SZW

Schweizerische Zeitschrift für Wirtschafts- und Finanzmarktrecht

RSDA Revue suisse de droit des affaires et du marché financier
Swiss Review of Business and Financial Market Law

Herausgeber:
P. Nobel (Vorsitz) • M. Amstutz • H.C. von der Crone
M. Giovanoli • C. Huguenin • A. von Planta • H. Peter
W.A. Stoffel • L. Thévenoz • H.P. Walter • R.H. Weber • D. Zobl

1/08

Leitartikel/Articles de fond

Hans Caspar von der Crone/Eva Bilek/Matthias Hirschle
Neuerungen im Offenlegungsrecht

Isabelle Wildhaber
Aktienoptionen und deren Verfallsklauseln bei Betriebsübergang

Martin Lanz/Roland M. Ryser
Strafrechtliche Aspekte der Ad-hoc-Publizität

Arnold F. Rusch/Claire Huguenin
Einseitige Änderungsrechte in allgemeinen Geschäftsbedingungen – das trojanische Pferd im Vertrag

Kurzbeitrag

Philippe Meyer
Öffentliche Werbung im Sinne der schweizerischen Gesetzgebung über die kollektiven Kapitalanlagen

Europareport

Thomas Lübbig/Christian Pitschas/Miriam le Bell
Europareport

Zusammenfassung der Rechtsprechung/Résumé de la jurisprudence

Harold Grüninger
Steuerrechtliche Entwicklungen (insbesondere im Jahr 2007)

Walter A. Stoffel
Das Gesellschaftsrecht 2006/2007 – Le droit des sociétés 2006/2007

Bemerkungen zur Rechtsprechung

Vinkulierung und Stimmrechtsvertretung bei nicht börsenkotierten Gesellschaften
Entscheid des Schweizerischen Bundesgerichts 4C.35/2007 vom 18. April 2007
Mit Bemerkungen von *Matthias Hirschle* und *Hans Caspar von der Crone*

Schulthess §

Impressum

Schweizerische Zeitschrift für Wirtschafts- und Finanzmarktrecht / SZW

Revue suisse de droit des affaires et du marché financier / RSDA

Swiss Review of Business and Financial Market Law

80. Jahrgang Nr. 1 Februar 2008

Herausgeberkollegium:
Prof. Dr. P. Nobel (Vorsitz), Prof. Dr. Marc Amstutz, Prof. Dr. H. C. von der Crone, Prof. Dr. M. Giovanoli, Prof. Dr. C. Huguenin, Dr. A. von Planta, Prof. Dr. H. Peter, Prof. Dr. W. A. Stoffel, Prof. Dr. L. Thévenoz, Prof. Dr. h. c. H. P. Walter, Prof. Dr. R. H. Weber, Prof. Dr. D. Zobl

Vorsitzender des Herausgeberkollegiums:
Prof. Dr. P. Nobel, Dufourstrasse 29, 8008 Zürich
Tel. 044/269 77 77

Schriftleitung:
Lic. iur. Charlotte M. Baer, c/o Nobel & Hug, Dufourstrasse 29, 8008 Zürich, Tel. 044/269 77 77
e-mail: charlotte.baer@nobel-hug.ch

Koordinator für Bank- und Finanzrecht:
Prof. Dr. D. Zobl, Weidstrasse 1a, 8803 Rüschlikon
Tel. 044/724 03 30

Gesellschaftsrechtliche Korrespondenten im Ausland:

Belgien	Prof. P. van Ommeslaghe (Bruxelles)
Dänemark	Prof. B. Gomard (Kopenhagen)
Deutschland	Prof. M. Lutter (Bonn)
England	Prof. A. J. Boyle (London)
Niederlande	Prof. J. M. M. Maeijer (Nijmegen)
Österreich	Prof. H. G. Koppensteiner (Salzburg)
USA	Prof. R. Buxbaum (Berkeley)

Bankenrechtliche Korrespondenten im Ausland:

Belgien	Prof. Robert Austin (Sydney)
Deutschland	Prof. Klaus J. Hopt (Hamburg)
Frankreich	Francis Meyrier (Paris)
Grossbritannien	Prof. Ross Cranston (London)
Italien	Prof. Fabrizio Maimeri (Roma)
Japan	Prof. Hideki Kanda (Tokyo)
Liechtenstein	Dr. Georges Baur (Vaduz)
Luxemburg	Claude Marx (Luxembourg)
Österreich	Dr. Udo Birkner (Wien)
USA	Douglas W. Hawes (New York)
für die EU	Prof. Guy Horsmans (Louvain)
Eidgenössische Bankenkommission	Daniel Zuberbühler (Bern)

Verlag und Abonnementsverwaltung:
Schulthess Juristische Medien AG
Zwingliplatz 2, 8001 Zürich, Tel. 044/200 29 19
Fax 044/200 29 08, e-mail: zs.verlag@schulthess.com
Internet: http://www.schulthess.com
Rezensionsexemplare sind ausschliesslich an das Zeitschriftensekretariat zu senden.

Erscheint sechsmal jährlich

Abonnementspreis	CHF 278.00 / EURO 205.00
Studenten	CHF 148.00 / EURO 118.00
Einzelnummer	CHF 49.00

ISSN 1018-7987

Anzeigenmarketing:
publimag
Europastrasse 30, 8152 Glattbrugg
Telefon 044/809 31 11, Telefax 044/809 32 22

Inhalt / Table des matières

Leitartikel / Articles de fond

Prof. Dr. Hans Caspar von der Crone/lic. iur. Eva Bilek/ lic. iur. Matthias Hirschle, Zürich
Neuerungen im Offenlegungsrecht 1

Dr. iur. Isabelle Wildhaber, LL.M., Berlin
Aktienoptionen und deren Verfallsklauseln bei Betriebsübergang 17

Dr. Martin Lanz, Rechtsanwalt/ Dr. Roland M. Ryser, beide Zürich
Strafrechtliche Aspekte der Ad-hoc-Publizität 26

Dr. Arnold F. Rusch, LL.M./ Prof. Dr. Claire Huguenin, LL. M., beide Zürich
Einseitige Änderungsrechte in allgemeinen Geschäftsbedingungen – das trojanische Pferd im Vertrag 37

Kurzbeitrag

Dr. iur. Philippe Meyer, Rechtsanwalt, Basel
Öffentliche Werbung im Sinne der schweizerischen Gesetzgebung über die kollektiven Kapitalanlagen 57

Europareport

Dr. Thomas Lübbig, Berlin/Dr. Christian Pitschas, LL.M., Genf/Miriam le Bell, LL.M., Berlin
Europareport 65

Zusammenfassung der Rechtsprechung Résumé de la jurisprudence

Dr. Harold Grüninger, Rechtsanwalt, Zürich
Steuerrechtliche Entwicklungen (insbesondere im Jahr 2007) 70

Prof. Dr. Walter A. Stoffel, Freiburg
Das Gesellschaftsrecht 2006/2007
Le droit des sociétés 2006/2007 86

Bemerkungen zur Rechtsprechung

Vinkulierung und Stimmrechtsvertretung bei nicht börsenkotierten Gesellschaften
Entscheid des Schweizerischen Bundesgerichts 4C.35/2007 vom 18. April 2007 i.S. A. GmbH (Klägerin und Berufungsklägerin) gegen D. Holding AG (Beklagte und Berufungsbeklagte)

Mit Bemerkungen von *lic. iur. Matthias Hirschle* und *Prof. Dr. Hans Caspar von der Crone, beide Zürich* 103

Neuerungen im Offenlegungsrecht

Von Prof. Dr. Hans Caspar von der Crone, lic. iur. Eva Bilek und lic. iur. Matthias Hirschle, Zürich

In order to increase transparency, the Stock Exchange Act (SESTA) and the Ordinance on Stock Exchanges and Securities Trading (SESTO-FBC) have been revised. On 1st July 2007, the first set of modifications of SESTO-FBC entered into force. The new rules of SESTA and the second set of modifications of SESTO-FBC entered into force on 1st December 2007. The analysis of the new rules shows that the disclosure obligation is triggered in the following constellations if the respective thresholds are passed: The acquisition and the sale of shares and the acquisition and the sale of share acquisition rights or share sale rights, which are physically settled (art. 20 para. 1 SESTA). The acquisition of cash-settled financial instruments, which allow to acquire shares if they were acquired with regard to a takeover bid (art. 20 para. 2bis SESTA). As far as the rules of SESTO-FBC state a broader disclosure obligation than art. 20 SESTA, there is no sufficient legal basis for such extension. The suspension of voting rights according to art. 20 para. 4bis SESTA has to be qualified as a penalty and therefore requires an intentional breach of the obligation to disclose. Concerning the disclosure of financial instruments, the Federal Banking Commission (FBC) has to specify which financial instruments have to be disclosed and how they have to be disclosed according to the new rules.

Inhaltsübersicht

I. Einleitung
II. Änderungen im Börsengesetz per 1. Dezember 2007
- **A. Einführung zusätzlicher Schwellenwerte (Art. 20 Abs. 1 BEHG)**
- **B. Einbezug von Erwerbs- und Veräusserungsrechten und weiteren Finanzinstrumenten (Art. 20 Abs. 1 und 2bis BEHG)**
- **C. Suspendierung des Stimmrechts (Art. 20 Abs. 4bis BEHG)**
  1. Rechtsnatur der Offenlegungspflicht
  2. Verschuldensmassstab und Rückwirkungsverbot bei Qualifikation als öffentlich-rechtliche Norm
  3. Verschuldensmassstab und Rückwirkungsverbot bei Qualifikation als Doppelnorm
  4. Weitere Fragen

III. Änderungen in der Börsenverordnung-EBK per 1. Juli 2007
- **A. Einbezug von Cash-Settlement-Optionen**
- **B. Aufhebung der 5%-Freigrenze für Wandel-, Erwerbs- und Veräusserungsrechte**

IV. Änderungen in der Börsenverordnung-EBK per 1. Dezember 2007
- **A. Keine Meldepflicht für Innertagsgeschäfte**
- **B. Einführung der sog. «Zwei-Topf-Lösung»**
- **C. Erhöhte Anforderungen an den Inhalt der Offenlegungsmeldung**
- **D. Modifikation der Publikation von Offenlegungsmeldungen durch die Gesellschaft**
- **E. Offenlegungsmeldungen von kollektiven Kapitalanlagen**
- **F. Privilegierung von Banken und Effektenhändlern**
- **G. Übergangsregelung**

V. Geplante Änderungen in der Börsenverordnung-EBK im Jahre 2008
- **A. Wertpapierleihe (sog. Securities Lending)**
- **B. Finanzinstrumente**

VI. Fazit

I. Einleitung

Art. 20 des Börsengesetzes (BEHG)[1] verpflichtet den Aktionär einer börsenkotierten Gesellschaft, seine Beteiligung offenzulegen, wenn er bestimmte Schwellenwerte der Stimmrechte erreicht, unter- oder überschreitet. Dieser Offenlegungspflicht liegt eine doppelte Zielsetzung zugrunde. Zum einen sollen die Beteiligungsverhältnisse an börsenkotierten Gesellschaften wegen ihrer Bedeutung für den Aktienkurs allen Marktteilnehmern bekannt gemacht werden, zum andern sollen allfällige Übernahmeinteressenten dazu gezwungen werden, ihre Absichten frühzeitig

* *Hans Caspar von der Crone* ist Ordinarius für Privat- und Wirtschaftsrecht an der Universität Zürich. *Eva Bilek* und *Matthias Hirschle* sind wissenschaftliche Assistenten am Rechtswissenschaftlichen Institut der Universität Zürich. Der vorliegende Beitrag ist im Internet verfügbar unter *http://www.rwi.uzh.ch/vdc.*

[1] SR 954.1.

Hinzuzufügen ist, dass die Wertpapierleihe bereits erheblich transparenter geworden ist, da aufgrund des revidierten Art. 17 Abs. 1 lit. a[bis] BEHV-EBK der die Meldepflicht auslösende Sachverhalt mitzumelden ist.

B. Finanzinstrumente

Im Rahmen der zweiten Teilrevision ist es nicht gelungen, die neu der Meldepflicht unterstellten Finanzinstrumente näher zu konkretisieren.[103] Dies kommt angesichts der Vielfalt von Finanzinstrumenten und deren ständiger Weiterentwicklung sowie der damit verbundenen Schwierigkeit, die meldepflichtigen Finanzinstrumente griffig zu erfassen, nicht vollständig überraschend. Auch erschweren die von Art. 20 Abs. 2bis BEHG aufgestellten Beschränkungen eine gesetzeskonforme Konkretisierung der meldepflichtigen Finanzinstrumente. Dennoch ist es unbefriedigend, dass sich die von der Meldepflicht betroffenen Kreise mit dem Verweis in Art. 13 Abs. 1ter BEHV-EBK auf Art. 20 Abs. 2bis BEHG begnügen müssen, bis eine Konkretisierung gefunden wird. So ist weitgehend unklar, welche Finanzinstrumente nun konkret meldepflichtig sind[104] und wie diese mit Blick auf die eingeführte «Zwei-Topf-Lösung» korrekt zu melden sind. Vorgeschlagen hatte die EBK eine Aufgliederung der Finanzinstrumente und eine Zuordnung deren Erwerbs- und Veräusserungspositionen in den jeweils entsprechenden Topf.[105] In der Anhörung wurden jedoch ernsthafte Bedenken an der Praktikabilität dieses Ansatzes geäussert. Was die Banken betrifft, ist aber davon auszugehen, dass die Meldepflicht durchaus umsetzbar ist, wenn auch mit enormem Aufwand aufgrund beispielsweise des dynamischen Hedgings. Für Private hingegen kann die Aufgliederung sehr anspruchsvoll sein. Allerdings ist zu bedenken, dass der durchschnittliche private Anleger so diversifiziert anlegt, dass er kaum je die Erstschwelle von 3% tangiert. Infolge der ungeklärten Fragen herrscht zurzeit eine allgemeine Unsicherheit bezüglich der korrekten Erfüllung der Meldepflicht von Finanzinstrumenten. Für die Meldepflichtigen ist dieser Zustand umso beunruhigender, als bei Verletzung der Meldepflicht, wie gezeigt, substanzielle Sanktionen wie die neue Stimmrechtssuspendierung drohen. Zumindest bis zur Konkretisierung der Meldepflicht von Finanzinstrumenten durch die EBK wäre die Sanktionierung unverhältnismässig, solange sich der Meldepflichtige nachweislich redlich und nachvollziehbar bemüht hat, seiner Offenlegungspflicht nachzukommen.

VI. Fazit

Die revidierten Bestimmungen des Offenlegungsrechts werfen eine Reihe nicht leicht zu beantwortender Fragen auf. Nach der hier vertretenen Auffassung, ist Art. 20 BEHG wie folgt auszulegen: Eine Meldepflicht besteht einerseits für den Erwerb und die Veräusserung von Aktien sowie den Erwerb und die Veräusserung von Erwerbs- und Veräusserungsrechten mit Realerfüllung (Abs. 1). Andererseits untersteht der Erwerb von Finanzinstrumenten mit Barausgleich (Cash Settlement), die es erlauben, Aktien zu erwerben, der Meldepflicht, sofern er im Hinblick auf eine Übernahme erfolgt (Abs. 2bis). Soweit die Bestimmungen der BEHV-EBK eine weiter gehende Offenlegungspflicht statuieren, fehlt ihnen eine gesetzliche Grundlage. Die Stimmrechtssuspendierung nach Abs. 4bis kann als Sanktion nur bei einer vorsätzlichen Meldepflichtverletzung verhängt werden. Mit Bezug auf die Offenlegungspflicht für Finanzinstrumente bleibt abzuwarten, welche Konkretisierungen die EBK in ihren Ausführungsbestimmungen vornehmen wird. Insbesondere sollte klargestellt werden, welche Finanzinstrumente konkret meldepflichtig sind und wie diese mit Blick auf die neu eingeführte «Zwei-Topf-Lösung» korrekt zu melden sind.

[103] Das Parlament rechnete allerdings mit einer Konkretisierung der meldepflichtigen Finanzinstrumente durch die EBK. In den Voten wurde ausdrücklich betont, dass der neue Abs. 2bis von Art. 20 BEHG, welcher Finanzinstrumente der Meldepflicht unterstellt, ohne Konkretisierung nicht justiziabel sei (vgl. oben II.B).

[104] Vgl. oben II.B.

[105] Vgl. Entwurf BEHV-EBK vom 27. September 2007, 4; Erläuterungsbericht EBK für Anhörung vom 27. September 2007, 5.

Aktienoptionen und deren Verfallsklauseln bei Betriebsübergang

Von Isabelle Wildhaber*

The legal aim of art. 333 Swiss Code of Obligations («CO»), as amended on May 1st, 1994, is to secure the continuity of the employment relationship despite a transfer of enterprise by forcing the acquiring party to assume the employment relationship including all of its rights and obligations. The principle of continuity may raise difficulties regarding stock options in the event of a transfer of enterprise and the future of granted or promised options can be unclear.

The future of granted options is determined by the regulations in the stock option plan/contract. Often these plans/contracts contain forfeiture clauses: options which have not been exercised at the date of transfer forfeit without compensation. If the options are part of the salary of the employee in the sense of art. 322d para. 1 CO, then the forfeiture clause is invalid, otherwise, it is valid. The general validity of forfeiture clauses (with the exception of the options being part of the salary) should also apply if the options are vested at the date of transfer, as long as the possibility of forfeiture was transparent in the option conditions.

If there are no regulations in the stock option plan/contract, the question comes up whether the acquiring party assumes the obligation to honor the options if they are exercised. This article comes to the conclusion that not all granted or promised options pass on to the acquiring party via art. 333 CO. Only if the option right in question is a right of the employment relationship according to art. 333 para. 1 CO, it passes on to the acquiring party. Whether or not this is the case can only be answered on a case-by-case basis. However, certain case categories can be distinguished to this effect.

Inhaltsübersicht

I. Sicherung der Kontinuität als Ziel von Art. 333 Abs. 1 OR
II. Praktische Schwierigkeiten bei der Anwendung des Grundsatzes der Kontinuität
III. Die Anwendung des Grundsatzes der Kontinuität gemäss Art. 333 Abs. 1 OR auf Aktienoptionen
1. **Regelungen im Optionsplan (insb. Verfallsklauseln)**
2. **Anwendbarkeit von Art. 333 OR auf Aktienoptionen**
IV. Empfehlung

Aktienoptionspläne für die im Unternehmen angestellten Arbeitnehmer sind heute sehr verbreitet. Angesichts der Vielzahl von Unternehmensumstrukturierungen in der Praxis hat die Frage nach dem Schicksal von Aktienoptionsrechten bei einem Betriebsübergang eine besondere Relevanz. Das Ziel dieses Beitrags ist es, eine Diskussion um die Auswirkungen eines Betriebsübergangs gemäss Art. 333 OR auf die Zukunft bereits gewährter oder erst zugesagter Optionsrechte anzuregen.

* Dr. iur., LL.M. (Harvard), Lehrbeauftragte an der Humboldt-Universität zu Berlin. Ich danke dem *Schweizerischen Nationalfonds* für die Unterstützung meiner Forschung am Institut für deutsches und europäisches Unternehmens-, Wirtschafts- und Arbeitsrecht an der HU Berlin, sowie *Prof. Thomas Geiser* für die kritische Durchsicht dieses Manuskripts.

I. Sicherung der Kontinuität als Ziel von Art. 333 Abs. 1 OR

Art. 333 OR regelt den Übergang von Arbeitsverhältnissen bei Übertragung eines Betriebs oder Betriebsteils durch den Arbeitgeber auf einen Dritten. Der Zweck von Art. 333 Abs. 1 OR in der Fassung vom 25. Juni 1971 bestand ursprünglich nur darin, den Übergang von Unternehmen zu erleichtern und dem Betriebserwerber die eingearbeiteten Arbeitskräfte nach Möglichkeit zu sichern.[1] Die Vertragsparteien der Betriebsübertragung konnten die Übernahme der Arbeitsverhältnisse verabreden, wobei es dem Arbeitnehmer freistand, diesen Übergang abzulehnen. Mit der Revision vom 17. Dezember 1993, in Kraft seit dem 1. Mai 1994, wurde diese Bestimmung der Richtlinie 1977/187/EWG des Rates vom 14. Februar 1977 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten von Unternehmen, Betrieben oder Betriebsteilen angepasst,[2] mit der die umfassende Wahrung der Interessen der betroffenen Arbeitnehmer beim Betriebsübergang angestrebt wird.[3]

[1] So BGE 127 V 183, 186.

[2] ABl. L 61 vom 5.3.1998, 26 ff.; modifiziert durch die Richtlinie 1998/50/EG des Rates vom 29.6.1998, ABl. L 201 vom 17.7.1998, 88; ersetzt durch die Richtlinie 2001/23/EG des Rates vom 12.3.2001, ABl. L 82 vom 22.3.2001, 16.

[3] So BGE 127 V 183, 186, mit Verweis auf *Denzler,* Zur Tragweite von Art. 333 OR – BGE 123 III 466 ff., recht

Art. 333 Abs. 1 OR wurde daher in der Weise abgeändert, dass die im Zeitpunkt der Übertragung des Betriebs auf einen Dritten bestehenden Arbeitsverhältnisse von Gesetzes wegen auf den Erwerber übergehen, selbst wenn dies gegen dessen Willen geschehen sollte.[4] Sofern der Arbeitnehmer den Übergang nicht ablehnt, geht das Arbeitsverhältnis mit allen Rechten und Pflichten mit dem Tag des Betriebsübergangs auf den Erwerber über. Der bisherige Arbeitgeber wird im Wege der Einzelrechtsnachfolge kraft Gesetzes durch den neuen Arbeitgeber ersetzt. Der bisherige Arbeitgeber scheidet allerdings aus seinen vertraglichen Pflichten erst dann aus, wenn die ordentliche Kündigungsfrist abgelaufen ist oder das Arbeitsverhältnis durch Ablehnung des Arbeitnehmers beendigt wird (Art. 333 Abs. 3 OR); er bleibt solange Haftungsschuldner. Der Betriebsübergang führt aber letztlich zu einem Austausch der Vertragspartei auf Arbeitgeberseite.[5] Das Hauptanliegen des revidierten Art. 333 Abs. 1 OR ist somit die Sicherung der Kontinuität der Arbeitsverhältnisse beim Betriebsübergang.

Der Grundsatz der Kontinuität des Arbeitsverhältnisses gilt auch bezüglich des individualarbeitsvertraglichen Inhalts der übergegangenen Arbeitsverhältnisse.[6] Dies ergibt sich aus dem eindeutigen Gesetzeswortlaut von Art. 333 Abs. 1 OR («geht das Arbeitsverhältnis mit allen Rechten und Pflichten mit dem Tage der Betriebsnachfolge auf den Erwerber über») und dem eben dargelegten Prinzip des vollen Austauschs der Vertragspartei auf Arbeitgeberseite. Die übergegangenen Arbeitsverhältnisse gelten also nach Betriebsübergang grundsätzlich unverändert weiter. Der unveränderte Übergang des Arbeitsverhältnisses liegt im Interesse der Arbeitnehmer, weil gewisse Ansprüche sowie die Kündigungsfrist von der Dauer des Arbeitsverhältnisses abhängig sind, welche durch den Übergang nicht unterbrochen wird (sog. «Besitzstandswahrung»).[7] Infolge der Kontinuität des Arbeitsverhältnisses bedarf es keines neuen Arbeitsvertrags mit dem übernehmenden Unternehmen. Allerdings kann sich ein solches Vorgehen empfehlen, wenn die ausschliesslich arbeitsvertraglich geregelten Arbeitsbedingungen vereinheitlicht werden sollen.[8]

II. Praktische Schwierigkeiten bei der Anwendung des Grundsatzes der Kontinuität

Die Anwendung des Grundsatzes der Kontinuität beim Betriebsübergang bereitet bei den Standardkonditionen eines Arbeitsverhältnisses in der Regel keine Schwierigkeiten. Die Fortgeltung der individualrechtlich begründeten Rechte und Pflichten nach Betriebsübergang kann jedoch Schwierigkeiten bereiten, wenn deren Fortsetzung angesichts veränderter tatsächlicher Verhältnisse im übernehmenden Unternehmen nicht oder nur unter erschwerten Bedingungen möglich ist.

Der Eintritt in bestehende Rechte und Pflichten kann beispielsweise bei unternehmensspezifischen Vergütungsregelungen erhebliche Probleme bereiten, weil die Überleitung in Anbetracht der veränderten Rahmenbedingungen beim Erwerber unmöglich oder nur unter erschwerten Bedingungen möglich sein kann. Zu denken ist an eine teilweise Vergütung des Arbeitnehmers durch Einräumung gesellschaftsrechtlicher Positionen, für die es nach dem Betriebsübergang keine Entsprechung gibt, oder nach Parametern, welche auf die wirtschaftlichen Verhältnisse des früheren Betriebsinhabers abgestimmt sind. Beispiele dafür sind Bonusregelungen, welche an unternehmensspezifische Kriterien anknüpfen oder Entscheidungsvorbehalte zugunsten von Gremien enthalten, welche beim neuen Betriebsinhaber gar nicht existieren, oder Provisionsregelungen, welche auf spezifische Gewinnverhältnisse zugeschnitten sind, sodass deren Anwendung beim Erwerber zu einer unangemessenen Partizipation der Arbeitnehmer führen könnte.[9]

All diesen Fällen ist gemeinsam, dass aufgrund des Wechsels des Unternehmensträgers das System, nach dem eine bestimmte erfolgsbezogene Vergütung bislang gewährt wurde, nicht mehr sinnvoll anwendbar ist und dass die Parteien den Fall eines Betriebsübergangs bei Abschluss der Vereinbarung nicht bedacht haben. Enthalten die Regelungen keinen Änderungs- oder Widerrufsvorbehalt und keine salvatorische Vertragsklausel, so muss auf die Instrumente der ergänzenden Vertragsauslegung bzw. der Anpassung von Verträgen an geänderte Verhältnisse zurückgegriffen werden.[10] Somit muss ermittelt werden, was die Parteien vereinbart hätten, wenn sie sich der veränderten Umstände bewusst gewesen wären. Die Parteien sind wirtschaftlich so zu stellen, dass sich die Lage vor und nach dem Betriebsübergang wirtschaftlich einigermassen entspricht. Es muss z.B. eine angepasste Tantiemenregelung – gegebenenfalls mit gerichtlicher Hilfe – gefunden werden, welche den Arbeitnehmer wirtschaftlich in etwa so stellt wie beim bisherigen Arbeitgeber. Bei der Frage nach der Art und Weise einer variablen Vergütung sollte dem beim Betriebserwerber geltenden System grundsätzlich der Vorrang gewährt werden und der übergehende Arbeitnehmer in dieses System so eingegliedert werden, dass ihm aufgrund einer durchschnittlichen Performance keine Nachteile entstehen.[11] Aus der Sicht des Arbeitnehmers zumutbar dürfte es sein, einen flexiblen Gehaltsbestandteil in einen festen Bestandteil auf der Grundlage des Durchschnittsergebnisses der letzten drei Jahre umzuwandeln.[12] Der Arbeitnehmer verliert dann zwar die Chance auf überproportionale Einnahmen, aber er verliert genauso das Risiko einer Verringerung seiner Einnahmen bei unterdurchschnittlicher Leistung.

III. Die Anwendung des Grundsatzes der Kontinuität gemäss Art. 333 Abs. 1 OR auf Aktienoptionen

Unternehmensspezifische Vergütungsregelungen können auch auf der Gewährung von gesellschaftsrechtlichen Beteiligungen an die Mitarbeiter (sog. Mitarbeiterbeteiligungen), z.B. von Aktien oder von *stock options,* beruhen.[13] Da *stock options* in der Schweiz bei vielen Unternehmen weit verbreitet sind, stellt sich die Frage nach den Rechtsfolgen eines Betriebsübergangs gemäss Art. 333 Abs. 1 OR für die an den Aktienoptionsplänen beteiligten Mitarbeiter und Gesellschaften. Nach einem Betriebsübergang ist der neue Arbeitgeber nicht mehr identisch mit der optionsausgebenden Gesellschaft und es kann sogar sein, dass Letztere im Zuge der Umstrukturierung untergeht, sodass die Zukunft der bereits gewährten oder erst zugesagten Optionsrechte in Frage steht.

1. Regelungen im Optionsplan (insb. Verfallsklauseln)

Bereits gewährte Optionen richten sich in erster Linie nach den Regelungen des Optionsplans *(stock option plan)* bzw. des Optionsgewährungsvertrags. Teilweise werden in den Optionsplänen weitreichende Bestimmungen zu den Rechtsfolgen von Umstrukturierungen und insbesondere Betriebsübergängen auf die ausgegebenen Optionen vorgesehen. Die Ausge-

1998, 66 ff.; *A. Staehelin,* Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht Bd. V/2c, Der Arbeitsvertrag Art. 319–355, 3./4. Aufl., Zürich 1996, Art. 333 N 1; *Rehbinder,* Berner Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht VI/2, Der Einzelarbeitsvertrag, Art. 331–355 OR, 2. Aufl., Bern 1992, Art. 333 N 2; *Winkler,* Unternehmensumwandlungen und ihre Auswirkungen auf Arbeitsverträge, Bern 2001, 29 f.; *Brühwiler,* Kommentar zum Einzelarbeitsvertrag, 2. Aufl., Bern 1996, Art. 333 N 1; *Aubert,* Die neue Regelung über Massenentlassungen und den Übergang von Betrieben, AJP 1994, 703 f.; Botschaft I über die Anpassung des Bundesrechts an das EWR-Recht vom 27.5.1992 («Eurolex»), BBl 1992 V 394 ff., 400 f.; Botschaft über das Folgeprogramm nach der Ablehnung des EWR-Abkommens vom 24.2.1993 («Swisslex»), BBl 1993 I 805 f., 880 f.

4 So BGE 129 III 335, 341.

5 *Staehelin* (Fn. 3), Art. 333 N 9 («es wechselt lediglich die Person des Arbeitgebers»); *Rehbinder* (Fn. 3), Art. 333 N 10; *Brühwiler* (Fn. 3), Art. 333 N 1.

6 Was den Inhalt der übergegangenen Arbeitsverhältnisse anbelangt, so ist zu differenzieren nach der jeweiligen Rechtsquelle der zu übertragenden Rechte und Pflichten. Individualarbeitsvertragliche Rechte und Pflichten (Arbeitsbedingungen aufgrund von Einzelarbeitsverträgen, Formular arbeitsverträgen, allgemeinen, einseitig vom Arbeitgeber aufgestellten Arbeitsbedingungen oder betrieblicher Übung) richten sich nach Art. 333 Abs. 1 OR, kollektivrechtliche Rechte und Pflichten nach Art. 333 Abs. 1bis OR.

7 So BGE 129 III 335, 341.

8 Der Besitzstand des Arbeitnehmers wird mangels abweichender Vereinbarung auch bei Abschluss eines neuen Arbeitsvertrags gewahrt, siehe BGE 112 II 52, 56; BGE 114 II 349, 353; *Rehbinder* (Fn. 3), Art. 333 N 7.

9 Vgl. die Fallbeispiele bei *Willemsen/Hohenstatt/Schweibert/Seibt,* Umstrukturierung und Übertragung von Unternehmen – Arbeitsrechtliches Handbuch, 2. Aufl., München 2003, G N 195.

10 Vgl. *Willemsen,* in: Hromadka (Hrsg.), Änderungen von Arbeitsbedingungen, Heidelberg 1990, 174 f.; *Willemsen et al.* (Fn. 9), G N 195. Allgemein *Wiegand,* Basler Kommentar OR I, Art. 1–529 OR, 4. Aufl., Basel 2007, Art. 18 N 57 ff.

11 So *Picot/Schnitker,* Arbeitsrecht bei Unternehmenskauf und Umstrukturierung, München 2001, 60.

12 Siehe *Picot/Schnitker* (Fn. 11), 64 f.

13 Vgl. dazu die Dissertationen von *Helbling,* Mitarbeiteraktien und Mitarbeiteroptionen in der Schweiz, 2. Aufl., Zürich 2003; *D. Portmann,* Mitarbeiterbeteiligung – Mitarbeiteraktien und Mitarbeiteroptionen im schweizerischen Arbeitsrecht, Bern 2005; *Walti,* Mitarbeiterbeteiligung – Aktien- und Optionspläne, Zürich 1998.

staltung derartiger Bestimmungen ist in der Praxis von einer enormen Bandbreite.[14] Unabhängig von der konkreten Ausgestaltung ist eine Regelung des Betriebsübergangs im Optionsplan sehr empfehlenswert, da es bei deren Fehlen unklar ist, wie mit den Optionen zu verfahren ist. Auch das FusG schweigt sich darüber aus, wie Mitarbeiterbeteiligungen und insbesondere Optionen im Falle einer Umstrukturierung zu behandeln sind. Findet sich im Optionsplan keine Regelung für den Betriebsübergang, so könnten allenfalls die im Optionsplan enthaltenen Regelungen für den Fall der Kündigung durch den Arbeitgeber entsprechend angewendet werden. Zwar endet das Arbeitsverhältnis infolge eines Betriebsübergangs gemäss Art. 333 OR gerade nicht. Geschäftsgrundlage des Optionsplans ist jedoch stets der Fortbestand des Arbeitsverhältnisses mit dem optionsausgebenden Arbeitgeber oder zumindest mit einem Konzernunternehmen, und diese Geschäftsgrundlage fällt sowohl bei der Kündigung durch den Arbeitgeber wie auch beim Betriebsübergang weg.

Schwierig zu beantworten ist die Frage, inwieweit im Optionsplan vereinbart werden kann, dass noch nicht ausgeübte Optionsrechte im Fall des Betriebsübergangs entschädigungslos verfallen (sog. Verfallsklauseln). Ein solcher Verfall bereits gewährter Optionen wirkt sich für den Arbeitnehmer zweifelsohne hart aus. Wenn die Gewährung der Optionen einen Bestandteil des Lohnes des Arbeitnehmers im Sinne von Art. 322d Abs. 1 OR darstellt, so ist die Zulässigkeit eines entschädigungslosen Verfalls zu verneinen.[15] Dies entspricht der neueren bundesgerichtlichen Rechtsprechung zum Truckverbot gemäss Art. 323b Abs. 3 OR.[16]

Demgegenüber ist die Zulässigkeit eines im Optionsplan vorgesehenen entschädigungslosen Verfalls wohl zu bejahen, wenn die Optionen nicht Lohnbestandteil bilden.[17] Ein solcher Fall liegt beispielsweise vor, wenn die Optionen allgemein zu Zwecken der Stärkung der Identifikation mit dem Unternehmen an eine grosse Zahl von Arbeitnehmern ohne eine weitere Gegenleistung ausgegeben wurden, wenn es sich bei der Optionsgewährung um eine Gratifikation im Sinne von Art. 322d Abs. 4 OR handelt oder wenn der Arbeitnehmer ausschliesslich als Investor handelt. Das Bundesgericht hat denn auch in einem neueren Entscheid – BGE 131 III 615 – eine Klausel als zulässig erachtet, gemäss welcher Optionen bei einer Kündigung durch den Arbeitnehmer vor Ablauf einer dreijährigen Sperrfrist entschädigungslos verfallen, wenn die Optionen als einseitige Gratifikation eingeräumt wurden.[18] Des Weiteren erachtete das Bundesgericht in BGE 130 III 495 eine Verfallsklausel ohne Entschädigung als zulässig, wenn der Arbeitnehmer beim Erwerb der Optionen als Investor handelt, der das mit der Anlage verbundene Risiko aus freien Stücken akzeptiert.

14 Siehe dazu *Risi/Huber,* Auswirkungen von Umstrukturierungen auf Mitarbeiterbeteiligungen, ST 2004, 1013 ff.; *Helbling* (Fn. 13), 267 ff.

15 Vgl. auch *Picot/Schnitker* (Fn. 11), 61 (bei *performance*-orientierter Gewährung); *Willemsen et al.* (Fn. 9), G N 198 Fn. 534 (bei Lohnbestandteilen im engeren Sinn); *Helbling* (Fn. 13), 248 f. (bei wesentlichem Teil des Gesamtsalärs); *Wyler,* Droit du travail, Bern 2002, 625 ff., 630; *Vischer,* SPR VII/4, Der Arbeitsvertrag, 3. Aufl., Basel 2005, 111 (bei Lohncharakter).

16 Siehe dazu BGE 131 III 615, 618 m.w.H. (einseitige Gratifikation ist vom Lohn zu unterscheiden und gegenüber dem Lohnanspruch von zweitrangiger Bedeutung, entschädigungsloser Verfall widerspricht deshalb nicht Art. 323b Abs. 3 OR); BGer vom 1.10.2004, 4C.237/2004 und 4C.239/2004 (kein entschädigungsloser Verfall bei Optionen in teilweiser Anrechnung auf einen «variablen Lohnanteil», Verstoss gegen Art. 323b Abs. 3 OR); BGE 130 III 495, 501 (ein entschädigungsloser Verfall von Optionen ergibt aus arbeitsrechtlicher Sicht insbesondere dann Probleme, wenn die Aktien oder Optionen gratis oder unter dem Marktwert abgegeben werden und Lohnbestandteil bilden).

17 Im Ergebnis ebenso für die Zulässigkeit einer Verfallsklausel unter bestimmten Bedingungen: *Helbling* (Fn. 13), 248 f.; *Wyler* (Fn. 15), 625 ff.; *Sommer,* Verfallsklausel in Aktienbeteiligungsplan bei Kündigung, ARV 2003, 85 ff., 87; *Portmann* (Fn. 13), 241; *Lützeler,* Aktienoptionen bei einem Betriebsübergang, Hamburg 2007, 140 ff.; *Willemsen et al.* (Fn. 9), G N 198; *Bauer/Göpfert/von Steinau-Steinrück,* Aktienoptionen bei Betriebsübergang, ZIP 2001, 1131 f.; *Lembke,* Die Ausgestaltung von Aktienoptionsplänen in arbeitsrechtlicher Hinsicht, BB 2001, 1469, 1474; *Schnitker/Grau,* Übergang und Anpassung von Rechten aus Aktienoptionsplänen bei Betriebsübergang nach § 613a BGB, BB 2002, 2498.
Generell gegen die Zulässigkeit einer Verfallsklausel: *Brunner/Bühler/Waeber/Bruchez,* Commentaire du contrat de travail, 3. Aufl., Lausanne 2004, Art. 322d N 8; *Nehls/Sudmeyer,* Zum Schicksal von Aktienoptionen bei Betriebsübergang, ZIP 2002, 205 f.; *Tappert,* Auswirkungen eines Betriebsübergangs auf Aktienoptionsrechte von Arbeitnehmern, NZA 2002, 1192 ff.

18 Zur Abgrenzung von gesperrten Beteiligungsrechten als Lohn und als Gratifikation siehe *M. Staehelin,* Gesperrte Optionen – als Lohn unzulässig?, SJZ 2005, 181 ff. (zum Urteil des BGer vom 1.10.2004, 4C.239/2004); sowie allgemeiner BGer vom 13.7.2007, 4A.115/2007, E. 4.3 m.w.H.

Da sich der mit der Ausgabe von Optionen ursprünglich verfolgte Zweck der Mitarbeitermotivation und Betriebstreue nach dem Betriebsübergang nicht mehr erreichen lässt, erscheinen solche Verfallsklauseln – wenn es sich bei den Optionen nicht um Lohnbestandteile handelt – grundsätzlich zulässig. Sie verstossen nicht per se gegen Art. 333 OR, denn es steht dem bisherigen Arbeitgeber frei, sein Leistungsversprechen von vornherein sinnvoll einzugrenzen. Er kann deshalb die Optionsgewährung so einschränken, dass er deren Ausübung an die Bedingung knüpft, dass der Arbeitnehmer zu diesem Zeitpunkt dem Unternehmen bzw. Konzern des Arbeitgebers angehören muss. Führt der Betriebsübergang zum Fortfall des Leistungszwecks, so ist es deshalb zulässig, das Erlöschen bereits eingeräumter Optionsrechte vorzusehen, solange es sich bei den Optionen nicht um Lohnbestandteile im Sinne von Art. 322d Abs. 1 OR handelt. Dies muss grundsätzlich auch dann gelten, wenn im Zeitpunkt des Betriebsübergangs die Vesting-Periode[19] bereits abgelaufen war.[20] Es gibt Lehrmeinungen, welche die Zulässigkeit einer Verfallsklausel generell verneinen, wenn im Zeitpunkt des Betriebsübergangs die Vesting-Periode bereits abgelaufen ist.[21] Begründet wird dies damit, dass die Optionen mit dem Vesting ins Eigentum des Mitarbeiters gefallen seien und der Arbeitnehmer sich mit Ablauf der Vesting-Frist das Eigentum an den Optionen durch Demonstrieren seiner Betriebstreue und Leisten seines Arbeitsbeitrags zur Erreichung des Erfolgziels «verdient» habe, sodass er einen unbedingten Anspruch auf die zugeteilten Beteiligungsrechte erworben habe, welcher ihm nicht ohne Weiteres genommen werden könne.[22] Aktienoptionen werden aber i.d.R. nur unter Vorbehalt des Fortbestands des Arbeitsverhältnisses zum optionsausgebenden Unternehmen bzw. zu einem Konzernunternehmen gewährt. Nur dieser Fortbestand und die damit verbundene Betriebstreue rechtfertigen letztlich die Einräumung einer gesellschaftsrechtlichen Beteiligung am Unternehmen. Mit dem Betriebsübergang endet diese Bindung, sodass die primären Ziele der Mitarbeitermotivation und der Betriebstreue unerreichbar werden. Da der Gewährung der Optionen auch nach Ablauf der Vesting-Periode der Gedanke einer fortbestehenden Bindung zum optionsausgebenden Unternehmen bzw. zu einem Konzernunternehmen zugrunde liegt, kann eine Verfallsklausel im Optionsplan auch nach dem Vesting-Zeitpunkt noch den entschädigungslosen Verfall bei Betriebsübergang vorsehen, solange es sich nicht um Lohnbestandteile handelt.[23] Die Zulässigkeit der Verfallsklausel in den oben genannten Fällen ist also auch dann zu bejahen, wenn die Optionen *vested* sind. Voraussetzung dafür ist, dass die Optionsbedingungen dies für den Arbeitnehmer von vornherein erkennbar vorsahen. Für den Fall, dass es sich bei der Optionsgewährung um eine Gratifikation im Sinne von Art. 322d Abs. 4 OR handelt, macht dies deshalb Sinn, weil es nach herrschender Lehre und Rechtsprechung als anerkannt gilt, dass die Auszahlung einer Gratifikation an die Bedingung des Fortbestands des Arbeitsverhältnisses geknüpft werden darf,[24] und dies auch dann, wenn die Gratifikation in Form von

19 Vgl. zum Begriff des «Vesting» *Helbling* (Fn. 13), 17, 162; *von Planta,* Les plans d'intéressement – Aspects du droit commercial, in: Bovet (Hrsg.), Les plans d'intéressement – Stock Option Plans, Journée d'étude en l'honneur du professeur Georges Muller, Lausanne 2001, 49; BGE 130 III 495 ff., 501 («Das Aufleben des Rechts zum Bezug (gegebenenfalls zum Verkauf) der Aktien»).

20 Ebenso für das deutsche Recht *Bauer/Göpfert/von Steinau-Steinrück* (Fn. 17), ZIP 2001, 1132; *Willemsen et al.* (Fn. 9), G N 198 (dem bisherigen Arbeitgeber obliegt allenfalls eine vertragliche Nebenpflicht, die Arbeitnehmer bei Vorliegen aller Voraussetzungen für die Optionsausübung auf einen bevorstehenden Betriebsübergang hinzuweisen, damit er die Option innerhalb der verbleibenden «Fenster» noch rechtzeitig ausüben kann); *Lützeler* (Fn. 17), 175 f. (mit Einschränkungen).

21 *Portmann* (Fn. 13), 242 («Die Zulässigkeit der Vesting-Klausel setzt im Übrigen voraus, dass der Betriebs[teil]-übergang vor Ablauf der Vesting-Periode stattfindet.» – m.E. muss die Vesting-Klausel aber von der Verfallsklausel unterschieden werden); *von Planta* (Fn. 19), 49 («Si le système choisi prévoit un ‹vesting›, il est logique et à mon avis impératif de permettre l'exercice de toutes les options qui sont ‹vested›»). Ebenso für das deutsche Recht *Lembke* (Fn. 17), BB 2001, 1474; *Schnitker/Grau* (Fn. 17), BB 2002, 2502; *Willemsen/Müller-Bonanni,* Aktienoptionen beim Betriebsübergang, ZIP 2003, 1181 f.

22 Siehe dazu die Begründungen der deutschen Autoren in Fn. 21.

23 Im Ergebnis ähnlich *Sommer,* Das Truckverbot und Mitarbeiterbeteiligungspläne, ARV 2006, 105 (der Verfall von *vested* Optionen könne «gegen den Grundsatz der Kündigungsparität sowie die Vorschriften über Lohnrückbehalt und Lohnrückzahlung verstossen» – dies betrifft m.E. Lohnbestandteile).

24 Siehe statt vieler *Staehelin* (Fn. 3), Art. 322d N 18; *Rehbinder* (Fn. 3), Art. 322d N 14; BGer vom 13.7.2007, 4A.115/2007, E. 4.3.1; BGer vom 28.2.2006, 4C.426/2005, E. 5.1; BGer vom 1.3.2006, 4C.395/2005, E. 5.3.

Optionen ausgerichtet wird.[25] Es entspricht im Übrigen dem Wesen der Gratifikation, dass der Arbeitnehmer mit ihr nicht rechnen kann.[26] In BGE 131 III 615 hat das Bundesgericht im Zusammenhang mit Optionen, welche als Gratifikation zu qualifizieren und gegenüber dem Lohnanspruch von zweitrangiger Bedeutung sind, speziell hervorgehoben, dass die Optionsbedingungen dem Arbeitnehmer entgegengehalten werden können.[27] Für den Fall, dass der Arbeitnehmer im Sinne von BGE 131 III 495 ausschliesslich als Investor handelt, gelten die arbeitsrechtlichen Schutznormen nicht, sodass Vertragsfreiheit besteht. In diesem Fall sind Verfallsklauseln auch dann zulässig, wenn sie *vested* Optionen im Eigentum des Arbeitnehmers umfassen; fraglich ist höchstens, ob die Verfallsklauseln dinglich oder nur obligatorisch wirken. Wenn dies von vornherein erkennbar in den Optionsbedingungen vorgesehen war, so wusste der Investor, worauf er sich einlässt, als er die Investition tätigte.

2. Anwendbarkeit von Art. 333 OR auf Aktienoptionen

Wenn der Optionsplan überhaupt keine Regelungen vorsieht, so stellt sich die Frage, ob der Betriebserwerber in die Pflicht eintritt, die Optionen im Fall der Ausübung einzulösen. Es stellt sich in anderen Worten die Frage nach der Anwendbarkeit von Art. 333 OR auf Mitarbeiterbeteiligungen, zu der sich die schweizerische Lehre bis anhin kaum geäussert hat. Einzig *Dominique Portmann* hat in ihrer Dissertation die Auswirkungen des Betriebsübergangs auf die Mitarbeiterbeteiligung explizit behandelt.[28] Sie geht dabei von dem bisher einzigen publizierten Entscheid in der Schweiz, einem Entscheid des Tribunal des prud'hommes des Kantons Genf aus dem Jahr 2003 aus, in dem lapidar festgestellt wird, dass im Fall eines Betriebs(teil)übergangs gemäss Art. 333 OR auch die Verpflichtungen aus einem Mitarbeiterbeteiligungsprogramm auf den Betriebserwerber übergehen.[29] Dieser Entscheid wurde aber am 6. November 2003 vom Cour d'appel des Kantons Genf auf Wunsch der Parteien ungültig erklärt.[30] Den (aufgehobenen) Entscheid des Tribunal des prud'hommes begründet *Portmann,* indem sie vom Grundsatz der Kontinuität ausgeht, wonach neben eigentlichen Lohnforderungen auch Forderungen des Mitarbeiters betreffend einen Anteil am Geschäftsergebnis und eine Gratifikation sowie Naturallohnforderungen auf den neuen Betriebsinhaber übergehen. Sodann geht sie davon aus, dass Ansprüche aus einem Mitarbeiterbeteiligungsprogramm Naturallohn im weiteren Sinn darstellen würden[31] und je nach konkreter Abrede als Anteil am Geschäftsergebnis oder als Gratifikation zu qualifizieren seien,[32] woraus folge, dass diese Mitarbeiterbeteiligungsansprüche zusammen mit den übrigen Vergütungsbestandteilen auf die erwerbende Gesellschaft übergingen.[33] Dabei bezieht *Portmann* die Anwendung von Art. 333 OR auf alle Ebenen der Mitarbeiterbeteiligung, also sowohl auf die der Optionsgewährung zugrunde liegende ausdrückliche oder stillschweigende Arbeitgeberzusage, wie auch auf den Optionsgewährungsvertrag selbst einschliesslich der Ausübungsbedingungen.[34]

Diese Schlussfolgerung von *Portmann,* dass alle bereits gewährten oder erst zugesagten und noch zu gewährenden Beteiligungsansprüche gemäss Art. 333 OR auf den neuen Betriebsinhaber übergehen, ist m.E. zu pauschal. Art. 333 Abs. 1 OR ordnet lediglich einen Übergang des Arbeitsverhältnisses «mit allen Rechten und Pflichten» an, nicht jedoch einen Übergang sämtlicher mit dem Arbeitsverhältnis im Zusammenhang stehender Vertragsverhältnisse. Der Optionsvertrag ist zwar in vielfacher Hinsicht mit dem Arbeitsverhältnis verknüpft und mag Naturallohncharakter haben, aber er ist trotz der engen Verflechtung ein gesondertes Rechtsverhältnis neben dem Arbeitsvertrag und wird deshalb nicht per se von

25 *Sommer* (Fn. 17), ARV 2003, 87.
26 *Staehelin* (Fn. 18), SJZ 2005, 185.
27 BGE 131 III 615 E. 6.3.
28 Vgl. dazu *Portmann* (Fn. 13), 236 ff.
29 JAR 2003, 150 ff. E. 4.

30 Ich danke Herrn *Patrick Becker* vom Tribunal des prud' hommes für folgende Auskunft: «En effet, suite à l'appel, les parties ont sollicité la suspension de l'instance pour négocier un accord amiable hors procédure. Suite à l'accord effectivement conclu par les parties, les demandeurs ont ultérieurement sollicité l'annulation des jugements et retiré leurs demandes, avec désistement d'action.»
31 *Portmann* (Fn. 13), 239, 91 f. Ebenso *Rehbinder,* Schweizerisches Arbeitsrecht, 15. Aufl., Bern 2002, N 169; *Wyler* (Fn. 15), 616; BGer vom 4.4.2003, 5C.6/2003, E. 3.3.1.
32 *Portmann* (Fn. 13), 239, 93 ff.
33 *Portmann* (Fn. 13), 239.
34 *Portmann* (Fn. 13), 239 f.

Art. 333 Abs. 1 OR erfasst.[35] Der Betriebserwerber sollte nur dann in die Pflicht eintreten müssen, die Optionen im Fall der Ausübung einzulösen, wenn die Rechte aus dem Optionsvertrag mit dem Arbeitsvertrag derart verflochten sind, dass es sich um Rechte aus dem Arbeitsverhältnis im Sinne von Art. 333 Abs. 1 OR handelt. Die Frage, ob es sich bei dem betreffenden Beteiligungsrecht um ein Recht aus dem Arbeitsverhältnis handelt, kann nicht generell, sondern lediglich je nach Einzelfall beurteilt werden; dies gilt umso mehr in Anbetracht der Uneinigkeit der Lehre und Rechtsprechung über die Rechtsnatur der Mitarbeiterbeteiligung über den zu beurteilenden Einzelfall hinaus.[36] Dabei gilt es verschiedene Konstellationen zu unterscheiden.

Sind die Optionen formell von einem Dritten gewährt worden, z.B. der ausländischen Konzernmutter,[37] so gehen diese Optionsrechte nicht gemäss Art. 333 OR auf den Erwerber über. Zwar knüpfen die Gewährung und die Ausübbarkeit der Optionen i.d.R. auch in diesen Fällen an den Bestand eines Arbeitsverhältnisses mit einem Konzernunternehmen an. Von Dritten gewährte Optionsrechte bestehen aber aus allgemein vertragsrechtlichen Gründen gegenüber dem gewährenden Unternehmen fort und werden nicht vom Betriebsübergang erfasst. Ob die im Zeitpunkt des Betriebsübergangs bestehenden Optionsrechte gegenüber dem gewährenden Drittunternehmen allenfalls verfallen, muss in diesem Fall durch Auslegung des Optionsplans geklärt werden.[38]

Sind die Optionen vom Arbeitgeber selbst gewährt worden, so ist entscheidend, ob die Gewährung der Optionen Bestandteil des Arbeitsvertrags war. Dies kann zweifelsohne bejaht werden, wenn die Optionen als Bestandteil der Vergütung bezeichnet oder wenn sie durch Gehaltsumwandlung oder -verzicht erkauft worden sind. In diesem Fall wurde die Optionsgewährung in das Synallagma der vertraglichen Hauptpflichten eingebunden und bildete Bestandteil des Arbeitsvertrags. Dasselbe muss gelten, wenn die Auslegung des Arbeits- resp. des Optionsgewährungsvertrags ergibt, dass die Optionen als Gratifikation oder als Anteil am Geschäftsergebnis im Rahmen des Arbeitsvertrags ausgegeben wurden. Die Optionsrechte gehen dann bei einem Betriebsübergang gemäss Art. 333 OR zusammen mit den übrigen Vergütungsbestandteilen auf den Erwerber über.[39]

Schwieriger wird es, wenn die Gewährung der Optionen nicht in einem offensichtlichen synallagmatischen Austauschverhältnis aus dem Arbeitsvertrag steht, z.B. wenn die Optionen an einen grossen Kreis von Arbeitnehmern allgemein zur Stärkung der Identifikation mit dem Unternehmen ohne eine weitere Gegenleistung ausgegeben wurden. Vom Betriebsübergang betroffen sind nicht nur die arbeitsvertraglichen Haupt- und Nebenrechte, sondern allgemein alle Rechte, die aufgrund einer einzelarbeitsvertraglichen Abrede mit dem bisherigen Arbeitgeber entstanden sind. Damit stellt sich die Frage, ob die Optionsgewährung auf einer einzelarbeitsvertraglichen Abrede beruht und aus diesem Grund mit dem Betriebsübergang gemäss Art. 333 OR auf den Erwerber übergeht. Dabei muss (mit der deutschen herrschenden Lehre)[40] zwischen der ausdrücklichen oder stillschweigenden Arbeitgeberzusage, welche der Optionsgewährung zugrunde liegt, und dem Optionsgewährungsvertrag selbst einschliesslich der Ausübungsbedingungen differenziert werden. Denn nicht immer wird ein Optionsgewährungsvertrag zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer zum Bestandteil des Arbeitsvertrags. Dies ergibt sich auch

35 So auch die herrschende deutsche Lehre, welche davon ausgeht, dass der Optionsvertrag als gesondert vom Arbeitsvertrag bestehender Vertrag einzig kaufrechtlichen Bestimmungen untersteht und somit bei Betriebsübergang nicht auf den Erwerber übergeht; siehe *Bauer/Göpfert/von Steinau-Steinrück* (Fn. 17), ZIP 2001, 1129 ff.; *Lembke* (Fn. 17), BB 2001, 1469; *Willemsen et al.* (Fn. 9), G N 196; *Nehls/Sudmeyer* (Fn. 17), ZIP 2002, 204 f.; *Lützeler,* (Fn. 17), 126 ff. Anders wohl *Tappert* (Fn. 17), NZA 2002, 1189, 1192.
36 *Portmann* (Fn. 13), 93 ff. m.w.H.; *Helbling* (Fn. 13), 152 ff. m.w.H.; *Sommer* (Fn. 23), ARV 2006, 105 («Trotz der zahlreichen bundesgerichtlichen Entscheide fehlt es an einer klaren dogmatischen Erfassung der Ausrichtung von Beteiligungsrechten.»).
37 Vgl. zu dieser Konstellation LAG Düsseldorf vom 3.3.1998, NZA 1999, 981 sowie BAG vom 12.2.2003, ZIP 2003, 682 = BB 2003, 1068 = NZA 2003, 487; allgemein *Picot/Schnitker* (Fn. 11), 61 f.; *Lützeler* (Fn. 17), 129 ff.
38 *Picot/Schnitker* (Fn. 11), 62, unterscheiden dabei zwischen «ausübungsreifen» und «nicht ausübungsreifen» Optionen und plädieren bei Ersteren für eine Ausübung binnen einer angemessenen Frist und bei Zweiteren für einen Verfall.
39 Ebenso *Willemsen et al.* (Fn. 9), G N 197; *Lützeler* (Fn. 17), 126.; *Schnitker/Grau* (Fn. 17), BB 2002, 2498. Anders *Bauer/Göpfert/von Steinau-Steinrück* (Fn. 17), ZIP 2001, 1129 ff. (für einen Untergang sämtlicher Verschaffungspflichten auf Seiten des bisherigen und des neuen Betriebsinhabers).
40 Siehe oben Fn. 35.

aus der bundesgerichtlichen Rechtsprechung in BGE 130 III 495, wonach stets aufgrund der Verhältnisse des Einzelfalles zu beurteilen ist, ob die Optionsgewährung sich als Bestandteil des Arbeitsvertrages oder als davon losgelöste Investition ausnimmt.[41] Von einer solchen, nicht Bestandteil des Arbeitsvertrages bildenden Investition ist auszugehen, wenn der Arbeitnehmer vornehmlich als Anleger handelt, der das mit der Anlage verbundene Risiko in der Erwartung eines hohen Kapitalgewinns aus freien Stücken akzeptiert. Dabei stellt das BGer darauf ab, dass der Arbeitnehmer als Anleger die Optionen käuflich erwarb, dafür einen nicht besonders vorteilhaften Preis bezahlt hat und der Abschluss der Verträge seinem freien Willen entsprang.[42]

Aus diesen Überlegungen ergibt sich, dass von Fall zu Fall geklärt werden muss, ob die Optionsgewährung zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer zum Bestandteil des Arbeitsvertrags wurde. Das Bestehen des Arbeitsvertrags wird zwar stets Bedingung für die Gewährung und Ausübung der Option und für den Arbeitgeber das Motiv dafür sein, aber mehr denn auch nicht. Jedenfalls dann, wenn im Rahmen der Optionsgewährung vereinbart wurde, dass diese nicht im Rahmen des Arbeitsvertrags erfolgt, sondern auf zivilrechtlicher Basis beruht, kann die Anwendung von Art. 333 OR verneint werden. Wird das Bestehen eines einzelarbeitsvertraglichen Rechts und damit die Anwendung von Art. 333 OR auf eine Optionsgewährung verneint, so kann daraus gefolgert werden, dass bei Fortfall der entsprechenden gesellschaftsrechtlichen Strukturen nach einer Umstrukturierung die notwendige Vertragsanpassung in der Regel zum ersatzlosen Wegfall derartiger Optionen führt.

Kommt nun aber Art. 333 OR zur Anwendung und gehen bereits gewährte Optionen auf den Erwerber über, so ist entscheidend, ob die Optionen im Zeitpunkt des Betriebsübergangs ausübbar sind. Handelt es sich um freie oder nicht mehr gesperrte Optionen, so ist der Erwerber bei Ausübung des Optionsrechts durch den Mitarbeiter verpflichtet, diese Optionen entweder einzulösen oder sie entsprechend dem Marktwert abzufinden. Hierfür kann der Erwerber vom bisherigen Betriebsinhaber gegebenenfalls Regress fordern. Auch gesperrte Optionen verfallen (vorbehaltlich anderer Regelungen im Optionsplan) nicht. Unterhält der Erwerber selber einen vergleichbaren Mitarbeiterbeteiligungsplan, so sind die bestehenden Optionen in annähernd wertgleiche Rechte unter diesem Plan umzuwandeln, wobei die beim bisherigen Arbeitgeber zurückgelegte Dienstzeit hinsichtlich der Länge der Betriebszugehörigkeit anzurechnen ist. Besteht kein vergleichbarer Mitarbeiterbeteiligungsplan, so müssen die Optionen abgefunden werden. Da die zukünftige Kursentwicklung schwer abzuschätzen ist, kann es sich als sinnvoll erweisen, als Grundlage der Berechnung den Beleihungswert zu verwenden, den die Optionen im Fall der Sicherheitsleistung gegenüber einer Bank hätten.[43]

Eine weitere Frage ist, ob der Erwerber den Optionsplan des bisherigen Arbeitgebers für die Zukunft fortsetzen muss, wenn der Aktienoptionsplan über die im Zeitpunkt des Betriebsübergangs bereits gewährten Optionen hinaus die Ausgabe weiterer Optionen vorsieht. Klar scheint, dass der Erwerber keine weiteren Optionen gewähren muss. Bei vernünftiger Betrachtung kann kaum ein Zweifel daran bestehen, dass eine Vereinbarung, die eine gesteigerte Identifikation mit den unternehmerischen Zielen des Veräusserers bewirken soll, nach der ratio der Vereinbarung nicht durch den Erwerber (häufig ein Konkurrent) fortgesetzt werden kann. Es wäre geradezu absurd, wenn der Erwerber gezwungen wäre, seine Arbeitnehmer mit Aktien eines Konkurrenten zu belohnen.[44] Damit bleibt die Frage, ob der Erwerber verpflichtet ist, adäquaten Ersatz zu schaffen. Dies sollte wiederum nur dann der Fall sein, wenn die Einräumung der Aktienoptionen Bestandteil des Arbeitsvertrags ist und es sich um ein in die Zukunft gerichtetes fortdauerndes Leistungsversprechen des Arbeitgebers handelt, welches nicht bereits durch die Optionsgewährung in der Vergangenheit im Wege der Erfüllung erloschen ist. Besteht beim Erwerber ein vergleichbares Optionsprogramm, so kann sich der Arbeitnehmer für die Zukunft entsprechend seiner Stellung beim neuen Arbeitgeber in dieses Programm einordnen lassen. Scheidet eine Aufnahme in ein bestehendes Optionsprogramm aus, so kommt im Rahmen der erforderlichen Vertragsanpassung auch eine Umwandlung der Ansprüche auf zukünftige Optionsgewährung in einen variablen oder festen Gehaltsbestandteil in Betracht. Bei der i.d.R. angebrachten Umwandlung der Ansprüche in einen variablen Gehaltsbestandteil ist darauf zu achten, dass die Voraussetzungen für die Erlangung der Leistung und deren Höhe in möglichst enger Anlehnung an den Optionsplan auszugestalten sind.

41 Um eine losgelöste Investition kann es sich gemäss BGer sogar dann handeln, wenn die Gewährung der Optionen bei einem hoch dotierten Kader oder Angestellten als Bonus eine Gegenleistung für dessen Tätigkeit darstellt, siehe BGE 130 III 495, 501 f., mit Verweis auf *Wyler* (Fn. 15), 629 f.

42 BGE 130 III 495 E. 4.

43 So *Picot/Schnitker* (Fn. 11), 64. Siehe auch *Willemsen et al.* (Fn. 9), G N 197 (empfehlen eine rechtzeitige Einigung mit den betroffenen (Schlüssel-)Kräften).

44 Ebenso *Willemsen et al.* (Fn. 9), G N 196; *Lützeler,* (Fn. 17), 155. Anders *Nehls/Sudmeyer* (Fn. 17), ZIP 2002, 202 ff.

IV. Empfehlung

All diese Erläuterungen zeigen, wie unerlässlich es ist, den Fall einer Unternehmensumstrukturierung bzw. eines Betriebsübergangs im Optionsplan resp. im Optionsgewährungsvertrag zu regeln, vorzugsweise durch das Vorsehen einer Abfindung der Optionen oder ein befristetes Ausübungsrecht gegenüber dem übertragenden Unternehmen. Der Übergang des Plans oder von Rechten aus dem Plan auf den Erwerber sollte hingegen ausgeschlossen werden, da er aufgrund der verschiedenen gesellschaftsrechtlichen Strukturen des bisherigen und des neuen Betriebserwerbers zu praktischen Schwierigkeiten in der Umsetzung führen wird. Angesichts der Schnelllebigkeit der heutigen wirtschaftlichen Realität ist es ausserdem empfehlenswert, bei der Erstellung von *stock option*-Plänen darauf zu achten, dass diese nicht allzu langfristig angelegt sind.