

dere Fussballvereine mögen *Fussballgeschichte* schreiben, – der Fussballclub Lohn ist in die *Geschichte des Art. 21 OR* eingegangen, was viel mehr ist als ein Aufstieg in die nächsthöhere Liga. Es ist ein Aufstieg in die Jurisprudenz! Dort hat er jetzt seinen festen Platz.⁵³ Wie auch immer sein Nachspiel in der Landwirtschaftszone von Thayngen ausgeht, eines ist sicher:

Die juristischen Kommentare, die langen und die kurzen, die Lehrbücher und die Skripten werden den Namen dieses Clubs verewigen; die Dozenten werden ihn zitieren; und selbstverständlich gehört er fortan auch zum juristischen Übungs- und Examensstoff, gleich wie der liebestolle Witwer, der «in das Netz einer im gefährlichen Alter stehenden Witwe geraten» war (BGE 61 II 31 ff.). Kurz und gut: Für ganze Generationen von Juristen wird der Fussballclub Lohn zum Begriff, auch wenn sie sonst nur wenig oder überhaupt nichts von Fussball verstehen. Welcher andere Fussballclub der Schweiz hat schon *so viel* erreicht, welcher hat ein derart feines Publikum!

⁵³ Vgl. z.B. Schon Kramer, Geltungserhaltende Reduktion bei Übervorteilung, AJP 12/1997, S. 1556 ff.

Dr. Beat Denzler, LL.M., Rechtsanwalt,
Winterthur

Zur Tragweite von Art. 333 OR

BGE 123 III 466ff.

1. Sachverhalt

Die Klägerin B. arbeitete als Serviertochter im Restaurant der Beklagten P. Im März 1994 informierte P. ihre Serviertochter, dass der Mietvertrag für das Restaurant Ende März 1995 auslaufe und sie daher den Betrieb nicht weiterführen werde. Sie ermunterte B., eine neue Stelle zu suchen, und sicherte ihr zu, jederzeit zu einer vorzeitigen Vertragsauflösung Hand zu bieten. Im Oktober 1994 wurde B. schwanger. Ab 16. März 1995 bemühte sich B. um eine andere Stelle, so auch beim neuen Mieter des Restaurants. Dieser hatte kein Interesse, sie einzustellen. Der Sachver-

haltsschilderung lässt sich nicht entnehmen, ob die Identität des Restaurants (Name, Intérieur, Kundenstamm, allenfalls weiteres Personal etc.) erhalten blieb. Klar ist, dass kein Übernahmevertrag zwischen alter Wirtin und neuem Betreiber bestand; d.h., der Wirtewechsel war Folge der Beendigung des alten und des Abschlusses eines neuen Mietvertrages.

B. verklagte P. auf Lohnnachzahlungen¹. Die unter Berücksichtigung der Sperrfrist (Art. 336c Abs. 1 lit. c OR) bis 29. Februar 1996 verlängerte Kündigung liess sie unangefochten. Die Vorinstanzen schützten die Klagen mit kleinen Retuschen. Das Bundesgericht weist eine von P. hiegegen erhobene Berufung ab.

2. Begründung

Die Beklagte argumentierte, sie habe das Restaurant wegen der Kündigung des Mietvertrags nicht mehr betreiben und damit auch die Dienste der Klägerin nicht mehr in Anspruch nehmen können; die Härte der Praxis bei Sperrfristen (BGE 119 II 449, E. 2.a; BGE 115 IV 437) müsse angesichts der sie treffenden ökonomischen Konsequenzen gemildert werden.

Das Bundesgericht verwirft diesen Einwand als irrelevant; der Fall sei nach den Regeln über die Betriebsübertragung (Art. 333 OR) zu entscheiden:

Nach Zusammenfassung des Gesetzestextes und einem knappen Hinweis auf die Entstehungsgeschichte von Art. 333 OR führt das Bundesgericht aus, eine Betriebsübertragung setze kein Rechtsverhältnis zwischen erstem und zweitem Betreiber voraus:

«Peu importe qu'il y ait ou non un lien de droit entre le premier exploitant et le second; ainsi, l'art. 333 CO s'applique lorsque le propriétaire d'un restaurant résilie le bail du gérant pour contracter avec un autre gérant.»

Es folgen Hinweise auf die Botschaft² und Lehrmeinungen³. Das Bundesgericht bejaht eine Betriebsübertragung im Sinne von Art. 333 OR im konkreten Fall und hält fest, dass gemäss Art. 333 OR (anders als unter bisherigem Recht)

¹ Am Verfahren beteiligte sich auch die Arbeitslosenkasse als Subrogations-Gläubigerin.

² BBI 1993 I 880ff. (Swisslex) und 1992 V 397ff. (Eurolex).

³ ZK-Stähelin, N 2 zu Art. 333 OR; Gabriel Aubert, La nouvelle réglementation des licenciements collectifs et des transferts d'entreprises, in: Journée 1994 de droit du travail et de la sécurité sociale, Zurich 1995, 109–111; Colette Rossat-Favre, Les adaptations nécessaires du droit privé du travail en vertu de l'accord EEE, in: L'espace social européen, Colloque de Lausanne 1992, publié par Jean-Louis Duc, Lausanne 1993, 110–111.

die Arbeitsverträge automatisch auf den Erwerber des Betriebs übergingen. Wegen der Sperrfrist habe das Arbeitsverhältnis mit B. im Zeitpunkt des Betriebsübergangs (wohl 1. April 1995) noch fortbestanden und der neue Wirt sei daher Arbeitgeber von B. geworden. Die durch die Schwangerschaft ausgelöste Sperrfrist habe keine übermässig starke Belastung der ausgeschiedenen (und solidarisch haftenden) Wirtin bewirkt, da die Klägerin beim neuen Wirt hätte arbeiten können. Dass das Gesetz eine solidarische Haftung der alten Arbeitgeberin vorsehe, dürfe P. nicht beklagen; dies sei eine Konsequenz aus dem Gesetz selbst.

Offen lässt das Bundesgericht, ob eine ausschliesslich im Hinblick auf eine Betriebsübertragung ausgesprochene Kündigung gültig wäre.

3. Kommentar

a) **Grundlagen:** Grundsätzlich könnten Arbeitsverträge nur mit Zustimmung aller Beteiligten übertragen werden. Zur Vereinfachung der Vertragsübertragung bei Betriebsübertragungen liess das Gesetz indessen seit 1. Januar 1972 eine Vereinbarung zwischen altem und neuem Arbeitgeber genügen. Die Zustimmung der Arbeitnehmer war nicht erforderlich. Diesen stand indessen das Recht zu, den Übergang des Arbeitsvertrags abzulehnen⁴. D.h., im Kontext Betriebsübertragung trat an die Stelle der an sich erforderlichen Dreiecksvereinbarung eine Vereinbarung zwischen altem und neuem Arbeitgeber, verbunden mit einem Veto der betroffenen Arbeitnehmer. Zum Schutz der Arbeitnehmer vor den durch diese «halbautomatische» Vertragsübertragung bewirkten Risiken ordnete bereits Art. 333 Abs. 3 aOR Solidarität des alten und des neuen Arbeitgebers für alle noch offenen Forderungen der Arbeitnehmer vor dem Übergang und alle später fällig werdenden Forderungen aus dem Arbeitsverhältnis bis zum Zeitpunkt der nächstmöglichen ordentlichen Kündigung an⁵. Bis zum 30. April 1994 konnten Veräusserer und Erwerber eines Betriebs aber völlig frei vereinbaren, ob und welche Arbeitsverträge übergehen sollten.

Die auf den 1. Mai 1994 in Kraft gesetzte Neufassung von Art. 333 OR⁶ «automatisiert» die

Übertragung von Arbeitsverhältnissen noch weitgehend. Überträgt der Arbeitgeber den Betrieb oder einen Betriebsteil auf einen Dritten, geht gemäss Art. 333 Abs. 1 OR das Arbeitsverhältnis mit allen Rechten und Pflichten per Tag der Betriebsnachfolge auf den Erwerber über. Das frühere Erfordernis einer Einigung zwischen Veräusserer und Erwerber bezüglich Übergang der Arbeitsverhältnisse ist ersatzlos gestrichen worden. Die Neufassung von Art. 333 OR führt somit zu einer Art dinglichen Verknüpfung von Arbeitsverträgen und Betrieb. Die Tatbestandsvoraussetzung («Überträgt der Arbeitgeber den Betrieb auf einen Dritten») blieb unverändert. Es wurde lediglich klargestellt, dass (wie dies schon früher der Praxis entsprach) auch die Übertragung von Betriebsteilen von der Bestimmung erfasst wird. Unverändert übernommen wurde so dann die Regel, dass eine Zustimmung der Arbeitnehmer nicht erforderlich ist, dass diese aber ein Veto haben. Identisch geblieben ist die Regelung bezüglich Solidarhaftung von altem und neuem Arbeitgeber. Neu ist die in Art. 333 Abs. 1^{bis} OR angeordnete befristete Weitergeltung für eine beschränkte Dauer allfälliger normativer Bestimmungen von Gesamtarbeitsverträgen.

Art. 333 aOR hatte keine grosse praktische Bedeutung. Da es im Belieben der beteiligten Arbeitgeber stand, eine Übertragung der Arbeitsverträge zu vereinbaren oder nicht (auch neue Verträge konnten abgeschlossen werden), konnten (aus Sicht der Arbeitgeber) überraschende Haftungsrisiken vorausschauend minimiert werden. Selten waren daher auch die Fälle, in denen sich (aus Sicht der Arbeitnehmer) aus Art. 333 OR Chancen zu erfolgversprechenden Klagen boten. Da die grundsätzliche Tatbestandsvoraussetzung wörtlich ins neue Recht übernommen wurde, bleibt die (freilich nicht sehr ergiebige) Praxis und Literatur zu Art. 333 OR zumindest zu dieser Frage indessen weiterhin von Interesse. Mit Sicherheit wird der revidierte Art. 333 OR in der Praxis eine weitaus grössere Bedeutung erlangen. Ähnliche Rechtsvorschriften in den EU-Ländern haben zu einer nahezu unüberblickbaren Flut von Gerichtsentscheiden und Schrifttum geführt⁷. Die Diskussion um die Tragweite von Art. 333 OR wird auch in der Schweiz hartnäckig und kontrovers geführt werden. Der zu besprechende Bundesgerichtsentscheid (meines Wissens der erste

⁴ Art. 333 OR in der Fassung vom 25. Juni 1971, in Kraft seit 1. Januar 1972 (AS 1971 1465); dazu BBI 1967 II 370/2; G. Aubert, a.a.O., 109.

⁵ Vgl. z.B. Ullin Streiff/Adrian von Kaenel, Leitfaden zum Arbeitsvertragsrecht, 5. Aufl. 1993, N 2-4 zu Art. 333 OR.

⁶ Fassung vom 17. Dezember 1993, in Kraft seit 1. Mai 1994 (AS 1994 804, 807).

⁷ Vgl. z.B. die gute Übersicht in European Law Reporter, II 3948; für das deutsche Recht Palandt, N 1 ff. zu § 613a BGB.

zum revidierten Art. 333 OR) gibt daher Anlass zu einigen Reflektionen:

b) **Zum Ergebnis:** Das Resultat des Entscheids überzeugt. Irritierend ist einzig, dass das Gericht überhaupt das Thema Art. 333 OR aufgreift: P. kündigte das Arbeitsverhältnis mit B. per 31. März 1995. Die während der Kündigung eingetretene Schwangerschaft hemmte den Lauf der Kündigungsfrist bis 16 Wochen nach Niederkunft. Entsprechend schob sich der Zeitpunkt der Vertragsbeendigung hinaus. Als Arbeitgeberin trug P. das Betriebsrisiko³, mithin auch das Risiko, dass der Mietvertrag gekündigt würde. Wenn P. (wenn auch völlig unverschuldet) die Dienste von B. nicht mehr in Anspruch nehmen konnte, geriet sie in Annahmeverzug und blieb nach Massgabe von Art. 324 OR zur Lohnzahlung verpflichtet, bis das Arbeitsverhältnis endete⁹. Dass B. ihre Dienste anscheinend nur dem neuen Wirt, nicht auch P. angeboten haben mag, dürfte nicht entscheidend sein, da diese Obliegenheit jedenfalls dann entfällt, wo sie von vornherein sinnlos wäre.

In der Lehre wird vereinzelt gefordert, die Härten des Betriebsrisikos in Einzelfällen zu mildern, namentlich durch Einräumung eines ausserordentlichen Kündigungsrechts des Arbeitgebers mit angemessener Entschädigung der Arbeitnehmer¹⁰. Denkbar wäre in einem extremen Fall wohl auch die Reduktion der Lohnfortzahlungspflicht bei übermäßig harten Folgen von Sperrfristen. Anscheinend hat das Bundesgericht versucht, dieser Thematik aus dem Weg zu gehen. Allein: wenn der alten Arbeitgeberin aus ihr persönlich zustehenden Gründen eine Reduktion der Lohnzahlungspflicht zugebilligt werden müsste, dürfte diese Reduktion nicht durch den Hinzutritt eines Solidarschuldners dahinfallen¹¹.

Der vom Bundesgericht gewählte Ansatz erscheint mir daher nicht ganz unproblematisch. Insbesondere besteht eine gewisse Gefahr, dass Grundsatzfragen, die bei anderer Sachverhaltskonstellation grosse Tragweite haben können, nicht hinreichend ausgeleuchtet wurden.

Das Bundesgericht setzt sich im Urteil nur mit der Frage auseinander, ob eine vertragliche Beziehung zwischen Veräusserer und Erwerber des Betriebs bestehen muss, und verneint sie. Die übrigen Aspekte von Art. 333 OR werden im Urteil nicht analysiert. Möglicherweise waren die Voraussetzungen offenkundig. Zum Verständnis der «Mechanik» von Art. 333 OR und auch als Basis einer kritischen Auseinandersetzung mit der im Bundesgericht vertretenen Auffassung erscheint mir wichtig, zunächst kurz die Entstehungsgeschichte von Art. 333 OR zu skizzieren und hernach die einzelnen Tatbestandselemente zu analysieren.

c) **Entstehungsgeschichte:** Art. 333 OR sollte ursprünglich (zusammen mit Art. 336 Abs. 3 OR) im Rahmen des Eurolex-Pakets eingeführt werden, um das schweizerische Arbeitsrecht der (bei Annahme des EWR zu rezipierenden) europäischen Betriebsübergangsrichtlinie¹² anzupassen¹³. Die Richtlinie knüpft an den «Übergang von Unternehmen, Betrieben oder Betriebsteilen auf einen anderen Inhaber durch vertragliche Übertragung oder durch Verschmelzung» an (Art. 1 Abs. 1). Wird ein Betriebsübergang bejaht, ordnet sie in Art. 3 Abs. 1 den automatischen Übergang der Arbeitsverhältnisse an und überlässt es den Mitgliedstaaten, allenfalls Solidarität auch des Veräusserers vorzusehen. Art. 4 Abs. 1 sieht sodann vor, dass «der Übergang eines Unternehmens [...] als solcher für den Veräusserer oder den Erwerber keinen Grund zur Kündigung» darstellt. D. h., der Betriebsübergang soll nicht dazu dienen, allfällige sachliche Kündigungsvorschriften der nationalen Rechte zu unterlaufen. In seiner Botschaft zum Eurolex-Paket hat der Bundesrat die Richtlinie 77/187 kurz dargestellt. Der Bundesrat weist auch auf die europäische Praxis hin, wonach zur Vermeidung von Umgehungen ein Übergang von Unternehmen immer dann zu bejahen sei, wenn die betreffende wirtschaftliche Einheit ihre Identität bewahre¹⁴. Die Einführung einer sachlichen Kündigungsbeschränkung erachtete der Bundesrat als überflüssig. Schon nach geltendem Recht stelle ein Betriebsüber-

³ BK-Rehbinder, N 29 ff. zu Art. 324 OR; ZK-Staehelin, N 12/3 zu Art. 324 OR; Jürg Brühwiler, Handkommentar zum Einzelarbeitsvertrag, 2. Aufl. 1996, N 2 zu Art. 324 OR; Streiff/von Kaenel, N 5 zu Art. 324 OR; Frank Vischer, Der Arbeitsvertrag, SPR VII/1, III, S. 122; Stephan Klingenbergs, Die Betriebsschliessung, Diss. Basel 1986, 35/6.

⁹ ZR 89 Nr. 29; Kantonsgericht SG in JAR 1992 197; ZK-Staehelin, N 23 zu Art. 324 OR.

¹⁰ Vgl. dazu Klingenbergs, a. a. O.; ZK-Staehelin, N 20 zu Art. 324 OR.

¹¹ Art. 145 Abs. 1 und Art. 179 Abs. 2 OR.

¹² Richtlinie 77/187/EWG des Rates vom 14.2.1977 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Wahrung von Ansprüchen der Arbeitnehmer beim Übergang von Unternehmen, Betrieben oder Betriebsteilen (ABl. 1977, Nr. L 61, S. 26); vgl. dazu z. B. Dieter Krimphove, Europäisches Arbeitsrecht, München 1996, 254; Konstantin von Alvensleben, Die Rechte der Arbeitnehmer bei Betriebsübergang im Europäischen Gemeinschaftsrecht, Köln/Brüssel 1991, 156 ff.

¹³ BBI 1992 V 397 ff.

¹⁴ BBI 1992 V 398 unter Hinweis auf EuGH vom 18.3.1986, Spijkers, Slg. 1986 1130.

gang keinen wichtigen Grund zu einer fristlosen Entlassung dar¹⁵. Nach Ablehnung des EWR-Abkommens wurde Art. 333 revOR im Rahmen des Swisslex-Pakets ohne Diskussion und mit identischem Text eingeführt. Die Botschaft dazu verweist auf die Eurolex-Botschaft¹⁶.

Historisch ist damit der Zusammenhang zwischen Art. 333 OR und Richtlinie 77/187 offenkundig. Gleichwohl erscheint mir eine unreflektierte Übernahme der europäischen Praxis bei der Auslegung gewagt. Das Nein zum EWR – ob politisch opportun oder nicht – erscheint geradezu als Anweisung an die Justiz, die Swisslex-Bestimmungen und damit auch Art. 333 OR autonom auszulegen. Problematisch wäre insbesondere eine automatische Übernahme der sich rasant entwickelnden europäischen Rechtsprechung, die mitunter Sachverhalte in den Anwendungsbereich der Richtlinie zwängt, welche mit einem Betriebsübergang nichts mehr gemein zu haben scheinen¹⁷.

Damit will ich nicht sagen, die europäische Praxis sei generell zu negieren. Korrekt erscheint mir eine Mitberücksichtigung mit kritischer Brille¹⁸.

d) **Betrieb oder Betriebsteil:** Unter Betrieb wird «eine auf Dauer gerichtete, in sich geschlossene organisatorische Leistungseinheit [...], die selbständig am Wirtschaftsleben teilnimmt», verstanden¹⁹. Als Betriebsteile gelten organisatori-

sche Einheiten, die den vorstehenden Kriterien genügen, aber nicht selbständig sind²⁰. Auch in der europäischen Lehre werden unter Betrieb bzw. Betriebsteil wirtschaftliche Einheiten verstanden, mit denen ein bestimmter wirtschaftlicher Zweck auf die Dauer verfolgt wird²¹. Diese juristischen Definitionen reflektieren das betriebswirtschaftliche und allgemeine Verständnis. Charakteristisch für einen Betrieb ist somit die auf Dauer ausgelegte organisatorische Zusammenfassung von Personen sowie materiellen und immateriellen Wirtschaftsgütern.

Der EuGH hat nun aber den Betriebsbegriff weitgehend sinnentleert. So hat er im erwähnten Fall Christel Schmidt²² die Auslagerung einer einzelnen Putzfrau ohne Veräußerung irgendwelcher Betriebsmittel als Betriebsübergang und damit Frau Schmidt als «Betriebsteil» qualifiziert.

Für die Schweizer Praxis ist Zurückhaltung angesagt. Das Tatbestandselement «Betrieb/Betriebsteil» ist ernst zu nehmen und sollte nur bejaht werden, wenn eine wirtschaftliche Einheit vorliegt, die sachlich, personell und zeitlich Betriebsqualität aufweist. Arbeitnehmerschutz ist ein wichtiges Anliegen, nicht aber einziges Prinzip des Arbeitsrechts. Es ist daher in jedem Fall zuerst zu prüfen, ob überhaupt ein Betrieb bzw. Betriebsteil vorliegt. Diese erste Stufe der Analyse führt dazu, dass z.B. folgende Situationen nicht unter Art. 333 OR fallen:

- Veräußerung eines einzelnen Wirtschaftsguts (wer einen Lastwagen kauft, übernimmt nicht automatisch den Chauffeur);
- Veräußerung einzelner Vertragsverhältnisse²³;
- Veräußerung nur immaterieller Wirtschaftsgüter (wer den Kundenstamm einer Arztpraxis übernimmt, wird nicht Arbeitgeber der Praxisgehilfin);
- Transfer nur einzelner Personen (nach hiesigem Verständnis dürfte Christel Schmidt nicht als Betriebsteil eingestuft werden).

e) **Inhaberwechsel:** In einem zweiten Schritt ist zu prüfen, ob der Betrieb oder Betriebsteil «auf einen Dritten» übertragen wird. Massgebend soll der Wechsel des (abstrakten) Arbeitgebers sein²⁴. Da jedoch der Wechsel des Arbeitge-

¹⁵ BBI 1992 V 402.

¹⁶ BBI 1993 I 880.

¹⁷ EuGH vom 14.4.1994, *Christel Schmidt*, Slg. 1994 I 1311 = EuZW 1994, 374 = (1994) 2 CEC 87; bestätigt in EuGH vom 11.3.1997, *Ayse Süzen*, Slg. 1997 I 1259 = (1997) CEC 474; vgl. auch *Carl Baudenbacher*, Auftragsnachfolge und Betriebsübergang im europäischen Recht, *Der Betrieb*, 1996, S. 2177, S. 2179 mit zahlreichen Hinweisen auf die kritischen Reaktionen auf den Fall Schmidt in der deutschen Literatur; ferner etwa *Bernd Waas*, Betriebsübergang durch «Funktionsnachfolge»?, EuZW 1994 528f. Die problematische Ausdehnung der Richtlinie durch die Praxis des EuGH hat nebst Kritik im Schrifttum zu einem Richtlinienvorschlag des Rates vom 8.9.1994 geführt, welcher aber noch nicht in Kraft gesetzt wurde (Vorschlag für eine Richtlinie des Rates vom 8.9.1994 zur Angleichung der Rechtsvorschriften über die Wahrung von Ansprüchen der Arbeitnehmer beim Übergang von Unternehmen, Betrieben oder Betriebsteilen (KOM [94]300 endg. 94/0203 [CNS], ABl. 1994, Nr. C 274, S. 10; dazu *Krimphove*, a.a.O., 253 und *Bernd Waas*, in EuZW 1995 52). Aufgrund negativer Reaktionen unterbreitete die Kommission am 24. Februar 1997 eine überarbeitete Version (COM [97] 60, OJ 1997 C 124/48; dazu European Union Law Reporter II 3948, S. 3201–6).

¹⁸ Dass Autoren mit pointiert arbeitnehmerfreundlichen Standpunkten die europäische Praxis mehr in den Vordergrund schieben möchten, ist nur verständlich; z.B. *Aubert*, a.a.O.; *Gabriel Aubert*, Mässenentlassungen und Übergang von Betrieben, AJP 1994 699, 703; *Christiane Brunner/Jean-Michel Bühler/Jean-Bernard Waaber*, Kommentar zum Arbeitsvertragsrecht, 2. Aufl. 1997, N 3 zu Art. 333 OR.

¹⁹ ZK-Stähelin, N 5 zu Art. 333 OR; *Jürg Knus*, Betriebsübergang und Arbeitsverhältnis nach schweizerischem Recht, Diss. Winterthur 1978, 19f.; *BGer* in JAR 1995 128: «L'entreprise se définit comme un ensemble organisé de biens et de droits formant une unité économique.»

²⁰ ZK-Stähelin, a.a.O.

²¹ Von Alvensleben, a.a.O., 172/73.

²² Vgl. Fn. 17.

²³ Die Übertragung eines einzelnen Werkvertrags mit Transfer eines Bauarbeiters und zweier Lehrlinge wurde daher auch vom EuGH nicht als Betriebsübergang eingestuft; EuGH vom 19.9.1995, *Ryaard*, Slg. 1995 I 2754.

²⁴ So ZK-Stähelin, N 3 zu Art. 333 OR unter Hinweis auf JAR 1981 147; *BK-Rehbinder*, N 3 zu Art. 333 OR.

bers Rechtsfolge der Anwendung von Art. 333 OR ist, erscheint dieser Ansatz heikel. Es besteht Gefahr, sich in einem zirkulären Argument gefangen zu finden. M. E. ist darauf abzustellen, ob die Person wechselt, welche über die Gesamtheit der Betriebsmittel verfügen kann und typischerweise als Arbeitgeber handelt. Dies ist beim eigentlichen Unternehmenskauf mit Aktiven und Passiven offenkundig. Hier führt die Transaktion sachenrechtlich zu einem Eigentümer- und obligationenrechtlich zu einem Gläubigerwechsel. Denkbar sind auch Fälle, in welchen sachenrechtlich zwar kein Eigentumswechsel stattfindet, bei welchen aber doch die wirtschaftliche Verfügungsgewalt in einer Weise wechselt, dass ein Inhaberwechsel anzunehmen ist. So wäre wohl eine Betriebsübertragung anzunehmen, wenn der Eigentümer eines verpachteten Restaurants den Pachtvertrag kündigt, um das Restaurant hernach selbst zu betreiben²⁵. Kein Inhaberwechsel liegt hingegen beim Wechsel der Beteiligungsverhältnisse juristischer Personen und beim Wechsel leitender Angestellter vor²⁶. Ebensowenig findet Art. 333 auf durch spezifisch geregelte Fälle der Universalkzession Anwendung²⁷.

f) Wahrung der Identität: Von einer Betriebsübertragung kann ferner nur dann die Rede sein, wenn die im Betrieb vereinigten personellen, sachlichen und immateriellen Ressourcen im wesentlichen ihre Identität beibehalten. Anders ausgedrückt, Organisation, Zweck und individueller Charakter der veräusserten wirtschaftlichen Einheit müssen gewahrt bleiben²⁸. Das Kriterium der Betriebsidentität nimmt eine zentrale Position in der Rechtsprechung des EuGH ein. Entscheidend für die Analyse sei, «ob die fragliche Einheit ihre Identität bewahrt, was namentlich dann zu bejahren [sei], wenn der Betrieb tatsächlich weitergeführt oder wieder aufgenommen» werde²⁹. Begründet wurde diese Praxis im Fall *Spijkers*, und es wurde die Formel geprägt, dass auf die Umstände des Einzelfalles abzustellen sei, unter Berücksichtigung der Art des Unternehmens, des Übergangs oder Nichtübergangs der Aktiven, des Wertes der immateriellen Aktiven, der Übernahme oder Nichtübernahme der Hauptbeleg-

²⁵ So die Praxis des EuGH, z.B. EuGH vom 18.3.86, *Spijkers*, a.a.O.; EuGH vom 17.12.1987, *Ny Molle Kro*, Slg. 1987 54/65 = (1989) CEC 516; dazu von *Alvensleben*, a.a.O., 174; ferner *Baudenbacher*, a.a.O., 2179.

²⁶ *ZK-Stähelin*, N 3 zu Art. 333 OR mit Hinweisen.

²⁷ Insbesondere Fusionen, dazu *ZK-Stähelin*, N 4 zu Art. 333 OR mit Hinweisen auch auf abweichende Meinungen.

²⁸ So *ZK-Stähelin*, N 6 zu Art. 333 OR mit Hinweisen.

²⁹ EuGH vom 11.3.1997, *Ayse Süzen*, a.a.O.

schaft, des Übergangs oder Nichtübergangs der Kundschaft sowie des Grades der Ähnlichkeit zwischen der vor und nach dem Übergang verrichteten Tätigkeit³⁰. Diese Formel ist nun freilich derart offen, dass sie auch Sachverhalte zu erfassen erlaubt, die (ökonomisch gedacht) nichts mehr mit der Übertragung eines Betriebsteils gemein haben. Sie hat zu Entscheiden geführt, die bestenfalls unter dem Aspekt des Arbeitnehmer- schutzes erklärbar sind³¹.

Keine Identität liegt jedenfalls dann vor, wenn lediglich einzelne Wirtschaftsgüter verkauft werden, wenn ein Betrieb eingestellt und die Aktiven liquidiert werden, wenn in den gleichen Lokalitäten eine neue Geschäftstätigkeit aufgenommen wird oder wenn ein Auftraggeber einem Dienstleister den Auftrag entzieht, um ihn einem andern zuzuweisen³².

Wiederholt hat der EuGH unter anderem darauf abgestellt, ob das Schlüsselpersonal vom neuen Betriebsinhaber übernommen wurde³³. An sich ist nun aber der Wille des Übernehmers, Angestellte zu übernehmen oder nicht, ange- sichts des gesetzlichen Übergangs der Arbeits- verhältnisse irrelevant. Es erscheint aber korrekt, bei der Gesamtwürdigung eines Falles zumindest mit in Betracht zu ziehen, ob die beteiligten Parteien einen Übergang von Arbeitsverhältnissen überhaupt in Betracht gezogen haben. Zwar ist dieser Wille für die Anwendung von Art. 333 OR bzw. der Richtlinie nicht ausschlaggebend; er ist aber ein Indiz dafür, ob überhaupt eine Betriebsübertragung vorliegt oder nicht. Die Einigung der Parteien betreffend Übernahme von Personal wird damit ein wichtiges Element der Analyse bleiben.

g) Vertragliche Übertragung: Schliesslich ist zu prüfen, was unter «Übertragung» zu verstehen ist, insbesondere ob der bisherige Betriebsinhaber an der Übertragung des Betriebs beteiligt

³⁰ EuGH, a.a.O.; ferner *Baudenbacher*, a.a.O., 2178 und von *Alvensleben*, a.a.O., 180ff.

³¹ Vgl. insb. EuGH vom 14.4.1994, *Christel Schmidt*, a.a.O.; ferner Übersicht über die Rechtsprechung bei *Baudenbacher*, a.a.O., 2178.

³² Diese letzte Konstellation wird in der europäischen Lehre unter dem Titel Funktionsnachfolge diskutiert. Der EuGH hat im Vorab-entscheidungs-Verfahren i.S. Ayse Süzen zwar grundsätzlich an der Christel-Schmidt-Rechtsprechung festgehalten und die Spijkers-Formel wiederholt, hat aber gleichzeitig konkret entschieden, dass der Entzug eines Reinigungsauftrags und die Neuvergabe an einen andern Auftragnehmer nicht als Betriebsübergang zu qualifizieren sei, sofern «dieser Vorgang weder mit einer Übertragung relevanter materieller oder immaterieller Betriebsmittel von dem einen auf den anderen Unternehmer noch mit der Übernahme eines nach Zahl und Sachkunde wesentlichen Teils des von dem einen Unternehmer zur Durchführung des Vertrages eingesetzten Personals durch den anderen Unternehmer verbunden ist», EuGH vom 11.3.97, *Ayse Süzen*, a.a.O.

³³ Zuletzt in EuGH vom 11.3.1997, *Ayse Süzen*, a.a.O.

sein muss, oder ob es genügt, dass der Betriebsübergang blosse Reflexfolge anderer Vorgänge ist. Das Bundesgericht hat sich im zu besprechenden Entscheid der von *Aubert* vertretenen Meinung angeschlossen und – diesen wörtlich übernehmend – festgehalten, dass «peu importe qu'il y ait ou non un lien de droit entre le premier exploitant et le second»³⁴. M.E. kann die apodiktische These des Bundesgerichts, eine Betriebsübertragung setze keine rechtliche Beziehung zwischen altem und neuem Arbeitgeber voraus, so nicht aufrechterhalten werden:

aa) *Aubert* stützt sich auf die Praxis des EuGH, insbesondere auf den Entscheid des EuGH i.S. Watson Rask³⁵. Zwar betraf Watson Rask die Auslagerung eines bisher ursprünglich vom Unternehmen selbst geführten Kantinenbetriebs und ist daher im vorliegenden Kontext nicht ganz einschlägig. Indessen trifft es zu, dass der EuGH im Entscheid *Daddy's Dance Hall* entschieden hat, ein Pächterwechsel könne in den Anwendungsbereich der Richtlinie fallen, wenn die Identität des Betriebs als wirtschaftliche Einheit gewahrt bleibe. Dies sei insbesondere dann der Fall, wenn «der Betrieb des Unternehmens von dem neuen Pächter ohne Unterbrechung mit dem Personal fortgeführt wird, das auch schon vor dem Übergang in dem Unternehmen beschäftigt war»³⁶. Ausser *Aubert* zitiert das Bundesgericht *Colette Rossat-Favre* (welche jedoch lediglich zwei Fälle des EuGH, unter anderem *Ny Molle Kro*, zusammenfasste, ohne zur Auslegung von Art. 333 OR überhaupt Stellung zu nehmen) und *Staehelin* (der Betriebsübergänge ohne direkte Rechtsbeziehung zwischen «Veräusserer» und «Erwerber» als möglich erachtet³⁷). Schliesslich erwähnt das Bundesgericht die Swisslex- und Eurolex-Botschaften. Zur hier diskutierten Thematik äussern sich die Botschaften freilich nicht. Vielmehr scheint der Bundesrat eigentliche Betriebsübertragungen vor Augen gehabt zu haben. So ist verschiedentlich vom «Erwerber» und «Veräusserer» des Betriebs die Rede. Unter Hinweis auf die europäische Praxis wird aber in der Botschaft auf die

Spijkers-Formel verwiesen, welche (so die Botschaft) verhindern wolle, dass die Vorschriften der Richtlinie umgangen werden können³⁸.

- bb) Art. 333 Abs. 1 OR lautet: «Überträgt der Arbeitgeber den Betrieb [...] auf einen Dritten [...].» Zumindest sprachlich wird damit mehr als deutlich, dass der alte Arbeitgeber an der Übertragung des Betriebs aktiv mitwirken muss. Die gewählte Formulierung setzt eine rechtliche Beziehung zwischen veräusserndem «Arbeitgeber» und erwerbendem «Dritten» voraus. Wie bereits gezeigt, ist das Tatbestandselement der Betriebsübertragung wörtlich aus der bisherigen Fassung von Art. 333 OR übernommen worden («Überträgt der Arbeitgeber den Betrieb auf einen Dritten und verabredet er mit diesem die Übernahme des Arbeitsverhältnisses [...]»). Teil des vom Gesetz vorausgesetzten Vertrags zwischen Veräusserer und Erwerber war (unter altem Recht) die Abrede betreffend Übernahme oder Nichtübernahme der Arbeitsverhältnisse. Zwar ist dieser zweite Aspekt im neuen Recht entfallen. Der auf einer vertraglichen Abrede basierende Grundtatbestand aber ist unverändert ins neue Recht übernommen worden.
- cc) Art. 333 OR unterscheidet sich sprachlich von der europäischen Richtlinie. Die Richtlinie knüpft nicht an die Betriebsübertragung, sondern an den weiteren Begriff des Betriebsübergangs an und nennt die vertragliche Übertragung neben der Verschmelzung als Unterbegriff. Die Richtlinie ist somit weniger klar auf eine direkte Vertragsbeziehung zwischen Veräusserer und Erwerber des Betriebs ausgerichtet³⁹. Es ist denkbar, dass die eine vertragliche Beziehung voraussetzende Formulierung von Art. 333 OR («Überträgt der Arbeitgeber [...]») die Richtlinie nur unvollkommen umgesetzt haben mag. Diese Divergenz ist aber nicht derart abwegig, dass sie eine Auslegung gegen den Wortlaut rechtfertigen könnte.
- dd) Eine Ausdehnung von Art. 333 OR auf Betriebsnachfolgen ohne vertragliche Beziehung zwischen Erwerber und Veräusserer erscheint auch unter Fairnessaspekten heikel. Aus Sicht des Veräusserers entsteht eine solidarische Haftung für ein Verhalten, auf das

³⁴ *Aubert*, a.a.O., 110; derselbe in AJP 1994 704.

³⁵ EuGH vom 12.11.1992, Slg. 1992 I 5755; dazu *Baudenbacher*, a.a.O., 2178.

³⁶ EuGH vom 10.2.1988, *Daddy's Dance Hall*, Slg. 1988 749 = (1989) 2 CEC 99 und dazu *Baudenbacher*, a.a.O., 2179 und *von Alvensleben*, a.a.O., 190.

³⁷ ZK-*Staehelin*, N 2 zu Art. 333 OR unter Hinweis auf *Auberts* Aufsatz in der AJP, auf *Rossat-Favre* und EuGH vom 19.5.1992, *Stichting*, Slg. 1992 I 3212, 3217.

³⁸ BBI 1992 V 398.

³⁹ 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.»

er keinen Einfluss hat. Insbesondere kann er den neuen Betriebsinhaber nicht zwingen, das Personal weiter zu beschäftigen und die arbeitsvertraglichen Verpflichtungen vollumfänglich zu erfüllen⁴⁰. Weiter erhält der «Zufalls»-Veräusserer keine Gegenleistung vom mit ihm nicht verbundenen Erwerber, welche einen wirtschaftlichen Ausgleich für das zusätzliche Risiko darstellen könnte. Auch aus Sicht des neuen Inhabers kann die Anwendung von Art. 333 OR in derartigen Fällen zu einer Haftung für ein Verhalten, das er nicht verhindern kann, führen. Insbesondere hat der «Zufalls»-Erwerber keine Möglichkeit, sich vertraglich abzusichern. Zwar werden die Folgen der Solidarität durch die Möglichkeit des Rückgriffs⁴¹ gemildert. In der Praxis dürften OR-333-Fälle aber auch und vor allem dann aktuell werden, wenn einer der beiden möglichen Arbeitgeber nicht mehr zahlen kann.

Aus Sicht der Arbeitnehmer wäre selbstverständlich eine Solidarhaftung auch des «zufälligen» Betriebserwerbers wünschbar. Da der bisherige Arbeitgeber aber nach den Regeln über das Betriebsrisiko ohnehin haftbar bleibt (und allfällige Zahlungsschwierigkeiten durch die Insolvenzversicherung zumindest abgedeckt werden), wird diese Wünschbarkeit im Vergleich zu den legitimen Interessen der vertraglich nicht verbundenen Betriebsinhaber nicht ausschlaggebend sein können. Bei fehlender vertraglicher Bindung zwischen altem und neuem Betriebsinhaber ist daher eine auf Art. 333 OR gestützte «Zufallshaftung» abzulehnen.

- ee) Ob der zu besprechende Fall nach EuGH-Praxis tatsächlich als Betriebsübergang zu qualifizieren wäre, erscheint überdies durchaus fraglich⁴². Richtig ist zwar, dass der EuGH mitunter vom Erfordernis einer direkten vertraglichen Beziehung zwischen altem und neuem Betriebsinhaber absieht und eine Dreiecksbeziehung im Rahmen einer Neu-

verpachtung genügen lässt. Der EuGH würdigte aber im Rahmen der Betriebsidentitäts-Analyse auch und vor allem die rechtlichen und tatsächlichen Beziehungen zwischen altem und neuem Arbeitgeber. So wird im Entscheid *Daddy's Dance Hall* zwar festgehalten, dass die Übertragung in zwei Schritten ohne direkte vertragliche Beziehung die Anwendung der Richtlinie nicht ausschliesse. Unmittelbar anschliessend betont der EuGH indessen, dass die wirtschaftliche Identität bewahrt werden müsse, was «insbesondere dann der Fall [sei], wenn [...] der Betrieb des Unternehmens vom neuen Pächter ohne Unterbrechung mit dem Personal fortgeführt [werde], das auch schon vor dem Übergang in dem Unternehmen beschäftigt» war⁴³. Eine Übertragung des Personals (oder wenigstens der Schlüsselangestellten eines Betriebs) kann praktisch nur im Rahmen einer rechtlichen Beziehung zwischen altem und neuem Arbeitgeber erfolgen (sei sie auch noch so informell). In einem solchen Fall aber wirkt der bisherige Arbeitgeber in einer Weise an der Übertragung des Betriebs mit, die auch nach Schweizer Verständnis für eine «Übertragung» sprechen könnte. Die Bedeutung dieser faktischen und rechtlichen Beziehungen hat der EuGH im Entscheid *Ayse Süzen*⁴⁴ noch verdeutlicht. Obschon im Grundsatz an der Praxis Christel Schmidt festhaltend, betont der EuGH, dass das «Fehlen einer vertraglichen Beziehung zwischen Veräusserer und Erwerber [...] ein Indiz darstellen [könne], dass kein Übergang im Sinne der Richtlinie erfolgt» ist. Zwar könne die Übertragung auch in zwei Schritten unter Einschaltung einer Drittpartei erfolgen. Wiederum legt der EuGH aber entscheidendes Gewicht auf die Wahrung der Betriebsidentität. Diese sei nur gegeben, wenn der neue Unternehmensinhaber nicht nur die betreffende Tätigkeit weiterführe, sondern auch einen nach Zahl und Sachkunde wesentlichen Teil des vom Vorgänger gezielt bei dieser Tätigkeit eingesetzten Personals übernehme.

- ff) Ich komme zum Ergebnis, dass für das Schweizer Recht grundsätzlich am Erfordernis einer vertraglichen Beziehung zwischen Veräusserer und Erwerber festzuhalten ist. Es erscheinen keine Argumente gewichtig genug, um eine vom doch sehr klaren Wort-

⁴⁰ Diese arbeitsrechtlichen Verpflichtungen müssen sich keineswegs auf Lohnansprüche beschränken; inwieweit freilich Schadenersatzansprüche des Arbeitnehmers, z.B. aus sexueller Belästigung, der Solidarhaftung des alten Arbeitgebers unterstehen, wird wohl noch zu prüfen sein; denkbar ist, dass die Solidarität auf vernünftigerweise zu erwartende Ansprüche beschränkt wird.

⁴¹ Es wird schwierig sein, exakte Kriterien zu finden, wie die Verpflichtungen aus dem Arbeitsvertrag abzugrenzen sind; eine reine Fixierung auf den Stichtag wäre wohl verkürzt; die Ursachen einer Forderung wären bei der Abgrenzung mitzuberücksichtigen.

⁴² Die fehlende Auseinandersetzung mit der europäischen Praxis kritisiert Thomas Koller in seiner auf der Homepage des Zivilistischen Seminars der Universität Bern abrufbaren Kommentierung des Entscheids (<http://www.cx.unibe.ch/ziv>).

laut abweichende Auslegung zu stützen. Damit will ich nicht vertreten, dass nur klassische Betriebsveräusserungen unter Art. 333 OR fallen können. Zum einen versteht sich von selbst, dass Umgehungsgeschäfte einer direkten vertraglichen Beziehung gleichzusetzen sind. Zum andern wäre eine vertragliche Beziehung auch dann zu bejahen, wenn diese nur Teilauspekte des Übergangs betreffen (z.B. Einigung über die Fortführung von Arbeitsverträgen und Übertragung wesentlicher materieller oder immaterieller Wirtschaftsgüter). Ob diese Voraussetzungen im konkreten Fall gegeben waren oder nicht, kann angesichts der knappen Sachverhaltsbeschreibungen nicht beurteilt werden. So oder anders erachte ich es als geboten, Betriebsübertragungen nur dann zu bejahen, wenn Veräußerer und Erwerber eine faire Chance haben, auf die Geschehnisse einzuhören. Wo der Betriebsübergang lediglich «passiert», ist für eine Anwendung von Art. 333 OR kein Platz.

h) Keine Beschränkung der Kündigungsfreiheit durch Art. 333 OR: Das Bundesgericht lässt die Frage offen, ob eine Kündigung aus dem einzigen Grund, dass der Betrieb übertragen wurde, gültig wäre. Dass das Gericht diesen Aspekt überhaupt anspricht, könnte Indiz für die Meinung sein, Art. 333 OR enthalte eine Art sachlichen Kündigungsschutz. Auch diesem Gedanken scheint *G. Aubert* Pate gestanden zu sein. Er vertreibt die Meinung, der Übergang als solcher rechtfertige keine Kündigung der Arbeitsverhältnisse; zwar bleibe (gemäß Richtlinie) die Möglichkeit der Entlassung aus wirtschaftlichen, technischen oder organisatorischen Gründen auch im Rahmen eines Betriebsübergangs gewahrt; indessen könne der Übergang des Betriebs als solcher nicht als wirtschaftlicher Grund für eine Kündigung akzeptiert werden⁴⁵.

Unstrittig dürfte die in der Botschaft vertretene und in der Literatur übernommene Meinung sein, dass ein Betriebsübergang nicht Anlass für eine fristlose Vertragsbeendigung sein kann⁴⁶. Soweit ein darüber hinausgehender sachlicher Kündigungsschutz bei Betriebsübertragungen gefordert wird, fehlt hiefür m. E. jedoch die gesetzliche Grundlage. Das Schweizer Arbeitsrecht steht auf dem Boden der Kündigungsfreiheit⁴⁷.

Ausserhalb der Sperrfristen ist der Arbeitgeber frei, das Arbeitsverhältnis zu kündigen. Selbst missbräuchliche Kündigungen sind nicht ungültig, sondern ziehen einzig finanzielle Sanktionen nach sich⁴⁸. Art. 333 OR hat hieran nichts geändert. Im Rahmen der genannten Einschränkungen steht es dem alten und dem neuen Arbeitgeber daher frei, vor bzw. nach Betriebsübertragung die Arbeitsverhältnisse durch ordentliche Kündigung aufzulösen⁴⁹. Selbstverständlich sind die Kündigungsfristen einzuhalten; und bei Bejahung einer Betriebsübertragung tritt der neue Arbeitgeber gegebenenfalls in die gekündigten Arbeitsverträge ein. Einmütig anerkannt ist schliesslich, dass der neue Arbeitgeber mit der Belegschaft Vertragsänderungen vereinbaren kann, gegebenenfalls (und im Rahmen des Missbrauchsverbots) auch durch Änderungskündigungen⁵⁰.

Falls eine im Umfeld einer Betriebsübertragung ausgesprochene Kündigung missbräuchlich wäre, dürfte die Solidarität des andern Arbeitgebers zumindest dann zu bejahen sein, wenn er diese Kündigung gewünscht oder toleriert hat⁵¹.

4. Lehren für die Praxis

Art. 333 OR wird eine grosse Tragweite in der Praxis erlangen. Zwar bin ich der festen Überzeugung, dass übertriebener Arbeitnehmerschutz im Resultat oft die Arbeitnehmer am härtesten trifft. Wird z. B. Art. 333 OR auf Veräusserungen von Betriebsteilen konkursreifer Unternehmungen ausgedehnt, riskiert der Übernehmer eines Teils des Personals, gegen seinen Willen auch sämtliche sonstigen arbeitsrechtlichen «Altlästen» tragen zu müssen. Damit wird die Rettung wenigstens einzelner Arbeitsplätze derart riskant, dass ein vorsichtiger Unternehmer gar nicht erst Hand dazu bieten wird. Es ist aber durchaus denkbar, dass die Schweizer Rechtsprechung (aus freien Stücken oder beeinflusst durch die europäische) den Anwendungsbereich von Art. 333 OR den-

⁴⁵ ZK-Staehelin, N 2 zu Art. 336 aOR mit zahlreichen Hinweisen.

⁴⁶ ZK-Staehelin, N 12 zu Art. 333 OR; Jean-Fritz Stöckli, Schweizerisches Arbeitsrecht und Europäische Integration, ZSR 1993 II 1 ff., 90/91; vgl. auch Brühwiler, N 1 zu Art. 333 OR und Vischer, a. a. O., 155.

⁴⁷ Aubert, AJP 1994 704; Brühwiler, N 1 zu Art. 333 OR; zur Möglichkeit der Änderungskündigungen und der ihr durch das Missbrauchsverbot gesetzten Grenzen BGE 123 III 246.

⁴⁸ Auch die Richtlinie enthält im übrigen keinen eigentlichen sachlichen Kündigungsschutz. Sie bringt lediglich zum Ausdruck, dass der Betriebsübergang für sich allein nicht genüge, den Vertrag aufzulösen. Relevant ist dies in Ländern mit ausgeprägten sachlichen Kündigungsschutzbestimmungen (wie z. B. Deutschland), nicht dagegen in Ländern mit Kündigungsfreiheit.

⁴⁵ Aubert, a. a. O., 112; ders., AJP 1994 704.

⁴⁶ Vischer, a. a. O., 155; Brühwiler, N 1 zu Art. 333 OR; BGE 116 II 142 betreffend Kündigung durch Arbeitnehmer.

⁴⁷ Statt vieler ZK-Staehelin, N 3 zu Art. 336 OR.

noch ausdehnen wird. In der Praxis namentlich der Vertragsgestaltung muss eine extensive Auslegung von Art. 333 OR also als mögliches Szenario in Betracht gezogen werden:

Aus Sicht des Betriebsveräusserers ist daher insbesondere eine klare Klausel in den Übernahmevertrag aufzunehmen, dass der Erwerber des Betriebs für sämtliche Forderungen der Belegschaft, die nach dem Übernahmestichtag fällig werden, aufzukommen hat, und diese Klausel ist mit einer Schadloshaltungserklärung des neuen Arbeitgebers zu ergänzen, für den Fall, dass der alte Arbeitgeber als Solidarschuldner in Anspruch genommen wird. Bei kritischer Finanzlage des neuen Arbeitgebers sind entsprechende Sicherheiten angezeigt.

Aus Sicht des Übernehmers ist zunächst eine möglichst exakte Bestandesaufnahme der arbeitsrechtlichen Verhältnisse im zu erwerbenden Betrieb geboten. Dabei genügt es nicht, nur die Einzelarbeitsverträge einzusehen; vielmehr ist auch zu prüfen, ob für den Betrieb ein Gesamtarbeitsvertrag gilt. Angesichts der nur durch die Verjährung begrenzten Solidarhaftung des Übernehmers für arbeitsrechtliche Forderungen aus der Zeit vor dem Stichtag ist in den Vertrag eine Abgrenzungsklausel aufzunehmen, verbunden mit einer Schadloshaltungserklärung und gegebenenfalls Sicherheiten (z. B. in Form eines Kaufpreisrückbehalts). Obschon rechtlich möglich, sollte nur in Ausnahmefällen vom alten Arbeitgeber verlangt werden, einzelne Arbeitsverträge noch vor der Betriebsübertragung zu kündigen.

Was schliesslich Arbeitgeber in der Situation von Wirtin P. betrifft, die ihren Betrieb aus nicht von ihnen zu verantwortenden Gründen aufgeben müssen, so kann diesen – sofern sich in der Praxis nicht eine zurückhaltende Interpretation von Art. 333 OR durchsetzt – nur geraten werden, der Belegschaft zu kündigen.

Dr. Denis G. Humbert, Rechtsanwalt, Zürich

Die Änderungskündigung im Lichte der neuesten bundesgerichtlichen Rechtsprechung

BGE 123 III 246 ff.

A. Einleitung

Auf Arbeitgeberseite besteht bei einer schlechten Wirtschaftslage im besonderen Masse das Bedürfnis, Arbeitsverträge rasch an die wirtschaftlichen oder betrieblichen (ökonomischen, technischen oder organisatorischen) Bedürfnisse anzupassen. Mit der Änderungskündigung bietet sich dem Arbeitgeber ein rechtliches Instrument, auf solche veränderte Verhältnisse zu reagieren. Da es dabei in der Regel um eine Änderung der Arbeitsbedingungen, insbesondere um Lohnkürzungen, geht, ist von einer solchen Anpassung meist der Arbeitnehmer betroffen.

Das Bundesgericht hat die Problematik der Änderungskündigung in seiner Rechtsprechung bisher nicht abschliessend beurteilt und kaum zur Klärung der Kontroverse beigetragen¹. Es ist daher zu begrüssen, dass es diese umstrittene Frage im vorliegenden Entscheid geklärt und damit der unsicheren Rechtslage ein Ende gesetzt hat.

B. Der Bundesgerichtsentscheid vom 22. April 1997

I. Sachverhalt

Das Bundesgericht fasst den Sachverhalt wie folgt zusammen:

«S. trat am 1. September 1983 eine Stelle als Sachbearbeiterin bei der X. an. Ab 1990 traten bei ihr gesundheitliche Probleme auf, welche verschiedene Operationen erforderlich machten und sich auf die Arbeitsleistung negativ auswirkten. Mit Schreiben vom 10. Dezember 1993 unter-

¹ In BGE 118 II 165 f. E. 4b/bb hatte das Bundesgericht die Änderungskündigung eines Franchisevertrages zu beurteilen, auf den die arbeitsrechtlichen Schutzvorschriften anzuwenden waren. Es erachtete die Änderungskündigung als missbräuchlich, da die offizielle Änderung (Erhöhung der Gebühr für die Nutzung eines Schönheitszentrums) als unbiligt qualifiziert werden musste und die «Franchisenehmerin» daher berechtigt war, sich gegen die Erhöhung zur Wehr zu setzen. Die Frage wurde jedoch nicht abschliessend beantwortet, weil die Kündigung auch aus einem anderen Grund missbräuchlich war. Im hier zu besprechenden Entscheid zitierte das Bundesgericht ein nicht veröffentlichtes Urteil vom 17.12.1996 in Sachen D+A. gegen I. SA, mit dem die Frage wiederum nicht abschliessend beantwortet wurde. Immerhin hielt das Bundesgericht fest, dass eine Änderungskündigung wegen des Grundsatzes der Kündigungsfreiheit nicht rechtsmissbräuchlich sein könne.