AJP/PJA 4/2021

Das Arbeitsverhältnis beim Betriebsübergang

Zum Spielraum für Anpassungen des Personalbestands und Vertragsänderungen bei Betriebsübergängen nach Art. 333 OR

Irène Suter-Sieber*

Nadine Tuor-Mäder**

Prima facie lässt der Gesetzgeber keinen Spielraum zu für den (Nicht-) Übergang von Arbeitsverhältnissen nach Art. 333 OR. Nichtsdestotrotz sind individuelle Lösungen möglich: (i) Der Veräusserer und der Arbeitnehmer, der zum übergehenden Betrieb gehört, können rechtsgültig vereinbaren, dass der Arbeitnehmer bei seiner bisherigen Arbeitgeberin verbleibt, wobei es die Schranken der Gesetzesumgehung zu beachten gilt; (ii) umgekehrt kann ein betriebsfremder Arbeitnehmer mittels tripartitem Vertrag rechtsgültig auf die Erwerberin übergehen; (iii) Kündigungen im Hinblick auf Betriebsübergänge sind rechtmässig, wenn sie sich durch wirtschaftliche, technische oder organisatorische Gründe rechtfertigen lassen; (iv) Änderungskündigungen zur Harmonisierung der Arbeitsbedingungen bei der Erwerberin sind rechtmässig, wenn sie sachlich gerechtfertigt sind und die Kündigungsfristen gewahrt werden. Solche Vertragsanpassungen lösen regelmässig eine vorgängige Konsultationspflicht aus und unter Umständen auch ein Massenentlassungsverfahren.

De prime abord, le législateur ne laisse aucune marge de manœuvre pour le (non-)transfert des rapports de travail en application de l'art. 333 CO. Néanmoins, des solutions individuelles sont possibles : (i) le cédant et le travailleur, qui fait partie de l'entreprise à transférer, peuvent valablement convenir que le travailleur demeurera auprès de son ancien employeur, auquel cas il faudra veiller à ne pas contourner la loi ; (ii) inversement, un travailleur étranger à l'entreprise peut, sur la base d'un accord tripartite, être valablement transféré à l'acquéreur ; (iii) des résiliations en vue du transfert d'entreprise sont admissibles, si elles sont justifiées par des motifs économiques, techniques ou organisationnels ; (iv) des congés-modifications aux fins d'harmoniser les conditions de travail au sein de l'entreprise acquéresse sont autorisés, s'ils sont objectivement justifiés et si les délais de résiliation sont respectés. Ces adaptations contractuelles sont souvent associées à une obligation de consultation préalable et peuvent donner lieu à une procédure de licenciement collectif.

Inhaltsübersicht

I. Einleitung
II. Entstehungsgeschichte und ratio legis von Art. 333 OR
III. Die Zuordnung der Arbeitsverhältnisse zum übergehenden Betrieb
IV. Ausgewählte Fragestellungen rund um Arbeitsverhältnisse bei Betriebsübergängen
  A. Szenario 1: Der Veräusserer möchte einen Arbeitnehmer behalten, der zum übergehenden Betrieb gehört
    1. Das Bundesgericht schlägt eine Rückübertragung des Arbeitsverhältnisses auf den Veräusserer nach erfolgtem Übergang vor
    2. Funktionswechsel
    3. Rechtzeitige Ablehnung des Betriebsübergangs durch den Arbeitnehmer und neuer Arbeitsvertrag mit dem Veräusserer
    4. Aufhebungsvertrag in Kombination mit einem neuen Arbeitsvertrag
  B. Szenario 2: Die Erwerberin möchte einen Arbeitnehmer übernehmen, der nicht zum übergehenden Betrieb gehört
  C. Szenario 3: Der Arbeitnehmer soll weder beim Veräusserer bleiben noch von der Erwerberin übernommen werden – Kündigungen von Arbeitnehmern bei Betriebsübergängen
    1. Die betriebsübergangsbedingte Kündigung als Gesetzesumgehung
    2. Rechtsfolgen der unrechtmässigen betriebsübergangsbedingten Kündigung
  D. Szenario 4: Anpassungen von Arbeitsbedingungen bei Betriebsübergängen
V. Fazit

* Irène Suter-Sieber, Dr. iur., Rechtsanwältin, Walder Wyss AG, Zürich.

** Nadine Tuor-Mäder, MLaw, Rechtsanwältin, Hofmann Gehler Schmidlin Rechtsanwälte und Notare, Rapperswil-Jona.

I. Einleitung

Bei betrieblichen Umstrukturierungen kommt es häufig auch zu einem Transfer von Arbeitsverhältnissen. Im Hinblick auf Betriebsübergänge regelt das Gesetz, dass die Arbeitsverhältnisse, die zum Betrieb bzw. Betriebsteil[1] gehören, mit allen Rechten und Pflichten mit dem Tage der Betriebsnachfolge vom Veräusserer auf die Erwerberin übergehen, sofern der Arbeitnehmer den Übergang nicht ablehnt (Art. 333 Abs. 1 OR). Der Übergang der Arbeitsverhältnisse erfolgt somit automatisch ex lege; unter Umständen auch gegen den Willen des Veräusserers und der Erwerberin.[2] Das Gesetz lässt demnach prima facie keine Flexibilität bei der Entscheidung zu, welche Arbeitnehmer bei einem Betriebsübergang auf die Erwerberin übergehen und welche nicht. In der Praxis besteht jedoch oft das Bedürfnis des Veräusserers und/oder der Erwerberin nach individuellen Lösungen. Die Erwerberin ist zum Beispiel nur an einem bestimmten Teil der übergehenden Belegschaft interessiert oder an einem bestimmten Arbeitnehmer, der nicht zum übergehenden Betrieb gehört. Oder aber der Veräusserer und ein Arbeitnehmer eines übergehenden Betriebs wünschen, dass der Arbeitnehmer beim

[1] Nachfolgend wird zur besseren Lesbarkeit für beide Termini nur der Begriff «Betrieb» verwendet.

[2] Anders verhält es sich beim Betriebsübergang bei Insolvenz nach Art. 333b OR, was jedoch nicht Gegenstand des vorliegenden Beitrags ist.

Veräusserer verbleibt. Häufig möchte die Erwerberin im Zuge des Betriebsübergangs die Arbeitsbedingungen der übergehenden Arbeitnehmer an ihre Standards anpassen oder Kündigungen aussprechen.

Dieser Artikel geht der Frage nach, ob entgegen dem klaren Wortlaut des Gesetzes Flexibilität im Hinblick auf Anpassungen des Personalbestands bei Betriebsübergängen nach Art. 333 OR besteht.

Nach einem Blick auf die ratio legis und Entstehungsgeschichte der gesetzlichen Regelung zum Betriebsübergang (II.) wird zunächst der Frage nachgegangen, welche Arbeitsverhältnisse von einem Betriebsübergang erfasst werden (III.). Sodann beschäftigt sich dieser Beitrag mit der Frage, ob den Parteien trotz des Automatismus nach Art. 333 Abs. 1 OR ein gewisser Handlungsspielraum für individuelle Lösungen bleibt:

– Unter welchen Umständen kann ein Arbeitnehmer, der zum übergehenden Betrieb gehört, beim Veräusserer verbleiben? (IV.A.)
– Unter welchen Umständen kann die Erwerberin einen Arbeitnehmer übernehmen, der nicht zum übergehenden Betrieb gehört? (IV.B.)
– Sind Kündigungen im Zusammenhang mit Betriebsübergängen rechtmässig? (IV.C.)
– Sind im Zusammenhang mit Betriebsübergängen Anpassungen der Arbeitsbedingungen durchsetzbar? (IV.D.)

II. Entstehungsgeschichte und ratio legis von Art. 333 OR

Die Regelung im schweizerischen Recht zu Betriebsübergängen sah ursprünglich vor, dass die Rechte und Pflichten aus den bestehenden Arbeitsverhältnissen nur dann auf die Erwerberin übergehen, wenn die Erwerberin dem Übergang der Arbeitsverhältnisse zustimmt. Damit wollte der Gesetzgeber betriebliche Umstrukturierungen bzw. Betriebsübergänge erleichtern, indem er es dem Veräusserer und der Erwerberin anheimstellte zu entscheiden, welche Arbeitnehmer im Zuge eines Betriebsübergangs übergehen sollten und welche nicht. So war es durchaus möglich, dass mit dem Übergang eines Betriebs die Belegschaft ganz oder teilweise entlassen wurde.[3]

Im Zuge der Arbeitsrechtsnovelle von 1971 erweiterte der Gesetzgeber Art. 333 OR dahingehend, dass zwar der Veräusserer und die Erwerberin eines Betriebs den Übergang der Arbeitsverhältnisse immer noch vereinbaren mussten, es dem Arbeitnehmer aber nun freistand, den Übergang seines Arbeitsverhältnisses auf die Erwerberin abzulehnen. Ausserdem profitierte der übergehende Arbeitnehmer neu von einer zeitlich beschränkten Solidarhaftung des Veräusserers und der Erwerberin für arbeitsrechtliche Verbindlichkeiten.[4]

Die Angleichung verschiedener nationaler Rechtsvorschriften zum Betriebsübergang in den Mitgliedstaaten der Europäischen Union (EU) führte zum Erlass der Richtlinie 77/187/EWG vom 14. Februar 1977 und später zur Richtlinie 2001/23/EG vom 23. März 2001 über den Übergang von Unternehmen, Betrieben oder Unternehmens- oder Betriebsteilen, im angelsächsischen Raum auch bekannt als «TUPE» *(Transfer of Undertakings [Protection of Employment])*. Diese sieht eine umfassende Wahrung der Interessen der Arbeitnehmer bei Betriebsübergängen vor.[5]

Da die Schweiz nicht Mitglied des EWR bzw. der EU ist, ist die europäische TUPE-Regelung in der Schweiz nicht anwendbar. Im Zuge der autonomen Angleichung des Schweizer Bundesrechts an das EU-(bzw. damals EWR-)Recht änderte das Parlament Art. 333 Abs. 1 OR allerdings dahingehend, dass der Übergang des Arbeitsverhältnisses nicht mehr durch Parteiabrede, sondern neu automatisch bzw. von Gesetzes wegen erfolgt. Zudem sah der Gesetzgeber neu die Weitergeltung von Gesamtarbeitsverträgen bei der Erwerberin während mindestens eines Jahres vor (Art. 333 Abs. 1bis OR) und baute den Schutz von Arbeitnehmervertretern aus (Art. 336 Abs. 3 OR).[6] In einem Urteil aus dem Jahr 2003 entschied das Bundesgericht sodann, dass dieses nachvollzogene Binnenrecht im Zweifel europarechtskonform auszulegen sei.[7]

Die heute geltende Regelung zum Betriebsübergang will den Interessen der Arbeitnehmer bei betrieblichen Umstrukturierungen möglichst umfassend Rechnung tragen. Dieser Schutz äussert sich – neben dem Ablehnungs- (Art. 333 Abs. 1 OR), Informations- und Konsultationsrecht (Art. 333a OR) – in dreierlei Hinsicht:

---

3 Vgl. zum Ganzen Dean Andreas Kradolfer, Der Betriebsübergang, Auswirkungen auf das Individualarbeitsverhältnis, Genf/Zürich/Basel 2008, 23 ff.

4 Vgl. zum Ganzen Kradolfer (FN 3), 23; Ullin Streiff/Adrian von Kaenel/Roger Rudolph, Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319–362 OR, 7. A., Zürich/Basel/Genf 2012, Art. 333 N 1.

5 Vgl. zum Ganzen Kradolfer (FN 3), 23 f.; Botschaft I über die Anpassung des Bundesrechts an das EWR-Recht, BBl 1992 V 397 ff. (zit. Zusatzbotschaft I zur EWR-Botschaft), 399 f.

6 Vgl. zum Ganzen Zusatzbotschaft I zur EWR-Botschaft (FN 5), 400 ff.; Kradolfer (FN 3), 23 f.; Streiff/von Kaenel/Rudolph (FN 4), Art. 333 N 1.

7 BGE 129 III 335 E. 6.

(1) Die Regelung von Art. 333 Abs. 1 OR bezweckt eine wirkliche Übernahmepflicht durch die Erwerberin und dass die Arbeitnehmer beim Betriebsübergang keine von der Dauer des Arbeitsverhältnisses abhängigen Rechte verlieren (nachfolgend «Senioritätsrechte»). So werden dienstaltersabhängige Ansprüche wie der Sperrfristschutz, die Dauer der Lohnfortzahlung bei Arbeitsunfähigkeit, gesetzliche Kündigungsfristen, Dienstaltersgeschenke oder dienstaltersabhängige Abgangsentschädigungen mit dem automatischen und nahtlosen Übergang auf die neue Arbeitgeberin nicht beeinträchtigt.[8]

(2) Zudem schützt das Gesetz die übergehenden Arbeitnehmer für ein Jahr vor dem Verlust allfälliger gesamtarbeitsvertraglicher Rechte (Art. 333 Abs. 1bis OR).

(3) Mit dem Übergang der Arbeitsverhältnisse haften ausserdem Veräusserer und Erwerberin solidarisch für gewisse Forderungen der übergehenden Arbeitnehmer (Art. 333 Abs. 3 OR).

III. Die Zuordnung der Arbeitsverhältnisse zum übergehenden Betrieb

Die eindeutige Zuordnung einzelner Arbeitsverhältnisse zu einem bestimmten Betrieb kann in der Praxis Schwierigkeiten bereiten, womit sich die Frage stellt, welche Arbeitnehmer denn nun vom automatischen Übergang betroffen sind. Vor allem Arbeitnehmer, die Leitungsfunktionen für verschiedene Betriebe innehaben, die in verschiedenen Betrieben eingesetzt werden (z.B. Springer) und Arbeitnehmer mit Overhead-Aufgaben (z.B. Personal-, Rechts-, Controlling- und sonstige Stabsabteilungen) lassen sich regelmässig nicht ausschliesslich einem Betrieb zuordnen.

Gemäss herrschender Lehre und kantonaler Rechtsprechung ist für die Betriebszugehörigkeit auf den Schwerpunkt der Tätigkeit abzustellen, mithin darauf, für welchen Betrieb der Arbeitnehmer objektiv überwiegend tätig ist.[9] Daraus folgt, dass Arbeitsverhältnisse nur als Ganzes (oder gar nicht) auf die Erwerberin übergehen können.[10] Lässt sich ein Arbeitsverhältnis mit dieser Methodik dem übergehenden Betrieb nicht zuordnen, kann ein Übergang kraft Gesetzes gerade nicht stattfinden, d.h. der betreffende Arbeitnehmer bleibt beim Veräusserer.[11]

Mit der Frage der Zuordnung der Arbeitsverhältnisse bei Betriebsübergängen beschäftigte sich vor kurzem auch der Europäische Gerichtshof (EuGH). Der EuGH entschied erstmals, dass bei Arbeitnehmern, die für verschiedene Betriebsteile tätig sind (sog. «Doppelpositionen») und die sich nicht eindeutig einem Betriebsteil zuordnen lassen, der Arbeitsvertrag in verschiedene Teilzeitarbeitsverhältnisse aufzuspalten ist und anteilig übergeht. Vorausgesetzt sei, dass eine Aufspaltung möglich ist und weder zur Verschlechterung der Arbeitsbedingungen noch zur Beeinträchtigung der Senioritätsrechte führt. Offen gelassen hat der EuGH, ob eine solche Aufspaltung in Zukunft auch bei Overhead-Funktionen gilt.[12]

Dass ein Arbeitsverhältnis im Rahmen eines Betriebsübergangs auf mehrere Teilzeitarbeitsverhältnisse aufgeteilt wird, wäre auch in der Schweiz ein Novum. Dass sich die Schweizer Gerichte der Auffassung des EuGH im Sinne einer europarechtskonformen Auslegung von Art. 333 Abs. 1 OR anschliessen, kann nicht ausgeschlossen werden, ist aber abzulehnen. Der Bundesrat hat in der Botschaft keinen Raum gelassen für eine Aufspaltung und einen bloss teilweisen Übergang der Arbeitsverhältnisse.[13] Hinzu kommt, dass die Rechtsprechung des EuGH

---

8 Vgl. zum Ganzen BGE 136 III 552 E. 3.1; Kradolfer (FN 3), 26, 190; Adrian Staehelin, Zürcher Kommentar, Obligationenrecht, Art. 330b-355 OR, Der Arbeitsvertrag, 4. A., Zürich 2014 (zit. ZK-Verfasser), Art. 333 N 9; BSK OR I-Portmann/Rudolph, Art. 333 N 15, in: Corinne Widmer Lüchinger/David Oser (Hrsg.), Obligationenrecht I, Basler Kommentar, 7. A. Basel/Zürich 2019 (zit. BSK OR I-Verfasser); Christiane Brunner/Jean-Michel Bühler/Jean-Bernard Waeber/Christian Bruchez, Kommentar zum Arbeitsvertragsrecht, 3. A., Basel 2005, Art. 333 N 6; Streiff/von Kaenel/Rudolph (FN 4), Art. 333 N 8.

9 Chambre d'appel des prud'hommes du Canton de Genève, 6.4.2000, in: JAR 2002, 232 f., wonach sich die Zuordnung der Arbeitsverhältnisse nach der Funktion der einzelnen Stellen entscheidet; Isabelle Wildhaber, Der Tatbestand des Betriebs(teil) übergangs gemäss Art. 333 Abs. 1 OR, ZSR 2007, 463 f., 474; Isabelle Wildhaber, Das Arbeitsrecht bei Umstrukturierungen, Zürich 2011, 85 f. und 159 (zit. Wildhaber, Umstrukturierungen); Kradolfer (FN 3), 84 ff.; BSK OR I-Portmann/Rudolph (FN 8), Art. 333 N 14; Streiff/von Kaenel/Rudolph (FN 4), Art. 333 N 8; Michael Winkler, Unternehmensumwandlungen und ihre Auswirkungen auf Arbeitsverträge, Bern 2001, 19; ZK-Staehelin (FN 8), Art. 333 N 7.

10 Streiff/von Kaenel/Rudolph (FN 4), Art. 333 N 8.

11 Isabelle Wildhaber, in: Wolfgang Portmann/Adrian von Kaenel (Hrsg.), Fachhandbuch Arbeitsrecht, Zürich/Basel/Genf 2018, Rz. 20.29; Wildhaber, Umstrukturierungen (FN 9), 85 f.

12 EuGH, C-344/18, ISS Facility Services, 26.3.2020.

13 Zusatzbotschaft I zur EWR-Botschaft (FN 5), 400 f.: *«Zur Beseitigung der ersten Divergenz schlagen wir Ihnen vor, Artikel 333 Absatz 1 des Obligationenrechts zu revidieren, damit die Arbeits-*

zu erheblichen Rechtsunsicherheiten führt: In welchem Verhältnis ist das Arbeitsverhältnis zu teilen? Ist das Arbeitsverhältnis ohne Verschlechterung der Arbeitsbedingungen (einschliesslich Versicherungslösungen wie Pensionskasse) teilbar? Hinzu kommt, dass der Arbeitnehmer nach Aufteilung seines Arbeitsverhältnisses zwei Herrinnen dient, die unter Umständen ähnliche Märkte bearbeiten. Das erfordert eine Regelung bezüglich Aufteilung der Pensen und Arbeitszeit (inklusive Saldierung oder anteilsmässiger Übertragung von Überstunden und Bezug von Ferienguthaben) und Trennung der Infrastruktur. Vor allem aber wird höchst fraglich sein, ob sich der Schutz von Geschäfts- und Fabrikationsgeheimnissen der beiden Arbeitgeberinnen tatsächlich wahren lässt. Dieser Punkt dürfte in der Praxis dazu führen, dass es in solchen Fällen häufiger zu Kündigungen kommt. Mit der Lösung des EuGH wird also regelmässig keiner der involvierten Parteien gedient sein, auch nicht dem Arbeitnehmer. Wie unter IV. gezeigt wird, bietet das Schweizer Recht bereits heute genügend Flexibilität für individuelle Lösungen, ohne dass es zu einer Aufspaltung des Arbeitsverhältnisses kommen muss.

Im Zusammenhang mit der Zuordnung der Arbeitsverhältnisse bei einem Betriebsübergang stellt sich zudem die Frage, welche Bedeutung Arbeitnehmerlisten bei betrieblichen Umstrukturierungen haben. Das Fusionsgesetz (SR 221.301, in Kraft seit dem 1. Juli 2004) regelt für Fusionen, Spaltungen und Vermögensübertragungen, dass für den Übergang der Arbeitsverhältnisse Art. 333 OR Anwendung findet (Art. 27 Abs. 1, Art. 49 Abs. 1 und Art. 76 Abs. 1 FusG). Dabei handelt es sich nach herrschender Lehre um eine Sachnormverweisung (im Sinne einer Rechtsfolgenverweisung) und nicht um eine Gesamtnormverweisung. Das bedeutet, dass die Rechtsfolgen des Art. 333 Abs. 1–3 OR unabhängig davon anwendbar sind, ob im Rahmen der Fusion, Spaltung oder Vermögensübertragung auch ein Betriebsübergang nach Art. 333 Abs. 1 OR vorliegt oder nicht.[14] Bei Fusionen werden im Zuge der Gesamtrechtsnachfolge *sämtliche* Arbeitsverhältnisse der übertragenden Gesellschaft auf die übernehmende Gesellschaft übertragen.[15] Folglich können die Transaktionspartner bei einer Fusion den Übergang einzelner Arbeitsverhältnisse nicht vereinbaren bzw. verhindern. Bei der Spaltung und der Vermögensübertragung regeln die Art. 37 lit. i bzw. Art. 71 Abs. 1 lit. e FusG, dass der Spaltungs- bzw. Übertragungsvertrag eine Liste der Arbeitsverhältnisse enthalten muss, die mit der Vermögensübertragung übergehen. Es stellt sich die Frage, welche Bedeutung diese Arbeitnehmerlisten im Zusammenhang mit einem Betriebsübergang haben:

– Lässt sich ein Arbeitsverhältnis einem bestimmten Betrieb zuordnen, geht dieses im Sinne von Art. 333 Abs. 1 OR automatisch auf die Erwerberin über. Der Arbeitnehmerliste kommt diesbezüglich rein *deklaratorische Wirkung* zu. Mit anderen Worten haben der Veräusserer und die Erwerberin aufgrund von Art. 333 Abs. 1 OR keine Dispositions- und Übertragungsfreiheit und der automatische Übergang kann nicht etwa durch Nichterwähnung auf dieser Liste umgangen werden. Das bedeutet, dass die Erwerberin automatisch zur Arbeitgeberin aller Arbeitnehmer wird, die sich schwerpunktmässig dem übergehenden Betrieb zuordnen lassen und zwar auch dann, wenn sie nicht auf der Liste erscheinen.[16]
– Der umgekehrte Fall ist demgegenüber in Praxis und Lehre noch nicht abschliessend geklärt. Es stellt sich die Frage, ob der Veräusserer und die Erwerberin die Freiheit haben, Arbeitnehmer, die nicht zum übergehenden Betrieb gehören, durch Erwähnung auf der Liste (und ohne Zustimmung der Arbeitnehmer) übergehen zu lassen. Diese Frage wird von einem Teil der Lehre bejaht, soweit es um Arbeitnehmer geht, die sich zwar nicht schwerpunktmässig, aber mindestens teilweise dem übergehenden Betrieb zuordnen lassen (insb. Overhead, Doppelpositionen). Diesbezüglich komme der Liste also *quasi-konstitutive Wirkung* zu. Der Arbeitnehmer habe lediglich ein Ablehnungsrecht aus Art. 27 Abs. 1/Art. 49 Abs. 1 FusG i.V.m.

verhältnisse, die im Zeitpunkt der Übertragung eines Betriebs auf einen Dritten bestehen, automatisch und ohne weiteres auf diesen Dritten übergehen.»

14 Zum Ganzen BSK FusG-Baumgartner/Oertle, Vorbemerkung zu Art. 27 N 7 m.w.H., in: Rolf Watter/Nedim Peter Vogt/Rudolf Tschäni/Daniel Daeniker (Hrsg.), Fusionsgesetz, Basler Kommentar, 2. A., Basel 2015 (zit. BSK FusG-Verfasser); Wildhaber, Umstrukturierungen (FN 9), 152 ff.; differenziert und teilw. a.M. Streiff/von Kaenel/Rudolph (FN 4), Art. 333 N 14; zur Bedeutung der FusG-Listen siehe sogleich.

15 BSK FusG-Baumgartner/Oertle (FN 14), Art. 27 N 2.

16 Vgl. zum Ganzen BGer, 23.8.1999, in: JAR 2000, 179; Hans Caspar von der Crone/Andreas Gersbach/Franz J. Kessler/Brigitte von der Crone/Karin Ingber, www.fusg.ch, 2. A., Zürich 2017, Rz. 655 und 957; Philippe Caruzzo, Le contrat individuel de travail, Zurich 2009, Art. 333 N 9; Urs Baumgartner/Isabelle Wildhaber, Ausgewählte arbeitsrechtliche Fragestellungen im Fusionsgesetz, AJP 2008, 1085 ff., 1090; Streiff/von Kaenel/Rudolph (FN 4), Art. 333 N 8, 17 und 18; Rainer Baisch, Arbeitnehmerschutz bei M&A Transaktionen und Sanierungen, Jusletter vom 20. Juni 2011, N 44.

Art. 333 Abs. 1 OR.[17] Die Autorinnen dieses Beitrags schliessen sich dieser Lehrmeinung an. Dies v.a. deshalb, weil das Fusionsgesetz bezweckt, Umstrukturierungen zu erleichtern. Es muss deshalb möglich und durchsetzbar sein, auf die Zustimmung der Drittpartei (d.h. des Arbeitnehmers) zu verzichten. Vorbehalten bleibt das Rechtsmissbrauchsverbot, z.B. bezüglich Arbeitnehmern, die keinerlei Anbindung an den übergehenden Betrieb haben. Da die Frage höchstrichterlich aber noch nicht geklärt ist und um allfällige spätere Streitigkeiten mit betroffenen Arbeitnehmern zu vermeiden, kann es sich – je nach Risiko- und Interessenlage – empfehlen, die ausdrückliche Zustimmung der betroffenen Arbeitnehmer trotzdem einzuholen.

IV. Ausgewählte Fragestellungen rund um Arbeitsverhältnisse bei Betriebsübergängen

A. Szenario 1: Der Veräusserer möchte einen Arbeitnehmer behalten, der zum übergehenden Betrieb gehört

In diesem Szenario gehört der Arbeitnehmer formell zum Betrieb, der vom Veräusserer auf die Erwerberin übergehen soll, womit gemäss Art. 333 Abs. 1 OR auch sein Arbeitsverhältnis automatisch übergeht. Jedoch möchte der Veräusserer, dass der Arbeitnehmer weiterhin bei ihm beschäftigt bleibt.

Der Arbeitnehmer, der damit einverstanden ist, wird während der Dauer des fortgesetzten Arbeitsverhältnisses kaum ein Interesse daran haben, die Arbeitgeberstellung des Veräusserers zu hinterfragen. Streitigkeiten materialisieren sich in der Praxis regelmässig erst im Insolvenzfall des Veräusserers oder bei Kündigung durch den Veräusserer. Denkbar ist, dass der Arbeitnehmer vorbringt, er sei gar nie rechtswirksam beim Veräusserer verblieben, sondern automatisch auf die Erwerberin übergegangen; deshalb:

– sei die Kündigung des Veräusserers ungültig, da sie durch die Erwerberin hätte ausgesprochen und unterzeichnet werden sollen;
– seien Weisungen des Veräusserers ungültig, deren Verletzung zu einer fristlosen Kündigung berechtigen würden;
– sei er von einem Konkurs oder einer Insolvenz des Veräusserers nicht betroffen, sondern habe Ansprüche aus Arbeitsvertrag gegenüber der Erwerberin.

Es stellt sich die Frage, ob und wie solche Risiken minimiert werden können.

1. Das Bundesgericht schlägt eine Rückübertragung des Arbeitsverhältnisses auf den Veräusserer nach erfolgtem Übergang vor

Zum Schutz der betroffenen Arbeitnehmer ist die Regelung der Solidarhaftung von Veräusserer und Erwerberin gemäss Art. 333 Abs. 3 OR relativ zwingend ausgestaltet (Art. 362 Abs. 1 OR), d.h. von der Solidarhaftung darf nicht zuungunsten der Arbeitnehmer durch Parteiabrede, Gesamtarbeitsvertrag oder Normalarbeitsvertrag abgewichen werden. Der Absatz 1 von Art. 333 OR (automatischer Übergang) ist hingegen weder in Art. 361 OR noch in Art. 362 OR als (teil-)zwingend aufgeführt, weshalb sich die Frage stellt, ob abweichende Vereinbarungen durchsetzbar sind.

Auch aus dem Wortlaut des Gesetzes lässt sich nicht ableiten, ob vom Übergangsautomatismus in Art. 333 Abs. 1 OR durch Parteiabrede abgewichen werden kann. Das Bundesgericht hat allerdings in BGE 132 III 32 festgehalten, dass es dem Sinn und Zweck der Gesetzesbestimmung, nämlich dem umfassenden Schutz der Arbeitnehmer bei Betriebsübergängen, zuwiderlaufen würde, wenn sich die Parteien vertraglich auf eine andere Rechtsfolge als den automatischen Übergang einigen könnten. Daher könne, so das Bundesgericht, die Rechtsfolge des Betriebsübergangs weder durch Vereinbarung zwischen Erwerberin und Veräusserer noch durch Vereinbarung zwischen Veräusserer und Arbeitnehmer umgangen werden.[18] Gemäss dem Verständnis des Bundesgerichts habe es der Gesetzgeber einzig und allein dem Willen des Arbeitnehmers überlassen wollen, ob dieser auf die neue Arbeitgeberin übergehe oder nicht, weswegen dem Arbeitnehmer von Gesetzes wegen ein Ablehnungsrecht (Art. 333 Abs. 1 und 2 OR) zustehe.[19]

Will der Arbeitnehmer, der im Zuge des Betriebsübergangs auf die Erwerberin übergehen soll, mit der bisherigen Arbeitgeberin das Arbeitsverhältnis fortsetzen, schlägt das Bundesgericht vor, dass (i) der Arbeitnehmer

[17] Baumgartner/Wildhaber (FN 16), AJP 2008, 1090; Wildhaber, Umstrukturierungen (FN 9), 179 ff. m.w.H. zum Meinungsstand; BSK FusG-Baumgartner/Oertle (FN 14), Art. 49 N 2 und Art. 76 N 10; a.M. Streiff/von Kaenel/Rudolph (FN 4), Art. 333 N 17.

[18] BGE 132 III 32 E. 4.

[19] BGE 132 III 32 E. 4; BGer, 4A_350/2018, 25.10.2018, E. 3.

den Betriebsübergang abwartet und auf die Erwerberin übergeht, (ii) das Arbeitsverhältnis mit der Erwerberin beendet und (iii) anschliessend mit der alten Arbeitgeberin einen neuen Arbeitsvertrag abschliesst.[20]

Diese Lösung hat allerdings unangenehme rechtliche und praktische Nebenwirkungen. So geht das Arbeitsverhältnis zunächst auf die Erwerberin über und löst damit die solidarische Haftung gemäss Art. 333 Abs. 3 OR aus. Ausserdem ist die Lösung nicht praktikabel, da der Pro-Forma-Übergang des Arbeitnehmers auf die Erwerberin unnötigen Administrativaufwand generiert. Auch in zeitlicher Hinsicht bedeutet die vom Bundesgericht vorgeschlagene Lösung, dass es zu ineffizienten Leerläufen kommt, indem der Arbeitnehmer für eine gewisse Zeit der Organisation des Veräusserers entzogen ist und bei der Erwerberin unter Umständen keine sinnvolle Aufgabe hat. Um diese Problematik zu beheben, müsste der Arbeitnehmer zum Beispiel über ein Personalverleihkonstrukt temporär zurückverliehen werden. Allerdings ist der Personalverleih in der Schweiz strengen rechtlichen Vorschriften unterstellt, insbesondere was die Ausnahmen vom bewilligungspflichtigen Personalverleih betrifft.

Da es, wie nachfolgend aufzuzeigen ist, einfacher geht, ist die Lösung des Bundesgerichts als zu kompliziert und unpraktikabel abzulehnen.

2. Funktionswechsel

Wenn es möglich ist, dass der Arbeitnehmer künftig in einer anderen Funktion beim Veräusserer arbeiten kann, die nicht vom Betriebsübergang erfasst ist, steht es den Parteien frei zu vereinbaren, dass der Arbeitnehmer bereits vor dem Betriebsübergang in seine spätere Funktion wechselt. Damit ist die von Art. 333 Abs. 1 OR vorgesehene erforderliche Betriebszugehörigkeit nicht mehr gegeben, womit das Arbeitsverhältnis beim Betriebsübergang nicht von Gesetzes wegen auf die Erwerberin übergeht.[21] Es versteht sich von selbst, dass diese Lösung nur dann taugt, wenn ein echter Funktionswechsel ansteht. Soll mit einem Pro-Forma-Funktionswechsel lediglich der Automatismus und Schutz von Art. 333 OR umgangen werden, liegt die Gesetzesumgehung nahe. Ein Indiz hierfür könnte sein, dass der Funktionswechsel zeitlich kurz vor dem geplanten Betriebsübergang entschieden wird oder der Arbeitnehmer mit dem Funktionswechsel einwilligen soll, Senioritätsrechte einzubüssen.

3. Rechtzeitige Ablehnung des Betriebsübergangs durch den Arbeitnehmer und neuer Arbeitsvertrag mit dem Veräusserer

Nach der gesetzlichen Regelung hat der Arbeitnehmer das Recht, den Übergang seines Arbeitsverhältnisses auf die Erwerberin abzulehnen. Die Ablehnung des Übergangs hat zur Folge, dass das Arbeitsverhältnis mit der gesetzlichen (nicht etwa der vertraglichen) Kündigungsfrist endet (Art. 333 Abs. 2 OR). Die gesetzliche Kündigungsfrist ist abhängig von der Dauer des Arbeitsverhältnisses. Sie beträgt im ersten Dienstjahr einen Monat, im zweiten bis und mit dem neunten Dienstjahr zwei Monate und danach drei Monate (Art. 335c Abs. 1 OR). Nach überzeugender Lehrmeinung gilt allerdings, dass wenn die gesetzliche Kündigungsfrist vor dem Betriebsübergang endet, nicht etwa diese für das Ende des Arbeitsverhältnisses massgebend ist, sondern erst der Tag des Betriebsübergangs. Der Arbeitnehmer wolle mit seinem Ablehnungsrecht nur den Übergang zur Erwerberin verhindern, nicht aber, dass sein Arbeitsverhältnis mit dem Veräusserer vorzeitig ende.[22]

Wenn zwischen der Notifikation des Arbeitnehmers vom bevorstehenden Betriebsübergang und dessen Vollzug ausreichend Zeit bleibt, ist der Verbleib des Arbeitnehmers beim Veräusserer gewährleistet, wenn der Arbeitnehmer den Übergang rechtzeitig ablehnt und der Veräusserer mit dem Arbeitnehmer einen neuen Arbeitsvertrag abschliesst.[23]

Die Vereinbarung zwischen Veräusserer und Arbeitnehmer sollte derart ausgestaltet sein, dass das neu begründete Arbeitsverhältnis unter der aufschiebenden Bedingung des Vollzugs des Betriebsübergangs steht und unmittelbar auf den Zeitpunkt nach dem Betriebsübergang in Kraft tritt.

Da das bisherige Arbeitsverhältnis beendet wird, wäre eine Saldierung ausstehender Ansprüche des Arbeitnehmers (insb. Ferien, Überstunden) zwar angezeigt, ist in der Praxis aber aufwändig und seitens des Arbeitnehmers oft auch unerwünscht (sollte er Ferien lieber beziehen wollen als sich auszahlen lassen). Hinzu kommt, dass die Arbeitgeberin mit der Auszahlung trotz materieller Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses das Risiko späterer Doppelzahlung eingeht (sog. Verbot der Ferienabgeltung

[20] BGE 135 III 32 E. 4.2.2.4; BGer, 4A_350/2018, 25.10.2018, E. 3.

[21] Vgl. zum Ganzen Streiff/von Kaenel/Rudolph (FN 4), Art. 333 N 5; Wildhaber, Umstrukturierungen (FN 9), 191; a.M. BSK OR I-Portmann/Rudolph (FN 8), Art. 333 N 9; so im Ergebnis auch Kradolfer (FN 3), 154 und Winkler (FN 9), 61, wonach gar keine Vorkehrungen notwendig seien, wenn die Absicht bestehe, das Arbeitsverhältnis mit der bisherigen Arbeitgeberin weiterzuführen, weil solche Arbeitnehmer des Schutzes von Art. 333 OR nicht bedürften.

[22] Zum Ganzen Streiff/von Kaenel/Rudolph (FN 4), Art. 333 N 12.

[23] Vgl. Streiff/von Kaenel/Rudolph (FN 4), Art. 333 N 5.

gemäss Art. 329d Abs. 2 OR). Aus diesen Gründen kann es in der Praxis ratsam sein, solche Ansprüche *tel quel* in das neue Arbeitsverhältnis zu überführen.

Sollte die bisherige Arbeitgeberin den Abschluss des neuen Arbeitsvertrags zum Anlass nehmen, den Arbeitnehmer in seinen Senioritätsrechten zu beschränken, liegt die Vermutung einer Gesetzesumgehung von Art. 333 Abs. 1 OR nahe respektive dürfte eine Form verbotener Kettenarbeitsverträge vorliegen.[24] Abgesehen davon steht es dem Veräusserer und dem Arbeitnehmer grundsätzlich frei, einen Vertrag mit veränderten Arbeitsbedingungen abzuschliessen. Verbesserte Arbeitsbedingungen sind ohne Weiteres zulässig. Sollen Arbeitsbedingungen verschlechtert werden, ist dies rechtmässig und durchsetzbar, wenn die Kündigungsfrist eingehalten wird und sich die Änderungen sachlich, z.B. durch betriebliche oder marktbedingte Gründe, rechtfertigen lassen (unten IV.D.).

Der neue Arbeitsvertrag kann grundsätzlich auch befristet sein, z.B. wenn der Arbeitnehmer nur noch gewisse Arbeiten beim Veräusserer abschliessen oder Integrationsarbeiten bei der Erwerberin für eine gewisse Übergangszeit begleiten soll. Sog. *retention awards* (Treueboni) können die Attraktivität des Verbleibs beim Veräusserer für den Arbeitnehmer erhöhen.

Die Erwerberin ist im hier beschriebenen Szenario regelmässig am kürzeren Hebel und hat unter Umständen ein Informationsdefizit. Sie hat aber ein grosses Interesse, von den Absichten des Veräusserers und des Arbeitnehmers zu erfahren und sich absichern zu können, wenn solche Verbleibeverträge nicht rechtsgültig abgeschlossen worden sind, insb. unter Umgehung der Vorschriften von Art. 333 OR. Denn dann riskiert sie, dass der Arbeitnehmer trotzdem automatisch auf sie übergeht und zum Beispiel im Falle einer Insolvenz des Veräusserers oder bei einer Kündigung durch den Veräusserer geltend macht, er habe Ansprüche aus automatisch übergegangenem Arbeitsvertrag gegenüber der Erwerberin. Solche Interessen der Erwerberin können in den vertraglichen Abmachungen zwischen dem Veräusserer und dem Arbeitnehmer im Sinne eines Vertrags zugunsten Dritter (der Erwerberin) und/oder als Gewährleistungs-/Schadloshaltungsklauseln im Veräusserungsvertrag zwischen Veräusserer und Erwerberin gewahrt werden.

Protestiert der Arbeitnehmer gegen den Verbleib bei der alten Arbeitgeberin, geht der Arbeitnehmer nach Art. 333 Abs. 1 OR automatisch auf die Erwerberin über. Eine daraufhin ausgesprochene Kündigung der Erwerberin kann sich dann unter Umständen als nichtig herausstellen (unten Ziff. IV.C.).

4. Aufhebungsvertrag in Kombination mit einem neuen Arbeitsvertrag

Bleibt zwischen der Notifikation und dem Vollzug des Betriebsübergangs nicht ausreichend Zeit für die Wahrung der gesetzlichen Kündigungsfrist, geht der Arbeitnehmer automatisch auf die Erwerberin über. Es stellt sich die Frage, ob die Parteien eine abweichende Vereinbarung abschliessen und durchsetzen können, damit der Arbeitnehmer weiterhin beim Veräusserer beschäftigt bleiben und der temporäre Übergang zur Erwerberin verhindert werden kann.

Wenn es nicht möglich ist, dass der Arbeitnehmer in eine andere Funktion wechselt, kann ein Aufhebungsvertrag in Kombination mit einem neuen Arbeitsvertrag Abhilfe schaffen. Wie einleitend aufgezeigt, kann ein Abweichen vom Automatismus des Übergangs eines Arbeitsverhältnisses im Hinblick auf einen bevorstehenden Betriebsübergang in der Praxis durchaus im Interesse sowohl des Veräusserers, des Arbeitnehmers als auch der Erwerberin liegen. Gemäss Praxis und Lehre können Arbeitgeberin und Arbeitnehmer im Rahmen eines Aufhebungsvertrags jederzeit einen vorzeitigen Beendigungstermin vereinbaren. Die Durchsetzbarkeit einer solchen Vereinbarung bedingt aber gleichwertige gegenseitige Konzessionen (sog. echter Aufhebungsvertrag). Voraussetzung für einen Aufhebungsvertrag ist mit anderen Worten, dass der Arbeitnehmer ein eigenes Interesse am Aufhebungsvertrag hat und der Aufhebungsvertrag auch Zugeständnisse der Arbeitgeberin an den Arbeitnehmer enthält.[25] Es ist unter Bezugnahme auf die Begründung des Bundesgerichts im oben erwähnten Urteil BGE 132 III 32 nicht nachvollziehbar, inwiefern eine echte Aufhebungsvereinbarung in Kombination mit einem neuen Arbeitsvertrag dem Schutzgedanken oder Sinn und Zweck von Art. 333 Abs. 1 OR zuwiderlaufen sollte.[26] Um den Interessen des

---

[24] Zum Verbot von Kettenverträgen KGer SG, 12.12.2003, in: JAR 2004, 536 ff.; Manfred Rehbinder/Jean-Fritz Stöckli, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Art. 331–355 und Art. 361–362 OR, 2. A., Bern 2014, Art. 335b OR N 3 und Art. 334 OR N 12; Streiff/von Kaenel/Rudolph (FN 4), Art. 334 N 7; Brunner/Bühler/Waeber/Bruchez (FN 8), Art. 334 N 6.

[25] Statt vieler und zum Ganzen Philipp Gremper/Andrea Halbeisen, in: Wolfgang Portmann/Adrian von Kaenel (Hrsg.), Fachhandbuch Arbeitsrecht, Zürich/Basel/Genf 2018, 355–387, Rz. 10.30 ff.; BGer, 4A_376/2010, 30.9.2010, E. 3. m.w.H. auf die Rechtsprechung; Streiff/von Kaenel/Rudolph (FN 4), Art. 341 N 5 m.w.H. zur Gerichtspraxis; Kradolfer (FN 3), 152.

[26] Gl.M. Kradolfer (FN 3), 152; Wildhaber, Umstrukturierungen (FN 9), 190; ähnlich Winkler (FN 9), 61.

Arbeitnehmers ausreichend Rechnung zu tragen, muss die Regelung im Aufhebungsvertrag jene Rechte, die dem Arbeitnehmer aus dem automatischen Betriebsübergang erwachsen würden (insb. die Solidarhaftung, Wahrung der Senioritätsrechte) angemessen berücksichtigen.[27] Gemäss hier vertretener Ansicht ist einem allfälligen höheren Insolvenzrisiko des Veräusserers gegenüber der Erwerberin Rechnung zu tragen; dies zum Beispiel in Form einer einmaligen Abfindung an den Arbeitnehmer. Umgekehrt muss gelten, dass es keiner speziellen Zugeständnisse des Veräusserers bedarf, wenn er selbst finanziell besser aufgestellt ist als die Erwerberin oder wenn der Arbeitnehmer selbst den Wunsch äussert, beim Veräusserer zu bleiben (z.B. weil er die Unternehmenspolitik oder strategischen Ziele der Erwerberin nicht mitträgt). Solche Umstände sollten zu Beweiszwecken in der Präambel des Aufhebungsvertrags Erwähnung finden. Eine Ausgleichszahlung für wegfallenden Sperrfristschutz ist demgegenüber nicht geschuldet, wenn der Aufhebungsvertrag nahtlos mit einem neuen Arbeitsvertrag verbunden wird.

Um das Arbeitsverhältnis mit dem Veräusserer fortsetzen zu können, wird der Aufhebungsvertrag mit einem neuen Arbeitsvertrag mit dem Veräusserer verbunden. Die Verträge sind insbesondere so auszugestalten, dass der Aufhebungsvertrag unmittelbar vor, der Arbeitsvertrag unmittelbar nach Vollzug des Betriebsübergangs Wirkung zeitigt, und beide Verträge sind vom Vollzug des Betriebsübergangs abhängig zu machen.

Im Übrigen gilt zur Gestaltung und zu den Bedingungen des neuen Arbeitsvertrags, zur Absicherung der Erwerberin sowie zu einer allfälligen Kündigung nach Protest des Arbeitnehmers gegen den Verbleib bei der alten Arbeitgeberin das oben zu IV.A.3. Gesagte.

B. Szenario 2: Die Erwerberin möchte einen Arbeitnehmer übernehmen, der nicht zum übergehenden Betrieb gehört

Gehört ein Arbeitnehmer nicht zum Betrieb, der auf die Erwerberin übergehen soll, kommt der in Art. 333 Abs. 1 OR vorgesehene Automatismus nicht zur Anwendung. Gemäss Art. 333 Abs. 4 OR ist die Arbeitgeberin nicht berechtigt, ausserhalb des Betriebsübergangs Rechte und Pflichten aus dem Arbeitsverhältnis auf einen Dritten zu übertragen, sofern nichts anderes verabredet ist oder sich aus den Umständen ergibt (zur fusionsgesetzlichen Ausnahme der Übertragung via Liste siehe oben III.). Damit ein betriebsfremder Arbeitnehmer auf die Erwerberin übergehen kann, müssen sich somit alle drei Parteien – Veräusserer, Erwerberin und Arbeitnehmer – darüber einig sein.

In einem Fall aus dem Jahr 2007 musste sich das Bundesgericht mit der Problematik auseinandersetzen, dass ein Arbeitnehmer solch einer Übertragung seines Arbeitsvertrags auf die Erwerberin nicht ausdrücklich zugestimmt hatte. In casu teilte die Arbeitgeberin dem Arbeitnehmer in einem Zirkularschreiben bloss mit, dass sein Arbeitsverhältnis aus administrativen Gründen von der Tochter- auf die Muttergesellschaft übergehe. Dreieinhalb Jahre später kündigte die Muttergesellschaft den Arbeitsvertrag. Der Arbeitnehmer brachte vor, er sei formell gar nie auf die Muttergesellschaft übergegangen, weshalb diese die Kündigung nicht formgültig ausgesprochen habe. Das Bundesgericht kam allerdings zum Schluss, dass der Arbeitnehmer über den Betriebsübergang informiert worden sei, er sich nie dagegen gewehrt habe und deshalb von einem stillschweigenden Akzept zum Übergang auf die Muttergesellschaft ausgegangen werden könne und müsse.[28]

Nichtsdestotrotz ist dieses Vorgehen mittels blosser Notifikation mit gewissen Risiken verbunden, da das Bundesgericht die zeitlichen Aspekte nicht geklärt hat und es in der Praxis schwierig abzuschätzen ist, welche Form der Gegenwehr des Arbeitnehmers ausreicht, damit von einer Ablehnung seines Übergangs ausgegangen werden kann. Um sämtliche Risiken auszuschliessen, ist es deshalb ratsam, die ausdrückliche Zustimmung des Arbeitnehmers zum Übergang auf die Erwerberin einzuholen. Enthält der Arbeitsvertrag einen Schriftformvorbehalt, sollte die Vereinbarung schriftlich erfolgen.[29] Ein tripartiter Übertragungsvertrag schafft Rechtssicherheit und der Veräusserer kann das Risiko minimieren, dass er sich bei Insolvenz der Erwerberin oder Kündigung des Arbeitsvertrags durch die Erwerberin plötzlich mit Ansprüchen des Arbeitnehmers aus dem alten Arbeitsvertrag konfrontiert sieht. Negativ schlägt zu Buche, dass diese Lösung mit Aufwand verbunden ist (Saldierung von Ferien und Überstunden, Beteiligung dreier Parteien). Einfacher und in der Praxis häufig anzutreffen (aber formell nicht korrekt und deshalb mit gewissen Risiken verbunden) ist die Lösung über einen neuen Arbeitsvertrag mit der Erwerberin, mit welchem der alte Arbeitsvertrag fortgesetzt wird.

Da es sich nicht um einen automatischen Übergang qua Gesetz handelt, finden die Schutzbestimmungen des

[27] Gremper/Halbeisen (FN 25), Rz. 10.44 ff.

[28] BGer, 4A_176/2007, 29.8.2007, E. 3.2.

[29] Siehe allerdings OGer ZH, 19.11.2007, in: ZR 2010 Nr. 31 zum formlosen Arbeitgeberwechsel in Konzernverhältnissen.

Art. 333 OR (Senioritätsrechte, GAV, Solidarhaftung) keine Anwendung.

Verweigert der Arbeitnehmer die Mitwirkung am Übertragungsvertrag oder protestiert er gegen die Notifikation des Betriebsübergangs, verbleibt er beim Veräusserer. Kündigt der Veräusserer dem Arbeitnehmer daraufhin, kann sich die Kündigung – je nach den Umständen des Einzelfalls – als missbräuchlich herausstellen. Die Kündigung ist nicht etwa nichtig, da Art. 333 Abs. 1 OR hier mangels Betriebszugehörigkeit des Arbeitnehmers nicht zum Zug kommt (unten C.).

C. Szenario 3: Der Arbeitnehmer soll weder beim Veräusserer bleiben noch von der Erwerberin übernommen werden – Kündigungen von Arbeitnehmern bei Betriebsübergängen

Bei diesem Szenario stellt sich die kontrovers diskutierte Frage, ob Kündigungen im Rahmen eines Betriebsübergangs rechtmässig sind oder nicht.[30] Alternativ können Arbeitsverhältnisse jederzeit einvernehmlich mittels eines Aufhebungsvertrags beendet werden. Für den Inhalt und die Durchsetzbarkeit des Aufhebungsvertrags gilt das oben unter IV.A.4. Gesagte.

1. Die betriebsübergangsbedingte Kündigung als Gesetzesumgehung

In der Lehre war während längerer Zeit die Frage umstritten, ob eine ordentliche Kündigung im Rahmen eines Betriebsübergangs rechtmässig ist.

Das Bundesgericht klärte die Frage im Grundsatzentscheid BGE 136 III 552 aus dem Jahr 2010. Es hielt fest, dass eine Kündigung im Rahmen eines Betriebsübergangs (eine sog. «betriebsübergangsbedingte Kündigung») rechtswirksam sei, wenn sie durch wirtschaftliche, technische oder organisatorische Gründe gerechtfertigt ist. Anders verhalte es sich, wenn die Kündigung eine Umgehung der gesetzlichen Regelung zum automatischen Übergang des Arbeitsverhältnisses bezweckt.[31] Damit ist die Kündigungsfreiheit von betriebsübergangsbedingten Kündigungen in den Schranken von Art. 336 und 336c OR grundsätzlich gewahrt.[32] Dem erwähnten Bundesgerichtsentscheid lag der Sachverhalt zugrunde, dass das veräussernde Unternehmen in finanziellen Schwierigkeiten war. Der Personalabbau bzw. die Entlassung von sechs der insgesamt 26 Mitarbeitenden im Vorfeld des Betriebsübergangs stellte eine geeignete und wirtschaftlich gebotene Massnahme dar, um das Unternehmen aus seiner finanziellen Schieflage zu befreien und dessen Bestand langfristig zu sichern. In den Kündigungen sah das Bundesgericht deshalb keine Gesetzesumgehung. Anders wäre der Fall gemäss Bundesgericht zu beurteilen, wenn der Veräusserer Arbeitnehmer entlässt, einzig weil die Erwerberin diese nicht übernehmen möchte.[33]

Was unter «wirtschaftlichen Gründen» zu verstehen ist bzw. wann eine rechtmässige Kündigung vorliegt, hat das Bundesgericht nicht näher erläutert und ist in der Praxis nicht immer einfach zu beurteilen. Ausserdem schützt das Argument, dass die Kündigungen im Zusammenhang mit Betriebsübergängen aus wirtschaftlichen Gründen erfolgen, nicht zuverlässig vor der Gesetzesumgehung. Das Arbeitsgericht Zürich erachtete in einem Fall aus dem Jahr 2012 die Kündigung von fünf Arbeitnehmern als nicht rechtswirksam. Es liege eine Gesetzesumgehung vor. Die Arbeitgeberin argumentierte zwar, die Kündigungen seien zufolge Produktionseinstellung auf den Zeitpunkt des Betriebsübergangs ausgesprochen worden. Im Anschluss habe die Erwerberin mit sämtlichen Arbeitnehmern neue Verträge zu den gleichen Bedingungen abgeschlossen, mit Ausnahme der Vereinbarung einer neuerlichen Probezeit. Das Gericht folgte der Argumentation der Arbeitgeberin nicht. Es erachtete die Kündigung aus betrieblichen bzw. wirtschaftlichen Gründen als bloss vorgeschoben. Gerade die Kündigung mehrerer oder gar aller Arbeitsverhältnisse auf den Zeitpunkt des Betriebsübergangs stelle ein starkes Indiz für eine Gesetzesumgehung dar. In casu sei bereits vor den Kündigungen festgestanden, dass die Produktion in vergleichbarem Umfang weitergeführt würde, womit die Kündigungen tatsächlich nur im Hinblick auf

---

30 Statt vieler Isabelle Wildhaber, Die Streitfrage um einen besonderen Kündigungsschutz bei Betriebsübergang, SJZ 104/2008, 185–194, 187 ff.; Streiff/von Kaenel/Rudolph (FN 4), Art. 333 N 10 m.w.H.

31 BGE 136 III 552 E. 3; gleicher Meinung oder zustimmend Streiff/von Kaenel/Rudolph (FN 4), Art. 333 N 10; Wildhaber (FN 30), 188 ff.; Kradolfer (N 3), 164 ff.; Winkler (FN 9), 108 ff.; BSK OR I-Portmann/Rudolph (FN 8), Art. 333 N 10; ZK-Staehelin (FN 8), Art. 333 N 12; Rémy Wyler/Boris Heinzer, Droit du travail, 4. A., Berne 2019, 581. Die ältere Auffassung in der Lehre, wonach Kündigungen des Veräusserers oder der Erwerberin, die einzig wegen des Betriebsübergangs erfolgen, nicht rechtmässig sind, mit anderen Worten ein Betriebsübergang als solches nicht die (ordentliche) Kündigung eines Arbeitsverhältnisses rechtfertige, muss als überholt gelten (Brunner/Bühler/Waeber/Bruchez [FN 8], Art. 333 N 5; Caruzzo [FN 16], N 22; Gabriel Aubert, Die neue Regelung über Massenentlassungen und den Übergang von Betrieben, AJP 1994, 699 ff., 704).

32 Unbestrittenermassen geniessen Arbeitnehmervertreter einen besonderen Kündigungsschutz (Art. 336 Abs. 2 lit. b OR).

33 BGE 136 III 552 E. 3.3.

den Betriebsübergang erfolgt seien, damit die Erwerberin über die Flexibilität der Probezeitvereinbarungen habe verfügen können.[34]

Als starkes Indiz für eine Gesetzesumgehung wird ferner gewertet, wenn dem gekündigten Arbeitnehmer gleichzeitig mit der Kündigung, vor oder kurz nach dem Betriebsübergang ein Angebot für ein neues Anstellungsverhältnis bei der Erwerberin gemacht wird oder seine Stelle durch eine Neuanstellung wiederbesetzt wird.[35]

Das Obergericht des Kantons Berns sah einen Aufhebungsvertrag, den die bisherige Arbeitgeberin mit dem Arbeitnehmer im Zuge der Veräusserung des Betriebes vereinbarte und bei dem die Erwerberin am gleichen Tag mit demselben Arbeitnehmer einen neuen Arbeitsvertrag abschloss, als unwirksam an. Der Arbeitnehmer habe die Vereinbarung unter Druck unterzeichnet, um nicht plötzlich ohne Arbeitsstelle dazustehen. Zudem habe er auf Vorteile verzichtet, die er gehabt hätte, wenn der Arbeitsvertrag von der Erwerberin übernommen worden wäre. Deshalb liege eine Gesetzesumgehung von Art. 333 OR vor.[36]

Vor dem Hintergrund der bundesgerichtlichen und kantonalen Rechtsprechung wird also regelmässig in den folgenden beiden Fällen von einer Kündigung auszugehen sein, die eine Gesetzesumgehung darstellt:

– Mit der Kündigung soll verhindert werden, dass gewisse Arbeitnehmer auf die Erwerberin übergehen, weil die Erwerberin diese nicht übernehmen möchte;
– Mit der Kündigung soll der Eintritt der Rechtsfolgen von Art. 333 OR verhindert werden (Erhalt der Senioritätsrechte, Solidarhaftung, Weitergeltung eines Gesamtarbeitsvertrags).

Umgekehrt erachtete das Bundesgericht eine Kündigung als rechtswirksam, die der Veräusserer bereits sechs Wochen vor Abschluss des neuen Arbeitsvertrags zwischen dem Arbeitnehmer und der Erwerberin ausgesprochen hatte. Es sei davon auszugehen, dass im Zeitpunkt der Kündigung die Fortführung des Betriebs noch nicht geregelt gewesen sei, weshalb nicht von vornherein von einer Umgehung von Art. 333 OR ausgegangen werden könne.[37] Zum gleichen Schluss kam das Bundesgericht in einem Fall, in welchem das Arbeitsverhältnis bereits rund viereinhalb Monate vor dem Betriebsübergang beendet worden war. Die Kündigung sei nicht etwa deshalb erfolgt, weil eine Weiterbeschäftigung aufgrund des Betriebsübergangs nicht mehr möglich gewesen wäre. Vielmehr habe der Veräusserer dem Arbeitnehmer gekündigt, weil letzterer das Pensionierungsalter längst erreicht hatte.[38]

Daraus folgt, dass tendenziell nicht von einer Gesetzesumgehung auszugehen ist, wenn zwischen dem Betriebsübergang und dem Abschluss eines Arbeitsvertrags zwischen dem gekündigten Arbeitnehmer und der Erwerberin eine gewisse zeitliche Distanz liegt. Gemäss Kradolfer ist vor allem entscheidend, ob im Einzelfall ein enger Zusammenhang zwischen dem Betriebsübergang und der Neuanstellung auszumachen ist; stellt sich heraus, dass die Erwerberin gar nie die ernsthafte Absicht hatte, auf die Arbeitsplätze zu verzichten, ist seiner Ansicht nach von einer Umgehung der Rechtsfolgen von Art. 333 OR auszugehen.[39] In der Praxis kann diese Argumentation durchaus eine Hilfestellung sein für die Beurteilung der Frage, ob im Einzelfall eine betriebsübergangsbedingte Kündigung rechtmässig ist oder nicht. Veräusserer und Erwerberin sollten sich zudem stets vor Augen halten, dass für betriebsübergangsbedingte Kündigungen dieselben gesetzlichen Schranken gelten wie für ordentliche Kündigungen (Art. 336 und 336c OR), mithin insbesondere rein personenbezogene Kündigungen und Rachekündigungen missbräuchlich sind.

Die Beweislast für die Unrechtmässigkeit der Kündigung trägt im Prozess der Arbeitnehmer, da er daraus Rechte ableitet (Art. 8 ZGB). Allerdings lässt die Gerichtspraxis die hohe Wahrscheinlichkeit für den Beweis einer missbräuchlichen Kündigung genügen. Die hohe Wahrscheinlichkeit kann sich aus Indizien ergeben, was die Arbeitgeberin faktisch dazu zwingt, bei genügenden Indizien für eine missbräuchliche Kündigung an der Beweisführung mitzuwirken und ihrerseits Gegenbeweise für das Kündigungsmotiv anzubieten.[40] Deshalb ist es für Arbeitgeberinnen stets empfehlenswert, die Gründe, die zur Kündigung geführt haben, zu dokumentieren.

---

34 AGer ZH, 10.1.2012, in: JAR 2013 603 ff.

35 Vgl. zum Ganzen Kradolfer (FN 3), 171 f.; Streiff/von Kaenel/Rudolph (FN 4), Art. 333 N 10; ZK-Staehelin (FN 8), Art. 333 N 12.

36 OGer BE, 30.11.2008, in: JAR 2009, 469 ff.

37 BGer, 4A_56/2015, 3.6.2015, E. 3.3. f.

38 BGer, 4A_399/2013, 17.2.2014, E. 3.

39 Kradolfer (FN 3), 171 f.; ähnlich Wildhaber (FN 30), 190, gemäss welcher eine Gesetzesumgehung dann nicht vorliegt, wenn die Kündigung auf einem «unternehmerischen Konzept» beruht.

40 Vgl. zum Ganzen Streiff/von Kaenel/Rudolph (FN 4), Art. 336 N 16; BSK OR I-Portmann/Rudolph (FN 8), Art 336 N 31.

2. Rechtsfolgen der unrechtmässigen betriebsübergangsbedingten Kündigung

Offen gelassen hat das Bundesgericht im Grundsatzentscheid BGE 136 III 552 die Frage, was die Rechtsfolge einer unrechtmässigen betriebsübergangsbedingten Kündigung ist.[41] In Frage kommen Nichtigkeit oder Missbräuchlichkeit der Kündigung.

Das Arbeitsgericht Zürich ging im oben beschriebenen Fall, in welchem die fünf entlassenen Arbeitnehmer bei der Erwerberin wieder angestellt wurden, aber nochmals eine Probezeit zu durchlaufen hatten (IV.C.1.), von der Nichtigkeit der Kündigung aus. Das Arbeitsgericht Zürich argumentierte, dass eine unter Gesetzesumgehung ausgesprochene Kündigung keine Wirkung entfalte. Die umgangene Norm beanspruche Geltung und die Kündigung sei deshalb als nichtig zu behandeln.[42] Zum gleichen Schluss mit selbiger Begründung kam auch das Obergericht des Kantons Bern.[43]

In der Lehre wird zuweilen beides vertreten. Jedoch spricht sich eine Mehrheit mit zutreffenden Argumenten für die Nichtigkeit aus. Eine missbräuchliche Kündigung zieht nur eine Pönale von maximal sechs Monatslöhnen nach sich, bleibt aber rechtswirksam, womit der Betriebsübergang de facto umgangen werden könnte.[44]

Nichtigkeit bedeutet, dass die Kündigung keine Wirkung entfaltet und das Arbeitsverhältnis ungeachtet der Kündigung unter Wahrung aller Senioritätsrechte des Arbeitnehmers, unter Solidarhaftung und mit Garantie der befristeten Weitergeltung eines allfälligen Gesamtarbeitsvertrags auf die Erwerberin übergeht.

D. Szenario 4: Anpassungen von Arbeitsbedingungen bei Betriebsübergängen

Mit dem Betriebsübergang gehen die Arbeitsverhältnisse mit sämtlichen Rechten und Pflichten, d.h. unverändert, auf die Erwerberin über (Art. 333 Abs. 1 OR). In der Praxis besteht bei Betriebsübergängen häufig das Bedürfnis der Erwerberin, die Arbeitsverträge bzw. Arbeitsbedingungen der übergehenden Arbeitnehmer anzupassen, insbesondere zwecks Angleichung an die bestehenden Arbeitsverträge und Reglemente (z.B. Normalarbeitszeit, Überstundenregelung, Spesenpauschale, Lohnfortzahlung bei Arbeitsunfähigkeit, Bonusreglement, Pensionskasse etc.). Es stellt sich die Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen neue Vertragsbedingungen mit Blick auf den Betriebsübergang vereinbart und durchgesetzt werden können.

Praxis und Lehre sind sich darüber einig, dass der automatische Transfer der Arbeitsverhältnisse beim Betriebsübergang nicht etwa bedeutet, dass die Arbeitsbedingungen unantastbar wären.[45] Solche Vertragsanpassungen sind allerdings vor dem Hintergrund der zwingenden Gesetzesbestimmungen drei Schranken unterworfen; Vertragsänderungen, die diesen zuwiderlaufen, sind nicht durchsetzbar:

- Mit dem in Art. 333 Abs 1. OR vorgesehenen Automatismus soll der Besitzstand der übergehenden Arbeitnehmer sichergestellt werden, d.h. deren Senioritätsrechte dürfen durch den Betriebsübergang nicht beeinträchtigt werden (oben II.). Dieser Besitzstand muss dem Arbeitnehmer auch bei Abschluss eines neuen Arbeitsvertrages in jedem Fall erhalten bleiben.[46] In diesem Sinne darf die Erwerberin beispielsweise keine neue Probezeit einführen.[47]
- Die Solidarhaftung gemäss Art. 333 Abs. 3 OR kann nicht rechtswirksam wegbedungen werden.[48]
- Gleiches gilt für die einjährige Weitergeltung eines allfälligen Gesamtarbeitsvertrages bei der Erwerberin (Art. 333 Abs. 1bis OR).[49]

Die Anpassungen von Arbeitsbedingungen können einvernehmlich erfolgen. Diese Lösung bietet sich v.a. für Fälle an, in welchen die Verschlechterungen minimal sind oder durch Verbesserungen in anderen Bereichen wettgemacht werden. Handelt es sich jedoch um Verschlechterungen, bei denen die Arbeitgeberin nicht von vornherein mit der Akzeptanz der Arbeitnehmer rechnen darf, wird sie zum Instrument der Änderungskündigung greifen müssen.

---

41 BGE 127 V 183 E. 7.

42 Entscheide Arbeitsgericht Zürich, Nr. 11, in: JAR 2013, 605.

43 OGer BE, 30.10.2008, in: JAR 2009, 472.

44 BSK OR I-Portmann/Rudolph (FN 8), Art. 333 N 10; Streiff/von Kaenel/Rudolph (FN 4), Art. 333 N 10; Wildhaber (FN 30), 191; Kradolfer (FN 3), 179 ff.; Brunner/Bühler/Waeber/Bruchez (FN 8), Art. 333 N 5; Caruzzo (FN 16), N 20; OGer BE, 30.10.2008, in: JAR 2009, 469; a.M. Wyler/Heinzer (FN 31), 583; ZK-Staehelin (FN 8), Art. 333 N 12.

45 BGE 123 III 246 E. 3b; BGE 114 II 349 E. 3; vgl. auch BVerwG, A-1074/2017, 11.1.2018, E. 5.3; Streiff/von Kaenel/Rudolph (FN 4), Art. 333 N 4; Aubert (FN 31), 704, Kradolfer (FN 3), 191; Wyler/Heinzer (FN 31), 573; Brunner/Bühler/Waeber/Bruchez (FN 8), Art. 333 N 6.

46 ZK-Staehelin (FN 8), Art. 333 N 9; Streiff/von Kaenel/Rudolph (FN 4), Art. 333 N 8; Brunner/Bühler/Waeber/Bruchez (FN 8), Art. 333 N 6; Kradolfer (FN 3), 191.

47 AGer ZH, 17.8.1997, in: ZR 2000, Nr. 82; Streiff/von Kaenel/Rudolph (FN 4), Art. 333 N 8; Brunner/Bühler/Waeber/Bruchez (FN 8), Art. 333 N 6; Kradolfer (FN 3), 191.

48 BVerwG, A-1074/2017, 11.1.2018, E. 5.3.

49 BVerwG, A-1074/2017, 11.1.2018, E. 5.3.

Für Änderungskündigungen kommt zu den drei oben erwähnten noch eine vierte Schranke hinzu: Änderungskündigungen sind zulässig, sofern sie sachlich motiviert sind, d.h. ihnen betriebliche oder marktbedingte Gründe zugrunde liegen.[50] Ohne sachlich schutzwürdigen Grund sind Änderungskündigungen gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung missbräuchlich. Dies gilt zum Beispiel dann, wenn die Änderungskündigung als Druckmittel dient, um eine für den Arbeitnehmer belastende Vertragsänderung herbeizuführen, die sich sachlich nicht rechtfertigen lässt.[51] Die Schwierigkeit liegt darin, dass jeweils im Einzelfall geprüft werden muss, ob Missbräuchlichkeit im Sinne der Rechtsprechung des Bundesgerichts vorliegt oder nicht.[52] Bezweckt die Erwerberin mit der Änderungskündigung lediglich die Angleichung an die Arbeitsbedingungen, die für ihre bestehende Belegschaft gilt, wird dies in aller Regel sachlich gerechtfertigt und damit nicht missbräuchlich sein.[53] Dies muss nach hier vertretener Auffassung auch in standortübergreifenden und internationalen Verhältnissen gelten, wenn die neu für den übergehenden Betrieb geltenden Gruppen-Reglemente nicht marktverzerrend oder unbillig sind.

Es stellt sich die Frage, auf welchen Zeitpunkt Vertragsanpassungen bei Betriebsübergängen wirksam werden können.

Gemäss einem Urteil der Cour d'appel des prud'hommes in Genf können Änderungskündigungen unmittelbar nach Betriebsübergang ausgesprochen werden, da Art. 333 OR keine Frist vorsehe, während der die Anstellungsbedingungen nach einem Betriebsübergang nicht angepasst werden dürften.[54] Die Lehre geht – zu Recht – weiter. Art. 333 OR untersage es der Erwerberin nicht, ab dem Zeitpunkt der Unterschrift des Übernahmevertrags dem Arbeitnehmer neue Arbeitsbedingungen vorzulegen, und zwar bereits mit Inkrafttreten auf den Übernahmezeitpunkt.[55]

In der Praxis entspricht es denn auch regelmässig dem Wunsch der Erwerberin, dass Vertragsänderungen rechtzeitig per Vollzug des Betriebsübergangs in Kraft treten. Die Problematik liegt oft darin, dass die Zeit dazu nicht mehr ausreicht. Dies hat insbesondere drei Gründe:

- Sind infolge eines Betriebsübergangs «Massnahmen» beabsichtigt, muss die Arbeitnehmerschaft dazu vorab konsultiert werden (Art. 333a Abs. 2 OR, Art. 28, 50, 77 FusG). Der Begriff der Massnahme wird denkbar weit verstanden und reicht von Kündigungen, Versetzungen, Lohnreduktionen über Arbeitszeitausweitungen, Änderungen der Stundenpläne bis hin zu Änderungen bei Versicherungslösungen (inkl. Pensionskasse).[56] Sollen Arbeitsbedingungen harmonisiert werden, wird die Arbeitgeberin in aller Regel eine Konsultationspflicht haben.
- Wählt die Arbeitgeberin zur Durchsetzung der neuen Arbeitsbedingungen den Weg der Änderungskündigung und sind die entsprechenden Schwellenwerte erreicht, löst dies in der Regel die Pflicht aus, ein Massenentlassungsverfahren durchzuführen (Art. 335d ff. OR), unter Umständen hat die Arbeitgeberin sogar eine Sozialplanpflicht (Art. 335h ff. OR). Diese Bestimmungen kommen hingegen dann nicht zur Anwendung, wenn die Vertragsänderungen einvernehmlich und ohne Kündigungsdruck erfolgen.[57]
- Schliesslich muss bei Änderungskündigungen beachtet werden, dass diese nicht dazu dienen dürfen, eine Verschlechterung für den Arbeitnehmer auf einen Termin durchzusetzen, mit dem die geltende Kündigungsfrist nicht eingehalten wird. Eine solche Änderungskündigung ist nach der Praxis des Bundesgerichts missbräuchlich.[58] Dies gilt sogar dann, wenn dem Arbeitnehmer vorerst nur eine Vertragsänderung ohne Kündigungsandrohung offeriert wird, wenn diese auf einen Termin vor Ablauf der hypothetischen Kündigungsfrist in Kraft treten soll.[59]

Vertragsanpassungen auf den Zeitpunkt des Betriebsübergangs sind also grundsätzlich zulässig, unterliegen aber verschiedenen sachlichen und zeitlichen Einschränkungen.

V. Fazit

Art. 333 OR bezweckt den Schutz der Arbeitnehmer bei Betriebsübergängen, insbesondere, indem er den automatischen Übergang der Arbeitsverhältnisse unter Wahrung

[50] BGE 123 III 246 E. 3b; BGE 130 III 19 E. 3.1.2.2; ausführlich Thomas Geiser, Die Änderungskündigung im Schweizerischen Arbeitsrecht, AJP 1999, 60 ff.; vgl. auch Kradolfer (FN 3), 174; Winkler (FN 9), 116.

[51] BGE 123 III 246 E. 3.b.

[52] Winkler (FN 9), 116; Kradolfer (FN 3), 175.

[53] Vgl. Kradolfer (FN 3), 176; Caruzzo (FN 16), N 22.

[54] Cour d'appel des prud'hommes de Genève, 3.3.2009, E. 4.1 und 4.2., in: JAR 2010, 498.

[55] Caruzzo (FN 16), N 22.

[56] Statt vieler Streiff/von Kaenel/Rudolph (FN 4), Art. 333a N 6.

[57] Streiff/von Kaenel/Rudolph (FN 4), Art. 333d N 5 m.w.H.

[58] BGer, 4A_194/2011, 5.7.2011, E. 6.1; BGer, 4C.317/2006, 4.1.2007, E. 3.5; BGE 125 III 70 E. 2a; BGE 123 III 246 E. 4.

[59] BGer, 4C.317/2006, 4.1.2007.

der dienstaltersabhängigen Ansprüche des Arbeitnehmers auf die Erwerberin vorsieht.

Nichtsdestotrotz sind individuelle Lösungen für den (Nicht-)Übergang von Arbeitsverhältnissen bei Betriebsübergängen nicht gänzlich ausgeschlossen.

Arbeitnehmer, die vom automatischen Übergang erfasst würden, können in folgenden Fällen beim Veräusserer verbleiben: Der Veräusserer und der Arbeitnehmer vereinbaren, dass der Arbeitnehmer bereits vor dem Betriebsübergang in eine neue Funktion wechselt, die nicht vom Betriebsübergang erfasst wird. Wenn es nicht möglich ist, dass ein Arbeitnehmer in eine neue Funktion wechselt, kann er den Betriebsübergang ablehnen (sofern ausreichend Zeit bleibt) und mit der bisherigen Arbeitgeberin einen neuen Arbeitsvertrag abschliessen. Reicht die Zeit dazu nicht aus, kann ein Aufhebungsvertrag zwischen Veräusserer und Arbeitnehmer verbunden mit einem neuen Arbeitsvertrag Abhilfe schaffen. Damit dieses Vorgehen durchsetzbar ist, muss der Aufhebungsvertrag den Interessen des Arbeitnehmers ausreichend Rechnung tragen. In all diesen Fällen gilt es, die Schranken der Gesetzesumgehung zu beachten.

Umgekehrt ist es auch möglich, dass ein betriebsfremder Arbeitnehmer auf die Erwerberin übergeht. Um sämtliche Risiken auszuschliessen, namentlich allfällige Ansprüche des Arbeitnehmers gegenüber dem Veräusserer aus fortgesetztem Arbeitsvertrag, empfiehlt es sich, in einer tripartiten Vereinbarung die ausdrückliche Einwilligung des Arbeitnehmers zum Übergang auf die Erwerberin einzuholen.

Kündigungen sind auch im Rahmen von Betriebsübergängen rechtmässig. Vorausgesetzt ist, dass sie nicht dazu dienen, den Automatismus von Art. 333 Abs. 1 OR zu umgehen, sondern durch wirtschaftliche, technische oder organisatorische Gründe gerechtfertigt sind.

Der Betriebsübergang lässt Anpassungen der Arbeitsbedingungen der übergehenden Arbeitnehmer an die bestehenden Arbeitsverträge und Reglemente der Erwerberin durchaus zu. Eine solche Anpassung der Arbeitsbedingungen kann auf dem Weg der ausdrücklichen Zustimmung des Arbeitnehmers oder über den Weg der Änderungskündigung erfolgen, sofern letztere nicht zur Umgehung der zwingenden Gesetzesbestimmungen führt und sachlich gerechtfertigt ist. Veräusserer und Erwerberin sollten sich in diesem Zusammenhang vor Augen halten, dass Betriebsübergänge regelmässig eine Konsultationspflicht über solche beabsichtigte Vertragsanpassungen auslösen und, sofern die Vertragsänderung nicht einvernehmlich erfolgt, unter Umständen sogar ein Massenentlassungsverfahren durchgeführt werden muss.

Zusammenfassend besteht bei Betriebsübergängen durchaus Spielraum für Anpassungen des Personalbestands und Vertragsänderungen. Die Um- und Durchsetzbarkeit von individuellen Lösungen erfordert allerdings eine sorgfältige Auseinandersetzung mit den damit verbundenen rechtlichen Risiken.