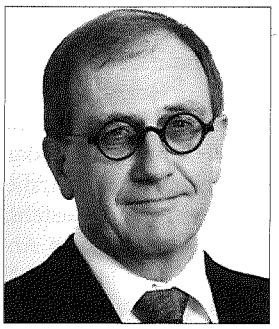
AJP

Aktuelle JURISTISCHE

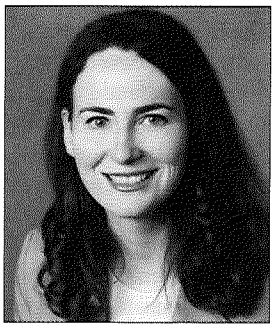
SONDERDRUCK
(nicht verkäuflich)

Verlag und Abonnementverwaltu

Ausgewählte arbeitsrechtliche Fragestellungen im Fusionsgesetz



Urs L. Baumgartner
Dr. iur., LL.M., Rechtsanwalt, Zürich



Isabelle S. Wildhaber
Dr. iur., LL.M., Lehrbeauftragte an der Humboldt-Universität zu Berlin

Inhaltsübersicht

Einleitung
1. Gerichtliche Untersagung der Handelsregistereintragung: Klagebefugnis
2. Gerichtliche Untersagung der Handelsregistereintragung: Zivilprozessuale Aspekte
3. Konsultation bei der Fusion von Konzernen
4. Bedeutung der Arbeitnehmerlisten bei der Zuordnung von Arbeitsverhältnissen
5. Weitergeltung von Konkurrenzverboten
6. Weitergeltung von Gesamtarbeitsverträgen
7. Weitergeltung von Mitarbeiterbeteiligungsplänen
Schlusswort

Einleitung

Seit Erlass des Fusionsgesetzes («FusG») im Jahre 2004[1] regelt nun auch ein gesellschaftsrechtlicher Erlass arbeitsrechtliche Fragen. Der Gesetzgeber hat in Berücksichtigung zahlreicher diesbezüglicher Stellungnahmen im Vernehmlassungsverfahren den Arbeitnehmerschutz bei Umstrukturierungen ausdrücklich als zentrales Element bezeichnet, das neben der Regelung der Gesellschafterinteressen und der Gläubiger vorrangige Beachtung verdient[2]. Der Bundesrat und in der Folge die beiden Kammern des Parlamentes haben aber darauf verzichtet, «das Rad neu zu erfinden», sondern haben stattdessen – abgesehen von einigen Neuerungen, wie z.B. der Möglichkeit der Arbeitnehmer, für ihre Forderungen Sicherstellung zu verlangen – integral auf die vorbestehende obligationenrechtliche Regelung (und damit Lehre und Rechtsprechung dazu) verwiesen[3]. Trotz dieser weisen Zurückhaltung stellen sich ein paar zentrale, bis heute von der Rechtsprechung nicht aufgegriffene und von der Literatur kontrovers behandelte Fragen. Die vom Erlass des FusG ausgelöste Publikationslawine war zum Teil geprägt von enormem Zeitdruck (jeder Autor wollte der schnellste sein), welcher sich negativ auf die Sorgfältigkeit der Analysen auswirkte. Im Bereich des Arbeitsrechts sind zum Teil Verwirrungen entstanden, weil die arbeitsrechtliche Problematik von Autoren aufgegriffen wurde, welche über rein gesellschaftsrechtliche Erfahrungen verfügen.

Dieser Aufsatz greift, mit einer gewissen zeitlichen Distanz seit Inkrafttreten des FusG, aus einem klar arbeitsrechtlichen Blickwinkel unter Eingliederung der Thematik in die gesellschaftsrechtlichen Zusammenhänge, sieben praxisrelevante Fragen auf. Diese Fragen betreffen das Verfahren der Information und Konsultation (nachstehend 1.–3.), die

---

Dr. Urs L. Baumgartner ist Partner bei Lenz & Staehelin in Zürich; er hat die Bestimmungen zum Arbeitnehmerschutz im Basler Kommentar zum Fusionsgesetz kommentiert.
Dr. Isabelle S. Wildhaber arbeitet derzeit an einer Habilitationsschrift zum Arbeitsrecht bei Umstrukturierungen.

1 Bundesgesetz vom 3. Oktober 2003 über Fusion, Spaltung, Umwandlung und Vermögensübertragung (Fusionsgesetz, FusG, SR 221.301), in Kraft seit 1. Juli 2004.

2 Art. 1 Abs. 2 FusG: «[Das FusG] gewährleistet (...) die Rechtssicherheit und Transparenz und schützt Gläubigerinnen und Gläubiger, Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer sowie Personen mit Minderheitsbeteiligungen». Siehe M.E. Winkler, Arbeitnehmerschutz nach dem Entwurf zum neuen Fusionsgesetz, SJZ 2001, 477 ff., 477 Fn. 4 und Fn. 5; Ch. Zimmerli, Arbeitnehmerschutz bei Umstrukturierungen unter besonderer Berücksichtigung des Fusionsgesetzes, AJP 2005, 771 ff., 772; vgl. Botschaft zum Bundesgesetz über Fusion, Spaltung und Vermögensübertragung (Fusionsgesetz, FusG) vom 13. Juni 2000, BBl 2000 V 4337 ff., 4387 ff.

3 Siehe O. Bauer, Der Arbeitnehmerschutz im Fusionsgesetz, Basel 2007, 12; M. Nufer, Die Europakompatibilität des neuen schweizerischen Fusionsgesetzes, in: C. Baudenbacher (Hrsg.), Aktuelle Entwicklungen des europäischen und internationalen Wirtschaftsrechts, Bd. 4, Basel 2002, 539 ff., 588; U. L. Baumgartner, in: Basler Kommentar Fusionsgesetz, Basel 2004, vor Art. 27 N 8, Art. 76 N 1; L. Glanzmann, Umstrukturierungen: Eine systematische Darstellung des schweizerischen Fusionsgesetzes, 2. A., Bern 2008, 264, N 1610. Anders R. Heiz, Das Arbeitsverhältnis im Konzern – Ausgewählte individualarbeitsrechtliche Aspekte, Bern 2004, 156; C. Hirsiger, Der Schutz der Gesellschafter, Gläubiger und Arbeitnehmer bei der Fusion von Kapitalgesellschaften nach schweizerischem und europäischem Fusionsrecht, Zürich 2006, 270; Winkler (FN 2), 478.

Bedeutung der Arbeitnehmerlisten bei der Zuordnung von Arbeitsverhältnissen (nachstehend 4.), sowie die Weitergeltung von Konkurrenzverboten, Gesamtarbeitsverträgen und Mitarbeiteraktienplänen nach Umstrukturierungen (nachstehend 5.–7.). Der Aufsatz setzt sich zum Ziel, einen Beitrag zu einer wissenschaftlichen und praktischen Lösung zu leisten, welche unter Berücksichtigung des Grundsatzes der Einheit der Rechtsordnung den vom Gesetzgeber gesetzten arbeitsrechtlichen Akzenten Nachachtung verschafft. Zu diesen Akzenten gehört, dass das FusG schon in seinem Zweckartikel in Art. 1 Abs. 2 den Schutz der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer zum gleichwertigen Regelungsziel neben Rechtssicherheit und Transparenz, Gläubigerschutz und Minderheitenschutz erhebt.

1. Gerichtliche Untersagung der Handelsregistereintragung: Klagebefugnis

Das FusG schreibt vor, dass vor der definitiven Beschlussfassung über eine Umstrukturierung eine Arbeitnehmerinformation und -konsultation durchzuführen ist. Werden Information und, wo anwendbar, Konsultation nicht oder nicht rechtzeitig durchgeführt (sowohl bei der übertragenden wie auch bei der übernehmenden Gesellschaft), «so kann die Arbeitnehmervertretung vom Gericht verlangen, dass es die Eintragung [...] ins Handelsregister untersagt»[4]. Entgegen dem klaren Wortlaut des Gesetzes nimmt die überwiegende Lehre an, dass in Betrieben oder Unternehmen, in denen keine Arbeitnehmervertretung besteht, die Befugnis, das Gericht anzurufen, auch der *Arbeitnehmerschaft allgemein*[5] oder sogar *einzelnen Arbeitnehmenden*[6] zusteht. Einige wenige Autoren sind sogar soweit gegangen, die Befugnis einzelner Arbeitnehmender selbst dann zu postulieren, wenn eine Arbeitnehmervertretung besteht und selbst dann, wenn diese Arbeitnehmervertretung sich ausdrücklich mit der Transaktion einverstanden erklärt hat[7].

Eine *grammatikalische Auslegung* der Vorschriften in Art. 28 Abs. 3 und Art. 77 Abs. 2 FusG ergibt, dass das Recht, die Eintragung im Handelsregister zu untersagen, die Aktivlegitimation, nur der Arbeitnehmervertretung zusteht, nicht aber einzelnen Arbeitnehmern oder Gruppen von Arbeitnehmern.

Will man dem engen Gesetzeswortlaut nicht folgen, so muss unseres Erachtens Folgendes gelten:

- Bei Vorhandensein einer Arbeitnehmervertretung ist stets nur diese legitimiert, nicht jedoch die Arbeitnehmerschaft allgemein und schon gar nicht ein einzelner Arbeitnehmer. Verzichtet die Arbeitnehmervertretung auf ihr Klagerecht, können die Arbeitnehmer nicht an ihrer Stelle Klage einreichen[8].
- Gibt es hingegen gar keine Arbeitnehmervertretung, so ist die Arbeitnehmerschaft des jeweils betroffenen Rechtsträgers als Kollektiv legitimiert, nie jedoch ein einzelner Arbeitnehmer.

Diese Betrachtungsweise stützt sich auf folgende Überlegungen.

Eine *historische Auslegung* führt einen nicht weiter, da in den Beratungen des National- und Ständerates das Thema der Klagelegitimation nicht explizit erörtert wurde. Die Botschaft spricht zwar nur von der Aktivlegitimation der Arbeitnehmervertretung, schliesst aber ein Klagerecht der Arbeitnehmer auch nicht explizit aus[9]. Dass die Gesetz gewordene Formulierung mit der Beschränkung des Rechts auf Untersagung der Eintragung im Handelsregister auf Arbeitnehmervertretungen in den parlamentarischen Beratungen nicht diskutiert wurde, deutet nicht auf eine Gesetzeslücke hin, sondern unterstreicht die hier vertretene Auffassung.

Bei einer *systematischen Auslegung* von Art. 28 Abs. 3 und Art. 77 Abs. 2 FusG müssen die Rechtsnorm von Art. 333a OR sowie die Bestimmungen des *Mitwirkungsge-*

---

4 Art. 28 Abs. 3, Art. 77 Abs. 2 FusG; vgl. auch Art. 50 FusG.

5 Als notwendige Streitgenossenschaft: U. STREIFF/A. VON KAENEL, Arbeitsvertrag: Praxiskommentar zu Art. 319–362 OR, 6. A., Zürich 2006, Art. 333a N 11; R. WYLER/B. HEINZER, La protection des partenaires contractuels dans la loi sur la fusion, in: M. BLANC/L. DALLÈVES (Hrsg.), Coopération et fusion d'entreprises, Travaux de la journée d'étude organisée à l'Université de Lausanne le 6 octobre 2004, Lausanne 2005, 167 ff., 218; R. WYLER, Loi sur la fusion et protection des travailleurs, SZW 2004, 249 ff., 253; BAUER (FN 3), 159; R. MÜLLER, Die Arbeitnehmervertretung, Bern 1999, 140.

6 So P. REINERT, in: Baker & McKenzie (Hrsg.), Stämpflis Handkommentar, Fusionsgesetz, Bern 2003, Art. 28 N 16. Sich anschliessend dann U. HUBSCHMID, in: F. VISCHER (Hrsg.), Zürcher Kommentar zum Fusionsgesetz, Zürich 2004, Art. 28 N 20 und 30; U. VON SALIS, Fusionsgesetz (Zürich 08/2004), www.fusionsgesetz.ch, Ziff. 21.22; P. ISLER/U. VON SALIS, Fusionen nach dem neuen Fusionsgesetz, ZSR 2004 I, 9 ff., 37; H. C. VON DER CRONE ET AL., Das Fusionsgesetz, Zürich 2004, N 420, N 672, N 943; TH. GEISER, Die Stellung des Arbeitnehmenden nach dem Fusionsgesetz, AJP 2004, 863 ff., 867; D. EMCH, System des Rechtsschutzes im Fusionsgesetz, Bern 2006, 303 f.; ZIMMERLI (FN 2), 780; HIRSIGER (FN 3), 290 f.; W. PORTMANN, in: H. HONSELL/N. P. VOGT/W. WIEGAND (Hrsg.), Obligationenrecht I, Art. 1–529 OR, 4. A., Basel 2007, Art. 333a N 21.

7 REINERT (FN 6), Art. 28 N 16; ZIMMERLI (FN 2), 780 (analog Art. 15 Abs. 2 des Bundesgesetzes vom 17. Dezember 1993 über die Information und Mitsprache der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer in den Betrieben [Mitwirkungsgesetz, MitwG] [SR 822.14], in Kraft seit 1. Mai 1994).

8 Vgl. Wortlaut Art. 10 Abs. 1 Satz 3 des Bundesgesetzes vom 13. März 1964 über die Arbeit in Industrie, Gewerbe und Handel (Arbeitsgesetz, ArG) (SR 822.11), Art. 4 MitwG e contrario, Art. 10 lit. b MitwG, Art. 333a OR. Siehe BAUER (FN 3), 158; MÜLLER (FN 5), 128, 132 f., 259 Fn 187; STREIFF/VON KAENEL (FN 5), Art. 333a N 9.

9 Botschaft zum FusG (FN 2), 4428f.

setzes[10] miteinbezogen werden. Träger der Informations- und Konsultationsrechte sind nach der Konzeption von Art. 4 MitwG in Betrieben ohne Arbeitnehmervertretung zwar «die Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer direkt»[11], es handelt sich aber dabei nicht um individualisierte Mitwirkungsrechte jedes einzelnen Arbeitnehmers, sondern vielmehr um Rechte, welche den Arbeitnehmern als Kollektiv gemeinschaftlich zustehen[12]. Wenn es im Betrieb keine Arbeitnehmervertretung gibt, so stellt Art. 4 MitwG die Rechtsgrundlage für die Wahrung der Interessen der Gesamtbelegschaft dar. Die Pflicht zur Information und Konsultation der Arbeitnehmer-Gesamtheit bei Fehlen einer Arbeitnehmervertretung ergibt sich auch aus dem expliziten Wortlaut von Art. 333a Abs. 1 und 2 OR[13], worauf die Art. 28 Abs. 1 und Art. 76 Abs. 1 FusG verweisen. Aus der Tatsache, dass das FusG immer nur von der Arbeitnehmervertretung spricht, muss ebenfalls geschlossen werden, dass nur einem Kollektiv von Arbeitnehmern das Recht zusteht, den Eintrag zu verhindern[14].

Schreibt man den Mitwirkungsrechten eine kollektive Rechtsnatur zu, so kann es für die Gesamtheit der Arbeitnehmer nur *ein* Verfahren und *ein* Urteil geben. Aus zivilprozessualer Sicht wird deshalb in der Lehre gefordert, dass die Arbeitnehmer bei Fehlen einer Arbeitnehmervertretung eine *notwendige Streitgenossenschaft*[15] darstellen[16].

Wie STREIFF/VON KAENEL zu Recht bemerken, stösst die Durchsetzung der Mitwirkung in Betrieben ohne Arbeitnehmervertretung bei Annahme einer notwendigen Streitgenossenschaft häufig auf unüberwindliche Schwierigkeiten, da es jeder einzelne Arbeitnehmer in der Hand hat, die Rechtsdurchsetzung aller anderen zu erschweren oder gar zu vereiteln[17]. Damit können die betreffenden Mitwirkungsrechte von der Arbeitnehmerschaft realistischerweise nur in Betrieben wahrgenommen werden, die über eine Arbeitnehmervertretung verfügen. Das ist insofern bedenklich, als in Betrieben, die nicht mindestens 50 Arbeitnehmer beschäftigen, überhaupt kein Anspruch auf eine solche besteht.

Aus praktischen Gründen[18] wäre deshalb Folgendes zu postulieren:

Zur Ausübung der Mitwirkungsrechte bei Fehlen einer Arbeitnehmervertretung muss der Wille der Mehrheit der betroffenen Arbeitnehmer genügen, zumal der Bestand der Belegschaft ständig wechseln kann und die Belegschaft zu jedem Zeitpunkt mindestens bestimmbar ist. Der Mehrheitswille muss dabei durch eine ausdrückliche und nachweisbare Beschlussfassung, z.B. durch eine Betriebsversammlung oder eine Urabstimmung, ermittelt werden[19]; denn nur so hat das Gericht die Gewissheit einer einheitlichen Lösung. Die Rechtskraft erstreckt sich dabei auf alle Arbeitnehmer und eine notwendige Streitgenossenschaft in dem Sinne, dass alle Arbeitnehmer als Kläger auftreten müssen[20], ist nicht nötig; trotzdem ist sichergestellt, dass es nur ein Verfahren und nur ein Urteil gibt. Der Belegschaft kommt in diesem Sinne eine im materiellen Bundesrecht begründete zivilprozessuale Parteifähigkeit zu. Eine stellvertretende oder treuhänderische Interessenwahrung von Dritten (wie z.B. von Gewerkschaftsfunktionären) ist dabei ausgeschlossen.

Eine *teleologische Auslegung* bestätigt die hier vertretene Ablehnung der Klagebefugnis eines einzelnen Arbeitnehmers. Ein Klagerecht des einzelnen Arbeitnehmers widerspricht zunächst dem *Hauptzweck des FusG,* wonach Transaktionen erleichtert werden sollen[21]. Sie erschwert auch und entgegen der ratio legis in unnötiger Weise wirtschaftlich wünschbare

---

10 Vgl. FN 7.

11 Siehe auch Art. 15 Abs. 2 MitwG.

12 Botschaft II über die Anpassung des Bundesrechts an das EWR-Recht (Zusatzbotschaft II zur EWR-Botschaft) vom 15. Juni 1992, BBl 1992 V 646 f.; StenBull SR 1993, 608; R. A. MÜLLER, Die Arbeitnehmervertretung, AJP 1997, 1501 ff., 1503 («... da die Mitwirkungsbefugnisse ihrer Natur nach und ex lege nur *kollektiv* (einheitlich) bestehen können und somit die Mitwirkungsrechte der einzelnen Arbeitnehmer auch *kollektiv wahrgenommen* werden müssen»); MÜLLER (FN 5), 127 ff.; STREIFF/VON KAENEL (FN 5), Art. 333a N 9; I. MEIER/CH. EXNER, Informations- und Konsultationsrechte der Arbeitnehmer bei Sanierungen, ARV 2004, 213 ff., 226; sehr klar auch R. WYLER, La participation des travailleurs, ST 2004, 928, insb. N 17.

13 Der Arbeitgeber hat, falls es eine Arbeitnehmervertretung gibt, «die Arbeitnehmer» zu informieren und zu konsultieren.

14 So wörtlich F. VISCHER, SPR VII/4, Der Arbeitsvertrag, 3. A., Basel 2005, 151.

15 Zur notwendigen Streitgenossenschaft allgemein siehe A. STAEHELIN/TH. SUTTER, Zivilprozessrecht, Zürich 1992, 88 ff.; H. U. WALDER-RICHLI, Zivilprozessrecht, 4. A., Zürich 1996, 152; O. VOGEL/A. SPÜHLER/M. GEHRI, Grundriss des Zivilprozessrechts, 8. A., Bern 2006, 143 ff.

16 So die Autoren in FN 5.

17 STREIFF/VON KAENEL (FN 5), Art. 333 N 20, Art. 333a N 9 und 11 («Klageberechtigt sind allein alle Angehörigen der Belegschaft zusammen als notwendige Streitgenossenschaft, was bei grösseren Betrieben oder Uneinigkeit eine Klageerhebung illusorisch macht.»); PORTMANN (FN 6), Art. 333a N 20; siehe auch WYLER (FN 5), 250.

18 Vgl. auch STREIFF/VON KAENEL (FN 5), Art. 333a N 11; PORTMANN (FN 6), Art. 333a N 21 («Mit Blick auf die konzeptionellen Mängel der Gesetzgebung ist es ... auch hier unumgänglich, eine Lösung zu wählen, die mit dem Zweck einer effizienten Mitwirkung der Arbeitnehmerschaft vereinbar ist.»).

19 Ebenso BAUMGARTNER (FN 3), vor Art. 27 N 34 («Es bedürfte einer Mehrheit aller Arbeitnehmer in einer schriftlichen Abstimmung oder der Mehrheit der Anwesenden in einer Arbeitnehmerversammlung.»); WYLER (FN 5), 253; VISCHER (FN 14), 151 («nur einem Kollektiv von Arbeitnehmern [steht] das Recht zu, den Eintrag zu verhindern. Es wird Sache der Rechtsprechung sein, den notwendigen Prozentsatz festzulegen.»).

20 WALDER-RICHLI (FN 15), 152 N 24; VOGEL/SPÜHLER/GEHRI (FN 15), 143 N 47.

21 Botschaft zum FusG (FN 2), 4354; VISCHER, in: ZHKo FusG (FN 6), Einleitung N 1; L. MORSCHER, in: BaKo FusG (FN 3), Art. 1 N 36; GLANZMANN (FN 3), 8.

und erforderliche Umstrukturierungen. Denn das FusG findet ja nicht nur auf grosse Finanzdienstleistungsgruppen, sondern z.B. auch auf kleine oder mittlere Unternehmen, wie etwa landwirtschaftliche Genossenschaften, Anwendung. Die Befugnis Einzelner, entgegen der Mehrheitsmeinung der betroffenen Arbeitnehmer mit der Einleitung oder Androhung gerichtlicher Schritte gegen den Vollzug einer Transaktion einzuschreiten, würde erhebliche rechtliche, wirtschaftliche und arbeitsmarktliche Risiken schaffen und unter Umständen Transaktionen vereiteln, die in verschiedener Hinsicht wünschbar und dringend erforderlich sind – auch und gerade im Sinne der Erhaltung der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit des Unternehmens und damit der Arbeitsplätze. Ein Einzelner könnte eine Umstrukturierung, die von der Gesamtheit der Arbeitnehmer als wünschbar erachtet wird, vereiteln, und sei es nur, weil mit der angedrohten Verzögerung und den damit verbundenen Risiken kein Käufer für das Unternehmen gefunden werden kann.

Es gibt sodann auch und gerade unter dem Blickwinkel des *Arbeitnehmerschutzes* keinen vernünftigen Anlass, einem einzelnen möglicherweise betroffenen Arbeitnehmer derart weitgehende Rechte einzuräumen. Das FusG will nicht die Position einzelner Arbeitnehmer schützen, sondern die Belegschaft der an einer Umstrukturierung beteiligten Unternehmen *insgesamt*. Einem Einzelnen die Befugnis zur Blockierung der Transaktion zu geben, hätte unweigerlich zur Folge, dass entgegen den Interessen der Mehrheit der Beteiligten gehandelt würde. Ein einzelner Arbeitnehmer, der z.B. als Folge der Umstrukturierung seinen Arbeitsort wechseln oder eine Reduktion des Ferienanspruchs von sechs auf fünf Wochen hinnehmen müsste, würde im Extremfall bewirken können, dass eine Grosszahl seiner Kollegen, die unter Umständen weit gravierendere Auswirkungen in Kauf zu nehmen bereit wären, ihre Stelle verlieren könnte.

2. Gerichtliche Untersagung der Handelsregistereintragung: Zivilprozessuale Aspekte

Die Missachtung der Konsultationsrechte der Arbeitnehmer gibt der Arbeitnehmervertretung keinen Anspruch, direkt beim Handelsregisteramt durch einfache Anmeldung die Eintragung zu blockieren. Das FusG schreibt vielmehr vor, dass die Arbeitnehmervertretung «vom Gericht verlangen» müsse, «dass es die Eintragung [...] ins Handelsregister untersagt»[22]. Das FusG enthält selber keine Vorschrift, bei *welchem Gericht* (sachliche und funktionelle Zuständigkeit) und in *welchem Verfahren* zu entscheiden ist. Mit dem FusG wurde einzig Art. 29a des Gerichtstandsgesetzes[23] neu geschaffen, gemäss dem «für Klagen, die sich auf das Fusionsgesetz [...] stützen [...] das Gericht am Wohnsitz eines beteiligten Rechtsträgers zuständig ist». Nach überwiegender Auffassung der Lehre hat sich die *örtliche Zuständigkeit* bei Klagen auf Handelsregistersperre nach Art. 29a GestG zu richten, d.h. wahlweise am Sitz einer der an der Umstrukturierung beteiligten Gesellschaften[24], nicht nach dem teilzwingendem Art. 24 Abs. 1 GestG, gemäss dem das Gericht am Sitz der beklagten Partei oder am Ort, wo der Arbeitnehmer gewöhnlich die Arbeit verrichtet, zuständig ist.

Damit bleibt die Frage nach der *sachlichen Zuständigkeit* unbeantwortet, ob ordentliche Zivilgerichte bzw. allenfalls Handelsgerichte oder aber Arbeitsgerichte für die Untersagung der Handelsregistereintragung zuständig sind. Die Materialien geben dazu keinen Aufschluss; die Frage wurde weder im vorparlamentarischen noch im parlamentarischen Verfahren erörtert und auch die Botschaft nimmt keine Stellung dazu.

In der Literatur wird zum Teil die Meinung vertreten, aufgrund des Vorliegens einer arbeitsrechtlichen Streitigkeit seien die Arbeitsgerichte als sachlich zuständig zu erachten[25]. Diese Auffassung übersieht allerdings die wesentliche gesellschaftsrechtliche Tragweite des Problems. Es geht nicht um die Beurteilung von Ansprüchen der Arbeitnehmer aus dem Arbeitsverhältnis. Die konkrete Wahrung von materiellen Arbeitnehmeransprüchen ist gerade nicht das Ziel des Konsultationsverfahrens. Information und Konsultation haben einen Anhörungs- oder Mitwirkungscharakter, nicht aber einen Mitbestimmungscharakter, und schon gar nicht die Funktion, Inhalte der Arbeitsverhältnisse zu definieren. Anlass und Grund für die Untersagung der Eintragung ist allein die rein formelle Nichtbefolgung der Abläufe des Informations- und gegebenenfalls Konsultationsverfahrens bezüglich der vom FusG vorgeschriebenen Fristen und Inhalte. Das Recht, die gerichtliche Untersagung der Handelsregistereintragung zu verlangen, ist eine spezifisch fusionsrechtliche Massnahme, es basiert nicht auf einem Verweis auf das obligationenrechtliche Arbeitsrecht oder auf das MitwG. Die Arbeitnehmervertretung oder gegebenenfalls die gesamte Belegschaft soll auf einen gesellschaftsrechtlichen Vorgang Einfluss nehmen können, weil im Ablauf der Umstrukturierung (bei der sehr verschiedene *Stakeholder*-Interessen zu berücksichtigen sind) bestimmte Verfahrensabläufe nicht gesetzeskonform abgewickelt wurden. Für derartige Entscheidungen sind die Arbeitsgerichte zweifellos ein ungeeignetes Gremium. Die

---

22 Art. 28 Abs. 3 und Art. 77 Abs. 2 FusG.

23 Bundesgesetz vom 24. März 2000 über den Gerichtsstand in Zivilsachen (Gerichtsstandgesetz, GestG) (SR 272).

24 BAUER (FN 3), 159; BAUMGARTNER (FN 3), vor Art. 27 N 40; HUBSCHMID (FN 6), Art. 28 N 22; REINERT (FN 6), Art. 28 N 12; VON DER CRONE ET AL. (FN 6), N 420; ZIMMERLI (FN 2), 780; WYLER (FN 5), 253; VON SALIS (FN 6), N 21.22; EMCH (FN 6), 298. Anders F. DASSER, Gerichtsstand und anwendbares Recht unter dem Fusionsgesetz, in: H. C. VON DER CRONE/R. WEBER/R. ZÄCH/D. ZOBL (Hrsg.), Neuere Pendenzen im Gesellschaftsrecht, FS Forstmoser, Zürich 2003, 659 ff., 665.

25 REINERT (FN 6), Art. 28 N 18; HUBSCHMID (FN 6), Art. 28 N 24; EMCH (FN 6), 301.

Zuweisung der Befugnis an die Arbeitsgerichte, Anweisungen an die Handelsregisterämter zu geben, hätte zudem eine Spaltung der Zuständigkeit für gleiche oder mindestens verwandte Fragen innerhalb eines bestimmten Umstrukturierungsvorgangs zur Folge, die ein Risiko widersprüchlicher Entscheidungen schaffen würde. Die Arbeitsgerichte sind für die Durchsetzung von Arbeitnehmeransprüchen gegen Arbeitgeber zuständig, nicht aber für die Einhaltung gesellschaftsrechtlich (fusionsrechtlich) definierter Vorgänge und Abläufe. Funktionell und sachlich zuständig sind daher jeweils, entsprechend dem kantonalen Prozessrecht, die ordentlichen Gerichte oder die Handelsgerichte[26]. Damit stellt sich auch die Frage der Anwendbarkeit des sog. einfachen und raschen Verfahrens, wie es für Arbeitsgerichte bundesrechtlich vorgeschrieben ist, nicht[27].

3. Konsultation bei der Fusion von Konzernen

Eine Konsultation ist vorgeschrieben, wenn der Umstrukturierungsvorgang einen Übergang von Arbeitsverhältnissen auslöst und wenn im Zusammenhang mit diesem Übergang Massnahmen beabsichtigt sind, welche die Arbeitnehmer betreffen[28]. Wenn nun zwei Holdinggesellschaften fusionieren (sei es durch Kombination oder durch Absorption)[29], werden diese sehr oft gar keine Arbeitsverhältnisse haben; häufig führt eine von der Holdinggesellschaft gehaltene Tochter als Managementgesellschaft mit ihrem eigenem Mitarbeiterstab Geschäfte für die Gruppe und insbesondere für die Holdinggesellschaft. Der Umstrukturierungsvorgang betrifft also direkt keine Arbeitsverhältnisse und die Frage, ob durch die Umstrukturierung Massnahmen im Sinne von Art. 333a Abs. 2 OR ausgelöst werden, stellt sich gar nicht. Damit erübrigt sich ohne Weiteres ein Konsultationsverfahren. Nicht erforderlich und mangels Arbeitnehmerschaft auch gar nicht möglich ist ein Informationsverfahren. Somit hat auch keine Arbeitnehmervertretung bzw. Arbeitnehmerschaft die Befugnis, die Verletzung von Informations- und Konsultationsregeln geltend zu machen und die Eintragung im Handelsregister zu blockieren.

Selbstverständlich ist damit aber nicht auch schon gesagt, dass im Falle *nachfolgender* Strukturbereinigungen innerhalb der beiden fusionierten Holdinggesellschaften keine Informations- oder Konsultationspflichten mehr bestehen. Das FusG ist grundsätzlich auch auf konzerninterne Umstrukturierungen anwendbar, also zum Beispiel auf die Verschmelzung von zwei von derselben Muttergesellschaft vollständig beherrschten Aktiengesellschaften. Der Zusammenschluss auf oberster Konzernstufe ist zwar letztlich die Grundlage für die nachfolgenden, wiederum vom FusG gesteuerten Umstrukturierungen, er löst aber direkt noch keine fusionsgesetzlichen oder obligationenrechtlichen Informations- und Konsultationspflichten aus[30]. Diese Überlegung ist von besonderer Bedeutung für börsenkotierte Gesellschaften: Das Risiko, dass Arbeitnehmer-Informationspflichten in Widerspruch zu börsenrechtlichen Publikationsvorschriften geraten können[31], wird vermieden bzw. dadurch minimiert, dass die auf den nachfolgenden Konzernstufen erforderlichen Umstrukturierungen zeitlich so eingeplant werden, dass die Information der Arbeitnehmerschaft und der Anlegeröffentlichkeit in geeigneter Weise koordiniert werden.

Dass eine gewissenhafte Konzernleitung spätestens mit der öffentlichen Bekanntmachung die Gesamtheit der Arbeitskräfte über die geplante Umstrukturierung und damit verbundenen Massnahmen, welche längerfristig auf die Arbeitsverhältnisse Auswirkung haben können (Personalreduktion, Betriebszusammenlegungen mit Arbeitsplatzwechsel, Harmonisierung der Anstellungsbedingungen, etc.), orientieren wird, ist selbstverständlich. Die definitiven Entscheide, welche solche Massnahmen auslösen, sind aber noch nicht getroffen und sie sind in den je betroffenen Konzerngesellschaften im Rahmen der auf den Zusammenschluss der Konzerne folgenden Umstrukturierungen erst noch zu beschliessen. Diese Überlegung steht im Einklang mit der Praxis, wonach eine Massenentlassung in einem (schweizerischen) Tochterunternehmen auch dann zur Anwendung der schweizerischen Konsultations- und Anzeigevorschriften gemäss Art. 335 f. OR an die Behörden führt, wenn der Entscheid über die Entlassung oder Betriebsschliessung bei der ausländischen Muttergesellschaft verbindlich getroffen wird[32].

4. Bedeutung der Arbeitnehmerlisten bei der Zuordnung von Arbeitsverhältnissen

Das FusG schreibt vor, dass bei der Spaltung und bei der Vermögensübertragung «eine Liste der Arbeitsverhältnisse, die [...] übergehen», zu erstellen ist[33]. Keine solchen Listen sind

---

[26] So schon BAUMGARTNER (FN 3), vor Art. 27 N 40. Siehe auch Botschaft zum FusG (FN 2), 4429; BAUER (FN 3), 162.

[27] Art. 343 Abs. 2 OR. Die prozessrechtlichen Rechtsgrundlagen für ein solches Verfahren, z.B. vor dem Handelsgericht, fehlen. Anders BAUER (FN 3), 162 f.; REINERT (FN 6), Art. 28 N 18; EMCH (FN 6), 301; ZIMMERLI (FN 2), 781.

[28] Art. 28 Abs. 1 FusG mit Verweis auf Art. 333a Abs. 2 OR.

[29] Beispiel: Die Fusion der Bati Group und der Zschokke, siehe dazu NZZ vom 16.11.2005, Nr. 268, S. 21.

[30] Vgl. auch BGer vom 20.11.2006, 4P.234/2006, E. 6.5, JAR 2007, 349 (Fusion auf der Ebene der Muttergesellschaften führt nicht zu einem Betriebsübergang nach Art. 333 Abs. 1 OR).

[31] Vgl. Kotierungsreglement SWX (in der Fassung vom 1.1.2008), Art. 72 betr. Bekanntgabepflicht bei potenziell kursrelevanten Tatsachen (Ad hoc-Publizität).

[32] ArbG ZH vom 18.12.2002, ARV 2003, 26 = plädoyer 2/2003, 66; vom OGer ZH bestätigt: ZR 2004, 14 ff.

[33] Art. 37 lit. i FusG, Art. 71 Abs. 1 lit. e FusG.

vorgeschrieben bei der Fusion (wo ohnehin wegen der Gesamtrechtsnachfolge alle Arbeitsverhältnisse des absorbierten oder der verschmolzenen Rechtsträger übergehen) und bei der Umwandlung (wo kein Übergang von Arbeitsverhältnissen stattfindet). Listen von Arbeitsverhältnissen werden aus fusionsgesetzlicher Betrachtungsweise erforderlich, weil der Gegenstand der Spaltung oder der Vermögensübertragung zu definieren und abzugrenzen ist von denjenigen Unternehmensbereichen, die beim ursprünglichen Rechtsträger verbleiben oder abgespalten bzw. übertragen werden, oder weil es bei der Aufspaltung darum geht, festzulegen, auf welchen Rechtsträger welche Arbeitsverhältnisse übergehen sollen. Dabei stellt sich die Frage, ob die Transaktionspartner in der Definition der Liste der zu übertragenden bzw. der beim bisherigen Rechtsträger verbleibenden Arbeitsverhältnisse frei sind, ob also den Listen eine konstitutive oder nur eine rein deklaratorische Bedeutung zukommt.

Eine «liberale» Interpretation wäre, dass das FusG mit der Vorschrift, Arbeitnehmerlisten aufzustellen, den Verweis auf Art. 333 Abs. 1 OR einschränken und die Vorschriften betreffend Betriebsübergang nur insoweit anwendbar erklären will, wie die Arbeitsverhältnisse von den Vertragspartnern explizit aufgelistet werden. Diese Interpretation würde nun allerdings der Grundidee von Art. 333 Abs. 1 OR widersprechen, wonach bei einem Betriebs(teil)übergang sämtliche betroffenen Arbeitsverhältnisse zwingend auf den Betriebserwerber übergehen und einzig den Arbeitnehmern ein Ablehnungsrecht zusteht. Sie würde des Weiteren ausser Acht lassen, dass der Gesetzgeber bei Erlass des FusG ganz grundsätzlich und integral auf das Arbeitnehmerschutzkonzept gemäss Art. 333 f. OR verweisen wollte.

Die in Art. 37 lit. i und Art. 71 Abs. 1 lit. e FusG vorgesehene Dispositions- und Übertragungsfreiheit des übertragenden Rechtsträgers ist demnach eingeschränkt, indem der Spaltungsvertrag/-plan bzw. Übertragungsvertrag an die arbeitsrechtliche Vorgabe gebunden ist, wonach Betriebe oder Betriebsteile nur gemeinsam mit den an sie gebundenen Arbeitsverhältnissen auf einen anderen Rechtsträger übergehen können[34]. Der diesbezüglichen Liste aller übergehenden Arbeitsverhältnisse kommt insoweit nur *deklaratorische Bedeutung zu*[35], sodass die entsprechenden Arbeitsverhältnisse übergehen, auch wenn sie nicht in der Liste aufgeführt sind[36]. Es ist nicht möglich, in einer vertraglichen Abrede zwischen den Partnern einer Umstrukturierung Arbeitsverhältnisse, die unzweifelhaft zu einem übertragenen Betrieb oder Betriebsteil gehören, vom Übergang auszuschliessen, indem diese Arbeitsverhältnisse nicht auf der Liste aufgeführt werden[37]. Arbeitgeber, die im Fall der fehlerhaften Zuordnung im Spaltungsvertrag/-plan bzw. Übertragungsvertrag zum Betrieb gehörende, aber irrtümlich nicht auf der Liste aufgeführte Arbeitsverhältnisse übernehmen müssen, können für die daraus resultierenden wirtschaftlichen Folgen Ersatzansprüche gegen die abtretenden Arbeitgeber haben[38].

Die Definition eines Betriebs oder Betriebsteils ist nun aber kein mathematisch-naturwissenschaftlicher Vorgang, sondern bedingt immer auch die Vornahme von Wertungen und Abgrenzungen[39]. In der Praxis kann nicht jedes Arbeitsverhältnis einem bestimmten Betrieb zugeordnet werden, z.B. bei mit zentralen Verwaltungsaufgaben betrauten Beschäftigten in sog. Overhead-Funktionen wie Buchhaltung, EDV, Personal- und sonstige Stabsabteilungen oder bei Arbeitnehmern, die regelmässig in verschiedenen Betriebsabteilungen eingesetzt werden. Kommt aber Art. 333 OR nicht zur Anwendung, so gehen die Arbeitsverhältnisse gesellschaftsrechtlich gemäss FusG über, und es gilt, dass die Arbeitsverhältnisse entsprechend der im Spaltungsvertrag/-plan bzw. Übertragungsvertrag vorgenommenen Festlegung übertragen werden können. Ist eine klare und eindeutige Zuordnung einzelner Arbeitsverhältnisse zu den durch die Umstrukturierung entstehenden Betriebsteilen gar nicht möglich, so kommt der Klarstellungsfunktion des Spaltungsvertrags/-plans bzw. Übertragungsvertrags durchaus *quasi-konstitutive Bedeutung* zu. Die Liste ist in diesen Fällen erforderlich, um bezüglich Arbeitsverhältnissen, bei denen die Zugehörigkeit zu einem Betrieb oder Betriebsteil nicht ohne Weiteres feststeht, Klarheit zu schaffen. Die Liste muss im Hinblick auf den Informations- und Kommunikationsprozess erstellt und diskutiert werden; sie trägt damit zur Rechtssicherheit bei. Die Transaktionspartner können somit über die Listen, vorbehältlich des Ablehnungsrechts der betroffenen Arbeitnehmer, frei über die Zuordnung von Arbeitsverhältnissen entscheiden, die sich keinem Betrieb oder Betriebsteil zuordnen lassen[40]. Dies ist denn auch der Grund dafür, warum der

---

[34] So auch M. E. WINKLER, Unternehmensumwandlungen und ihre Auswirkungen auf Arbeitsverträge, Bern 2001, 38 f., in Anlehnung an W. BOECKEN, Unternehmensumwandlungen und Arbeitsrecht, Köln 1996, 49 ff., m.w.H. zu zahlreichen Lehrmeinungen des deutschen Rechts. Anderes gilt natürlich dann, wenn ein Arbeitnehmer einer von Art. 333 OR abweichenden Übertragung seines Arbeitsverhältnisses zustimmt.

[35] Siehe VON DER CRONE ET AL. (FN 6), N 677; GEISER (FN 6), 868; WYLER/HEINZER (FN 5), 208.

[36] BAUMGARTNER (FN 3), Art. 76 N 12 («Die «strukturell-ökonomische Einheit» des Betriebs geht qua Integralverweis auf Art. 333 OR über, ohne dass es hiefür einer Liste bedürfte; Art. 333 OR ist insofern zwingend.»); ebenso R. TSCHÄNI, Vermögensübertragung, ZSR 2004 I, 83 ff., 100; VON DER CRONE ET AL. (FN 6), N 948.

[37] TSCHÄNI (FN 36), 100.

[38] BAUMGARTNER (FN 3), Art. 76 N 10; H. J. WILLEMSEN ET AL., Umstrukturierung und Übertragung von Unternehmen – Arbeitsrechtliches Handbuch, 3. A., München 2008, G N 207 (Listen sind im Hinblick auf die *interne* Kostenverteilung zwischen früherem und neuem Betriebsinhaber relevant, nicht aber im Verhältnis zum betroffenen Arbeitnehmer).

[39] Siehe dazu I. WILDHABER, Der Tatbestand des Betriebs(teil)übergangs gemäss Art. 333 Abs. 1 OR, ZSR 2007 I, 463 ff., 466 f., 474 f., m.w.H.

[40] Siehe auch BAUMGARTNER (FN 3), Art. 49 N 2; A. VOGEL/CH. HEIZ/U. R. BEHNISCH, FusG Kommentar, Zürich 2005, Art. 49

scheinbare Widerspruch von Art. 37 lit. i und Art. 71 Abs. 1 lit. e FusG zu Art. 333 Abs. 1 OR nicht als gesetzgeberische Panne abgetan werden kann.

Bezüglich Vermögensübertragung wird mit der Liste, zumindest im Bereich der Arbeitsverhältnisse, die umstrittene Frage, ob und wieweit Verträge mit Dritten durch Vermögensübertragung ohne Zustimmung der Dritten übergehen können[41], beantwortet. Der Gesetzgeber hat entschieden, dass die Arbeitsverhältnisse ohne Zustimmung, aber mit Ablehnungsrecht der Arbeitnehmer übergehen, wenn und soweit ein Betrieb oder Betriebsteil übergeht oder soweit die Liste bezüglich der Zugehörigkeit zum Betrieb oder Betriebsteil Klarheit schafft.

5. Weitergeltung von Konkurrenzverboten

Das gesetzgeberische Konzept mit dem integralen Verweis des FusG auf Art. 333 OR zielt unmissverständlich darauf ab, den Übergang der gesamten, mit dem Arbeitsverhältnis verbundenen Rechtspositionen zu sichern. Auf diese Weise wird der Schutzgedanke zugunsten der Arbeitnehmer, denen die Kontinuität des Arbeitsverhältnisses gesichert werden soll, umgesetzt, auch wenn gemäss einhelliger Lehre und Rechtsprechung weder Bestandesschutz (Kündigungsverbot)[42] noch Inhaltsschutz (Veränderungsverbot)[43] aus Art. 333 OR abgeleitet werden können. Mit dem Übergang der Arbeitnehmeransprüche gehen auch die Arbeitnehmerpflichten über. Dies bedeutet, dass ein nachvertragliches Konkurrenzverbot anlässlich eines Betriebsübergangs grundsätzlich auf den Betriebserwerber übergeht[44]. Das Konkurrenzverbot schützt dann nur noch den neuen, nicht mehr den bisherigen Inhaber[45]. Da eine Umstrukturierung den Inhalt des Arbeitsverhältnisses in einzelnen Punkten umgestalten kann, ist es wichtig zu wissen, inwiefern das Prinzip der inhaltlichen Kontinuität auf ein eventuell gegebenes nachvertragliches Konkurrenzverbot gemäss Art. 340 OR anwendbar ist. Inwieweit sich das Konkurrenzverbot nach erfolgter Umstrukturierung nunmehr auf das ganze Tätigkeitsfeld des neuen Arbeitgebers oder nur auf jenes des bisherigen Arbeitgebers beziehen soll, ist eine Frage der *Auslegung der getroffenen Konkurrenzvereinbarung*[46]. Grundsätzlich wächst die Konkurrenzenthaltungspflicht nicht mit, wenn der Arbeitgeber seinen Tätigkeitsbereich ausdehnt, indem er beispielsweise weitere Betriebe integriert, seinen Geschäftsbereich diversifiziert oder seine Geschäfte auf andere geographische Bereiche erweitert und der Arbeitnehmer in der Folge auch Einblick in diese Bereiche betreffende geheime Daten erlangt[47]. Soll das Verbot erweitert werden, ist eine entsprechende neue schriftliche Konkurrenzverbotsabrede (Art. 340a Abs. 1 OR) zu vereinbaren; es sei denn, das Konkurrenzverbot sei so offen formuliert und weit gefasst, dass auch ein später hinzutretender Sachverhalt innerhalb des vertraglich vereinbarten Umgangs unter das Verbot falle[48]. Die Überleitung des Konkurrenzverbots auf den neuen Betriebsinhaber erfolgt also *nicht dynamisch, sondern relativ statisch.* Ändert sich der Betriebszweck beim Betriebsübergang, so ist es deshalb empfehlenswert, das Wettbewerbsverbot anzupassen oder aufzuheben[49].

Je nach Geschäftszweck des neuen Betriebsinhabers kann das Konkurrenzverbot des Arbeitnehmers gestützt auf

---

N 12 f.; VON DER CRONE ET AL. (FN 6), N 679. Für die Erforderlichkeit des Einverständnisses des Arbeitnehmers, der übertragenden und der übernehmenden Gesellschaft: Botschaft zum FusG (FN 2), 4445 (Spaltung ausserhalb der Anwendbarkeit von Art. 333 OR kann keine einseitige Änderung der Vertragsparteien bewirken); WINKLER (FN 2), 479; ZIMMERLI (FN 2), 774. Für einen Übergang der Arbeitsverhältnisse unabhängig davon, ob ein Betrieb oder Betriebsteil übertragen wird: HEIZ (FN 3), 158; HUBSCHMID (FN 6), Art. 49 N 1 f.

41 Siehe dazu P. BERETTA, Vertragsübertragungen im Anwendungsbereich des geplanten Fusionsgesetzes, SJZ 2002, 249 ff.; P. BÖCKLI, Schweizer Aktienrecht, 3. A., Zürich 2005, § 3 N 372 ff.; A. BOHRER, Übergang von Verträgen bei der Vermögensübertragung, ST 2004, 933 ff.; R. BÜCHI, Allgemeine Inventarpflicht für Verträge bei der Vermögensübertragung nach Fusionsgesetz?, REPRAX 2006, 36 ff.; R. WATTER/ U. KÄGI, Der Übergang von Verträgen bei Fusionen, Spaltungen und Vermögensübertragungen, SZW 2004, 231 ff.

42 Siehe dazu I. WILDHABER, Die Streitfrage um einen besonderen Kündigungsschutz bei Betriebsübergang, SJZ 2008, 185 ff.

43 WINKLER (FN 34), 116; REINERT (FN 6), Art. 27 N 4; BAUMGARTNER (FN 3), vor Art. 27 N 14.

44 STREIFF/VON KAENEL (FN 5), Art. 333 N 8; A. STAEHELIN, Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht Bd. V/2c, Der Arbeitsvertrag, 3. A., Zürich 1996, Art. 333 N 9; R. A. TOBLER ET AL., Arbeitsrecht, Kommentierte Gesetzesausgabe: Art. 319–362 OR, Gleichstellungsgesetz, Arbeitsgesetz, Lausanne 2006, Art. 333 N 1.17; J. BRÜHWILER, Kommentar zum Einzelarbeitsvertrag, 2. A., Bern 1996, Art. 333 N 1; HUBSCHMID (FN 6), Art. 27 N 9; CH. NEERACHER, Das arbeitsvertragliche Konkurrenzverbot, Bern 2001, 86 und 94; M. REHBINDER, Berner Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Der Einzelarbeitsvertrag, Art. 331–355 OR, 2. A., Bern 1992, Art. 340c N 2 und Art. 333 N 7; VOGEL/HEIZ/BEHNISCH (FN 40), Art. 76 FusG N 4; VON DER CRONE ET AL. (FN 6), N 680, N 950; N. ZÜRCHER FAUSCH, Konkurrenzverbote in Konzernverhältnissen, Bern 2007, 180; AppH BE vom 4.3.1981, SJZB 1983, 248; OGer BE vom 4.3.1981, JAR 1983, 199 ff.

45 REHBINDER (FN 44), Art. 340c N 2; STAEHELIN (FN 44), Art. 333 N 9; OGer BE JAR 1983, 200 f., unter Verweis auf BGE 54 II 462; AppH BE vom 4.3.1981, SJZB 1983, 248.

46 Vgl. dazu insbesondere GEISER (FN 6), 865 f.; P. BOHNY, Das arbeitsvertragliche Konkurrenzverbot, Zürich 1989, 137 f.

47 NEERACHER (FN 44), 94 f.; ZÜRCHER FAUSCH (FN 44), 180 f.; BOHNY (FN 46), 88; L. COTTI, Das vertragliche Konkurrenzverbot, Fribourg 2001, 28 N 75; STREIFF/VON KAENEL (FN 5), Art. 340a N 4.

48 NEERACHER (FN 44), 95; ZÜRCHER FAUSCH (FN 44), 183. So auch das BGer vom 9.7.2002, 4C.44/2002, E. 2.4.

49 Ebenso NEERACHER (FN 44), 94; STREIFF/VON KAENEL (FN 5), Art. 340a N 4.

Art. 340c Abs. 1 OR entfallen, weil der neue Arbeitgeber aufgrund seiner veränderten Geschäftstätigkeit – er hat z.B. den geschützten Geschäftsbereich aufgegeben oder verlegt – kein erhebliches Interesse mehr hat, das Konkurrenzverbot aufrecht zu erhalten[50]. Der Sinn des Betriebsübergangs kann nicht darin liegen, Arbeitgeber und Arbeitnehmer an einer auf Grund des Betriebsübergangs inhaltsleer oder widersinnig gewordenen Vertragsabrede festzuhalten. Vor der Umstrukturierung vereinbarte Konkurrenzverbote können ihren Sinn verlieren, wenn z.B. in einem oligopolistischen Markt die beiden Konkurrenten fusionieren, oder wenn sich das Konkurrenzverbot gemäss ausdrücklichem Wortlaut oder faktischer Ausprägung ausschliesslich oder vorwiegend gegen ein an der Umstrukturierung nunmehr beteiligtes Unternehmen richtete.

Falls der Arbeitnehmer zum Zeitpunkt des Betriebsübergangs schon ausgeschieden ist, geht sein Arbeitsverhältnis nicht gemäss Art. 333 OR über, weshalb für den Einzelfall überprüft werden muss, ob der Erfüllungsanspruch des bisherigen Arbeitgebers gegen ehemalige Arbeitnehmer auf Einhaltung des Konkurrenzverbots mit dem Betrieb zusammen auf den Erwerber übertragen worden ist. Es empfiehlt sich auf jeden Fall, bestehende Wettbewerbsverbote zu überprüfen und eine eindeutige Regelung für diesen Fall vorzusehen.

Die herrschende Lehre vertritt die Meinung, dass die *Ablehnung des Betriebsübergangs durch den Arbeitnehmer bewirkt, dass ein nachvertragliches Konkurrenzverbot dahinfällt* (Art. 340c Abs. 2 i.V. mit Art. 333 Abs. 1 und 2 OR)[51]. Da der Betriebsübergang einen vom Arbeitgeber zu verantwortenden Anlass darstellt, welcher eine Auflösung des Arbeitsverhältnisses rechtfertigt, und da die Ablehnung des Betriebsübergangs eine Auflösung des Arbeitsverhältnisses kraft Gesetzes bewirkt, folgt daraus gemäss herrschender Lehre, dass die Ablehnung des Betriebsübergangs durch den Arbeitnehmer seinem vertraglichen Konkurrenzverbot ein Ende setzt. Die Ausübung des Ablehnungsrechts kann damit aus der Sicht des Arbeitnehmers ein probates Mittel sein, ohne Behinderung durch das Wettbewerbsverbot zu einem Konkurrenten zu wechseln oder sich in einer anderen Branche zu betätigen. Dies kann für den neuen Betriebsinhaber problematisch sein, wenn er an der Einhaltung des mit dem erworbenen Betrieb zusammenhängenden Wettbewerbsverbots unmittelbar interessiert ist. Es kann für ihn zur Folge haben, dass er ganze Kategorien von Arbeitnehmern verliert, welche ihn daraufhin in seinen Aktivitäten direkt konkurrenzieren[52].

Deshalb sind Streiff/von Kaenel neu (anders noch in der Vorauflage) der Meinung, dass die wirtschaftliche Entwicklung die herrschende Meinung – den automatischen Dahinfall des Konkurrenzverbots bei Ablehnung des Betriebsübergangs – überholt habe[53]. Es sei keineswegs jedes Arbeitsverhältnis in dem Masse durch die persönliche Beziehung des Arbeitnehmers zum Betriebsinhaber geprägt, dass jeder Eigentümerwechsel begründeter Anlass für eine Kündigung wäre. Es sei deshalb jeder Fall einzeln anzusehen. Der begründete Anlass müsse materiell vorliegen und ergebe sich nicht bereits aus der formellen Tatsache eines Betriebsübergangs.

Wir schliessen uns dieser Meinung an[54]: Ein Betriebsübergang kann einen begründeten (und vom Arbeitgeber zu verantwortenden) Anlass für den Arbeitnehmer darstellen, das Arbeitsverhältnis aufzulösen. In der Regel wird dies anzunehmen sein, zwingend ist es aber nicht, insbesondere dann nicht, wenn der Betriebsübergang für das konkrete Arbeitsverhältnis keine Veränderungen mit sich bringt, d.h. dass der Arbeitnehmer die gleichen Pflichten und Aufgaben beibehält, dass seine Zukunftsaussichten unverändert bleiben, und dass die Liquidität des Arbeitgebers durch den Betriebsübergang nicht verschlechtert wird. Um sich vom Konkurrenzverbot zu lösen, muss der Arbeitnehmer demnach die Gründe für seine Ablehnung darlegen, damit festgestellt werden kann, ob die Ablehnung aus einem begründeten, vom Arbeitgeber zu verantwortenden Anlass im Sinne von Art. 340c Abs. 2 OR vorgenommen wurde.

---

50 Ebenso Neeracher (FN 44), 95; Brühwiler (FN 44), Art. 340c N 1; M. Rehbinder, Schranken und Wegfall des Konkurrenzverbots im Arbeitsrecht, ArbR 1989, 87 ff., 97; Streiff/von Kaenel (FN 5), Art. 340c N 2; Bohny (FN 46), 137 f.; Staehelin (FN 44), Art. 340c N 2; R. Wyler, Droit du travail, 2. A., Bern 2008, 616.

51 Neeracher (FN 44), 87 f.; Rehbinder (FN 44), Art. 340c N 2; Bohny (FN 46), 147; Staehelin (FN 44), Art. 340c N 18; Ch. Brunner/J.-M. Bühler/J.-B. Waeber/Ch. Bruchez, Commentaire du contrat de travail, 3. A., Lausanne 2004, Art. 340c N 3; Geiser (FN 6), 866; Vischer (FN 14), 282 FN 46; Streiff/von Kaenel (FN 5), 5. A. (Voraufl.), Art. 340c N 9; Cotti (FN 47), 154 N 376. Ebenso CCass NE vom 27.8.2001, RJN 2001, 100, E. 2, sowie zustimmend Th. Probst in seiner Urteilsanmerkung RJN 2001, 106. Vgl. auch die Argumentation der Beschwerdeführerin in BGer vom 20.11.2006, 4P.234/2006, E. 6.2, JAR 2007, 349.

52 So auch Wyler (FN 50), 614 («Tel n'était manifestement pas le vœu du législateur en adoptant l'art. 333 CO»).

53 Streiff/von Kaenel (FN 5), Art. 340c N 10.

54 Ebenso Zürcher Fausch (FN 44), 143; Wyler (FN 50), 614; Wyler/Heinzer (FN 5), 209 f.; A. Häfliger, Das Konkurrenzverbot im neuen schweizerischen Arbeitsrecht, Bern 1974, 43f. (geht sogar noch weiter: Wegfall des Wettbewerbsverbots nur dann, wenn dem Arbeitnehmer die ihm zugedachte neue Funktion unzumutbar ist); C. Hutterli, Der leitende Angestellte im Arbeitsrecht, 3. A., Bern 1984, 95 (wie Häfliger); R. Kuhn/G. Koller, Das Konkurrenzverbot, in: Aktuelles Arbeitsrecht für die betriebliche Praxis, Bd. 3, Zürich 1981 ff., 8/16.2 (Arbeitnehmer muss immer einen begründeten Anlass zur «Kündigung» nachweisen können); Schweizerischer Gewerbeverband (Hrsg.), Der Einzelarbeitsvertrag im Obligationenrecht, Zürich 1991, Art. 340 N 20; Rehbinder (FN 50), 97; OGer BE vom 4.3.1981, E. 2a, JAR 1983, 199 ff., mit der unbelegten Behauptung, sich auf eine konstante Praxis zu stützen; solches auch erwägend Neeracher (FN 44), 89 f.

6. Weitergeltung von Gesamtarbeitsverträgen

Die Einführung des FusG hat in der Literatur zu Verwirrungen bezüglich der Weitergeltung von Gesamtarbeitsverträgen geführt. Der integrale Verweis auf Art. 333 OR in den Art. 27, 49 und 76 FusG umfasst auch Art. 333 Abs. 1bis OR. Dieser Verweis im FusG auf Art. 333 Abs. 1bis OR ist in der Lehre teilweise als Versehen des Gesetzgebers bezeichnet worden[55]. In der Tat wird die Anwendung des Art. 333 Abs. 1bis OR durch das fusionsgesetzliche Prinzip der (partiellen) Universalsukzession noch weiter kompliziert. Für das Verständnis und die praktische Handhabung ist wichtig, dass es sich bei dem auch im Rahmen des FusG anwendbaren Art. 333 Abs. 1bis OR lediglich um eine Auffangregelung handelt. Aus diesem Grund handelt es sich beim fusionsgesetzlichen Verweis auf diese Bestimmung denn auch nicht um ein Versehen des Gesetzgebers[56].

Eine Auffangregelung ist deshalb erforderlich, weil die Mitgliedschaft des bisherigen Arbeitgebers in einem Arbeitgeberverband und damit auch die Bindung an einen Verbandsvertrag nicht automatisch kraft (partieller) Universalsukzession auf den neuen Rechtsträger übergeht und auch Art. 333 Abs. 1bis OR bei einem Betriebsübergang keinen Wechsel der GAV-Partei vorsieht[57]. Somit gelten derartige GAV – auch in Anbetracht der negativen Koalitionsfreiheit[58] – nicht ohne Weiteres kollektivrechtlich weiter. Daraus folgt aber umgekehrt, dass es der Regelung des Abs. 1bis nicht bedarf, wenn die bisherigen GAV kollektivrechtlich weitergelten. Dies kann insbesondere dann der Fall sein, wenn es sich um einen Firmenvertrag handelt oder – im Fall des Verbandsvertrages – wenn der neue Rechtsträger demselben Arbeitgeberverband wie der bisherige Rechtsträger angehört oder beitritt. Bestimmt sich die Weitergeltung des bisherigen GAV-Systems bereits anderweitig normativ, so findet Art. 333 Abs. 1bis OR keine Anwendung[59]. Es ist mithin vor Anwendung des subsidiären Art. 333 Abs. 1bis OR (auf Grund der Verweisung in Art. 27, 49 und 76 FusG auch im Rahmen von Universalsukzessionen) stets vorrangig zu prüfen, ob die Regelungen eines GAV bereits nach allgemeinen Grundsätzen auf kollektivrechtlicher Grundlage weitergelten. Nur wenn dies *nicht* der Fall ist, weil der übernehmende Rechtsträger nicht derselben GAV-Bindung unterliegt wie der bisherige Rechtsträger oder der Arbeitnehmer nach der Umstrukturierung nicht mehr demselben Betrieb angehört wie zuvor, findet die Regelung des Art. 333 Abs. 1bis OR Anwendung[60].

Ziel des FusG ist es lediglich, sicherzustellen, dass die normativen und in bestimmten Fällen gewisse indirekt-schuldrechtliche Bestimmungen der GAV während der Dauer eines Jahres weitergelten. Dies bedeutet aber nicht, dass der GAV insgesamt weitergilt oder gar, dass das übernehmende Unternehmen Mitglied der GAV-Vertragspartei (des übernommenen Unternehmens) wird. Schon der Gesetzeswortlaut sagt dies nicht, aber auch die (negative) Koalitionsfreiheit verbietet einen derartigen Beitritt «ex lege». Der übernehmende Arbeitgeber wird somit nicht Vertragspartei des GAV, sondern er wird lediglich an die normativen und gewisse indirekt-schuldrechtliche Klauseln während eines Jahres gebunden – und auch dies nur und ausschliesslich, soweit diese Bestimmungen vor der Umstrukturierung für die übertragenen Arbeitsverhältnisse Anwendung fanden[61]. Die bisher dem GAV nicht unterstellten übernommenen Arbeitnehmer oder die Mitarbeiter des übernehmenden Arbeitgebers können sich weiterhin nicht auf den GAV des bisherigen Arbeitgebers berufen.

---

55 REINERT (FN 6), Art. 27 N 5.

56 Siehe BAUMGARTNER (FN 3), vor Art. 27 N 19 ff.

57 Siehe WINKLER (FN 34), 69 m.w.H.; MÜLLER (FN 5), 154; TH. BRÄNDLI, Outsourcing: Vertrags-, Arbeits- und Bankrecht, Bern 2001, 161; L. LAMANNA MERKT, Art. 333 OR Betriebsübergang: die Relevanz der Rechtsprechung des EuGH und des EFTA-Gerichtshofes bei der Auslegung des autonom nachvollzogenen europäischen Rechts, in: C. BAUDENBACHER (Hrsg.), Aktuelle Entwicklungen des europäischen und internationalen Wirtschaftsrechts, Band 8, Basel 2006, 407 ff., 450.

58 Art. 28 Abs. 1 und Art. 110 Abs. 2 BV; W. PORTMANN/J.-F. STÖCKLI, Kollektives Arbeitsrecht – mit einem Anhang zum Öffentlichen Arbeitsrecht, Zürich 2004, 16 N 63; J.-F. STÖCKLI, Berner Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Der Einzelarbeitsvertrag, Art. 356–360 OR, Bern 1999, Art. 356a N 2 ff.

59 Ebenso WINKLER (FN 34), 68 (mit Verweis auf AmtlBull NR 1992, 1577 ff., AmtlBull NR 1993, 1715 ff. zu Diskussionen unter dem Gesichtspunkt der Nichtmitgliedschaft des Erwerbers); BAUMGARTNER (FN 3), vor Art. 27 N 19 ff.; BAUER (FN 3), 69; D. A. KRADOLFER, Der Betriebsübergang – Auswirkungen auf das Individualarbeitsverhältnis, Zürich 2008, 195, 209; wohl auch STÖCKLI (FN 58), Art. 356b N 31. Anders offenbar BRÜHWILER (FN 44), Art. 333 N 3 (geht für den Fall einer rechtsgeschäftlichen Betriebs(teil)übertragung gestützt auf Art. 333 Abs. 1bis OR von einer Verbindlichkeit des GAV kraft Gesetzes aus, unabhängig davon, ob der neue Arbeitgeber dem vertragsschliessenden, einem anderen oder gar keinem Arbeitgeberverband angehört).

60 Dies übersehen z.B. M. METZ, Risiken im kollektiven Arbeitsrecht, in: TH. SUTTER-SOMM/F. HAFNER/G. SCHMID/K. SEELMANN (Hrsg.), Risiko und Recht, Festgabe zum Schweizerischen Juristentag 2004, Basel 2004, 129 ff., 140; REINERT (FN 6), Art. 27 N 5; VON SALIS (FN 6), N 21.7; ZIMMERLI (FN 2), 775.

61 Bezüglich Neueinstellungen Zusatzbotschaft I zur EWR-Botschaft, BBl 1992 V 397, unter Berufung auf EuGH vom 17.12.1987, Rs. 287/86, *Ny Mølle Kro,* Slg. 1987 I 5465, 5486 f.; R. A. MÜLLER, Die Betriebsvereinbarung, ArbR 1998, 153 ff., 169; TH. GEISER, Arbeitsrechtliche Fragen bei Sanierungen, in: ROBERTO (Hrsg.), Sanierung der AG, 2. A., Zürich 2003, 145 ff., 171; STREIFF/VON KAENEL (FN 5), Art. 333 N 9; BAUMGARTNER (FN 3), vor Art. 27 N 21; VON SALIS (FN 6), N 21.7.

7. Weitergeltung von Mitarbeiterbeteiligungsplänen

Bei Fusionen, Spaltungen oder Vermögensübertragungen können Betriebe oder Betriebsteile und damit Arbeitnehmer, die bisher Ansprüche auf Ausgabe von Aktien oder Optionen des Arbeitgebers oder einer diesem übergeordneten Gesellschaft hatten, auf Rechtsträger übergehen, die keine oder andere Beteiligungspläne haben. Es stellt sich dann die Frage nach den Rechtsfolgen der Umstrukturierung für die an den Aktienplänen oder Optionsplänen beteiligten Mitarbeiter und Gesellschaften. Nach einem Betriebsübergang ist der neue Arbeitgeber nicht mehr identisch mit der optionsausgebenden Gesellschaft, sodass der Anspruch gemäss Beteiligungsplan vom neuen Arbeitgeber unter Umständen gar nicht mehr honoriert werden kann. Bei einer Absorptionsfusion kann die Gesellschaft, welche die Aktien oder Optionen ausgibt, untergehen, sodass die Zukunft der bereits gewährten oder erst zugesagten Optionsrechte in Frage steht. Ob und welche «Ersatzansprüche» ein Arbeitnehmer aus dem Arbeitsvertrag hat und wie diese honoriert werden können, lässt sich nur aufgrund der konkreten Gegebenheiten beurteilen[62]. Es ist durchaus denkbar, dass die Ansprüche wegen nachträglicher Unmöglichkeit verfallen und dass der Arbeitnehmer keinen Ersatzanspruch hat (sog. Verfallsklauseln), falls es sich lediglich um Gratifikationen und nicht um Lohnbestandteile handelt[63]. Es ist aufgrund der Unklarheiten und praktischen Schwierigkeiten bei der Weitergeltung von Beteiligungsplänen bei Umstrukturierungen empfehlenswert, den Fall einer Umstrukturierung 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. Fehlen solche Regeln, muss das Problem von den an der Umstrukturierung beteiligten Parteien vertraglich geregelt werden, damit eine Grundlage für die arbeitsrechtlich korrekte Behandlung der betroffenen Arbeitnehmer besteht.

Schlusswort

Die Umsetzung des FusG bringt im Bereich des Arbeitnehmerschutzes einige interessante und auch anspruchsvolle Fragestellungen. Sie sind aber, wenn man sich auf Sinn und Zweck der Vorschriften besinnt, allesamt lösbar. Entscheidend ist, dass man sich nach dem Orkan der Publikationen wieder auf die wesentlichen Grundideen zurückbesinnt. In diesem Sinne ist das FusG eine gute Grundlage für die Umsetzung eines Arbeitnehmerschutzes in voller Würdigung des Hauptziels des FusG, welches darin besteht, Umstrukturierungen im Interesse einer gedeihlichen Entwicklung der Wirtschaft und damit auch der Erhaltung von Arbeitsplätzen zu erleichtern.

Cette contribution traite de sept questions choisies dans le domaine du droit du travail, qui sont fréquemment soulevées en pratique depuis l'entrée en vigueur de la LFus et sujettes à controverse. (1) La qualité pour agir en justice afin de faire interdire l'inscription de la restructuration au registre du commerce, appartient à la représentation des travailleurs elle-même lorsqu'elle existe, à défaut, collectivement à l'ensemble des travailleurs. Pour des raisons pratiques, il suffit d'obtenir l'accord de la majorité des travailleurs concernés dans ce dernier cas, ce qui évite l'exigence de consorité. (2) La compétence à raison du lieu pour agir en interdiction de l'inscription au registre du commerce est déterminée conformément à l'art. 29a LFors, tandis que les tribunaux ordinaires, respectivement les tribunaux de commerce sont compétents à raison de la matière. (3) En cas de fusion de deux sociétés holding, un processus d'information et de consultation est superflu. Cependant, la LFus est en principe également applicable aux restructurations intragroupe. (4) Les art. 37 let. i et art. 71 let. e LFus qui régissent la liberté de disposer et de transférer du sujet de droit transférant, restreignent son pouvoir de déterminer quels travailleurs doivent être transférés, car le contrat/plan de scission, respectivement le contrat de transfert, est lié à l'exigence de transférer les activités ou les secteurs d'activités à un autre sujet de droit conjointement aux rapports de travail en question (caractère déclaratoire de la liste). Si l'attribution des rapports de travail aux secteurs d'activités créés n'est pas possible, elle doit nécessairement être précisée dans le contrat/plan de scission, respectivement le contrat de transfert (caractère quasi constitutif de la liste). (5) Une clause de non concurrence demeurant exécutoire après la fin du contrat est en principe reportée sur l'acquéreur de l'exploitation lors d'un transfert d'activités, et ce de manière relativement statique; ainsi toute extension de l'interdiction nécessite la conclusion d'une nouvelle clause de non concurrence écrite. Si l'employé refuse le transfert des activités, la clause de non concurrence ne s'éteint pas automatiquement. Un transfert des activités peut constituer, pour l'employé, un motif fondé pour mettre fin aux rapports de travail, mais il ne l'est pas nécessairement. (6) Dans le cadre de la LFus, l'art. 333 al. 1bis CO est uniquement une règle supplétive qui ne s'applique que lorsque l'ancien système de CCT n'est pas applicable normativement par un autre biais. (7) Finalement, quant au maintien des plans de participation des travailleurs ensuite de restructurations, compte tenu des difficultés et du manque de clarté en la matière, il est vivement conseillé de régler contractuellement cette question déjà dans le contrat d'option/contrat d'octroi d'option ou au moment de la restructuration.

(trad. LT LAWTANK, Fribourg)

---

62 Siehe dazu ausführlich I. WILDHABER, Aktienoptionen und deren Verfallsklauseln bei Betriebsübergang, SZW 2008, 17 ff.

63 Siehe WILDHABER (FN 62), 20; ähnlich WILLEMSEN ET AL. (FN 38), G N 198 Fn 534 (bei Lohnbestandteilen im engeren Sinn); CH. HELBLING, Mitarbeiteraktien und Mitarbeiteroptionen in der Schweiz, 2. A., Zürich 2003, 248 f. (bei wesentlichem Teil des Gesamtsalärs); U. SOMMER, Verfallsklausel in Aktienbeteiligungsplan bei Kündigung, ARV 2003, 85 ff., 87; D. PORTMANN, Mitarbeiterbeteiligung – Mitarbeiteraktien und Mitarbeiteroptionen im schweizerischen Arbeitsrecht, Bern 2005, 241; M. LÜTZELER, Aktienoptionen bei einem Betriebsübergang, Hamburg 2007, 140 ff. Anders (generell gegen die Zulässigkeit einer Verfallsklausel); BRUNNER ET AL. (FN 51), Art. 322d N 8.