendbar sei.

RÉSUMÉ

Reprise de rapports de travail selon l'article 333 CO en cas d'assainissement d'entreprises

Le transfert de salariés d'entreprises en difficultés dans des sociétés reprenantes viables se situe aujourd'hui au centre de l'intérêt social. Depuis des années, la Loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite (LP) ne s'oppose aucunement à ce sauvetage économiquement judicieux d'éléments sains d'une exploitation et des emplois que cela représente. L'entrée en vigueur, le 1^{er} mai 1994, de la disposition révisée du Code des obligations relative au transfert automatique de rapports de travail n'y a rien changé.

Dans la perspective de l'article 167 du code pénal (traitement de faveur accordé à un créancier), les parties prenantes ont tout intérêt à ne pas transférer d'engagements ouverts. Ces derniers doivent rester dans la société en perdition et y être inclus dans la

procédure d'exécution forcée. L'exception postulée ici de l'application de l'article 333 CO en cas d'assainissement n'est pas contraire aux intérêts des salariés. Elle se contente de mettre en évidence les intérêts pour l'économie nationale du maintien des entreprises intactes dans le contexte du cas particulier de l'assainissement, alors que dans le cas des transferts de sociétés amputées financièrement saines, les intérêts des salariés sont prioritaires.

On se trouve en présence d'un cas d'assainissement lorsque la planification de l'assainissement part de l'introduction d'une procédure d'exécution forcée de la société amputée, ou, si cette dernière doit être sauvée, si son sauvetage paraît probable. L'article 333 CO reste alors applicable pour autant qu'il ne s'oppose pas à la LP.

En cas de reprise de l'entreprise de la masse de la faillite ou du concordat – ces cas sont rares – le même principe s'applique pour une raison différente. La LP ne s'oppose pas à la proposition de licenciement prématuré de rapports de travail non destinés à être repris. Le paiement prioritaire de dettes envers les salariés ne se justifie pas, à nouveau en raison de l'action paulienne.

Pour conclure, il faut également souligner l'importance des assainissements d'entreprises pour l'économie nationale. Le maintien d'organismes sains et la disparition de structures désuètes constituent l'épine dorsale d'une économie vitale. Pendant plus d'un siècle et jusqu'ici, la LP a permis le sauvetage de précieux emplois. En modifiant l'article 333 alinéa 1 CO, le législateur n'a pas pu ni voulu supprimer ces possibilités. *RAC/HJR*