

Aus den Erwägungen:

«3.2. a) In der im Folgenden zu prüfenden Frage, ob die Regeln des Art. 333 OR zur Anwendung gelangen, wenn ein Betrieb bzw. ein Betriebsteil aus dem Konkurs erworben wird, ist die Lehre gespalten. Das Bundesgericht musste sich damit bis anhin noch nie befassen; insbesondere konnte es diese Frage in BGE 129 III 335ff., welcher die Problematik der solidarischen Haftung bei einer Betriebsübernahme aus der Konkursmasse betraf, offen lassen. Die Vorinstanz setzte sich im angefochtenen Entscheid mit den verschiedenen Positionen auseinander und folgte der den Betriebsübergang auch im Konkurs befürwortenden Lehrmeinung.

b) Zunächst ist festzuhalten, dass der Wortlaut von Art. 333 OR keine Einschränkungen oder Vorbehalte für den Fall, dass eine Betriebsübernahme im Zusammenhang mit einem Konkursverfahren erfolgt, macht; der Konkurs wird in dieser Bestimmung nicht erwähnt. Ebenso wenig ist dem SchKG eine Bestimmung zu entnehmen, welche das Verhältnis zu Art. 333 f. OR ausdrücklich regeln würde. Die grammatikalische Auslegung vermag somit keine Antwort auf die Frage, ob Art. 333 ZGB im Insolvenzverfahren Anwendung findet, zu geben. Auch die historische Auslegung führt nicht weiter, da die Materialien darauf schliessen lassen, dass sich der Gesetzgeber der Problematik nicht bewusst war (vgl. BBI 1992 V S. 394ff., Sten. Bull. StR 1993 S. 381; Sten. Bull. NR 1993 S. 1715ff.; Sten. Bull. NR 1992, S. 1577ff.; BBI 1967 II S. 371; Sten. Bull. NR 1969 828; Sten. Bull. StR 1970 356).

c) In systematischer Hinsicht ist zu beachten, dass das SchKG die Verwirklichung des materiellen Rechts bezweckt (Amonn/Gasser, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, Bern 1997, S. 1). Die Konkurseröffnung kann sich auf die vom Schuldner abgeschlossenen Verträge im Ganzen auswirken, doch gibt es im Konkursrecht keine einheitliche Regel, sondern nur vereinzelte Sonderbestimmungen. Grundsätzlich werden daher Verträge durch die Konkurseröffnung eines Vertragspartners nicht einfach aufgehoben (Amonn/Gasser, a.a.O., § 42 N 1, S. 332). Das Konkursrecht äussert sich insbesondere nicht in allgemeiner Weise, wie der Übergang von Rechten wirkt, wenn nach der Kon-

kurseröffnung ein Recht übertragen wird. Vielmehr werden diese Wirkungen grundsätzlich vom materiellen Recht beherrscht. Beim Arbeitsvertrag hat der Gesetzgeber mit der Einführung von Art. 333 OR die Übertragbarkeit eines ganzen Vertragsverhältnisses vorgesehen. Wenn es um die Übernahme der Arbeitsverhältnisse nach Konkureröffnung durch einen Dritten geht, sehen weder das materielle Recht noch das Schuldbetreibungs- und Konkursrecht eine ausdrückliche Einschränkung der Anwendbarkeit von Art. 333 f. OR vor. Eine solche lässt sich auch nicht aus der Systematik schliessen, weil die Wirkungen einer Übertragung eines Rechts durch das materielle Recht geregelt werden und das Vollstreckungsrecht nur punktuelle Änderungen vorsieht. Weil das Vollstreckungsrecht keine andere Funktion hat, als die Verwirklichung des materiellen Rechts, ist Ersteres stets im Lichte des Letzteren auszulegen (Geiser, Betriebsübernahme der X AG durch die Y AG, Gutachten zur Frage der Anwendbarkeit von Artikel 333 Obligationenrecht, Bern und St. Gallen, Januar 2001, zit. "Geiser, Gutachten", N 2.33-2.35.).

d) Was den Zweck der Art. 333 f. OR anbelangt, sollte zunächst sichergestellt werden, dass dem Betrieb die eingearbeiteten Arbeitskräfte erhalten bleiben. Zum Anderen sollen die finanziellen Ansprüche des Arbeitnehmers gesichert werden (Geiser, Gutachten, N 2.38; Staehelin, a.a.O., N 3 zu Art. 333 OR., N 1 zu Art. 333 OR; BBI 1967 II 371). Mit der Revision von Art. 333 OR war beabsichtigt, den Schutz der Arbeitnehmer bei Betriebsübertragungen zu verbessern (BBI 1992 V S. 394, 402; Staehelin, a.a.O., N 1 zu Art. 333 OR; Brühwiler, Kommentar zum Einzelarbeitsvertrag, 2. Aufl., Bern/Stuttgart/Wien 1996, N 1 zu Art. 333 OR; Hofstetter, a.a.O., S. 926; Lorandi, Betriebsübernahmen gemäss Art. 333 OR im Zusammenhang mit Sanierungen und Zwangsvollstreckungsverfahren, in: Schuldbetreibung und Konkurs im Wandel, Festschrift 75 Jahre Konferenz der Betreibungs- und Konkursbeamten der Schweiz, Basel/Genf/München 2000, S.101).

Diejenigen Autoren, welche sich gegen eine Anwendung von Art. 333 OR im Konkurs aussprechen, führen ins Feld, dass durch die Anwendung dieser Bestimmung Sanierungen verhindert würden, weil der zu übernehmende Betrieb

oder Betriebsteil mit Forderungen aus der Zeit vor dem Konkurs belastet sein könnte (Camponovo, Übernahme von Arbeitsverhältnissen gemäss Art. 333 OR bei Unternehmenssanierungen, *Der Schweizer Treuhänder* 1998, S.1417; Spühler/Infanger, Betriebsübergänge und Arbeitsverträge in der Zwangsvollstreckung - Anwendung von Art. 333 OR im Konkurs und Nachlassvertrag? in: *Schuldbetreibung und Konkurs im Wandel, Festschrift 75 Jahre Konferenz der Betreibungs- und Konkursbeamten der Schweiz, Basel/Genf/München 2000*, S. 227; Vollmar, *Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, SchKG III, Basel/Genf/München 1998*, N 18 zu Art. 298 SchKG). Wie die Vorinstanz zutreffend festgehalten hat, besteht kein Bedürfnis, auf die Anwendung von Art. 333 OR zu verzichten, solange der Wert des zu veräussernden Betriebes höher ist als die Forderungen aus den Arbeitsverhältnissen vor der Übernahme, wird doch in diesem Fall der Kaufpreis entsprechend tiefer angesetzt werden. Übersteigen hingegen die Forderungen der Arbeitnehmer gegenüber dem bisherigen Arbeitgeber den Wert des zu veräussernden Betriebs, so besteht in der Tat die vom Bundesamt für Justiz im Rahmen eines Rechtsgutachtens erwähnte Gefahr, dass im Falle der Anwendung von Art. 333 Abs. 1 OR aufgrund der Solidarhaftung des Übernehmers für die bisherigen Forderungen nach Art. 333 Abs. 3 OR ein suboptimales Verwertungsergebnis resultiert (VPB 66 Nr. 8, S. 110) und dass potentielle Erwerber sanierungsbedürftiger Unternehmungen von einer Übernahme Abstand nehmen würden, da sie kaum bereits wären, Altlasten in Form von arbeitsrechtlichen Forderungen zu übernehmen (Hofstetter, a.a.O., S. 930; Geiser, *Gutachten*, N 2.27; Geiser, *Betriebsübernahmen und Massenentlassungen im Zusammenhang mit Zwangsvollstreckungsverfahren*, in: *Zivilprozessrecht, Arbeitsrecht - Entwicklungen im kantonalen, nationalen und internationalen Recht, Kolloquium zu Ehren von Professor Adrian Staehelin, Zürich 1997*, zit. "Geiser, Betriebsübernahmen und Massenentlassungen", S. 112; Camponovo, a.a.O., S.1417; Spühler/Infanger, a.a.O., S. 227, 229; Vollmar, a.a.O., N 18).

Die Vorinstanz hat jedoch zutreffend darauf hingewiesen, dass diese Argumentation lediglich die Anwendung von Art. 333 Abs. 3 OR betreffend die solidarische Haftung betrifft, nicht aber den Übergang der Arbeitsverhältnisse als solche nach Abs. 1 dieser Bestimmung. Bezüglich der Solidarhaft des Erwerbers eines

Betriebes aus der Konkursmasse im Sinne von Art. 333 Abs. 3 OR hat das Bundesgericht unlängst entschieden, dass derjenige, der einen Betrieb erwirbt und mit den Arbeitnehmern die im Zeitpunkt der Übernahme bestehenden Arbeitsverhältnisse weiterführt, nicht für offene, vor der Übernahme fällig gewordene Lohnforderungen aus den Arbeitsverhältnissen haftet, wenn die Übernahme des Betriebes aus der Konkursmasse des bisherigen Arbeitgebers erfolgt. Das Bundesgericht schliesst somit eine Solidarhaft des Erwerbers eines Betriebes aus der Konkursmasse im Sinne von Art. 333 Abs. 3 OR in Auslegung *contra verba legis* aus (BGE 129 III 335 ff.).

Neben der vom Bundesgericht abgelehnten solidarischen Haftung des Übernehmers werden kaum Argumente gegen den Übergang der Arbeitsverhältnisse nach Art. 333 Abs. 1 OR vorgebracht. Spühler/Infanger weisen zwar darauf hin, dass der freihändige Verkauf im Konkursverfahren durch die Konkursverwaltung und nicht - wie in Art. 333 OR verlangt - durch den Arbeitgeber erfolge (Spühler/Infanger, a.a.O., S. 229). Dem ist jedoch entgegenzuhalten, dass der Übernehmer den Betrieb vom ursprünglichen Arbeitgeber erwirbt, auch wenn über ihn der Konkurs eröffnet wurde (Geiser, Betriebsübernahmen und Massenentlassungen, S. 108f.), bleibt er doch auch nach der Konkursöffnung Rechtsträger seines Vermögens. Erst mit der Verwertung verliert der Schuldner die Rechtsträgerschaft, weil die Vermögenswerte dann auf die einzelnen Erwerber übergehen (Amonn/Gasser, a.a.O., § 41 N 5, S. 327). Dass dem zwangsvollstreckungsrechtlichen Übergang eine Verfügung zu Grunde liegt, steht einer Anwendung von Art. 333 OR im Konkursverfahren - entgegen Spühler/Infanger (a.a.O., S. 227) - ebenfalls nicht entgegen, da es nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung genügt, dass der Betrieb vom neuen Arbeitgeber tatsächlich weitergeführt oder wieder aufgenommen wird. Ob ein Rechtsverhältnis zwischen dem ersten und dem zweiten Betreiber besteht, ist unerheblich (BGE 123 III 466 = Pr 87 [1988] Nr. 56). Überdies rechtfertigt sich die Anwendung von Art. 333 Abs. 1 OR im Konkursverfahren auch unter dem Aspekt, dass der Erwerb seitens des Übernehmers freiwillig erfolgt, auch wenn er im Rahmen eines freihändigen Verkaufs im Konkursverfahren zustande kommt (Lorandi, a.a.O., S. 103, Geiser, Betriebsübernahmen und Massenentlassungen, S. 110).

Camponovo argumentiert sodann, die Anwendung von Art. 333 OR auf Betriebsveräusserungen im Konkurs sei auch deshalb abzulehnen, weil ansonsten Art. 285 ff. SchKG (paulianische Anfechtung) verletzt seien (Camponovo, a.a.O., S.1420). Da die paulianischen Anfechtungstatbestände aber nur Handlungen des Schuldners selbst erfassen, welche vor Konkurseröffnung vorgenommen worden sind, nicht aber später erfolgte Handlungen und solche der Zwangsvollstreckungsorgane (Amonn/Gasser, a.a.O., N 5 zu § 52), Lorandi, a.a.O., S. 102), verfängt diese Argumentation nicht.

Schliesslich ist mit Geiser und der Vorinstanz darauf hinzuweisen, dass der Übergang des Arbeitsverhältnisses für den Übernehmer nicht nur mit Pflichten, sondern auch mit Rechten verbunden ist. So erwirbt der Übernehmer die mit dem Arbeitsverhältnis verbundenen Arbeitnehmerpflichten wie insbesondere die Beachtung eines mit dem alten Arbeitgeber vereinbarten Konkurrenzverbots, Geheimhaltungs- und Herausgabepflichten sowie das Know-how der bereits eingearbeiteten Mitarbeiter (Geiser, Gutachten, N. 2.39). Arbeitsverhältnisse mit den daraus fliessenden Rechten und Pflichten haben somit nicht nur für die Arbeitnehmenden, sondern auch für die Arbeitgebenden einen Wert (Geiser, Gutachten, N 2.41). Die in Art. 333 Abs. 1 OR getroffene Regelung erweist sich damit - soweit sie den Übergang des Arbeitsverhältnisses als solchen betrifft - als ausgewogene gesetzgeberische Lösung.

e) Im Lichte dieser Erwägungen ist festzuhalten, dass die Bestimmung des Art. 333 OR mit Ausnahme der in Abs. 3 geregelten Solidarhaftung des Übernehmers auch im Falle der Betriebsübernahme aus dem Konkurs zur Anwendung zu bringen ist.»