

Aus der neueren bundesgerichtliche Rechtsprechung¹

von

Prof. Dr. iur. Thomas Geiser

AJP 2007, S. 1514 -1524

Literatur:	1
1. Einleitung	2
2. Individualarbeitsvertrag	3
2.1. Abgrenzungen beim Arbeitsvertrag.....	3
2.1.1. Zur selbständigen Erwerbstätigkeit	3
2.1.2. Zum Ausbildungsvertrag.....	6
2.2. Gültigkeit des Arbeitsvertrages/Faktisches Arbeitsverhältnis.....	7
2.3. Fürsorgepflicht der Arbeitgeberin	8
2.4. Ferien.....	8
2.4.1. Berechnung des Ferienlohns	8
2.4.2. Abgeltung des Ferienlohns.....	9
2.4.3. Bezug der Ferien und Arbeitsunfähigkeit	9
2.4.4. Verjährung des Ferienanspruchs	10
3. Kollektives Arbeitsvertragsrecht.....	11
3.1.1. Regeln für die Auslegung eines GAV	11
3.1.2. Haftung für Arbeitskampfmassnahmen	11
a. Vertragliche Haftung.....	12
b. Ausservertragliche Haftung.....	12
4. Betriebsübergang.....	13
4.1. Anwendbarkeit in Sanierungsverfahren?.....	13
4.2. Zeitpunkt des Betriebsübergangs.....	17
5. Schlussbemerkung.....	18

Literatur:

KURT AMONN/FRIDOLIN WALTHER, Gtundriss des Schulodbetreibungs- und Konkursrechts, Bern 2003;

GABRIEL AUBERT, Die neue Regelung über Massenentlassungen und den Übergang von Betrieben, AJP 1994, S. 702 ff.;

GABRIEL AUBERT, Thévenoz/Werro (Ed.), Commentaire Romand, Genève/Bâle/Munich 2003;

GABRIEL AUBERT, Le droit des vacances: quelques problèmes pratiques, in: Le droit du travail en pratique, Zürich 1990, S. 117 ff.;

GABRIEL AUBERT, Insolvence et transfert d'entreprise, in: Foëx/Thévenoz (Hrsg.), Insolvence, désendettement et redressement, Etudes réunies en l'honneur de Louis Dallèves, Basel 2000, S. 11 ff.;

ALEXANDRE BERENSTEIN/PASCAL MAHON, Labour Law in Switzerland, Bern 2001;

JÜRGEN BRÜHWILER, Kommentar zum Einzelarbeitsvertrag, Bern 1996;

URS BÜRGI, in: Staehelin/Bauer/Staehelin (Hrsg.), Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, Bd. III, Basel 1998;

ERIC CEROTTINI, Le droit aux vacances, Diss. Lausanne 2001;

RICO A. COMPANOVO, Übernahme von Arbeitsverhältnissen gemäss Art. 333 OR bei Unternehmenssanierungen, Der Schweizer Treuhänder 1998 S. 1417 ff.;

ANTOINE FAVRE, Schuldbetreibungs- und Konkursrecht, Freiburg 1956;

¹ Vortrag gehalten an einer gemeinsamen Weiterbildungsveranstaltung des Instituts für Rechtswissenschaft und Rechtspraxis (IRP-HSG) und des Forschungsinstitutes für Arbeit und Arbeitsrecht (FAA-HSG) am 12. September 2007 in Zürich.

- THOMAS GEISER**, Neue Arbeitsformen zwischen Legalität und Illegalität, in: Murer (Hrsg.), Neue Erwerbsformen - veraltetes Arbeits- und Sozialversicherungsrecht?, Bern 1996;
- THOMAS GEISER**, Betriebsübernahmen und Massenentlassungen im Zusammenhang mit Zwangsvollstreckungsverfahren, in: Hasenböhler/Schnyder [Hrsg.], Zivilprozessrecht, Arbeitsrecht, Kolloquium zu Ehren von Adrian Staehelin, Zürich 1997, S. 104 ff.;
- THOMAS GEISER**, Massenentlassung, AJP 1995, S. 1416 ff.;
- SIMON GERBER**, Die Scheinselbständigkeit im Rahmen des Einzelarbeitsvertrages, Diss. St. Gallen, Bern 2003;
- HANS HOFSTETTER**, Zur Anwendbarkeit von Art. 333 OR bei Unternehmenssanierungen, AJP 1998 S. 926 ff.;
- HANS HOFSTETTER**, Anwendbarkeit von Art. 333 in Sanierungssituationen, AJP 2003 S. 153 ff.;
- NICOLAS JEANDIN**, in: Dallèves/Foëx/Jeandin (Ed.), commentaire Romand, Poursuite et faillite, Basel 2005;
- FRANCO LORANDI**, Betriebsübernahmen gemäss Art. 333 OR im Zusammenhang mit Sanierungen und Zwangsvollstreckungsverfahren, in: Angst/Cometta/Gasser (Hrsg.), Schuldbetreibung und Konkurs im Wandel, FS 75 Jahre Konferenz der Betreibungs- und Konkursbeamten der Schweiz, Basel 2000;
- WOLFGANG S. HARDER**, Freie Mitarbeit und ähnliche Formen freier Zusammenarbeit, Diss. Zürich, Bern 2000;
- ERICH JANUTIN**, Gesundheit im Arbeitsrecht, Diss. Zürich 1991;
- KURT MEIER**, Betriebsübergang im Nachlass und Konkurs, Plädoyer 2003/1 S. 26 ff.;
- ROLAND A. MÜLLER**, Die neuen Bestimmungen über Massenentlassungen, ArbR 1995, S. 111 ff.;
- MANFRED REHBINDER**, Berner Kommentar 1985/1992;
- MANFRED REHBINDER/WOLFGANG PORTMANN**, in: Honsell/Vogt/Wiegand (Hrsg.), Basler Kommentar;
- MIREILLE SCHAFFITZ**, Der Schulvertrag, Diss. Zürich 1977;
- HANS-ULRICH SCHEIDEGGER/CHRISTINE PITTELOUD**, in: Geiser/von Kaenel/Wyler (Hrsg.), Arbeitsgesetz, Bern 2005;
- WALTER SCHLUEP**, Innominatverträge, Schweizerisches Privatrecht, Bd. VII/2, Basel 1979;
- WALTER SCHLUEP/MARC AMSTUTZ**, Honsell/Vogt/Wiegand (Hrsg.), Basler Kommentar, 3. Aufl., Basel 2003;
- ADRIAN STAEHELIN**, Zürcher Kommentar, 1996;
- MATTHIAS STAEHELIN**, in: Staehelin/Bauer/Staehelin (Hrsg.), Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, Bd. III, Basel 1998;
- JEAN-FRITZ STÖCKLI**, Berner Kommentar;
- KARL SPÜHLER/DOMINIK INFANGER**, Betriebsübergänge und Arbeitsverträge in der Zwangsvollstreckung - Anwendung von Art. 333 OR im Konkurs und Nachlassvertrag?, in: Angst/Cometta/Gasser [Hrsg.], Schuldbetreibung und Konkurs im Wandel, FS 75 Jahre Konferenz der Betreibungs- und Konkursbeamten der Schweiz, Basel 2000;
- ULLIN STREIFF/ADRIAN VON KAENEL**, Arbeitsvertrag, 2006;
- KLAUS A. VALLENDER**, in: Ehrenzeller/Mastronardi/Schweizer/Vallender (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung, St. Gallen/Zürich 2002;
- FRANK VISCHER**, SPR Bd VII/1,III, Basel 2005;
- FRANK VISCHER/ANDREAS C. ALBRECHT**, Zürcher Kommentar, 4. Auflage 2006;
- ALEXANDER VOLLMAR**, in: Staehelin/Bauer/Staehelin (Hrsg.), Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, Bd. III, Basel 1998;
- ALAIN WINKELMANN/LAURENT LÉVY/VINCENT JEANNERET/OLIVIER MERKT/FRANCESCA BIRCHLER**, in: Staehelin/Bauer/Staehelin (Hrsg.), Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, Bd. III, Basel 1998;
- RÉMY WYLER**, Droit du travail, Bern 2002;
- PETER ZUMBRUNN**, Die normativen Bestimmungen des Gesamtarbeitsvertrages im System des schweizerischen Arbeitsrechts - ein Vergleich unter Berücksichtigung des deutschen Rechts, Diss. Basel 1983;

1. Einleitung

1.1. Das Bundesgericht kann immer nur jene Fragen behandeln, die ihm unterbreitet werden. Die bundesgerichtliche Rechtsprechung stellt von daher zwar einen Spiegel der aktuellen Fragen dar, allerdings immer mit einer zeitlichen Verzögerung. Zudem bleibt die Rechtsprechung immer punktuell. Weil die Schweiz ein kleines Land ist, geht es auch zum Teil sehr lange, bis eine höchstrichterliche Klärung möglich ist.

1.2. Die folgenden Ausführungen können deshalb auch nur die Fragen des Arbeitsrechts sehr punktuell behandeln. Die einzelnen Fragestellungen haben unter einander zum Teil keinen anderen Zusammenhang als ihre Aktualität.

2. Individualarbeitsvertrag

2.1. Abgrenzungen beim Arbeitsvertrag

2.1.1. Zur selbständigen Erwerbstätigkeit

2.1. Das Arbeitsvertragsrecht bietet dem Arbeitnehmer einen weitgehenden Sozialschutz. Es ist von daher regelmässig für die gegenseitigen Ansprüche der Parteien von zentraler Bedeutung, ob ein Arbeitsverhältnis vorliegt oder nicht. Weil der Sozialschutz auch bei Innominatverträgen zum Tragen kommen kann, ist die entscheidende Unterscheidung letztlich jene zwischen einer selbständigen und einer unselbständigen Tätigkeit. Nur bei letzterer besteht der Sozialschutz.

2.2. Lehre und Rechtsprechung haben eine Vielzahl von Kriterien für diese Unterscheidung herausgebildet. Die Schwierigkeit liegt allerdings darin, dass die meisten für sich alleine nicht entscheidend sein können und die Charakteristika eines Arbeitsvertrages überdies zum Teil in beschränkter Form auch bei einer selbständigen Tätigkeit vorkommen können. Die Kriterien sind somit nicht eindeutig. Es ist immer eine Gesamtbetrachtung erforderlich.

2.3. Der Arbeitsvertrag enthält im **wesentlichen vier Merkmale**: Es ist Arbeit gegen Entgelt in einem Dauerschuldverhältnis geschuldet, welche in einer fremden Arbeitsorganisation und damit in einem Unterordnungsverhältnis geleistet wird². Die verschiedenen Kriterien sind für die Abgrenzung zwischen einem Arbeitsvertrag und einer selbständigen Tätigkeit von unterschiedlicher Bedeutung.

2.4. Besteht die Arbeit darin, dass Geschäfte vermittelt werden müssen, so steht die **Abgrenzung zum Agenturvertrag**³ im Fordergrund⁴. Mangels gegenständlicher Unterscheidung lässt sich der Arbeitsvertrag vom Agenturvertrag nur auf Grund der Subordination im weiten Sinne unterscheiden. Es kommt einerseits auf die Selbständigkeit der Tätigkeit an⁵ und andererseits auf die Tragung des Geschäftsrisikos⁶. Entsprechend ist entscheidend, in welchem Ausmass die eine Vertragspartei der andern Weisungen erteilt und in welchem Ausmass die Arbeitsorganisation fremdbestimmt ist⁷. Dabei sind Indizien für das Vorliegen eines Agenturvertrages und damit einer selbständigen Tätigkeit: eigenes Geschäftsdomizil, keine Rapporte über Kundenkontakte und Arbeitszeiten, keine Weisungen bezüglich der zu kontaktierenden Kunden, eigene Reklame und Buchführung, Eintrag ins Handelsregister, Tragung der Spesen, Anstellung von Hilfskräften, gleichzeitige Tätigkeit für mehrere Vertragspartner, fehlen eines Lohnfixums⁸. Das sind allerdings alles nur Indizien. Keines dieser Kriterien ist ausschlaggebend. Vielmehr sind die entsprechenden Elemente einer Gesamtwürdigung zu unterziehen.

² Vgl. statt vieler: STAEHELIN, N. 2 ff. zu Art. 319 OR.

³ Art. 418a ff. OR.

⁴ Vgl. BGer. 4C.276/2006.

⁵ STREIFF/VON KAENEL, N. 3 zu Art. 347 OR.

⁶ STAEHELIN, N. 9 zu Art. 347 OR.

⁷ STREIFF/VON KAENEL, N. 3 zu Art. 347 OR; REHBINDER, N. 11 zu Art. 347 OR.

⁸ STREIFF/VON KAENEL, N. 3 zu Art. 347 OR.

2.5. Soweit es nicht um die **Abgrenzung** zum Agenturvertrag sondern **zum einfachen Auftrag** geht, kann nach einem Teil der Lehre auch die unterschiedliche Auflösbarkeit zur Unterscheidung dienen⁹. Sieht doch der Auftrag zwingend die jederzeitige Auflösbarkeit vor¹⁰, während das Arbeitsvertragsrecht zwingend Kündigungsfristen und einen Kündigungsschutz vorschreibt. Die Problematik dieses Unterscheidungskriteriums liegt allerdings darin, dass damit auf die Rechtswirkungen des Vertrages abgestellt und damit die Folgerung aus der Subsumtion gezogen wird. Ein solches Vorgehen ist namentlich immer dann nicht möglich, wenn die Frage der Kündigung streitig ist.

2.6. Typischer Weise erbringt beim Arbeitsvertrag der **Arbeitnehmer persönlich seine Leistung**. Das ist aber nicht zwingend, wie sich bereits aus dem Gesetzestext ergibt¹¹. Es ist sehr wohl möglich, dass der Arbeitnehmer die Arbeit zusammen mit eigenen Arbeitnehmern verrichtet. Dann liegt ein so genanntes gestuftes Arbeitsverhältnis, bzw. ein Kaskadenarbeitsvertrag vor¹². Solche Arbeitsverhältnisse sind indessen unüblich. Der Umstand, dass jemand über *eigene* Arbeitnehmer verfügt, spricht somit eher für eine eigene Arbeitsorganisation und damit eine selbständige Tätigkeit. Solche Arbeitsverhältnisse sind aber nur unüblich und nicht ausgeschlossen. Der Umstand, über eigene Arbeitnehmer zu verfügen, kann deshalb für sich allein für die Qualifikation nicht ausschlaggebend sein.

2.7. Notwendige Voraussetzung für das Vorliegen eines Arbeitsverhältnisses ist die **Subordination des Arbeitnehmers** unter die Weisungsgewalt der Arbeitgeberin¹³. Darunter wird die rechtliche Unterordnung in persönlicher, betrieblicher und wirtschaftlicher Hinsicht verstanden¹⁴. Entscheidend ist dabei, dass der Arbeitnehmer in eine fremde Organisation eingliedert ist und damit von bestimmten Vorgesetzten Weisungen erhält¹⁵. Er wird in eine hierarchische Struktur eingebettet. Die Schwierigkeit liegt allerdings darin, dass auch bei anderen Verträgen auf Arbeitsleistung, wie zum Beispiel dem Auftrag, ein Weisungsrecht besteht. Es kommt deshalb auf das Mass der Weisungsgebundenheit an¹⁶. Dabei wird nicht vorausgesetzt, dass die Arbeitgeberin dem Arbeitnehmer Fachanweisungen gibt¹⁷. Erfordert die Tätigkeit des Arbeitnehmers besondere Fachkenntnisse, ist es sehr wohl möglich, dass diese ausschliesslich beim Arbeitnehmer, nicht aber bei der Arbeitgeberin vorhanden sind. Insofern kann auch die Verpflichtung, auf die Ungeeignetheit von Weisungen hinzuweisen¹⁸ nur ein Indiz und kein ausschlaggebendes Kriterium sein.

2.8. Die **Einordnung in eine fremde Arbeitsorganisation** als Wesen des Arbeitsvertrages erschöpft sich nicht in der Zuweisung einer bestimmten Stelle. Vielmehr wird typischer Weise die Arbeitsleistung auch in **zeitlicher und örtlicher Hinsicht** im Vertrag umschrieben und anschliessend durch Weisungen der Arbeitgeberin konkretisiert¹⁹. Typischer Weise wird die Arbeit im Betrieb der Arbeitgeberin verrichtet. Das ist aber keineswegs zwingend. Eine Ein-

⁹ GERBER, S. 72 f.

¹⁰ Art. 404 Abs. 1 OR.

¹¹ Art. 321 OR.

¹² Vgl. dazu STREIFF/VON KAENEL, N. 12 zu Art. 319 OR; REHBINDER, N. 3 f. zu Art. 329 OR; VISCHER, S. 29; WYLER, S. 74 f.

¹³ Vgl. insbes. VISCHER, S. 4 f.; HARDER, S. 80 ff.

¹⁴ STAEHELIN, N. 27 ff. zu Art. 319 OR; Urteil des Bundesgerichts 4C.460/1995 vom 24. Februar 1997, E. 2a, abgedruckt in JAR 1998, S. 104.

¹⁵ BGer 4C.390/2005 v. 2.5.2006, E. 2.5.

¹⁶ GERBER, S. 125 ff.

¹⁷ STREIFF/VON KAENEL, N. 6 zu Art. 319 OR.

¹⁸ Vgl. WYLER, S. 43.

¹⁹ GERBER, S. 122.

gliederung in eine fremde Arbeitsorganisation setzt nicht notwendigerweise eine Tätigkeit in einer von der Arbeitgeberin bestimmten Betriebsstätte voraus. Die Arbeit kann auch ausserhalb eines eigentlichen Betriebes, sogar an einem vom Arbeitnehmer selbst gewählten Ort verrichtet werden. Es ist nicht entscheidend, wer den Arbeitsort bestimmt²⁰. Das gilt heute in vermehrtem Masse auch für die Arbeitszeiten. Mit der flexibilisierung der Arbeitsverhältnisse, ist es mehr und mehr üblich geworden, keine festen Arbeitszeiten mehr vorzusehen und die Arbeitseinsätze vielmehr nach dem tatsächlichen Arbeitsanfall auszurichten. Ob dabei die Zeitsouveränität bei der Arbeitgeberin oder beim Arbeitnehmer liegt, ist zwar im Zusammenhang mit verschiedenen Rechtsfolgen von Bedeutung²¹, vermag aber nicht die Abgrenzung zwischen dem Arbeitsvertrag und einer selbständigen Erwerbstätigkeit zu bestimmen.

2.9. Für den Arbeitsvertrag typisch ist, dass die **Arbeitgeberin die Arbeitsmaterialien stellt**²² und dem Arbeitnehmer seine Auslagen vergütet²³, wobei auch hier eine abweichende Vereinbarung in dem Sinne möglich ist, dass der Arbeitnehmer mit seinen eigenen Materialien arbeitet²⁴. Eine solche Vereinbarung gilt stillschweigend als geschlossen, wenn der Gebrauch der eigenen Werkzeuge in der entsprechenden Branche einer Übung entspricht, wie beispielsweise bei den Coiffeuren, Metzgern oder Musikern²⁵. Grundsätzlich ist dann allerdings eine angemessene Entschädigung für diesen Gebrauch auszurichten²⁶, was jedoch vertraglich weg bedungen werden kann²⁷.

2.10. Ein ohne jeden Zweifel wesentliches Kriterium für die Unterscheidung zwischen einer selbständigen und einer unselbständigen Tätigkeit ist die Frage der wirtschaftlichen Abhängigkeit²⁸. Allerdings ist die Tragweite dieses Kriteriums in zwei Richtungen hin zu relativieren. Zum einen kann eine wirtschaftliche Abhängigkeit auch bei einer anderen Vertragsart bestehen. dann handelt es sich gegebenenfalls um eine *arbeitnehmerähnliche Person*, so dass zwar nicht das gesamte Arbeitsvertragsrecht, wohl aber einzelne Schutzbestimmungen zur Anwendung gelangen²⁹. Zum andern ist eine echte wirtschaftliche Abhängigkeit, wie **REHBINDER**³⁰ aufzeigt, nicht zwingend. Ein Arbeitsvertrag kann auch dann vorliegen, wenn der Arbeitnehmer auf Grund seiner Vermögensverhältnisse oder seiner familiären Situation auf den Lohn nicht angewiesen ist. Auch bei einer Teilzeitstelle liegt unter Umständen keine echte wirtschaftliche Abhängigkeit vor, weil die verbleibende und anders eingesetzte Arbeitskraft für den täglichen Unterhalt ausreicht. Es kann nur darauf ankommen, dass im *Rahmen der vertraglich zur Verfügung gestellten Arbeitsleistung* eine wirtschaftliche Abhängigkeit besteht, indem in diesem Rahmen andere Einkommensquellen ausgeschlossen werden und durch eigene unternehmerische Entscheide kein Einfluss auf das Einkommen genommen werden kann. Es kommt letztlich darauf an, ob durch die vertragliche Bindung die Dispositionsmöglichkeit über den Einsatz der eigenen Arbeitskraft in dem Sinne verloren geht, dass über das Entgelt als Gegenleistung hinaus nicht mehr am wirtschaftlichen Erfolg des Einsatzes der eigenen Arbeitskraft partizipiert werden kann³¹. Ein wesentliches Indiz für eine Ab-

²⁰ BGer 4C.390/2005 v. 2.5.2006, E. 2.5.

²¹ Vgl. z.B. BGE 123 III 84, BGer.4C.142/2005 v. 15. Juni 2006, E. 4.2.

²² Art. 327 OR..

²³ Art. 327a ff OR.

²⁴ Vgl. **STREIFF/VON KAENEL**, N. 3 zu Art. 327 OR.

²⁵ Vgl. **AUBERT**, N. 2 zu Art. 327 OR.

²⁶ Art. 327 Abs. 2 OR.

²⁷ **REHBINDER**, N. 5 zu Art. 327 OR.

²⁸ Statt vieler: **REHBINDER**, N. 69 zu Art. 319 OR; **STAEHELIN**, N. 29 zu Art. 319 OR.

²⁹ vgl. **VISCHER**, S. 29 f. mit Hinweis auf BGE 118 II 157 und **GEISER**, S. 43 ff. Rz. 2.23. ff.

³⁰ **REHBINDER**, N. 42 zu Art. 319 OR.

³¹ **HARDER**, S. 132.

hängigkeit in diesem Sinne liegt vor, wenn eine Person ausschliesslich für ein einziges Unternehmen tätig ist. Verstärkt wird dieses Indiz durch eine vertragliche Verpflichtung, jede weitere wirtschaftliche Tätigkeit ähnlicher Art zu unterlassen. In sofern können Konkurrenzklauseln für die Abgrenzung Bedeutung haben.

2.11. Zwingend für den Arbeitsvertrag ist die **Entgeltlichkeit**. Dabei wird bei einem Arbeitsvertrag typischer Weise eine feste Vergütung für eine Zeiteinheit festgelegt. Es sind aber auch andere Vergütungsarten möglich. Als Abgrenzungskriterium eignet sich dieses Element allerdings nur beschränkt, weil auch die anderen in Frage kommenden Vertragsarten, namentlich der Auftrag, entgeltlich sein können. Allerdings ist bei einer selbständigen Erwerbstätigkeit ein fester Monatsbetrag eher ungewöhnlich. Eine solche Entschädigung ist ein starkes Indiz für einen Arbeitsvertrag.

2.12. Es liegt auf der Hand, dass diese Kriterien mit Blick auf ihre Unterschiedlichkeit und die Vielfältigkeit der Wirklichkeit nicht immer zu einem eindeutigen Ergebnis führen. Von daher sind Grenzfälle nicht zu vermeiden. Bei diesen kann die Unklarheitsregel helfen, welche besagt, dass ein Vertrag bei Unklarheiten im Zweifel zu lasten jener Partei auszulegen ist, welche ihn verfasst hat. Das wird häufig zur Anwendung des Arbeitsvertragsrechts führen, weil dieses in der Regel dem Arbeitnehmer mehr Ansprüche bietet und der Vertrag durch die Arbeitgeberin formuliert worden ist. Auch diese Regel hilft aber nicht immer weiter, namentlich, wenn kein schriftlicher Vertrag vorliegt. M.E. sollte in diesen *Zweifelsfällen* dem Umstand erhöhte Bedeutung zu kommen, welche Vorstellungen die Parteien vom Vertrag hatten. Dabei kann es nicht auf die Bezeichnungen im Vertrag ankommen. Soweit die Parteien aber in ihrer ganzen Praxis davon ausgegangen sind, dass die arbeitsrechtlichen Bestimmungen über Weisungen, Rechtserwerb am Arbeitsergebnis, Konkurrenzverbot und Auflösung des Vertragsverhältnisses zur Anwendung gelangen, ist nicht einzusehen, warum nicht diesen Vorstellungen über die Rechtsfolgen bei der Qualifikation des Vertrages Rechnung getragen werden sollte. Insofern ist wenig verständlich, dass das Bundesgericht ein kantonales Urteil geschützt hat³², bei dem eine selbständige Tätigkeit in einem Zweifelsfall angenommen worden ist, obgleich das Unternehmen dem Mitarbeiter fristlos mit der Begründung gekündigt hatte, dass er wegen seiner Nebentätigkeit den "Einzelarbeitsvertrag" nicht einhalten könne. Erst im anschliessenden Streit über die Zulässigkeit der fristlosen Kündigung besann sich das Unternehmen auf Grund der Beratung des Anwalts darauf, dass es sich auch um eine selbständige Tätigkeit handeln könne, so dass der Vertrag ohne Kündigungsfrist auflösbar wäre. M.E. hätte hier mit Blick auf die Vertragspraxis der Parteien ein Arbeitsvertrag angenommen werden müssen.

2.1.2. Zum Ausbildungsvertrag

2.13. Mit der erhöhten Bedeutung der Aus- und Weiterbildung auf dem Arbeitsmarkt kann die Abgrenzung zwischen Arbeitsvertrag und Ausbildungsvertrag zu Schwierigkeiten führen. Von den Rechtsfolgen her entscheidend ist der Unterschied hauptsächlich für die Frage, wer wem ein Entgelt schuldet. Der im Gesetz nicht definierte Unterrichtsvertrag beinhaltet die Verpflichtung des Unterrichtsgebers, dem Unterrichteten gegen Zahlung eines Entgeltes persönlich oder durch seine Lehrkräfte in Räumlichkeiten, die von ihm zur Verfügung gestellt werden, die vertraglich umschriebenen Kenntnisse und Fähigkeiten zu vermitteln und ihm dauernd oder vorübergehend das Unterrichtsmaterial zu überlassen³³. Im Gegensatz dazu verpflichtet der Lehrvertrag den Arbeitgeber³⁴, die lernende Person für einen bestimmten Beruf

³² BGer. 4C.276/2006.

³³ BGE 132 III 755 f.; SCHLUEP/AMSTUTZ, N. 419 und 425 Einleitung vor Art. 184 ff. OR; SCHLUEP, S. 918 f.; SCHAFFITZ, S. 2 ff.

³⁴ Art. 344 OR.

fachgemäss auszubilden, und die lernende Person, zu diesem Zweck Arbeit im Dienst des Arbeitgebers zu leisten. Der Lehrvertrag ist eine Unterart des Arbeitsvertrages mit der Besonderheit, dass die Arbeit in erster Linie die berufliche Ausbildung der lernenden Person bezweckt. Damit besteht der Lehrvertrag aus den Elementen der Arbeitsleistung und der Berufsbildung³⁵.

2.14. Für die Abgrenzung entscheidend ist die Frage, ob die auszubildende Person in den Arbeitsprozess der anderen Partei eingegliedert und dort durch die zwar ausbildungsorientierte aber dennoch praktische Tätigkeit nutzbringende Arbeit verrichtet. In einem vom Bundesgericht zu beurteilenden Fall lag das Schwergewicht der Ausbildung zur Coiffeuse auf der praktischen Arbeit im Salon des Beklagten. Die Klägerin verrichtete nutzbringende Arbeit, für die die Kunden einen um die Hälfte reduzierten Preis zu bezahlen hatten. Die Klägerin war auch in der Arbeitsorganisation des Beklagten eingegliedert. Daher qualifizierte das Bundesgericht das abgeschlossene Vertragsverhältnis als Lehrvertrag³⁶, obwohl dieser gemäss Art. 344a Abs. 1 OR zu seiner Gültigkeit der schriftlichen Form bedarf und - weil die entsprechende Ausbildung dem Berufsbildungsgesetz untersteht und von der zuständigen kantonalen Behörde zu genehmigen wäre³⁷.

2.2. Gültigkeit des Arbeitsvertrages/Faktisches Arbeitsverhältnis

2.15. Es kommt erstaunlich häufig vor, dass ein Arbeitsvertrag an einem Mangel leidet, der zur Ungültigkeit führt. Bis die Parteien dies feststellen, ist aber meistens schon Arbeit geleistet, so dass eine Rückabwicklung notwendig ist. Gemäss Art. 320 Abs. 3 OR wird in diesen Fällen ein faktisches Arbeitsverhältnis angenommen, bis sich eine Seite von ihm lossagt. Voraussetzung dafür ist aber, dass sich der **Arbeitnehmer in Gutem Glauben** befindet. Andernfalls ist eine Rückabwicklung nach Vindikations- und Bereicherungsrecht erforderlich, was den Arbeitnehmer regelmässig erheblich schlechter stellt.

2.16. Ungültig ist das Arbeitsverhältnis auch, wenn der Arbeitnehmer die Arbeitgeberin bei Vertragsabschluss mit einem **gefälschten Arbeitszeugnis** täuscht. Nur wenn dem Arbeitnehmer aber positiv nachgewiesen werden kann, dass er um die rechtliche Unverbindlichkeit des Arbeitsvertrages wusste, kann er sich nicht mehr auf Art. 320 Abs. 3 OR berufen. Im vom Bundesgericht zu beurteilenden Fall hatte der Arbeitnehmer das Arbeitszeugnis zwar selber gefälscht, es war aber inhaltlich korrekt. Der Arbeitgeber hatte sich geweigert, selber ein korrektes Zeugnis auszustellen. Es konnte ihm deshalb die Kenntnis über die Rechtsfolgen der ihm angelasteten Täuschung nicht nachgewiesen werden, so dass das Bundesgericht die Berufung auf Art. 320 Abs. 3 OR schützte³⁸.

2.17. Ein faktisches Vertragsverhältnis liegt auch vor, wenn ein **Lehrvertrag nicht schriftlich** vereinbart worden ist³⁹. Auf Grund des Formmangels ist der Vertrag ungültig⁴⁰. Auf Grund des faktischen Lehrvertrages hat der Auszubildende aber dennoch Anspruch auf den

³⁵ BGE 132 II 755; BGE 102 V 228 E. 2a S. 231; VISCHER, S. 292; REHBINDER, N. 1 zu Art. 344 OR; STREIFF/VON KAENEL, N. 2 zu Art. 344 OR.

³⁶ BGE 132 II 755.

³⁷ Art. 14 Abs. 3 Bundesgesetz vom 13. Dezember 2002 über die Berufsbildung, Berufsbildungsgesetz, BBG, [SR 412.10].

³⁸ BGE 132 III 242 ff.

³⁹ BGE 132 III 754 ff.

⁴⁰ Art. 11 Abs. 2 OR.

Lehrlingslohn⁴¹. Das setzte allerdings voraus, dass es sich überhaupt um ein Lehrverhältnis mit Lohnanspruch handelte und nicht um einen Unterrichtsvertrag⁴².

2.3. Fürsorgepflicht der Arbeitgeberin⁴³

2.18. Die Arbeitgeberin muss jene Massnahmen zum Schutz von Leben und Gesundheit der Arbeitnehmer treffen, die nach der Erfahrung notwendig, nach dem Stand der Technik anwendbar und den Verhältnissen des Betriebes angemessen sind, soweit der Arbeitgeberin die vorzukehrenden Massnahmen mit Rücksicht auf das einzelne Arbeitsverhältnis und die Natur der Arbeitsleistung billigerweise zugemutet werden können.⁴⁴ Die Lehre leitete aus dieser Fürsorgepflicht den Anspruch ab, dass die Arbeitgeberin im Betrieb ein Rauchverbot zum Schutz der Arbeitnehmer durchsetzt, auch wenn ein solches aus betrieblichen Gründen nicht erforderlich ist.⁴⁵ Selbst wenn das Arbeitsverhältnis nicht dem Arbeitsgesetz untersteht, lässt dies sich aus Art. 6 Abs. 1 ArG und dem darauf erlassene Art. 19 ArGV 3⁴⁶ herleiten, die zur Konkretisierung von Art. 328 Abs. 2 OR herangezogen werden können.⁴⁷ Dabei gilt, dass die einzuleitenden Massnahmen für den Betrieb wirtschaftlich tragbar sein und die Kosten in einem vernünftigen Verhältnis zur Wirksamkeit stehen müssen. Dem Gesundheitsschutz kommt dabei stets erste Priorität zu⁴⁸.

2.4. Ferien

2.19. Die Arbeitgeberin hat der Arbeitnehmerin für jedes Dienstjahr mindestens vier Wochen Ferien zu gewähren⁴⁹ und für diese Zeit den gesamten darauf entfallenden Lohn zu bezahlen⁵⁰. Der Anspruch auf Ferien besteht aus einem einheitlichen Anspruch auf Gewährung von Freizeit unter Fortzahlung des Lohnes während dieser Zeit⁵¹. Der Arbeitnehmer soll während der Ferien nicht schlechter gestellt werden, als wenn er gearbeitet hätte⁵². Die genannte gesetzliche Regelung ist in dem Sinne relativ zwingend, dass die Parteien nur für die Arbeitnehmerin günstigere, nicht aber ungünstigere Vereinbarungen treffen können⁵³. Es ist auch unbestritten, dass es sich bei der Vereinbarung, das Feriengeld mit dem laufenden Lohn abzugelten, um eine für die Arbeitnehmerin gegenüber der gesetzlichen Regelung ungünstigere Vereinbarung handelt.

2.4.1. Berechnung des Ferienlohns

2.20. Es erstaunt hin und wieder, wie klar scheinende Gesetzesbestimmungen in der Praxis zu erheblichen Auslegungsschwierigkeiten führen können. Der Arbeitgeber hat dem Arbeitnehmer für die Ferien den gesamten darauf entfallenden Lohn und eine angemessene Entschädi-

⁴¹ Zur Lohnhöhe vgl. aber **STREIFF/VON KAENEL**, N. 3 zu Art. 344a OR.

⁴² Zur Abgrenzung vgl. vorn Rz. 2.14.

⁴³ BGE 132 III 257 ff.

⁴⁴ BGE 132 III 259; Art. 328 OR.

⁴⁵ BGE 132 III 260; **REHBINDER**, N. 7 zu Art. 328; **JANUTIN**, S. 181.

⁴⁶ Verordnung 3 vom 18. August 1993 zum Arbeitsgesetz, Gesundheitsverordnung, ArGV 3 [SR 822.113].

⁴⁷ BGE 132 III 260.

⁴⁸ **SCHEIDEGGER/PITTELOUD**, N. 15 und 19 zu Art. 6 ArG.

⁴⁹ Art. 329a Abs. 1 OR.

⁵⁰ Art. 329d Abs. 1 OR.

⁵¹ BGE 131 III 454.

⁵² BGE 129 III 495; 118 II 137; **REHBINDER**, N. 1 zu Art. 329d OR; **STAEHELIN**, N. 1 zu Art. 329d OR; **BRÜHWILER**, N. 1 zu Art. 329d OR; **WYLER**, S. 259; **STREIFF/VON KAENEL**, N. 3 zu Art. 329d OR; **BERNSTEIN/MAHON**, Rz. 325.

⁵³ Art. 362 OR.

gung für ausfallenden Naturallohn zu entrichten⁵⁴. Grundsätzlich ist damit eine unterschiedliche Entlohnung des Arbeitnehmers, abhängig davon ob er arbeitet oder Ferien bezieht, nicht zulässig.⁵⁵ Folglich sind Entschädigungen für Überstunden, Nacht- und Sonntagsarbeit bei der Berechnung des Ferienlohns zu berücksichtigen, falls diese einen regelmässigen und dauerhaften Charakter haben⁵⁶. Dies ist dann der Fall, wenn die Arbeitnehmer eines Call Centers gemäss Arbeitsvertrag zur Arbeitsleistung grundsätzlich während 24 Stunden an sieben Tagen die Woche verpflichtet sind. Die Einsatzpläne der Teams legten dann die konkreten Arbeitszeiten der Arbeitnehmer während des Tages, in der Nacht, am Wochenende und an Feiertagen fest. Für Arbeitsleistungen während der Nacht und an Wochenenden erhielten die Arbeitnehmer eine zusätzliche Entschädigung. Da der Ferienlohn jedoch lediglich dem Basislohn ohne zusätzliche Entschädigungen entsprach, verletzte die Arbeitgeberin Art. 329d Abs. 1 OR⁵⁷.

2.4.2. Abgeltung des Ferienlohns

2.21. Eine Abgeltung der Ferien in Geld während des Arbeitsverhältnisses oder eine Ausrichtung des Ferienlohnes zusammen mit dem laufenden Lohn ist im Gesetz nicht vorgesehen⁵⁸. Rechtsprechung und Lehre sind sich indessen darin einig, dass eine Abgeltung des Ferienanspruchs in Geld dann zulässig ist, wenn der Bezug in natura bei Auflösung des Arbeitsverhältnisses nicht mehr möglich ist⁵⁹. Zudem kann die Durchsetzung des Abgeltungsverbotes während der Dauer des Arbeitsverhältnisses bei unregelmässigen Beschäftigungen, namentlich bei Teilzeitstellen, Schwierigkeiten bereiten. Das Bundesgericht hat deshalb eine Abgeltung des Ferienlohnes in solchen Fällen in Abweichung vom Gesetzestext ausnahmsweise zugelassen.

2.22. Voraussetzung für eine solche Abgeltung ist allerdings neben der objektiven Notwendigkeit aufgrund der unregelmässigen Beschäftigung, dass sowohl aus dem schriftlichen Arbeitsvertrag wie auch aus den periodischen Lohnabrechnungen klar ersichtlich ist, welcher Teil des Arbeitslohnes den Ferienlohnanspruch abgelden soll⁶⁰. Diese Rechtsprechung stiess in neuerer Zeit auf heftige Kritik⁶¹. Das Bundesgericht hat diese Kritik aufgenommen und in einem neueren Entscheid die bisherige Rechtsprechung selber in Frage gestellt⁶². Ob mit Blick auf den an sich klaren Wortlaut des Gesetzes und die in der Tat kaum jemals unüberwindbaren Schwierigkeiten bei der Berechnung des auf die Ferien entfallenden Lohnes an der Möglichkeit einer Abgeltung des Feriengeldes mit dem laufenden Lohn festgehalten werden kann, erscheint in der Tat fraglich. Das brauchte aber vom Bundesgericht nicht abschliessend entschieden zu werden.

2.4.3. Bezug der Ferien und Arbeitsunfähigkeit

2.23. Die Ferien dienen der Erholung. Von daher liegt es auf der Hand, dass eine bestimmte Zeit nicht als Ferien angerechnet werden kann, wenn die betroffene Person sich in einem Zustand befand, der die Erholung ausschloss. In diesem Sinne findet sich immer wieder die Aussage, dass Ferien in gesundem Zustand zu verbringen sind, bzw. dass sie nachgewährt werden müssen, wenn während der Ferien eine Arbeitsunfähigkeit im Sinne von Art. 324a bzw. 324b

⁵⁴ Art. 329d Abs. 1 OR.

⁵⁵ BGE 132 III 174, BGE 129 III 493 Er. 3.1, BGE 118 II 136 Erw. 3b.

⁵⁶ BGE 132 III 172 ff.

⁵⁷ BGE 132 III 172 ff.

⁵⁸ BGE 129 III 495; 131 III 454.

⁵⁹ BGE 106 II 154; 128 III 280; 131 III 454.

⁶⁰ BGE 118 II 137; 116 III 515.

⁶¹ Insbes. AUBERT, S. 117 ff.; CEROTTINI, S. 209 ff.; vgl. auch VISCHER, S. 90; STREIFF/VON KAENEL, N. 9 zu Art. 329d OR.

⁶² BGE 129 III 496.

OR eingetreten ist. Dogmatisch kann diese Rechtsfolge auch damit begründet werden, dass im Falle einer Arbeitsunfähigkeit nach Art. 324a f. OR der Arbeitnehmer *aus diesem Grund* die Arbeitsleistung nicht erbringen muss und deshalb die fehlende Arbeitsleistung in dieser Zeit gar nicht auf die Ferien zurückzuführen ist, diese somit gar nicht bezogen worden sind.

2.24. Gegen diese Überlegungen ist grundsätzlich nichts einzuwenden. Die Problematik liegt vielmehr darin, dass sich die Arbeitsunfähigkeit nach Art. 324a f. OR und die Erholungsunfähigkeit nicht zu decken brauchen. Je nach konkreter Tätigkeit ist es sehr wohl vorstellbar, dass jemand zwar für die Arbeitsleistung ausser Stande wäre, aber sehr wohl sich erholen kann. So wird beispielsweise ein verstauchter Finger einen Pianisten an der Arbeitsleistung hindern; er wird aber sehr wohl eine Kulturreise in eine Stadt unternehmen können. Andererseits sind Skiferien mit einem verstauchten Fuss ausgeschlossen; eine Büroarbeit wird aber dennoch möglich sein.

2.25. Grundsätzlich müsste somit sehr viel **differenzierter vorgegangen** und jeweils zwischen Arbeitsunfähigkeit und Ferienunfähigkeit unterschieden werden. Der in den Ferien erkrankte oder verunfallte Arbeitnehmer müsste, wenn sich das Ereignis nur auf die Erholbarkeit auswirkt, nicht aber auf die Arbeitsfähigkeit, der Arbeitgeberin seine Arbeit anbieten, wenn er die Ferien nachher noch einmal beziehen will. Erstaunlicher Weise scheinen bis anhin solche Fragen vom Bundesgericht noch nie entschieden worden zu sein.

2.4.4. Verjährung des Ferienanspruchs

2.26. Schwierigkeiten bereitet immer wider die Frage, wann Ferien verjähren. Dabei ist zwischen dem Anspruch auf deren Bezug und dem Anspruch auf das Entgelt zu unterscheiden, wenn die Ferien Abgegolten werden müssen.

2.27. Wie das Bundesgericht kürzlich im Zusammenhang mit dem Konkursrecht festgestellt hat, **entsteht der Abgeltungsanspruch** für nicht bezogene Ferien erst, wenn feststeht, dass diese nicht mehr in natura bezogen werden können⁶³. Die Verjährungsfrist kann somit auch erst von diesem Zeitpunkt an zu laufen beginnen. Ob diese fünf oder zehn Jahre dauert, ist streitig⁶⁴. M.E. greift hier die arbeitsrechtliche Frist von fünf Jahren.

2.28. Soweit es um den **realen Bezug der Ferien** geht, ist zu beachten, dass der Ferienanspruch einerseits laufend entsteht, andererseits aber der Zeitpunkt für den Bezug von der Arbeitgeberin festgesetzt wird. Der Arbeitnehmer kann die Gewährung der Ferien somit erst in dem Moment fordern, in dem sie zum letzten Mal innerhalb des Dienstjahres, in dem sie entstanden sind, in Natura gewährt werden können. Bei einem Anspruch auf vier Wochen Ferien und einem mit dem Kalenderjahr zusammenfallenden Dienstjahr bedeutet dies, dass der Anspruch für die laufenden Ferien Anfangs Dezember fällig wird und ab diesem Zeitpunkt somit auch die Verjährungsfrist zu laufen beginnt.

2.29. Die **Verjährungsfristen können nicht** zu Lasten des Arbeitnehmers **gekürzt werden**. Namentlich sind Vereinbarungen, dass die Ferien bis Ostern des Folgejahres bezogen werden müssen und sonst verfallen, nichtig⁶⁵. Es fehlt im Gesetz an jeder Grundlage für eine Befristung auf ein Jahr. Überdies besteht auch kein materielles Bedürfnis nach einer solch kurzen Frist. Es ist die Arbeitgeberin und damit die Schuldnerin, welche den Ferienzeitpunkt festsetzt

⁶³ BGE 131 III 451.

⁶⁴ REHBINDER/PORTMANN, N. 4 zu Art. 329c OR.

⁶⁵ BGE 130 III 25. Anders noch auf Grund des früheren Gesetzeswortlauts BGE 107 II 430; STAEHELIN, N. 7 78 Art. 329c OR.

und damit auch dafür sorgen kann und muss, dass der Arbeitnehmer seine Ferien " in der Regel im Laufe des betreffenden Dienstjahres"⁶⁶ bezieht⁶⁷.

3. Kollektives Arbeitsvertragsrecht

3.1.1. Regeln für die Auslegung eines GAV

3.1. Ein Gesamtarbeitsvertrag enthält neben den schuldrechtlichen und den indirekt-schuldrechtlichen regelmässig auch **normative Bestimmungen**. Diese machen sein Wesen aus, weil sie etwas Besonderes sind. Sie regeln nicht das Verhältnis der Parteien des Gesamtarbeitsvertrages sondern das Verhältnis der dem GAV unterstellten Arbeitnehmer und Arbeitgeberinnen unter sich. In Arbeitsrechtlichen Streitigkeiten geht es regelmässig um die Auslegung der normativen und nur selten der anderen gesamtarbeitsvertraglichen Bestimmungen.

3.2. Weil die normativen Bestimmungen wie ein Gesetz wirken, sind diese grundsätzlich auch wie ein solches auszulegen⁶⁸ Das Bundesgericht betont allerdings, dass der Wille der am Abschluss des Gesamtarbeitsvertrages beteiligten Parteien, dabei sehr wohl beachtlich ist. Es handelt sich dabei - wie für ein Gesetz die Gesetzesmaterialien - um ein wichtiges Auslegungselement. Es rechtfertigt sich auch diesem Willen mehr Gewicht zu verleihen als jenem der einzelnen Parlamentarier beim Gesetzgebungsprozess, da es immerhin einer eigentlichen Einigung bedurfte und nicht einfach eines Mehrheitsbeschlusses wie beim Parlament. Der Schutz der am Vertragsschluss nicht beteiligten den normativen Bestimmungen Unterworfenen erfordert allerdings zu fragen, ob der nach den Grundsätzen der Vertragsauslegung ermittelte Vertragswille auch einer objektiven Auslegung nach Wortlaut, Sinnzusammenhang und Ratio standhält⁶⁹.

3.3. Im Einzelfall ist allerdings immer zuerst zu fragen, was überhaupt ausgelegt wird. In aller Regel entfacht sich der Streit an Hand eines konkreten Einzelarbeitsverhältnisses. Dann ist in erster Linie der Einzelarbeitsvertrag im Lichte des GAV auszulegen und nicht der GAV selber. Da von den GAV-Bestimmungen immer zu Gunsten des Arbeitnehmers abgewichen werden kann, ist sehr wohl zu beachten, wenn die Parteien des Einzelarbeitsvertrages übereinstimmend den GAV für den Arbeitnehmer günstiger ausgelegt haben, als er auf Grund einer objektiven Auslegung eigentlich wäre.

3.1.2. Haftung für Arbeitskampfmassnahmen

3.4. Obgleich die Schweiz als Land mit Arbeitsfrieden gilt, kommen dennoch immer wieder Streiks vor. Diese haben dann regelmässig erhebliche wirtschaftliche Folgen für das bestreikte Unternehmen. Solche Streiks führen meistens zu einer **Auseinandersetzung zwischen den Sozialpartnern**. Diese Streitigkeiten werden dann allerdings in aller Regel im Rahmen des Neuabschlusses eines GAV vergleichsweise erledigt, was auch sinnvoll und Zeichen einer funktionierenden Sozialpartnerschaft ist. Hin und wieder führen sie auch zu Prozessen, dann aber meist vor einem im GAV vorgesehenen Schiedsgericht.

3.5. Die möglicherweise etwas härtere Gangweise in der Sozialpartnerschaft führt nun aber dazu, dass sich in neuerer Zeit die Fälle häufen, in denen das **bestreikte Unternehmen** anschliessend **Schadenersatz von der den Arbeitskampf unterstützenden Gewerkschaft fordert**. Die Problematik dieser Streitigkeiten liegt darin, dass in der Regel das geschädigte

⁶⁶ Art. 329c Abs. 2 OR.

⁶⁷ BGE 130 III 25.

⁶⁸ BGE 133 III 218; VISCHER/ALBRECHT, N. 126 zu Art. 356 OR.

⁶⁹ BGE 133 III 218; BGer 4C.216/2005 vom 12. Juli 2006, E. 2.1; VISCHER/ALBRECHT, N. 122 zu Art. 356 OR; ZUMBRUNN, S. 109 ff.; vgl. auch STÖCKLI, N. 134 und 136 zu Art. 356 OR.

Unternehmen nicht Vertragspartei des GAV ist, sondern nur Mitglied des Arbeitgeberverbandes, der den GAV abgeschlossen hat. Es stellt sich dann die Frage wie - bzw. ob überhaupt - eine Haftung konstruiert werden kann. Dabei ist die Unterscheidung zwischen vertraglicher und ausservertraglicher Haftung von Bedeutung.

a. **Vertragliche Haftung**

3.6. Eine vertragliche Haftung ist in diesen Fällen schwerlich zu konstruieren. Die Geschädigte Arbeitgeberin ist nicht Vertragspartei und der Arbeitgeberverband ist zwar Vertragspartei aber nicht geschädigt. In aller Regel wird sich auch kaum ein Wille der GAV-Parteien nachweisen lassen, einen **Vertrag zu Gunsten Dritter** abgeschlossen zu haben. Ein solcher Wille ist auch kaum zu vermuten. Auch sind die Voraussetzungen für einen **Vertrag mit Schutzwirkung zu Gunsten Dritter**, soweit man diesen überhaupt für das schweizerische Recht anerkennen will, hier regelmässig nicht erfüllt. Soweit die GAV-Parteien die Friedenspflicht besser absichern wollen, können sie ja eine Konventionalstrafe vereinbaren.

b. **Ausservertragliche Haftung**

3.7. Dass die Voraussetzungen der ausservertraglichen Haftung gegeben sein können, wenn die Mittel, mit denen der Streik durchgeführt wird, **absolute Recht der Arbeitgeberin verletzen**, wie beispielsweise Eigentum, steht ausser Zweifel⁷⁰. Heikel ist demgegenüber die Frage, **ob** es auch **Schutznormen** gibt, welche den **reinen Vermögensschaden** vor einer Kampfmassnahme schützen sollen. Es ist hier nicht der Ort, dieser Frage gründlich nachzugehen. Es können m.E. aber zwei Punkte festgehalten werden:

1. Aus **Art. 28 BV** kann keine solche Schutznorm abgeleitet werden. Diese Norm umschreibt nämlich nicht die *Rechtswidrigkeit* bzw. *Zulässigkeit* eines Streiks. Sie hält nur fest, unter welchen Voraussetzungen Streik und Aussperrung *verfassungsrechtlich* geschützt sind, so dass der Gesetzgeber sie weder direkt noch indirekt unterbinden darf⁷¹. Ein an einem Streik teilnehmender Arbeitnehmer verletzt die Rechte der Arbeitgeberin nicht schon deshalb, weil der Streik den Anforderungen von Art. 28 BV nicht genügt. Die Rechtsverletzung entsteht erst, wenn er dadurch seine vertraglichen Pflichten gegenüber der Arbeitgeberin verletzt. Bei einem Art. 28 BV entsprechenden Streik ruhen demgegenüber von verfassungswegen die vertraglichen Pflichten. Die Unterscheidung wird ersichtlich, wenn die Arbeitnehmenden eine extrem kurze Kündigungsfrist haben und mit der Streikankündigung die Kündigungsfrist einhalten. Hier liegt - auch wenn der Streik den Anforderungen von Art. 28 BV nicht genügt - keine haftungsbegründende Widerrechtlichkeit vor. Art. 28 BV ist eben keine Schutznorm. Wohl ist die Überlegung richtig, dass ein gemäss Art. 28 BV verfassungsmässig geschützter Streik nicht rechtswidrig sein kann. Daraus kann aber nicht geschlossen werden, dass ein Streik rechtswidrig ist, weil er den Anforderungen von Art. 28 BV nicht genügt. Die Verfassung schützt nicht alles, was rechtmässig ist, so dass sehr wohl ein Streik zwar rechtmässig sein kann, obgleich er nicht unter den Schutz der Verfassung fällt.
2. Fraglich kann erscheinen, ob die im Gesetz verankerte **relative Friedenspflicht**⁷² als Schutznorm im Sinne von Art. 41 OR angesehen werden kann. Sie gilt als Korrelat zur normativen Wirkung des GAV von Gesetzes wegen und nicht erst auf Grund eines entsprechenden Parteiwillens. Allerdings ist zu beachten, dass die entsprechende Norm unter dem Randtitel: Wirkungen "unter den Vertragsparteien" steht. Daraus könnte auch geschlossen werden, dass nur diese und nicht auch die einzelnen ange-

⁷⁰ BGE 132 III 122 ff.

⁷¹ Vgl. VALLENDER, N. 23 zu Art. 28 BV.

⁷² Art. 357a Abs. 2 OR.

schlossenen Arbeitnehmer und Arbeitgeberinnen sich auf diese Norm berufen können, diese somit nur unter den Vertragsparteien des GAV nicht aber auch gegenüber den beteiligten Arbeitnehmer und Arbeitgeberinnen wirkt. Das Bundesgericht hat - soweit ersichtlich - sich mit dieser Frage bis anhin noch nie befassen müssen.

4. Betriebsübergang

4.1. Anwendbarkeit in Sanierungsverfahren?

4.1. In Abweichung von den allgemeinen Grundsätzen des Obligationenrechts sieht das Arbeitsvertragsrecht im Falle eines Wechsels des Rechtsträgers eines Betriebs oder eines Betriebsteils auch ohne konkrete Vereinbarung, die zwingende Übernahme der Arbeitsverträge durch den neuen Betriebsinhaber vor⁷³. Demgegenüber kann der Arbeitnehmer den Übergang ablehnen. Neben dem Übergang des Arbeitsverhältnisses auf den neuen Rechtsträger sieht das Gesetz auch die Weitergeltung der bisherigen Gesamtarbeitsverträge während eines Jahres⁷⁴, eine solidarische Haftung des bisherigen und des neuen Inhabers für gewisse Forderungen⁷⁵ und den Anspruch auf Konsultationen der Arbeitnehmer bzw. deren Vertretung vor⁷⁶. Diese Bestimmung bereitet im Rahmen von Sanierungen immer wieder Schwierigkeiten.

4.2. Die Antwort auf die Frage, ob Art. 333 OR auch bei Übernahme eines Betriebs **nach der Konkurseröffnung** (oder einer Nachlassstundung) über den ursprünglichen Inhaber anwendbar ist, lässt sich dem Gesetzestext nicht unmittelbar entnehmen. Der Konkursfall wird weder in der ursprünglichen, bis zum 30. April 1994 geltenden, noch in der revidierten Fassung der Bestimmung erwähnt, was je nach Betrachtungsweise sowohl dessen Einschluss wie auch Ausschluss bedeuten kann. Ebensowenig liefern die Materialien klare Anhaltspunkte, was dazu beiträgt, dass die Lehrmeinungen zur Frage geteilt sind⁷⁷.

4.3. Ein Teil der Lehre befürwortet eine uneingeschränkte Geltung von Art. 333 OR bei einem Betriebserwerb aus Konkurs oder im Nachlassverfahren⁷⁸. Andere Autoren vertreten die Ansicht, Art. 333 OR sei im Konkurs- und Nachlassverfahren nicht anwendbar⁷⁹. **COMPANOVO** lehnt eine Anwendung von Art. 333 gar in jedem Sanierungsfall ab⁸⁰. Differenzierende Stellungnahmen, je nach Art des Insolvenzverfahrens und Zeitpunkt der Betriebsübernahme finden sich bei weiteren Autoren⁸¹. Nach **WYLER**⁸² findet Art. 333 OR keine Anwendung, wenn der Betriebsübergang nach Eröffnung eines Konkurses oder in Folge einer Genehmigung eines Nachlassvertrages mit Vermögensabtretung erfolgt. Die Bestimmung greift nach diesem Autor aber, wenn der Übergang im Rahmen eines gewöhnlichen Nachlasses oder zwischen Stundung und Genehmigung des Nachlassvertrages mit Vermögensabtretung erfolgt ist. Nach einer anderen differenzierenden Lehrmeinung gehen zwar die Arbeitsverhältnisse bei einer Betriebsübernahme aus einer Konkursmasse nach Art. 333 OR auf den Erwerber über, allerdings unter Ausschluss von dessen Solidarhaft für vor der Konkurseröffnung verfallene Lohnforderungen⁸³.

⁷³ Art. 333 Abs. 1 OR.

⁷⁴ Art. 333 Abs. 1^{bis} OR.

⁷⁵ Art. 333 Abs. 3 OR.

⁷⁶ Art. 333a OR.

⁷⁷ BGE 129 III 338.

⁷⁸ **STAEHELIN**, N. 3 zu Art. 333 OR; **LORANDI**, S. 95 ff.; **MEIER**, Plädoyer 2003/1 S. 31 ff.

⁷⁹ **VOLLMAR**, N. 18 zu Art. 298 SchKG; **SPÜHLER/INFANGER**, S. 225 ff..

⁸⁰ **COMPANOVO**, Treuhänder 1998, S. 1417 ff.

⁸¹ **WYLER**, S. 312 f.; **AUBERT**, FS Dallèves, Basel 2000, S. 11.

⁸² **WYLER**, S. 312 f.

⁸³ **GEISER**, FS Staehelin, S. 103; **HOFSTETTER**, AJP 1998 S. 926 ff.; **DERSELBE**, AJP 2003 S. 153.

4.4. Das Bundesgericht hatte bis anhin mehrfach Gelegenheit, auf diese Fragen einzugehen⁸⁴. Ein erstes Mal streifte es die Frage im Rahmen von BGE 127 V 183 ff. Es hielt fest, dass die Insolvenzversicherung unabhängig davon, ob gegebenenfalls der Übernehmer mit dem Gemeinschuldner solidarisch für die aufgelaufenen Lohnforderungen hafte, zahlen müsse. In BGE 129 III 335 ff. ist das Bundesgericht von der Hypothese der Anwendbarkeit von Art. 333 OR auch bei einer Übernahme aus einem Konkurs ausgegangen, hat aber die Frage der Anwendbarkeit ausdrücklich offen gelassen⁸⁵. Es hielt fest, dass auch für den Fall der Anwendbarkeit von Art. 333 OR im Konkurs keine solidarische Haftung nach Art. 333 Abs. 3 OR für die vor Konkurseröffnung entstandenen Forderungen eintrete. Insoweit regle das SchKG das Schicksal der Konkursforderungen abschliessend⁸⁶. In den bis anhin ergangenen Entscheiden im Zusammenhang mit der Weiterführung von Arbeitsverhältnissen aus dem Zusammenbruch der Swissair musste das Bundesgericht die hier interessierende Frage nicht entscheiden, weil die Arbeitsverhältnisse regelmässig bereits einige Jahre vor dem finanziellen Zusammenbruch der SAirGroup auf die liquide Gesellschaft übergegangen sind⁸⁷.

4.5. Zudem hatte das Bundesgericht eine ähnliche Frage im Zusammenhang mit den Massenentlassungen⁸⁸ zu entscheiden. Auch dort galt es das Verhältnis zwischen den Arbeitnehmerschutzbestimmungen des Obligationenrechts, namentlich dem Anspruch auf Konsultationen, und den Normen des SchKG zu klären⁸⁹. Im Zusammenhang mit den Massenentlassungen ist die zusätzliche Bestimmung des Arbeitsvertragsrechts zu beachten, nach welcher die entsprechenden Bestimmungen des Arbeitnehmerschutzes nicht zur Anwendung gelangen, wenn eine Betriebsschliessung infolge gerichtlicher Entscheidung vorliegt. In BGE 123 III 176 hat sich das Bundesgericht zu der teilweise in der Lehre vertretenen Meinung, dass die Bestimmungen über die Massenentlassungen im Konkursverfahren nicht zur Anwendung gelangen⁹⁰, eher kritisch geäussert, ohne aber abschliessend Stellung zu nehmen. Es hat aber entschieden, dass die Arbeitnehmerschutzbestimmungen jedenfalls uneingeschränkt zur Anwendung gelangen, wenn der Entscheid zur Kündigung vor der Genehmigung des Nachlassstundung gefallen ist⁹¹. Anschliessend hielt das Gericht fest, dass das Gleiche auch gelten muss, wenn erst die provisorische Nachlassstundung gewährt worden ist⁹².

4.6. Aus der bisherigen Rechtsprechung und Lehre muss geschlossen werden, dass für die Anwendbarkeit von Art. 333 f. OR in **doppelter Weise zu differenzieren** ist. Die Bestimmung enthält eine Vielzahl von Rechtsfolgen des Betriebsübergangs. In Sanierungsverfahren muss nicht zwingend für alle das Gleiche gelten. Zudem ist auch nach der Art des Sanierungsverfahrens und dem Verfahrensstand, in dem der Übergang erfolgt, zu unterscheiden.

4.7. Soweit es um die Frage der **Übernahme der Arbeitsverhältnisse**⁹³ geht, ist nicht zu sehen inwiefern der Umstand eines Sanierungsverfahrens die Anwendbarkeit ausschliessen

⁸⁴ vgl. insb. BGE 127 V 183; 129 III 338.

⁸⁵ BGE 129 III 340.

⁸⁶ BGE 129 III 341 ff.; kritisch zur dogmatischen Konstruktion: STREIFF/VON KAENEL, N. 7 zu Art. 333, S. 550 f.

⁸⁷ BGE 132 III 32 ff.; 131 III 607 ff.

⁸⁸ Art. 335d ff. OR.

⁸⁹ BGE 123 III 176; 130 III 103 ff.

⁹⁰ BRÜHWILER, N. 2 zu Art. 335f und 335e OR; STAEHELIN, N. 3 zu Art. 335e OR; GEISER, AJP 1995, S. 1416 f. Rz. 2.17; MÜLLER, ArbR 1995, S. 111; AUBERT, AJP 1994, S. 702.

⁹¹ BGE 123 III 178 f.

⁹² BGE 130 III 108.

⁹³ Art. 333 Abs. 1 und Abs. 2 OR.

sollte. Die Übernahme der im Zeitpunkt des Betriebsübergangs bestehenden Arbeitsverhältnisse ist Rechtsfolge und nicht Tatbestandsmerkmal⁹⁴. Eine rechtliche Beziehung zwischen dem Übernehmer und dem Veräusserer des Betriebes ist nicht erforderlich⁹⁵. Entsprechend kann die Anwendung von Art. 333 OR auch nicht davon abhängen, ob der Erwerb des Betriebes rechtsgeschäftlich oder auf andere Weise erfolgt ist⁹⁶. Das SchKG regelt wohl die Rechtsübertragung selbständig. Die Rechtsnatur der Verwertungshandlung ist ein öffentlich-rechtlicher Akt, der durch das Betreibungsrecht geregelt wird⁹⁷. Nicht das Verwertungsrecht sondern das materielle Recht bestimmt aber, welche Rechte und Pflichten übergehen und damit deren Inhalt. Weil es sich beim Übergang der Arbeitsverhältnisse nach Art. 333 OR um eine Rechtsfolge des Betriebsübergangs handelt, richtet sich die Anwendbarkeit nach dem materiellen Recht und nicht nach dem Prozessrecht. Die Arbeitsverhältnisse gehen somit auch bei einem Erwerb eines Betriebes aus einer Konkursmasse auf den Erwerber über. Das muss folglich auch bei einem Erwerb aus einem Nachlassverfahren gelten.

4.8. Wie das Bundesgericht bereits in seiner bisherigen Rechtsprechung festgehalten hat, greift die **Solidarhaftung**⁹⁸ nicht, wenn die Betriebsübernahme erst nach der *Konkurseröffnung* erfolgt⁹⁹. Das SchKG bestimmt grundsätzlich abschliessend, was mit den Konkursforderungen geschieht. Zu diesen gehören aber die bis zur Konkurseröffnung aufgelaufenen Schulden. Wohl hat der Kollokationsplan grundsätzlich keine materiellrechtlichen Wirkungen¹⁰⁰, sondern hält nur fest, welche Gläubiger aus der Konkursmasse Befriedigung verlangen können. Das Konkursverfahren hat aber doch gewisse materiellrechtliche Wirkungen, wie z. B. bezüglich der Fälligkeit der Forderungen, bewirkt die Befriedigung der Gläubiger, soweit genügend Substrat vorhanden ist, und bestimmt, was mit dem nicht getilgten Teil der Ansprüche geschieht¹⁰¹. Diese Wirkungen treffen nicht nur die kollozierten sondern auch die im Konkurs nicht eingegebenen¹⁰² oder abgewiesenen Forderungen¹⁰³.

4.9. Der **Nachlassstundung** als solcher kommt demgegenüber keine entsprechende Wirkung zu. Wohl bewirkt auch sie, dass mit der Bewilligung der Stundung der Zinsenlauf für die meisten Forderungen aufhört¹⁰⁴ und dass die Verjährungs- und Verwirkungsfristen stillstehen¹⁰⁵. Die Nachlassstundung hat aber keinen Einfluss auf die Fälligkeit der Forderungen¹⁰⁶ und die Verzinsung lebt rückwirkend wieder auf, wenn die Stundung endet, ohne dass ein Nachlassvertrag abgeschlossen oder ein Konkurs eröffnet wird¹⁰⁷. Mit der Nachlassstundung wird auch in keiner Weise bestimmt, was mit den Forderungen geschieht, welche im Zeitpunkt bestanden haben, zu dem die Stundung bewilligt worden war. Die Stundung ist - im Gegensatz zum Konkurs und zum Nachlassvertrag - immer nur befristet. Sie kann insofern auch nie definitive Wirkungen haben.

⁹⁴ BGE 127 V 187, E. 4d.

⁹⁵ Nicht veröffentlichtes Urteil des Bundesgerichts vom 4. September 1998, 4C.221/1998 und BGE 127 V 188.

⁹⁶ A.M. offenbar **VOLLMAR**, N. 18 zu Art. 298 SchKG.

⁹⁷ **FAVRE**, S. 308, **AMONN/WALTHER**, S. 213 und 374; **BÜRGI**, N. 12 zu Art. 256 SchKG.

⁹⁸ Art. 333 Abs. 3 OR.

⁹⁹ BGE 129 III 341 ff.

¹⁰⁰ vgl. aber immerhin BGE 111 II 81 ff; 132 II 342 ff.

¹⁰¹ Art. 265 SchKG.

¹⁰² Art. 267 SchKG.

¹⁰³ **JEANDIN**, Basel 2005, N. 2 zu Art. 267 SchKG; **STAEHELIN**, N. 3 zu Art. 267 SchKG.

¹⁰⁴ Art. 297 Abs. 2 SchKG.

¹⁰⁵ Art. 297 Abs. 1 SchKG.

¹⁰⁶ **AMONN/WALTHER**, S. 450.

¹⁰⁷ **VOLLMAR**, N. 13 zu Art. 297 SchKG.

4.10. Schliesslich stellt sich die Frage, was gilt, wenn ein **gerichtlicher Nachlassvertrag zu Stande kommt** und im Rahmen der Erfüllung dieses Nachlassvertrages der Betrieb übernommen wird. Es ist zwischen einem Dividendenvergleich¹⁰⁸ und einem Liquidationsvergleich¹⁰⁹ zu unterscheiden¹¹⁰. Handelt es sich um einen ordentlichen Nachlassvertrag, d.h. einen **Dividendenvergleich**, ist nicht zu sehen, inwiefern für eine nachfolgende Betriebsübernahme die Anwendbarkeit der Regeln von Art. 333 f. OR eingeschränkt sein soll. Im Vergleich verpflichtet sich der Gemeinschuldner gegenüber seinen Gläubigern deren Forderungen in einer bestimmten Weise zu erfüllen und die Gläubiger verzichten dafür auf einen Teil ihrer Ansprüche. Der Schuldner wird anschliessend regelmässig aus dem bereits vorhandenen Vermögen und gegebenenfalls aus neu dazu erworbenem die Verpflichtungen aus dem Nachlassvertrag erfüllen. Veräussert er dafür einen Betrieb oder einen Betriebsteil, gelten für dieses Rechtsgeschäft die allgemeinen Regeln. Art. 333 f. OR kommt uneingeschränkt zur Anwendung. Entsprechend gilt in diesem Fall auch die Solidarhaftung nach Art. 333 Abs. 3 OR¹¹¹. Bei einem **Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung** wird entweder den Gläubigern das Verfügungsrecht über das schuldnerische Vermögen eingeräumt oder dieses Vermögen wird ganz oder teilweise einem Dritten abgetreten¹¹². Im ersten Fall bleibt der Schuldner Eigentümer der entsprechenden Werte bis zu deren Verwertung¹¹³. Es findet gar kein Übergang von Vermögenswerten statt. Die gesamten sich aus dem Arbeitsverhältnis ergebenden Forderungen sind aus der vom Nachlassvertrag betroffenen Aktivmasse zu bezahlen. Wird im Rahmen der anschliessenden Verwertung der Aktiven ein Betrieb oder ein Betriebsteil veräussert, so finden auf diese Betriebsübernahme die Art. 333 f. OR uneingeschränkt Anwendung. Zu beachten ist, dass der Nachlassvertrag gerade die Möglichkeit bietet, weiter zu wirtschaften und damit auch neues Vermögen zu erwerben und weitere Umgestaltungen vorzunehmen. Eine Abgrenzung zwischen den reinen Liquidationshandlungen, wie sie auch in einem Konkurs vorgenommen werden und den weiteren Sanierungsmassnahmen, welche ohne weiteres auch ausserhalb eines Zwangsvollstreckungsverfahrens üblich sind, ist kaum möglich. Die Arbeitnehmer sind überdies, soweit ihre Forderungen privilegiert sind, bereits vorher sicher zu stellen, da sonst der Nachlassvertrag gar nicht genehmigt werden kann¹¹⁴. Bezüglich dem nicht privilegierten Teil der Arbeitnehmerforderungen ist Art. 341 OR zu beachten, der einen Verzicht auf Ansprüche aus zwingenden Bestimmungen während des Arbeitsverhältnisses und während eines Monats danach ausschliesst.

4.11. Auch wenn das Vermögen und damit ein Betrieb im Rahmen des Nachlassvertrages auf einen Dritten übertragen wird, müssen die privilegierten Forderungen sichergestellt sein¹¹⁵. Entsprechend wird sie der Erwerber nicht zusätzlich zum Kaufpreis, den er für den Betrieb bezahlt, zu erfüllen haben. Andernfalls kann er selber auf die Sicherheiten zurückgreifen. Auch diesfalls besteht aber kein Grund, warum der Betriebsübergang nicht alle in Art. 333 f. OR vorgeschriebenen Rechtsfolgen haben soll¹¹⁶. Die Privilegierten Gläubiger sind ausdrücklich von der Berechnung der für das Zustandekommen des Nachlassvertrages massgeblichen Quoten ausgenommen. Ihre Mitwirkungsrechte sind somit eingeschränkt. Für den Erwerber kann sich daraus auch kein unerwartete Last ergeben. Der Umstand, dass er möglicherweise für gewisse ausstehende und nicht privilegierte Forderungen haftet, wird sich re-

¹⁰⁸ Art. 314 ff. SchKG.

¹⁰⁹ Art. 317 ff. SchKG.

¹¹⁰ Zu den Begriffen vgl. AMONN/WALTHER, S. 442.

¹¹¹ So auch WYLER, S. 313.

¹¹² Art. 317 SchKG.

¹¹³ BGE 80 III 50.

¹¹⁴ Art. 306 Abs. 2 Ziff. 3 SchKG.

¹¹⁵ Art. 306 Abs. 2 Ziff. 3 SchKG.

¹¹⁶ So auch WINKELMANN/LÉVY/JEANNERET/MERKT/BIRCHLER, N 9 zu Art. 317 SchKG.

gelmässig auf den Kaufpreis auswirken. Die Privilegierung der Arbeitnehmer bei einer Weiterführung eines Betriebes ist aber mit Art. 333 f. OR bewusst gewollt. Die Fälle des Nachlassvertrages lassen sich nicht mit einem Konkurs vergleichen. Wohl handelt es sich beim Nachlassverfahren wie beim Konkurs um ein Zwangsvollstreckungsverfahren. Es greift aber sehr viel weniger in die materiellen Verhältnisse ein, als das Konkursverfahren und lässt überdies den Beteiligten sehr viel mehr Spielraum als das starre Konkursverfahren. Der Arbeitnehmerschutz hat hier deshalb die wesentlich grössere Bedeutung als bei einem Konkurs. Die für den Konkurs angenommene Nichtanwendbarkeit der Solidarhaftung nach Art. 333 Abs. 3 OR rechtfertigt sich somit für das Nachlassverfahren nicht¹¹⁷. Abgesehen davon, dass eine Einschränkung des gesetzlich vorgesehenen Übergangs der Schuldpflicht, welche sich schon als die logische Folge des Übergangs des Arbeitsverhältnisses ergibt¹¹⁸, nicht leichthin durch die Rechtsprechung angenommen werden darf, sind auch die in der Lehre der Anwendung der Solidarhaftung entgegengehaltenen teleologischen Überlegungen nicht überzeugend.

Wird mit dem Schutz der Arbeitnehmer argumentiert, ist immer zu fragen an welchen Arbeitnehmer gedacht wird. Die Solidarhaftung dient sehr wohl dem Schutz des einzelnen Arbeitnehmers, der eine ausstehende Forderung hat: Er kommt durch die solidarische Haftung des solventen Übernehmers zu seinem Geld. Denkt man in einer generelleren Weise an jene Arbeitnehmer deren Arbeitsplatz verloren geht, wenn die Übernahme wegen der Furcht vor der solidarischen Haftung nicht erfolgt, mag die solidarische Haftung in der Tat ein Nachteil sein. Zu bedenken ist aber, dass es eine sehr hypothetische Überlegung ist, anzunehmen, bei einer Übernahme hätte der Arbeitnehmer seinen Arbeitsplatz auf Dauer zu guten Bedingungen erhalten können, im Falle der Betriebsschliessung aber keinen neuen adäquaten Platz mehr gefunden. Zudem gilt zu beachten, dass möglicherweise mit der Weiterführung des maroden Unternehmens auf Grund der Übernahme unter erheblichen Verzicht der Arbeitnehmer auf bisherige Forderungen, gesunde Unternehmen konkurrenziert und damit weitere Arbeitsplätze gefährdet werden. Mit der Ablehnung der solidarischen Haftung könnten möglicherweise Betriebe durch eine Übernahme weitergeführt werden, welche einer marktwirtschaftlich sinnvollen Strukturbereinigung entgegenstehen. Eine ökonomische Betrachtungsweise ist somit mit sehr viel kaum verifizierbaren Hypothesen verbunden und führt überdies nicht zu eindeutigen Ergebnissen.

4.12. Es rechtfertigt sich somit, dass nur die Konkurseröffnung, nicht aber der Nachlassvertrag die solidarische Haftung bei einer nachfolgenden Betriebsübernahme ausschliesst.

4.2. Zeitpunkt des Betriebsübergangs

4.13. Erstaunlicher Weise bis jetzt nicht geklärt ist die Frage, auf welchen Zeitpunkt der Betriebsübergang anzusetzen ist. Der Zeitpunkt ist für den Fristenlauf bezüglich der Solidarhaftung und der weiteren Gültigkeit des GAV von zentraler Bedeutung.

4.14. Relativ unproblematisch sind jene Fälle, in denen der Übergang des Betriebes zwischen dem bisherigen Inhaber und dem Übernehmer vereinbart ist und in diesem Vertrag ein Zeitpunkt für den Übergang von Nutzen und Gefahr beziehungsweise der Übernahme der Sachherrschaft über den Betrieb festgesetzt worden ist. Der Zeitpunkt wird aber dann schwierig zu bestimmen, wenn die Parteien den Übergang der Arbeitsverhältnisse gerade nicht wollen und deshalb den Betriebsübergang verschleiern. In der Regel werden dann die einzelnen

¹¹⁷ HOFSTETTER, AJP 2003, S. 157; GEISER, FS Staehelin, S. 135 f.; a.M. STREIFF/VON KAENEL, N. 7 zu Art. 333 OR; WYLER, S. 313.

¹¹⁸ Worauf STREIFF/VON KAENEL, N. 8 zu Art. 333 OR, erster Abschnitt, hinweisen.

Aktiven des Betriebes schleichend übernommen und auch der Auftritt nach aussen erfolgt nicht einfach von einem bestimmten Zeitpunkt an. Auf den Moment, in dem der Übernehmer den Arbeitnehmern begonnen hat, Weisungen zu erteilen, kann nicht abgestellt werden, weil er das häufig gerade nicht getan hat, weil er diese ja nicht übernehmen wollte.

5. Schlussbemerkung

5.1. Das Bundesgericht *kann* nur punktuell Rechtsfragen entscheiden. Zudem gelangen in der Schweiz nur wenige Fälle überhaupt bis zum höchsten Gericht, weil es sich um ein kleines Land handelt. Es fragt sich immer wieder, in welchem Umfang sich das Gericht nur gerade auf jene Fragen beschränken soll, die in einem bestimmten Fall *zwingend* zu entscheiden sind, oder ob es auch über diesen engen Bereich hinaus sich zu den Fragen äussern soll, welche sich im entsprechenden Fall *auch* stellen. Dabei ist selbstverständlich, dass es nicht darum gehen kann, Fragen zu entscheiden, welche sich in einem Fall *auch noch stellen könnten*. Die Praxis des Bundesgerichts ist diesbezüglich ohne Zweifel nicht einheitlich. Eine gewisse Tendenz, die Aufgabe sehr eng zu sehen, namentlich wenn es sich um sehr umstrittene, damit aber auch für die Praxis wichtige Fragen handelt, kann aber bedauerlicher Weise festgestellt werden. Der Praxis wäre etwas mehr Mut hier dienlich.

*

St. Gallen, 1. Oktober 2007