

Übernahme von Arbeitsverhältnissen bei Sanierungen Rettung von lebensfähigen Betriebsteilen durch Auffanggesellschaften

Von Rico A. Camponovo*

Die Übernahme von Arbeitnehmern aus maroden Betrieben in Auffanggesellschaften steht im Brennpunkt des gesellschaftlichen Interesses. Diese Rettung gesunder Betriebsteile und der zugehörigen Arbeitsplätze wird seit Jahren durch das Schuldbetreibungs- und Konkursgesetz anstandslos ermöglicht. Daran hat die revidierte Bestimmung des Obligationenrechts über den automatischen Übergang von Arbeitsverhältnissen nichts geändert.

An dieser Stelle (vgl. NZZ vom 24. 9. 96) vertreten M. Pfeifer und A. Dormann Bessenich die Ansicht, der revidierte Art. 333 Obligationenrecht (OR) habe das bewährte Institut des *Betriebsübergangs* entscheidend verändert. Dieser schreibe vor, dass die Auffanggesellschaft für sämtliche offenen Löhne der zu sanierenden Gesellschaft hafte, womit eine Sanierung weitgehend unmöglich werde. Kein neuer Investor sei bereit, die gesamten arbeitnehmerbezogenen Altlasten zu begleichen. Die vorliegende Entgegnung zeigt jedoch, dass Betriebsübernahmen weiterhin in gewohnter Weise – ohne die Übernahme offener Löhne – möglich sind. Die Revision des Art. 333 OR hat Sanierungen weder neu geregelt noch neu regeln wollen. Es sind hingegen die Bestimmungen des *Schuldbetreibungs- und Konkursgesetzes* (SchKG), welche den Sanierungsfall für alle Gläubigergruppen in hinreichender Weise ordnen. Nachfolgend wird begründet, weshalb die Übernahme von Altlasten aus Arbeitsverhältnissen diese Normen verletzt.

Anpassung an europäisches Recht

Im revidierten Art. 333 OR (vgl. Kasten) spielt sowohl der Wille des Arbeitgebers wie des Dritten bei der Übernahme der Arbeitsverhältnisse keine Rolle mehr, sie gehen *von Gesetzes wegen* auf den Erwerber über. Auffallen muss jedoch, dass der Wortlaut den Sanierungsfall nicht aufnimmt und dass neu der *Betriebsteil* erwähnt wird. Der alte Art. 333 OR wurde in der Literatur als sozialstaatliches Defizit und als nicht europafähig kritisiert. Vor der EWR-Abstimmung schlug der Bundesrat daher die Anpassung von Art. 333 OR vor. Ziel war die Angleichung an eine Richtlinie der EU. Nach dem negativen Ausgang der EWR-Abstimmung wurde dieselbe Gesetzesrevision vom Bundesrat im Rahmen des Pakets «Swisslex» erneut vorgeschlagen und anschliessend ins Schweizer Recht übernommen.

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

daraus, dass weder die Gesetzesmaterialien noch die spärliche Literatur zum neuen Art. 333 OR einen Hinweis auf dessen Anwendbarkeit bei Sanierungen enthalten. Nicht erwähnt wurde das SchKG. Die Anwendbarkeit von Art. 333 Abs. 1 auf Sanierungen käme jedoch einem fundamentalen Eingriff ins SchKG gleich. Offensichtlich hat der Gesetzgeber dies nicht beabsichtigt. Das in

Revision des Art. 333 OR

Der revidierte 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 der alte 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)

der Zwischenzeit in Kraft getretene revidierte SchKG bestätigt diese These. Es hätte sich zweifellos mit den Auswirkungen eines solchen Eingriffs befasst. Nichts dergleichen ist geschehen.

Die Erwähnung des *Betriebsteils* ist im Artikel ebenfalls neu. Wäre Art. 333 Abs. 1 OR auf Sanierungen anwendbar, so würde das Problem der Altlasten alleine durch diese Neuerung wesentlich entschärft. Die Arbeitnehmer der nicht sanierungswürdigen Betriebsteile müssten nämlich von der Auffanggesellschaft nicht übernommen werden. Die Frage der Übernahme von Arbeitsverhältnissen bei Sanierungen kann aber aus den Gläubigerschutzvorschriften des SchKG beantwortet werden. Dies gilt jedenfalls dann, wenn über den überschuldeten bisherigen Arbeitgeber innert Jahresfrist nach der Betriebsübertragung ein Konkursverfahren oder ein Nachlassverfahren mit Vermögensabtretung durchgeführt wird.

* Rico A. Camponovo, lic. oec. publ., ist Rechtsanwalt in Zürich.

Gleichberechtigung von Gläubigern

Die Gleichberechtigung der Gläubiger ist ein fundamentaler Aspekt des SchKG, was sich im SchKG in mannigfacher Hinsicht konkretisiert. Von Wichtigkeit im vorliegenden Fall sind die sogenannten *paulianischen Anfechtungen* der Art. 285ff. SchKG, die im revidierten Gesetz erheblich verschärft wurden. Diese ermöglichen es, Vermögenswerte zugunsten der Gläubiger der untergehenden Gesellschaft zurückzuholen, die diesen 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.

Auffanggesellschaften übernehmen nämlich regelmässig zur Rettung der lebensfähigen Betriebsteile vornehmlich deren Aktiven und erbringen der überschuldeten Gesellschaft eine marktgerechte Gegenleistung. Problematisch wird es, wenn gleichzeitig *Passiven* auf die Auffanggesellschaft übertragen werden. Diese Übernahme von Ausständen aus den übernommenen Arbeitsverträgen vermindern automatisch im entsprechenden Ausmass die Höhe der Gegenleistung. Im Extremfall wird das Entgelt auf null reduziert, nämlich wenn die Altschulden der übernommenen Arbeitnehmer dem Wert der veräusserten Aktiven gleichkommt. Nun wird klar, dass diese Passivenverschiebung einerseits zulasten der zurückbleibenden Arbeitnehmer sowie der übrigen Gläubiger und andererseits voll zugunsten der übernommenen Arbeitnehmer erfolgt. Die Aktiven der Auffanggesellschaft werden mit anderen Worten zur vollen Befriedigung der alten Ausstände der übernommenen Arbeitnehmer verwendet. Das Zwangsvollstreckungsrecht duldet dies nicht. Durch die Auffanggesellschaft dürfen die Gläubiger nicht schlechter gestellt werden, als sie es bei sofortiger Konkureröffnung wären. Das SchKG geht als öffentlichrechtliches *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 gedeckt worden wären. Der Entzug von Aktiven benachteilige daher keinen der zurückbleibenden Gläubiger. Diese Argumentation hält aber nicht stand. Die paulianischen Ansprüche sind erstens unabhängig von der Konkursklasse der begünstigten Gläubiger. Sie richten sich gegen die Personen (ob Gläubiger oder nicht), die mit dem Arbeitgeber die anfechtbaren Rechtsgeschäfte abgeschlossen haben. Die Durchsetzung von Anfechtungstatbeständen ist auch dann möglich, wenn die nicht privilegierten Gläubiger des bisherigen Arbeitgebers dadurch nicht direkt zu einer höheren Konkurs- oder Nachlassdividende gelangen. Zweitens sind gerade in Krisenfällen die übernommenen Arbeitnehmerforderungen teilweise älter als sechs Monate und daher in diesem Umfang nicht privilegiert.

Keine Übertragung von Verbindlichkeiten

Die Autoren vermerken zu Recht, dass Arbeitnehmer und Gewerkschaften häufig freiwillig bereit sind, zwecks Rettung des Unternehmens auf die Bezahlung von Lohnausständen zu verzichten. Dies ist weiterhin möglich, auch wenn der Grund für diese Verzichtsbereitschaft ganz oder teilweise in den Leistungen der Arbeitslosen- bzw. Insolvenzversicherung liegen sollte. Regressansprüche der Arbeitslosenkasse für bezahlte Insolvenzschiadigung oder Arbeitslosenunterstützung 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 nichts ändern, welcher eine solidarische Haftung vom bisherigen Arbeitgeber und vom Erwerber vorsieht. Die Auffanggesellschaft übernimmt jedoch keine Arbeitnehmerforderungen, die vor dem Übergang fällig geworden sind und die nachher bis zum Zeitpunkt fällig werden, auf den das Arbeitsverhältnis ordentlichweise beendet werden könnte.

Mit Blick auf Art. 167 des Strafgesetzbuches (Bevorzugung eines Gläubigers) tun die Beteilig-

ten gut daran, weder offene Verbindlichkeiten noch die nicht weiter zu beschäftigenden Arbeitnehmer in Auffanggesellschaften zu übertragen. Diese müssen in der untergehenden Gesellschaft verbleiben und daselbst am Zwangsvollstreckungsverfahren teilnehmen. Nicht zuletzt muss die volkswirtschaftlich enorme Bedeutung von Unternehmenssanierungen betont werden. 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.