Urteilskopf

137 III 487

73. Auszug aus dem Urteil der II. zivilrechtlichen Abteilung i.S. X. gegen Swissair Schweizerische Luftverkehr-Aktiengesellschaft in Nachlassliquidation (Beschwerde in Zivilsachen) 5A_113/2011 vom 15. August 2011

Regeste (de):
Art. 293 ff. SchKG, Art. 333 OR; Betriebsübernahme während der Nachlassstundung.

Überträgt ein Arbeitgeber während der Nachlassstundung den Betrieb, so geht das Arbeitsverhältnis auf den Erwerber über (Art. 333 Abs. 1 OR) und haftet der bisherige Arbeitgeber nach Art. 333 Abs. 3 OR für die Forderungen des Arbeitnehmers (E. 2-5).

Prüfung, wann das Arbeitsverhältnis ordentlicherweise beendigt werden könnte und damit des Zeitraumes, für welchen der bisherige Arbeitgeber nach der Betriebsübernahme haftet (E. 6).

Prüfung, ob der bisherige Arbeitgeber trotz Übergang des Arbeitsverhältnisses und Neuanstellung durch den Betriebserwerber eine Abfindungszahlung schuldet (E. 7).

Regeste (fr):
Art. 293 ss LP, art. 333 CO; transfert d'entreprise durant le sursis concordataire.

Si un employeur transfère l'entreprise durant le sursis concordataire, le rapport de travail passe à l'acquéreur (art. 333 al. 1 CO) et l'ancien employeur répond selon l'art. 333 al. 3 CO des créances du travailleur (consid. 2-5).

Examen du délai dans lequel le rapport de travail pourrait être résilié de façon ordinaire et, ainsi, de la période durant laquelle l'ancien employeur répond après le transfert d'entreprise (consid. 6).

Examen de l'obligation de l'ancien employeur de verser une indemnité, malgré le transfert du rapport de travail et le nouvel engagement par l'acquéreur de l'entreprise (consid. 7).

Regesto (it):
Art. 293 segg. LEF, art. 333 CO; trasferimento d'azienda durante la moratoria concordataria.

Se un datore di lavoro trasferisce l'azienda durante la moratoria concordataria, il rapporto di lavoro passa all'acquirente (art. 333 cpv. 1 CO) ed il precedente datore di lavoro risponde dei crediti del lavoratore giusta l'art. 333 cpv. 3 CO (consid. 2-5).

Esame del termine entro il quale il rapporto di lavoro potrebbe essere sciolto normalmente e, con ciò, del periodo per il quale il precedente datore di lavoro risponde dei crediti del lavoratore dopo il trasferimento d'azienda (consid. 6).

Esame dell'obbligo del precedente datore di lavoro di versare un'indennità malgrado il trasferimento del rapporto di lavoro e la nuova assunzione da parte dall'acquirente dell'azienda (consid. 7).

Sachverhalt ab Seite 488

A.

A.a Am 5. Oktober 2001 bewilligte der Nachlassrichter der Swissair Schweizerischen Luftverkehr-Aktiengesellschaft (nachfolgend: Swissair) die Nachlassstundung. Am 10. Januar 2002 bzw. 30./31. März 2002 (während der Nachlassstundung) wurde das kontinentale bzw. interkontinentale Flugstreckennetz der Swissair auf die Crossair Aktiengesellschaft für europäischen Regionalluftverkehr (nachfolgend: Crossair) übertragen. Die Crossair wurde am 13. Mai 2002 (Statutendatum) bzw. 4. Juli 2002 (Publikation im SHAB) in Swiss International Air Lines AG (nachfolgend: Swiss) umfirmiert.

A.b X. trat am 1. Januar 1993 als Pilot in das Arbeitsverhältnis mit der Swissair ein, für welches im Jahr 2002 der Gesamtarbeitsvertrag Swissair-Aeropers vom 1. Juli 1999, Stand 2001 (nachfolgend: GAV) anwendbar war. Mit Schreiben vom 15. März 2002 kündigte die Swissair das Arbeitsverhältnis mit X. "aufgrund der Einstellung des Flugbetriebes per 31. März" auf den 30. Juni 2002 und stellte ihn per 31. März 2002 frei. Gestützt auf eine Vertragsofferte vom 13. März 2002 ging X. per 31. März 2002 ein Vertragsverhältnis mit der Swiss ein.

A.c Am 22. Mai 2003 wurde der vom Sachwalter der Swissair in Nachlassstundung unterbreitete Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung bestätigt. Der Liquidator verfügte am 13. Februar 2007 über die Kollokation der von X. angemeldeten Forderungen. Er anerkannte (mit Verfügung Nr. SR00750) in der ersten Klasse für die Kündigungsfrist von sechs Monaten (April bis September 2002) folgende Forderungen für Lohn im Betrag von Fr. 3'818.95 brutto, und
Pensionskassenbeiträge im Betrag von Fr. 5'276.95.
Weiter anerkannte der Liquidator (mit Verfügung Nr. SR05216) die im Namen der Vorsorgeeinrichtung der Swissair ("VEF") zu Gunsten von X. geltend gemachte Forderung für Sozialversicherungsbeiträge im Betrag von Fr. 16'160.35, sowie eine Eventualforderung von 40,5 % des kollozierten Bruttolohnes
(Fr. 3'818.95).

Zur Begründung hielt der Liquidator fest, das Arbeitsverhältnis sei Ende März 2002 nach Art. 333 OR auf die Swiss übergegangen. Die Swissair hafte für seit Betriebsübergang fällig gewordene Ansprüche bis Ende September 2002 bzw. für den Zeitraum, welcher sich unter Berücksichtigung der sechsmonatigen Kündigungsfrist gemäss GAV ergebe. Über diesen Zeitraum hinausgehende Forderungen wies der Liquidator ab, ebenso die Forderung für eine Abfindung, da das Arbeitsverhältnis wegen des Betriebsüberganges nicht aufgelöst worden sei.

A.d X. gelangte am 6. März 2007 an das Bezirksgericht Bülach und erhob Kollokationsklage gegen die Swissair in Nachlassliquidation. Er stellte sich auf den Standpunkt, dass die Kündigung der Swissair vom 15. März 2002 ungültig gewesen und sein Arbeitsverhältnis weder gemäss Art. 333 OR auf die Swiss übergegangen noch mit sechsmonatiger Frist kündbar sei. Aus diesem Grund verlangte er von der Nachlassmasse die (bezifferte) Differenz der Lohn- und Pensionskassenbeiträge zwischen den beiden Arbeitgebern bis zum 30. Juni 2006 bzw. Ende der Wirkungen des GAV. Im Eventualbegehren (d.h. für den Fall, dass die Lohn- und Pensionskassenbei-

träge nur bis Ende September 2002 geschuldet sind) verlangte er eine Abfindung in der Höhe eines Jahressalärs gemäss dem letzten bezogenen Lohn.

B.

B.a Mit Urteil vom 4. Januar 2010 wies das Bezirksgericht Bülach (Einzelrichter im beschleunigten Verfahren) die Kollokationsklage von X. im Umfang von Fr. 293'844.95 ab, d.h. soweit darauf eingetreten und die Klage nicht zufolge Rückzug als gegenstandslos abgeschrieben wurde.

B.b Gegen das Urteil des Bezirksgerichts erhob X. Berufung und verlangte die Gutheissung der Klage im (ursprünglichen) Umfang von Fr. 370'608.05; weiter hielt er an seinem Eventualbegehren fest. Das Obergericht des Kantons Zürich, II. Zivilkammer, wies die Berufung am 16. Dezember 2010 ab, soweit darauf eingetreten wurde.

C. Mit Eingabe vom 7. Februar 2011 hat X. Beschwerde in Zivilsachen erhoben. Der Beschwerdeführer beantragt die Aufhebung des obergerichtlichen Urteils. In der Sache hält er im Wesentlichen an seinen im kantonalen Verfahren gestellten Anträgen fest. Er verlangt die Kollokation einer Forderung erster Klasse von Fr. 73'229.55 auf Lohnzahlung (für die Differenz zwischen seinem früheren Salär bei der Swissair und demjenigen bei der Swiss für den Zeitraum

von April 2002 bis März 2006) sowie für den gleichen Zeitraum die Differenz der Pensionskassenbeiträge im Umfang von Fr. 220'615.15). Im Eventualbegehren verlangt er die Kollokation einer Forderung erster Klasse von Fr. 139'562.- brutto für eine Abfindung (in der Höhe eines Jahressalärs) sowie entsprechender Pensionskassenbeiträge von Fr. 24'515.25). (...) Das Bundesgericht weist die Beschwerde ab.
(Auszug)

Erwägungen

Aus den Erwägungen:

2. Das Obergericht hat zunächst erwogen, dass Art. 333 OR (mit Ausnahme der Erwerberhaftung) bei einer Betriebsübertragung aus dem Nachlassverfahren heraus anwendbar sei. Nach Würdigung der konkreten Umstände sei mit der Übertragung des Lang- und Mittelstreckenflugbetriebes der Swissair auf die Swiss per 31. März 2002 der Betrieb im Sinne des Gesetzes übergegangen. Am betreffenden Datum sei daher auch das Arbeitsverhältnis des Beschwerdeführers auf die Swiss übergegangen. Mit Bezug auf die mit der Kollokationsklage verlangten Forderungen hat das Obergericht das Folgende festgehalten.

2.1 Da ein Betriebsübergang nach Art. 333 OR vorliege, hafte die Beschwerdegegnerin als bisherige Arbeitgeberin (gemäss Abs. 3) für die Forderungen des Beschwerdeführers, die nach dem Übergang bis zum Zeitpunkt fällig werden, auf den das Arbeitsverhältnis ordentlicherweise hätte beendet werden können. Zur Ermittlung des nach dem 31. März 2002 möglichen Kündigungstermins hat sich das Obergericht auf den GAV gestützt. Es ist (wie bereits das Bezirksgericht) betreffend Hauptbegehren zum Ergebnis gelangt, dass der GAV bzw. dessen Kündigungssystem für den Fall der Betriebsschliessung der Swissair eine Lücke aufweise bzw. eine zweck-

gerichtete Auslegung erfordere. Vernünftig und am hypothetischen Parteiwillen ausgerichtet sei die analoge Anwendung der Kündigungsfrist bei Überbestand, d.h. eine Kündigungsfrist von sechs Monaten (Art. 23 Abs. 2 GAV). Nächstmöglicher Kündigungstermin nach dem 31. März 2002 sei daher Ende September 2002. Bis zu diesem Zeitpunkt hafte die Beschwerdegegnerin. Die Forderungen für die Zeit danach seien zu Recht nicht kolloziert worden.

2.2 Das Obergericht hat den Anspruch auf eine Abfindung, welche bei Kündigung wegen Überbestand im GAV vorgesehen ist (Art. 23

BGE 137 III 487 S. 491

Abs. 3 GAV), mit der Begründung verneint, dass das Arbeitsverhältnis (in Anwendung von Art. 333 OR) ex lege auf die Swiss übergegangen sei. Der Abschluss eines Arbeitsvertrages des Beschwerdeführers mit der Swiss habe kein neues Arbeitsverhältnis begründet. Die Kündigung der Beschwerdegegnerin vom 15. März 2002 habe keine Abfindung auslösen können, da es an der Voraussetzung des Austritts fehle.

3. Gegenstand des Kollokationsprozesses (Art. 250 Abs. 1 und Art. 321 SchKG) ist die Feststellung, inwieweit die streitigen Gläubigeransprüche bei der Liquidationsmasse zu berücksichtigen sind, wobei zur Prüfung des strittigen Rechtsverhältnisses vorfrageweise materielles Recht anzuwenden ist (BGE 133 III 386 E. 4.3.3 S. 390 f.). Anlass zur vorliegenden Beschwerde gibt die Klage auf Kollokation von Forderungen aus dem Arbeitsverhältnis des Beschwerdeführers. Unbestritten ist, dass seine Forderungen für Lohn- und Pensionskassenbeiträge aus der Anstellung als Flugpilot in der ersten Klasse zu kollozieren sind. Streitpunkt ist in erster Linie der zeitliche Rahmen, für welchen Forderungen nach GAV vor dem Hintergrund der Übertragung des Flugstreckennetzes geschuldet sein sollen. Der Beschwerdeführer wirft dem Obergericht in verschiedener Hinsicht eine Verletzung von Bundesrecht vor.

4. Das kontinentale bzw. interkontinentale Flugstreckennetz der Beschwerdegegnerin wurde am 10. Januar 2002 bzw. 30./31. März 2002, m.a.W. während der Nachlassstundung (Art. 293 ff. SchKG) auf die Swiss übertragen. Der Beschwerdeführer macht geltend, die Vorinstanz habe zu Unrecht Art. 333 OR angewendet, um gestützt darauf den Übergang des Arbeitsverhältnisses auf die Swiss per 31. März 2002 anzunehmen. Daher sei Art. 333 Abs. 3 OR für die Weiterhaftung der Beschwerdegegnerin nicht massgebend und habe er Ansprüche aus der Beendigung des Arbeitsverhältnisses.

4.1 Nach Art. 333 OR geht im Fall, dass der Arbeitgeber den Betrieb oder einen Betriebsteil auf einen Dritten überträgt, das Arbeitsverhältnis mit allen Rechten und Pflichten mit dem Tage der Betriebsnachfolge auf den Erwerber über, sofern der Arbeitnehmer den Übergang nicht ablehnt (Abs. 1). Der bisherige Arbeitgeber und der Erwerber des Betriebes haften solidarisch für die Forderungen des Arbeitnehmers, die vor dem Übergang fällig geworden sind und die nachher bis zum Zeitpunkt fällig werden, auf den das Arbeitsverhältnis ordentlicherweise beendigt werden könnte oder bei Ablehnung

BGE 137 III 487 S. 492

des Überganges durch den Arbeitnehmer beendigt wird (Abs. 3). Wird ein Betrieb - wie hier - aus der Nachlassstundung an einen Dritten übertragen, stellt sich die Frage, ob bzw. inwieweit Art. 333 OR mit Blick auf

den automatischen Übergang des Arbeitsverhältnisses auch in Insolvenzverfahren anwendbar ist.

4.2 Das Bundesgericht hat in BGE 129 III 335 (E. 3 S. 340) die Frage der grundsätzlichen Anwendbarkeit von Art. 333 OR im Konkurs offengelassen. Es hat die Lehrmeinungen dargelegt und festgestellt, dass die Auffassungen zur Frage geteilt sind. Nach dem Urteil kommt für die Hypothese, dass Art. 333 OR anwendbar ist, die Haftung des Erwerbers nach Abs. 3 bei Übernahmen aus der Konkursmasse jedoch nicht zum Tragen (BGE 129 III 335 E. 5-8 S. 340 ff., insb. S. 349). In BGE 134 III 102 (E. 2.2 S. 105) wurde die Frage, ob Art. 333 OR auf den Betriebsübergang im Rahmen eines Nachlassvertrages mit Vermögensabtretung (Art. 317 ff. SchKG) anwendbar ist, offengelassen.

4.3 Das Ergebnis von BGE 129 III 335 ff. - die Ablehnung der Haftung des Erwerbers bei Betriebsübernahmen im Konkurs - ist grundsätzlich auf Zustimmung gestossen (vgl. zuletzt BAISCH, Arbeitnehmerschutz bei M&A Transaktionen und Sanierungen, in: jusletter 20. Juni 2011, S. 23, Rz. 82, mit weiteren Hinweisen). Die seither geäusserten Auffassungen zur Frage der grundsätzlichen Anwendbarkeit von Art. 333 OR in Konkurs- und Nachlassverfahren sind weiterhin uneinheitlich (u.a. eine grundsätzliche bzw. durch das Bundesgerichtsurteil modifizierte Anwendbarkeit bejahend PORTMANN, in: Basler Kommentar, Obligationenrecht, Bd. I, 4. Aufl. 2007, N. 12 zu Art. 333 OR; KRADOLFER, Der Betriebsübergang - Auswirkungen auf das Individualarbeitsverhältnis, 2008, S. 322, 327; STREIFF/VON KAENEL, Arbeitsvertrag, Praxiskommentar [...], 6. Aufl. 2006, N. 7 zu Art. 333 OR, S. 551; JEANDIN, L'insolvabilité en relation avec les contrats de bail et de travail, ZSR 2005 I S. 217; ablehnend TERCIER/FAVRE, Contrats spéciaux, 4. Aufl. 2009, Rz. 3896, betreffend Konkurs; differenzierend SUBILIA/DUC, Droit du travail, 2010, S. 478 Rz. 28: keine Anwendung im Konkurs und bei Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung, jedoch während der Nachlassstundung). Aus der kantonalen Praxis ist das Urteil der Vorinstanz vom 10. September 2003 bekannt, welches unter Bezugnahme auf BGE 129 III 335 ff. zum Schluss gelangt ist, dass Art. 333 OR - mit Ausnahme der Haftung des Erwerbers - im Falle der Betriebsübernahme im Konkurs anwendbar ist (ZR 2004 Nr. 71 S. 276, 278). Im

angefochtenen Entscheid hat die Vorinstanz diese Praxis bestätigt und auf das Nachlassverfahren übertragen.

4.4 Das Bundesgericht hat in BGE 129 III 335 (E. 2.2 S. 338, mit Hinweisen) festgehalten, dass sich die Antwort auf die Frage, ob Art. 333 OR bei Übernahme aus einem Konkurs anwendbar ist, dem Gesetzestext nicht unmittelbar entnehmen lässt und die Materialien keine klaren Anhaltspunkte liefern. Der Beschwerdeführer kritisiert in systematischer Hinsicht, dass "die Bestimmungen des SchKG als öffentlich-rechtliche (Spezial-)Normen den Bestimmungen des OR vorgehen" und aus diesem Grund Art. 333 OR (auf Konkurs- und Nachlassverfahren) nicht anwendbar sei. Dieser Einwand überzeugt nicht. Im SchKG finden sich in Bezug auf übergehende Rechte und Pflichten aus Arbeitsverträgen keine Regelungen, sodass nichts gegen die Anwendung von Art. 333 OR spricht. Das Bundesgericht hat in BGE 127 V 183 (E. 4d S. 187) bereits erklärt, dass die Übernahme des bisherigen Arbeitsverhältnisses nach Art. 333 OR Rechtsfolge und nicht Tatbestandsmerkmal ist. Danach setzt eine Betriebsübertragung im Sinne dieser Bestimmung keine rechtliche Beziehung zwischen altem und neuem Arbeitgeber voraus; es genügt, wenn der Betrieb tatsächlich weitergeführt oder wieder aufgenommen wird. Nach dem erwähnten Urteil ist für die Anwendung von Art. 333 OR unerheblich, ob eine zivilrechtliche Übertragung vorliegt. Gestützt auf diese Überlegung des Bundesgerichts kann die grundsätzliche Anwendbarkeit von Art. 333 OR (Rechtsfolge) nicht davon abhängen, ob der Übergang bzw. Erwerb des Betriebes (Tatbestand) auf rechtsgeschäftliche oder auf andere Weise, d.h. - wie hier - in einem zwangsvollstreckungsrechtlichen Rahmen erfolgt ist (u.a. GEISER, in: AJP 2009 S. 137/138).

4.5 Sinn und Zweck von Art. 333 OR besteht darin, die Interessen der betroffenen Arbeitnehmer beim Betriebsübergang zu wahren (BGE 127 V 183 E. 4b S. 186; BGE 129 III 335 E. 5.1 S. 341). Der bisherige Ar-

beitgeber wird kraft Gesetzes durch den neuen Arbeitgeber ersetzt. Das Hauptanliegen ist somit die Sicherung der Kontinuität des Arbeitsverhältnisses beim Betriebsübergang (vgl. JEANDIN, a.a.O., S. 213/214; WILDHABER, Aktienoptionen und deren Verfallsklauseln bei Betriebsübergang, SZW 2008 S. 18).

4.5.1 Mit der Haftung des Erwerbers bei Betriebsübernahmen im Konkurs wäre der mit Art. 333 OR angestrebte Zweck der Verbesserung des Arbeitnehmerschutzes in den meisten Fällen in sein

Gegenteil verkehrt (BGE 129 III 335 E. 5.5.5 S. 347). Durch Ablehnung dieser Haftung im Konkurs ist das entscheidende Hindernis zur zweckkonformen Anwendung weggefallen (vgl. LORANDI, in: AJP 2003 S. 1100). Der Beschwerdeführer beruft sich vergeblich auf VOLLMAR (in: Basler Kommentar, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, Bd. II, 2. Aufl. 2010, N. 18 zu Art. 298 SchKG), wonach zu befürchten sei, dass die Anwendung von Art. 333 OR in einem Nachlass- oder Konkursverfahren generell Unternehmenssanierungen verhindern könne. Diese Auffassung hat vorab die Problematik des Betriebserwerbers für Altlasten im Blick. Die Frage der Erwerberhaftung steht jedoch dem automatischen Übergang des Arbeitsverhältnisses gemäss Art. 333 Abs. 1 OR für sich allein nicht entgegen. Dies übergeht der Beschwerdeführer weiter mit seinem Hinweis auf das Gutachten des Bundesamtes für Justiz aus dem Jahre 2001 (VPB 2002 Nr. 8), zumal bereits das Obergericht dazu festgehalten hat, jene Argumentation sei überholt, weil sie vor allem die Haftung des Erwerbers betrifft. Das weitere Argument des Beschwerdeführers, der Übergang des Arbeitsverhältnisses führe zu einer Bevorzugung einer bestimmten Gläubigerkategorie, welche erheblich über das Konkursprivileg der Arbeitnehmer (vgl. Art. 219 Abs. 4, Art. 321 SchKG) hinausgehe, ist ebenso wenig ausschlaggebend: Nach BGE 129 III 335 (E. 5.6 S. 348) führt lediglich die Erwerberhaftung zu einer nicht gerechtfertigten Privilegierung der Arbeitnehmer. Entgegen der Darstellung des Beschwerdeführers wurde im Übrigen bereits mit BGE 127 V 183 E. 6 S. 190 ff. entschieden, dass Arbeitnehmer unabhängig davon, ob ein Anwendungsfall von Art. 333 OR vorliegt, unter den Voraussetzungen von Art. 51 des Arbeitslosenversicherungsgesetzes (AVIG; SR 837.0) Insolvenzentschädigung beanspruchen können.

4.5.2 Zu Recht wird in der Literatur darauf hingewiesen, dass sich die konkreten Sanierungssituationen in der Praxis sehr unterschiedlich präsentieren. Dass die Anwendung von Art. 333 OR mit dem Zweck der Bestimmung nicht in Einklang zu bringen sei, weil der automatische Übergang der Arbeitsverhältnisse generell die Gläubiger des bisherigen Arbeitgebers schädige oder Betriebssanierungen verhindere, kann jedoch nicht gesagt werden (u.a. PORTMANN, a.a.O.). Sowohl für die freiwillige Sanierung als in der Zwangsvollstreckung gilt, dass die Kontinuität des Arbeitsverhältnisses nicht nur die Interessen des Arbeitnehmers schützt, sondern dem Erwerber die Übernahme eines funktionierenden Betriebes erleichtert oder ermöglicht

(JEANDIN, a.a.O., S. 213/214). Der automatische Übergang des Arbeitsverhältnisses steht im Einklang mit dem Zweck der Bestimmung, zumal der Handlungsspielraum des Erwerbers nicht übermässig eingeschränkt wird. Das Arbeitsverhältnis kann mit Blick auf die Übernahme gekündigt werden, was - Missbrauch vorbehalten - zulässig ist (BGE 136 III 552 E. 3.3 S. 559); sodann kann der Erwerber das nicht beendete bzw. übergegangene Arbeitsverhältnis kündigen. Mit Blick auf den in Art. 333 OR vorgesehenen Übergang des Arbeitsverhältnisses sind keine triftigen Anhaltspunkte ersichtlich, welche dem Zweck der Bestimmung geradezu zuwiderlaufen und diese Wirkung des Betriebsüberganges aufgrund teleologischer Reduktion (vgl. BGE 129

III 335 E. 5.8 S. 349) in der Nachlassstundung ausgeschlossen werden muss.

4.6 Weiter behauptet der Beschwerdeführer nicht, dass die grundsätzliche Anwendbarkeit von Art. 333 OR auf eine Betriebsübernahme während der Nachlassstundung einer europarechtskonformen Auslegung widersprechen würde. Das Bundesgericht hat in BGE 129 III 335 E. 6 S. 350 festgehalten, dass nachvollzogenes Binnenrecht im Zweifel bzw. im Falle von Angleichungsspielraum europarechtskonform auszulegen sei. Als Auslegungshilfe hat es dabei auf die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes sowie die Richtlinie 2001/23/EG vom 12. März 2001 (ABl. L 82 vom 22. März 2001 S. 16; nachfolgend: Richtlinie) Bezug genommen. Aus diesem Blickwinkel ergibt sich nichts zu Gunsten des Beschwerdeführers.

4.6.1 Nach Art. 5 Abs. 1 der Richtlinie gilt der automatische Übergang der Arbeitsverhältnisse (Art. 3 Abs. 1, Art. 4 Abs. 1 der Richtlinie) nicht bei einem Betriebsübergang in einem behördlich beaufsichtigten Insolvenzverfahren, welches die Liquidation des Vermögens des Schuldners bzw. Veräusserers zum Ziel hat. Die EU-Mitgliedstaaten können indessen vorsehen, dass der Übergang des Arbeitsverhältnisses auch während eines Insolvenzverfahrens gegen den Veräusserer (unabhängig davon, ob dieses Verfahren zur Auflösung seines Vermögens eingeleitet wurde) gilt, sofern dieses Verfahren unter behördlicher Aufsicht steht (vgl. Art. 5 Abs. 1 und 2 der Richtlinie; BLANPAIN, European Labor Law, 2010, S. 710, Rz. 1603). Wohl hat das Bundesgericht festgehalten, dass der Schweizer Gesetzgeber "nichts anderes" im Sinne von Art. 5 Abs. 1 der Richtlinie vorgesehen habe (BGE 129 III 335 E. 6 S. 352 oben). Diese Feststellung erfolgte jedoch bei der Beurteilung, ob eine

Erwerberhaftung bestehe. Daraus kann nicht zwingend gefolgert werden, dass mit Art. 333 OR - nach dem dargelegtem Sinn und Zweck der Norm - ein Übergang des Arbeitsverhältnisses in Insolvenzverfahren ausgeschlossen und "nichts anderes" vorgesehen worden sei. Eine schweizerische Regelung, welche bei einem Betriebsübergang aus einem Konkurs- oder Insolvenzverfahren den Übergang des Arbeitsverhältnisses vorsieht, läuft einer europarechtskonformen Auslegung nicht zuwider.

4.6.2 Im Übrigen bedeutet die Annahme, dass mit Art. 333 OR für das Konkurs- und Nachlassverfahren überhaupt "nichts anderes" im Sinne von Art. 5 Abs. 1 der Richtlinie vorgesehen worden sei, auf das schweizerische Recht übertragen, dass Art. 333 OR für Betriebsübernahmen während der Nachlassstundung anwendbar ist (WYLER, Droit du travail, 2. Aufl. 2008, S. 404 ff.). Grund dafür ist, dass es sich bei der Nachlassstundung wohl um ein Verfahren handelt, welches nicht die Auflösung des Vermögens des Schuldners zum Ziel hat (vgl. zur Verfahrensnatur BGE 135 III 430 E. 1.2 S. 431). Auch bei dieser Sicht der Dinge ist das Arbeitsverhältnis des Beschwerdeführers auf die Swiss übergegangen.

4.7 Am Ergebnis vermögen die weiteren Ausführungen des Beschwerdeführers nichts zu ändern, da er damit im Wesentlichen de lege ferenda argumentiert. Der Entwurf des Bundesrates von 2010 kehrt von der bundesgerichtlichen Rechtsprechung gemäss BGE 129 III 335 ff. ab (Botschaft vom 8. September 2010 zur Änderung des SchKG [Sanierungsrecht], BBl 2010 6455, Ziff. 2.14 S. 6496, S. 6519, vgl. E-Art. 333b OR). Nach dem Entwurf verlangt der Vorschlag des "nicht automatischen Übergangs des Arbeitsverhältnisses", dass er mit der Solidarhaftung des Erwerbers für die übernommenen Arbeitsverträge, mit der Konsultation der Arbeitnehmervertretung sowie mit der allgemeinen Sozialplanpflicht vor dem Insolvenzverfahren verbunden wird (Botschaft, a.a.O, S. 6497, 6501; vgl. Art. 333a, E-Art. 333k OR). Die Rechtskommission des Nationalrates hat am 24. Juni 2011 das Nichteintreten auf den Gesetzesentwurf beschlossen. Die Bestrebungen zur Reform von Art. 333 OR (vgl. dazu bereits BGE 129 III 335 E. 7 S. 352) weisen nicht in die vom Beschwerdeführer vorgebrachte Richtung hin.

4.8 Nach dem Dargelegten ist mit Bundesrecht vereinbar, wenn die Vorinstanz zum Ergebnis gelangt ist, Art. 333 OR sei bei einer Übernahme des Betriebs aus der Nachlassstundung grundsätzlich

BGE 137 III 487 S. 497

anwendbar mit der Wirkung, dass das Arbeitsverhältnis übergeht und der bisherige Arbeitgeber nach Art. 333 Abs. 3 OR haftet. Die Frage, ob die weitere Wirkung - die Haftung des Betriebserwerbers - im Nachlassverfahren ebenfalls (wie im Konkurs gemäss BGE 129 III 335 ff.) entfällt, ist umstritten (u.a. bejahend JEANDIN, a.a.O.; PORTMANN, a.a.O., STREIFF/VON KAENEL, a.a.O., N. 7 zu Art. 333 OR, S. 551; verneinend LORANDI, in: AJP 2003 S. 1103). Die Erörterung dieser Frage ist nicht notwendig. Eine allfällige Erwerberhaftung der Swiss für Forderungen nach Art. 333 Abs. 3 OR ist nicht Gegenstand des Verfahrens.

5. Die konkreten Voraussetzungen zur Anwendung von Art. 333 OR vermag der Beschwerdeführer nicht in Frage zu stellen. Es ist unbestritten, dass mit der Übertragung des Flugbetriebes der Beschwerdegegnerin auf die Swiss per 31. März 2002 der Tatbestand eines Betriebsüberganges im Sinne des Gesetzes erfüllt ist.

5.1 Rechtsfolge nach Art. 333 Abs. 1 OR ist, dass ein im Zeitpunkt des Betriebsübergangs bestehendes Arbeitsverhältnis unverändert auf die Swiss übergegangen ist (BGE 134 III 102 E. 3.1.1 S. 106; BGE 136 III 552 E. 3.1 S. 555). Der Beschwerdeführer weist darauf hin, dass die Beschwerdegegnerin am 15. März 2002 kurz vor dem Betriebsübergang gekündigt habe. Nach seiner Auffassung stellt die Kündigung vom 15. März 2002 ein "venire contra factum proprium bzw. einen Verstoss gegen Treu und Glauben" dar, so dass "gestützt auf den Vertrauensschutz" Art. 333 OR nicht gelte. Dieses Vorbringen ist unbehelflich. Keine der Parteien behauptet, dass die Kündigungsfrist vor dem Betriebsübergang wirksam geendet habe und das Arbeitsverhältnis vor dem 31. März 2002 erloschen sei. Der Beschwerdeführer stellt sich selber auf den Standpunkt, dass die am 15. März 2002 per 30. Juni 2002 ausgesprochene Kündigung unwirksam war und ihm aus dem noch weiterlaufenden Arbeitsverhältnis Ansprüche zustehen sollen. Vorliegend ist das gekündigte Arbeitsverhältnis am 31. März 2002 von Gesetzes wegen auf die Swiss übergegangen und diese in das gekündigte Arbeitsverhältnis eingetreten (vgl. BGE 123 III 466 E. 3b S. 468; BGE 134 III 102 E. 3.1.1 S. 106). Es ist nicht zu beanstanden, wenn das Obergericht angenommen hat, am 31. März 2002 sei das zwischen den Parteien bestehende Arbeitsverhältnis auf die Swiss als Erwerberin übergegangen. Das Obergericht hat im Übrigen festgestellt (Art. 105 Abs. 1 BGG), dass der Beschwerdeführer den Übergang nicht abgelehnt hat.

BGE 137 III 487 S. 498

5.2 Rechtsfolge nach Art. 333 Abs. 3 OR ist weiter, dass die Beschwerdegegnerin für die Forderungen des Beschwerdeführers haftet, die vor dem Übergang fällig geworden sind und die nachher bis zu jenem Zeitpunkt fällig werden, auf den das Arbeitsverhältnis ordentlicherweise beendigt werden könnte. Der Zeitpunkt, auf den das Arbeitsverhältnis "ordentlicherweise beendet werden könnte", ist der nach Vertrag (oder gegebenenfalls nach Gesetz) frühestmögliche Kündigungstermin (BGE 135 III 349 E. 4.1 S. 356). Massgeblicher Zeitpunkt, ab dem die Kündigungsfrist hypothetisch (d.h. zur Bestimmung der Haftung) zu laufen beginnt, ist der Tag des Betriebsübergangs (STREIFF/VON KAENEL, a.a.O., N. 13 zu Art. 333 OR, S. 561), im konkreten Fall der 31. März 2002. Davon ist das Obergericht zu Recht ausgegangen. Umstritten ist die für den Beschwerdeführer massgebende Kündigungsfrist und damit der Zeitraum, für welchen die Beschwerdegegnerin für die Forderungen aus dem Arbeitsverhältnis haftet. Dies ist im Folgenden zu prüfen.

6. Nach den Sachverhaltsfeststellungen im angefochtenen Entscheid hat die Beschwerdegegnerin mit Schreiben vom 15. März 2002 das Arbeitsverhältnis mit dem Beschwerdeführer "aufgrund der Einstellung des Flugbetriebes per 31. März" gekündigt und den Flugbetrieb an diesem Datum (durch Übertragung auf die Swiss) vollständig eingestellt. Der Beschwerdeführer wirft dem Obergericht im Wesentlichen vor, es sei durch unkorrekte Auslegung des GAV zum Schluss gekommen, dass für ein Grounding-Szenario eine Lücke im Kündigungssystem bestehe. Es habe zu Unrecht eine Kündigungsfrist von sechs Monaten nach Art. 21 und 23 GAV angenommen. In Art. 8 GAV sei der "wirtschaftliche Notfall", worunter auch die Betriebseinstellung falle, geregelt und hierfür ein Abbau von lediglich 5 % der Vollzeitstellen gemäss Art. 13 GAV vereinbart. Der GAV sei nie gekündigt worden bzw. erst frühestens auf 31. Dezember 2005 kündbar gewesen und habe sich mangels Kündigung des GAV um ein Jahr verlängert. Die Lohnansprüche (Differenz) würden daher bis Ende Juni 2006 laufen, zumal die Kündigung des Arbeitsvertrages vom 15. März 2002 unwirksam sei.

6.1 Unter dem Titel "Allgemeine Bestimmungen" gilt nach Art. 8 GAV ("Wirtschaftlicher Notfall") das Folgende: "Falls ein wirtschaftlicher Notfall zu Sparmassnahmen zwingt, verpflichtet sich Aeropers mit Swissair Verhandlungen aufzunehmen. Ziel solcher Verhandlungen ist eine Reduktion des Gesamtaufwandes um

maximal fünf Prozent". Nach Art. 13 GAV sichert die Arbeitgeberin im Jahre 2002 der Aeropers die Anzahl von 1150 Vollzeitpositionen "FCM" (Flight Crew Members bzw. Piloten) zu. Im Abschnitt "Anstellung und Beendigung des Arbeitsverhältnisses" sieht Art. 20 Abs. 1 GAV ("Im Allgemeinen/Frist") vor, dass das Arbeitsverhältnis beidseitig auf das Ende eines Kalendermonates aufgelöst werden kann, und zwar nach Ablauf der Ausbildungszeit unter Einhaltung einer dreimonatigen Kündigungsfrist, unter Vorbehalt von Art. 23 Abs. 2 GAV. Weiter regelt der Abschnitt verschiedene ordentliche Kündigungsgründe, darunter die "Kündigung bei Überbestand" nach Art. 21 und 23 GAV. Diese Kündigungen gehen nicht unter die in Art. 13 GAV zugesicherte Anzahl Vollzeitpositionen (Art. 21 Abs. 2 Ziff. 8 GAV); sodann gilt eine Kündigungsfrist von sechs Monaten (Art. 23 Abs. 2 GAV).

6.2 Zu Recht ist unbestritten, dass die Kündigungsregeln des GAV zu dessen normativen Bestimmungen gehören und wie Gesetze auszulegen sind (BGE 133 III 213 E. 4.2 S. 214). Erweisen sich die normativen Bestimmungen eines Gesamtarbeitsvertrages als lückenhaft, sind grundsätzlich die gleichen Prinzipien wie im Gesetzesbereich anzuwenden (Urteil 4C.10/1998 vom 19. März 1998 E. 2a; vgl. BGE 128 I 34 E. 3b S. 42).

6.3 Der Beschwerdeführer macht zu Recht nicht geltend, dass er aus Art. 8 und 13 GAV unmittelbar individuelle Ansprüche ableiten könne, sondern er verlangt die Berücksichtigung dieser Normen bei der Auslegung der Kündigungsgründe, insbesondere mit Blick auf den Kündigungsgrund wegen Überbestand (Art. 23 GAV). Er behauptet, Art. 8 GAV erfasse auch den Fall eines Groundings, ohne jedoch darzulegen, welchen Sinn eine Regel macht, bei einer Betriebseinstellung den "Abbau von 5 %" vorzusehen. Mit Art. 8 GAV wurden Schwankungen im Flugmarkt bedacht, zumal in Art. 13 GAV Vollzeitpositionen von 1999 bis 2002 zugesichert wurden. Nichts anderes ergibt sich aus dem Kündigungsgrund "Überbestand" gemäss Art. 23 GAV. Werden alle Piloten von der Kündigung infolge Betriebseinstellung betroffen, ist - wie das Obergericht zutreffend festgehalten hat - weder die Feststellung eines Überbestandes am Platz, noch kann die Anzahl der Kündigungen beschränkt werden. Die Auffassung des Beschwerdeführers, die Nicht-Regelung der Betriebseinstellung bedeute (im Sinne eines qualifizierten Schweigens), dass der Arbeitgeber das wirtschaftliche Risiko trage,

läuft sodann darauf hinaus, dass der GAV für diesen Fall die Kündigung ausschliessen soll. Dies überzeugt nicht. Wenn schon leichte Bedarfsschwankungen nach dem Willen der GAV-Parteien die Kündigung von Piloten erlauben, erscheint die Annahme, bei Betriebseinstellung hätten die Parteien des Arbeitsvertrages die Möglichkeit der Kündigung vorgesehen, zulässig.

6.4 Damit liegt der Schluss nahe, nach GAV eine Kündigung infolge Betriebsschliessung als Kündigung bei Überbestand anzusehen. Wenn die Beschwerdegegnerin keine Piloten mehr braucht, weil sie den Betrieb einstellt, hat sie offensichtlich einen Überbestand von 100 %, was nach Sinn und Zweck von Art. 23 Abs. 2 GAV einen zulässigen Kündigungsgrund darstellt. Damit gilt die sechsmonatige Kündigungsfrist. Mit Blick auf den Standpunkt der Vorinstanz, wonach der GAV für den Fall der Einstellung des Flugbetriebes weder nach Wortlaut noch Sinn eine direkt anwendbare Regel enthalte, ergibt sich - wie aus dem Folgenden hervorgeht - nichts anderes.

6.5 Zur Schliessung der Lücke hat das Bezirksgericht die Kündigung wegen Überbestand (Art. 23 GAV) auf die vollständige Betriebsschliessung angewendet, ohne dass der Überbestand durch die Tarifpartner festzustellen und die Kündigung auf die Anzahl Vollzeitstellen beschränkt sei. Das Obergericht hat diesen Analogieschluss bzw. die Anwendung der sechsmonatigen Kündigungsfrist gemäss Art. 23 Abs. 2 GAV im Falle der Betriebsschliessung bestätigt, weil sie am hypothetischen Parteiwillen ausgerichtet sei und eine vernünftige Lösung beinhalte. Auf diese Erwägung geht der Beschwerdeführer nicht ein. Er legt nicht dar, wie die Lücke (im Falle ihres Bestehens) zu schliessen wäre. Sein Einwand, beim Vorgehen zur Lückenschliessung seien die Art. 21 Abs. 2 Ziff. 8 sowie Art. 13 GAV, m.a.W. die Zusicherung von Vollzeitpositionen nicht in Betracht gezogen worden, ist unzutreffend. Die kantonalen Instanzen haben dargelegt, dass diese Zusicherung bei einer Betriebsschliessung keinen Sinn macht. Seine weiteren Ausführungen betreffend "Änderungskündigung" sind unbehelflich. Das Obergericht hat die Frage, ob eine derartige Kündigung vorliegt, offengelassen; die entsprechende Erwägung im angefochtenen Urteil ist nicht entscheidrelevant. Mit Bezug auf die Erwägung zur Schliessung der GAV-Lücke durch die kantonalen Instanzen liegen keine begründeten Rügen vor (Art. 42 Abs. 2 BGG).

6.6 Nach dem Dargelegten konnte das Arbeitsverhältnis des Beschwerdeführers wegen Betriebsschliessung unter Einhaltung einer sechsmonatigen Kündigungsfrist gekündigt werden. Der Betriebsübergang erfolgte am 31. März 2002. Der Zeitpunkt, auf den das Arbeitsverhältnis "ordentlicherweise" im Sinne von Art. 333 Abs. 3 OR "hätte beendet werden können", ist demnach der 30. September 2002. Bis zu diesem Datum haftet die Beschwerdegegnerin für nach dem 31. März 2002 fällig gewordene Forderungen aus dem Arbeitsverhältnis. Dass der während des Haftungszeitraumes vom Beschwerdeführer bei der Swiss erzielte anderweitige Lohn anzurechnen ist, steht ausser Frage (vgl. BGE 118 II 139 E. 1 S. 140). Wenn das Obergericht zum Ergebnis gelangt ist, das Hauptbegehren (Ziff. 2) bzw. die Lohnforderungen (Differenz) für die Zeit ab 1. Oktober 2002 seien abzuweisen, stellt dies keine Rechtsverletzung dar.

7. Der Beschwerdeführer stellt ein Eventualbegehren (Ziff. 4) für den Fall, dass die Regeln der Kündigung bei Überbestand bzw. die Kündigungsfrist von sechs Monaten massgebend sind. In diesem Fall müsse die Beschwerdegegnerin auch die bei Kündigung wegen Überbestand geschuldete Abfindungsentschädigung leisten. Der gesetzliche Übergang des Arbeitsverhältnisses schliesse die Abfindungszahlung nach GAV nicht aus, da die Beschwerdegegnerin am 15. März 2002 die Kündigung ausgesprochen habe.

7.1 Gemäss Art. 23 Abs. 3 GAV erhalten die von einer Kündigung bei Überbestand betroffenen Piloten "eine einmalige Abfindung in der Höhe des zwölffachen zuletzt bezogenen Monatslohnes", abgesehen von hier nicht relevanten Ausnahmen (Art. 23 Abs. 6 GAV, wie während der Ausbildungszeit). Die Abfindungszahlung ist - wie der Beschwerdeführer zu Recht ausführt - an keine weitere Voraussetzung gebunden, und sie muss auch bei einer späteren Wiederanstellung nicht zurückbezahlt werden (Art. 23 Abs. 5 GAV). Das Obergericht hat erwogen, Sinn und Zweck der im GAV vereinbarten Abfindungszahlung sei, das Risiko des Betroffenen abzugelten, falls dieser nach der Kündigung nicht sogleich oder keinen neuen gleichwertigen Vertrag abschliessen könne. Es hat den Schluss gezogen, dass nach GAV keine Abfindung geschuldet sei, weil das Arbeitsverhältnis von Gesetzes wegen auf die Swiss übergegangen sei und der Abschluss eines neuen Arbeitsvertrages mit der Erwerberin kein neues Arbeitsverhältnis begründet habe.

BGE 137 III 487 S. 502

7.2 Der Beschwerdeführer behauptet zu Recht nicht, dass der GAV eine Abfindung bei gesetzlichem Übergang des Arbeitsverhältnisses vorsehe. Diese ist nur bei einer Kündigung (bei Überbestand) vorgesehen. Wohl hat die Beschwerdegegnerin gegenüber dem Beschwerdeführer am 15. März 2002 per Ende Juni 2002 die Kündigung ausgesprochen. Daraus kann er indessen keinen Grund für eine Abfindungszahlung ableiten. Im Fall von Art. 333 OR ändert der Abschluss von neuen Verträgen nichts daran, dass das bisherige Arbeitsverhältnis fortgesetzt wird (vgl. BGE 112 II 51 E. 3b/aa S. 56; A. STAEHELIN, Zürcher Kommentar, 1996, N. 9 zu Art. 333 OR; TERCIER/FAVRE, a.a.O., Rz. 3889 und 3890). Vorliegend ist die Swiss am 31. März 2002 in das gekündigte Arbeitsverhältnis eingetreten (E. 5.1) und hat der Beschwerdeführer mit der Erwerberin unbestrittenermassen vor Ablauf der Kündigungsfrist einen neuen Arbeitsvertrag abgeschlossen. Es besteht kein Zweifel, dass der Beschwerdeführer und die Swiss der ausgesprochenen und "übernommenen" Kündigung keine Wirkung zuerkennen und das Arbeitsverhältnis nicht mit Ablauf der Kündigungsfrist enden lassen wollten. Der Beschwerdeführer hat damit die von der Swiss offerierte Rücknahme der Kündigung angenommen. Dass der Arbeitnehmer sich mit dem Widerruf einer Kündigung einverstanden erklären kann, ist anerkannt (vgl. BGE 128 III 70 E. 2 S. 75 f., mit Hinweisen). Wenn das Obergericht angenommen hat, das Arbeitsverhältnis des Beschwerdeführers sei nie beendet worden, und geschlossen hat, die Kündigung vom 15. März 2002 habe keine Abfindung im Sinne von Art. 23 Abs. 3 GAV auslösen können, ist dies nicht zu beanstanden.

7.3 An diesem Ergebnis können die erneuerten Ausführungen und Rügen des Beschwerdeführers betreffend "Änderungskündigung" und Austrittsabfindung aus den bereits (in E. 6.5) erwähnten Gründen nichts ändern. Die von ihm verlangte Abfindung ist nicht geschuldet und kann von der Beschwerdegegnerin im Rahmen ihrer Weiterhaftung nicht beansprucht werden. Das Ergebnis des Obergerichts, wonach das Eventualbegehren betreffend Abfindungszahlung abzuweisen ist, stellt keine Rechtsverletzung dar.