

Sonderprobleme des Betriebsübergangs

Dr. iur. Martin L. Mueller, LL.M., Fachanwalt Arbeitsrecht SAV

Der Gesetzgeber regelt in Art. 333, 333a und 333b OR den Betriebsübergang detailliert. Sehr viele Aspekte sind denn auch unbestritten. Die Praxis zeigt aber, dass wichtige Fragen immer wieder diskutiert werden müssen – wie z.B., ob bei einem Betriebsübergang von den Arbeitnehmern auch die Verlegung des Arbeitsortes verlangt werden kann (ins Nachbardorf? in einen anderen Kanton?), oder ob im Rahmen eines Betriebsübergangs die Arbeitnehmer Anspruch darauf haben, die gleiche Pensionskassenlösung wie beim alten Arbeitgeber zu erhalten. Der vorliegende Aufsatz versucht, Erkenntnisse aus der Praxis zusammenzufassen.

La loi règle de façon détaillée le transfert d'entreprise, aux art. 333, 333a et 333b CO. Beaucoup d'aspects sont incontestés. Cependant, la pratique montre que des questions importantes restent à discuter – par exemple: si, dans le cadre d'un transfert, il peut être demandé un changement de lieu d'exécution du travail (dans un village voisin? dans un autre canton?) ou si le travailleur peut prétendre conserver le même régime de prévoyance professionnelle chez le nouvel employeur. La présente contribution s'efforce de résumer les acquis de la pratique.

Inhaltsübersicht

1. Einführung
2. Grundlagen
 - 2.1 Betrieb
 - 2.2 Betriebsidentität
 - 2.3 Übertragung
 - 2.4 Informations- und Konsultationspflicht
 - 2.4.1 Informationspflicht: «Rechtzeitig vor dem Vollzug» und vollständig
 - 2.4.2 Konsultationspflicht: «Rechtzeitig vor dem Entscheid», aber erst nach dem Signing
 - 2.5 Ablehnung des Übergangs des Arbeitsverhältnisses
 - 2.5.1 Frist zur Ablehnung des Übergangs des Arbeitsverhältnisses
 - 2.5.2 Kündigungsfrist bei Ablehnung des Übergangs des Arbeitsverhältnisses
3. Sonderfragen
 - 3.1 Vom Betriebsübergang erfasste Arbeitnehmer
 - 3.2 Verlegung des Arbeitsortes
 - 3.3 Bonus-Gratifikation, variabler Lohn und Mitarbeiterbeteiligungsprogramm
 - 3.4 Keine Schutzfristen bei Ablehnung des Übergangs des Arbeitsverhältnisses
 - 3.5 Vorsorgeleistungen
 - 3.6 Tritt der übergehende Arbeitnehmer in eine spezielle Pensionskassenlösung bei der neuen Arbeitgeberin über?

- 3.7 Frühpensionierung
- 3.8 Gesamtarbeitsvertrag (GAV)
- 3.9 Konkurrenzverbot
- 3.10 Auszahlung aufgelaufener Ansprüche?
- 3.11 Betriebsübergang auf ein VegüV-Unternehmen
- 3.12 Kündigungen im Zusammenhang mit einem Betriebsübergang
- 3.13 Stellenantritt nach Betriebsübergang
- 3.14 Betriebsübergang während dem unbezahlten Urlaub
4. Fazit

1. Einführung

In der Praxis ist der Betriebsübergang von sehr grosser Bedeutung: Unternehmen in der Schweiz streben angesichts des grossen Wettbewerbsdrucks dauernd eine Optimierung an, wozu neben Rationalisierungs-massnahmen wie Personalabbau insbesondere auch der Kauf respektive Verkauf von Unternehmensteilen gehört. Dies ermöglicht der Käuferin in der Regel, eine voll funktionsfähige Unternehmenseinheit zu übernehmen und diese sofort zu betreiben.

Das Gesetz regelt den Betriebsübergang in nur drei Artikeln: Art. 333 OR beschreibt die Wirkungen des Betriebsübergangs, Art. 333a OR regelt die Information und die Konsultation der Arbeitnehmervertre-

tung und Art. 333b OR sieht gewisse Sonderregeln für den Fall der Insolvenz vor.

Während die Grundsätze des Betriebsübergangs klar und in der Lehre unbestritten sind, gibt es doch viele ungeklärte Fragen, die in der Praxis gelöst werden müssen. Der vorliegende Beitrag bezweckt, neben einer kurzen Darstellung der rechtlichen Voraussetzungen und einer Zusammenstellung der Grundsätze, auf einige dieser praxisrelevanten Fragen einzugehen¹. Auf den Betriebsübergang im Rahmen der Insolvenz und des FusG wird nicht näher eingegangen.

2. Grundlagen

Die Regeln zum Betriebsübergang kommen dann zur Anwendung, wenn ein Arbeitgeber einen Betrieb oder einen Betriebsteil auf einen Dritten überträgt (Art. 333 Abs. 1 OR). Für das Bestehen eines Betriebsübergangs i.S.v. Art. 333 OR verlangt die Praxis das Vorliegen folgender drei Elemente: Es muss sich (i) um einen Betrieb handeln, welcher (ii) unter Wahrung seiner Identität (iii) auf einen Dritten übertragen wird². Mit Ausnahme der Frage betreffend die Beibehaltung der Betriebsidentität wird das Vorliegen dieser Voraussetzungen in der Praxis meist relativ rasch bejaht. In der Praxis ist sowohl auf Seiten der Verkäuferin als auch auf Seiten der Käuferin ohne Weiteres allgemein anerkannt, dass beim Verkauf eines Betriebs bzw. eines Betriebsteils die Regeln über den Betriebsübergang i.S.v. Art. 333 ff. OR zur Anwendung kommen.

2.1 Betrieb

Das Bundesgericht versteht unter einem *Betrieb* «eine auf Dauer gerichtete, in sich geschlossene organisatorische Leistungseinheit, die selbständig am Wirtschaftsleben teilnimmt»³. *Betriebsteile* sind ge-

mäss bundesgerichtlichem Verständnis «autoorganisatorische Leistungseinheiten, denen die wirtschaftliche Selbständigkeit fehlt»⁴.

Auch wenn diese elaborierten Definitionen für die Abgrenzung von ausserordentlichen Fällen wichtig sind, kann hinsichtlich der in der Praxis typischen Sachverhalte in der Regel festgehalten werden, dass die Rechtsnatur eines Betriebs bzw. eines Betriebsteils ohne Weiteres bejaht wird, da gerade ein funktionierendes Ganzes verkauft werden soll.

2.2 Betriebsidentität

Viel entscheidender ist in der Praxis die Frage, ob die Identität des Betriebs mit dessen Übergang erhalten bleibt. Das Bundesgericht setzt für das Vorliegen eines Betriebsübergangs i.S.v. Art. 333 OR voraus, dass der Betrieb seine Identität bewahrt bzw. dass die Organisation und der Zweck des Betriebs gewahrt werden⁵. Das Bundesgericht verlangt hierfür, dass dieselbe oder eine gleichartige Geschäftstätigkeit von der Erwerberin tatsächlich weitergeführt oder wieder aufgenommen wird⁶. Für die Wahrung der Betriebsidentität sprechen unter dieser Voraussetzung namentlich der Übergang von Infrastruktur und Betriebsmitteln sowie die Übernahme der Kundschaft, mehr oder weniger auch der Anteil der übernommenen Arbeitnehmer, die personell weitgehend unveränderte Geschäftsleitung und das Verbleiben in den bisherigen Geschäftsräumen. Nicht erforderlich ist indes, dass der Betrieb oder Betriebsteil auch umfangmässig im bisherigen Rahmen weitergeführt wird, dass Aktiven übernommen werden, wenn die Betriebsidentität sonst wie erhalten bleibt, oder dass das veräussernde Unternehmen liquidiert wird⁷. Bei der Prüfung der Betriebsidentität wird in der Praxis bei Produktionsbetrieben im Sinne einer Faustregel ein stärkerer Fokus darauf gerichtet, ob Produktionsmittel übertragen werden, während bei Dienstleistungsbetrieben ein stärkerer

¹ Der Autor dankt lic. iur Christine Seiler, Feldmeilen/Zug, sehr herzlich für die vielen, interessanten Diskussionen über die juristische Beurteilung praktischer Aspekte eines Betriebsübergangs.

² Siehe statt aller Streiff Ullin/von Kaenel Adrian/Rudolph Roger, in: Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319–362 OR, 7. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2012, Art. 333 N 4 ff.

³ BGE 129 III 335 E. 2.1; JAR 2002, S. 228.

⁴ BGE 129 III 335 E. 2.1; JAR 2002, S. 228.

⁵ BGE 136 III 555 E. 2.1. Dies entspricht der Rechtsprechung des EuGH, vgl. EuGH C-298/18 vom 27. Februar 2020, *Reiner Grafe u.a. gegen Südbrandenburger Nahverkehrs GmbH u.a.*, N 23.

⁶ BGE 136 III 555; BGE 129 III 336 f.

⁷ Zum Ganzen BSK OR I-Portmann/Rudolph, Art. 333 N 5 m.w.H., in: *Widmer Lüchinger Corinne/Oser David* (Hrsg.), Obligationenrecht I, Basler Kommentar, 7. Aufl. Basel/Zürich 2019 (zit. BSK OR I-Verfasser).

Fokus auf dem Know-How und der Übernahme von Arbeitnehmern liegt⁸. Dies sind jedoch alles nur Indizien, welche im Rahmen einer Einzelfallbeurteilung zu berücksichtigen sind⁹. Das Bundesgericht hielt ausdrücklich fest, dass bei der Frage nach der Wahrung der Betriebsidentität sämtliche den Vorgang kennzeichnende Tatsachen und Umstände zu berücksichtigen sind¹⁰.

Es können bei der Prüfung der Betriebsidentität m.E. auch Aspekte und Umstände mitberücksichtigt werden, welche einen direkten Einfluss auf die konkreten (Arbeits-)verhältnisse der Arbeitnehmer der Verkäuferin haben, wie etwa ein weitaus längerer Arbeitsweg der Arbeitnehmer aufgrund der Verlegung des Arbeitsorts durch die Erwerberin (dazu unten, Ziff. 6.12).

Der EuGH stellt auf die «Beibehaltung der funktionalen Verknüpfung der Wechselbeziehung und gegenseitigen Ergänzung» zwischen den übertragenen Produktionsfaktoren ab¹¹. Der EuGH verlangt, dass der Übergang dem Erwerber die dauerhafte Fortsetzung aller oder bestimmter Tätigkeiten des Veräusserers erlauben muss. Hintergrund hiervon ist die Überlegung, dass ein Betrieb sowohl aus (materiellen und immateriellen) Produktionsfaktoren als auch den Arbeitnehmenden besteht¹². Diese Überlegung erscheint grundsätzlich auch für die Schweiz sinnvoll. Massgeblicher Zeitpunkt für die Beurteilung ist dabei m.E. der Übergang des Betriebes bzw. des Betriebsteils, womit zukünftige Veränderungen des Betriebes durch die Käuferin irrelevant sind. In Anlehnung an die Rechtsprechung des EuGH spricht nach der Lehre für das Vorliegen von Betriebsidentität, wenn die «Entscheidungsbefugnisse innerhalb des betroffenen Betriebsteils im Wesentlichen unverändert bleiben»¹³. Weiter liege Betriebsidentität insbesondere dann nicht vor, «wenn die übertragene Einheit in der Organisation des Erwerbers aufgeht

und ihre bisherige organisatorische Autonomie verliert»¹⁴. Für die Schweiz ist aber offen, ob eine solche Autonomie auch nach dem Übergang beibehalten werden muss – ob also der übergehende Betrieb weiter ein Betrieb im Sinne des Gesetzes sein muss. Das Bundesgericht hat sich in diese Richtung geäußert, wenn es sagt, dass es ausreichend sei, wenn der neue Inhaber den Betrieb weiterführe¹⁵. Dies lässt sich dem Gesetz aber nicht entnehmen: Es wird lediglich vorausgesetzt, dass eine gewisse Autonomie vor dem Übergang bestanden haben muss¹⁶. So ist denn auch die Frage der zukünftigen Autonomie m.E. gerade kein taugliches Kriterium bei der Funktionsnachfolge.

Bleibt die Betriebsidentität gewahrt, gehen die Arbeitsverhältnisse mit den betroffenen Arbeitnehmern mit allen Rechten und Pflichten auf den neuen Arbeitgeber über, sofern der Arbeitnehmer den Übergang nicht ablehnt. Bleibt die Betriebsidentität hingegen nicht gewahrt, so findet kein derartiger Übergang statt. Vielmehr müsste der übertragende Arbeitgeber die Arbeitsverhältnisse kündigen und hätte unter Umständen vorgängig ein Massenentlassungsverfahren nach Art. 335d ff. OR durchzulaufen (dazu unten, Ziff. 3.12).

2.3 Übertragung

Wie bereits eingangs ausgeführt, muss für die Anwendbarkeit von Art. 333 ff. OR ein Betrieb bzw. ein Betriebsteil auf einen Dritten übertragen werden. Das Bundesgericht legt dabei den Begriff der Übertragung weit aus¹⁷. Demnach ist ausreichend, dass der neue Inhaber den Betrieb weiterführt¹⁸. Entscheidend ist damit gemäss Bundesgericht wiederum, ob die Betriebsidentität *post-festum* gewahrt wird¹⁹.

⁸ SHK-Facincani/Sutter, in Etter Boris/Facincani Nicolas/Sutter Reto (Hrsg.), Arbeitsvertrag, Der Einzelarbeitsvertrag (EAV) unter Einbezug der Art. 319–355 OR sowie Art. 361/362 OR, Zürich 2021 (zit. SHK-Verfasser), Art. 333 N 14.

⁹ SHK-Facincani/Sutter (FN 8), Art. 333 N 14.

¹⁰ BGE 4C.37/1999 vom 25. März 1999, E. 1; BGE 136 III 552, E. 2.1, E. 2.2; BGE 132 III 32, E. 4.1.

¹¹ EuGH C-466/07 vom 12. Februar 2009, *Dietmar Klarenberg gegen Ferrotron Technologies GmbH*, N 47.

¹² EuGH C-664/17 vom 13. Juni 2019, *Ellinika Nafpigeia AE gegen Panagiotis Anagnostopoulos u.a.*, N 54.

¹³ Streiff/von Kaenel/Rudolph (FN 2), Art. 333 N 6, mit Verweis auf EuGH C-151/09 vom 29. Juli 2010.

¹⁴ Streiff/von Kaenel/Rudolph (FN 2), Art. 333 N 6; SHK-Facincani/Sutter (FN 8), Art. 333 N 15.

¹⁵ BGE 136 III 552 E. 2.1.

¹⁶ Vgl. die bundesgerichtliche Definition des Betriebs als «keine [...] Leistungseinheit, die selbständig am Wirtschaftsleben teilnimmt.»; JAR 2002, S. 228; vgl. auch EuGH C-466/07 vom 12. Februar 2009, *Dietmar Klarenberg gegen Ferrotron Technologies GmbH*, N 50, worin der EuGH klarstellt, dass die Anwendbarkeit der Regeln über den Betriebsübergang nicht davon abhängen könne, was die Käuferin mit dem erworbenen Betriebsteil machen wird.

¹⁷ Streiff/von Kaenel/Rudolph (FN 2), Art. 333 N 5.

¹⁸ BGE 136 III 552 E. 2.1.

¹⁹ Vgl. oben die Überlegungen zur Weiterführung des Betriebes bei der Diskussion der Betriebsidentität, Ziff. 2.2.

Anzumerken ist, dass die Regeln zum Betriebsübergang nicht nur bei der in Art. 333 OR angesprochenen Übertragung (realiter: Verkauf) eines Unternehmensteils zur Anwendung kommen, sondern auch bei fusionsgesetzlichen Tatbeständen²⁰ sowie beim Tod des Arbeitgebers (Art. 338a OR).

Art. 333 Abs. 1 OR bestimmt als Grundsatz, dass «das Arbeitsverhältnis mit allen Rechten und Pflichten mit dem Tage der Betriebsnachfolge auf den Erwerber» übergeht. Der Arbeitnehmer erhält damit eine neue Arbeitgeberin. Der Inhalt des Arbeitsverhältnisses – die Substanz – bleibt indes grundsätzlich gleich. Besonders interessant und in der Praxis wider Erwarten oft schwierig ist die Bestimmung, was unter «allen Rechten und Pflichten» genau zu verstehen ist. Auf einzelne Punkte wird nachfolgend einzugehen sein.

2.4 Informations- und Konsultationspflicht

Der Gesetzgeber setzt für die Informations- und die Konsultationspflicht einen jeweils unterschiedlichen Zeitrahmen fest: Während die Arbeitnehmer «rechtzeitig vor dem Vollzug des Übergangs zu informieren» sind, muss das Konsultationsverfahren «rechtzeitig vor dem Entscheid» über die beabsichtigten Massnahmen durchgeführt werden (Art. 333a Abs. 1 und Abs. 2 OR). Im Einzelnen:

2.4.1 Informationspflicht: «Rechtzeitig vor dem Vollzug» und vollständig

«Rechtzeitig» i.S.v. Art. 333a Abs. 1 OR erfolgt die Information der Arbeitgeberin dann, wenn der Arbeitnehmer genügend Zeit hat, um sich über eine mögliche Ablehnung des Übergangs seines Arbeitsverhältnisses ausreichend Gedanken zu machen. Die Frage ist, ob der den Übergang ablehnende Arbeitnehmer im Rahmen von Art. 333a Abs. 1 OR einen Anspruch hat, die ganze Kündigungsfrist bei seinem alten Arbeitgeber zu verbringen mit der Folge, dass ein Betriebsübergang frühestens nach Ablauf der Kündigungsfristen umgesetzt werden kann. Dem ist nicht so, da sämtliche Arbeitsverhältnisse auf die

Erwerberin übergehen, welche im Zeitpunkt der Betriebsübertragung noch bestehen²¹. Dies bedeutet, dass auch jene Arbeitsverhältnisse auf die Erwerberin übertragen werden, deren Übergang durch die Arbeitnehmer i.S.v. Art. 333 Abs. 2 OR abgelehnt wurden, deren Kündigungsfrist indes erst nach dem Tag des Betriebsübergangs abläuft²². Der den Übergang ablehnende Arbeitnehmer kann demnach nicht unter allen Umständen ein Arbeitsverhältnis mit der Erwerberin verhindern, sondern muss ein solches für eine beschränkte Zeit hinnehmen. Erweist sich dies aus ganz besonderen Umständen ausnahmsweise als unzumutbar, so bleibt dem Arbeitnehmer bei gegebenen Voraussetzungen einzig übrig, eine fristlose Kündigung aus wichtigem Grund nach Art. 337 OR auszusprechen²³. Der Arbeitnehmer hat mithin keinen Anspruch darauf, die gesetzliche Kündigungsfrist bei seinem angestammten Arbeitgeber zu verbringen.

Im Rahmen der Informationspflicht aus Art. 333a Abs. 1 OR muss die Arbeitgeberin die Arbeitnehmervertretung (bzw. die Arbeitnehmer) sodann über den Grund sowie die rechtlichen, wirtschaftlichen und sozialen Folgen des Betriebsübergangs informieren²⁴. Zu diesem Zweck muss sich die Arbeitgeberin offenkundig auch auf Informationen der Käuferin verlassen, da sie selbst nicht in der Lage ist, sich mit absoluter Gewissheit über die Folgen des Übergangs zu informieren. Vor diesem Hintergrund empfiehlt sich für die Arbeitgeberin, sich von der Käuferin im Übernahmevertrag zusichern zu lassen, dass Letztere über ihre eigenen Pläne vollständig informiert hat, sofern diese ebenso eine Mitwirkungspflicht trifft (vgl. Art. 9 MitwG). Die übertragende Arbeitgeberin ist jedenfalls gut beraten, in ihren Informationen jeweils klarzustellen, wenn sie sich auf von der Käuferin stammende Informationen verlässt.

²⁰ Fusion (Art. 27 f., Art. 85 Abs. 4 FusG, Art. 96 Abs. 5); Spaltung (Art. 49 f. FusG); Vermögensübertragung (Art. 76 f. FusG und Art. 98 FusG).

²¹ *Abegg Andreas/Bernauer Christof*, in: *Gauch Peter/Stöckli Hubert* (Hrsg.), *Präjudizienbuch OR, Die Rechtsprechung des Bundesgerichts (1875–2020)*, 10. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2021, Art. 333 N 3 m.w.H.

²² BBl 1967 II, S. 37; vgl. auch *Streiff/von Kaenel/Rudolph* (FN 2), Art. 333 N 12.

²³ BSK OR I-*Portmann/Rudolph* (FN 7), Art. 333 N 32.

²⁴ *Wildhaber Isabelle*, in: *Portmann Wolfgang/von Kaenel Adrian* (Hrsg.), *Fachhandbuch Arbeitsrecht, Expertenwissen für die Praxis*, Zürich/Basel/Genf 2018, S. 873 f.

2.4.2 Konsultationspflicht: «Rechtzeitig vor dem Entscheid», aber erst nach dem Signing

Das Gesetz schreibt vor, dass die Arbeitnehmervertretung zu konsultieren ist bzw. die Arbeitnehmer zu konsultieren sind, wenn «infolge des Übergangs Massnahmen beabsichtigt [sind], welche die Arbeitnehmer betreffen» (Art. 333a Abs. 2 OR). Diese Vorschrift ist in zweierlei Hinsicht bedeutend: Einerseits steht hier auch die Käuferin im Obligo, andererseits ist entscheidend, dass allfällige Massnahmen lediglich beabsichtigt sind.

In der Praxis ist es meistens die Käuferin, die solche Massnahmen beabsichtigt. Da die Käuferin aber noch keinen Zugang zu den zu übernehmenden Arbeitnehmern hat, ist sie auf die guten Dienste der Arbeitgeberin, d.h. der Verkäuferin, angewiesen. So wird die übertragende Arbeitgeberin den Kontakt zur Arbeitnehmervertretung resp. zu den Arbeitnehmern herstellen müssen. Verschiedentlich wird die Konsultation von beiden Parteien gemeinsam durchgeführt, um auch gegenüber den Arbeitnehmern Einheit und Stabilität zu signalisieren. Auch bei einer solchen gemeinsamen Konsultation ist indes immer klar anzugeben, wer für einen bestimmten Konsultationsteil verantwortlich ist. Es empfiehlt sich auch hier, die Konsultationspflichten und die diesbezügliche Zusammenarbeit zwischen den Parteien im Übernahmevertrag ausdrücklich zu regeln. Die Verkäuferin kann damit sicherstellen, dass «ihre» Arbeitnehmer im Transaktionsprozess korrekt behandelt werden.

Wichtig ist sodann, dass eine Konsultationspflicht bereits dann besteht, wenn solche Massnahmen *beabsichtigt* sind. Die Massnahmen dürfen daher noch nicht beschlossen worden sein. «Beabsichtigen» nach Art. 333a Abs. 2 OR ist daher gleich zu verstehen wie «beabsichtigen» nach Art. 335f OR. Es muss daher sichergestellt sein, dass das Konsultationsverfahren effektiv durchgeführt werden kann. Dies bedingt, dass die Arbeitnehmervertretung resp. die Arbeitnehmer in der Lage sind, Vorschläge der Arbeitgeberin zu unterbreiten, welche sodann auch tatsächlich umgesetzt werden können. Ein Teil der Lehre ist der Ansicht, «rechtzeitig» sei in dem Sinne auszulegen, dass der potentielle Erwerber die Konsultation noch

vor der Vertragsunterzeichnung durchführen muss²⁵. Diese Ansicht verkennt jedoch m.E., dass eine Käuferin noch keine Massnahmen i.S.v. Art. 333a Abs. 2 OR beabsichtigen kann, solange keine Vertragsgrundlage für solche Absichten besteht. Weiter würde die Konsultation ihres Sinnes entleert, wenn sie von jedem potentiellen Käufer durchgeführt werden müsste, der mit der Arbeitgeberin über eine mögliche Transaktion diskutiert. Entscheidend ist vielmehr, dass die Käuferin nach Vertragsunterzeichnung eine effektive Konsultation durchführt, wofür vorausgesetzt wird, dass die Arbeitnehmer den Entscheidungsprozess bei der Arbeitgeberin tatsächlich beeinflussen können. Eine Konsultationspflicht kann somit erst nach Unterzeichnung des Übernahmevertrages bestehen.

2.5 Ablehnung des Übergangs des Arbeitsverhältnisses

Der Arbeitnehmer hat das Recht, den Übergang seines Arbeitsverhältnisses abzulehnen. Lehnt der Arbeitnehmer den Übergang ab, so wird das Arbeitsverhältnis automatisch «auf den Ablauf der gesetzlichen Kündigungsfrist aufgelöst» (Art. 333 Abs. 2 OR).

2.5.1 Frist zur Ablehnung des Übergangs des Arbeitsverhältnisses

Die Arbeitgeberin setzt dem Arbeitnehmer eine Frist, innert welcher er die Ablehnung des Übergangs erklären kann. Die Länge der Frist ist im Einzelfall zu bestimmen²⁶. Das Bundesgericht spricht dabei – ohne jede Begründung – von einer Überlegungsfrist «de quelques semaines à compter du moment où il a connaissance du transfert de l'entreprise»²⁷; um sich dann aber sofort im nächsten Satz der Erwägung auf

²⁵ Vgl. *Streiff/von Kaenel/Rudolph* (FN 2), Art. 333 N 8, wonach dies eine «unübliche Situation» sei – in der Praxis wird eine Käuferin aber schon vor Vertragsunterzeichnung eine sehr detaillierte Analyse des zu übernehmenden Betriebsteils gemacht haben und deshalb schon zu diesem Zeitpunkt wissen, welche Massnahmen sie nach Vertragsunterzeichnung beabsichtigen wird.

²⁶ Vgl. *Streiff/von Kaenel/Rudolph* (FN 2), Art. 333 N 11; in der (älteren) Lehre wird – in Anlehnung an die gesetzliche Dauer der Probezeit – vertreten, dass die Ablehnungsfrist einen Monat betragen soll; vgl. Zusammenstellung bei *Kradolfer Dean Andreas*, Der Betriebsübergang, Auswirkungen auf das Individualarbeitsverhältnis, Genf/Zürich/Basel 2008, S. 96, m.w.H.

²⁷ BGer 4A_350/2018 vom 25. Oktober 2018 E. 3.

ein «délai raisonnable»²⁸ zu beschränken. Eine pauschale Bedenkfrist von mehreren Wochen findet sich nicht im Gesetz und ist m.E. aber klar zu lange, da der Arbeitnehmer durch die Informations- und Konsultationspflichten vollständige Transparenz erhält und hiermit über eine hinreichende Überlegungsgrundlage verfügt²⁹. Vielmehr ist mit dem Bundesgericht zu fordern, dass die Bedenkfrist angemessen sein muss. In der Praxis wird m.E. in den meisten Fällen daher eine Bedenk- bzw. Ablehnungsfrist von ein bis zwei Wochen ab erfolgter Information bzw. Konsultation der Arbeitnehmervertretung bzw. der Arbeitnehmer genügen³⁰.

Soweit ersichtlich, diskutiert die Literatur nur über die Länge der Konsultationsfrist. Offen ist aber, wie es sich mit der Frist zur Ablehnung des Übergangs bei Notwendigkeit einer Konsultation verhält. Hier gilt m.E., dass zuerst das Konsultationsverfahren abgeschlossen sein muss. Erst wenn der Arbeitnehmer über eine vollständige Grundlage für den Ablehnungsentscheid verfügt, kann er den Ablehnungsentscheid fällen.

2.5.2 Kündigungsfrist bei Ablehnung des Übergangs des Arbeitsverhältnisses

Je nach Transaktionszeitplan und der einschlägigen Kündigungsfrist ist es möglich, dass die Kündigungsfrist vor dem Übergang des Betriebes bzw. des Betriebsteils abläuft. Nach einem Teil der Lehre wird das Arbeitsverhältnis aber frühestens auf den Zeitpunkt des Betriebsübergangs beendet³¹. Dafür spricht sicherlich, dass es auch trotz unterschriebenem Übernahmevertrag nicht zwingend zum Vollzug der Transaktion (*Closing*) kommen muss und es deshalb möglich ist, dass der Betriebsübergang doch nicht stattfindet. Ungeklärt ist aber, wie sich diese Ansicht mit der Vorschrift von Art. 335c Abs. 1 OR verträgt (wonach die Kündigung per Ende Monat wirksam wird), der Betriebsübergang aber nicht per Monatsende vollzogen wird. M.E. endet das Arbeits-

verhältnis dann doch per Betriebsübergang (wobei im Arbeitszeugnis dann m.E. fairerweise darauf hingewiesen werden sollte, dass sich das ungewöhnliche Beendigungsdatum aus der Ablehnung des Betriebsübergangs ergibt – so dass nicht der Eindruck einer fristlosen Kündigung entsteht).

Genauso gut ist möglich, dass die gesetzliche Kündigungsfrist erst nach dem Betriebsübergang abläuft. In diesem Fall geht das Arbeitsverhältnis trotz Ablehnung durch den Arbeitnehmer noch bis zum Ende der Kündigungsfrist auf den Erwerber des Betriebes bzw. des Betriebsteils über (vgl. Ziff. 4.1.). Obschon dies allgemein anerkannt ist³², kann der Wechsel des Arbeitgebers für den Arbeitnehmer indes gravierende Folgen haben, da mit dem Wechsel des Arbeitgebers (meistens) auch der Wechsel der Pensionskasse einhergeht. Von besonderer Relevanz kann dies für Arbeitnehmer sein, die bei der ehemaligen Arbeitgeberin zu vorteilhaften Konditionen (z.B. hoher Umwandlungssatz) frühpensioniert werden könnten, bei der Pensionskasse der Käuferin aber sehr viel schlechtere Konditionen gewärtigen müssen. Die Praxis versucht in diesen speziellen Fällen eine pragmatische Lösung zu finden, um dem Arbeitnehmer eine Frühpensionierung bei seinem angestammten Arbeitgeber zu ermöglichen.

3. Sonderfragen

3.1 Vom Betriebsübergang erfasste Arbeitnehmer

Das Gesetz bestimmt in Art. 333 Abs. 1 OR lediglich, dass bei Übertragung eines Betriebs bzw. Betriebsteils «das Arbeitsverhältnis» übergeht. Das ist insofern klar, als ein Arbeitnehmer zu einem Beschäftigungsgrad von 100% für den übergehenden Betriebsteil arbeitet. Ist der Arbeitnehmer aber auch noch für andere Betriebsteile tätig, muss im Einzelfall entschieden werden, ob das Arbeitsverhältnis vom Betriebsübergang erfasst wird.

²⁸ BGer 4A_350/2018 vom 25. Oktober 2018 E. 3.

²⁹ Zudem ist nicht ersichtlich, weshalb die Dauer der Probezeit relevant sein soll, zumal für die bedeutend komplexere Konsultation bei Massenentlassungen auch Fristen von 3–5 Arbeitstagen erlaubt sind; vgl. Nachweise bei *Streiff/von Kaenel/Rudolph* (FN 2), Art. 335f N 7.

³⁰ Vgl. BGE 130 III 102 E. 4.3.

³¹ *Streiff/von Kaenel/Rudolph* (FN 2), Art. 333 N 12.

³² Vgl. *Streiff/von Kaenel/Rudolph* (FN 2), Art. 333 N 12.

Dabei sind zwei Gesichtspunkte massgebend³³: Einerseits die Tätigkeit des Arbeitnehmers selbst, andererseits die Vollständigkeit bzw. Funktionsfähigkeit des Betriebsteils. Vom Betriebsübergang werden grundsätzlich alle Arbeitsverhältnisse jener Arbeitnehmer erfasst, die vorwiegend für den übergehenden Betriebsteil arbeiten. Das ist unproblematisch, wenn ein Arbeitnehmer z.B. 60% seiner Arbeitsleistung für den übergehenden Betriebsteil erbringt. Wie verhält es sich aber, wenn eine Arbeitnehmerin 30% ihrer Arbeitszeit für den übergehenden Betriebsteil und ihre restliche Arbeitszeit für verschiedene andere Betriebsteile aufwendet, ihre Arbeit indes für die Funktionsfähigkeit sämtlicher Betriebsteile von grosser Bedeutung ist? Hier ist aus Sicht des übergehenden Betriebsteils im Einzelfall zu entscheiden, welche Funktionen für die Aufrechterhaltung der «organisatorische[n] Leistungseinheit, die selbständig am Wirtschaftsleben teilnimmt»³⁴ erforderlich sind. In der Praxis trifft man solche Konstellationen häufig bei sog. *Shared Services* an. Dies umfasst Arbeitnehmer, welche für verschiedene Betriebsteile eines Unternehmens Arbeit verrichten, die für die Funktionsfähigkeit jedes einzelnen Betriebsteils unerlässlich ist (z.B. Human Resources Abteilung für das ganze Unternehmen). In einer solchen Konstellation ist im Einzelfall abzuwägen, welche Funktionen zum Betriebsteil gehören und wie diese am besten ausgestaltet werden können bzw. wie sichergestellt werden kann, dass der übergehende Betriebsteil (wie auch der zurückbleibende Betriebsteil) funktionsfähig bleibt. So ist auch denkbar, dass die Anstellung der vorher erwähnten Arbeitnehmerin, die zwar nur 30% ihrer Tätigkeit für den vom Übergang betroffenen Betriebsteil arbeitet, dennoch im Rahmen des Betriebsübergangs auf den Erwerber übergeht, um die Funktionsfähigkeit des übergehenden Betriebsteils sicherzustellen.

Abzulehnen ist m.E. sodann die Übertragung der kürzlich ergangenen EuGH Rechtsprechung auf das schweizerische Recht, wonach der Arbeitsvertrag jener Arbeitnehmern, die für verschiedene Betriebs-

teile tätig sind und die sich nicht eindeutig einem Betriebsteil zuordnen lassen, in verschiedene Teilzeitarbeitsverhältnisse aufzuspalten ist und anteilig übergeht. Offenbar setzt der EuGH voraus, dass eine Aufspaltung möglich ist und weder zur Verschlechterung der Arbeitsbedingungen noch zur Beeinträchtigung der Senioritätsrechte führt³⁵. Trotz der europarechtskonformen Auslegung von Art. 333 ff. OR³⁶ ist auf die Anwendung dieser Rechtsprechung im schweizerischen Recht zu verzichten, da eine Aufspaltung des Arbeitsverhältnisses und der damit einhergehenden Rechten und Pflichten sowohl für den Arbeitnehmer als auch für den Arbeitgeber in der Praxis zu einer Vielzahl von Schwierigkeiten führen würde³⁷.

3.2 Verlegung des Arbeitsortes

Der Erwerber integriert den übernommenen Betriebsteil in seine eigene, bereits bestehende Organisation. Aus Effizienzgründen wird dies oft bedingen, dass der Geschäftsbetrieb räumlich verlegt wird, z.B. aus der Produktionshalle oder den Büros des ehemaligen Arbeitgebers zum neuen Arbeitgeber. Hier stellt sich die Frage, wie sich die Verlegung des Arbeitsortes zum Übergang von allen Rechten und Pflichten verhält. M.E. ist auch für diese Frage im Rahmen der Identitätsprüfung zu entscheiden: Nicht jede Verlegung stellt einen Bruch der Identität dar³⁸ (so z.B. die Verlegung in die Nachbargemeinde), sondern die Identität wird erst bei einer erheblichen Veränderung des Betriebsortes gebrochen.

Als Richtschnur schlage ich in Anlehnung an die Praxis zur Zumutbarkeit einer Arbeitsstelle nach Art. 16 Abs. 2 lit. f AVIG vor, dass erst bei einer Verlegung um mehr als 90 Minuten Arbeitsweg keine Identität

³³ Gemäss *Wildhaber Isabelle*, Das Arbeitsrecht bei Umstrukturierungen, Zürich 2011, S. 85, soll einzig massgebend sein, in welchem Betrieb(-steil) der Arbeitnehmer objektiv überwiegend tätig war. Ist diese Zuordnung nicht möglich, bspw. bei sog. Springer, welche in verschiedenen Betriebsteilen oder Betrieben eingesetzt werden, kann ein Übergang kraft Gesetz eben gerade nicht stattfinden.

³⁴ BGE 129 III 335 E. 2.1; JAR 2002, S. 228.

³⁵ EuGH C-344/18 vom 26.3.2020, *ISS Facility Services gegen Sonia Govaerts NV*, N 38.

³⁶ Vgl. BGE 129 III 335 E. 6.

³⁷ Kritisch ebenso *Suter-Sieber Irène/Tuor-Mäder Nadine*, Das Arbeitsverhältnis beim Betriebsübergang, AJP 2021, S. 441, S. 443 f.

³⁸ So auch das Bundesgericht, Urteil vom 25. März 1999, Doss.-Nr. 4C.37/1999 (Bestätigung des Urteils des Obergerichtes Zürich vom 14. Dezember 1998) in JAR 2002, S. 228. In diesem Fall zog das Unternehmen nach zwei Monaten in neue Räumlichkeiten um. A.M. aber *Streiff/von Kaenel/Rudolph* (FN 2), Art. 333 N 6, wonach die Identität nicht mehr gewahrt ist, sobald «ein Unternehmer seine eigene Tätigkeit an einen neuen Ort verlegt».

mehr besteht³⁹. Abweichendes gilt ausnahmsweise bei einer Verlegung des Arbeitsortes ins Ausland, womit die Identität bereits mit dem Grenzübergang gebrochen wird.

3.3 Bonus-Gratifikation, variabler Lohn und Mitarbeiterbeteiligungsprogramm

Mit dem Übergang des Arbeitsverhältnisses gehen auch die Lohnansprüche des Arbeitnehmers auf die Erwerberin über. Keine Besonderheiten bestehen dabei beim Fixum (Base Salary). Bei variablen Lohnbestandteilen besteht in der Regel die Schwierigkeit, dass die jeweiligen Messgrößen (targets) entweder nicht mehr passen oder gar nicht mehr zur Verfügung stehen. Entscheidend ist in all diesen Fällen, dass der Erwerber für die übernommenen Arbeitnehmer ein System einführt, welches diesen eine faire Chance auf einen Bonus einräumt⁴⁰.

Auch die Mitarbeiterbeteiligungsprogramme des ehemaligen und des neuen Arbeitgebers können sehr unterschiedlich ausgestaltet sein. Es ist in diesem Fall ebenfalls eine Anpassung notwendig, möglicherweise verbunden mit einem zusätzlichen monetären Ausgleich, wobei in einer Gesamtbetrachtung die übergehenden Arbeitnehmer nicht schlechter gestellt werden dürfen.

Es ist möglich, dass der Erwerber über kein Mitarbeiterbeteiligungsprogramm verfügt, wie z.B. bei einem Verkauf eines Geschäftsbereichs einer börsenkotierten Gesellschaft an ein privat gehaltenes Unternehmen. Die übergehenden Arbeitnehmer haben keinen Anspruch, dass der Erwerber für sie ein vergleichbares Mitarbeiterbeteiligungsprogramm erstellt. Zu beachten ist, dass dies auch aufgrund mangelnder Liquidität der Titel für die betroffenen Arbeitnehmer ökonomisch nicht interessant wäre. Es kann in einem solchen Fall nur den ökonomisch gleichwertigen und fairen Ersatz geben. Der neue Arbeitgeber wird daher für die übergehenden Arbeitnehmer einen Kompen-

sationsmechanismus einführen müssen, welcher die Vorteile aber auch die Bindungswirkungen eines Mitarbeiterbeteiligungsprogramms einer börsenkotierten Arbeitgeberin angemessen reflektiert.

3.4 Keine Schutzfristen bei Ablehnung des Übergangs des Arbeitsverhältnisses

Die Ablehnung des Übergangs des Arbeitsverhältnisses begründet keine Kündigung, womit auch die für die Kündigungen geltenden gesetzlichen und vertraglichen Vorschriften nach Art. 336 ff. OR nicht anwendbar sind⁴¹. Dies bedeutet, dass insb. auch der Kündigungsschutz von Art. 336c f. OR und die damit einhergehenden Schutzfristen bei Ablehnung des Übergangs durch den Arbeitnehmer nicht gelten⁴². Der Kündigungsschutz von Art. 336c f. OR gilt m.E. mitunter auch dann nicht, wenn der Arbeitnehmer den Übergang des Arbeitsverhältnisses deshalb ablehnt, weil der übernehmende Arbeitgeber bestimmte Massnahmen beabsichtigt, welche die Stellung der zu übernehmenden Arbeitnehmer negativ beeinträchtigen, wie etwa Kündigungen zwecks Reduktion der Arbeitnehmerschaft. Der Kündigungsschutz von Art. 336c f. OR greift lediglich bei einer entsprechenden Kündigung durch den Arbeitnehmer bzw. den Arbeitgeber.

3.5 Vorsorgeleistungen

Die übergehenden Arbeitnehmer werden in der Regel aus dem Vorsorgewerk ihrer ehemaligen Arbeitgeberin aus- und in das Vorsorgewerk der neuen Arbeitgeberin eintreten. Der Übertritt erfolgt entweder als Einzelübertritt mit Übertragung der vollen Austrittsleistung oder im Rahmen einer Teilliquidation, bei welcher die übergehenden Arbeitnehmer eine Unter- oder Überdeckung mitnehmen.

Das Vorsorgeverhältnis, das Verhältnis zwischen dem Arbeitnehmer und der Pensionskasse, ist eine eigenständige vertragliche Beziehung. Da im Rahmen eines Betriebsübergangs nach Art. 333 OR lediglich die arbeitsvertraglichen Rechte und Pflichten auf die Käuferin übergehen, wird das Vorsorgeverhältnis davon nicht erfasst. Die Vorsorgeleistungen aus über-

³⁹ Vgl. dazu EVG C 386/00 vom 16. Mai 2001 «Arbeitsweg von unter 2 Stunden je Weg»; EVG c 22/04 vom 8. Oktober 2004 «Arbeitsweg von weniger als 4 Stunden»; AVIG-Praxis ALE/B-294 «Eine Arbeit ist unzumutbar, wenn sie einen Arbeitsweg von mehr als 2 Stunden je Hin- und Rückweg notwendig macht. Massgebend ist dabei der Zeitaufwand von Tür zu Tür».

⁴⁰ Vgl. *Wildhaber* (FN 33), S. 204 ff, die das Problem über die ergänzende Vertragsauslegung bzw. eine Vertragsanpassung an die geänderten Umstände löst.

⁴¹ BSK OR I-Portmann/Rudolph (FN 7), Art. 333 N 26.

⁴² Vgl. *Streff/von Kaenel/Rudolph* (FN 2), Art. 333 N 11.

obligatorischen Zusatzversicherungen gehen deshalb nicht auf die Käuferin über⁴³. Dies wird von der Gewerkschafts-Seite in Frage gestellt, wobei argumentiert wird, dass die Vorsorgelösung der Arbeitgeberin Bestandteil der im Zeitpunkt der Betriebsübernahme geltenden Arbeitsbedingungen seien und daher vom neuen Arbeitgeber aufrechtzuerhalten seien⁴⁴. Diese Ansicht ist m.E. jedoch nur dann zutreffend, wenn im Einzelvertrag Zusagen zu bestimmten Pensionskassenleistungen gemacht werden. Ist in dem bisherigen Arbeitsvertrag ausdrücklich eine Versicherungsdeckung aus der weitergehenden Vorsorge vorgesehen, so muss diese Vorsorge gemäss dem Bundesgericht von der neuen Arbeitgeberin zu den gleichen Bedingungen beibehalten und weitergeführt werden, da es sich dabei um eine vertragliche Verpflichtung handelt, die unter den Schutz von Art. 333 OR fällt⁴⁵.

Ist dies nicht der Fall, was in der Praxis die Regel ist, so werden die Vorsorgeleistungen vom Betriebsübergang nicht erfasst. Durch die Swisslex-Revision im Rahmen des autonomen Nachvollzuges wurden die Bestimmungen zum Betriebsübergang der europäischen Betriebsübergangsrichtlinie RL 2001/23/EG⁴⁶ angepasst⁴⁷. Diese Richtlinie sieht in Art. 3 Abs. 4 lit. a vor, dass die «Rechte der Arbeitnehmer auf Leistungen bei Alter, Invalidität oder für Hinterbliebene aus betrieblichen oder überbetrieblichen Zusatzvorsorgeeinrichtungen ausserhalb der gesetzlichen Systeme der sozialen Sicherheit der Mitgliedstaaten» nicht auf den Erwerber übergehen, sofern die Mitgliedsstaaten nichts anderes vorsehen⁴⁸. Art. 333 OR sieht keine Ausnahme betreffend den Übergang auf den neuen Arbeitgeber von Rechten und Pflichten aus freiwilligen Zusatzversicherungen für Leis-

tungen bei Alter und Invalidität zu Gunsten der Arbeitnehmer vor. Da sich Art. 333 OR aber an die europäische Betriebsübergangsrichtlinie anlehnt, nach welcher die Rechte der Arbeitnehmer auf Vorsorgeleistungen aus überobligatorischen Zusatzversicherungen nicht auf den neuen Arbeitgeber übergehen, wird überwiegend die Ansicht vertreten, dass der schweizerische Gesetzgeber diese Rechte ebenfalls von Art. 333 OR ausnehmen wollte⁴⁹. Zu bedenken ist hier insbesondere auch, dass eine Änderung im Pensionskassenreglement grundsätzlich keine Änderungskündigung verlangt.

Die übergehenden Arbeitnehmer sind aber im Rahmen der Informationspflicht über die Unterschiede in den betreffenden Pensionskassenlösungen aufzuklären (vgl. Art. 333a Abs. 1 lit. b OR).

Analoges gilt ebenfalls für die anderen von der Arbeitgeberin zu Gunsten der Arbeitnehmer abgeschlossenen Versicherungen. Verschlechtert sich die Versicherungsdeckung nach dem Betriebsübergang, ist dies vom Arbeitnehmer hinzunehmen⁵⁰. Im Rahmen der Informationspflicht ist der Arbeitnehmer deshalb darauf hinzuweisen, dass sich seine Versicherungsdeckung verändern wird.

3.6 Tritt der übergehende Arbeitnehmer in eine spezielle Pensionskassenlösung bei der neuen Arbeitgeberin über?

Es ist unbestritten, dass die neue Arbeitgeberin die übergehenden Arbeitnehmer vorsorgemässig versichern muss, wenn die einschlägigen Bestimmungen erfüllt sind. Wechseln die Arbeitnehmer von einer Arbeitgeberin mit minimal ausgestalteten Pensionskassenleistungen zu einer Arbeitgeberin, die sehr grosszügige Pensionskassenleistungen vorsieht, stellt sich die Frage, ob für die übergehenden Arbeitnehmer eine (weniger gut dotierte) Speziallösung eingeführt werden kann oder ob sie zwingend in die bestehende (grosszügige) Pensionskasse der neuen Arbeitgeberin wechseln.

⁴³ Wildhaber (FN 33), S. 217; Bersier Eric, *Assurances/Transfert d'entreprise et prévoyance professionnelle*, in: Wyler Rémy (Hrsg.), *Panorama en droit du travail*, Recueil d'études réalisées par des praticiens, Bern 2009, S. 687 ff. S. 698; Karagjozi Endrit, *Les transferts d'entreprises en droit du travail*, Etude comparative des droits communautaire, britannique, français et suisse, Zürich 2003, S. 92 f.

⁴⁴ Brunner Christiane/Bühler Jean-Michel/Waerber Jean-Bernard, *Commentaire du contrat de travail*, 3. Aufl., Lausanne 2004, Art. 333 N 6; a.A. Wildhaber (FN 33), S. 217.

⁴⁵ BGE 137 V 463 E. 4.3, in: Pra 101 (2012) Nr. 45; BGE 4C.50/2002 E. 1b.

⁴⁶ Ersetzt die Richtlinie 77/187/EWG vom 14. Februar 1977.

⁴⁷ Rehbindler Manfred/Stöckli Jean-Fritz, *Berner Kommentar, Der Arbeitsvertrag*, Art. 331–355 und Art. 361–362 OR, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, 2. Aufl., Bern 2014, Art. 333a N 1 (zit. BK-Verfasser).

⁴⁸ Wildhaber (FN 33), S. 216.

⁴⁹ Wildhaber (FN 33), S. 217; Bersier (FN 43), S. 698; Karagjozi (FN 43), S. 92 f.

⁵⁰ Z.B. Unfallversicherung. Erlaubt die Police der Arbeitgeberin eine Behandlung des Arbeitnehmers als Privatpatient, während bei der Käuferin die Behandlung lediglich auf der allgemeinen Abteilung versichert ist.

M.E. bilden die übergehenden Arbeitnehmer ein Kollektiv, welches sich nach einem objektiven Kriterium richtet (vgl. Art. 1 Abs. 3 BVG i.V.m. Art. 1c ff. BVV II). Die neue Arbeitgeberin darf deshalb für die übergehenden Arbeitnehmer eine separate Pensionskassenlösung vorsehen. Das relevante Kollektiv kann dabei verschieden definiert werden: Einerseits können die übergehenden Arbeitnehmer das Kollektiv bilden, andererseits auch die Arbeitnehmer des übernehmenden Unternehmens. Diese Differenzierung ist relevant, wenn zu entscheiden ist, ob die nach dem Betriebsübergang neu in diesem Betriebsteil angestellten Arbeitnehmer ebenfalls in diese Pensionskassenlösung eintreten oder nicht. Beide Ansätze sind in der Praxis denkbar.

3.7 Frühpensionierung

Ein Arbeitnehmer, der die reglementarischen Anforderungen für die Frühpensionierung erfüllt, entscheidet selbst, wann er frühpensioniert wird. Es ist zulässig, dass der Arbeitnehmer seine Frühpensionierung auf den Zeitpunkt des Betriebsübergangs hin erklärt. In diesem Fall besteht kein Arbeitsverhältnis mehr, welches nach Art. 333 OR auf die Erwerberrin übertragen werden könnte, selbst wenn die Verkäuferin die Rente des ehemaligen Arbeitnehmers bezahlt⁵¹.

Eine allfällige Frühpensionierung ist insbesondere dann von grosser Bedeutung, wenn sehr unterschiedliche Altersleistungen zwischen dem alten und dem neuen Vorsorgewerk bestehen, etwa wenn die Pensionskasse der alten Arbeitgeberin einen höheren Umwandlungssatz als die Pensionskasse der neuen Arbeitgeberin vorsieht.

Entscheidend ist, dass sich der Arbeitnehmer in diesem Fall tatsächlich frühpensionieren lässt und damit den Arbeitsprozess vorzeitig verlässt. Nicht zulässig wäre dabei etwa die Vereinbarung mit der neuen Arbeitgeberin vor dem Betriebsübergang, dass der Arbeitnehmer in seiner angestammten Funktion nach der Frühpensionierung mit der alten Arbeitgeberin ein neues Arbeitsverhältnis eingeht.

⁵¹ BGer 4A.48/2007 in: Jusletter vom 29. Oktober 2007, Keine Gelder der Swiss für Frührentner der Swissair.

3.8 Gesamtarbeitsvertrag (GAV)

Ist auf das übertragene Arbeitsverhältnis ein GAV anwendbar, so muss der Erwerber diesen während eines Jahres einhalten, sofern der GAV nicht vorher abläuft oder infolge Kündigung endet (Art. 333 Abs. 1^{bis} OR), auch wenn der Erwerber an sich nicht vertragsgebunden wäre⁵². Von der Weitergeltung erfasst werden die *normativen Bestimmungen* des GAV, die *indirekt-schuldrechtlichen Bestimmungen* indes nur dann, wenn sie dem Arbeitnehmerschutz dienen⁵³. Der Erwerber ist demgegenüber nicht an die *schuldrechtlichen Bestimmungen* des GAV gebunden⁵⁴.

Die Bestimmungen des GAV gelten dabei nur für die übernommenen Arbeitnehmer. Für neu hinzukommende und aus dem übernehmenden Betrieb bereits stammende Arbeitnehmer gilt dieser GAV nicht⁵⁵. Die Bindung an den GAV besteht dabei in jener Fassung, die im Zeitpunkt des Betriebsübergangs gilt⁵⁶. Nachfolgende Änderungen haben demnach keinen Einfluss⁵⁷.

Eine Weitergeltung des GAV besteht jedoch dann nicht, wenn der ausgegliederte Betriebsteil ausserhalb des sachlichen Geltungsbereichs des für den Betrieb massgebenden GAV liegt (z.B. Betriebskantine eines Chemie-Unternehmens)⁵⁸.

Gilt sowohl im übernehmenden als auch im übernommenen Betrieb ein GAV, so gelangt nach überwiegender Lehre stets der GAV des *übernommenen Betriebs* auf die zu übertragenden Arbeitsverhältnisse zur Anwendung, ohne Berücksichtigung der üblichen Konkurrenzregeln⁵⁹.

⁵² BSK OR I-Portmann/Rudolph (FN 7), Art. 333 N 18.

⁵³ SHK-Facincani/Sutter (FN 8), Art. 333 N 62.

⁵⁴ Müller Roland A., AJP 1996, Die neuen Bestimmungen über den Betriebsübergang. Insbesondere: Die Weitergeltung kollektivvertraglicher Regelungen bei einem Betriebsinhaberwechsel (OR 333 I^{bis}), S. 149 ff., 151 f.

⁵⁵ BK-Rehbinder/Stöckli (FN 47), Art. 333 N 13.

⁵⁶ Wildhaber (FN 33), S. 320.

⁵⁷ BK-Rehbinder/Stöckli (FN 47), Art. 333 N 13.

⁵⁸ JAR 1990 388 ff., 395 f.; BK-Stöckli (FN 47), Art. 356b N 29; a.A. Streiff/von Kaenel/Rudolph (FN 2), N 9.

⁵⁹ BSK OR I-Portmann/Rudolph (FN 7), Art. 333 N 21, Müller (FN 54), AJP 1996, S. 156; Streiff/von Kaenel/Rudolph (FN 2), N 9; Winkler (FN 60), S. 73 f.; SHK-Facincani/Sutter (FN 8), Art. 333 N 62; a.A. Geiser Thomas, Arbeitsrechtliche Fragen bei Sanierungen, in: Vito Robert (Hrsg.), Sanierung der AG, 2. Aufl., Zürich 2003, S. 145 ff., S. 172 f.; BK-Rehbinder/Stöckli (FN 47), Art. 333 N 13.

Es stellt sich sodann die Frage, ob sich ein Arbeitnehmer bei Anwendung des GAV des übernommenen Betriebs i.S. des *Günstigkeitsprinzips* auf vorteilhaftere Bestimmungen des im übernehmenden Betrieb geltenden GAV berufen kann. Diese Frage ist bundesgerichtlich noch nicht entschieden, wird von der überwiegenden Lehre jedoch bejaht⁶⁰. Als alternativer Lösungsansatz wird in der Lehre vorgeschlagen, jedem einzelnen übernommenen Arbeitnehmer die freie Wahl einzuräumen, welchem der beiden GAV er sich (vollumfänglich) unterstellen möchte⁶¹. Diese Auffassung wie auch die Anwendung der vorteilhafteren Bestimmungen des im übernehmenden Betrieb geltenden GAV sind m.E. abzulehnen⁶², da eine gesetzliche Grundlage fehlt, welche den Vorrang des im übernehmenden Betrieb geltenden GAV vor dem bisher anwendbaren GAV vorsieht (vgl. z.B. Art. 4 Abs. 2 AVEG)⁶³. Anderes gilt indes dann, wenn es sich um einen allgemeinverbindlich erklärten GAV handelt.

3.9 Konkurrenzverbot

Ein Konkurrenzverbot bleibt auch nach dem Arbeitgeberwechsel infolge des Betriebsübergangs bestehen⁶⁴. Das Konkurrenzverhältnis muss jedoch dynamisch an die Verhältnisse bei der neuen Arbeitgeberin angepasst werden.

Offen ist, welche Auswirkungen die Ablehnung des Übergangs des Arbeitsverhältnisses auf ein Konkurrenzverbot hat. Nach einem Teil der Lehre fällt ein Konkurrenzverbot mit der Ablehnung automatisch

dahin⁶⁵. Diese Lehrmeinung ist indes abzulehnen, da es der gesetzlichen Konzeption widerspricht, wonach das Arbeitsverhältnis mit allen Rechten und Pflichten auf die neue Arbeitgeberin übergeht. Es ist deshalb nicht einzusehen, weshalb bei einem vollständigen Übergang des Arbeitsverhältnisses – d.h. ohne dass der betroffene Mitarbeiter Massnahmen nach Art. 333a Abs. 2 OR zu gewärtigen hat – das Konkurrenzverbot nicht mehr eingehalten werden soll. Nach hier vertretener Auffassung bleibt auch der den Übergang ablehnende Arbeitnehmer somit grundsätzlich verpflichtet, das Konkurrenzverbot weiterhin einzuhalten⁶⁶.

3.10 Auszahlung aufgelaufener Ansprüche?

Das Arbeitsverhältnis geht beim Betriebsübergang unverändert auf den Erwerber über, d.h. der neue Arbeitgeber übernimmt auch die bereits aufgelaufenen Ansprüche wie Ferien, Überstunden/Überzeit oder Bonus.

In der Praxis besteht oft das Bedürfnis, dass möglichst viele dieser aufgelaufenen Ansprüche noch vom ehemaligen Arbeitgeber vor dem Betriebsübergang abgegolten werden. Eine solche Abgeltung ist für Bonusansprüche, für Überstundenguthaben im Rahmen von Art. 321c Abs. 3 OR und auch für Überzeitguthaben nach Art. 13 Abs. 1 ArG zulässig. Demgegenüber können aufgelaufene Ferienansprüche nicht abgegolten werden, auch nicht mit Einverständnis des betreffenden Arbeitnehmers.

3.11 Betriebsübergang auf ein VegüV-Unternehmen

Nach Art. 333 Abs. 1 OR geht das Arbeitsverhältnis samt allen einzelvertraglich vereinbarten Rechten und Pflichten auf den Erwerber über. Die Fortgeltung der individualrechtlich begründeten Rechte und Pflichten nach Betriebsübergang kann indes Schwierigkeiten bereiten, wenn deren Fortsetzung im über-

⁶⁰ Befürwortend *Stahelin Adrian*, Zürcher Kommentar, Der Arbeitsvertrag: Art. 330b–355 OR, Art. 361–362 OR, Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht, Obligationenrecht, Kommentar zur 1. und 2. Abteilung (Art. 1–529 OR), 4. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2014, Art. 333 N 11; *Müller* (FN 54), AJP 1996, 156; *Streiff/von Kaenel/Rudolph* (FN 2), Art. 333 N 9; *SHK-Facincani/Sutter* (FN 8), Art. 333 N 62; a.A. *Winkler* (FN 60), S. 74; *BSK OR I-Portmann/Rudolph* (FN 7), Art. 333 N 22; *BK-Rehbinder/Stöckli* (FN 45), Art. 333 N 13.

⁶¹ *Amstutz Marc/Mabillard Ramon*, Fusionsgesetz (FusG) – Kommentar zum Bundesgesetz über Fusion, Spaltung, Umwandlung und Vermögensübertragung vom 3. Oktober 2003, Basel 2008, Art. 27 N 9.

⁶² So auch *Winkler Michael*, Unternehmensumwandlungen und ihre Auswirkungen auf Arbeitsverträge, Bern 2001, S. 74; *BSK OR I-Portmann/Rudolph* (FN 7), Art. 333 N 22; *BK-Rehbinder/Stöckli* (FN 47), Art. 333 N 13.

⁶³ *BSK OR I-Portmann/Rudolph* (FN 7), Art. 333 N 22.

⁶⁴ OGer ZH Urteil vom 19. Januar 2017 E. 2: JAR 2018, S. 607.

⁶⁵ *Geiser Thomas*, Die Stellung des Arbeitnehmenden nach dem Fusionsgesetz, AJP 2004, S. 863 ff., 866.

⁶⁶ Vgl. auch *Streiff/von Kaenel/Rudolph* (FN 2), Art. 340c N. 10; a.M. die wohl überwiegende Lehre, vgl. *Wildhaber* (FN 33), S. 177 f.; vgl. für einen aktuellen Überblick über die Lehrmeinungen: OGer ZH Urteil vom 19. Januar 2017 E. 3b in: JAR 2018, S. 613 f.

nehmenden Unternehmen nicht oder nur unter erschweren Bedingungen möglich ist⁶⁷, wie etwa, wenn das übernehmende Unternehmen in den Anwendungsbereich des VegüV bzw. *de lege ferenda* Art. 732 ff. OR fällt und demnach nicht wie das veräussernde Unternehmen (aus gesellschaftsrechtlicher Sicht) im freien Ermessen den Mitgliedern des Verwaltungsrates, der Geschäftsleitung und des Beirates Vergütungen ausrichten darf. Selbstredend handelt es sich dabei um einen Spezialfall, der sich in der Praxis nur selten ergeben wird, zumal es aufgrund der hierfür vorausgesetzten Funktion als Mitglied des Verwaltungsrates, der Geschäftsleitung und des Beirates nur vereinzelte Arbeitnehmer betrifft.

Sind die Ansprüche des Arbeitnehmers, welche aufgrund der VegüV Bestimmungen und *de lege ferenda* Art. 732 ff. OR von Gesetzes wegen nicht mehr erfüllt werden dürfen, vertraglich festgehalten, drängt sich in einer solchen Konstellation eine Vertragsanpassung auf. Die Zulässigkeit einer Abänderung des bestehenden Arbeitsvertrags nach dem Betriebsübergang wird von der bundesgerichtlichen Rechtsprechung anerkannt⁶⁸. Die Anpassungen der Arbeitsbedingungen können dabei entweder *einvernehmlich* durch die Zustimmung des Arbeitnehmers oder aber mit einer *einseitigen Änderungskündigung*⁶⁹ der übernehmenden Arbeitgeberin erfolgen⁷⁰. In der Praxis kann es angemessen erscheinen, dass die übernehmende Arbeitgeberin die Anstellungsverhältnisse einvernehmlich mit den betroffenen Arbeitnehmern neu ausverhandelt, um attraktive Anstellungsbedingungen im Einklang mit den geltenden Vergütungsvorschriften bieten zu können.

Das übernehmende Unternehmen, welches der VegüV (und *de lege ferenda* Art. 732 ff. OR) untersteht, verfügt über keinen Ermessensspielraum, die Vergütungen auszurichten. Vielmehr ist es dem übernehmenden Unternehmen von Gesetzes wegen untersagt, unzulässige Vergütungen i.S.v. Art. 20 f. VegüV (und

de lege ferenda Art. 735c f. OR) auszurichten. Betrifft die betriebsübergangsbedingte Änderung der Anstellungsbedingungen einzig die Ausrichtung der nunmehr unzulässigen Vergütungen, so genügt m.E. eine Information der Arbeitnehmervertretung nach Art. 333a Abs. 1 OR durch das veräussernde Unternehmen. Eine Konsultation der Arbeitnehmervertretung nach Abs. 2 dieser Bestimmung, deren Zweck darin besteht, der Arbeitnehmervertretung die Möglichkeit einzuräumen, ihre Meinung gegenüber der Arbeitgeberin zu äussern und Vorschläge dazu zu unterbreiten, damit nach Möglichkeit eine Einigung zwischen dem Arbeitgeber und den Arbeitnehmern erzielt werden kann⁷¹, besteht m.E. demgegenüber nicht. Da der übernehmenden Arbeitgeberin im vorliegenden Fall gerade *kein* Ermessensspielraum verbleibt und die Konsultation der Arbeitnehmervertretung folglich obsolet wäre, besteht m.E. in dieser konkreten Situation lediglich eine Informationspflicht.

3.12 Kündigungen im Zusammenhang mit einem Betriebsübergang

Das Bundesgericht hat in BGE 136 III 552 festgehalten, dass eine betriebsübergangsbedingte Kündigung nicht in jedem Fall eine Umgehung von Art. 333 Abs. 1 OR darstellt, namentlich dann nicht, wenn die Kündigung durch wirtschaftliche Gründe gerechtfertigt ist. Zu bedenken ist aber, dass sämtliche am Stichtag bestehenden Arbeitsverhältnisse auf den Erwerber übergehen und damit auch die zu diesem Zeitpunkt gekündigten Arbeitsverhältnisse. Dies stellt ein Problem dar, da der Erwerber diese Arbeitsverhältnisse gerade nicht übernehmen kann bzw. möchte. Sollen diese Arbeitnehmer auch während der Kündigungsfrist beim alten Arbeitgeber verbleiben, so muss dies einzelvertraglich geregelt werden.

Das Bundesgericht liess indes die Frage unbeantwortet, ob eine unrechtmässige betriebsübergangsbedingte Kündigung deren Nichtigkeit oder deren Missbräuchlichkeit nach sich zieht⁷². In der Lehre werden beide Ansichten vertreten. Die überwiegende Lehre spricht sich jedoch für die Nichtigkeit aus, da eine

⁶⁷ Vgl. Wildhaber in: Portmann/von Kaenel (FN 24), S. 838; Wildhaber Isabelle, Aktienoptionen und deren Verfallsklauseln bei Betriebsübergang, SZW 2008 S. 17 ff., 18 f.

⁶⁸ BGE 114 II 329.

⁶⁹ Vgl. BGE 123 III 246; BGE 130 III 19, E. 3.1.2 zur Zulässigkeit der Änderungskündigung im Rahmen des Betriebsübergangs.

⁷⁰ Suter-Sieber/Tuor-Mäder (FN 37), AJP 2021 S. 441, 451. Werden bei einer Änderungskündigung die entsprechenden Schwellenwerte erreicht, löst dies in der Regel zudem die Pflicht aus, ein Massenentlassungsverfahren (Art. 335d ff. OR) durchzuführen und einen Sozialplan zu erstellen (Art. 335h ff. OR).

⁷¹ Vgl. SHK-Sutter/Facincani (FN 8), Art. 333a N 22; ZK-Staehelin (FN 60), Art. 333a N 3.

⁷² BGE 127 V 183 E. 7; vgl. auch Suter-Sieber/Tuor-Mäder (FN 37), AJP 2021 S. 441, S. 451.

missbräuchliche Kündigung nach Art. 336a Abs. 2 OR lediglich eine Pönale von maximal sechs Monatslöhnen nach sich zieht und dabei rechtswirksam bleibt, womit der Betriebsübergang und die Schutzwirkung von Art. 333 OR *de facto* umgangen werden können. Die Nichtigkeit führt demgegenüber dazu, dass die Kündigung keine Wirkung entfaltet und das Arbeitsverhältnis ungeachtet der Kündigung unter Wahrung aller Senioritätsrechte des Arbeitnehmers, unter Solidarhaftung von Art. 333 Abs. 3 OR und mit Garantie der befristeten Weitergeltung eines allfälligen GAV auf die Erwerberin übergeht⁷³.

Eine unrechtmässige betriebsübergangsbedingte Kündigung ist m.E. missbräuchlich, nicht aber nichtig. Die Nichtigkeitsfolge erscheint mitunter deshalb als unverhältnismässig strenge Rechtsfolge, zumal die *übernehmende* Arbeitgeberin – im Unterschied zur übertragenden Arbeitgeberin – das Arbeitsverhältnis sodann auf dem ordentlichen Weg und ohne besonderen Rechtfertigungsgrund kündigen kann⁷⁴. Liegt eine betriebsübergangsbedingte Kündigung vor, welche nicht durch wirtschaftliche Gründe gerechtfertigt ist und daher unzulässig ist, ist m.E. Art. 336a Abs. 3 i.V.m. Art. 336 Abs. 2 lit. c OR heranzuziehen. Die allfällige Entschädigung für eine solche missbräuchliche Kündigung sollte m.E. demnach maximal zwei Monatslöhne betragen.

3.13 Stellenantritt nach Betriebsübergang

Denkbar ist zudem die Situation, in welcher der Betriebsübergang *nach* Vertragsschluss des Arbeitsverhältnisses aber noch *vor* Stellenantritt des Arbeitnehmers erfolgt. Das noch anzutretende Arbeitsverhältnis geht in einer solchen Konstellation ohne Weiteres mit dem Betriebsübergang auf die Erwerberin über. Der betroffene Mitarbeiter kann den Übergang ablehnen, ansonsten hat er seine Arbeitsstelle bei der Erwerberin anzutreten. Die übertragende Arbeitgeberin – und nicht die Erwerberin – trifft dabei die Informationspflicht nach Art. 333a Abs. 1 OR⁷⁵. Wichtig ist, dass die Information über den Grund des Übergangs und deren rechtlichen, wirt-

schaftlichen und sozialen Folgen (mitunter) den Arbeitnehmer erreicht, der die Arbeitsstelle noch nicht angetreten hat.

Es kann sich dabei zudem die Konstellation ergeben, in welcher die *übernehmende Arbeitgeberin* das vom Arbeitnehmer kürzlich angetretene Arbeitsverhältnis zeitnah nach dem Betriebsübergang kündigen möchte. Die übernehmende Arbeitgeberin kann das Arbeitsverhältnis auf dem ordentlichen Weg kündigen und muss dabei die vertraglich vereinbarten Kündigungsmodalitäten beachten⁷⁶. Es ist demnach zulässig, dass die übernehmende Arbeitgeberin das neu angetretene Arbeitsverhältnis, welches sich noch in der Probezeit befindet, nach dem Betriebsübergang mit einer Kündigungsfrist von sieben Tagen kündigt, sofern vertraglich keine abweichenden Kündigungsfristen vereinbart wurden (vgl. Art. 335b Abs. 1 und Abs. 2 OR).

3.14 Betriebsübergang während dem unbezahlten Urlaub

Wie bereits festgehalten, gehen sämtliche Arbeitsverhältnisse auf die Erwerberin über, welche im Zeitpunkt der Betriebsübertragung bestehen (vgl. Ziff. 4.1.)⁷⁷. Dies bedeutet, dass auch die Arbeitsverhältnisse jener Arbeitnehmer auf die Erwerberin übergehen, welche sich im Zeitpunkt des Betriebsübergangs im unbezahlten Urlaub befinden. Der Grund liegt darin, dass das Arbeitsverhältnis des Arbeitnehmers während seinem unbezahlten Urlaub lediglich suspendiert ist⁷⁸. Die übertragende Arbeitgeberin trifft auch in dieser Konstellation die Informationspflicht nach Art. 333a Abs. 1 OR⁷⁹. Die Arbeitgeberin hat dabei den sich im unbezahlten Urlaub befindlichen Arbeitnehmer auf den ihr bekannten Kommunikationskanälen zu kontaktieren; eine darüber hinausgehende Pflicht hat sie nicht.

⁷³ Suter-Sieber/Tuor-Mäder (FN 37), AJP 2021 S. 441, S. 451; BSK OR I-Portmann/Rudolph (FN 7), Art. 333 N 10; Streiff/von Kaenel/Rudolph (FN 2), Art. 333 N 10.

⁷⁴ Vgl. nachfolgend Ziff. 6.12.

⁷⁵ SHK-Sutter/Facincani (FN 8), Art. 333a N 15.

⁷⁶ BSK OR I-Portmann/Rudolph (FN 7), Art. 333 N 15; vgl. auch CAPH GE, JAR 2010, 498.

⁷⁷ Abegg/Bernauer (FN 21), Art. 333 N 3.

⁷⁸ Geiser Thomas/Müller Roland/Pärli Kurt, Arbeitsrecht in der Schweiz, 4. Aufl., Bern 2019, S. 227.

⁷⁹ SHK-Sutter/Facincani (FN 8), Art. 333a N 15.

4. Fazit

Art. 333 OR bezweckt den Schutz der Arbeitnehmer bei Betriebsübergängen, indem die Arbeitsverhältnisse samt allen Rechten und Pflichten auf den Erwerber übergehen. Es bleibt dennoch Spielraum für individuelle Lösungen und Anpassungen der Arbeitsbedingungen der übergehenden Arbeitnehmer durch die Erwerberin.

Der Übergang des Arbeitsverhältnisses im Rahmen eines Betriebsübergangs kann indes je nach konkreter Konstellation des Arbeitnehmers tiefgreifenden Folgen mit sich führen. Es ist daher für die Arbeitnehmer ratsam, sich eine allfällige Ablehnung des

Übergangs des Arbeitsverhältnisses und der damit verbundenen Folgen – insbesondere mit Blick auf die Pensionskassenleistungen – sorgfältig zu überlegen.

Die Verkäuferin und die Erwerberin ihrerseits dürfen dabei nicht ausser Acht lassen, dass Betriebsübergänge regelmässig eine Informations- und Konsultationspflicht auslösen und, sofern die Vertragsanpassung nicht einvernehmlich erfolgt, unter Umständen sogar ein Massenentlassungsverfahren durchgeführt werden muss. Es ist daher wichtig, dass sich die Verkäuferin und die Erwerberin bei einem anstehenden Betriebsübergang vertieft mit den rechtlichen Aspekten und Risiken auseinandersetzen.