Arbeitsrechtliche Fragen bei der Sanierung des Arbeitgebers

DISSERTATION
der Universität St. Gallen,
Hochschule für Wirtschafts-,
Rechts- und Sozialwissenschaften
sowie Internationale Beziehungen (HSG)
zur Erlangung der Würde einer
Doktorin der Rechtswissenschaft

vorgelegt von

Marina Schwizer

von

Nesslau-Ennetbühl (St. Gallen)

Genehmigt auf Antrag der Herren

Prof. em. Dr. Dr. h.c. Thomas Geiser

und

Prof. Dr. Kurt Pärli

Dissertation Nr. 4966

Dike Verlag AG Zürich/St. Gallen 2020

Die Universität St. Gallen, Hochschule für Wirtschafts-, Rechts- und Sozialwissenschaften sowie Internationale Beziehungen (HSG), gestattet hiermit die Drucklegung der vorliegenden Dissertation, ohne damit zu den darin ausgesprochenen Anschauungen Stellung zu nehmen.

St.Gallen, den 24. Oktober 2019

Der Rektor:

Prof. Dr. Thomas Bieger

Die gleiche Arbeit ist erschienen als Band 40 der Schriftenreihe «St. Galler Schriften zur Rechtswissenschaft», herausgegeben von der Juristischen Abteilung der Universität St. Gallen
ISBN 978-3-03891-165-4

Meinen Eltern

Vorwort

Zum Gelingen dieser Arbeit haben zahlreiche Personen in verschiedenster Weise beigetragen. Es ist mir ein grosses Anliegen, all diesen zu danken.

Besonders danke ich meinem Referenten Prof. em. Dr. Dr. h.c. Thomas Geiser und meinem Korreferenten Prof. Dr. Kurt Pärli für die Betreuung meiner Dissertation, die grosse Freiheit, ihre stetige Gesprächsbereitschaft und wertvollen Hinweise.

Ein grosser Dank geht weiter an meinen Vater, lic. iur. HSG Paul Schwizer, Rechtsanwalt, sowie an meinen Bruder Dr. iur. Angelo Schwizer, Rechtsanwalt, und Dr. iur. Fiona Savary, Rechtsanwältin, für die kritische Durchsicht des Manuskripts und ihre Anregungen. Für das sorgfältige Korrekturlesen herzlich gedankt sei ferner meiner Schwester B.A. HSG Chiara Schwizer und B.A. HSG Samuel Angehrn.

Der grösste Dank gebührt schliesslich meinen Eltern sowie meinen Geschwistern Angelo und Chiara. Sie haben mich während meines Studiums und insbesondere während der Ausarbeitung dieser Dissertation immerzu unterstützt. Meinen Eltern ist diese Arbeit gewidmet.

St. Gallen, im Oktober 2019 Marina Schwizer

Inhaltsübersicht

Vorwort VII
Inhaltsverzeichnis XI
Kurzzusammenfassung XXI
Résumé succint XXII
Brief Summary XXIII
Literaturverzeichnis XXV
Materialien XXXIX
Abkürzungsverzeichnis XLI

1. Kapitel: Einleitung 1
§ 1 Unternehmenskrisen als Ausgangspunkt von Sanierungen 3
§ 2 Rechtliche Verortung und Grundlagen 9
§ 3 Gegenstand und Aufbau 29

2. Kapitel: Sanierung ausserhalb des SchKG 31
§ 4 Anpassung der Arbeitsverhältnisse 33
§ 5 Beendigung von Arbeitsverhältnissen 125
§ 6 Sozialplanpflicht 157
§ 7 Betriebsübergang 203

3. Kapitel: Sanierung innerhalb des SchKG 283
§ 8 Insolvenzverfahren: Arbeitsrechtliche Wirkungen 285
§ 9 Betriebsübergang 305

4. Kapitel: Schlussbetrachtung 323
§ 10 Zusammenfassung 325
§ 11 Checklisten 335

Inhaltsverzeichnis

Vorwort VII
Inhaltsübersicht IX
Kurzzusammenfassung XXI
Résumé succint XXII
Brief Summary XXIII
Literaturverzeichnis XXV
Materialien XXXIX
Abkürzungsverzeichnis XLI

1. Kapitel: Einleitung 1

§ 1 Unternehmenskrisen als Ausgangspunkt von Sanierungen 3

§ 2 Rechtliche Verortung und Grundlagen 9

I. Begriffe 9
1. Unternehmen und Unternehmensträger 9
2. Unternehmenskrise 10
3. Sanierung und Sanierungsmassnahmen 12

II. Sanierungsrecht in der Schweiz: Revision 2014 14

III. Sanierungsverfahren 17
1. Privatrechtliche Sanierung: Aussergerichtlicher Nachlassvertrag . . 17
2. Im Besonderen: Der Konkursaufschub (Art. 725a OR) 18
3. Öffentlichrechtliche Sanierung: Nachlassverfahren 19
4. Gescheiterte Sanierung: Konkurs des Unternehmens 25

IV. Arbeitsrechtliche Implikationen 27

§ 3 Gegenstand und Aufbau 29

2. Kapitel: Sanierung ausserhalb des SchKG 31

§ 4 Anpassung der Arbeitsverhältnisse 33

I. Überblick 33

II. Inhaltsschranken 34
1. Zwingende Bestimmungen 34
2. Im Besonderen: Tragung des Betriebsrisikos 35

3. Im Besonderen: Verzichtsverbot (Art. 341 OR) 37
a) Im Allgemeinen 37
b) Im Besonderen: Zulässigkeit des Lohnverzichts 39
4. Im Besonderen: Gleichbehandlungsgebot 40
III. Anpassungsinstrumente 45
1. Einvernehmliche Vertragsanpassung 45
a) Zulässigkeit und Form 46
b) Im Besonderen: Stillschweigende Annahme 48
c) Annahmefrist 50
d) Zeitpunkt der Wirksamkeit der Vertragsanpassung: kurzfriste Vertragsanpassung 51
2. Änderungskündigung 52
a) Begriff und Zulässigkeit 52
b) Erscheinungsformen 54
c) Stillschweigen auf eine Änderungskündigung 55
d) Annahmefrist und Eintritt der Vertragsänderung 57
e) Zeitlicher Kündigungsschutz 59
f) Sachlicher Kündigungsschutz 59
aa) Missbrauchstatbestand gemäss Bundesgericht: BGE 123 III 246 59
bb) Kurzfristige Vertragsverschlechterung 64
g) Massenänderungskündigung 66
3. Vertraglicher Vorbehalt 67
a) Grundlagen und Zulässigkeit 67
b) In allgemeinen Arbeitsbedingungen (AAB) 69
aa) Grundsätzliches 69
bb) Einseitige Änderungsrechte 72
4. Weisungsrecht 74
a) Grundlagen 74
b) Vertragswidrige Weisungen: Änderungsofferte oder Änderungskündigung? 78
5. Clausula rebus sic stantibus 79
a) Rechtsgrundlage und Voraussetzungen 79
b) Anwendbarkeit im Sanierungsfall? 81
6. Sonderfrage: Kündigung trotz Vertragsverschlechterung 83

IV. Ausgewählte Sanierungsmassnahmen 84
1. Lohnkürzungen, Rückbehalt von Vergütungen 84
2. Im Besonderen: Stillschweigende Annahme einer Lohnkürzung . . 86
3. Kürzung bzw. Streichung von Gratifikationen 90
a) Begriff und Erscheinungsformen 90
b) Rechtsanspruch und Verbindlichkeit 94
4. Lohnzahlungen in Fremdwährung und Lohnkürzungen bei Währungsschwankungen 96
a) Grundlagen und Möglichkeiten 97
b) Im Besonderen: Eurolöhne und Grenzgänger 101
5. Versetzung: Zuweisung anderer Arbeit und/oder neuer Arbeitsort 105
a) Regelfall 107
b) Ausnahmefall: dringende betriebliche Bedürfnisse 109
6. Änderung der Arbeitszeit 110
a) Lage der Arbeitszeit 111
b) Dauer der Arbeitszeit: Anordnung von Überstunden 112
c) Dauer der Arbeitszeit: Kurzarbeit 115
aa) Begriff, Zweck und Einführung 115
bb) Karenzentschädigung: Anspruchsvoraussetzungen 118
cc) Exkurs: Wechselkursschwankungen und Anspruchsberechtigung 121
7. Anordnung von Ferien und Kompensation von Überstunden 122

§ 5 Beendigung von Arbeitsverhältnissen 125

I. Einseitige Aufhebung: Kündigung 125

II. Massenentlassung 127
1. Tatbestand der Massenentlassung 128
a) Kündigung durch den Arbeitgeber 128
b) Kündigung innerhalb desselben Betriebes 129
c) Schwellenwerte 130
d) Keine personenbezogenen Kündigungen 132
e) Zeitraum von 30 (Kalender-)Tagen 133
2. Vom Arbeitgeber einzuhaltendes Entlassungsverfahren 134
a) Konsultation der Arbeitnehmerschaft 134
aa) Wesen und Zweck 134
bb) Zeitpunkt 135
cc) Zur Informationspflicht im Einzelnen 136

dd) Konsultationspflicht im Einzelnen 137
ee) Sonderfrage: Geheimhaltungsinteresse 138
b) Mitteilung ans Arbeitsamt 140
c) Verletzung der Verfahrensvorschriften: Rechtsfolgen 143
d) Sonderfrage: Bis wann werden Kündigungen vom vorausgegangenen Massenentlassungsverfahren erfasst? 145
e) Geltungsbereich 146
aa) Örtlicher Geltungsbereich 146
bb) Sachlicher und persönlicher Geltungsbereich 147
cc) Keine behördliche Anordnung 147
dd) Anwendbarkeit im FusG 148

III. Aufhebungsvertrag 149
1. Grundsatz der Zulässigkeit 149
2. Einschränkungen 152
a) Bedenkzeit 152
b) Materielle Inhaltsprüfung: Erfordernis gegenseitiger Zugeständnisse 153
3. Rechtsfolgen des inhaltlich unzulässigen Aufhebungsvertrages . . . 154

§ 6 Sozialplanpflicht 157
I. Überblick 157
II. Begriff und Zweck 158
III. Rechtsnatur 158
IV. Voraussetzung für eine Verhandlungspflicht 160
1. Verhältnis zur Massenentlassung 160
2. Mindestens 250 Arbeitnehmer 161
3. Kündigungsabsicht: Mindestens 30 Kündigungen 162
4. Zeitraum von 30 Tagen 163
5. Ausnahmen von der Sozialplanpflicht nach Art. 335k OR 165
V. Inhalt und Schranken 167
1. Grundsätzliches 167
2. Ausgewählte Inhalte 169
a) Kündigungsfristen 169
b) Interne und externe Wiedereingliederung 170
c) Pensionskassen-Leistungen und frühzeitige Pensionierung . . . 170

d) Finanzielle Leistungen und Abgangsentschädigungen 171
e) Weitere mögliche Inhalte 171
3. Inhaltliche Schranken 172
a) Keine Gefährdung des Fortbestandes des Betriebes 172
b) Gleichbehandlungsgebot 177
4. Verlust des Sozialplanschutzes 178
VI. Ausarbeitung des Sozialplanes 179
1. Verhandlungspflicht 179
2. Verhandlungspartner 181
a) Gesetzliche Kaskade 181
b) Delegation des Verhandlungsmandats 183
c) Beizug von Sachverständigen 184
3. Verhandlungsablauf 185
4. Zustimmungserfordernis 186
VII. Scheitern der Verhandlungen: Schiedsgerichtsbarkeit 187
1. Allgemeines 187
2. Keine Einigung der Parteien 189
3. Anwendbare Verfahrensregeln 190
4. Bestellung des Schiedsgerichts 191
a) Parteien des Schiedsverfahrens 191
b) Wahl und Sitz des Schiedsgerichts 192
5. Inhalt des Schiedsspruchs 194
6. Wirkung des Schiedsspruchs 197
7. Kosten 198
VIII. Sonderfrage: «Vorsorgliche» Sozialpläne 200
§ 7 Betriebsübergang 203
I. Übersicht 203
1. Formen und Möglichkeiten 203
2. Schutz der Arbeitnehmer nach Art. 333 OR und FusG 206
II. Tatbestandsvoraussetzungen von Art. 333 OR 207
1. Betrieb oder Betriebsteil 208
2. Übertragung auf einen Dritten 208
3. Wahrung der Betriebsidentität 210
4. Betriebsbezogenheit des Arbeitsverhältnisses 211

III. Individualrechtliche Auswirkungen 212
1. Übergang der Arbeitsverhältnisse 212
a) Rechtliche Grundlage 212
b) Vom Übergang erfasste Arbeitsverhältnisse 214
c) Zuordnung der Arbeitsverhältnisse 215
aa) Arbeitsrechtlicher Übergang 215
bb) Fusionsgesetzlicher Übergang 217
d) Ablehnungsrecht der Arbeitnehmer 219
aa) Arbeitsrechtlicher Übergang 219
i. Inhalt, Adressat und Dispositivität des Ablehnungsrechts 219
ii. Ablehnungsfrist 221
iii. Rechtsfolgen der Ablehnung 222
iv. Sonderfrage: Wirkung der Ablehnung auf Konkurrenzverbote 223
bb) Fusionsgesetzlicher Übergang 224
e) Zeitpunkt des Übergangs der Arbeitsverhältnisse 226
f) Abweichende Vereinbarungen 227
aa) Arbeitsrechtlicher Übergang 227
bb) Fusionsgesetzlicher Übergang 229
g) Zulässigkeit von Kündigungen 230
aa) Arbeitsrechtlicher Übergang 230
bb) Fusionsgesetzlicher Übergang 232
cc) Besonderer Kündigungsschutz für Arbeitnehmervertreter 233
2. Inhalt der übergehenden Arbeitsverhältnisse 233
a) Grundsatz der Kontinuität 233
aa) Arbeitsrechtlicher Übergang 233
i. Im Allgemeinen 233
ii. Im Besonderen: nachvertragliches Konkurrenzverbot 236
bb) Fusionsgesetzlicher Übergang 238
b) Möglichkeiten der Vertragsanpassung 238
3. Haftungsschutz 239
a) Übersicht 239
b) Haftungsschutz nach Art. 333 OR 239
aa) Zweck und Verhältnis von Art. 333 Abs. 1 und 3 OR . . . 239
bb) Zeitliche Begrenzung nach Art. 333 Abs. 3 OR 241

cc) Sachliche Begrenzung nach Art. 333 Abs. 3 OR 244
dd) Dispositivität von Art. 333 Abs. 3 OR 246
c) Haftungsschutz nach FusG 247
aa) Fusion 247
i. Haftung der übernehmenden Gesellschaft 247
ii. Persönliche Haftung der Gesellschafter 247
iii. Sicherstellung 248
bb) Spaltung 249
i. Haftung der übernehmenden Gesellschaft 249
ii. Spaltungsrechtliche Solidarhaftung und ihr Verhältnis zur arbeitsrechtlichen Solidarhaftung 249
iii. Sonderfall: Solidarhaftung gemäss Art. 38 Abs. 3 FusG analog 251
iv. Persönliche Haftung der Gesellschafter 252
v. Sicherstellung 252
cc) Vermögensübertragung 253
i. Haftung der übernehmenden Gesellschaft 253
ii. Solidarhaftung und ihr Verhältnis zur arbeitsrechtlichen Solidarhaftung 253
iii. Sicherstellung 254
d) Übersicht Haftungsschutz 255
IV. Auswirkungen auf Kollektivverträge 256
1. Fortgeltung von GAV-Bestimmungen 256
a) Zum GAV im Allgemeinen 256
b) Das Verhältnis von kollektivrechtlicher und individualrechtlicher Fortgeltung 257
c) Kollektivrechtliche Fortgeltung 258
aa) Verbandsvertrag 258
bb) Firmenvertrag 259
d) Individualrechtliche Fortgeltung nach Art. 333 Abs. 1bis OR . . 260
aa) Gegenstand und Anwendungsbereich von Art. 333 Abs. 1bis OR 260
bb) Von der Fortgeltung erfasste Bestimmungen und Arbeitsverhältnisse 261
cc) Vorzeitige Beendigung und Ablauf der einjährigen Fortgeltung 262
e) Tarifkonkurrenz 263

2. Betriebsvereinbarungen 264
a) Zur Betriebsvereinbarung im Allgemeinen 264
b) Fortgeltung von in Betriebsvereinbarungen geregelten Rechten und Pflichten 265
aa) Kollektivrechtliche Fortgeltung 266
bb) Individualrechtliche Fortgeltung: Analoge Anwendung von Art. 333 Abs. 1bis OR 267
c) Konkurrenz 268
V. Mitwirkungsrechte des Arbeitnehmers 269
1. Übersicht 269
2. Informations- und Konsultationsrechte nach Art. 333a OR 270
a) Informationspflicht (Art. 333a Abs. 1 OR) 270
aa) Informationspartner 270
bb) Inhalt und Form 271
cc) Zeitpunkt 273
b) Konsultationspflicht (Art. 333a Abs. 2 OR) 274
aa) Konsultationspartner 274
bb) Inhalt und Form 275
cc) Zeitpunkt 276
dd) Im Besonderen: Zusammentreffen der Konsultation nach Art. 333a Abs. 2 OR und Art. 335f OR (Massenentlassung) 277
c) Verletzung und Durchsetzung der Informations- und Konsultationspflicht 278
3. Mitwirkungsrechte nach FusG 279
a) Berechtigte und Verpflichtete 279
b) Zeitpunkt 280
c) Handelsregistersperre 281

3. Kapitel: Sanierung innerhalb des SchKG 283

§ 8 Insolvenzverfahren: Arbeitsrechtliche Wirkungen 285
I. Schicksal der Arbeitnehmerforderungen 285
II. Schicksal der Arbeitsverhältnisse 287
1. Handlungsoptionen der Insolvenzorgane 287
2. In der Nachlassstundung 289
a) Vertragsauflösung 289
b) (Partieller) Vertragseintritt durch den Nachlassschuldner 291
c) «Nichtstun» 293

3. Im Konkurs- bzw. Liquidationsfall 294
a) Vertragsauflösung 294
b) (Partieller) Vertragseintritt durch Konkursverwaltung 296
c) «Nichtstun» 300
4. Arbeitsleistung zwischen Eröffnung Insolvenzverfahren und Bekanntgabe Entscheid 302
III. Ansprüche des Arbeitnehmers nach AVIG 303
§ 9 Betriebsübergang 305
I. Rechtslage vor der Revision 305
II. Rechtslage nach der Revision: Art. 333b OR 307
1. Übersicht 307
2. Anwendungsbereich von Art. 333b OR 307
3. Übergang der Arbeitsverhältnisse 309
a) Selektionsrecht des Betriebserwerbers 309
b) Neuverhandlung der Arbeitsverhältnisse? 310
4. Nichtanwendung von Art. 333 Abs. 3 OR 311
5. Sinngemässe Anwendung von Art. 333 OR 316
a) Weitergeltung von Kollektivverträgen 316
b) Ablehnungsrecht des Arbeitnehmers: Wirkung 317
c) Keine Übertragung der Rechte des Arbeitgebers 318
6. Sinngemässe Anwendung von Art. 333a OR 318
7. Sonderfrage: Art. 333b OR und FusG 320

4. Kapitel: Schlussbetrachtung 323
§ 10 Zusammenfassung 325
§ 11 Checklisten 335
I. Anpassung der Arbeitsverhältnisse 335
II. Personalabbau 338
III. Sozialplan 341
IV. Betriebsübergang 343
1. Ausserhalb der Insolvenz 343
2. Art. 333b OR: Sonderbestimmung für den Insolvenzfall 349

Kurzzusammenfassung

Aus rechtlicher Sicht stehen bei Sanierungen besonders arbeitsrechtliche Fragen im Zentrum. Regelmässig soll der Produktionsfaktor Arbeit durch Änderungen der Arbeitsbedingungen optimiert werden. Zu denken ist bspw. an die Änderung der Arbeitszeit, die Zuteilung eines neuen Arbeitsortes oder die Kürzung von Löhnen. Auch vorübergehende Massnahmen wie bspw. die Einführung von Kurzarbeit oder die Anordnung von Zwangsferien können Gegenstand eines Sanierungskonzepts sein. Oft kommt es im Zuge einer Sanierung ausserdem zum Abbau von Personal und/oder zur Veräusserung von Betrieben bzw. Teilen davon.

Der Arbeitgeber steht bei der Umsetzung solcher betrieblichen Sanierungsmassnahmen stets im Spannungsfeld zwischen der Vertragsfreiheit einerseits und dem Schutz der Arbeitnehmer andererseits. Die vorliegende Dissertation widmet sich den vielschichtigen arbeitsrechtlichen Herausforderungen, die sich im Rahmen einer Sanierung stellen.

Résumé succint

D'un point de vue juridique, le réaménagement se concentre sur les questions de droit du travail. Le facteur de production du travail devrait être systématiquement amélioré en fonction de l'évolution des conditions de travail. Par exemple, la modification de la durée du travail, l'affectation d'un nouveau lieu de travail ou la réduction des salaires doivent être envisagées. Des mesures temporaires, telles que l'introduction du chômage partiel ou l'ordonnance de congés imposés, peuvent également faire l'objet d'un plan de restructuration. Dans le cadre d'une réorganisation, il s'agit souvent d'une suppression du personnel ou d'un désinvestissement d'entreprises.

Lors de la mise en place de telles mesures de réaménagement d'entreprises, l'employeur se trouve toujours dans une zone de conflits entre la liberté contractuelle, d'une part, et la protection des travailleurs, d'autre part.

Le texte, ci-après, aborde les nombreux défis très complexes, liés à la réorganisation.

Brief Summary

From a legal point of view, corporate restructurings often revolve around labor law issues. Regularly, the input factor labor should be optimized through a change in working conditions. This may involve, for example, a change in working hours, the allocation of a new workplace or the reduction of wages. Temporary measures such as the introduction of short-time working or the ordering of forced holidays may also be part of a restructuring plan. Restructurings also often lead to a downsizing and/or the sale of companies or parts of it.

When implementing such corporate restructuring measures, the employer is always caught between the freedom of contract on the one hand and the protection of employees on the other. The present work focuses on the complex labor law challenges that arise in the context of restructurings.

Literaturverzeichnis

Altenburger Peter R./Calderan Massimo/Lederer Werner, Schweizerisches Umstrukturierungsrecht: Ein Handbuch zum Fusionsgesetz, zur Handelsregisterverordnung und zum Steuerrecht, Zürich 2004 (zit. Altenburger/Calderan/Lederer)

Amonn Kurt/Walther Fridolin, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, 9. A., Bern 2013. (zit. Amonn/Walther)

Amstutz Marc/Mabillard Ramon, Fusionsgesetz (FusG): Kommentar zum Bundesgesetz über Fusion, Spaltung, Umwandlung und Vermögensübertragung vom 3. Oktober 2003, Basel 2008 (zit. Amstutz/Mabillard)

Aubert Gabriel, Die neue Regelung über Massenentlassungen und den Übergang von Betrieben, in: AJP 1994, S. 699 ff. (zit. Aubert)

Bachmann Roland, Arbeitsrechtliche Paradigmenwechsel des neuen Sanierungsrechts: Ausgewählte Fragen zum Arbeitsverhältnis im Nachlassverfahren und im Konkurs, in: Bäni Eva-Maria/Obrist Angela (Hrsg.), Festschrift zur Emeritierung von Jean-Fritz Stöckli, Zürich/St. Gallen 2014, S. 1 ff. (zit. Bachmann, FS Stöckli)

Bachmann Roland, Das Arbeitsverhältnis im Konkurs des Arbeitgebers, Diss. Zürich, Bern 2005 (zit. Bachmann, Konkurs)

Bäni Eva-Maria, Sozialplanpflicht und weitere Auswirkungen des Sanierungsrechts auf das Arbeitsrecht, in: ArbR 2013, S. 79 ff. (zit. Bäni)

Basler Kommentar, Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, Hilty Reto M./Arpagaus Reto (Hrsg.), Basel 2013 (zit. BSK UWG-Bearbeiter)

Basler Kommentar, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs I, Staehelin Adrian/Bauer Thomas/Staehelin Daniel (Hrsg.), 2. A., Basel 2010 (zit. BSK SchKG I-Bearbeiter)

Basler Kommentar, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs II, Staehelin Adrian/Bauer Thomas/Staehelin Daniel (Hrsg.), 2. A., Basel 2010 (zit. BSK SchKG II-Bearbeiter)

Basler Kommentar, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs: Ergänzungsband zur zweiten Auflage, Bauer Thomas/Staehelin Daniel (Hrsg.), Basel 2017 (zit. BSK EB SchKG-Bearbeiter)

Basler Kommentar, Obligationenrecht I: Art. 1-529 OR, Honsell Heinrich/Wiegand Wolfgang/Vogt Nedim Peter (Hrsg.), 6. A., Basel 2015 (zit. BSK OR I-Bearbeiter)

Basler Kommentar, Obligationenrecht II: Art. 530–964 OR, Art. 1–6 SchlT AG, Art. 1–11 ÜBest (GmbH), Art. 1–2 ÜBest (Rechnungslegung 2011), Art. 1–3 ÜBest (GAFI 2014), Honsell Heinrich/Vogt Nedim Peter/Watter Rolf, 5. A., Basel 2016 (zit. BSK OR II-Bearbeiter)

Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, Spühler Karl/Tenchio Luca/Ifanger Dominik (Hrsg.), 3. A., Basel 2017 (zit. BSK ZPO-Bearbeiter)

Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I: Art. 1–456 ZGB, Geiser Thomas/Fountoulakis Christiana (Hrsg.), 6. A., Basel 2018 (zit. BSK ZGB-Bearbeiter)

Bauer Thomas, Sanierungsrecht im Umbruch, in: ST 2014, S. 53 ff. (zit. Bauer, ST)

Bauer Olivier, Der Arbeitnehmerschutz im Fusionsgesetz, Diss. Basel 2007 (zit. Bauer, Arbeitnehmerschutz)

Baumgartner Urs L./Wildhaber Isabelle, Ausgewählte arbeitsrechtliche Fragestellungen im Fusionsgesetz, in: AJP 2008, S. 1085 ff. (zit. Baumgartner/Wildhaber)

Beretta Piera, Vertragsübertragungen im Anwendungsbereich des geplanten Fusionsgesetzes, in: SJZ 2002, S. 249 ff. (zit. Beretta)

Berner Kommentar, Einleitung zum Personenrecht, Band I, 1. Abteilung, Einleitung: Artikel 1–9 ZGB/erläutert von Caroni Pio et al., Hausheer Heinz/Walter Hans Peter (Hrsg.), Bern 2012 (zit. BK ZGB-Bearbeiter)

Bianchi Doris, Der Arbeitnehmerschutz ist keine Hürde bei Sanierungen, in: Die Volkswirtschaft 2010, S. 31 ff. (zit. Bianchi)

Blesi Alfred/Pietruszak Thomas, Sozialplanpflicht bei Massenentlassungen: Verhandlungspflicht trotz bestehendem Sozialplan?, in: Bäni Eva-Maria/Obrist Angela (Hrsg.), Festschrift zur Emeritierung von Jean-Fritz Stöckli, Zürich/St. Gallen 2014, 47 ff (zit. Blesi/Pietruszak)

Bohny Peter, Das arbeitsvertragliche Konkurrenzverbot, Diss. Basel 1989 (zit. Bohny)

Böckenförde Björn, Unternehmenssanierung, Stuttgart 1991 (zit. Böckenförde)

Böckli Peter, Schweizer Aktienrecht: mit Fusionsgesetz, Börsengesellschaftsrecht, Konzernrecht, Corporate Governance, Recht der Revisionsstelle und der Abschlussprüfung in neuer Fassung unter Berücksichtigung der angelaufenen Revision des Aktien- und Rechnungslegungsrechts, 4. A., Zürich 2009 (zit. Böckli)

Brändli Sandra/Stengel Manuel, Währungsfragen im Zusammenhang mit dem Lohn von Grenzgängern – Eine Betrachtung aus arbeitsrechtlicher Sicht, in: Schweiz und Europa. Auswirkungen auf Wirtschaft, Recht und Gesellschaft., St. Gallen 2011, S. 338 ff. (zit. Brändli/Stengel)

Brönnimann Franz K., Der Arbeitgeber im Konkurs, Dissertation, Universität Basel 1982 (zit. Brönnimann)

Brunner Christiane/Bühler Jean-Michel/Waeber Jean-Bernard/Bruchez, Christian, Kommentar zum Arbeitsvertragsrecht, 3. A., Basel 2005 (zit. Brunner/Bühler/Waeber/Bruchez)

Brühwiler Jürg. R., Einzelarbeitsvertrag, Kommentar zu den Art. 319–343 OR, 3. A., Basel 2014 (zit. Brühwiler)

Bucher Eugen, Berner Kommentar, Einleitung und Personenrecht, Band I, 2. Abteilung, Die natürliche Person, 2. Teilband, Kommentar zu Art. 27 ZGB, Bern 1993 (zit. BK ZGB-Bucher)

Bürgerliches Gesetzbuch: Kommentar, Prütting Hanns/Wegen Gerhard/Weinreich Gerd (Hrsg.), 12. A., Köln 2017 (zit. PWW-Bearbeiter)

Commentaire Romand, Code des Obligations I, Thévenoz Luc/Werro Franz (Hrsg.), 2e édition, Basel 2012 (zit. CR-Bearbeiter)

Cirigliano Luca, Ausgewählte Fragen des neuen Sanierungsrechts, in: Jusletter 29. September 2014 (zit. Cirigliano)

Cramer Conradin, Die Anpassung von Arbeitsverträgen mit und ohne Änderungskündigungen: Möglichkeiten für die Implentierung geänderter Arbeitsbedingungen, in: Bäni Eva-Maria/Obrist Angela (Hrsg.), Festschrift zur Emeritierung von Jean-Fritz Stöckli, Zürich/St. Gallen 2014, S. 129 ff. (zit. Cramer, FS Stöckli)

Cramer Conradin, Der Bonus als Malus – Zur Überwälzung von Geschäftsverlusten auf Arbeitnehmer, in: AJP 2008, S. 535 ff. (zit. Cramer, AJP)

Denzler Beat, Zur Tragweite von Art. 333 OR – BGE 123 III 466 ff., in: recht 1998, S. 66 ff. (zit. Denzler)

Druey Jean-Nicolas/Druey Just Eva/Glanzmann Lukas, Gesellschafts- und Handelsrecht, 11. A., Zürich 2015 (zit. Druey/Druey Just/Glanzmann)

Enzler Alex, Der arbeitsrechtliche Zeugnisanspruch, Zürich 2012 (zit. Enzler)

Fachhandbuch Arbeitsrecht: Expertenwissen für die Praxis, Portmann Wolfgang/von Kaenel Adrian (Hrsg.), Zürich 2018 (zit. FHB Arbeitsrecht-Bearbeiter)

Farner Martin, Der Aufhebungsvertrag, in: ArbR 2010, S. 33 f. (zit. Farner)

Fischer Alexander/Trost Andreas, Auswirkungen des neuen Sanierungsrechts auf das Arbeitsrecht, in: Jusletter vom 19. Mai 2014 (zit. Fischer/Trost)

Fuld Stéphanie/Depierre Olivier, Condensé de la nouvelle institution du plan social en droit du travail (art. 335h à 335k CO), in: Jusletter vom 24. September 2014 (zit. Fuld/Depierre)

Furrer Andreas/Müller-Chen, Markus, Obligationenrecht: Allgemeiner Teil, 3. A., Zürich 2018.

Gabathuler Thomas, Die Kündigungsfreiheit kommt ins Wanken, in: plädoyer 5/08, S. 32 ff. (zit. Gabathuler)

Gasser Dominik, Neues Nachlassverfahren – praktische Konsequenzen für die Betreibungs- und Konkursämter, in: BlSchk 2014, S. 1 ff. (zit. Gasser)

Gauch Peter/Schluep Walter R./Schmid Jörg/Emmenegger Susan, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Band I, 10. A., Zürich 2014 (zit. Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger)

GEISER THOMAS, Sozialplanpflicht im schweizerischen Arbeitsrecht, in: ZBJV 2017, S. 818 ff (zit. GEISER, ZBJV)

GEISER THOMAS, Übersicht über die arbeitsrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts, in: AJP 2016, S. 100 ff. (zit. GEISER, AJP 2016)

GEISER THOMAS, Flexibilisierung der Arbeitszeiten: Möglichkeiten und Schranken, in: Bäni Eva-Maria/Obrist Angela (Hrsg.), Festschrift zur Emeritierung von Jean-Fritz Stöckli, Zürich/St. Gallen 2014, S. 233 ff. (zit. GEISER, FS Stöckli)

GEISER THOMAS, Arbeitsrechtliche Rechtsprechung 2011, in: AJP 2012, S. 111 ff. (zit. GEISER, AJP 2012)

GEISER THOMAS, Massenentlassung, in: Münch Peter/Metz Markus (Hrsg.), Stellenwechsel und Entlassungen, 2. A., Basel 2012, S. 77 ff. (zit. GEISER, Massenentlassung)

GEISER THOMAS, Massenentlassung, in: AJP 2009, S. 131 ff. (zit. GEISER, AJP 2009)

GEISER THOMAS, Boni zwischen Privatrecht und öffentlichen Interesse, in: recht 2009, S. 115 ff. (zit. GEISER, recht)

GEISER THOMAS, Aktuelle Gesetzgebung, Gerichtspraxis und internationaler Kontext, in: Bernhard Ehrenzeller/Hans Furer/Thomas Geiser (Hrsg.), Die Mitwirkung in den Betrieben: Gerichtspraxis, Erfahrungen und Sicht der Sozialpartner., St. Gallen 2009, S. 15 ff. (zit. GEISER, Gesetzgebung)

GEISER THOMAS, Aus der neueren bundesgerichtlichen Rechtsprechung zum Arbeitsrecht, in: AJP 2007, S. 1514 ff. (zit. GEISER, AJP 2007)

GEISER THOMAS, Die Stellung der Arbeitnehmenden nach dem FusG, in: AJP 2004, S. 863 ff. (zit. GEISER, AJP 2004)

GEISER THOMAS, Arbeitsrechtliche Fragen bei Sanierungen, in: Vito Roberto (Hrsg.), Sanierungen der AG: ausgewählte Rechtsfragen für die Unternehmenspraxis, Schriften zum neuen Aktienrecht Bd. 17, 2. A., Zürich 2003, S. 145 ff. (zit. GEISER, arbeitsrechtliche Fragen)

GEISER THOMAS, Arbeitsrechtliche Aspekte im Zusammenhang mit Leistungslohn, in: AJP 2001, S. 382 ff. (zit. GEISER, AJP 2001)

GEISER THOMAS, Betriebsübernahme der X AG durch die Y AG, Gutachten zur Frage der Anwendbarkeit von Artikel 333 OR, St. Gallen 2001, (zit. GEISER, Gutachten)

GEISER THOMAS, Die Änderungskündigung im schweizerischen Arbeitsrecht, in: AJP 1999, S. 60 ff. (zit. GEISER, AJP 1999)

GEISER THOMAS, Rechtsprobleme im Zusammenhang mit der Flexibilisierung der Arbeit, in: AJP 1998, S. 1019 ff. (zit. GEISER, AJP 1998)

GEISER THOMAS, Flexibilisierung der Arbeitszeit und des Lohnes, in: ArbR 1998, S. 77 ff. (zit. GEISER, ArbR)

Geiser Thomas, Betriebsübernahmen und Massenentlassungen im Zusammenhang mit Zwangsvollstreckungsverfahren, in: Hasenböhler Franz/Schnyder Anton K. (Hrsg.), Zivilprozessrecht, Arbeitsrecht, Entwicklungen im kantonalen, nationalen und internationalen Recht, Kolloquium zu Ehren von Professor Adrian Staehelin, Zürich 1997, S. 101 ff. (zit. Geiser, Betriebsübernahmen)

Geiser Thomas, Massenentlassung, Anwendungsbereich, Voraussetzungen und Verfahren, in: AJP 1995, S. 1411 ff. (zit. Geiser, AJP 1995)

Geiser Thomas, Die Treuepflicht des Arbeitnehmers und ihre Schranken, Diss., Basel 1983 (zit. Geiser, Treuepflicht)

Geiser Thomas/Müller Roland/Pärli Kurt, Arbeitsrecht in der Schweiz, 4. A., Bern 2019 (zit. Geiser/Müller/Pärli)

Glanzmann Lukas, Das neue Sanierungsrecht, in: Kunz Peter V./Arter Oliver/Jörg Florian S., Entwicklungen im Gesellschaftsrecht X, Bern 2015 (zit. Glanzmann, Sanierungsrecht)

Glanzmann Lukas, Umstrukturierungen: Eine systematische Darstellung des schweizerischen Fusionsgesetzes, 3. A., Bern 2014 (zit. Glanzmann, Umstrukturierungen)

Gloor Werner, Le congé-modification et l'acceptation de l'offre modificative abusive, ARV 2008, S. 249 ff. (zit. Gloor)

Gmünder Hubert, Der Betriebsverkauf in den Insolvenzverfahren: Konkurs und Nachlassverfahren des SchKG, Konkursaufschub des OR sowie Chapter 11 des US Bankruptcy Code, Zürich/St. Gallen 2018 (zit. Gmünder)

Göksu Tarkan, Schiedsgerichtsbarkeit, Zürich/St. Gallen 2014 (zit. Göksu)

Halbeisen Andrea/Rudolph Roger, Kurzarbeit und Kurzarbeitsentschädigung, in: TREX 2009, S. 290 (zit. Halbeisen/Rudolph)

Handkommentar zum Schweizer Privatrecht. Vertragsverhältnisse Teil 2: Arbeitsvertrag, Werkvertrag, Auftrag, GoA, Bürgschaft, Huguenin Claire/Müller-Chen Markus/Girsberger Daniel (Hrsg.), 3. A., Zürich 2016 (zit. CHK OR-Bearbeiter)

Handkommentar zum Schweizer Privatrecht. Wirtschaftliche Nebenerlasse: FusG, UWG, PauRG und KKG, Amstutz Marc/Roberto Vito/Trüeb Hans Rudolf (Hrsg.), 3. A., Zürich 2016 (zit. CHK FusG-Bearbeiter)

Hari Oliver/Gmünder Hubert, Das neue Sanierungsrecht: Hat der Berg eine Maus geboren?, in: GesKR 2013, S. 570 (zit. Hari/Gmünder)

Hess Harald, Sanierungshandbuch, 6. A., Köln 2013 (zit. Hess)

Hofstetter Hans, Anwendbarkeit von Art. 333 OR in Sanierungssituationen, in: AJP 2003, S. 153 ff. (zit. Hofstetter, AJP 2003).

Hofstetter Hans, Zur Anwendbarkeit von Art. 333 OR bei Unternehmenssanierungen oder «von der Kunst, über die eigenen Beine zu stolpern», in: AJP 1998, S. 926 ff. (zit. Hofstetter, AJP 1998)

Humbert Denis G., Die missbräuchliche Kündigung im Spannungsfeld zwischen Kündigungsfreiheit, Generalklausel von Art. 336 OR und Fürsorgepflicht des Arbeitgebers, in: AJP 2011, S. 1471 ff. (zit. Humbert)

Hunkeler Daniel, Neues Sanierungsrecht verabschiedet – voraussichtliches Inkrafttreten bereits am 1. Januar 2014, in: Jusletter 8. Juli 2013 (zit. Hunkeler, Jusletter 2013)

Hunkeler Daniel/Leonova Inga, Neuere Entwicklung des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts (Teil 1), in: Anwaltsrevue 2013, S. 376 ff. (zit. Hunkeler/Leonova)

Ianni Sara, Die Stellung des Arbeitnehmers in der Insolvenz des Arbeitgebers nach der Revision des Sanierungsrechts, Diss. Basel, 2014 (zit. Ianni)

Joerin Patrick, Die arbeitsrechtliche Änderungskündigung und deren rechtliche Zulässigkeit, Diss. Basel 2006 (zit. Joerin)

Kamber Marco, Die Änderungskündigung im Arbeitsvertragsrecht: Insbesondere die Rechtsprechung zur Missbräuchlichkeit, Diss. Basel 2014 (zit. Kamber)

Kälin Oliver, Die Sanierung der Aktiengesellschaft: Ein Rechtshandbuch für Verwaltungsräte, Zürich 2016 (zit. Kälin)

Kälin Thomas/Stalder Noëlle, Massenentlassung und Sozialplan: Ein chronologischer Überblick, in: AJP 2018, S. 1014 ff. (zit. Kälin/Stalder)

Koller Alfred, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil: Handbuch des allgemeinen Schuldrechts, 4. A., Bern 2017 (zit. Koller, OR AT)

Koller Thomas, Die arbeitsrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahr 2011, in: ZBJV 2013, S. 705 ff. (zit. Koller, ZBJV)

Koller Thomas/Sennhauser Norbert, Die arbeitsrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahr 2015, in: ZBJV 2012, S. 405 ff. (zit. Koller/Sennhauser)

Kradolfer Dean Andreas, Der Betriebsübergang – Auswirkungen auf das Individualarbeitsverhältnis, Diss. Zürich 2007. (zit. Kradolfer)

Kramer Ernst A., Band VI, Das Obligationenrecht, 1. Abteilung, Allgemeine Bestimmungen, 2. Teilband, Unterteilband 1a, Inhalt des Vertrages, Art. 19–22 OR, Bern 1991 (zit. BK OR-Kramer)

Kreutz Denise, Sozialpläne – Zweck, Inhalt und Auswirkungen in einem Nachlassstundungs- bzw. Konkursverfahren, in: Jusletter 21. Februar 2011 (zit. Kreutz)

Kurzkommentar Obligationenrecht, Honsell Heinrich (Hrsg.), Neuauflage, Basel 2014 (zit. KUKO OR-Bearbeiter)

Kurzkommentar SchKG, Hunkeler Daniel (Hrsg.), 2. A., Basel 2014 (zit. KUKO SchKG-Bearbeiter)

Leuenberger Christoph/Uffer-Tobler Beatrice, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 2. A., Bern 2016 (zit. Leuenberger/Uffer-Tobler)

Licci Sara, Die Massenentlassung im schweizerischen Recht: Schwellenwerte, Konsultation und Sozialplan unter Berücksichtigung des Arbeitsrechts der Europäischen Union und des Arbeitsvölkerrechts, Dissertation Zürich, 2018 (zit. Licci)

Lorandi Franco, Sanierungen mittels Konkursaufschub oder Nachlassstundung – Alte und neue Handlungsoptionen, in: Sprecher Thomas/Umbach-Spahn Brigitte/Vock Dominik (Hrsg.), Sanierung und Insolvenz von Unternehmen V: Das neue Schweizer Sanierungsrecht, Zürich 2014, S. 29 ff. (zit. Lorandi, Sanierung)

Lorandi Franco, Dauerschuldverhältnisse im neuen Sanierungsrecht, in: AJP 2014, S. 292 (zit. Lorandi, AJP 2014)

Lorandi Franco, Vorgeschlagene Änderungen zum Sanierungsrecht, in: BlSchK 2011, S. 95 ff. (zit. Lorandi, BlSchK)

Lorandi Franco, Dauerschuldverhältnisse im Nachlassverfahren, in: AJP 2004, S. 1209 ff. (zit. Lorandi, AJP 2004)

Lorandi Franco, Arbeitsverträge in der Insolvenz des Arbeitgebers – Eine aktuelle Bestandsaufnahme zu ausgewählten Fragen, in: Jusletter 25. Oktober 2004 (zit. Lorandi, Jusletter)

Lorandi Franco, Arbeitsverträge im Konkurs des Arbeitgebers, in: SJZ 2000, S. 150 ff. (zit. Lorandi, SJZ)

Lorandi Franco, Betriebsübernahmen gemäss Art. 333 OR im Zusammenhang mit Sanierungen und Insolvenzverfahren, in: Angst Paul/Cometta Flavio/Gasser Dominik (Hrsg.), Schuldbetreibung und Konkurs im Wandel, Festschrift 75 Jahre Konferenz der Betreibungs- und Konkursbeamten der Schweiz, Basel/Genf/München, 2000, S. 95 ff. (zit. Lorandi, Festschrift)

Löwisch Manfred/Kaiser Dagmar, Betriebsverfassungsgesetz Kommentar, 6. A., Frankfurt am Main 2010 (zit. Löwisch/Kaiser)

Meier Isaak/Exner Christian, Laufende Verträge in Konkurs- und Nachlassverfahren, in: BlSchK 2006, S. 85 ff. (zit. Meier/Exner, BlSchK)

Meier Isaak/Exner Christian, Informations- und Konsultationsrechte der Arbeitnehmer bei Sanierungen, in: ARV 2004, S. 213 ff. (zit. Meier/Exner, ARV)

Miloni Nino, Für welche Forderung besteht die Solidarhaftung nach Art. 333 Abs. 3 OR?, Diskussionspapiere des Forschungsinstituts für Arbeit und Arbeitsrecht an der Universität St. Gallen, Nr. 85, St. Gallen 2002 (zit. Miloni)

Morf Roger Peter, Lohn und besondere Vergütungsformen im privatrechtlichen Arbeitsverhältnis, Diss., St. Gallen 2011 (zit. Morf)

Müller Christoph, Das Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, Art. 1–18 mit allgemeiner Einleitung in das Schweizerische Obligationenrecht, Bern 2018 (zit. BK OR-Müller).

Müller Lukas, Das neue Sanierungsrecht aus empirischer Perspektive: Was sind die kritischen Erfolgsfaktoren einer Sanierung?, in: AJP 2014, S. 187 ff. (zit. Müller, AJP 2014)

Müller Martin L., Sozialplanpflicht (Art. 335h – 335k OR, in: ARV 2014, S. 231 ff. (zit. Müller, ARV 2014)

Müller Martin L., Sozialpläne bei Umstrukturierung, in: AJP 2009, S. 939 f. (zit. Müller, AJP 2009)

Müller Roland A., ArG Kommentar: Arbeitsgesetz mit weiteren Erlassen im Bereich Arbeitsschutz, 8. A., Zürich 2017 (zit. OFK ArG-Bearbeiter)

Müller Roland A., Rechtsnatur und Auslegung eines Sozialplans, in: ARV 2007, S. 156 ff. (zit. Müller, ARV 2007)

Müller Roland A., Übertragung neuer Aufgaben und Zuweisung eines neuen Arbeitsortes ohne Änderung des Arbeitsvertrages, in: AJP 1999, S. 454 ff. (zit. Müller, AJP 1999)

Müller Roland A., Die Arbeitnehmervertretung, Bern 1999 (zit. Müller, Arbeitnehmervertretung)

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

Müller Roland A., Die neuen Bestimmungen über Massenentlassungen (OR 335d ff.), in: ArbR 1995, S. 105 ff. (zit. Müller, ArbR)

Müller Rainer, Krisenmanagement in der Unternehmung – Vorgehen, Massnahmen und Organisation, 2. A., Frankfurt am Main 1986 (zit. Müller, Krisenmanagement)

Müller Roland/Hofer Céline/Stengel Manuel, Arbeitsort und Arbeitsweg, in: AJP 2015, S. 564 ff. (zit. Müller/Hofer/Stengel)

Neeracher Christoph, Das arbeitsvertragliche Konkurrenzverbot, Bern 2001 (zit. Neeracher)

Onnen Jens, «Schadenersatzansprüche» aus Lohnzahlungen in Euro, in: Böhme Anna/Gähwiler Fabian/Theus Simoni Fabiana/Zuberbühler Ivo (Hrsg.), Ohne jegliche Haftung – Festschrift für Willi Fischer, Beiträge zum schweizerischen Haftpflicht- und Schuldrecht, Zürich 2016, S. 399 ff. (zit. Onnen)

Oppliger Damien/Mirra Silvio, Le licenciement opéré en raison d'un transfert d'entreprise – réflexions sur l'ATF 136 III 552 à la lumière du droit européen, in: Jusletter 26. März 2012 (zit. Oppliger/Mirra)

Pärli Kurt, Eurolohn: Berufung auf das Diskriminierungsverbot ist rechtsmissbräuchlich, in: Jusletter 20. Mai 2019 (zit. Pärli, Jusletter 2019)

Pärli Kurt, Möglichkeiten und Schranken der Anpassung von Arbeitsbedingungen als Reaktion auf die Frankenstärke, in: Jusletter 11. Mai 2015 (zit. Pärli, Jusletter 2015)

Pärli Kurt, Betriebliche Zutrittsrechte der Gewerkschaften aus Arbeitsrecht und Gesamtarbeitsvertrag, in: AJP 2014, S. 1454 ff. (zit. Pärli, AJP)

Pärli Kurt, Vertragsfreiheit, Gleichbehandlung und Diskriminierung im privatrechtlichen Arbeitsverhältnis: völker- und verfassungsrechtlicher Rahmen und Bedeutung des europäischen Gemeinschaftsrechts, Bern 2009 (zit. Pärli, Vertragsfreiheit)

Pietruszak Thomas, Der Schiedsspruch der Chambre des relations collectives de travail des Kantons Genf vom 24. Februar 2015 (Sozialplan), in: ArbR 2016, S. 85 ff. (zit. Pietruszak)

Plenio Martin, Das Erfüllungsrecht der Konkursverwaltung und schuldrechtliche Verträge im Konkurs, Diss., Bern 2003 (zit. Plenio)

Possa Philipp/Kreutz Denise, Massenentlassungen im Nachlassstundungsverfahren, in: Jusletter 4. Januar 2010 (zit. Possa/Kreutz)

Polcan Vanessa/Stengel Manuel, Innerbetriebliche Krisenbewältigung – Individualarbeitsrechtliche Handlungsmöglichkeiten der Arbeitgeberin, in: Haunreiter Diego/Juchli Philipp/Knupp Christoph/Würmli Marcel (Hrsg.), Auswirkungen von Krisen auf Wirtschaft, Recht und Gesellschaft. HSG – Schriften der Assistierenden der Universität St. Gallen Band/Nr. 4, 2009 (zit. Polcan/Stengel)

Portmann Wolfgang/Dobreva Vania, Stillschweigende Zustimmung des Arbeitnehmers zur Lohnreduktion durch den Arbeitgeber, in: ARV 2015, S. 271 ff. (zit. Portmann/Dobreva)

Portmann Wolfgang, Der Aufhebungsvertrag im Individualarbeitsrecht, Eine kritische Analyse der neuesten bundesgerichtlichen Rechtsprechung, in: Harrer Friedrich/Portmann Wolfgang/Zäch Roger (Hrsg.), Festschrift für Heinrich Honsell zum 60. Geburtstag. Besonderes Vertragsrecht – aktuelle Probleme, Zürich 2002, S. 355 ff. (zit. Portmann, FS Honsell)

Portmann Wolfgang, Erklärungen ohne Worte im schweizerischen Arbeitsvertragsrecht, in: ArbR 1998, S. 59 ff. (zit. Portmann, ArbR)

Rehbinder Manfred, Schweizerisches Arbeitsrecht, 15. A., Bern 2002 (zit. Rehbinder)

Rehbinder Manfred/Stöckli Jean-Fritz, Band VI, Das Obligationenrecht, 2. Abteilung, Die einzelnen Vertragsverhältnisse, 2. Teilband, Der Arbeitsvertrag, Art. 319–362 OR, 1. Abschnitt, Einleitung und Kommentar zu den Art. 319–330b OR, Bern 2010 *und* Der Arbeitsvertrag, Art. 331–355 und Art. 361–362 OR, Bern 2014 (zit. BK OR-Rehbinder/Stöckli)

Rubli Armand P., Sanierungsmassnahmen im Konzern aus gesellschaftsrechtlicher Sicher, Diss. Zürich 2002 (zit. Rubli)

Rudolph Roger, Der arbeitsrechtliche Aufhebungsvertrag: Königsweg mit Absturzgefahr, in: TREX 2017, S. 112 ff. (zit. Rudolph, TREX)

Rudolph Roger, Allgemeine Anstellungsbedingungen: Ausgewählte Rechtsfragen, in: Bäni Eva-Maria/Obrist Angela (Hrsg.), Festschrift zur Emeritierung von Jean-Fritz Stöckli, Zürich/St. Gallen 2014, S. 547 ff. (zit. Rudolph, FS Stöckli)

Rudolph Roger, Vertragsänderungen, in: Adrian von Kaenel (Hrsg.), Unternehmenssanierung und Arbeitsrecht, Zürich 2010, S. 1 ff. (zit. Rudolph, Vertragsänderungen)

Rüetschi David, Das neue Sanierungsrecht – Ein Rückblick auf die Entstehungsgeschichte, in: Sprecher Thomas/Umbach-Spahn Brigitte/Vock Dominik (Hrsg.), Sanierung und Insolvenz von Unternehmen V, Zürich 2014, S. 7 ff. (zit. Rüetschi)

Riemer-Kafka Gabriela, Einseitige Arbeitszeitveränderungen durch den Arbeitgeber, in: AJP 2017, S. 312 ff. (zit. Riemer-Kafka)

Rusch Arnold F., Stillschweigend akzeptierte Lohnkürzung?, in: ARV online 2011, Nr. 474 (zit. Rusch)

Schenker Urs, Unternehmenskauf: Rechtliche und steuerliche Aspekte, Bern 2016 (zit. Schenker, Unternehmenskauf)

Schenker Urs, Unternehmenskäufe unter dem neuen Sanierungsrecht, in: Tschäni Rudolph (Hrsg.), Mergers & Acquisitions XVII, Zürich 2015, S. 257 ff. (zit. Schenker, Sanierungsrecht)

Schenker Urs, Möglichkeiten zur privatrechtlichen Sanierung von Aktiengesellschaften, in: SJZ 2009, S. 485 ff. (zit. Schenker, SJZ)

Schnüriger Benno, Annahmeverzug und Betriebsrisiko: Eine Untersuchung über den Anwendungsbereich von Art. 324 OR, Diss., Zürich 1981 (zit. Schnüriger)

Schwaab Jean Christophe, Le licenciement collectif, Genève 2018 (zit. Schwaab, licenciement)

Schwaab Jean Christophe, Les nouvelles règles sur les plans sociaux obligatoires (Art. 335h–k co), in: ARV/DTA 2013, S. 282 (zit. Schwaab, ARV)

Schwaab Jean Christophe, Paiement du salaire en euros, adaptation au cours de l'euro: que dit le droit du travail?, in: Jusletter 8. August 2011 (zit. Schwaab, Jusletter)

Schwenzer Ingeborg, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 7. A., Bern 2016 (zit. Schwenzer)

Senti Christoph, Reglemente als Ergänzung zum Arbeitsvertrag, in: AJP 2004, S. 1083 ff. (zit. Senti, AJP 2004)

Senti Christoph, Überstunden, in: AJP 2003, S. 373 ff. (zit. Senti, AJP 2003)

Stamm Marie-Louise, Das Weisungsrecht des Arbeitgebers und seine Schranken, Diss. Basel 1977 (zit. Stamm)

Staehelin Adrian, Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht, Teilband V 2c, der Arbeitsvertrag, Art. 330b–355, Art. 361–362 OR, Zürich 2014 (zit. ZK-Staehelin)

Staehelin Adrian, Betriebsübergang bei Insolvenz des Arbeitgebers nach neuem Recht: Auswirkungen auf die Arbeitsverhältnisse, in: Bäni Eva-Maria/Obrist Angela (Hrsg.), Festschrift zur Emeritierung von Jean-Fritz Stöckli, Zürich/St. Gallen 2014, S. 567 ff. (zit. Staehelin, FS Stöckli)

Staehelin Adrian, Besprechung von BGE 129 III 335, I. Zivilabteilung, Urteil vom 25. März 2003 (4C.316/2002), in: ARV 2003, S. 216 ff. (zit. Staehelin, ARV)

Staehelin Adrian, Konkurs und Sanierung des Arbeitgebers, in: ArbR 2000, S. 71 ff. (zit. Staehelin, ArbR)

Staehelin Daniel, Dauerschuldverhältnisse in der Insolvenz, in: Sprecher Thomas/Umbach-Spahn Brigitte/Vock Dominik (Hrsg.), Sanierung und Insolvenz von Unternehmen V: Das neue Schweizer Sanierungsrecht, Zürich 2014, S. 105 ff. (zit. Staehelin, Dauerschuldverhältnisse)

Staehelin Daniel, Überblick über die Neuerungen im Sanierungsrecht, in: AJP 2013, S. 1735 ff. (zit. Staehelin, AJP)

Stämpflis Handkommentar zum Fusionsgesetz, Baker & McKenzie (Hrsg.), 2. A., Bern 2015 (zit. SHK FusG-Bearbeiter)

Stöckli Jean-Fritz, Lohngleichheit für Grenzgänger bei Währungsverschiebungen, in: ARV online 2012 Nr. 262 (zit. Stöckli, ARV)

Stöckli Jean-Fritz, Sozialplanpflicht mit Zwangsschiedsbarkeit, in: ArbR 2010, S. 99 ff. (zit. Stöckli, ArbR 2010)

Stöckli Jean-Fritz, Band VI, Das Obligationenrecht, 2. Abteilung, Die einzelnen Vertragsverhältnisse, 2. Teilband, Der Arbeitsvertrag, Art. 319–362 OR, 3. Abschnitt, Gesamtarbeitsvertrag und Normalarbeitsvertrag, Art. 356–360 OR, Bern 2010 (zit. BK OR-Stöckli)

Stöckli Jean-Fritz, Das Kündigungsrecht als Hindernis für betriebliche Strukturveränderungen, in: ArbR 2007, S. 191 ff. (zit. Stöckli, ArbR 2007)

Stöckli Jean-Fritz, Allgemeine Arbeitsbedingungen, Schriften zum schweizerischen Arbeitsrecht, Heft 10, Bern 1979 (zit. Stöckli, AAB)

Streiff Ullin/von Kaenel Adrian/Rudolph Roger, Arbeitsvertrag: Praxiskommentar zu Art. 319–362 OR, 7. A., Zürich 2012 (zit. Streiff/von Kaenel/Rudolph)

Subilia Olivier/Duc Jean-Louis, Droit du travail: éléments de droit suisse, Lausanne 2010 (zit. Subilia/Duc)

Suffert Christian, Schutz des Arbeitnehmers beim Betriebsübergang, Diss. Zürich 1999 (zit. Suffert)

Sutter-Somm Thomas, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3. A., Zürich/Basel/Genf 2017 (zit. Sutter-Somm)

Sutter-Somm Thomas/Hasenböhler Franz/Leuenberger Christoph/Benedikt Seiler (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 3. A., Basel 2016 (ZPO Komm. – Bearbeiter)

Tercier Pierre/Bieri Laurent/Carron Blaise, Les contrats spéciaux, 5e édition, Genève 2016 (zit. Tercier/Bieri/Carron)

Tobler Christa, 2. Teil/2ème Partie: Das EU-Recht und die Schweiz: Verfassungsrechtliche Aspekte/Inländervorrang und Bindungswirkung des Diskriminierungsverbots in der Personenfreizügigkeit für Private – 20 Jahre nach dem Bosman-Urteil, in: Institut für Europarecht der Universität Freiburg (Hrsg.), Die Schweiz und die europäische Integration: 20 Jahre Institut für Europarecht, Zürich/Basel/Genf 2015, S. 181 ff. (zit. Tobler, Bindungswirkung)

Tobler Christa, Indirekte Diskriminierung wegen der Staatsangehörigkeit durch Lohnsenkungen bei schwachem Euro-Kurs: Zum Entscheid das Kantonsgerichts Basel-Landschaft vom 17. Dezember 2012 und insbesondere zur Frage der Vergleichbarkeit, in: Bäni Eva-Maria/Obrist Angela (Hrsg.), Festschrift zur Emeritierung von Jean-Fritz Stöckli, Zürich/St. Gallen 2014, S. 649 ff. (zit. Tobler, FS Stöckli)

Troillet Anne, Plans sociaux: quelques questions pratiques liées à la mise en œuvre des articles 335h à 335k CO, in: Wyler, Rémy/Meier, Anne/Marchand, Sylvain (Hrsg.), Regards croisés sur le droit du travail: Liber Amicorum pour Gabriel Aubert, Genf 2015 (zit. Troillet)

Vischer Daniel, Sozialplanpflicht und Arbeitnehmerrechte, in: Sprecher Thomas/Umbach-Spahn Brigitte/Vock Dominik (Hrsg.), Sanierung und Insolvenz von Unternehmen V: Das neue Schweizer Sanierungsrecht, Zürich 2014, S. 121 ff. (zit. Vischer, Sozialplanpflicht)

Vischer Frank, Das schweizerische Arbeitsrecht: Rechtspolitische Weichenstellung, in: AJP 2013, S. 349 ff. (zit. Vischer, AJP)

Vischer Frank/Müller Roland M., Der Arbeitsvertrag, 4. A., Basel 2014 (zit. Vischer/Müller)

von der Crone Hans Caspar/Gersbach Andreas/Kessler Franz J./von der Crone Brigitte/Ingber Karin, Das Fusionsgesetz, 2. A., Zürich 2017 (zit. von der Crone et al.)

von Kaenel Adrian, Grundlagen der Massenentlassung und des Sozialplans, in: Adrian von Kaenel (Hrsg.), Unternehmenssanierung und Arbeitsrecht, Zürich 2010, S. 33 ff. (zit. von Kaenel, Grundlagen)

von Kaenel Adrian, Der neue Art. 333b OR, in: Jusletter vom 29. September 2014 (zit. von Kaenel, Jusletter)

von Kaenel Adrian, Einseitige Vertragsveränderungsrechte des Arbeitgebers, in: Wyler Rémy/Meier Anne/Marchand Sylvain (Hrsg.), Regards croisés sur le droit du travail: Liber Amicorum pour Gabriel Aubert, Genf 2015 (zit. von Kaenel, FS Aubert)

Weber Rolf A., Band VI, Obligationenrecht, 1. Abteilung, Allgemeine Bestimmungen, 4. Teilband, Die Erfüllung der Obligation, Art. 68–96 OR, 2. A., Bern 2004 (zit. BK OR-Weber)

Widmer Laura, Die Sozialplanverhandlungspflicht nach Art. 335h ff. OR oder vom Kuhhandel mit der Zwangsschiedsbarkeit, in: Jusletter vom 29. September 2014 (zit. Widmer)

Wiegand Wolfgang, Die Finanzmarktkrise und die clausula rebus sic stantibus dargestellt am Beispiel der Bonuszahlungen, in: Jusletter 9. Februar 2009 (zit. Wiegand)

Wildhaber Isabelle, Die neue Sozialplanpflicht für die Praxis, ein Buch mit sieben Siegeln, in: AJP 2015, S. 427 ff. (zit. Wildhaber, AJP 2015)

Wildhaber Isabelle, Das Arbeitsrecht bei Umstrukturierungen, Zürich 2011 (zit. Wildhaber, Umstrukturierungen)

Wildhaber Isabelle, Die Änderung von Arbeitsbedingungen bei Umstrukturierungen, in: Jusletter 21. April 2008 (zit. Wildhaber, Jusletter)

Wildhaber Isabelle, «Tarifflucht» – Wege des Arbeitgebers aus dem Gesamtarbeitsvertrag (GAV), in: AJP 2008, S. 413 ff. (zit. Wildhaber, AJP 2008)

Wildhaber Isabelle, Die Weitergeltung des GAV bei Umstrukturierungen (asset deals, Fusionen, Spaltungen, Vermögensübertragungen), in: ARV 2008, S. 165 ff. (zit. Wildhaber, ARV)

Wildhaber Isabelle, Die Streitfrage um einen besonderen Kündigungsschutz bei Betriebsübergang, in: SJZ 2008, S. 185 ff. (zit. Wildhaber, SJZ)

Winkler Michael E., Unternehmensumwandlungen und ihre Auswirkungen auf Arbeitsverträge, Diss. Zürich 2001 (zit. Winkler, Unternehmensumwandlungen)

Winkler Michael E., Arbeitnehmerschutz nach dem Entwurf zum neuen Fusionsgesetz, in: SJZ 2001, S. 477 ff. (zit. Winkler, SJZ)

Witzig Aurélien, La modification du rapport de travail, Genève 2014 (zit. Witzig)

Wyler Rémy/Heinzer Boris, Droit du travail, 2. A., Bern 2014 (zit. Wyler/Heinzer)

Yenisey Kübra Dogan, La modification du contrat de travail: étude de droit suisse et droit français, Zürich 2005 (zit. Yenisey)

ZGB Kommentar: Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Kren Kostkiewicz Ianta/Wolf Stephan/Amstutz Marc/Fankhauser Roland (Hrsg.), 3. A., Zürich 2016 (zit. OFK ZGB-Bearbeiter)

Zobl Christoph, Der arbeitsrechtliche Aufhebungsvertrag, Diss. Zürich 2017 (zit. Zobl)

Literatur und Rechtsprechung sind auf dem Stand von Ende Mai 2019.

Materialien

Botschaft zur Änderung des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs (Sanierungsrecht) vom 08. September 2010, in: BBl 2010 6455 ff. (zit. Botschaft Sanierungsrecht)

Botschaft zum Bundesgesetz über Fusion, Spaltung, Umwandlung und Vermögensübertragung (Fusionsgesetz; FusG) vom 13. Juni 2000, in: BBl 2000 4337 ff. (zit. Botschaft FusG)

Ist das schweizerische Sanierungsrecht revisionsbedürftig? Thesen und Vorschläge aus der Sicht der Unternehmenssanierung, Bericht der Expertengruppe Nachlassverfahren, Bern im April 2005, abrufbar unter https://www.bj.admin.ch/dam/data/bj/wirtschaft/gesetzgebung/archiv/schkg/ber-sanierungsrecht-d.pdf (zit. Expertenbericht I)

Revision des Schuldbetreibungs- und Konkursgesetzes (SchKG): Sanierungsverfahren, Bericht der Expertengruppe Nachlassverfahren, Bern im Juni 2008, abrufbar unter https://www.bj.admin.ch/dam/data/bj/wirtschaft/gesetzgebung/archiv/schkg/ber-expertengruppe-d.pdf. (zit. Expertenbericht II)

Revision des Schuldbetreibungs- und Konkursgesetz (SchKG): Sanierungsverfahren, Begleitbericht zum Vorentwurf, Bern im Dezember 2008, abrufbar unter https://www.bj.admin.ch/dam/data/bj/wirtschaft/gesetzgebung/archiv/schkg/vn-ber-d.pdf. (zit. Begleitbericht)

Botschaft I über die Anpassung des Bundesrechts an das EWR-Recht (Zusatzbotschaft I zur EWR-Botschaft) vom 27. Mai 1992 («Eurolex»), BBl 1992 V 1–450 (zit. Zusatzbotschaft I)

Botschaft über das Folgeprogramm nach der Ablehnung des EWR-Abkommens vom 24. Februar 1993, BBl 1993 I 805 ff. (zit. Botschaft Ablehnung)

Botschaft zur Volksinitiative «betreffend Kündigungsschutz im Arbeitsvertragsrecht» und zur Revision der Bestimmungen über die Auflösung des Arbeitsverhältnisses im Obligationenrecht vom 9. Mai 1984, BBl 1984 II 551 ff. (zit. Botschaft Kündigungsschutz)

Botschaft über die Revision des Aktienrechts vom 23. Februar 1983, BBl 1983 II 745 ff. (zit. Botschaft Aktienrecht)

Abkürzungsverzeichnis

A.	Auflage
AAB.	Allgemeine Arbeitsbedingungen
Abs.	Absatz
AGB	Allgemeine Geschäftsbedingungen
AGer	Arbeitsgericht
AIG	Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer und über die Integration (Auslänger- und Integrationsgesetz, SR 142.20)
AJP	Aktuelle Juristische Praxis
a.M.	andere Meinung
AmtBull	Amtliches Bulletin der Bundesversammlung
AppGer	Appellationsgericht
ArbR	Mitteilung des Instituts für Schweizerisches Arbeitsrecht
ArG	Bundesgesetz vom 13. März 1964 über die Arbeit in Industrie, Gewerbe und Handel (Arbeitsgesetz; SR 822.11)
ArGV 1	Verordnung 1 vom 10. Mai 2000 zum Arbeitsgesetz (SR 822.111)
Art.	Artikel
ARV	Zeitschrift für Arbeitsrecht und Arbeitslosenversicherung
AT	Allgemeiner Teil AT
AVIG	Bundesgesetz über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzentschädigung vom 25. Juni (Arbeitslosenversicherungsgesetz; SR 837.0)
AVG	Bundesgesetz über die Arbeitsvermittlung und den Personalverleih vom 6. Oktober 1989 (Arbeitsvermittlungsgesetz; SR 823.11)
AVIV	Verordnung vom 31. August 1983 über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzentschädigung (Arbeitslosenversicherungsverordnung; SR 837.02)
AVV	Verordnung über die Arbeitsvermittlung und den Personalverleih vom 16. Januar 1991 (Arbeitsvermittlungsverordnung; SR 823.111)

BAG	Bundesarbeitsgericht (Deutschland)
BankG	Bundesgesetz über die Banken und Sparkassen (SR 952.0)
BBl	Bundesblatt der Schweizerischen Eidgenossenschaft
Bd.	Band
BezGer	Bezirksgericht
BGE	(publizierte) Entscheidung des Schweizerischen Bundesgerichts
BGer	(im Internet publizierte) Entscheidung des Schweizerischen Bundesgerichts
BJM	Basler Juristische Mitteilungen
BK	Berner Kommentar
BL	Kanton Basel-Landschaft
BlSchK	Blätter für Schuldbetreibung und Konkurs
BPG	Bundespersonalgesetz vom 24. März 2000 (SR 172.220.1)
BPV	Bundespersonalverordnung vom 3. Juli 2001 (SR172.220.111.3)
BSK	Basler Kommentar
Bsp.	Beispiel(e)
bspw.	beispielsweise
BT	Besonderer Teil
BV	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (SR 101)
BVG	Bundesgesetz vom 25. Juni 1982 über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge (SR 831.40)
bzw.	beziehungsweise
CAPH	Chambre d'appel des prud'hommes de Genève
CdCass	Cour de Cassation
CHF	Schweizer Franken
CRCT	Chambre des relations collectives de travail (Genf)
Diss.	Dissertation
E.	Erwägung(en)
EFTA	Übereinkommen zu Errichtung der Europäischen Freihandelsassoziation (SR 0.632.31)
EG	Einführungsgesetz *oder* Europäische Gemeinschaft (heute: EU)

EntsG	Bundesgesetz über die flankierenden Massnahmen bei entstanden Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern und über die Kontrolle in die Normalarbeitsverträgen vorgesehenen Mindestlöhne (Entsendegesetz; SR 823.20)
EWG	Europäische Wirtschaftsgemeinschaft
EWR	Europäischer Wirtschaftsraum
EU	Europäische Union
f.	und folgende (Seite, Randnote etc.)
ff.	und folgende (Seiten, Randnoten etc.)
FN	Fussnote
FS	Festschrift
FusG	Bundesgesetz vom 03. Oktober 2003 über Fusion, Spaltung, Umwandlung und Vermögensübertragung (Fusionsgesetz; SR 221.301)
FZA	Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten andererseits über die Freizügigkeit vom 21. Juni 1999 (Freizügigkeitsabkommen; SR 0.142.112.681)
GAV	Gesamtarbeitsvertrag
GAV-MEM	Gesamtarbeitsvertrag der Maschinen-, Elektor- und Metallindustrie, Vertragsperiode 01.07.2018 bis 30.06.2023
GesKR	Zeitschrift für Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht
GSGer	Gewerbliches Schiedsgericht Basel-Stadt
GlG	Bundesgesetzt über die Gleichstellung von Frau und Mann vom 24. März 1995 (Gleichstellungsgesetz; SR 151.1)
gl.M.	gleicher Meinung
GSG	Gewerbliches Schiedsgericht
GV	Generalversammlung
GVP	St. Gallische Gerichts- und Verwaltungspraxis
HRegV	Handelsregisterverordnung vom 17. Oktober 2007 (SR 221.411)
Hrsg.	Herausgeber(in)
i.e.S.	im engeren Sinn(e) *oder* im engen Sinn(e)
IPRG	Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht vom 18. Dezember 1987 (SR 291)
i.S.v.	im Sinne von

i.V.m.	in Verbindung mit
i.w.S.	im weiteren Sinn(e) *oder* im weiten Sinn(e)
JAR	Jahrbuch des Schweizerischen Arbeitsrechts
KGer	Kantonsgericht
KSchG	Kündigungsschutzgesetz
lit.	litera, Buchstabe
m.E.	meines Erachtens
MitwG	Bundesgesetz vom 17. Dezember 1993 über die Information und Mitsprache der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer in den Betrieben (Mitwirkungsgesetz) (SR 822.14)
m.w.H.	mit weiteren Hinweisen
N	Note(n), Nummer, Randziffer
NAV	Normalarbeitsvertrag
NR	Nationalrat
Nr.	Nummer
OGer	Obergericht
OR	Bundesgesetz vom 30. März 1911 betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht; SR 220)
Pra	Die Praxis des Bundesgerichts
RJN	Receuil de jurisprudence Neuchâteloise
S.	Seite
s.	siehe
SAE	Sammlung arbeitsrechtlicher Entscheide
SchKG	Bundesgesetz vom 11. April 1889 über Schuldbetreibung und Konkurs (SR 281.1)
SECO	Staatssekretariat für Wirtschaft
SG	Kanton St. Gallen
SHAB	Schweizerisches Handelsamtsblatt
sog.	so genannt(e)(er)(es)
SR	Ständerat *oder* Systematische Sammlung des Bundesrechts (Systematische Rechtssammlung)
ST	Der Schweizer Treuhänder
StGB	Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937 (SR 311.0)

TC	Tribunal Cantonal
u.a.	unter anderem
usw.	und so weiter
UWG	Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb vom 19. Dezember 1986 (SR 241)
VwGer	Verwaltungsgericht
vgl.	vergleiche
z.B.	zum Beispiel
ZBJV	Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 (SR 210
ZH	Kanton Zürich
Ziff.	Ziffer(n)
zit.	wird zitiert als
ZivGer	Zivilgericht
ZK	Zürcher Kommentar
ZPO	Schweizerische Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008 (SR 272)
ZR	Blätter für Zürcherische Rechtsprechung
ZSR	Zeitschrift für Schweizerisches Recht

1. Kapitel: Einleitung

§ 1 Unternehmenskrisen als Ausgangspunkt von Sanierungen

Fast täglich ereilen uns Nachrichten über Unternehmen[1] in Krisensituationen. Kein Unternehmen scheint vor wirtschaftlichen Schwierigkeiten gefeit zu sein.[2]

Eine *Unternehmenskrise* ist im betriebswirtschaftlichen Sinne das Endstadium eines vom betroffenen Unternehmen ungewollten Prozesses, in dessen Verlauf sich die Erfolgspotenziale[3], das Reinvermögen und/oder die Liquidität des Unternehmens so ungünstig entwickelt haben, dass die Existenz des Unternehmens akut bedroht ist.[4] Meist gründet sie auf mehreren unterschiedlichen Ursachen; nur selten sind die wirtschaftlichen Schwierigkeiten monokausal.[5] Die Lehre unterscheidet dabei zwischen ausserbetrieblichen (exogenen) Ursachen, die sich auf das Unternehmen auswirken, sowie innerbetrieblichen (endogenen) Ursachen, die ihre Ursache im Unternehmen selbst haben.[6] Zu Ersteren zählen z.B. technische Entwicklungen, Währungsentwicklungen, staatliche Massnahmen, Import-/Exportbeschränkungen, Kündigungen von Krediten oder das Ausscheiden wichtiger Lieferanten oder Kunden.[7] Diese können vom Unternehmen in der Regel gar nicht oder nur begrenzt beeinflusst werden. Zu den innerbetrieblichen Ursachen zählen

---

1 In der Betriebswirtschaftslehre bezeichnet der Begriff des Unternehmens eine eigenständig handelnde Einheit, die produzierend am Markt auftritt (Grundlegend z.B. Thommen Jean-Paul, Allgemeine Betriebswirtschaftslehre: Umfassende Einführung aus managementorientierter Sicht, 8. A., Wiesbaden 2018, S. 39). Zum rechtlichen Begriff des Unternehmens unten § 2/I/1.

2 Grundlegend zur Krisenvermeidung Hess, Kap. 1 N 107 ff.

3 Damit gemeint sind die im Unternehmen vorhandenen Voraussetzungen zur Erzielung von Vermögenszuwächsen, wie z.B. Markennamen, rationelle Fertigungsverfahren oder rentable Produkte (Hess, Kap. 1 N 26).

4 Hess, Kap. 1 N 25.

5 Böckenförde, S. 29; Hess, Kap. 3 N 82.

6 Böckenförde, S. 27; Hess, Kap. 3 N 83 ff.; Müller, Krisenmanagement, S. 53.

7 In den letzten drei Jahrzehnten hat sich die Arbeitswelt insbesondere durch die Innovationen der digitalen Technologien verändert. Infolge der zunehmenden Technologisierung werden Unternehmen umstrukturiert, Branchen und Berufe verschwinden, während sich neue bilden und wachsen (Stöckli, ArbR 2007, S. 195). In der Schweiz besonders einschneidend war sodann die Wirtschaftskrise 2008 und die Währungskrise 2015 infolge Aufhebung des Euromindestkurses, welche Schweizer Unternehmen in schwere Bedrängnis gebracht hatte.

demgegenüber etwa organisatorische Mängel (z.B. betreffend Finanzen, Aufsicht oder Kontrolle), ein schlechtes Betriebsklima, eine mangelnde oder falsche Strategie oder auch personelle Probleme, wie eine hohe Personalfluktuation oder ein markanter Leistungsabfall der Arbeitnehmer.[8]

Eine Unternehmenskrise ereignet sich kaum von einem Tag auf den anderen. In der Regel handelt es sich um einen schleichenden Prozess, dessen Ursachen lange im Verborgenen liegen.[9] Die Betriebswirtschaftslehre unterteilt hier prozedural in verschiedene zeitlich aneinander anknüpfende Phasen: die *strategische Krise,* die *Erfolgskrise* (auch: Ertragskrise oder operative Krise)[10] und schliesslich die *Liquiditätskrise.*[11/12] Die strategische Krise und Erfolgskrise gehören zu den *nicht direkt existenzbedrohenden Krisen.* Eine strategische Krise liegt vor, wenn sich die Position des Unternehmens im Wettbewerb gegenüber Mitbewerbern verschlechtert, wenn Produktion und Entwicklungstätigkeit stagnieren und die Verschuldung zunimmt.[13] Eine Ertragskrise bedeutet, dass das Unternehmen Verluste erwirtschaftet.[14/15] Als *direkt existenzbedrohend* gilt die Liquiditätskrise, die sich durch Zahlungsschwierigkeiten, Zahlungsstockungen oder gar Zahlungsunfähigkeit und auf der Vermögensseite durch Unterbilanz, Kapitalverlust oder schlimmstenfalls durch eine Überschuldung des Unternehmens charakterisiert.[16]

---

8 Eine ausführliche Tabelle zu möglichen Krisenursachen findet sich in Hess, Kap. 2 N 48 ff.

9 Vgl. Hess, Kap. 12 N 13; Rubli, S. 84; Seefelder, S. 54.

10 Böckenförde, S. 19; Kälin, N 32.

11 Vgl. Böckenförde, S. 19; Hess, Kap. 2 N 49 ff.; Müller, Krisenmanagement, S. 53 f. Teilweise werden weitere Krisenphasen unterschieden (z.B. das Sanierungskonzept-Standard S 6 des Instituts der Wirtschaftsprüfer in Deutschland e.V. [IDW], nennt fünf typische Krisenphasen; s. dazu Hess, Kap. 12 N 13).

12 Auch kann die strategische Krise ausbleiben und direkt eine Erfolgskrise mit anschliessender Liquiditätskrise oder ausnahmsweise auch unmittelbar eine Liquiditätskrise eintreten (vgl. Müller, Krisenmanagement, S. 55). Für eine grafische Übersicht über die Häufigkeitsverteilung der einzelnen Krisenphasen vgl. Hess, Kap. 2 N 63 ff.

13 Z.B. infolge Verpassens technologischer Entwicklungen oder eine den sich ändernden Anforderungen des Marktes nicht entsprechende Marketingstrategie (Böckenförde, S. 19).

14 Z.B. infolge Umsatzrückgänge, Kostensteigerungen in der Produktion oder Preisverfall (Hess, Kap. 2 N 57).

15 Böckenförde, S. 19; Hess, Kap. 2 N 57.

16 Rubli, S. 86; vgl. auch Böckenförde, S. 23.

Oft werden Krisen erst in einem fortgeschrittenen Krisenstadium, dabei meist erst im Stadium der Liquiditätskrise, wahrgenommen, in dem die Zahlungsunfähigkeit droht.[17] Diesfalls ist eine *Sanierung* des Unternehmens unausweichlich; je früher diese stattfindet, desto höher sind die Erfolgschancen.[18] Der Begriff der Sanierung wird in der Betriebswirtschaftslehre verschieden definiert.[19] Im Kern werden darunter jedoch einhellig alle Massnahmen verstanden, mit denen ein Unternehmen eine Unterbilanz oder Überschuldung beseitigt, sich Liquidität verschafft und ihre Rentabilität mittel- bis langfristig wiederherstellt.[20]

Durchgeführt wird eine Sanierung im Idealfall nach einem Sanierungsplan (auch: Sanierungskonzept).[21] Darin wird zunächst geprüft, ob das Unternehmen überhaupt *sanierungsfähig* sowie *sanierungswürdig* ist. Die Sanierungsfähigkeit ist zu bejahen, wenn mittel- bis langfristig die Rendite- und somit auch Fortführungsfähigkeit wiederhergestellt werden kann.[22] Dafür sind die Erfolgsaussichten einer Sanierung zu klären, wozu neben der Analyse der Krisenursache, eine Analyse der Marktstellung des Unternehmens, die Einschätzung der Zukunftsaussichten und eine Auslegung der Handlungsvarianten gehören.[23] Klar verneint werden muss die Sanierungsfähigkeit dann, wenn der Fortführungswert kleiner als der Liquidationswert ist; umgekehrt wird die Sanierungsfähigkeit bejaht.[24] Die Sanie-

---

17 Hess, Kap. 12 N 15. Zur Feststellung der Krise: Hess, Kap. 2 N 72 ff., wobei dort noch weitere Krisenstadien unterschieden werden (dazu oben FN 11).

18 Vgl. Rubli, S. 88.

19 Vgl. Kälin, N 46; Rubli, S. 71.

20 Kälin, N 48 m.w.H. Das Bundesgericht definiert die «Unternehmenssanierung» in betriebswirtschaftlicher Hinsicht als «Sammelbegriff für alle Massnahmen zur Wiederherstellung existenzerhaltender Gewinne. Der Sanierungsbegriff vereine alle betriebswirtschaftlichen, steuerlichen und rechtlichen Massnahmen zur Problembewältigung. Es könne zwischen strategischen (z.B. Optimierung der Geschäftsfelder, einschliesslich Desinvestitionen), organisatorischen (z.B. Optimierung der Aufbau- und Ablauforganisation, einschliesslich Stellenabbau), finanziellen (z.B. Optimierung der vorhandenen und Erschliessung neuer Finanzierungs- und Kapitalquellen) und behavioristischen (z.B. Optimierung der Führungskultur und des Unternehmensauftritts) Sanierungsmassnahmen unterschieden werden.» (BGE 137 III 268, E. 2.3, 4.2.2).

21 Grundlegend zum Sanierungskonzept z.B. Böckenförde, S. 49 ff. und Hess, Kap. 1 N 226, Kap. 3 N 34 ff. Eine gesetzliche Pflicht zur Erstellung eines Sanierungsplans besteht indes nur im Nachlassverfahren (vgl. Art. 293 lit. a SchKG) und bei der Bankensanierung (vgl. Art. 29 BankG).

22 Böckenförde, S. 44; Hess, Kap. 4 N 3; Rubli, S. 79.

23 Kälin, N 116; vgl. auch Böckenförde, S. 44 f.

24 Böckenförde, S. 45.

rungswürdigkeit verlangt, dass die Durchführung der Sanierung im Interesse der am Unternehmen Beteiligten liegt.[25] Die Würdigung ist dabei eher subjektiv und personenbezogen gefärbt.[26] Sind beide Kriterien nicht gegeben, muss das Unternehmen – in der Regel konkursamtlich – liquidiert werden.[27]

Weiter enthält der Sanierungsplan die einzelnen *Sanierungsmassnahmen*[28]. Die Palette von möglichen Sanierungsmassnahmen ist gross, wobei deren Wahl namentlich je nach Ursachen[29] und Stadium[30] der Krise sowie Ziel[31] der Sanierung unterschiedlich ausfallen wird.[32]

In der Betriebswirtschaftslehre gibt es unterschiedliche Kategorisierungen von Sanierungsmassnahmen.[33] Unterschieden wird z.B. zwischen *finanziellen* und *betrieblichen* Sanierungsmassnahmen, wobei letztere wiederum in *Sofortmassnahmen, kurz-, mittel-* und *langfristige* Massnahmen unterteilt werden können.[34] Zu den finanziellen Sanierungsmassnahmen zählen die Bilanzbereinigung[35], die Liquiditätsbeschaffung, die Schuldenreduktion und die Erhöhung des Eigenkapitals.[36] Betriebliche Sanierungsmassnahmen dienen demgegenüber der Anpassung des Geschäftsmodells an die vorhandenen Ressourcen der Gesellschaft und an die herrschenden Marktverhältnisse. Darunter fällt z.B. das Schliessen von Betriebsstätten, der Abbau von Stellen oder der Verkauf von Vermögenswerten. Ebenso zählen orga-

---

25 Böckenförde, S 45; Rubli, S. 80.

26 Böckenförde, S 45.

27 von der Crone et al., N 1036.

28 Oft ist ein Bündel von Sanierungsmassnahmen zur Gesundung des Unternehmens notwendig.

29 Vgl. Hess, Kap. 3 N 15.

30 Vgl. dazu Hess, Kap. 5 N 11 ff.

31 Es gilt ein Leitbild des sanierten Unternehmens zu definieren (vgl. Hess, Kap. 4 N 1 ff., Kap. 5 N 1 ff.).

32 Vgl. Rubli, S. 123.

33 Rubli, S. 123.

34 Rubli, S. 124.

35 Z.B. Auflösung von Reserven oder Rückstellungen oder die deklarative Kapitalherabsetzung. Die Bilanzbereinigung erfolgt im Übrigen meist als eine der ersten Sanierungsmassnahmen (von der Crone et al., N 1044).

36 Kälin, N 49.

nisatorische Massnahmen wie das Zusammenlegen von Abteilungen oder ein Standortwechsel dazu.[37]

Sind die Sanierungsmassnahmen erfolgreich, kann das Unternehmen weiter bzw. wieder im Markt bestehen bzw. nachhaltig rentabel betrieben werden.[38] Andernfalls muss das Unternehmen liquidiert werden.

Neben dem Begriff der Sanierung werden im Zusammenhang mit Unternehmenskrisen oft auch die Begriffe *Turnaround* oder *Restrukturierung* als Synonyme verwendet.[39] In zeitlich-qualitativer Hinsicht ist das letztere Begriffspaar, welches ihrerseits effektive Synonyme darstellt, nicht völlig deckungsgleich:[40] Während die Sanierung nach betriebswirtschaftlichem Verständnis an das Vorliegen einer Liquiditätskrise anknüpft,[41] beginnt der Turnaround zeitlich mit der noch nicht direkt existenzbedrohenden strategischen bzw. operativen Krise eines Unternehmens.[42] Er umfasst eine durch Entscheidungsträger eingeleitete drastische Kursänderung eines Unternehmens als Reaktion auf eine konstatierte operative und strategische Unternehmenskrise.[43]

---

37 KÄLIN, N 49.

38 Ob eine Sanierung auch dann erfolgreich ist, wenn das notleidende Unternehmen seine rechtliche Selbstständigkeit verliert, aber im Wesentlichen in seiner früheren Art weitergeführt wird (z.B. in einer Auffanggesellschaft) hängt davon ab, von welcher Begriffsdefinition der Sanierung ausgegangen wird (vgl. dazu RUBLI, S. 72, der von einem extensiven Sanierungsbegriff ausgeht und den Erfolg einer Sanierung nicht vom Weiterbestand der Rechtsform des Unternehmens abhängig macht. Ebenso unterscheidet HESS, Kap. 5 N 52 ff., zwischen Sanierungsmassnahmen unter Erhaltung bzw. unter Aufgabe der bisherigen Unternehmensform).

39 HESS, Kap. 1 N 101.

40 BÖCKENFÖRDE, S. 9, 8 (für eine grafische Abbildung der einzelnen Definitionen).

41 BÖCKENFÖRDE, S. 8; vgl. auch RUBLI, S. 78.

42 BÖCKENFÖRDE, S. 8; vgl. auch RUBLI, S. 78.

43 BÖCKENFÖRDE, S. 8.

§ 2 Rechtliche Verortung und Grundlagen

Ausgangspunkt jeder Sanierung sind – wie dargelegt – primär betriebswirtschaftliche Fragen und Faktoren. Eine Sanierung spielt sich jedoch selten isoliert auf der betriebswirtschaftlichen Ebene ab. Besonders aus rechtlicher Perspektive stellen sich regelmässig verschiedene Fragen, namentlich arbeitsrechtliche. Fast immer stehen Sanierungsmassnahmen in Wechselbeziehung zum materiellen Recht. Zahlreiche Rechtsverhältnisse – insbesondere Arbeitsverhältnisse – können direkt oder indirekt von der Sanierung betroffen sein. Gleichzeitig ist oft dem Verfahrensrecht (Konkursaufschub nach dem OR oder dem SchKG)[44] zentrale Bedeutung beizumessen. Insgesamt spielen sich Sanierungen häufig im «Bermuda-Dreieck» zwischen *betriebswirtschaftlichen Massnahmen, materiellem Recht* und *Verfahrensrecht* ab.[45]

I. Begriffe

In rechtlicher Hinsicht ist vorab auf die wichtigsten Begriffe einzugehen, mit welchen wir uns bei Sanierungen konfrontiert sehen:

1. Unternehmen und Unternehmensträger

Das *Unternehmen* wird in der juristischen Literatur u.a. als wirtschaftliche Einheit beschrieben, das auf die Erbringung wirtschaftlicher Leistung (Produktion, Dienstleistung), d.h. Wertschöpfung ausgerichtet ist.[46] Dem Unternehmen kommt keine Rechtspersönlichkeit zu, d.h. es ist kein eigenständiges Rechtssubjekt,[47] sondern nur *Rechtsobjekt.*[48] Über Rechtspersönlichkeit verfügt indessen häufig der *Unternehmensträger,* der vom Unternehmen zu unterscheiden ist.[49] Unternehmensträger können natürliche oder juristische Personen sein, die ein Unternehmen allein oder gemeinsam betreiben bzw. halten.[50] Mangels einer Rechtspersönlichkeit kann das

---

44 Dazu unten § 2/III.

45 Lorandi, BlSchK, S. 98 f.

46 Druey/Druey Just/Glanzmann, § 1 N 52 und 56.

47 Druey/Druey Just/Glanzmann, § 1 N 56.

48 Vgl. Kälin, N 25 f.

49 Für das Gesellschaftsrecht: Druey/Druey Just/Glanzmann, § 1 N 53.

50 Vgl. Kälin, N 22 f., 27.

Unternehmen folglich keine Rechte und Pflichten begründen; sämtliche Rechtspositionen (Vermögen mit Aktiven und Passiven) fallen nicht am Unternehmen selbst, sondern bei der Unternehmensträgerin (z.B. einer AG oder GmbH) an.[51]

Eine Legaldefinition des Unternehmensbegriffes existiert nicht. Der Begriff des Unternehmens taucht zwar in verschiedenen Gesetzen auf (Obligationenrecht, Kartellgesetz, Strafgesetzbuch), allerdings wird er jeweils unterschiedlich verwendet bzw. definiert.[52]

2. Unternehmenskrise

Eine allgemeine rechtliche Definition der Unternehmenskrise existiert nicht. Konkret mit der finanziellen Krise eines Unternehmens setzt sich das Aktienrecht in Art. 725 OR auseinander, der zwei Stufen von Unternehmenskrisen definiert[53] – der *hälftige Kapitalverlust*[54] sowie die *Überschuldung*[55] – und diese direkt mit Handlungspflichten an den Verwaltungsrat verknüpft.[56] Tritt ein hälftiger Kapitalverlust ein, so hat der Verwaltungsrat unverzüglich eine Generalversammlung einzuberufen und ihr Sanierungsmassnahmen zu beantragen (sog. Sanierungsver-

---

51 Druey/Druey Just/Glanzmann, § 1 N 56; vgl. auch Kälin, N 23 m.w.H.

52 Für eine Darstellung der einzelnen Begriffsverständnisse wird auf die einschlägige Literatur verwiesen, vgl. z.B. Kälin, N 16 ff.; zum Unternehmensbegriff im Handelsrecht Druey/Druey Just/Glanzmann, § 1 N 52 ff.

53 Druey/Druey Just/Glanzmann, § 8 N 54, sprechen auch von einem zweistufigen «Alarmsystem».

54 Ein hälftiger Kapitalverlust liegt vor, wenn die Aktiven ausser den Verbindlichkeiten das Grundkapital und die Reserven nicht mehr voll decken («Unterbilanz») und diese Unterbilanz mindestens die Hälfte des Aktienkapitals und der gesetzlichen Reserven ausmacht (Druey/Druey Just/Glanzmann, § 8 N 56).

55 Eine Überschuldung liegt vor, wenn die Schulden grösser sind als die der Gesellschaft gehörenden Vermögenswerte oder – umgekehrt betrachtet – wenn die Aktiven das Fremdkapital nicht mehr 100-prozentig abdecken können (Druey/Druey Just/Glanzmann, § 8 N 59).

56 Gemäss Entwurf zur Revision des Aktienrechts (Entwurf vom 23. November 2016 zum Obligationenrecht [Aktienrecht], BBI 2017 683 mit Botschaft vom 23. November 2016 zur Änderung des Obligationenrechts [Aktienrecht]), BBl 2017, 399 soll den bestehenden Tatbeständen des Kapitalverlusts (neu in Art. 725a E-OR) und der Überschuldung (neu in Art. 725b E-OR) ein neuer Tatbestand der drohenden Zahlungsunfähigkeit (Art. 725 E-OR) vorangestellt werden (grundlegend dazu Glanzmann Lukas, Drohende Zahlungsunfähigkeit, Kapitalverlust und Überschuldung, in: GesKR 2017, S. 387 ff.).

sammlung, Art. 725 Abs. 1 OR). Besteht die begründete Besorgnis einer Überschuldung, so muss der Verwaltungsrat eine Zwischenbilanz erstellen und diese der Revisionsstelle zur Prüfung vorlegen. Ergibt die Zwischenbilanz, dass die Forderungen der Gesellschaftsgläubiger weder zu Fortführungs- noch zu Veräusserungswerten gedeckt sind, hat der Verwaltungsrat den Richter zu benachrichtigen, sofern nicht Gesellschaftsgläubiger im Ausmass dieser Unterdeckung im Rang hinter alle anderen Gesellschaftsgläubiger zurücktreten (Art. 725 Abs. 2 OR).[57] Zweck von Art. 725 OR ist der Schutz der Gläubiger, der Aktionäre, der Gesellschaft und auch der Allgemeinheit.[58] Das Weiterwirtschaften ohne Eigenkapital («unlawfull trading») ist grundsätzlich zu verhindern.[59]

Erfasst wird eine Unternehmenskrise rechtlich danach grundsätzlich erst, wenn aus betriebswirtschaftlicher Sicht eine Liquiditätskrise besteht. Dies entbindet den Verwaltungsrat aber nicht, bereits in den Phasen vor Eintritt der Liquiditätskrise, Massnahmen zur Sanierung bzw. Restrukturierung zu unternehmen. Gemäss Art. 717 OR haben Verwaltungsrat und Geschäftsleitung die Pflicht, die Interessen der Gesellschaft zu wahren, worunter namentlich die Verpflichtung fällt, frühzeitig Massnahmen zur Sicherung der Existenz des Unternehmens zu treffen.[60] Bei Verletzung dieser Pflicht kann sich der Verwaltungsrat nach Art. 754 OR haftbar machen.[61] Dasselbe Verständnis der Unternehmenskrise besteht für die GmbH. Art. 820 OR verweist bei Bestehen eines Kapitalverlustes und Überschuldung auf die entsprechenden Regelungen des Aktienrechts. Für Genossenschaften auferlegt Art. 903 OR ab Bestehen einer begründeten Besorgnis einer Überschuldung der Verwaltung Handlungspflichten. Für Personengesellschaften wie Einzelunternehmen besteht keine entsprechende Regelung.[62]

---

57 Grundlegend zu Art. 725 OR z.B. BSK OR II-Wüstiner, Art. 725 N 1 ff.

58 BSK OR II-Wüstiner, Art. 725 N 1 ff. Art. 725 Abs. 1 OR dient dem Gesellschafts- und Aktionärsschutz, Art. 725 Abs. 2 OR dem Schutz der Gläubiger und der Allgemeinheit.

59 Böckli, § 13 N 714.

60 Vgl. Schenker, SJZ, S. 485; s. auch Böckli, § 13 N 568 und 569a.

61 Grundlegend zur Verantwortlichkeit des Verwaltungsrates z.B. BSK OR II-Gericke/Waller, Art. 754 N 1 ff.

62 Eine Personengesellschaft ist gesetzlich nicht daran gehindert, mit einem negativen Kapitalkonto weiter zu wirtschaften (Art. 560 OR; Böckli, § 13 N 714 FN 1825).

3. Sanierung und Sanierungsmassnahmen

Auch für den Begriff der Sanierung fehlt eine Legaldefinition.[63] Das Thema Sanierung hat jedoch Bezüge zu diversen Rechtsgebieten. Vorliegend interessieren der *aktien-* und der *vollstreckungsrechtliche Sanierungsbegriff*.[64]

Beim *aktienrechtlichen Sanierungsbegriff* knüpfen Lehre und Rechtsprechung an die obengenannten Kapitalschutzbestimmungen von Art. 725 OR und Art. 725a OR[65] an und verstanden werden darunter alle Massnahmen, mit denen eine gesunde Ertragslage der Gesellschaft wiederhergestellt und ihre dauernde Weiterexistenz gesichert werden kann.[66] Analog zum betriebswirtschaftlichen Verständnis können die Sanierungsmassnahmen sowohl finanzieller wie auch organisatorischer Natur sein,[67] wobei der Begriff der «Sanierungsmassnahmen» offen auszulegen ist.[68] Darunter fällt insbesondere auch eine rettende Verbindung mit einem anderen Unternehmen (Sanierungsfusion, Art. 6 FusG)[69] oder die Gründung einer

---

63 Vgl. Rubli, S. 72 f., der diesbezüglich festhält, dass für einen allgemeinen rechtlichen Sanierungsbegriff auch keine Notwendigkeit besteht, zumal daran auch keine speziellen Rechtsfolgen geknüpft sind.

64 Weiter finden sich bspw. in den Steuergesetzen oder im BankG Bestimmungen über die Sanierung. Auch zum FusG und dem KG können sich Berührungspunkte geben (Kälin, FN 66; vgl. auch Rubli, S. 73 und 75 f.).

65 Art. 725 OR betrifft die Sanierung *vor* Eintritt der Überschuldung, Art. 725a OR die Sanierung *nach* Eintritt der Überschuldung. Diese Unterscheidung ist insofern wichtig, als mit einer Sanierung vor der Überschuldung höhere Erfolgschancen und ungleich weniger Probleme rechtlicher Art verbunden sind, was die Ausgestaltung bzw. Durchführung der Sanierung im Einzelnen massgeblich prägen kann (vgl. Böckli, § 13 N 716).

66 Grundlegend z.B. BGE 121 III 420, E. 2.b; BSK OR II-Wüstiner, Art. 725 N 9h, 10. Dem Verwaltungsrat wird bei der Wahl der Sanierungsmassnahmen ein weites Ermessen zugestanden, da die konkreten Situationen sehr verschieden sind (Böckli, § 13 N 751a).

67 Vgl. Böckli, § 13 N 716, 752, 757b ff.; BSK OR II-Wüstiner, Art. 725 N 10; ZK-Hardmeier, Art. 725a N 1317 f.

68 Böckli, § 13 N 751a; so auch Botschaft Aktienrecht, 927: «Die Generalversammlung sollte über drei Varianten entscheiden: Liquidation, Sanierung, Fortführung ohne Sanierung».

69 Bei der Sanierungsfusion schliesst sich eine sanierungsbedürftige Gesellschaft mit einer gesunden und eigenkapitalkräftigen Gesellschaft zusammen (Böckli, § 13 N 752, grundlegend dazu Böckli, § 3 N 202 ff.; Dalla Torre Luca, Die Sanierungsfusion – eine rechtliche und ökonomische Analyse, Diss. Bern 2007).

Auffanggesellschaft mit anschliessender Übernahme der Vermögenswerte.[70/71] Somit nicht zwingend ist, dass die Rechtspersönlichkeit der Gesellschaft als juristische Person weiterbesteht.

Die vollstreckungsrechtliche Sanierung definiert die Botschaft zum Sanierungsrecht «im Sinne einer Gesundung des Unternehmens».[72] Zentrales Instrument des Sanierungsrechts ist das Nachlassverfahren nach Art. 293 ff. SchKG.[73] Das Gesetz anerkennt dabei die Sanierung ohne Nachlassvertrag wie auch grundsätzlich jene mit Abschluss eines Nachlassvertrages als Sanierungsformen.[74] Allerdings verwendet es den Begriff der «Sanierung» – der im Übrigen erst im Zuge der Revision des Sanierungsrechts[75] in den Gesetzestext Einzug gefunden hat[76] – nur im Zusammenhang mit der Sanierung *ohne* Abschluss eines Nachlassvertrages (sog. *Sanierung i.e.S.*), wohingegen es sonst vom Zustandekommen eines richterlich bestätigten «Nachlassvertrages» spricht.[77] Bei der Sanierung ohne Nachlassvertrag und mit einem ordentlichen Nachlassvertrag bleibt der Schuldner als Rechtssubjekt, d.h. der Unternehmensträger, bestehen. Sanierungscharakter kommt aber auch dem Nachlassvertrag mit (teilweiser) Vermögensabtretung (auch: Liquiditätsvergleich) zu, wenn ein vom Schuldner betriebenes Unternehmen bzw. Teile davon (verstanden als wirtschaftliche Einheit) erhalten wird (z.B. durch Übertragung

---

70 Vgl. Kälin, S. 21 und 74 f. m.w.H.; Rubli, S. 74 (Auffanggesellschaft); Böckli, § 13 N 751a (Sanierungsfusion); s. auch Botschaft FusG, 4398 («Wenn auch eine Sanierungsfusion die «Rettung» einer Gesellschaft ermöglichen kann»). Anders wohl BGE 138 III 204, E. 3.3.1, in welchem das Gericht verlangt, dass *die Gesellschaft* nach der Sanierung weiterbesteht; ebenso: Giroud Roger, Die Konkurseröffnung und ihr Aufschub bei der Aktiengesellschaft, Diss., 2. A., Zürich 1986, § 6 N 11h, da das Objekt der Sanierung die Aktiengesellschaft sei und demgemäss eine Auffanggesellschaft für Art. 725 OR keine Sanierung darstellt. Für eine Übersicht der Lehrmeinungen vgl. Rubli, S. 74.

71 Zum Betriebsübergang unten § 7 und § 9.

72 Botschaft Sanierungsrecht, 6459.

73 Zum Nachlassverfahren unten § 2/III/3.

74 KUKO SchKG-Hunkeler, Vor Art. 293–336 N 15.

75 Dazu unten § 2/II.

76 Bauer, ST, S. 53.

77 Vgl. KUKO SchKG-Hunkeler, Vor Art. 293–336 N 15. Zur gesetzlichen Gegenüberstellung beider Begriffe vgl. etwa Art. 293a Abs. 3, Art. 293b Abs. 1, Art. 294 Abs. 1 oder Art. 296b Abs. 1 lit. b SchKG.

auf einen neuen Unternehmensträger i.S. einer Auffanggesellschaft).[78] Der betreibungsrechtliche Sanierungsbegriff stellt somit nicht zwingend auf den Erhalt des Rechtsträgers ab.[79]

II. Sanierungsrecht in der Schweiz: Revision 2014

Im Zusammenhang mit Sanierungen fällt regelmässig der Begriff des *Sanierungsrechts.* Obschon – wie schon angesprochen – gemeinhin damit das Nachlassverfahren nach Art. 293 ff. SchKG bezeichnet wird,[80] kennt unsere Rechtsordnung strenggenommen kein eigenständiges bzw. einheitliches Sanierungsrecht. Stattdessen ist es von einer gewissen Dualität gekennzeichnet: Gewisse Teilaspekte sind im OR geregelt (z.B. Konkursaufschub), andere im SchKG (z.B. das Nachlassverfahren [Art. 293 ff. SchKG] oder die einvernehmliche private Schuldbereinigung [Art. 333 ff. SchKG]).[81]

Unter der (unscharfen) Bezeichnung «neues Sanierungsrecht» sind am 1. Januar 2014 diverse Gesetzesänderungen in Kraft getreten, welche zu weitgehenden gesetzlichen Erleichterungen zur Sanierung von Unternehmen geführt haben.[82] Zu nennen sind z.B. die Neugestaltung des Nachlassverfahrens oder die Neuregelung betreffend Dauerschuldverhältnisse. Auch das Arbeitsvertragsrecht erfuhr materielle Änderungen. Der Gesetzgeber verzichtete zwar auf einen eigenständigen arbeitsrechtlichen Revisionssteil, führte aber zwei wichtige Neuerungen ein.[83] Zum einen wurde mit dem Erlass von Art. 333b OR die Betriebsübernahme innerhalb des Zwangsmassnahmenverfahrens erleichtert[84] und zum anderen fand mit

---

78 KUKO SchKG-Hunkeler, Vor Art. 293–336 N 9 und N 1; vgl. auch Botschaft Sanierungsrecht, 6492, wonach die Übertragung des schuldnerischen Unternehmens auf eine neugegründete Auffanggesellschaft als «Rettung» anerkannt wird. A.M. wohl BSK EB SchKG-Bauer, Art. 294 N 6, der die Sanierung im Sinne der Fortführung des Unternehmens als Unternehmensträger versteht, worunter die Rettung von Betriebsteilen durch deren Einbringung in eine Auffanggesellschaft mit anschliessender Konkursliquidation der Altgesellschaft nicht fällt.

79 Vgl. Kesselbach, S. 9; Rubli, S. 77.

80 KUKO SchKG-Hunkeler, Vor Art. 293–336 N 1.

81 Vgl. Lorandi, BlSchK, S. 99.

82 Zu den Leitlinien der Revision s. BBI 2010, 6465 f.

83 BK OR-Rehbinder/Stöckli, Art. 335h N 3; vgl. Stöckli, ArbR 2010, S. 100.

84 Dazu unten § 9.

Art. 335h ff. OR eine allgemeine Sozialplanpflicht[85] Einzug ins schweizerische Privatrecht.[86]

Zurückzuführen ist das revidierte Sanierungsrecht auf das Swissair-Grounding vom Oktober 2001.[87] Nach dem aufsehenerregenden Zusammenbruch der Swissair verlangten zahlreiche parlamentarische Vorstösse eine Abklärung des Revisionsbedarfs des schweizerischen Insolvenzrechts.[88] In der Folge beauftragte das Bundesamt für Justiz im Sommer 2003 eine Expertengruppe, als Groupe de réflexion, den Revisionsbedarf des Insolvenzrechts abzuklären. Im Vordergrund standen dabei drei Fragenkomplexe. Einmal war zu prüfen, ob und gegebenenfalls inwieweit das Nachlassverfahren weiter in Richtung Sanierungsverfahren entwickelt werden kann und soll. Sodann hatte die Expertengruppe die Schnittstelle des Sanierungsrechts mit dem materiellen Recht zu prüfen. Insbesondere sollte geklärt werden, wie die Vorzugsrechte bestimmter Gläubiger (Sicherungsrechte und Privilegien) sowie die Dauerschuldverhältnisse (vor allem Arbeits-, Miet- und Leasingverträge) in einem Insolvenzverfahren zu behandeln sind, damit die Sanierung von Unternehmen nicht behindert wird. Schliesslich war die Wünschbarkeit und Möglichkeiten eines sogenannten Konzernkonkursrechts abzuklären. Bei der Überprüfung des gesetzgeberischen Handlungsbedarfs sollte dem Sanierungsgedanken Vorrang zukommen. Die Expertengruppe sollte Lösungen ausländischer Verfahren (z.B. das Chapter 11 des amerikanischen Bankruptcy Codes)[89] sowie die einschlä-

---

85 Dazu unten § 6.

86 Vgl. FISCHER/TROST, N 1.

87 Botschaft Sanierungsrecht, 6459; vgl. auch RÜETSCHI, S. 8; STAEHELIN, AJP, S. 1735; vgl. zur Chronologie der Ereignisse rund um das Swissair-Debakel den Bericht der Geschäftsprüfungskommission des Ständerates (GPK-S) vom 19. September 2002, Die Rolle von Bundesrat und Bundesverwaltung im Zusammenhang mit der Swissair-Krise, in: BBl 2003, 5403 ff., 5475 ff. Schon die bisherigen Bestimmungen über das Sanierungsrecht, welche am 01.01.1997 in Kraft traten, waren Folge wirtschaftlicher Turbulenzen. Damals war es zum ersten Mal erklärtes Ziel des Gesetzgebers, nicht nur die geordnete Liquidation eines Unternehmens zu ermöglichen, sondern gezielt Sanierungen (i.S. einer Gesundung des Unternehmens) zu fördern (Botschaft Sanierungsrecht, 6459).

88 Expertenbericht I, S.3; vgl. z.B. 02.3024 Postulat Wicki; 01.3673 Motion Lombardi; 01.3715 Motion Strahm.

89 Für einen Überblick zum Chapter 11 vgl. CHRIST BENEDICT F., Was bringt eigentlich Chapter 11? Eine anerkannte Form der Unternehmenssanierung, in: BlSchK 2004, S. 17 ff.

gigen Empfehlungen der UNCITRAL[90] in ihren Abklärungen mitberücksichtigen.[91]

Die Expertengruppe verfasste zwei Berichte (März 2005 und Juni 2008)[92] und einen Gesetzentwurf (Juni 2008) samt Begleitbericht. Die Expertengruppe hielt im Ergebnis fest, dass unser Sanierungsrecht tauglich und praktikabel sei und auf eine Totalrevision des SchKG verzichtet werden könne;[93] die einzelnen identifizierten Schwächen des Sanierungsrechts könnten mit verhältnismässig geringem legislatorischem Aufwand durch punktuelle Anpassungen des geltenden Rechts rasch und wirksam beseitigt werden.[94]

Der Bundesrat schickte den leicht überarbeiteten Vorentwurf der Expertengruppe[95] im Januar 2009 zusammen mit einem Begleitbericht in die Vernehmlassung.[96] Am 8. September 2009 erfolgte die Verabschiedung der Botschaft zur Änderung des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs (Sanierungsrecht).[97] Der neue Entwurf des Bundesrats enthielt als Reaktion auf den Vorentwurf einige wenige Anpassungen.[98] Zudem enthielt die Botschaft neu eine Sozialplanpflicht. Diese war vorab weder im Vernehmlassungsverfahren noch im Vorentwurf vorgesehen. Obschon einzelne Punkte bis zuletzt im National- und Ständerat für Diskussionsstoff sorgten,[99] traten die neuen Bestimmungen schliesslich am 1. Januar 2014 in Kraft.

---

90 Die United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL) hat Empfehlungen zur Gesetzgebung im Insolvenzrecht verabschiedet (vgl. Legislative Guide on Insolvency Law, online abrufbar unter: www.uncitral.org/en-index.htm, besucht am 13.05.2019).

91 Expertenbericht I, S. 2.

92 Die Expertengruppe hielt grundsätzlich an ihren Erkenntnissen aus der Phase 1 bzw. dem Expertenbericht I fest. Für eine Übersicht über die wesentlichen Aspekte, in denen in der Phase 2 von der Phase 1 abgewichen wurde, s. Expertenbericht II, S. 5.

93 Expertenbericht I, S. 3; vgl. auch Botschaft Sanierungsrecht, 6460.

94 Expertenbericht I, S. 3 ff.

95 Zu den drei wesentlichen Änderungen: Rüetschi, S. 11 f.; vgl. auch Staehelin, AJP, S. 1735 ff., mit einem Überblick über die verworfenen Änderungen, dem fortgeltenden bisherigen Recht und den Neuerungen im SchKG und Arbeitsrecht.

96 Vgl. Begleitbericht.

97 Botschaft Sanierungsrecht, 6455 ff.

98 Botschaft Sanierungsrecht, 6464 f.

99 Auch in der Literatur wurden die Neuerungen einer kritischen Würdigung unterzogen, vgl. dazu z.B. Bauer Thomas, Nachhaltige Unternehmenssanierung – Ein Diskussionsbeitrag zur Revision des Obligationenrechts, in: ST 8/10, S. 455 ff.

III. Sanierungsverfahren

Wie in materieller Hinsicht gibt es auch kein einheitliches Sanierungsverfahren.[100] Vielmehr ist zwischen der *privatrechtlichen* (auch: *aussergerichtlichen*) und *öffentlichrechtlichen* (auch: *gerichtlichen*) Sanierung zu unterscheiden, wobei eine zunächst privatrechtliche Sanierung schliesslich in einer öffentlichrechtlichen Sanierung münden kann.

1. Privatrechtliche Sanierung: Aussergerichtlicher Nachlassvertrag

Zentrales Instrument der privatrechtlichen Sanierung ist der aussergerichtliche Nachlassvertrag. Darin können sich die betroffenen Parteien in den Schranken der Vertragsfreiheit (Art. 19 OR) auf eine Stundung oder einen Forderungsverzicht (Art. 115 OR) einigen.[101] Wesentlicher Vorteil des aussergerichtlichen Nachlassvertrags ist, dass den Gläubigern kein Anspruch auf Gleichbehandlung zusteht, wodurch mit den Gläubigern individuelle Sanierungsbeiträge ausgehandelt werden können.[102] Daneben umfasst die privatrechtliche Sanierung diverse weitere finanzielle und betriebliche Sanierungsmassnahmen zur finanziellen Gesundung des Unternehmens.[103]

Neben dem Umstand, dass die privatrechtliche Sanierung den Beteiligten einen grossen Gestaltungsspielraum gewährt, ist sie oft wesentlich günstiger als die Durchführung eines Nachlassverfahrens, da dort meistens ein Grossteil des Unternehmenswertes vernichtet wird.[104]

Damit die privatrechtlichen Sanierungsverhandlungen ohne Betreibungsdruck geführt werden können, besteht für kleine nicht konkursfähige Schuldner (Nichtkaufleute) im Übrigen die Möglichkeit, das Nachlassgericht zwecks einvernehmlicher

---

100 GEISER, arbeitsrechtliche Fragen, S. 147.

101 Zum aussergerichtlichen Nachlassvertrag grundlegend AMONN/WALTHER, § 53 N 5 ff.

102 KÄLIN, N 85.

103 Die Sanierungsmassnahmen des Unternehmens selbst sind in der Regel Voraussetzung, um überhaupt eine Vereinbarung mit den Gläubigern und Gesellschaften erzielen zu können. Denn nur wenn das Unternehmen sämtliche zumutbaren Sanierungsanstrengungen unternommen hat, werden die Gläubiger überhaupt zu Leistungen und Zugeständnissen bereit sein (vgl. SCHENKER, SJZ, S. 488).

104 SCHENKER, SJZ, S. 487.

Schuldbereinigung um Stundung (vgl. Art. 333 ff. SchKG),[105] für eine überschuldete Kapitalgesellschaft und Genossenschaft um Konkursaufschub (Art. 725a OR) zu ersuchen.[106]

2. Im Besonderen: Der Konkursaufschub (Art. 725a OR)

Ist eine Aktiengesellschaft bereits überschuldet und besteht Aussicht auf Sanierung, kann der Richter auf Antrag des Verwaltungsrates oder eines Gläubigers gemäss Art. 725a Abs. 1 OR den Konkurs aufschieben.[107] Das Konkursaufschubsverfahren bezweckt im Interesse der Gläubiger und der Gesellschaft, Zeit für eine allfällige Sanierung der überschuldeten Gesellschaft zu gewinnen.[108] Das Gericht gewährt einen Konkursaufschub, wenn eine berechtigte Aussicht auf dauerhafte Sanierung besteht, d.h. wenn während der Aufschubsfrist eine dauerhafte finanzielle Gesundung der Gesellschaft erwartet und ihre Ertragsfähigkeit wiederhergestellt werden kann.[109] Die Sanierungsaussichten sowie die geplanten Sanierungsmassnahmen sind dem Gericht in einem Sanierungsplan vorzulegen.[110] Die Dauer des Konkursaufschubs legt der Richter nach seinem Ermessen aufgrund des Sanierungsplanes fest.[111] Schiebt der Richter den Konkurs auf, hat er geeignete Massnahmen zur Erhaltung des Gesellschaftsvermögens anzuordnen (Art. 725a Abs. 1 OR) und die gleichmässige Befriedigung der Gläubiger zu gewährleisten;[112] die Sanierung und deren Ausgestaltung obliegt indessen einzig der Gesellschaft.[113] Auch kann der Richter einen Sachwalter einsetzen (Art. 725a Abs. 2 OR).[114] Eine Pflicht zur Veröffentlichung des Konkursaufschubs besteht nur in Ausnahmefällen (Art. 725a Abs. 3 OR).[115]

---

105 Grundlegend dazu Amonn/Walther, § 57 N 1 ff.

106 Zum Konkursaufschub sogleich.

107 Gleiches gilt mutatis mutandis auch für die Kommanditgesellschaft, die GmbH und Genossenschaft (vgl. Art. 764 Abs. 2 OR, Art. 820 Abs. 2 OR und Art. 903 Abs. 5 OR).

108 BGE 127 III 347, E. 3c.

109 BSK OR II-Wüstiner, Art. 725a N 6 f. m.w.H.

110 KUKO OR-Sunaric, Art. 725a N 4; vgl. dazu auch BSK OR II-Wüstiner, Art. 725a N 7.

111 BSK OR II-Wüstiner, Art. 725a N 8.

112 Grundlegend dazu BSK OR II-Wüstiner, Art. 725a N 10 f. m.w.H.

113 Vgl. BGer H 99/2006, E. 6.5.

114 Grundlegend dazu BSK OR II-Wüstiner, Art. 725a N 12 ff. m.w.H.

115 Grundlegend dazu BSK OR II-Wüstiner, Art. 725a N 15 ff. m.w.H.

Der Konkursaufschub bewirkt einen Rechtsstillstand, aber keine Stundung. Allfällige Konkurs- und Verwertungsbegehren zeitigen während des Konkursaufschubes keine Wirkung. Nicht aufgeschoben wird die Fälligkeit einer Forderung und deren Zinsenlauf. Hingegen gilt das Verrechnungsverbot nach Art. 213 SchKG ab Publikation des Konkursaufschubes.[116]

Der Konkursaufschub endet gestützt auf einen richterlichen Entscheid, sei es, dass die Gesellschaft innerhalb der Aufschubsfrist saniert, eine Nachlassstundung gewährt wird oder schliesslich – bei nicht gelungener Sanierung innert Frist – mit der richterlichen Konkurseröffnung.[117]

3. Öffentlichrechtliche Sanierung: Nachlassverfahren

Zentrales Sanierungsinstrument der öffentlichrechtlichen Sanierung ist das Nachlassverfahren. Es wird auf Gesuch des Schuldners, eines Gläubigers oder von Amtes wegen eingeleitet (Art. 173a Abs. 2 SchKG, Art. 293 SchKG).[118] Das Vorliegen einer Überschuldung oder Zahlungsunfähigkeit ist dafür nicht erforderlich. Vielmehr kann der Schuldner anlässlich einer erst bevorstehenden, sich abzeichnenden Unternehmenskrise ein Nachlassverfahren einleiten.[119]

Nach Verfahrenseinleitung bewilligt das Nachlassgericht gegebenenfalls eine Nachlassstundung. Zunächst wird sie provisorisch für maximal vier Monate (Art. 293a Abs. 2 SchKG), dann – sofern Aussicht auf Sanierung oder Bestätigung eines Nachlassvertrages besteht – definitiv für weitere vier bis sechs Monate bewilligt (Art. 294 Abs. 1 SchKG). Während mit Bewilligung der provisorischen Nachlassstundung ausnahmsweise auf die Einsetzung eines provisorischen Sachwalters (Art. 293b Abs. 2 SchKG) verzichtet werden kann,[120] ernennt das Nachlassgericht

---

116 Zum Ganzen BSK OR II-Wüstiner, Art. 725a N 9 m.w.H.

117 BSK OR II-Wüstiner, Art. 725a N 8a.

118 Grundlegend dazu Amonn/Walther, § 54 N 4 ff. Eine einfache Gesellschaft kann das Nachlassverfahren nicht für sich in Anspruch nehmen, da sie keine juristische Person ist und als solche nicht betrieben werden kann. Ebenso wenig können in einem Konzernverhältnis verbundene Unternehmen die Eröffnung und die Durchführung eines gemeinsamen Nachlassverfahrens erwirken, sondern es ist grundsätzlich über jede Konzerngesellschaft ein eigenes Nachlassverfahren an deren jeweiligen Sitz einzuleiten (KUKO SchKG-Hunkeler, Art. 293 N 4).

119 Vgl. BSK EB SchKG-Bauer, Art. 294 N 5.

120 Bei der provisorischen stillen Nachlassstundung (dazu sogleich unten) ist die Einsetzung eines Sachwalters indes zwingend (Art. 293c Abs. 2 lit. d SchKG).

bei der definitiven Nachlassstundung zwingend[121] einen oder mehrere definitive Sachwalter (Art. 295 Abs. 1 SchKG).[122]

Ziel des revidierten Sanierungsrechts war mitunter, die Attraktivität einer möglichst frühen Einleitung eines gerichtlichen Sanierungsverfahrens zu steigern und zwar noch vor Eintritt einer existenzbedrohenden Liquiditätskrise.[123] Vor diesem Hintergrund wurde die Schwelle für die Einleitung eines Nachlassverfahrens tiefer gesetzt.[124] Neu muss mit dem Gesuch um provisorische Nachlassstundung kein Entwurf für einen Nachlassvertrag mehr eingereicht werden (vgl. Art. 293 lit. a SchKG).[125] Einzureichen sind indes neben den Unterlagen über die Vermögens-, Ertrags- oder Einkommenslage ferner eine Liquiditätsplanung und ein provisorischer Sanierungsplan,[126] der aufzuzeigen hat, mit welchen Massnahmen die Sanierung erfolgen soll (Art. 293 lit. a SchKG).[127] Ergeben die eingereichten Unterlagen,

---

121 KUKO SchKG-Hunkeler, Art. 295 N 1.

122 Wurde bereits ein provisorischer Sachwalter bestimmt, kann dieser gerichtlich bestätigt werden (Botschaft Sanierungsrecht, 6484).

123 Vgl. Botschaft Sanierungsrecht, 6460 und 6479. Zu den Krisenstadien oben § 1.

124 Allerdings dürfen nur *sanierungsfähige* Unternehmen saniert werden. Das Sanierungsrecht darf nicht dazu führen, dass überschüssige Kapazitäten und veraltete Strukturen erhalten und notwendige Anpassungsprozesse verhindert werden. Sonst kann dies sogar zu einem Wettbewerbsnachteil von gesunden und konkurrenzfähigen Unternehmen führen, die sich nicht durch eine Sanierung von ihren Finanzschulden befreien können. Als Negativbeispiel gelten in diesem Zusammenhang die amerikanischen Fluggesellschaften, bei denen sich die Mehrheit aller Marktteilnehmer mit Hilfe des Chapter 11-Verfahrens von Schulden befreien konnten, während jene Unternehmen, die kein Nachlassverfahren durchlaufen haben, einen Wettbewerbsnachteil erfahren mussten (Schenker, Sanierungsrecht, S. 260 m.w.H.; vgl. auch Müller, AJP 2014, S. 189, wonach «gute Unternehmen saniert und schlechte Unternehmen liquidiert werden» sollen).

125 Vgl. Hari/Gmünder, S. 571 f. mit dem Hinweis, dass die unter altem Recht herrschende Pflicht, den Entwurf eines Nachlassvertrags einzureichen, oft dazu führte, dass der Schuldner vom zu Beginn eingeschlagenen Weg nicht mehr abweichen konnte. Die mit der Revision gewonnene erhöhte Flexibilität ermöglicht dem Schuldner nun, mit den Gläubigern neue Ansätze für eine Sanierung zu finden. Gläubiger können z.B. nach der Nachlassstundung ihre Bereitschaft signalisieren, ihre Forderungen in Eigenkapital umzuwandeln, um so den Fortbestand des Unternehmens zu sichern (vgl. Schenker, Sanierungsrecht, S. 261 f.).

126 Grundlegend zum Sanierungsplan Kälin Oliver, Der Sanierungsplan nach OR und SchKG, in: AJP 2016, S. 435 ff.

127 Dazu gehören auch Massnahmen, die bei der privatrechtlichen Sanierung getroffen werden können.

dass gewisse Aussicht auf Sanierung besteht,[128] wird unverzüglich die provisorische Nachlassstundung bewilligt (vgl. Art. 293a SchKG).[129] Andernfalls wird von Amtes wegen der Konkurs eröffnet (Art. 294 Abs. 3 SchKG).

Die Wirkungen einer provisorischen und einer definitiven Nachlassstundung sind grundsätzlich dieselben (Art. 293c Abs. 1 SchKG). Ausnahmen ergeben sich nur punktuell, namentlich im Zusammenhang mit der öffentlichen Bekanntmachung der Stundung. Neu kann bei der provisorischen Stundung in begründeten Fällen auf die öffentliche Bekanntmachung der Stundung (vgl. Art. 296 SchKG) verzichtet werden (Art. 293c Abs. 2 OR, sog. «stille Nachlassstundung»). Damit können die typischerweise mit der Bekanntgabe der Nachlassstundung verbundenen – in der Praxis zum Teil gravierenden – Nachteile (z.B. Abwendung von Kunden und Lieferanten) verhindert und die Sanierungschancen erhöht werden.[130] Der Schuldner soll mit seinen Gläubigern «im Stillen» und in Ruhe eine Lösung finden können. Gemäss Gesetzgeber soll eine stille Nachlassstundung insbesondere dann durchgeführt werden, wenn ein Unternehmen beabsichtigt, eine privatrechtliche Sanierung ohne Nachlassvertrag durchzuführen, sodass am Ende die Stundung wieder aufgehoben werden kann.[131]

Während der Stundung werden die Rechte der Gläubiger sistiert (vgl. Art. 297 SchKG).[132] Dem Schuldner soll es möglich sein, die Sanierung vorzubereiten, Verhandlungen mit den Gläubigern oder mit Dritten zu führen sowie allenfalls den Nachlassvertrag vorzubereiten.[133] Insbesondere kann nach Bewilligung der Stundung gegen den Schuldner grundsätzlich eine Betreibung weder eingeleitet noch

---

128 Der Schuldner hat nur aufzuzeigen, dass in realistischer Weise mit gewissen Sanierungschancen gerechnet werden kann, selbst wenn die Wahrscheinlichkeit einer Sanierung massiv kleiner ist als jene ihres Scheiterns. Es muss vernünftigerweise von einem gewissen Mass an Sanierungschancen – oder mit anderen Worten von einer gewissen *Sanierungsfähigkeit* (dazu oben § 1) – ausgegangen werden können, die es rechtfertigen, das Bestehen von Sanierungschancen während der provisorischen Stundung durch einen Sachwalter näher abklären zu lassen (KUKO SchKG-Hunkeler, Art. 293 N 19).

129 Grundlegend dazu BSK SchKG EB-Bauer, Art. 293a N 1 ff.

130 Schenker, Sanierungsrecht, S. 262; vgl. auch Botschaft Sanierungsrecht, 6481 f.

131 Botschaft Sanierungsrecht, 6482.

132 BSK SchKG EB-Bauer, Art. 297 N 2. Art. 297 SchKG wurde im Rahmen der Revision inhaltlich erweitert mit dem Ziel, die Wirkungen der Stundung auf die Gläubigerrechte denjenigen des Konkurses anzunähern (Botschaft Sanierungsrecht, 6486).

133 BSK SchKG EB-Bauer, Art. 297 N 2; KUKO SchKG-Hunkeler, Art. 297 N 1.

fortgesetzt werden (Art. 297 Abs. 1 Satz 1 SchKG).[134] Davon ausgenommen ist die Betreibung auf Pfandverwertung für grundpfandgesicherte Forderungen; die Verwertung des Grundpfandes bleibt indes ausgeschlossen (Art. 297 Abs. 1 Satz 2 SchKG).[135] Während einer stillen Stundung kann das betroffene Unternehmen zwar weiterhin betrieben werden, ein Fortsetzungsbegehren ist aber nicht möglich (Art. 293c Abs. 2 lit. b SchKG), womit alle neuen Betreibungen in diesem Stadium gestoppt werden. Die Verjährungs- und Verwirkungsfrist (Art. 297 Abs. 6 SchKG) und der Zinsenlauf für ungesicherte Forderungen (Art. 297 Abs. 7 SchKG) stehen ebenfalls während der Stundung still.[136] Keinen Einfluss hat die Stundung auf die Fälligkeit der Forderungen; diese verfallen wie gewohnt.[137]

Die Verfügungsmacht des Schuldners über sein Vermögen ist während der Stundung zum Schutz der Gläubiger eingeschränkt (vgl. Art. 298 Abs. 1 und 2 SchKG).[138] Der Schuldner – jedoch unter Aufsicht des Sachwalters[139] – kann

---

134 Laufende Betreibungen werden nicht aufgehoben, sondern während der Nachlassstundung sistiert. Erst mit richterlicher Bestätigung des Nachlassvertrags (diesfalls aber auch, wenn die betreibenden Gläubiger noch nicht bezahlt bzw. sichergestellt wurden) oder mit Konkurseröffnung fallen sie dahin (vgl. Art. 206 SchKG). Wird die Nachlassstundung infolge gelungener Sanierung vorzeitig aufgehoben (vgl. Art. 296a SchKG), können die sistierten Betreibungen *weitergeführt* werden, sofern die ihnen zugrunde liegenden Forderungen im Sanierungsprozess nicht ohnehin getilgt, gestundet oder erlassen wurden (KUKO SchKG-Hunkeler, Art. 297 N 16 f.).

135 Seit der Revision des Sanierungsrechts ist die *Betreibung* auf Pfändung für die Forderungen der *ersten Klasse* (Art. 219 Abs. 4 SchKG, dazu auch unten § 8/I) während der Stundung nicht mehr zulässig. Die bisherige Ausnahmeregelung zu Gunsten der erstklassig privilegierten Gläubiger wurde gestrichen, weil die Befriedigung dieser Gläubiger bereits durch die Sicherstellungspflicht gemäss Art. 306 Abs. 1 Ziff. 2 SchKG geschützt werde und deshalb nicht einzusehen sei, wieso solchen Gläubigern zusätzlich noch das Recht zur Betreibung gewährt werden müsse (Botschaft Sanierungsrecht, 6487).

136 Durch den Stillstand des Zinsenlauf verbessert sich der Cash Flow des Unternehmens und gibt den Unternehmen die Möglichkeit, über die finanziellen Risiken neu zu verhandeln. Besonders bei kleineren Unternehmen besteht jedoch die Gefahr, dass sie durch die Nachlassstundung ihre Krise auszusitzen versuchen und so die Liquidation bloss nach hinten verschieben (Müller, AJP 2014, S. 201).

137 Amonn/Walther, § 54 N 35.

138 Amonn/Walther, § 54 N 37 ff.

139 Der Sachwalter überwacht im Hinblick darauf, dass die Substanz des schuldnerischen Vermögens erhalten und die Rechte der Gläubiger gewahrt bleiben (Art. 298 Abs. 1 Satz 1 und Art. 295 Abs. 2 lit. b SchKG; vgl. Amonn/Walther, § 54 N 37 ff.).

aber grundsätzlich *seine Geschäftstätigkeit fortführen* (sog. «Eigenverwaltung», Art. 298 Abs. 1 Satz 1 SchKG).[140] Die Fortführung der Geschäftstätigkeit stellt eine wesentliche Voraussetzung für eine Sanierung dar, da so Werte erhalten bzw. grössere Wertverluste (Verlust des Fortführungswerts und des Goodwills, Hinderung bei der Fertigstellung von angefangenen Arbeiten, Schadenersatzforderungen von Arbeitnehmern und weiteren Vertragspartnern wegen Verzugs etc.) des Unternehmens vermieden werden können.[141] Das Nachlassgericht kann jedoch anordnen, dass gewisse Handlungen rechtsgültig nur unter Mitwirkung des Sachwalters vorgenommen werden können, oder den Sachwalter ermächtigen, die Geschäftsführung anstelle des Schuldners zu übernehmen (Art. 298 Abs. 1, Satz 2, 1. Halbsatz SchKG).

Das Nachlassverfahren kann je nach Entwicklung der Sanierung neu in drei verschiedene Ausgänge münden:[142]

(1) Sanierung ohne Nachlassvertrag (Sanierung i.e.S.): Gelingt die Sanierung[143] während der Nachlassstundung, wird die Nachlassstundung von Amtes wegen aufgehoben (Art. 296a Abs. 1 SchKG). In diesem Fall hat die Stundung für den Schuldner primär die Bedeutung eines *reinen Moratoriums,* das es ihm erlaubt, innert bewilligter Frist die finanziellen Probleme ohne den Abschluss eines Nachlassvertrags zu lösen.[144]

---

140 Amonn/Walther, § 54 N 38; vgl. auch KUKO SchKG-Hunkeler, Art. 298 N 1, (Fortführung der Geschäftstätigkeit durch den Schuldner als «Kernpunkt des Nachlassvertragsrechts»).

141 KUKO SchKG-Hunkeler, Vor Art. 293–336 N 4.

142 Lorandi, BlSchK, S. 100.

143 Dem Gesetz nicht zu entnehmen ist, wann eine Sanierung «gelungen» ist. Da während der Nachlassstundung die Gläubiger auf ihr Geld warten müssen und ihre Zahlungsansprüche nicht durchsetzen können, darf dieser Zustand jedoch nicht länger andauern als unbedingt notwendig. Nicht sachgerecht ist daher, auf das Erreichen aller Sanierungsziele zu warten, allerdings darf auch keine Gefährdung wegen Überschuldung bestehen. Nach Bauer, ST, S. 55, gilt ein Unternehmen daher dann als saniert, wenn die wichtigsten finanziellen und bilanziellen Sanierungsmassnahmen umgesetzt worden sind und nicht erst, wenn das Unternehmen rentabel ist, da dies längere Zeit in Anspruch nehmen kann.

144 KUKO SchKG-Hunkeler, Art. 296a N 2, wobei die Stundung wegen ihrer Wirkungen auf die Gläubigerrechte und der sanierungsfreundlichen Möglichkeiten jedoch mitunter mehr als ein reines Moratorium darstellt (vgl. auch KUKO SchKG-Hunkeler, Vor Art. 293–336 N 23); vgl. auch Amonn/Walther, § 54 N 27; Hari/Gmünder, S. 571.

(2) Sanierung mit Nachlassvertrag: Das Nachlassverfahren kann mit Abschluss eines *aussergerichtlichen*[145] oder *gerichtlichen* Nachlassvertrages (Art. 305 ff. SchKG) enden.[146] Bei zweiterem ist zwischen dem *ordentlichen Nachlassvertrag* (Art. 314 ff. SchKG) und dem *Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung* (Art. 317 ff. SchKG, auch: *Liquidationsvergleich*) zu differenzieren. Unter den ordentlichen Nachlassvertrag fallen der Stundungs[147]- und der Dividendenvergleich[148] (vgl. Art. 314 ff. SchKG).[149] Die richtige Erfüllung eines ordentlichen Nachlassvertrags saniert den Schuldner selber (als Rechtssubjekt); seine Schulden werden bereinigt, er kann einen Teil seines Vermögens behalten und es werden gegen ihn für die nicht gedeckten Teile der Forderungen keine Verlustscheine ausgestellt. Insbesondere werden juristische Personen nach Verfahrensabschluss im Handelsregister nicht gelöscht und eine Teilnahme am Wirtschaftsleben ist weiterhin möglich.[150] Beim Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung wird in der Regel keine solche Sanierung angestrebt, sondern lediglich eine möglichst schonungsvolle *Liquidation* der schuldnerischen Aktiven ausserhalb eines Konkurses durch die von den Gläubigern gewählten Liquidationsorgane (Liquidator und Gläubigerausschuss, vgl. Art. 317 Abs. 2 SchKG).[151] Sanierungscharakter hat der Nachlassvertrag mit *teilweiser* Vermögensabtretung, wenn ein vom Schuldner betriebenes Un-

---

145 Dazu oben § 2/III/1.

146 Mit öffentlicher Bekanntgabe des Nachlassvertrages fallen die Wirkungen der Stundung dahin (Art. 308 SchKG).

147 Beim Stundungsvergleich bietet der Schuldner seinen Gläubigern die vollständige Tilgung ihrer Forderungen nach einem bestimmten Zeitplan an (Amonn/Walther, § 53 N 15).

148 Beim Dividendenvergleich wird nur ein Teil der Forderung in gleichem Verhältnis für alle Gläubiger und auf Erlass des Restes bezahlt (Amonn/Walther, § 53 N 15).

149 In der Praxis werden oft Nachlassverträge abgeschlossen, die Komponenten aus den verschiedenen Grundtypen enthalten. Häufig anzutreffen ist die Kombination aus Stundungs- und Dividendenvergleich, verbunden mit einer Teilliquidation unrentablen Vermögens (Amonn/Walther, § 53 N 19).

150 KUKO SchKG-Hunkeler, Vor Art. 293–336 N 8.

151 KUKO SchKG-Hunkeler, Vor Art. 293–336 N 9. Die Bestätigung eines Nachlassvertrages hat weitgehend dieselben Wirkungen wie die Konkurseröffnung (dazu unten § 2/III/4), namentlich hinsichtlich der Auswirkungen auf den Schuldner (Art. 319 SchKG). Viele konkursrechtliche Normen finden kraft Verweis auf den Liquidationsvergleich Anwendung (vgl. z.B. Art. 321 Abs. 2 SchKG). Andere konkursrechtliche Vorschriften können analog herangezogen werden. Grössere Freiheit haben die Liquidatoren allerdings bei der Abwicklung der Liquidation, insbesondere betreffend die

ternehmen als wirtschaftliche Einheit erhalten wird.[152] Die Verfügung über das schuldnerische Vermögen geht mit Zustandekommen des Nachlassvertrages mit Vermögensabtretung auf den oder die Liquidatoren über (vgl. Art. 317 ff. SchKG).

(3) Konkurs: Ist eine Sanierung nicht möglich, kommt kein Nachlassvertrag zustande oder handelt der Schuldner den Weisungen des Sachwalters zuwider, kann bzw. (in gewissen Fällen) wird der Konkurs von Amtes wegen eröffnet (vgl. Art. 293a Abs. 3, Art. 294 Abs. 3, Art. 296b und Art. 309 SchKG).[153]

4. Gescheiterte Sanierung: Konkurs des Unternehmens

Der Konkurs ist eine Art «Auffangbecken»[154] für den Fall, wo grundsätzlich alle Sanierungsbemühungen gescheitert sind.[155] Er bedeutet die vollständige Liquidation des konkursiten Schuldnervermögens.[156] Insofern stellt der Konkurs eine Generalexekution dar und das gesamte verwertbare Schuldnervermögen (sog. Kon-

---

Art und Weise der Verwertung des Unternehmens (zum Ganzen AMONN/WALTHER, § 55 N 31; LORANDI, AJP 2004, S. 1211).

152 KUKO SchKG-HUNKELER, Vor Art. 293–336 N 9.

153 Dazu unten § 2/III/4.

154 LORANDI, Sanierung, S. 31.

155 Der Konkurs (Art. 159–270 SchKG) kann im Zuge einer ordentlichen Konkursbetreibung (vgl. AMONN/WALTHER, § 36), zufolge Wechselbetreibung (bei Forderungen auf Wechsel oder Check bzw. Wertpapiere, vgl. AMONN/WALTHER, § 37) oder ausnahmsweise bei Vorliegen eines materiellen Konkursgrundes (dazu AMONN/WALTHER, § 38 N 1 ff.) ohne vorgängige Betreibung durch ein direktes Konkursbegehren an das Konkursgericht vom Gläubiger (Art. 190 SchKG), Schuldner (Art. 191 SchKG), von Amtes wegen (Art. 192 SchKG, Überschuldungsanzeige bei Kapitalgesellschaften und Genossenschaften) oder einer Behörde (Art. 193 SchKG, Erbschaftskonkurs, vgl. AMONN/WALTHER, § 38) eingeleitet werden. Gemäss Art. 332 Abs. 1 SchKG kann ein Nachlassvertrag selbst dann vorgeschlagen werden, wenn über den Schuldner bereits der Konkurs eröffnet worden ist. Dies hemmt den Lauf des Konkursverfahrens vorerst nicht. Erst wenn die Verwertung bevorsteht, wird das Verfahren durch die Konkursverwaltung bis zum Entscheid des Nachlassrichters über die Bestätigung des Nachlassvertrages eingestellt (Art. 332 Abs. 2 SchKG, AMONN/WALTHER, § 54 N 19).

156 AMONN/WALTHER, § 35 N 2. Es besteht indes auch im Konkurs die Möglichkeit, dass ein Betrieb oder Betriebsteil übertragen und als wirtschaftliche Einheit saniert wird, dazu unten § 9.

kursmasse)[157] wird dazu verwendet, alle Gläubiger gleichzeitig zu befriedigen.[158] Der Schuldner *verliert* sodann von Gesetzes wegen mit der Konkurseröffnung das *Verfügungsrecht über sein Vermögen* (Art. 204 SchKG).[159] Er bleibt aber Rechtsträger seines Vermögens.[160] An seiner Stelle handelt neu die Konkursverwaltung (u.U. mit Zustimmung der Gläubigerversammlung).[161]

Mit der Konkurseröffnung liegt die Verfahrensleitung beim Konkursamt (Art. 221 ff. SchKG). Dieses schreitet zur Aufnahme des Inventars über die zur Konkursmasse gehörenden Vermögenswerte (Art. 221 Abs. 1 SchKG) und entscheidet darüber, ob ein ordentliches (Art. 232 SchKG) oder summarisches (Art. 231 SchKG) Konkursverfahren[162] durchgeführt oder das Verfahren mangels Aktiven eingestellt wird (Art. 230 Abs. 1 SchKG).[163] Mit der Konkurseröffnung werden grundsätzlich alle zu diesem Zeitpunkt bestehenden Forderungen gegenüber dem Konkursiten – nicht aber gegenüber dem Schuldner persönlich[164] – fällig (Art. 208 Abs. 1 SchKG).[165] Damit werden die Gläubiger fälliger und nicht fälliger Forderungen – mit Ausnahme jener von grundpfandgesicherten Forderungen – gleichgestellt.[166] Mit dem gerichtlich ausgesprochenen Abschluss des Verfahrens (vgl. Art. 268 Abs. 1 SchKG) wird das Unternehmen im Handelsregister gelöscht (Art. 159 Abs. 6 lit. a HRegV), womit es seine Rechtspersönlichkeit verliert.[167]

---

157 Zur Konkursmasse gehört alles, was auch pfändbar wäre (Art. 197 Abs. 1 SchKG, vgl. dazu AMONN/WALTHER, § 40 N 15 ff.).

158 Vgl. dazu AMONN/WALTHER, § 1 N 26 und § 35 N 3.

159 BGE 132 III 452, E. 2.4; BGE 133 III 377, E. 5.1; KUKO SchKG-STÖCKLI/POSSA, Art. 204 N 2.

160 BGE 132 III 432, E. 2.4; AMONN/WALTHER, § 35 N 4, § 41 N 5.

161 Vgl. AMONN/WALTHER, § 41 N 6 ff.

162 Der Entscheid, ein summarisches Verfahren durchzuführen, fällt das Konkursgericht auf Antrag des Konkursamts (Art. 231 Abs. 1 SchKG).

163 Die Einstellung erfolgt vom Konkursgericht auf Antrag des Konkursamts (Art. 230 Abs. 1 SchKG).

164 Gegenüber dem Schuldner persönlich können sich die Gläubiger nicht auf die Fälligkeit berufen. Insbesondere wenn der Konkurs widerrufen wird, gelten wieder die ordentlichen zivilrechtlichen Fälligkeiten (AMONN/WALTHER, § 42 N 17).

165 Auf noch nicht fällige Forderungen ist ein Abschlag von 5% (Diskonto) zu machen (Art. 208 Abs. 2 SchKG).

166 AMONN/WALTHER, § 42 N 14.

167 AMONN/WALTHER, § 50 N 3.

IV. Arbeitsrechtliche Implikationen

Aus rechtlicher Sicht stehen bei Sanierungen besonders arbeitsrechtliche Fragen im Zentrum. Wesentliche Ursache dafür bildet der Umstand, dass der Produktionsfaktor Arbeit sehr kostenintensiv ist. Namentlich bei Produktionsunternehmen bilden die Personenaufwendungen neben den Materialaufwendungen den grössten Kostenblock. Da die Einsparungsmöglichkeiten der Materialaufwendungen meist eingeschränkt bzw. erschöpft sind, konzentrieren sich Sanierungskonzepte häufig auf die Arbeitnehmer[168] bzw. die effizientere Gestaltung der Personalstruktur.[169] Da die Höhe der Personalkosten von verschiedenen Faktoren abhängt (Arbeitnehmerbestand, Lohnhöhe, Unternehmensstandort, Betriebsablauf etc.), sind die Möglichkeiten zur Verbesserung des Produktionsfaktors Arbeit vielschichtig. Je nach beabsichtigter Sanierungsmassnahme stellen sich dabei unterschiedliche arbeitsrechtliche Fragen. Auch schlagen oft Sanierungsmassnahmen, die nicht primär an den Arbeitsverhältnissen ansetzten, auf die Arbeitnehmerschaft durch und werfen arbeitsrechtliche Fragen auf. Zu nennen sind besonders betriebliche Umstrukturierungen[170], wie Betriebsübergänge nach OR oder FusG.[171]

Entscheidend ist ferner, unter welchem verfahrensrechtlichen «Regime» die Sanierung erfolgt. Abhängig davon, ob die Sanierung ausserhalb oder innerhalb des SchKG stattfindet, ergeben sich unterschiedliche arbeitsrechtliche Fragen. Die Frage nach dem Schicksal der Arbeitsverhältnisse rückt sodann ins Zentrum, wenn der Konkurs über das Unternehmen eröffnet wird.

---

168 Der Terminologie des OR folgend sowie zur Vereinfachung und besseren Lesbarkeit wird vorliegend vom Arbeitgeber und Arbeitnehmer gesprochen. Im Sinne der Einheitlichkeit wird ferner konsequent die männliche Form verwendet (Betriebsinhaber, Unternehmer etc.). Selbstverständlich ist jeweils auch die weibliche Form gemeint.

169 Hess, Kap. 5 N 121. Zur Senkung der Personalkosten aus betriebswirtschaftlicher Sicht Hess, Kap. 5 N 131 ff.

170 Dazu oben § 1.

171 Es gibt auch Sanierungsmassnahmen, die keine Auswirkungen auf die Arbeitsverhältnisse zeitigen. Keine arbeitsrechtlichen Herausforderungen stellen sich bei rein finanziellen Sanierungsmassnahmen. Letztere (z.B. Bilanzbereinigungen oder Erhöhung des Eigenkapitals) spielen sich einzig *am* Unternehmen auf der Ebene des Unternehmensträgers ab, ohne auf die betriebliche Ebene durchzuschlagen (vgl. Kälin, N 50).

§ 3 Gegenstand und Aufbau

Gegenstand dieser Arbeit sind die soeben angesprochenen arbeitsrechtlichen Fragen und Herausforderungen im Rahmen einer Unternehmenssanierung.[172] Es geht um das Spannungsverhältnis zwischen den rechtlichen Möglichkeiten des Arbeitgebers einerseits sowie dem arbeitsrechtlichen Schutz des Arbeitnehmers andererseits. Im Einzelnen wird wie folgt vorgegangen:

Das zweite Kapitel widmet sich den relevanten privatrechtlichen Sanierungsmassnahmen ausserhalb des SchKG und ihren Auswirkungen auf die Arbeitsverhältnisse. Zunächst dargelegt werden die Möglichkeiten der Anpassung des Arbeitsverhältnisses zum Zwecke der Sanierung (§ 4). Weiter erörtert wird die Möglichkeit des Personalabbaus (§ 5) und die damit teilweise einhergehende Sozialplanpflicht (§ 6). Schliesslich werden die arbeitsrechtlichen Auswirkungen der betrieblichen Sanierungsmassnahme des Betriebsübergangs bzw. von übertragenden Umstrukturierungen untersucht (§ 7).

Das dritte Kapitel beleuchtet die arbeitsrechtlichen Fragen im Zusammenhang mit der Sanierung nach SchKG. Neben der Frage der Eröffnung eines SchKG-Verfahrens auf die Arbeitnehmerschaft und dem Schicksal derer Arbeitsverhältnisse (§ 8) wird der Betriebsübergang nach Art. 333b OR untersucht (§ 9).

Das vierte Kapitel rundet die Arbeit mit einer Zusammenfassung der wichtigsten Ergebnisse ab (§ 10) und richtet sich mit Checklisten an den Schnellleser und Praktiker (§ 11).

---

[172] Da das Arbeitsrecht «rechtsformneutral» über alle Unternehmensformen hinweg anwendbar ist, wird vorliegend der Begriff des Unternehmens grundsätzlich als rechtsformneutraler Sammelbegriff für alle Einzelunternehmen, Personengesellschaften und juristische Personen verwendet (zum Unternehmensbegriff oben § 2/I/1). Der Begriff «Unternehmen» bezeichnet somit nachfolgend eine von einem natürlichen oder juristischen Unternehmensträger geführte wirtschaftliche Einheit. Ausnahmsweise betreffen einige Ausführungen lediglich Kapitalgesellschaften. Dies geschieht vor dem Hintergrund, dass der Gesetzgeber für diese Gesellschaften Bestimmungen über die Sanierung zur Verfügung stellt. An diesen Stellen bezieht sich dann der Begriff des Unternehmens einzig auf Kapitalgesellschaften.

2. Kapitel: Sanierung ausserhalb des SchKG

§ 4 Anpassung der Arbeitsverhältnisse

I. Überblick

Muss im Rahmen einer Unternehmenssanierung der Personalaufwand reduziert werden, stehen die Verantwortlichen vor dem Grundsatzentscheid, ob der Arbeitnehmerbestand beibehalten und/oder dieser gesenkt werden soll. Um z.B. den Verlust von Know-how, Reputation oder einer eingespielten Belegschaft möglichst vermeiden zu können, wird regelmässig – zumindest in einem ersten Schritt – versucht, den Produktionsfaktor Arbeit durch Anpassungen der Arbeitsbedingungen zu optimieren.

Unser Vertragsrecht ist vom Grundsatz der Vertragsfreiheit gekennzeichnet. Danach steht es den Parteien grundsätzlich frei, zu entscheiden, ob (sog. [*negative* und *positive*] *Abschlussfreiheit*), mit wem (sog. *Partnerwahlfreiheit*), in welcher Form (sog. *Formfreiheit*) und mit welchem Inhalt (sog. *Inhaltsfreiheit,* Art. 19 Abs. 1 OR [Vertragsfreiheit im engeren Sinne]) sie einen Vertrag abschliessen wollen. Neben dem Recht, Verträge jederzeit aufzulösen (sog. *Aufhebungsfreiheit*), beinhaltet die Vertragsfreiheit namentlich die *Änderungsfreiheit,* d.h. das Recht, den Vertrag inhaltlich anzupassen. Freilich gelten diese Grundsätze nicht uneingeschränkt, besonders nicht im auf den Schutz des Arbeitnehmers ausgerichteten Arbeitsvertragsrecht, in welchem die Vertragsfreiheit in verschiedener Hinsicht eingeschränkt ist (§ 4/II).

Zur Anpassung und Optimierung der Arbeitsbedingungen stehen dem Arbeitgeber grundsätzlich verschiedene Instrumente zur Verfügung. Einvernehmlich sind Anpassungen des Arbeitsvertrages jederzeit möglich (§ 4/III/1). Um seiner Änderungsabsicht zusätzliches Gewicht zu verleihen, kann der Arbeitgeber seine Anpassungsofferte mit einer Kündigung verbinden oder zumindest – ausdrücklich oder verhohlen – mit einer solchen drohen (Änderungskündigung, § 4/III/2). Auch kann der Arbeitgeber (grundsätzlich) im (ursprünglichen) Arbeitsvertrag einen einseitigen Änderungsvorbehalt vorsehen (§ 4/III/3). Weiter besteht für den Arbeitgeber eine (eingeschränkte) Anpassungsmöglichkeit via Weisungsrecht (§ 4/III/4). Schliesslich ist die richterliche Vertragsanpassung gestützt auf die clausula rebus sic stantibus denkbar (§ 4/III/5).

II. Inhaltsschranken[173]

Wie angesprochen stehen dem Arbeitgeber für die Anpassung von Vertragsbedingungen diverse Instrumente zur Verfügung. Dem Einsatz dieser Instrumente werden jedoch durch verschiedene gesetzliche Bestimmungen im Dienste des Arbeitnehmerschutzes Schranken gesetzt. Dabei stehen bei den einzelnen Anpassungsinstrumenten je nach dem die einen oder anderen inhaltlichen Schranken stärker im Vordergrund.

1. Zwingende Bestimmungen

Die Vertragsfreiheit besteht nur «innerhalb der Schranken» des Gesetzes (Art. 19 Abs. 1 OR).[174] Das gilt für den Vertragsinhalt als Ganzes sowie für einzelne Parteiabreden. Gesetzliche Einschränkungen bestehen dort, wo das Gesetz eine unabänderliche Bestimmung aufstellt, der Vertrag gegen die öffentliche Ordnung, gegen die guten Sitten oder gegen das Recht der Persönlichkeit verstösst (vgl. Art. 19 Abs. 2 OR). Im Arbeitsrecht dürfen die Parteien von den relativ zwingenden Bestimmungen nur zugunsten des Arbeitnehmers (Art. 361 OR) abweichen, von absolut zwingenden Vorschriften ist eine Abweichung überhaupt nicht gestattet (Art. 362 OR).[175] Inhaltliche Schranken setzen ferner die zwingenden Bestimmungen des Arbeitsschutzrechts, der GAV[176] und der Betriebsordnungen, soweit sie die Arbeitsbedingungen regeln.[177]

---

173 Nachfolgend geht es nicht um eine umfassende und systematische Darstellung sämtlicher inhaltlicher Schranken. Vielmehr werden die für die vorliegende Thematik zentralsten Schranken dargelegt.

174 Neben den «rechtlichen Schranken» der Vertragsfreiheit existiert auch eine «faktische Beschränkung der Vertragsfreiheit», die ihren Grund in den realen Lebensverhältnissen hat (dazu Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger, N 622 ff.).

175 Dazu z.B. Streiff/von Kaenel/Rudolph, Art. 361 N 2 und Art. 362 N 2.

176 Knapp die Hälfte der schweizerischen Arbeitsverhältnisse sind einem GAV unterstellt (Schweizerischer Gewerkschaftsbund SGB, Dossier Nr. 95, GAV in der Schweiz: Probleme, Handlungsbedarf, Lösungen, Bern 2013, S. 5, online abrufbar unter https://www.sgb.ch/fileadmin/user_upload/Dokumente/Dossier/95d_DL-DK_GAV_in_der_Schweiz.pdf, abgerufen am 13.05.2019). Näher zum GAV unten § 7/IV/1/a.

177 BK OR-Rehbinder/Stöckli, Art. 320 N 12. Diese Rechtsquellen, insbesondere die zwingenden gesetzlichen Regeln und Kollektivverträge, schränken die Gestaltungsfunktion von Arbeitsverträgen zusehends ein; die Mehrzahl der Arbeitsverhältnisse beruht heute auf weitgehend «inhaltsleeren» Arbeitsverträgen und wird im Wesentlichen durch Rechtsnormen aller Art gestaltet, die auf das Arbeitsverhältnis einwirken (BK

Abreden, die zwingenden Vorschriften widersprechen, sind nichtig, berühren die Wirksamkeit des übrigen Vertrages aber nicht *(Teilnichtigkeit)*. Der Arbeitsvertrag bleibt trotz nichtiger Vorschrift bestehen; unwirksame «überschiessende» Vertragsbestimmungen werden durch die vorgeschriebenen Mindestarbeitsbedingungen ersetzt,[178] wobei – sofern eine Vereinbarung das gesetzlich zulässige Mass (z.B. die zulässige Dauer der Probezeit) überschreitet – das zulässige Höchstmass anzuwenden ist.[179] Diese Rechtslage ist lex specialis zu Art. 20 Abs. 2 OR, der die Nichtigkeit des ganzen Vertrages dann vorsieht, wenn anzunehmen ist, dass der Vertrag ohne die nichtige Abrede überhaupt nicht geschlossen worden wäre. Der Zweck des Arbeitnehmerschutzes erfordert es, dem Arbeitgeber die Berufung auf einen entsprechenden Parteiwillen zu verwehren.[180] Die Nichtigkeit des ganzen Vertrages würde den beabsichtigten Schutz der zwingenden Arbeitsbestimmungen vereiteln, indem ihrer Anwendung die Grundlage entzogen und der geschützten Vertragspartei alle vertraglichen Ansprüche vorenthalten würden.[181] Betrifft der Mangel den ganzen Vertrag als solchen, tritt *Ganznichtigkeit* ein.[182]

2. Im Besonderen: Tragung des Betriebsrisikos

Bei Sanierungen sind oft Vertragsverschlechterungen zulasten der Arbeitnehmer geplant. Mit anderen Worten soll das in der Unternehmenskrise verwirklichte Un-

---

OR-Rehbinder/Stöckli, Art. 320 N 12; BSK OR I-Portmann/Rudolph, Art. 320 N 30).

178 Geiser/Müller/Pärli, N 294; Rehbinder, N 83.

179 Vgl. BK OR-Kramer, Art. 20 N 357. So z.B. wird die Vereinbarung einer längeren als die gesetzlich zulässige Probezeit auf das zulässige Höchstmass von 3 Monaten hinuntergesetzt (BGer 4C.327/2002, E. 3.1; BK OR-Rehbinder/Stöckli, Art. 335b N 2; a.M. Geiser/Müller/Pärli, N 284 [Herabsetzung auf die gesetzliche Dauer von einem Monat]); vgl. in diesem Zusammenhang auch Art. 340a Abs. 2 OR, wonach das übermässige Konkurrenzverbot im Sinne der Teilnichtigkeit nach richterlichem Ermessen auf das zulässige Mass reduziert wird (ZK-Staehelin, Art. 340a N 9).

180 BK OR-Rehbinder/Stöckli, Art. 320 N 12; vgl. auch BSK OR I-Portmann/Rudolph, Art. 320 N 31.

181 Portmann/Stöckli, N 106; vgl. auch BSK OR I-Portmann/Rudolph, Art. 320 N 31.

182 BK OR-Rehbinder/Stöckli, Art. 320 N 12; BSK OR I-Portmann/Rudolph, Art. 320 N 31. Bei Nichtigkeit des gesamten Arbeitsvertrags kommt allerdings Art. 320 Abs. 3 OR zur Anwendung, wonach bis zur Vertragsauflösung das Bestehen eines gültigen Vertrags fingiert wird (faktisches Vertragsverhältnis; dazu z.B. BK OR-Rehbinder/Stöckli, Art. 320 N 45 ff.).

ternehmensrisiko – zumindest teilweise – auf die Arbeitnehmer überwälzt werden. Aus grundlegender Sicht fragt sich, ob dies überhaupt zulässig ist.[183] Gemäss Lehre und Rechtsprechung ist das *wirtschaftliche*[184] und *betriebliche*[185] Unternehmensrisiko grundsätzlich vom Arbeitgeber zu tragen.[186] Umgekehrt besteht für ihn – vorbehalten gegenteiliger Abmachungen – keinerlei Verpflichtung, den Unternehmensgewinn mit den Arbeitnehmern zu teilen.[187] Dieser Grundsatz der Risikoverteilung ergibt sich nicht ausdrücklich aus dem Gesetz,[188] sondern indirekt aus diversen arbeitsrechtlichen Bestimmungen.[189] Allen voran hält Art. 324 OR fest, dass der Arbeitgeber für den unverschuldeten Annahmeverzug und damit für das gesamte betriebliche und wirtschaftliche Risiko gegenüber dem Arbeitnehmer einzustehen hat.[190] Ein generelles Verbot, Arbeitsverträge zum Zwecke der Unternehmenssanierung anzupassen, ergibt sich aber weder aus der Unternehmensrisikolehre noch explizit aus Art. 324 OR. Letztere Bestimmung schützt einzig vor der Verlagerung des Betriebsrisikos bei *unveränderten* Rechten und Pflichten, er-

183 Vgl. Pärli, Jusletter 2015, N 7.

184 Dazu gehören wirtschaftliche Schwierigkeiten, wie z.B. Absatzschwierigkeiten, Preiszerfall oder Währungsschwankungen (vgl. KGer BL, JAR 2013, S. 430; Schwaab, Jusletter, N 10 ff.; ZK-Staehelin, Art. 324 N 14).

185 Z.B. Störungen im Betriebslauf durch Stromausfall, defekte Maschinen und Fahrzeuge oder behördliche Massnahmen (z.B. Entzug gewerbepolizeilicher Bewilligungen, ZK-Staehelin, Art. 324 N 12 f.).

186 BGE 124 III 346, E. 2a; 114 II 274, E. 4; Cramer, AJP, S. 539; Geiser, AJP 2001, S. 382; Vischer/Müller, § 11 N 1; Wyler/Heinzer, S. 201; ZK-Staehelin, Art. 324 N 12,14; vgl. auch BK OR-Rehbinder/Stöckli, Art. 324 N 38 ff. und Schnüriger, S. 86 ff. Mittelbar trägt die Arbeitnehmerschaft aber insofern das Unternehmensrisiko mit, als sie bei wirtschaftlichen Schwierigkeiten ihre Stelle verlieren kann. Auch Art. 322a, 322b und 326 OR erlauben eine punktuelle Abweichung dieses Grundsatzes, indem der Lohn oder Teile davon von Variablen abhängig gemacht werden dürfen (Pärli, Jusletter 2015, N 19 m.w.H.); auch wird bei der Kurzarbeit (dazu unten § 4/IV/6/c) das Wirtschaftsrisiko in gewissem Umfang auf die Arbeitslosenversicherung abgewälzt (ZK-Staehelin, Art. 324 N 14).

187 Pärli, Jusletter 2015, N 16 mit Hinweis auf BezGer Arlesheim vom 31.01.2012, 150 11 1966 IV, E. 6.6.2.

188 Cramer, AJP, S. 539; Geiser, AJP 2001, S. 382.

189 Geiser, AJP 2001, S. 382.

190 Cramer, AJP, S. 539 (Lohnfortzahlungspflicht als Ausdruck eines übergeordneten Prinzips der Beschränkung der Risikoverteilung), vgl. auch Pärli, Jusletter 2015, N 22; Streiff/von Kaenel/Rudolph, Art. 324 N 5.

fasst aber nicht den Fall der Vertragsanpassung.[191] Hier hat die Vertragsfreiheit Vorrang und die Parteien sind grundsätzlich frei, die Arbeitsbedingungen zu ändern.[192] Dieses Recht hat allerdings dort seine Grenze, wo das gesamte Unternehmensrisiko auf den Arbeitnehmer übertragen wird und der Grundsatz der Risikotragung gänzlich ausgehöhlt würde.[193] Von dieser Einschränkung abgesehen würde ein Verbot der Vertragsverschlechterungen den Arbeitnehmerschutz oft ins Gegenteil kehren. Bei einem derartigen Verbot bliebe dem Arbeitgeber, um eine effizientere Personalstruktur zu erlangen, nur noch die Möglichkeit, Arbeitnehmer zu entlassen und dafür neue Arbeitnehmer zu geänderten bzw. «schlechteren» Arbeitsbedingungen einzustellen.[194]

3. Im Besonderen: Verzichtsverbot (Art. 341 OR)

a) Im Allgemeinen

Eine wichtige inhaltliche Schranke bildet das Verzichtsverbot in Art. 341 OR. Danach kann der Arbeitnehmer auf Ansprüche, die sich aus unabdingbaren Vorschriften des Gesetzes oder aus unabdingbaren Bestimmungen eines GAV ergeben, während der Dauer des Arbeitsverhältnisses und bis zu einem Monat danach nicht verzichten. Das Verzichtsverbot will den sich in einem Abhängigkeitsverhältnis befindlichen, sozial schwächeren Arbeitnehmer davor schützen, dass er während oder kurz nach Ablauf des Arbeitsverhältnisses aus Furcht vor nachteiligen Folgen Verzichtserklärungen abgibt. Diese Gefahr besteht gemäss Bundesgericht namentlich in Zeiten wirtschaftlicher Rezession bzw., wie vorliegend interessierend, wenn ein Unternehmen in finanziellen Schwierigkeiten steckt.[195]

Art. 341 Abs. 1 OR gilt nur für den *einseitigen Verzicht* des Arbeitnehmers. Kommt es im Rahmen eines Vergleichs zu einem gegenseitigen Verzicht zwischen

---

191 Stöckli, ARV, N 72. Anders BezGer Arlesheim vom 31.01.2012, 150 11 1981 IV, E. 6.6.2 und 6.6.5, bei welchem nicht zwischen dem Betriebsrisiko bei bestehenden Rechten und Pflichten einerseits und bei Vertragsanpassungen anderseits unterschieden wird.

192 Vgl. dazu auch Pärli, Jusletter 2015, N 22.

193 Vgl. dazu auch Geiser, AJP 2001, S. 382, der im Zusammenhang mit dem Leistungslohn festhält, dass die Lehre vom Betriebs- und Wirtschaftsrisiko diesen nicht verunmöglicht, die absolute Grenze aber dort liegt, wo das gesamte wirtschaftliche Risiko dem Arbeitnehmer übertragen wird.

194 Stöckli, ARV, N 72.

195 BGE 105 II 39, E. 5.1a.

Arbeitnehmer und Arbeitgeber, sodass der Verzicht für den Arbeitnehmer günstiger oder zumindest angemessen ist, steht diese Bestimmung der Vereinbarung nicht entgegen.[196]

Für die Beurteilung der Angemessenheit eines Vergleichs ist auf den Zeitpunkt des Vergleichsabschlusses abzustellen.[197] Angemessen war z.B. der Verzicht auf einen durch einen GAV zugesicherten 13. Monatslohn im Rahmen eines Vergleichs, in dem der Arbeitgeber anstelle einer Kündigung den Erhalt des Arbeitsplatzes zusichert.[198] Das Erfordernis gegenseitiger Konzessionen ist namentlich dann grundsätzlich erfüllt, wenn Bestand oder Durchsetzbarkeit der vom Verzicht erfassten Forderung des Arbeitnehmers unsicher sind und der Arbeitnehmer im Vergleich auf einen Teil der bestrittenen, aber grundsätzlich zwingenden Forderungen verzichtet, jedoch den übrigen Teil entschädigt erhält (z.B. strittiger Umfang der geleisteten Überzeit).[199]

Unproblematisch sind ebenfalls die in der Praxis im Rahmen von einvernehmlichen Vertragsänderungen regelmässig vorgenommenen Verzichte auf zukünftige Leistungen. Art. 341 Abs. 1 regelt nur den *nachträglichen Verzicht*[200], während Art. 361 und 362 OR den vorgängig erfolgenden Verzicht betreffen.[201] Unverzichtbar sind solche Leistungen und Ansprüche nur, wenn ein GAV sie zwingend vorschreibt.[202]

Verstösst ein Verzicht gegen Art. 341 Abs. 1 OR, ist er nichtig. Der Arbeitnehmer hat somit bei einer nachträglichen Geltendmachung seiner Forderung die Verzichtserklärung weder besonders anzufechten noch zu widerrufen.[203]

---

196 BGer 4A_25/2014, E. 6.2; 4C.390/2005, E. 3.1; 4C.27/2002, E. 3 (bei beidseitigem Verzicht auf mögliche Leistungen müssen die Ansprüche auf jeder Seite von ungefähr gleichem Wert sein); vgl. auch BK OR-Rehbinder/Stöckli, Art. 341 N 18; Streiff/von Kaenel/Rudolph, Art. 341 N 5f (mit einer Übersicht über die Rechtsprechung).

197 Streiff/von Kaenel/Rudolph, Art. 341 N 5f).

198 OGer OW, JAR 1988, S. 395 ff., 399.

199 Kamber, N 171 m.w.H.

200 Die Rechtsprechung wendet Art. 341 Abs. 1 OR indes regelmässig auch auf den Verzicht zukünftiger Forderungen im Rahmen von Aufhebungsvereinbarungen an (dazu unten § 5/III/2/b).

201 BSK OR I-Portmann/Rudolph, Art. 341 N 1.

202 Vgl. Streiff/von Kaenel/Rudolph, Art. 341 N 5 m.w.H.

203 BK OR-Rehbinder/Stöckli, Art. 341 N 22 m.w.H.

Da gesetzlich zwingend, ist der Verzicht auf den geschuldeten Lohn bei Überzeit (Art. 13 ArG)[204], bei Annahmeverzug (Art. 324 OR) oder bei unverschuldeter persönlicher Verhinderung an der Arbeitsleistung (Art. 324a OR) wie auch der Verzicht auf aufgelaufene Ferienansprüche unzulässig.[205] Ebenso unzulässig ist gemäss Bundesgericht der Verzicht auf Entschädigung für bereits geleistete Überstunden.[206] Diese Ansicht überzeugt nicht, denn Art. 321c Abs. 3 OR ist dispositives Recht, womit es (schriftlich) wegbedungen werden kann und nicht unter Art. 341 Abs. 1 OR fällt.[207/208]

b) Im Besonderen: Zulässigkeit des Lohnverzichts

In der Lehre strittig ist, ob ein Arbeitnehmer auf schon entstandene Lohnforderungen gültig verzichten kann.[209] Auch das Bundesgericht äusserte sich teilweise unklar: Während es in mehreren Entscheiden festhielt, Art. 341 OR stehe einem nachträglichen Verzicht auf Lohnansprüche nicht entgegen,[210] erklärte es 2005 in einem Entscheid eine Verfallsklausel, welche die Zahlung des Lohns für bereits geleistete

---

204 BGE 126 III 337, E. 6.

205 Dies gilt zumindest für jene Ferien, die aus dem obligatorischen Minimalanspruch von Art. 329a OR entstanden sind. Ob ein Verzicht auf überobligatorische Ferien zulässig ist, ist unklar, vgl. RUDOLPH, Vertragsänderungen, S. 8 FN 18.

206 BGE 124 III 469, E. 3; BGer 4C.337/2001, E. 2.; gl.M. GEISER/MÜLLER/PÄRLI, N 318; SUBILIA/DUC, Art. 321c N 29; ZK-STAEHELIN, Art. 321c N 23 mit Verweis auf die Materialien.

207 BSK OR I-PORTMANN/RUDOLPH, Art. 321c N 12; gl.M. BRÜHWILER, Art. 341 N 4d); STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 341 N 6; VISCHER/MÜLLER, § 15 N 45. Eingehend dazu, inkl. Übersicht über die Rechtsprechung des Bundesgerichts und kantonaler Gerichte: REITER CATHERINE, Verzicht des Arbeitnehmers auf die nicht gemäss Art. 321c Abs. 3 OR wegbedungene Vergütung für bereits geleistete Überstunden, in: AJP 2011, S. 946, wobei die Autorin ebenfalls zum Ergebnis kommt, dass Art. 341 OR dem nachträglichen schriftlichen Verzicht auf die Vergütung bereits entstandener Überstunden nicht im Weg steht.

208 Diese Rechtsprechung ist insofern nicht überzeugend, zumal nicht einzusehen ist, weshalb der Arbeitnehmer im Voraus gültig auf die Entschädigung von noch nicht voraussehbaren Überstunden verzichten kann, der nachträgliche Verzicht auf bereits geleistete und damit genau bezifferbare Überstunden indes nicht zulässig sein sollte (vgl. STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 321c N 5; VISCHER/MÜLLER, § 15 N 45).

209 Zulässigkeit des Verzichts bejaht: BRÜHWILER, Art. 341 N 4c; RUDOLPH, Vertragsänderungen, S. 8; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 341 N 5; Zulässigkeit verneint: BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, Art. 341 N 1.

210 BGE 124 II 451, E. 10 e/aa; BGer 4C.242/2005, E. 4.2; 4C.182/2000, E. 5.

Arbeit von der Bedingung abhängig machte, dass sich der Arbeitnehmer im Zeitpunkt der Ausrichtung in ungekündigter Stellung befindet, für unwirksam, soweit dem Bonus Lohncharakter zukommt und mit der Klausel der Wegfall für eine bereits abgelaufene Bonusperiode bewirkt wird.[211] Daraus folgerte ein Teil der Lehre, dass das Bundesgericht fortan auch den Verzicht auf Lohn für bereits geleistete Arbeit nicht mehr zulassen würde.[212] Diese Annahme erwies sich aber als falsch. In einem im Dezember 2014 ergangenen Entscheid hielt das Bundesgericht erneut fest, dass Art. 341 OR dem nachträglichen Verzicht auf Lohn nicht entgegensteht, da Art. 322 OR dispositiv ist.[213] Dies überzeugt und ist gerade mit Blick auf Unternehmen in wirtschaftlichen Schwierigkeiten zu begrüssen. Selbstverständlich darf dadurch die Entgeltlichkeit der Arbeitsleistung (Art. 319 Abs. 1 OR) nicht grundsätzlich in Frage gestellt werden.[214] Vorbehalten bleibt auch der Fall, wo ein GAV Mindestlöhne statuiert oder kantonale Mindestlöhne bestehen.[215]

Nach dem Gesagten ebenfalls zulässig sein muss der nachträgliche Verzicht auf Boni bzw. Gratifikationen, soweit diese ebenfalls nicht durch GAV zwingend zugesichert sind.

4. Im Besonderen: Gleichbehandlungsgebot

Aus der Arbeitgeberpflicht, die Persönlichkeit des Arbeitnehmers zu schützen (Art. 328 OR) i.V.m. dem zivilrechtlichen Persönlichkeitsschutz (Art. 27 ZGB) er-

---

211 BGer 4C.426/2005, E. 5.2.1; bestätigt z.B. in BGer 4A_509/2008, E. 5.1.

212 BSK OR I-Portmann/Rudolph, Art. 341 OR N 4 m.w.H. auf die Rechtsprechung; vgl. auch Rudolph, Vertragsänderungen, S. 8 und Streiff/von Kaenel/Rudolph, Art. 341 N 5.

213 BGer 4A_404/2014, E. 5.1 mit Verweis auf BGE 124 II 451; vgl. auch BGer 4A_370/2017, E. 3.1.

214 So auch BSK OR I-Portmann/Rudolph, Art. 341 N 4; Portmann/Stöckli, N 639; a.M. AGer ZH, ARV 2004, S. 170, wonach der Arbeitgeber den Lohn ganz kürzen und der Arbeitnehmer dies akzeptieren kann.

215 In der Schweiz profitieren rund 42 % der einem GAV unterstellbaren Arbeitnehmenden von einem Mindestlohnschutz (Schweizerischer Gewerkschaftsbund SGB. Dossier Nr. 95, GAV in der Schweiz: Probleme, Handlungsbedarf, Lösungen, Bern 2013, S. 5, online abrufbar unter http://www.sgb.ch/fileadmin/user_upload/Dokumente/Dossier/95d_DL-DK_GAV_in_der_Schweiz.pdf, abgerufen am 13.05.2019). Ein kantonaler Mindestlohn besteht in den Kantonen Neuenburg und Jura; der Kanton Tessin führt einen solchen als nächstes ein (https://www.unia.ch/de/arbeitswelt/von-a-z/mindestlohn, besucht am 24.09.2019).

gibt sich für die Arbeitnehmer im selben Betrieb[216] ein allgemeiner, geschlechterübergreifender Gleichbehandlungsgrundsatz.[217] Eine unsachliche und willkürliche Schlechterstellung stellt dann eine Persönlichkeitsverletzung und damit einen Verstoss gegen das individuelle Diskriminierungsverbot dar, wenn darin eine den Arbeitnehmer verletzende Geringschätzung seiner Persönlichkeit zum Ausdruck kommt.[218] Eine solche kann von vornherein nur vorliegen, wenn ein Arbeitnehmer gegenüber einer Vielzahl von anderen Arbeitnehmern deutlich ungünstiger gestellt wird, nicht aber wenn der Arbeitgeber bloss einzelne Arbeitnehmer besserstellt.[219] Zulässig ist auch die Schlechterstellung einzelner Arbeitnehmer gegenüber der Mehrheit im Betrieb, sofern dafür sachliche Gründe vorliegen.[220] Gemäss Bundesgericht gehöre es aber zum Wesen der Vertragsfreiheit, dass der Arbeitgeber selber bestimmen könne, welche Motive er als sachgemäss für eine unterschiedliche Behandlung ansehe.[221] Für die einvernehmliche bzw. vertragliche Vereinbarung der Arbeitsbedingungen ist dieser allgemeine Gleichbehandlungsgrundsatz indessen kaum von Relevanz; der Grundsatz der Vertragsfreiheit[222] geht vor. Der Arbeitgeber darf in den Grenzen des Zulässigen mit verschiedenen Arbeitnehmern beliebig unterschiedliche Arbeitsbedingungen vereinbaren, selbst wenn sie gleichwertige Arbeit verrichten, eine vergleichbare Ausbildung besitzen und gleichwertige Leistungen erbringen.[223] Verhandelt ein

---

216 Das Arbeitsverhältnis ist betriebsbezogen, weshalb ein Arbeitgeber betrieblich differenzieren kann (BK OR-Rehbinder/Stöckli, Art. 328 N 7, a.M. Streiff/von Kaenel/Rudolph, Art. 328 N 12).

217 BGE 129 III 276, E. 3.1; BSK OR I-Portmann/Rudolph, Art. 328 N 29; Portmann/Stöckli, N 425; Streiff/von Kaenel/Rudolph, Art. 328 N 12. Geiser, FS Rehbinder, S. 48, spricht von einem Gleichbehandlungsgrundsatz im «untechnischen Sinn».

218 BGE 129 III 276, E. 3.1; Geiser, FS Rehbinder, S. 45.

219 BGE 129 III 276, E. 3.1; Geiser, FS Rehbinder, S. 45; vgl. auch BSK OR I-Portmann/Rudolph, Art. 328 N 31.

220 BSK OR I-Portmann/Rudolph, Art. 328 N 29.

221 BGE 129 III 276, E. 3.1; vgl. auch Geiser, FS Rehbinder, S. 39. Teilweise kritisch dazu BSK OR I-Portmann/Rudolph, Art. 328 N 34; sich der Kritik anschliessend Pärli, Vertragsfreiheit, N 1455.

222 Dazu oben § 4/I.

223 BGE 129 III 276, E. 3.1; BSK OR I-Portmann/Rudolph, Art. 328 N 29; Geiser, FS Rehbinder, S. 39; Pärli, Vertragsfreiheit, N 1395; Streiff/von Kaenel/Rudolph, Art. 328 N 12. Beschränkungen können sich selbstverständlich aus anderen Grundsätzen ergeben, wie z.B. aus dem Diskriminierungsverbot des GlG oder des FZA (dazu sogleich).

Arbeitnehmer schlechter als ein Kollege, hat er die sich daraus ergebenden schlechteren Arbeitsbedingungen grundsätzlich hinzunehmen.[224] Die Vertragsfreiheit geht dem Gleichbehandlungsgebot auch bei Aufhebungsverträgen[225] vor.[226] Der Wirkungsbereich des allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatzes beschränkt sich daher im Wesentlichen auf die Ausrichtung oder Kürzung von *freiwilligen Sozialleistungen* (Gratifikationen, betrieblichen Versicherungen, Zulagen etc.)[227] sowie die *Ausübung des Weisungsrechts*[228] des Arbeitgebers.[229] Der Arbeitgeber darf z.B. nicht immer dem gleichen Arbeitnehmer unbeliebte Vor- und Nachtarbeit zuweisen oder einzelnen Arbeitnehmern ohne sachliche Gründe keine Gratifikationen auszahlen.[230] Auch bei der Durchführung eines Sozialplans ist das Gleichbehandlungsgebot zu beachten.[231]

Einen spezifischen Schutz vor direkter und indirekter Diskriminierung aufgrund des Geschlechts garantiert ferner das GlG (vgl. Art. 3 Abs. 1 GlG). Dieses Diskriminierungsverbot gilt namentlich für die Anstellung, Aufgabenzuteilung, Gestaltung der Arbeitsbedingungen, Entlöhnung, Aus- und Weiterbildung, Beförderung und Entlassung (Art. 3 Abs. 2 GlG). Vom Verbot der Ungleichbehandlung aufgrund des Geschlechts miterfasst sind damit insbesondere vertraglich vereinbarte Diskriminierungen.[232] Neben der vertraglichen Inhaltsfreiheit umfasst das GlG auch die Bereiche autonomer Gestaltungsmacht des Arbeitgebers,[233] worunter neben Entscheiden über die Einstellung oder Entlassung woh auch das Wei-

---

224 BGE 129 III 276, E. 3.1; Geiser, FS Rehbinder, S. 39.

225 Zum Aufhebungsvertrag unten § 5/III.

226 BSK OR I-Portmann/Rudolph, Art. 328 N 30 mit Verweis auf GSGer BS, JAR 2008, S. 349.

227 BGE 129 III 276, E. 3.1; BSK OR I-Portmann/Rudolph, Art. 328 N 33; Geiser, FS Rehbinder, S. 46; Streiff/von Kaenel/Rudolph, Art. 328 N 12 m.w.H. Für einen Überblick zur Gerichtspraxis inkl. einer kritischen Analyse von BGE 129 III 276 vgl. auch Pärli, Vertragsfreiheit, N 1447 ff., 1451 ff.

228 Zum Weisungsrecht unten § 4/III/4.

229 Geiser, FS Rehbinder, S. 46; BK OR-Rehbinder/Stöckli, Art. 321d N 34; Geiser/Müller/Pärli, N 339.

230 Portmann/Stöckli, N 425; vgl. auch BK OR-Rehbinder/Stöckli, Art. 321d N 34.

231 BK OR-Rehbinder/Stöckli, Art. 328 N 8, zum Sozialplan unten § 6.

232 Pärli, Vertragsfreiheit, N 1498; vgl. auch Geiser, FS Rehbinder, S. 41.

233 Pärli, Vertragsfreiheit, N 1500.

sungsrecht fallen muss. Auch hier gilt: liegt eine Diskriminierung vor, ist der diskriminierende Inhalt nichtig und wird durch einen nicht diskriminierenden ersetzt.[234]

Im Speziellen zu beachten ist sodann der Grundsatz der *Lohngleichheit von Mann und Frau* gemäss Art. 8 Abs. 3 Satz BV,[235] der *für gleichwertige Arbeit beim selben Arbeitgeber* gilt.[236] Wiederholt wird das Lohngleichheitsprinzip in Art. 3 Abs. 2 GlG; insoweit kommt diesem keine eigenständige Bedeutung zu.[237] Dieser Anspruch betrifft alle Lohnbestandteile, ist zwingend und unverzichtbar (Art. 341 Abs. 1 OR).[238] Der Diskriminierungstatbestand setzt voraus, dass eine Lohnungleichheit zwischen Arbeitnehmern verschiedenen Geschlechts vorliegt, die auf einem geschlechtsspezifischen Umstand gründet.[239] Verboten ist die direkte und indirekte Diskriminierung.[240] Die unterschiedliche Entlöhnung von Frau und Mann ist grundsätzlich gerechtfertigt, wenn sie auf *objektiven Umständen* beruht, die i.d.R. auch zwischen Arbeitnehmern des gleichen Geschlechts zu Lohnunterschieden führen (z.B. Ausbildung, Qualifikation, konkreter Aufgabenbereich).[241] Die objektiven Umstände müssen aber für die konkrete Arbeitsleistung wesentlich sein und die Lohngestaltung des Arbeitgebers konsequent beeinflussen.[242] Eine Lohnvereinbarung, die gegen das Diskriminierungsverbot verstösst, ist nichtig;

---

234 Vgl. dazu Geiser, FS Rehbinder, S. 40 f.; Pärli, Vertragsfreiheit, N 1499.

235 Direkte Drittwirkung (BGE 125 III 370).

236 BGE 130 III 159. Der Begriff der gleichwertigen Arbeit umfasst nicht bloss ähnliche, das heisst gleichartige Arbeiten, sondern bezieht sich darüber hinaus im Zusammenhang mit sogenannten versteckten Lohndiskriminierungen auch auf Arbeiten unterschiedlicher Natur (BGE 125 I 79). Zum Kriterium der gleichwertigen Arbeit: BSK OR I-Portmann/Rudolph, Art. 322 N 16; Portmann/Stöckli, N 238 ff.

237 Portmann/Stöckli, N 230.

238 Portmann/Stöckli, N 230.

239 Portmann/Stöckli, N 231.

240 Eine *direkte* Diskriminierung liegt vor, wenn sich eine Ungleichbehandlung ausdrücklich auf die Geschlechtszugehörigkeit oder auf ein Kriterium stützt, das nur von einem der beiden Geschlechter erfüllt werden kann, und wenn sie sich nicht sachlich rechtfertigen lässt (BGE 125 I 71, E. 2). Eine *indirekte* Diskriminierung besteht, wenn eine formal geschlechtsneutrale Regelung im Ergebnis wesentlich mehr bzw. überwiegend Angehörige des einen Geschlechts ohne sachliche Rechtfertigung gegenüber jenen des anderen erheblich benachteiligt (BGE 125 I 71, E. 2).

241 Vgl. z.B. BGE 113 Ia 107; 125 III 373.

242 BGE 130 III 165; 127 III 214.

der vereinbarte Lohn ist durch einen diskriminierungsfreien Lohn zu ersetzen (sog. Teilnichtigkeit).[243]

Soweit ein Unternehmen *Grenzgänger,*[244] d.h. Arbeitnehmer aus dem grenznahen Ausland, beschäftigt, ist das FZA zu berücksichtigen. Ein Arbeitnehmer, der Staatsangehöriger einer Vertragspartei ist, darf wegen seiner Staatsangehörigkeit im Hoheitsgebiet der anderen Vertragspartei hinsichtlich der Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen, insbesondere auch im Hinblick auf die Entlöhnung, nicht anders behandelt werden als die inländischen Arbeitnehmer (Art. 2 FZA i.V.m. Art. 9 Anhang I FZA).[245] Verboten ist die *direkte (offene) Diskriminierung,* d.h. eine Unterscheidung, die ausdrücklich auf die Staatsangehörigkeit abstellt, wie auch die *indirekte (versteckte) Diskriminierung,* bei welcher an ein anderes Kriterium als die Staatsangehörigkeit angeknüpft wird, in ihren Auswirkungen aber zum gleichen Ergebnis führt. Dabei müssen in der grossen Mehrzahl der von der Norm geregelten Fälle Angehörige anderer Staaten betroffen sein.[246] Eine direkte Diskriminierung ist zulässig, sofern sie sich aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit und Gesundheit rechtfertigen lässt (Art. 5 Anhang I FZA). Im Falle einer indirekten Diskriminierung können darüber hinaus *objektive Rechtfertigungsgründe* geltend gemacht werden.[247] Die h.L. geht von einer unmittelbaren Drittwirkung des Diskriminierungsverbotes nach FZA unter Privaten bzw. gegenüber privaten Arbeitgebern aus.[248] Der Gleichbehandlungsanspruch ist umfassend in seinem sachlichen Anwendungsbereich:[249] Er betrifft neben den vertraglich vereinbarten Diskriminie-

---

243 Portmann/Stöckli, N 244.

244 Zum Begriff «Grenzgänger»: Brändli/Stengel, S. 339 f.

245 Bei einer vertraglich vereinbarten Schlechterstellung eines Grenzgängers eines Drittstaates geht indes die Vertragsfreiheit vor (Pärli, Jusletter 2015, N 78).

246 BGer 4A_593/2009, E. 1.4; BGE 131 V 209, E. 6; 130 I 26, E. 3.2 m.w.H. Eine indirekte Diskriminierung liegt z.B. vor, wenn eine strittige Massnahme an den Wohnsitz der Arbeitnehmer im Ausland knüpft (dazu auch unten § 4/IV/4/b).

247 Tobler, FS Stöckli, S. 669; vgl. dazu auch Stöckli, ARV, N 58 ff. und unten § 4/IV/4/b.

248 So z.B. Gremper, S. 76; Pärli, Vertragsfreiheit, N 982 ff.; Stöckli, ARV, N 60; Tobler, Bindungswirkung, S. 194 ff.; Vischer/Müller, § 10 N 33; gl.M. KGer BL, JAR 2013, S. 426; vgl. auch BGer 4A_230/2018, E. 2.5.3 mit Verweis auf die Lehre, wobei das Bundesgericht selbst im Entscheid die unmittelbare Drittwirkung von Art. 9 Abs. 1 Anhang I FZA explizit offenliess (dazu auch unten § 4/IV/4/b).

249 Pärli, Vertragsfreiheit, N 1504.

rungen auch diskriminierende Anstellungs- oder Kündigungsentscheide des Arbeitgebers sowie wohl auch das Weisungsrecht des Arbeitgebers.[250]

Einen zivilrechtlich durchsetzbaren Anspruch auf gleiche Lohn- und Arbeitsbedingungen für Ausländer ausserhalb der EU und EFTA für gleiche Arbeit enthält auch Art. 22 AuG.[251] Art. 2 EntsG garantiert die Einhaltung der minimalen Arbeits- und Lohnbedingungen.[252]

III. Anpassungsinstrumente

1. Einvernehmliche Vertragsanpassung

Wie jedes Vertragsverhältnis kann auch der unbefristete sowie befristete Arbeitsvertrag nachträglich *jederzeit* auf einen beliebigen Zeitpunkt hin einvernehmlich innerhalb der gesetzlichen Grenzen[253] angepasst werden.[254] Für das Zustandekommen solcher Anpassungen sind die allgemeinen Regeln des OR über den Vertragsschluss[255] massgeblich.[256]

---

250 Pärli, Vertragsfreiheit, N 1504 m.w.H.; vgl. auch Pärli, Jusletter 2019, N 26 («Das Verbot (FZA-)ausländische Arbeitnehmende aufgrund ihrer Staatsangehörigkeit direkt oder indirekt zu diskriminieren, gilt im ganzen Lebenszyklus eines Arbeitsverhältnisses»).

251 Zum Ganzen Pärli, Vertragsfreiheit, N 1505 f.

252 Dazu näher Pärli, Vertragsfreiheit, N 1507 f.

253 Dazu oben § 4/II.

254 Vgl. Brühwiler, Art. 320 N 10; Rudolph, Vertragsänderungen, S. 7.

255 Voraussetzung für das Zustandekommen des Arbeitsvertrages ist die übereinstimmende Willensäusserung nach den allgemeinen Regeln des OR (grundlegend Koller, OR AT, N 6.01 ff.), wobei sich gemäss Art. 2 Abs. 1 OR der Konsens auf alle objektiv und für den Vertragspartner erkennbar subjektiv wesentlichen Punkte zu beziehen hat. Beim Arbeitsvertrag objektiv wesentliche Punkte sind: Zurverfügungstellung von Arbeitszeit, Lohn, Eingliederung in eine fremde Arbeitsorganisation, privatrechtliches Dauerschuldverhältnis. Dabei muss weder der Lohn der Höhe nach noch die Arbeitszeit oder die Vertragsdauer festgelegt sein; einzig die Grundsätze der Entgeltlichkeit und der Zurverfügungstellung von Arbeitszeit haben festzustehen (Streiff/von Kaenel/Rudolph, Art. 320 N 2).

256 Vgl. Brühwiler, Art. 320 N 7; Stöckli, ArbR 2007, S. 192.

a) Zulässigkeit und Form

Will der Arbeitgeber den Arbeitsvertrag anpassen, stellt er dem Arbeitnehmer in der Regel einen entsprechenden *Antrag* (auch: *Offerte* oder *Angebot*).[257] Mit dem Antrag erklärt der Arbeitgeber verbindlich seinen Geschäftswillen, einen Vertrag mit bestimmtem Inhalt abzuschliessen.[258] Dem Arbeitnehmer steht es frei, den Antrag anzunehmen oder abzulehnen.[259] Erklärt er wirksam (namentlich rechtzeitig)[260] die *Annahme* (auch: *Akzept*), besteht der Arbeitsvertrag zu den neuen Arbeitsbedingungen ab dem vereinbarten Zeitpunkt[261] fort. Lehnt der Arbeitnehmer die Vertragsänderung ab, läuft der Arbeitsvertrag wie gewohnt weiter.

Für den Arbeitsvertrag als solchen besteht *Formfreiheit,* soweit das Gesetz nichts anderes bestimmt (Art. 320 Abs. 1 OR).[262] Dagegen bedürfen zahlreiche Einzelabreden im Interesse der Rechtssicherheit und zum Schutz des Arbeitnehmers zu ihrer Gültigkeit der *Schriftform*.[263] Eine gewisse Relativierung des Grundsatzes der Formfreiheit ergibt sich ferner aus Art. 330b OR, wonach bei einem auf unbestimmte Zeit oder für mehr als einen Monat eingegangenem Arbeitsverhältnis der Arbeitgeber den Arbeitnehmer spätestens einen Monat nach Beginn des Arbeitsverhältnisses schriftlich über die Namen der Vertragsparteien, das Datum des

---

257 Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger, N 361.

258 Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger, N 363. Der Geschäftswille besteht im (endgültigen und aktuellen) Willensentschluss des Erklärenden, ein Rechtsverhältnis in bestimmter Weise zu gestalten (Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger, N 171). Das Bundesgericht bezeichnet dies als «Rechtsfolgewillen» (BGE 132 III 609, E. 5.2).

259 Die Vertragsfreiheit umfasst auch die Freiheit, einen bestehenden Vertrag nicht ändern zu wollen (Pärli, Jusletter 2015, N 10; Witzig, S. 154).

260 Dazu unten § 4/III/1/c.

261 Dazu unten § 4/III/1/d.

262 BK OR-Rehbinder/Stöckli, Art. 320 N 13; BSK OR I-Portmann/Rudolph, Art. 320 N 32. Ausnahmsweise der Schriftform bedarf der Lehrvertrag (Art. 344a Abs. 1 OR) und der Heuervertrag der Seeleute (Art. 69 Abs. 2 SSG). Beim Handelsreisendenvertrag ist Schriftlichkeit zwar vorgesehen, aber nicht Gültigkeitsvoraussetzung (vgl. Art. 347a Abs. 1 OR; BK OR-Rehbinder/Stöckli, Art. 320 N 14).

263 BSK OR I-Portmann/Rudolph, Art. 320 N 33. Schriftform verlangen z.B. Art. 321c Abs. 3 OR (Überstundenvergütung); Art. 322b Abs. 2 OR (Provisionsanspruch pro rata); Art. 323 Abs. 2 OR (Zahlungsfrist der Provision); Art. 324a Abs. 4 OR (Lohn bei Krankheit oder Unfall), Art. 327a Abs. 2 OR (Taggeld oder pauschale Auslagenvergütung); Art. 335b Abs. 2 OR (Probezeit); Art. 335c Abs. 2 OR (Änderung der Kündigungsfrist); Art. 339 Abs. 2 OR (Fälligkeit Provisionsforderungen); Art. 340 Abs. 1 OR (Konkurrenzverbot); Art. 340b Abs. 3 OR (Realerfüllung des Konkurrenzverbots).

Beginns des Arbeitsverhältnisses, die Funktion des Arbeitnehmers, den Lohn und allfällige Lohnzuschläge sowie die wöchentliche Arbeitszeit informieren muss. An der Formfreiheit des Arbeitsvertrages an sich ändert dies aber nichts; auch bei Verletzung dieser Informationspflicht behält der Arbeitsvertrag seine Gültigkeit.[264] Den Parteien steht es aber frei, die Einhaltung einer bestimmten Form als Gültigkeitserfordernis zu vereinbaren (Art. 16 OR, *gewillkürte Formvorschrift*).[265] Diese kann jederzeit wieder formfrei aufgehoben werden.[266] Aus der allgemeinen Gültigkeit des formlosen Vertragsschlusses folgt, dass auch die *nachträgliche Anpassung des Arbeitsvertrages* formlos erfolgen kann.[267] Ob ein für den Abschluss vereinbarter Formvorbehalt auch künftige Vertragsänderungen umfasst, ist Auslegungsfrage. Zu vermuten ist das nicht.[268]

Vor diesem Hintergrund ist der Änderungsantrag des Arbeitgebers an keine bestimmte Form gebunden.[269] Der Arbeitgeber kann seine Offerte *ausdrücklich* (mündliche, schriftliche oder teilweise schriftliche Erklärung) oder *stillschweigend* (Art. 1 Abs. 2 OR) erklären.[270] Ein stillschweigend erklärter Antrag ist z.B. die *Realofferte.* Dabei handelt es sich um eine Erklärung durch konkludentes Verhalten, wobei der Antragsteller den Antrag (nur oder auch) dadurch erklärt, dass er seine Vertragsleistung erbringt. Nicht erforderlich ist, dass der stillschweigende Antrag den Willen zum Vertragsabschluss «klar» zum Ausdruck bringt; es genügt, *dass* dieser Wille zum Ausdruck kommt.[271] Gleichermassen kann der Arbeitnehmer seine Annahme grundsätzlich formfrei[272] (*ausdrücklich* [mündliche, schrift-

---

264 BK OR-Rehbinder/Stöckli, Art. 320 N 13.

265 Grundlegend dazu Koller, OR AT, N 12.152 ff.

266 Grundlegend dazu Koller, OR AT, N 12.163 ff. Dies ist etwa dann zu vermuten, wenn sich die Parteien über den Formvorbehalt wiederholt hinwegsetzen (vgl. BGE 105 II 75, E. 1; 123 III 70, E. 3d; 125 III 263, E. 4c). In BGer 4A_443/2010 wurde ein stillschweigender Verzicht auf den Formvorbehalt bejaht, indem der Arbeitnehmer trotz Nichteinhaltung der vereinbarten Schriftform einen geringeren Lohn über sechs Monate widerspruchslos entgegengenommen hatte; ähnlich BGer 4A_223/2010; anders BGer 4A_404/2014, wonach eine Anpassung nur stillschweigend erfolgen könne, wenn der ursprüngliche Arbeitsvertrag nicht die Schriftform vorbehalten habe.

267 Geiser/Müller/Pärli, N 273; Streiff/von Kaenel/Rudolph, Art. 320 N 4.

268 Koller, OR AT, N 12.161 m.w.H.

269 Vgl. Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger, N 382 ff.

270 Vgl. Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger, N 382.

271 Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger, N 384.

272 Der Antrag kann auch eine bestimmte Form für die Annahme vorschreiben (Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger, N 439, 449).

liche oder teilweise schriftliche Erklärung] oder *stillschweigend* [Art. 1 Abs. 2 OR]) erklären. Eine stillschweigende Annahmeerklärung ist z.B. das *Realakzept,* d.h. eine Erklärung durch konkludentes Verhalten: Der Arbeitnehmer erklärt seine Annahme, indem er eine der Offerte entsprechende Erfüllungshandlung vornimmt.[273]

Aus Beweisgründen sollten Änderungen des Arbeitsvertrages jedoch stets schriftlich fixiert werden. Dazu muss nicht ein vollständig neuer Arbeitsvertrag ausgefertigt werden. Es genügt, die Vertragsänderung in einer Zusatzvereinbarung festzuhalten und gleichzeitig auf den weiter gültigen bisherigen Arbeitsvertrag hinzuweisen. Dabei ist präzise festzuhalten, ob eine Bestimmung des bisherigen Arbeitsvertrages durch die neue Regelung vollständig ersetzt oder nur ergänzt wird. Auch klar zu bezeichnen ist der Zeitpunkt, ab wann die Vertragsanpassung in Kraft tritt.[274] Ferner zu beachten ist, dass die tatsächlich zeichnungsberechtigten Parteien die Vertragsänderung unterschreiben.[275]

b) Im Besonderen: Stillschweigende Annahme

Blosses Schweigen, d.h. schlichtes Untätigbleiben, auf einen Antrag bedeutet in der Regel keine Annahme.[276] Den Arbeitnehmer trifft keine Antwortpflicht: Er muss die offerierte Vertragsänderung, die er nicht annehmen will, nicht ablehnen.[277] Dies gilt auch dann, wenn der Offerent in seinem Antrag zum Ausdruck gebracht hat, er werte das Schweigen des Antragsempfängers als Annahme.[278] Nur im Ausnahmefall gilt Schweigen als Annahme:

Möglich ist dies, wenn die Parteien im Rahmen ihrer Vorverhandlungen oder in einem Rahmenvertrag vereinbart haben, dass das Schweigen als Annahme zu qualifizieren ist, oder wenn sich Entsprechendes aus einer laufenden Geschäftsbeziehung oder den Gepflogenheiten zwischen den Parteien ergibt.[279]

---

273 Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger, N 445 ff.

274 Dazu unten § 4/III/1/d.

275 Rudolph, Vertragsänderungen, S. 13.

276 BGE 123 III 53, E. 5a; Koller, OR AT, N 7.92.

277 Vgl. Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger, N 451.

278 Schwenzer, N 28.33; vgl. Koller, OR AT, N 7.94.

279 Schwenzer, N 28.35; vgl. Koller, OR AT, N 7.93 f.

Eine wichtige Ausnahme enthält sodann das Gesetz in *Art. 6 OR*:[280] «Ist wegen der besonderen Natur des Geschäftes oder nach den Umständen eine ausdrückliche Annahme nicht zu erwarten, so gilt der Vertrag als abgeschlossen, wenn der Antrag nicht binnen angemessener Frist abgelehnt wird».[281] Die gesetzliche Wendung «Ist wegen der besonderen Natur des Geschäfts [. . .] *eine ausdrückliche Annahme nicht zu erwarten*» ist derweil missverständlich. Denn gemeint ist: «Ist wegen der besonderen Natur des Geschäftes [. . .] *eine Ablehnung nicht zu erwarten*». Mit anderen Worten bedeutet Art. 6 OR, dass ein Antrag, mit dessen Ablehnung der Antragsteller unter den gegebenen Umständen nicht rechnen muss, als angenommen gilt, wenn nicht wider Erwarten die Ablehnung – innert angemessener Frist – erklärt wird (Vertragsfiktion).[282] Mit der in Art. 6 OR vorausgesetzten *«besonderen Natur des Geschäftes»* ist der «besondere» Inhalt des beantragten Vertrages gemeint.[283] Dies gilt für Anträge, die für den Empfänger *nur vorteilhaft* sind,[284] wie z.B. eine offerierte Lohnerhöhung.[285] Dabei kann eine Aufrechnung von Vorteilen im Rahmen eines «Gesamtpakets» nicht angehen[286]: Die Annahme von Art. 6 OR betrifft nur die beantragten Vorteile.[287] Als «andere Umstände» in Betracht kommt

---

280 Teilweise enthält das Gesetz für einzelne Vertragstypen Sonderregeln, wonach Schweigen als Annahme gelte (so z.B. in Art. 2 Abs. 1 VVG, vgl. Koller, OR AT, N 7.96 f.; Schwenzer, N 28.36).

281 Ein Teil der Lehre und Rechtsprechung sehen Art. 6 OR als Anwendungsfall des Vertrauensprinzips (BGer 4C.378/2004, E. 2.2; 4C.437/2006, E. 2.3.1; BK OR-Müller, Art. 6 N 10; BSK OR I-Zellweger-Gutknecht/Bucher, Art. 6 N 1; Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger, N 455; a.M. Koller, OR AT, N 7.100).

282 Koller, OR AT, N 7.98, 7.106.

283 Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger, N 456.

284 BGer 4A_131/2015, E. 2.1; 4A_216/2013; 4A_443/2010, E. 10.1.4; 4C.242/2005, E. 4.3; vgl. auch Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger, N 456; Koller, OR AT, N 7.103.

285 Streiff/von Kaenel/Rudolph, Art. 320 N 4; Rudolph, Vertragsänderungen, S. 10; vgl. auch BGer 4A_23/2007, E. 4.3; AGer Locarno, SAE 2010, S. 10 ff. Nach Lehre und Rechtsprechung stellt z.B. auch eine dreimalige, ununterbrochene und vorbehaltlose Zahlung einer Gratifikation eine stillschweigende vertragliche Abmachung dar und führt zu einem Anspruch des Arbeitnehmers auf zukünftige Gratifikationsleistung (BGE 129 III 278; BK OR-Rehbinder/Stöckli, Art. 322d N 6; BSK OR I-Portmann/Rudolph, Art. 322d N 10 und 22 [a.M. noch Portmann, ArbR, S. 63 ff., wonach dafür der Bindungswille des Arbeitgebers in der Regel fehle]; Streiff/von Kaenel/Rudolph, Art. 322d N 4; ZK-Staehelin, Art. 322d N 9).

286 Cramer, FS Stöckli, S. 146.

287 Schwenzer, N 28.38 mit Hinweis auf BGE 124 III 67, E. 3a.

etwa eine längere Vertragsverhandlung, die derart weit fortgeschritten ist, dass der Arbeitgeber das Schweigen des Arbeitnehmers auf das abschlussreife und nach Treu und Glauben als konsensfähig erachtetes Angebot als Zustimmung werten darf.[288] Die Beweislast für das Vorliegen der Voraussetzung nach Art. 6 OR trägt jene Partei, die trotz Ausbleiben einer expliziten Annahmeerklärung das Zustandekommen eines Vertrages behauptet.[289]

c) Annahmefrist

Nach Art. 3 OR kann der Antragsteller seinen Antrag (ausdrücklich oder stillschweigend) mit einer Frist versehen, innert derer das Angebot angenommen werden muss. Der Antragsteller ist bei der Bemessung der Frist frei;[290] auch eine unvernünftig kurze Frist begrenzt die Dauer der Bindung.[291] Der Antragsteller ist grundsätzlich nicht gehalten, dem Empfänger eine gewisse minimale Bedenkfrist einzuräumen.[292] Im Zusammenhang mit dem Abschluss eines Aufhebungsvertrages hat das Bundesgericht dagegen dessen Wirksamkeit verschiedentlich von der vorgängigen Einräumung einer Bedenkfrist zu Gunsten des Arbeitnehmers abhängig gemacht.[293] Rudolph schliesst nicht aus, dass die Gerichte inskünftig auch bei Vorlage einer Vertragsänderung eine angemessene Überlegungsfrist verlangen.[294]

Hat der Antragsteller keine Frist gesetzt, bestimmt sich die Bindungsdauer nach der gesetzlichen Annahmefrist in Art. 4 OR (Antrag unter Anwesenden) und Art. 5 OR (Antrag unter Abwesenden).[295] Unter Anwesenden besteht eine minimale Bindungsfrist: Der Empfänger muss den Antrag «sogleich» – d.h. innerhalb knapper Reaktionszeit[296] – annehmen, ansonsten ist der Antragsteller nicht weiter gebun-

---

288 Vgl. Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger, N 457 m.w.H.

289 BSK OR I-Zellweger-Gutknecht/Bucher, Art. 6 N 6.

290 BGer 4A_649/2011, E. 3.2.3.

291 Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger, N 399.

292 Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger, N 399.

293 Dazu unten § 5/III/2/a.

294 Rudolph, Vertragsänderungen, S. 13 f.

295 Unterscheidungskriterium zwischen einem Antrag unter Anwesenden und Abwesenden ist, ob die Parteien in direkter Kommunikation stehen, also die Möglichkeit zu Rede und Gegenrede haben, oder nicht. Ein Antrag unter Anwesenden kann damit auch bei telefonischem Kontakt vorliegen (Koller, OR AT, N 7.38).

296 Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger, N 407.

den.[297] Beim Antrag unter Abwesenden (Art. 5 OR), «[. . .] bleibt der Antragsteller bis zu dem Zeitpunkt gebunden, wo er den Eingang der Antwort bei ihrer ordnungsmässigen und rechtzeitigen Absendung erwarten darf» (Abs. 1), wobei er voraussetzen darf «[. . .], dass sein Antrag rechtzeitig angekommen sei» (Abs. 2). Die Annahmefrist nach Art. 5 OR besteht somit aus drei Elementen: (1.) die Normalzeit, welche die Übermittlung des Antrags in der gewählten Übermittlungsart (z.B. A-Post, Einschreiben) benötigt; (2.) eine angemessene Überlegungsfrist (Deliberationsfrist), deren Dauer von den konkreten Umständen des Einzelfalles abhängt; und (3.) die Normalzeit, welche die Übermittlung der «ordnungsmässig» – d.h. mit Sorgfalt (richtig frankiert und adressiert) und einem mindestens gleich schnell spedierten Transportmittel wie der Antrag – abgesandten Antwort bedarf.[298]

Zu den für die *Festlegung der Deliberationsfrist* konkreten Umständen gehören namentlich der Zeitbedarf für die Ermittlung der für den Entscheid relevanten Fakten und für die Beibringung der Informationen sowie die Bedeutung des Geschäfts für den Offertenempfänger. Zu beachten ist weiter das Interesse des Offertenstellers an der Raschheit der Entscheidung. Auch können die objektive Komplexität des Geschäftes und die allfällige bisherige Übung zwischen Parteien eine Rolle spielen.[299] Die dem Arbeitnehmer im Sanierungsfall offerierten Änderungen dürften meist nicht besonders komplex sein. Auch werden regelmässig die entscheidrelevanten Fakten und Informationen schnell verfügbar sein. Je nach Inhalt der angebotenen Vertragsänderung wird die Bedeutung der Vertragsanpassung indessen unterschiedlich ausfallen. So stellt z.B. eine örtliche Versetzung einen schwerwiegenden Einschnitt dar, der naturgemäss eine längere Überlegungszeit benötigt als z.B. eine minimale Verlängerung der Arbeitszeit. In Sanierungsfällen wird der Arbeitgeber demgegenüber meist eine möglichst rasche Antwort benötigen, um Gewissheit über die Umsetzung der geplanten Sanierungsmassnahme zu erhalten.

d) Zeitpunkt der Wirksamkeit der Vertragsanpassung: kurzfristige Vertragsanpassung

Von der Annahmefrist zu unterscheiden ist der Zeitpunkt, ab dem die vereinbarte Vertragsanpassung in Kraft treten soll. Die Parteien des Arbeitsvertrages können den Zeitpunkt der Wirksamkeit der Vertragsanpassung frei wählen. Die gesetzliche

---

297 KOLLER, OR AT, N 7.34; zu den Sonderfällen: GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, N 408.

298 GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, N 411; KOLLER, OR AT, N 7.37.

299 Vgl. zum Ganzen BSK OR I-ZELLWEGER-GUTKNECHT/BUCHER, Art. 6 N 10 ff.

Mindestkündigungsfrist ist weder bei Vertragsanpassungen zugunsten noch zulasten des Arbeitnehmers einzuhalten.[300] Das Bundesgericht hat dies im Falle von einvernehmlichen Lohnreduktionen wiederholt bestätigt.[301] Damit kann eine Vertragsverschlechterung – vorbehalten einer anderweitigen vertraglichen Vereinbarung im Arbeitsvertrag[302] oder in einem GAV – unverzüglich in Kraft treten. Dies ist für sanierungsbedürftige Unternehmen insofern positiv, da so die im Rahmen der Vertragsänderungen eingeführten Sanierungsmassnahmen sofort Wirkung entfalten können. Nimmt ein Arbeitnehmer allerdings eine Vertragsanpassung, die sofort wirksam werden soll, nicht an und kündigt ihm der Arbeitgeber daraufhin, qualifiziert das Bundesgericht die Kündigung als missbräuchlich (Rachekündigung, Art. 336 Abs. 1 lit. c OR).[303]

2. Änderungskündigung

a) Begriff und Zulässigkeit

Die Änderungskündigung ist die zeitlich und funktional definierte Kombination einer Änderungsofferte und einer Kündigung, durch welche der Arbeitgeber unter Druckausübung eine einvernehmliche Anpassung der Arbeitsbedingungen anstrebt und im Falle einer Ablehnung der Vertragsänderung durch den Arbeitnehmer das Arbeitsverhältnis durch Kündigung auflöst.[304] Charakteristisch für die Änderungskündigung ist, dass der Arbeitgeber primär nicht die Beendigung, sondern die Umgestaltung des Arbeitsverhältnisses beabsichtigt. Keineswegs möchte er

---

300 Rudolph, Vertragsänderungen, S. 10; ebenso Geiser, AJP 1999, S. 66 f.; Pärli, Jusletter 2015, N 36, 50; Streiff/von Kaenel/Rudolph, Art. 341 N 5 (betreffend Lohnkürzungen); a.M. Brunner/Bühler/Waeber/Bruchez, Art. 320 N 11; CR-Aubert, Art. 341 N 5 und Polcan/Stengel, S. 38, wonach Vertragsverschlechterungen erst nach Ablauf der gesetzlichen oder vertraglichen Kündigungsfrist rechtswirksam werden.

301 BGer 4A_509/2008, E. 5.1; 4C.426/2005, E. 5.2 m.w.H.; 4C.242/2005, E. 4.2; vgl. ferner das AGer ZH, Entscheidsammlung 2005, Nr. 3, wonach nicht nur eine sofort wirksame einvernehmliche Lohnreduktion, sondern auch eine fast ein Jahr rückwirkende Lohnreduktion als zulässig qualifiziert wurde. Anders noch BGE 102 Ia 417, in dem ein Lohnanspruch während der gesetzlichen Minimalkündigungsfrist als unverzichtbar deklariert wurde; ebenso KGer, SG JAR 1996, S. 177.

302 Vgl. Pärli, Jusletter 2015, N 35.

303 BGE 123 III 246; vgl. auch KGer BL, JAR 2013, S. 422 ff.; dazu unten § 4/III/2/f/bb.

304 Kamber, N 30.

aber die Fortführung des Arbeitsverhältnisses zu den bisherigen Bedingungen.[305] Gesetzlich ist die Änderungskündigung nicht normiert.[306] Lehre und Rechtsprechung erachten die Änderungskündigung im Grundsatz als zulässig.[307/308] Ein Arbeitgeber darf grundsätzlich mit dem durch die Kündigung erzeugten Druck eine Anpassung des Arbeitsvertrages an veränderte wirtschaftliche und betriebliche Bedürfnisse erwirken.[309] Selbstverständlich haben die offerierten Vertragsanpassungen den üblichen inhaltlichen Schranken zu genügen.[310]

Für die Änderungskündigung gelten dieselben Grundsätze wie für gewöhnliche Kündigungen. Es handelt sich um eine empfangsbedürftige, rechtsgeschäftliche Willenserklärung. Dass sie mehr oder weniger eng mit einer neuen Vertragsofferte verbunden wird, ändert daran nichts. Auch diese stellt eine empfangsbedürftige, rechtsgeschäftliche Willenserklärung dar.[311]

---

305 GEISER, AJP 1999, S. 61 («klare Hierarchie der Präferenzen der kündigenden Partei»).

306 ZK-STAEHELIN, Art. 335 N 6. Anders im deutschen Recht, § 2 KSchG, Änderungskündigung: «Kündigt der Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis und bietet er dem Arbeitnehmer im Zusammenhang mit der Kündigung die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses zu geänderten Arbeitsbedingungen an, so kann der Arbeitnehmer dieses Angebot unter dem Vorbehalt annehmen, dass die Änderung der Arbeitsbedingungen nicht sozial ungerechtfertigt ist (§ 2 Abs. 2 Satz 1 bis 3, Abs. 3 Satz 1 und 2 KSchG). Diesen Vorbehalt muss der Arbeitnehmer dem Arbeitgeber innerhalb der Kündigungsfrist, spätestens jedoch innerhalb von drei Wochen nach Zugang der Kündigung erklären».

307 BGE 123 II 246, E. 3b (Das Bundesgericht weist die Auffassung der Vorinstanz, Änderungskündigungen wären per se missbräuchlich, entschieden zurück); 118 II 157; BK OR-REHBINDER/STÖCKLI, Art. 335 N 2; BRÜHWILER, Art. 335 N 2b); GEISER, AJP 1999, S. 63; WYLER/HEINZER, S. 502.

308 Die Kündigung ist als Gestaltungsrecht grundsätzlich bedingungsfeindlich, denn für die Gegenpartei muss Rechtssicherheit darüber bestehen, ob das Vertragsverhältnis nun aufgelöst ist oder nicht (GEISER, AJP 1999, S. 63). Eine unzumutbare Unsicherheit besteht nach h.L. aber dann nicht, wenn die Gültigkeit der Kündigung einzig vom Willen des gekündigten Arbeitnehmers abhängt (sog. Potestativbedingung). Eine Änderungskündigung ist daher zulässig, da sie nur für den Kündigenden eine Unsicherheit schafft (GEISER, AJP 1999, S. 63).

309 WILDHABER, Jusletter, N 14 mit Hinweisen auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung.

310 Dazu oben § 4/II.

311 GEISER, AJP 1999, S. 62 f.

b) Erscheinungsformen

Es bestehen zwei Formen der Änderungskündigung:[312] die eigentliche (Änderungskündigung i.e.S.) und die uneigentliche Änderungskündigung (Änderungskündigung i.w.S.).[313]

Die *eigentliche Änderungskündigung* verknüpft die Änderungsofferte direkt mit der Kündigung. Der Arbeitnehmer wird dabei vor die Wahl gestellt, ob er den neuen Arbeitsvertrag akzeptieren oder die Beendigung des Arbeitsvertrages will.[314] Die Verknüpfung kann entweder durch eine *bedingte* oder *unbedingte Kündigung* mit neuer Vertragsofferte erfolgen.[315] Bei der bedingten Kündigung erklärt der Arbeitgeber, dass die Kündigung nur dann gelten soll, wenn der Arbeitnehmer der offerierten Vertragsanpassung nicht zustimmt.[316] Die unbedingte Kündigung verbindet die Kündigung mit einer Offerte zu einem neuen Vertragsabschluss mit geänderten Bedingungen.[317] Nimmt der Arbeitnehmer diese an, gilt der Arbeitsvertrag zu den neuen Bedingungen. Dabei wird kein neues Arbeitsverhältnis begründet, sondern das alte wird auf neuer vertraglicher Grundlage weitergeführt.[318] Lehnt der Arbeitnehmer die Offerte ab, endet das Arbeitsverhältnis unter den bisherigen Bedingungen mit Ablauf der Kündigungsfrist.[319]

---

312 Ausführlich dazu und mit weiteren Differenzierungen KAMBER, N 89 ff.

313 Nachfolgend fällt unter den Oberbegriff der «Änderungskündigung» die eigentliche sowie die uneigentliche Änderungskündigung.

314 GEISER, AJP 1999, S. 61.

315 Vgl. GEISER, AJP 1999, S. 61; ZK-STAEHELIN, Art. 335 N 6 f.

316 GEISER, AJP 1999, S. 61. Die Kündigungsfrist beginnt dabei im Zeitpunkt des Aussprechens der bedingten Kündigung und nicht erst mit Eintritt der Bedingung (GEISER, AJP 1999, S. 64).

317 GEISER, AJP 1999, S. 61.

318 Dies ergibt sich aus dem Verbot von sog. Kettenverträgen (GEISER, AJP 1999, S. 61 FN 18 m.w.H.). Zum Zeitpunkt des Eintritts der neuen Vertragsbedingungen unten § 4/III/2/d.

319 GEISER, AJP 1999, S. 61. Wie bei jeder Kündigung ist auch bei der Änderungskündigung zwischen der ordentlichen und der fristlosen zu unterscheiden (GEISER, AJP 1999, S. 61 f.). Letztere liegt vor, wenn nach dem Willen der kündigenden Partei das Arbeitsverhältnis sofort beendet wird, falls die Gegenpartei die Offerte nicht annimmt (GEISER, AJP 1999, S. 62; WILDHABER, Jusletter, N 13). Die Sanierungsbedürftigkeit des Arbeitgebers stellt namentlich keinen wichtigen Grund für eine fristlose Änderungskündigung dar (Näher zur fristlosen Änderungskündigung KAMBER, N 500 ff.).

Bei der *uneigentlichen Änderungskündigung* legt der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer zuerst eine Offerte für einen Änderungsvertrag vor und kündigt erst *anschliessend,* falls die Gegenpartei die Offerte nicht annimmt.[320] Die Besonderheit liegt hier darin, dass zuerst nur mit einer Kündigung – ausdrücklich oder verhohlen – gedroht wird. Nimmt der Arbeitnehmer den offerierten Änderungsvertrag an, kommt es gar nie zu einer Kündigung und das Arbeitsverhältnis besteht zu neuen Bedingungen fort.[321] Lehnt der Arbeitnehmer die Offerte ab, läuft das Arbeitsverhältnis unter den bisherigen Bedingungen solange weiter, bis eine Kündigung erfolgt bzw. aufgrund der erfolgten Kündigung die Kündigungsfrist verstrichen ist.[322]

Bei der Abgrenzung der beiden Formen der Änderungskündigung handelt es sich oft um eine heikle Beweisfrage, ob die Kündigung für den Fall der Ablehnung der Änderungsofferte nur angedroht (uneigentliche Änderungskündigung) oder bereits ausgesprochen worden ist (eigentliche Änderungskündigung). Die an den Arbeitnehmer gerichtete Erklärung hat diesbezüglich daher klar und eindeutig formuliert zu sein. Für den Arbeitnehmer muss Klarheit darüber herrschen, ob das Arbeitsverhältnis bei der Nichtannahme der Änderungsofferte beendet ist oder nicht.[323] Fehlt es an dieser erforderlichen Klarheit, liegt keine gültige Kündigung vor.[324] Die Beweislast für eine gültig ausgesprochene Kündigung trägt die kündigende Partei (Art. 8 ZGB).[325]

c) Stillschweigen auf eine Änderungskündigung

Ob eine Annahme einer offerierten Vertragsanpassung durch blosses Schweigen vorliegt, bestimmt sich nach Art. 6 OR.[326] Von entscheidender Bedeutung ist dabei insbesondere die Beurteilung der Vorteilhaftigkeit des Änderungsantrags. Dabei kann nicht behauptet werden, dass eine Weiterführung des Arbeitsverhältnisses für den Arbeitnehmer per se vorteilhafter als eine Kündigung ist; insofern müssen dem Arbeitnehmer bessere Arbeitsbedingungen angeboten werden oder – bei einer nachteiligen Änderungsofferte – anderweitige besondere Umstände i.S.v. Art. 6

320 Geiser, AJP 1999, S. 61; Vischer/Müller, § 24 N 34.

321 Geiser, AJP 1999, S. 61.

322 Geiser, AJP 1999, S. 66.

323 Geiser, AJP 1999, S. 66.

324 Geiser, AJP 1999, S. 66.

325 ZK-Staehelin, Art. 335 N 27.

326 Zu Art. 6 OR oben § 4/III/1/b; vgl. auch Geiser, AJP 1999, S. 68.

OR vorliegen, damit das Stillschweigen des Arbeitnehmers als Annahme qualifiziert werden kann.[327] Fehlen solche, so kann das Schweigen auf die offerierte Fortführung des Arbeitsverhältnisses unter verschlechterten Arbeitsbedingungen als Ablehnung qualifiziert werden.[328] Damit wird das Arbeitsverhältnis grundsätzlich – unabhängig von der Erscheinungsform der Änderungskündigung – mit Ablauf der Kündigungsfrist aufgelöst.[329]

Führt der Arbeitnehmer das Arbeitsverhältnis dagegen *über das Ende der Kündigungsfrist* hinaus zu den offerierten und äusserlich erkennbar veränderten Arbeitsbedingungen – z.B. andere Arbeitszeiten, ein anderer Arbeitsort oder in einer anderen Funktion – weiter, liegt wohl eine Annahme im Sinne eines Realakzepts[330] vor und es ist ein neuer Arbeitsvertrag zu den offerierten Bedingungen zustande gekommen.[331] Schwieriger zu beurteilen ist der Fall, in welchem der Arbeitnehmer – ohne ausdrückliche Annahme oder Ablehnung der Vertragsofferte – über das Ende der Kündigungsfrist hinaus arbeitet, ohne dass sich die offerierten Vertragsänderungen äusserlich sofort manifestieren (z.B. bei einer beantragten Lohnkürzung). Zwar besteht zweifellos ein gültiger Arbeitsvertrag, aber ist näher zu prüfen, zu welchen Bedingungen dieser gilt. Da der Arbeitgeber mit der Kündigung unmissverständlich dargetan hat, dass er das Arbeitsverhältnis nur zu den geänderten Bedingungen oder sonst gar nicht weiterführen will, darf er m.E. in der Regel bei Weiterarbeit des Arbeitnehmers über die Kündigungsfrist hinaus davon ausgehen, dass dieser mit den geänderten Arbeitsbedingungen einverstanden ist.[332] Die fortgesetzte Erfüllung der Vertragspflichten bildet den besonderen Umstand, unter welchen das Schweigen als Akzept qualifiziert werden kann (vgl. Art. 6 OR).[333] Führen die Parteien umgekehrt das Arbeitsverhältnis über die Kündigungsfrist hinaus zu unveränderten Bedingungen fort, ist davon auszugehen, dass sie sich zur

---

327 Geiser, AJP 1999, S. 68; gl.M. Riemer-Kafka, S. 324.

328 Geiser, AJP 1999, S. 68; Kamber, N 342.

329 Kamber, N 342. Bei der uneigentlichen Änderungskündigung muss selbstverständlich noch gekündigt werden, falls das Schweigen des Arbeitnehmers nicht als Zustimmung gewertet werden kann; das Schweigen führt in keinem Fall zur Beendigung des Vertrages (vgl. Geiser, AJP 1999, S. 68).

330 Dazu oben § 4/III/1/a; vgl. auch: BSK OR I-Zellweger-Gutknecht/Bucher, Art. 6 N 13.

331 Im Ergebnis ebenso Joerin, S. 49; Kamber, N 343.

332 Vgl. auch Gloor, S. 262; Kamber, N 343 f.; Yenisey, S. 264; im Ergebnis wohl gl.M. Cramer, FS Stöckli, S. 135.

333 Kamber, N 343.

Fortführung des Arbeitsverhältnisses zu den alten, bereits bestehenden Arbeitsbedingungen geeinigt haben.[334]

d) Annahmefrist und Eintritt der Vertragsänderung

Betreffend die Annahmefrist gilt grundsätzlich dasselbe wie bei der einvernehmlichen Vertragsanpassung:[335] Der Arbeitgeber kann dem Arbeitnehmer nach Art. 3 OR eine Frist setzen, ansonsten bestimmt sich die Bindungsdauer nach der gesetzlichen Annahmefrist (Art. 4 OR für den Antrag unter Anwesenden und Art. 5 OR für den Antrag unter Abwesenden).[336] Für den Fall der fehlenden Fristansetzung ist bei der Bestimmung der Deliberationsfrist nach Art. 5 Abs. 1 OR dem Arbeitnehmer genügend Zeit einzuräumen, damit er die Folgen einer Ablehnung (Beendigung des Arbeitsverhältnisses) im Vergleich zu einer Weiterarbeit unter den offerierten Vertragsanpassungen gegeneinander abwägen kann.[337] Als Grundregel gilt deshalb: Je einschneidender und komplexer die offerierten Vertragsanpassungen sind, desto mehr Zeit ist dem Arbeitnehmer für seine Entscheidung einzuräumen.[338]

Nach einem Teil der Lehre und Rechtsprechung soll eine zu kurze Überlegungsfrist eine unzulässige Druckausübung darstellen und die Änderungskündigung damit missbräuchlich sein.[339] Dogmatisch lässt sich diese Ansicht mit der Fürsorge-

---

334 Joerin, S. 50; vgl. auch Kamber, N 345.

335 Vgl. oben § 4/III/1/d.

336 Vgl. auch Kamber, N 381.

337 Vgl. auch Kamber, N 387 ff. Geiser, AJP 1999, S. 69, und Joerin, S. 32, nehmen indes dort, wo der Arbeitgeber keine Annahmefrist setzt, an, dass der Arbeitnehmer vermutungsweise bis zum Ablauf der Kündigungsfrist Zeit hat, sich für eine Ablehnung oder Annahme zu entscheiden.

338 Vor dem Hintergrund, dass bei jeder Änderungskündigung für die Bemessung der Annahmefrist die potenzielle Vertragsbeendigungsfolge den am stärksten ins Gewicht fallenden Faktor darstellt, rechtfertigt sich nach Kamber, N 390, für die Festlegung einer angemessenen Annahmefrist eine generelle Faustregel zu entwickeln, wovon im Einzelfall abgewichen werden kann. Kamber, N 391, schlägt – in Anlehnung an § 2 des deutschen Kündigungsschutzgesetzes – eine Annahmefrist von 3 Wochen vor.

339 Geiser, AJP 1999, S. 68; Gloor, S. 261; vgl. auch CAPH, JAR 1993, S. 192 ff., wonach eine Bedenkfrist vom 19. 12. 1990 bis 13. 01. 1991 ausreichend war, während die ursprünglich angesetzte Bedenkfrist von sieben Tagen als missbräuchliche Druckausübung in Betracht gezogen worden wäre. Kamber, N 415 f., sieht in einer zu kurzen Annahmefrist ebenfalls ein missbräuchliches Verhalten, jedoch unter Berufung auf das Rechtsmissbrauchsverbot nach Art. 2 Abs. 2 ZGB. Damit werde der Vorwurf der Miss-

pflicht des Arbeitgebers nach Art. 328 OR begründen.[340] Wird ein Arbeitnehmer mit zu kurzer Fristansetzung unter Druck gesetzt, um eine für ihn und seine Lebensgestaltung einschneidende Entscheidung zu fällen, kann dies eine Verletzung dieser Fürsorgepflicht bedeuten. Voraussetzung ist immerhin, dass der Inhalt der vorgeschlagenen Änderung für den Arbeitnehmer eine gewisse Schwere aufweist. Bei kleineren Änderungsofferten kann hingegen von einem Arbeitnehmer eine rasche Entscheidung erwartet werden. Bei der Frage nach der notwendigen Länge der Überlegungsfrist sind jedoch stets auch – als Grenze der Fürsorgepflicht[341] – die berechtigten Gegeninteressen des Arbeitgebers zu berücksichtigen. Gerade in Sanierungssituationen ist der Arbeitgeber meist auf eine rasche Entscheidung des Arbeitnehmers angewiesen.

Ab wann die veränderten Bedingungen bei Annahme einer Änderungskündigung gelten, bestimmt der Änderungsvertrag.[342] Änderungsvereinbarungen können grundsätzlich jederzeit auf jeden beliebigen Zeitpunkt, d.h. auch sofort, in Kraft treten; die Kündigungsfrist muss nicht gewahrt werden.[343] Damit ist zulässig, während einer laufenden Sperrfrist eine Vereinbarung über die Änderung der Vertragsbedingungen zu treffen.[344]

---

bräuchlichkeit von der Kündigungsfolge auf die Fristansetzung verschoben, was den Kern des verpönten Handelns – das Ansetzen einer zu kurzen Überlegungsfrist – präziser treffe. So fänden, ungeachtet einer zu kurz angesetzten Annahmefrist, die gesetzlichen Annahmefristen (Art. 4 f. OR) auf die Änderungsofferte Anwendung. Zum Missbrauchstatbestand bei Änderungskündigung unten § 4/III/2/f.

340 In jüngerer Zeit hat das Bundesgericht bei der Beurteilung von Missbrauchsfällen vermehrt auf die Fürsorgepflicht des Arbeitgebers – meist ging es dabei um Kündigungen im Umfeld von Konfliktsituationen am Arbeitsplatz – i.S.v. Art. 328 OR hingewiesen (vgl. dazu HUMBERT, S. 1480 ff.).

341 BK OR-REHBINDER/STÖCKLI, Art. 328 N 2; ZK-STAEHELIN, Art. 328 N 13.

342 GEISER, AJP 1999, S. 66, 69; KAMBER, N 577 f.

343 Vorsicht ist dennoch geboten, da eine Kündigung infolge Abweisung einer sofort eintretenden Vertragsänderung durch den Arbeitnehmer den Tatbestand der missbräuchlichen Kündigung erfüllen kann, dazu unten § 4/III/2/f/bb.

344 GEISER, AJP 1999, S. 63, 66, der sich auf die Rechtsprechung zum Aufhebungsvertrag beruft (BGE 118 II 60, vgl. dazu auch unten § 5/III), welche mutatis mutandis auch für die Änderung der Arbeitsverhältnisse zu gelten habe; KAMBER, N 577. Soweit vor Eintritt der Vertragsänderung ein Sperrfristtatbestand eintritt, bestimmt die vertragliche Übereinkunft, ob das Datum des Inkrafttretens der Vertragsanpassung entsprechend verzögert wird oder nicht. In der Regel ist wohl nicht davon auszugehen, dass eine entsprechende Verzögerung beabsichtigt ist (vgl. KAMBER, N 578).

e) Zeitlicher Kündigungsschutz

Der zeitliche Kündigungsschutz (Art. 336c OR) gilt auch für Änderungskündigungen.[345] Wird eine Änderungskündigung während einer Sperrfrist ausgesprochen, ist sie nichtig (vgl. Art. 336c Abs. 2 OR). Die Nichtigkeit betrifft grundsätzlich lediglich die Kündigung, nicht aber auch die Änderungsofferte.[346] Beginnt die Sperrfrist erst nach erfolgter Änderungskündigung, verlängert sich die Kündigungsfrist entsprechend.[347]

f) Sachlicher Kündigungsschutz

Ebenso unterliegen Änderungskündigungen dem sachlichen Kündigungsschutz (Art. 336 – 336b OR).[348] Die Missbrauchstatbestände im Zusammenhang mit Änderungskündigungen können vielseitig sein; der Katalog der Missbrauchsgründe in Art. 336 OR ist nicht abschliessend.[349] Eine missbräuchliche Änderungskündigung ist zwar gültig und beendet den Arbeitsvertrag auf den Zeitpunkt des Ablaufs der Kündigungsfrist, führt aber zu einer Entschädigungspflicht (Art. 336a OR).[350] Neben der Kündigung als Reaktion darauf, dass der Arbeitnehmer den Abschluss eines neuen Vertrages verweigert hat, der gegen zwingende Bestimmungen verstösst[351], können namentlich folgende Änderungskündigungen den Missbrauchstatbestand nach Art. 336 OR erfüllen:

aa) Missbrauchstatbestand gemäss Bundesgericht: BGE 123 III 246

Gemäss BGE 123 III 246 ist das zulässige Mass an Druck, welches mit einer Änderungskündigung erzeugt werden darf, überschritten, wenn damit eine für die Ge-

---

345 Geiser, AJP 1999, S. 63; Joerin, S. 129 ff.

346 Dazu soeben oben.

347 Geiser, AJP 1999, S. 63; Pärli, Jusletter 2015, N 64.

348 Grundlegend zum sachlichen Kündigungsschutz BSK OR I-Portmann/Rudolph, Art. 336 N 1 ff.

349 BGE 125 III 72; 123 III 251; 121 III 61. Der Vorwurf der Missbräuchlichkeit setzt indessen voraus, dass die geltend gemachten Gründe eine Schwere aufweisen, die mit jenen der in Art. 336 OR ausdrücklich aufgezählten vergleichbar ist (BGE 132 III 115, E. 2.1; 131 III 535, E. 4.2).

350 Geiser, AJP 1999, S. 68. Für eine Strafzahlung nach Art. 336a OR muss das Arbeitsverhältnis allerdings auch tatsächlich durch die Änderungskündigung beendet worden sein (BGE 121 III 65).

351 Art. 336 Abs. 1 lit. d OR; vgl. BSK OR I-Portmann/Rudolph, Art. 336 N 14.

genseite ungünstige Vertragsänderung herbeigeführt werden soll, «die sich sachlich nicht rechtfertigen lässt».[352] Dies liegt vor, wenn *(1)* es sich um eine *Verschlechterung für die Gegenpartei* handelt; *(2)* die Verschlechterung für diese *unbillig* ist und *(3)* für die Änderung des Arbeitsvertrages weder *betriebliche* noch *marktbedingte Gründe* vorliegen.[353]

In der Lehre stiess diese Rechtsprechung auf harsche Kritik.[354] Besonders kritisiert wurde der Umstand, dass sich das Gericht die Aufgabe zuweist, die Angemessenheit unternehmerischer Entscheide zu überprüfen.[355] Eine solche Komponente der Inhaltsprüfung kenne das Gesetz in dieser allgemeinen Weise bis anhin nur im Mietrecht betreffend Kündigungen (Art. 269 ff. OR).[356] Auch werde so die Kündigungsfreiheit massiv beeinträchtigt. Contra legem konstruiere das Bundesgericht anstelle der Kündigungsfreiheit (mit Missbrauchsbegrenzung) durch die Verknüpfung der Begriffe «ohne betriebliche Notwendigkeit» und «unbillige Verschlechterung» eine Rechtfertigungspflicht des Kündigenden.[357] Stattdessen müsse ein Arbeitgeber auch ohne marktbedingte oder betriebliche Notwendigkeit dem Arbeitnehmer zulässig kündigen können.[358] Geht man von der grundsätzlichen Zulässigkeit von Än-

---

352 BGE 123 III 246, E. 3b.

353 BGE 123 III 246, E. 3b; vgl. auch BGE 125 III 72; 118 II 165 f.; GSGer BS, JAR 2005, S. 331 ff., 337; ähnlich BGer 4A_194/2011, E. 6.1; 4C. 317/2006, E. 3.5.

354 Eine ausführliche Kritik findet sich bei Kamber, N 756 ff.; vgl. auch Dunand Jean-Philippe, Liberté de licenciement en droit suisse: la règle devient-elle l'exeption?, in: Anwaltsrevue/Revue de l'avocat 2006, S. 319 ff.; Stöckli, ArbR 2007, S. 205 («Die zusätzlichen Ausführungen zur Rechtfertigungspflicht hinsichtlich betrieblicher Notwendigkeit und Billigkeit wären eigentlich entbehrlich gewesen [...]. Nun wurde aber die Büchse der Pandora zumindest einen Spalt weit geöffnet. Mit BGE 123 III 246 wurde ein erhebliches Rechtsunsicherheitspotential geschaffen.»).

355 BSK OR I-Portmann/Rudolph, Art. 336 N 30b (mit Hinweis auf TC FR, JAR 1998, S. 194); Rudolph, Vertragsänderungen, S. 22 f.; Streiff/von Kaenel/Rudolph, Art. 336 N 4 m.w.H. (das Bundesgericht betrete mit diesem Missbrauchstatbestand «gefährliches Terrain»); Vischer/Müller, § 24 N 36; vgl. auch Humbert, S. 1473.

356 Geiser, AJP 1999, S. 64.

357 BK OR-Rehbinder/Stöckli, Art. 336 N 57; vgl. auch Vischer, AJP, S. 351, der von der Einführung – bar rechtlicher Grundlage – einer «Sozialadäquanz der Kündigung» spricht.

358 Vischer/Müller, § 24 N 36 («Grundsätzlich ist eine Kündigung seitens des Arbeitgebers auch ohne marktbedingte oder betriebliche Notwendigkeit zulässig und nicht a priori missbräuchlich»). Zu bedenken ist aber, dass die Kündigungsfreiheit damit nicht

derungskündigungen aus, so kann gemäss VISCHER/MÜLLER allein die Tatsache, dass eine Partei die Kündigung nur zur Durchsetzung einer günstigeren Vertragsregelung ausspricht, den Missbrauchstatbestand nicht erfüllen.[359] Ferner verleite diese Rechtsprechung den Arbeitgeber zur Vermeidung des Risikos von Entschädigungszahlungen wegen missbräuchlicher Kündigung dazu, unbedingte Kündigungen auszusprechen und anschliessend neue Arbeitnehmer zu anderen Arbeitsbedingungen anzustellen.[360] Somit werde der beabsichtigte Arbeitnehmerschutz ins Gegenteil verkehrt und die Arbeitnehmer verlören gleichzeitig ihre Wahlfreiheit bzw. die Möglichkeit, ihre Stelle zu behalten.[361]

Obwohl diese Kritik überzeugt,[362] wird man mit dieser bundesgerichtlichen Rechtsprechung wohl bis auf weiteres leben müssen.[363] Im Lichte dieser bundesgerichtlichen Rechtsprechung soll nachfolgend analysiert werden, unter welchen Voraussetzungen im Fall von Sanierungen die Zulässigkeit von Änderungskündigungen zu bejahen ist:[364]

Wird durch eine Änderungskündigung die gekündigte Partei *bessergestellt* oder ist die Änderung *als Ganzes*[365] *als gleichwertig* anzusehen, besteht kein missbräuchlicher Druck. Liegt eine Vertragsverschlechterung vor – was bei Änderungskündigungen im Sanierungsfall der Regelfall sein dürfte[366] – ist zu prüfen, ob diese für

---

gänzlich ausgehebelt wird, da eine missbräuchliche Kündigung gültig ist (vgl. GEISER, AJP 1998, S. 1030; ähnlich VISCHER, AJP, S. 351).

359 VISCHER/MÜLLER, § 24 N 36 mit Verweis auf BGE 123 III 246, E. 4.

360 BSK OR I-PORTMANN/RUDOLPH, Art. 336 N 30b.

361 BSK OR I-PORTMANN/RUDOLPH, Art. 336 N 30b; ähnlich BK OR-REHBINDER/STÖCKLI, Art. 336 N 57.

362 A.M. GLOOR, S. 258 f. (hält die Kritik für nicht angebracht).

363 Vgl. RUDOLPH, Vertragsänderungen, S. 23.

364 Das Bundesgericht hatte bis anhin kaum Gelegenheit, genau auszuleuchten, was unter diesen Voraussetzungen im Einzelnen zu verstehen ist. Die nachfolgenden Ausführungen stützen sich massgeblich auf die Lehre und kantonale Entscheide.

365 Sollen mehrere Arbeitsbedingungen angepasst werden, ist im Sinne einer Gesamtbetrachtung zu ermitteln, ob das angebotene Gesamtpaket für den Arbeitnehmer gesamthaft eine Verbesserung oder Verschlechterung darstellt (KAMBER, N 740 mit Hinweis auf GEISER, AJP 1999, S. 64).

366 Änderungskündigungen sind in der Regel ohnehin nur bei einer Verschlechterung der Arbeitsbedingungen notwendig; bei Verbesserungen stimmt ein Arbeitnehmer meist ohne den Druck der Kündigung bzw. deren Androhung der Vertragsänderung zu (KAMBER, N 739).

die gekündigte Partei *unbillig* ist.[367] Geringe Verschlechterungen gelten im Gegensatz zu qualifizierten Vertragsverschlechterungen im Allgemeinen nicht als unbillig.[368] Was im Einzelnen noch eine geringe Verschlechterung darstellt, ergibt sich zum einen aus der Differenz zum bisherigen Vertragsinhalt und zum anderen daraus, welche konkrete Bedeutung die Änderung für die gekündigte Partei hat.[369] Eine marginale Lohnsenkung bei geringem Einkommen kann daher bereits als unbillig gelten, wohingegen bei höheren Einkommen mehr Spielraum besteht.[370] Nicht unbillig dürfte ferner eine Änderung sein, wenn sie für die gekündigte Partei zwar erheblich ist, diese aber mit ihrem Verhalten dazu einen begründeten Anlass gegeben hat, z.B. bei einem erheblichen Leistungsabfall durch Krankheit oder aus anderen Gründen.[371]

Liegt eine unbillige Verschlechterung vor, ist als Nächstes zu prüfen, ob sie sich durch *betriebliche oder marktbedingte Gründe* rechtfertigen lässt. Als betriebliche Gründe zählen z.B. Umstrukturierungen des Betriebes oder Umstellungen und Einschränkungen der Produktion. Beispiele für marktbedingte Gründe sind Auftragsmangel, Nachfragerückgang oder allgemeine Veränderungen des Arbeitsmarktes, die eine Vertragsanpassung notwendig machen.[372] Die Anforderungen an die Rechtfertigungsgründe sollen gemäss kantonaler Rechtsprechung im Verhältnis zum Ausmass der Verschlechterung der Arbeitsbedingungen stehen: Je geringer die Vertragsänderung, desto geringer sind die Anforderungen an die Rechtfertigungsgründe.[373] Der Massstab der Gerichte hinsichtlich der Anerkennung dieser Rechtfertigungsgründe ist dabei kein strenger. Gemäss BGer 4C.282/2006 setze die Anrufung eines die Änderungskündigung rechtfertigenden wirtschaftlichen Motivs nicht voraus, dass die Existenz des Unternehmens gefährdet sei. Missbräuchlichkeit liege nur vor, wenn die Änderung der Arbeitsbedingung jeglicher

---

367 Geiser, AJP 1999, S. 64.

368 Kamber, N 742; vgl. auch BGE 123 III 246 E. 4/e, wonach es im konkreten Fall um den Umfang der durchzusetzenden Lohnreduktion angekommen wäre; GSGer BS, JAR 2005, S. 331 ff. (Veränderung des Grundlohnes um 5% als geringfügige Verschlechterung, jedoch prüfte das GSGer diesen Aspekt unter dem Erfordernis der Verschlechterung an sich).

369 Geiser, AJP 1999, S. 64; vgl. auch Kamber, N 745.

370 Pärli, Jusletter 2015, N 58; vgl. auch Kamber, N 745 unter Hinweis auf BGer 4C.282/2006, E. 4 und OGer ZH vom 30.11.2011, LA110026, E. V/2.2.

371 Vgl. BGE 123 III 254, E. 5; Geiser, AJP 1999, S. 64.

372 Geiser, AJP 1999, S. 64; Joerin, S. 98 f.

373 GSGer BS, JAR 2005, S. 331 ff.

wirtschaftlichen Rechtfertigung ermangle («une modification des conditions de travail dépourvues de toute justification économique»).[374] Die Cour d'appel des prud'hommes Genf entschied sodann, dass der Arbeitgeber nicht zuwarten muss, bis sich die befürchteten wirtschaftlichen Schwierigkeiten tatsächlich einstellen («il peut licencier à titre *préventif*»).[375]

Da an das Vorliegen von betrieblichen oder marktbedingten Gründen keine hohen Anforderungen gestellt werden – es muss namentlich keine existenzbedrohende Liquiditätskrise bestehen[376] –, sind die im Sanierungsfall offerierten Verschlechterungen der Arbeitsbedingungen in der Regel meist zu rechtfertigen.[377/378]

---

374 BGer 4C.282/2006, E. 4.4 (die damalige Vorinstanz musste eine Herabsetzung des Lohnes eines Arbeitnehmers im Bereich von 50% auf einen Jahreslohn zwischen CHF 180 000.00 bis 200 000.00 beurteilen. Sie erachtete die Lohnkürzung mangels offenkundiger wirtschaftlicher Gründe [«nécessité économique apparente»] als nicht erforderlich. Das Bundesgericht wies den Fall zur Sachverhaltsergänzung zurück an die Vorinstanz; vgl. auch OGer ZH vom 09.01.2014, LA130001).

375 CAPH, JAR 2011, S. 475, E. 2.3.4.4 mit Hinweis auf die Rechtsprechung.

376 Zu den Krisenstadien oben § 1.

377 So auch Cramer, FS Stöckli, S. 132. Nach Gabathuler, S. 32, liesse sich stets irgendeine wirtschaftlich motivierte Begründung finden, womit die Praxisrelevanz von BGE 123 III 246 im Ergebnis gleich null sein dürfte. Pärli, Jusletter 2015, N 59 ff., will die Änderungskündigung bzw. die bedingte Anpassung der Arbeitsbedingungen einer Verhältnismässigkeitsprüfung unterziehen. So sei z.B. eine Erhöhung der Arbeitszeit bzw. Senkung des Lohnes mit dem Argument der Frankenstärke zulässig, wenn die Massnahme geeignet ist, das angestrebte Ziel zu erreichen, die Wettbewerbsfähigkeit des Unternehmens zu erhalten, und so Arbeitsplätze zu sichern. Ferner müsse die Massnahme erforderlich sein, die angestrebten Ziele zu erreichen und im Sinne der dritten Stufe der Verhältnismässigkeitsprüfung ist zudem eine Abwägung zwischen dem unternehmerischen Interesse an der Vertragsverschlechterung und dem Arbeitnehmerinteresse am Status Quo vorzunehmen (Zumutbarkeitsprüfung). Unter dem Blickwinkel des Arbeitnehmerschutzes vermag dies durchaus zu überzeugen. Umgekehrt wird so wiederum in die Kündigungsfreiheit und die unternehmerische Freiheit des Arbeitgebers eingegriffen. Es ist nicht Sache des Gerichtes zu entscheiden, ob eine unternehmerische Entscheidung zum Zwecke der Unternehmenssanierung geeignet und erforderlich ist. Erscheint eine Massnahme bzw. Anpassung für den Arbeitnehmer unzumutbar, steht es diesem vielmehr frei, die Vertragsofferte nicht anzunehmen und das Arbeitsverhältnis zu beenden (gl.M. wohl Kamber, N 750).

378 Zu beachten ist aber AGer ZH, JAR 2012, S. 574 ff.: Einem 63-jährigen Arbeitnehmer, der seit 20 Jahren im Unternehmen tätig war, wurde gekündigt, nachdem er der offerierten Lohnreduktion von gut 10% nicht zugestimmt hatte, wobei diese auf eine unbestrittene Verschlechterung der Ertragslage des Arbeitgebers zurückzuführen war. Das Gericht wog die gegenüber älteren Arbeitnehmern bestehende gesteigerte Fürsor-

bb) Kurzfristige Vertragsverschlechterung

Das Bundesgericht qualifiziert Kündigungen, die der Arbeitgeber ausspricht, nachdem der Arbeitnehmer eine per sofort eintretende Vertragsverschlechterung abgelehnt hat (uneigentliche Änderungskündigung), als missbräuchlich bzw. Rachekündigung i.S.v. Art. 336 Abs. 1 lit. d OR.[379] Hintergrund ist der Gedanke, dass der Arbeitnehmer für seine berechtigte Weigerung, einer kurzfristigen Vertragsverschlechterung zuzustimmen, nicht mit einer Kündigung abgestraft werden soll.[380] Der Arbeitnehmer hat Anspruch darauf, dass seine Arbeitsbedingungen bis zum Ablauf der Kündigungsfrist unverändert bleiben.[381] Dasselbe muss wohl auch für die eigentliche Änderungskündigung gelten, d.h. wenn der Arbeitgeber die Kündigung mit einer offerierten Vertragsänderung verbindet, welche vor Ablauf der Kündigungsfrist wirksam werden soll.[382]

---

gepflicht gegen die betrieblichen Gründe für die Kündigung ab und kam zum Schluss, dass dem eminenten Interesse des Arbeitnehmers, dem es nur mit erheblichen Schwierigkeiten gelingen dürfte, eine andere Stelle zu finden, angesichts des *bescheidenen Sparpotentials* – das gesamte Einsparpotential lag bei rund CHF 48 000.00, kein hinreichend schützenswertes Interesse des Arbeitgebers gegenüberstehe und qualifizierte die Änderungskündigung als missbräuchlich. Cramer, FS Stöckli, S. 134, bemerkt zu Recht, dass dies den Anreiz setzt, radikalere Änderungskündigungen auszusprechen, um deren betrieblichen Nutzen leichter zu begründen. Keine Anwendung dürfte diese Rechtsprechung wohl finden, soweit es um betriebsweite Änderungskündigungen geht, von denen auch einige ältere Arbeitnehmer betroffen sind. Dagegen ist Vorsicht geboten, wenn bei Sanierungen kleinere Änderungen durchgesetzt werden sollen, die nur ältere Arbeitnehmer betreffen (z.B. Streichung von Dienstaltersgeschenken) und deren Sparpotential nicht massiv ist (vgl. Cramer, FS Stöckli, S. 134).

379 BGE 123 III 246, E. 4.

380 Rudolph, Vertragsänderungen, S. 15 f.; vgl. auch Kamber, N 703.

381 Streiff/von Kaenel/Rudolph, Art. 336 N 4 m.w.H.; vgl. auch Kamber, N 702 f.

382 Geiser, AJP 1999, S. 65; Kamber, N 703; Rudolph, Vertragsänderungen, S. 22 FN 63 (mit folgendem Beispiel: Der Arbeitgeber spricht im November 2009 folgende Änderungskündigung aus: «Ihr Arbeitsverhältnis wird hiermit unter Einhaltung der dreimonatigen Kündigungsfrist auf den 29. Februar 2010 gekündigt. Diese Kündigung gilt als nicht erfolgt, wenn Sie den beiliegenden neuen Arbeitsvertrag, mit welchem Sie Ihre Zustimmung zu einer Lohnkürzung von 10% ab 1. Januar 2010 erklären, bis spätestens 31. Dezember 2009 unterzeichnet retournieren»); Streiff/von Kaenel/Rudolph, Art. 336 N 4. Problematisch ist dies selbstverständlich nur, wenn der Arbeitnehmer die Offerte nicht annimmt und die Kündigung damit bestehen bleibt. Ist der Arbeitnehmer indes mit der kurzfristigen Vertragsänderung einverstanden, kann diese ohne Einhaltung der Kündigungsfrist sofort eintreten (dazu oben § 4/III/2/d).

Diese Rechtsprechung ist m.E. für den Sanierungsfall zu apodiktisch.[383] Sie beraubt sanierungsbedürftige Unternehmen faktisch der Möglichkeit, den Arbeitnehmern teilweise überlebensnotwendige, sofort eintretende Vertragsanpassungen anzubieten.[384] Lehnt der Grossteil der Arbeitnehmer nämlich die angebotenen Anpassungen ab, müsste das Unternehmen die notwendigen Einsparungen von Personalkosten auf dem Weg von Entlassungen zu erzielen suchen. Da solche Kündigungen im Streitfall im Lichte der vorgenannten Gerichtspraxis als rechtsmissbräuchlich beurteilt würden, verbietet sich dem Arbeitgeber wegen den drohenden Strafzahlungen von bis zu sechs Monaten (vgl. Art. 336a OR) faktisch eine solche Vorgehensweise. Vor diesem Hintergrund ist es für den Arbeitgeber «billiger» und einfacher, direkt einem Teil der Belegschaft zu kündigen und allenfalls neue Arbeitnehmer zu den angepassten Vertragsbedingungen anzustellen. Ob dies im Interesse der Arbeitnehmer ist, ist äusserst fraglich. Entscheidet sich der Arbeitgeber dennoch dazu, in einem ersten Schritt solche Vertragsanpassungen anzubieten, kann diese Rechtsprechung zu einem ungerechten Ergebnis für jene Arbeitnehmer führen, die diesen kurzfristigen Vertragsverschlechterungen zugestimmt haben.[385] Stellt sich nämlich heraus, dass dennoch Kündigungen notwendig sind, müssen gerade jene Arbeitnehmer entlassen werden, welche die offerierten Vertragsanpassungen angenommen haben,[386] da eine Kündigung derjenigen Arbeitnehmer, welche diese abgelehnt haben, mit Blick auf BGE 123 III 246 als missbräuchlich qualifiziert werden könnten. Unklar ist dabei ferner, für wie lange sich der Arbeitgeber dem Vorwurf der Missbräuchlichkeit durch die ablehnenden Arbeitnehmer ausgesetzt sieht.[387] Beweisrechtlich obliegt es der gekündigten Partei nachzuweisen, dass die Kündigung als Reaktion auf ihre Ablehnung der (unzumutbaren) angebotenen Änderungsofferte erfolgte. Soweit die offerierte Änderung und die Kündigung zeitlich genügend eng zusammenhängen, dürfte von der natürlichen Vermutung ausgegangen werden, dass zwischen diesen beiden Ereignissen ein sachlicher Zusammenhang besteht.[388]

Vor diesem Hintergrund ist RUDOLPH zu folgen, wonach dem Arbeitgeber zumindest der Entlastungsbeweis offenstehen muss, dass für die kurzfristige Umsetzung

---

383 Kritisch dazu auch RUDOLPH, Vertragsänderungen, S. 15 FN 39.

384 So auch RUDOLPH, Vertragsänderungen, S. 16 FN 42.

385 RUDOLPH, Vertragsänderungen, S. 15 FN 39.

386 Zur Kündigung trotz Vertragsverschlechterung unten § 4/III/6.

387 Vgl. RUDOLPH, Vertragsänderungen, S. 15 FN 39.

388 GEISER, AJP 1999, S. 65.

einer Vertragsverschlechterung dringende betriebliche Gründe für die Rettung des Unternehmens bzw. zahlreicher Arbeitsplätze vorlagen, und daher die Kündigungen nicht rechtsmissbräuchlich erfolgt sind.[389] Solange die Rechtsprechung einen solchen Entlastungsbeweis allerdings nicht anerkennt, muss der Arbeitgeber – um das Missbrauchsrisiko zu minimieren – zwischen dem Anbieten der Vertragsänderung und deren Eintritt die hypothetische Kündigungsfrist abwarten. Lehnt der Arbeitnehmer nach Ablauf der hypothetischen Kündigungsfrist die vorgeschlagene Vertragsänderung ab, kann der Arbeitgeber – ohne Gefahr der Missbräuchlichkeit – kündigen.[390] Wird die vorgelegte Vertragsänderung angenommen, kann der Arbeitgeber dem annehmenden Arbeitnehmer aber vorschlagen, die Anpassungen umgehend in Kraft zu setzen.[391] Mit dieser Vorgehensweise kann unter Umständen zumindest ein leichter – je nach Dringlichkeit der Sanierung aber wertvoller – Zeitgewinn bis zur Umsetzung der Vertragsanpassungen realisiert werden.[392]

g) Massenänderungskündigung

Bei eigentlichen Änderungskündigungen sind nach h.L. die Regeln über die Massenentlassung[393] anwendbar.[394] Dies führt – m.E. teilweise zu Recht kritisiert[395] – dazu, dass ein Arbeitgeber selbst bei geringfügigen Anpassungen das Prozedere der Massenentlassung durchlaufen muss, sofern mehr als zwanzig Arbeitnehmer davon betroffen sind. Nicht zur Anwendung kommen die Massenentlassungsbestimmungen wohl bei uneigentlichen Änderungskündigungen, d.h. wenn mit der offe-

---

389 Rudolph, Vertragsänderungen, S. 16 FN 39.

390 Rudolph, Vertragsänderungen, S. 16.

391 Lehnt der Arbeitnehmer dies ab, wäre eine anschliessende Kündigung wiederum missbräuchlich (Kamber, N 717).

392 Vgl. Kamber, N 717.

393 Zur Massenentlassung unten § 5/II.

394 BSK OR I-Portmann/Rudolph, Art. 335d N 3; Geiser, AJP 1999, S. 65; Geiser, Massenentlassung, N 3.41; Streiff/von Kaenel/Rudolph, Art. 335d N 5; Pärli, Jusletter 2015, N 71, 41; ZK-Staehelin, Art. 335d N 5; a.M. Müller, ArbR, S. 114, wonach Änderungskündigungen nur dann unter Art. 335d OR fallen, wenn sie im Ergebnis zur Beendigung der Arbeitsverhältnisse führen; BK OR-Stöckli, Art. 357a N 53, wonach die Bestimmungen dann anwendbar sind, wenn durch die Kündigung die Arbeitsverhältnisse grundlegenden Änderungen unterworfen werden sollen.

395 Wildhaber, AJP 2015, S. 433, wonach das Mitzählen von Änderungskündigungen, die in der Regel nie zu einem tatsächlichen Stellenverlust führen würden, dem Sinn und Zweck des Massenentlassungsverfahrens widerspricht; vgl. auch Cramer, FS Stöckli, S. 137 ff.

rierten Vertragsanpassung noch keine Kündigung verbunden wird.[396] Soweit im Anschluss Kündigungen ausgesprochen werden, die die gesetzlichen Schwellenwerte erfüllen, ist das Verfahren über die Massenentlassungen selbstverständlich anwendbar. Es empfiehlt sich daher besonders bei unwesentlichen Änderungen, den Weg der einvernehmlichen Vertragsanpassung oder (höchstens) jenen der uneigentlichen Änderungskündigung zu beschreiten. Solche Anpassungen nehmen Arbeitnehmer meist ohnehin an; der zusätzliche Druck einer Kündigung ist nicht notwendig.

3. Vertraglicher Vorbehalt

a) Grundlagen und Zulässigkeit

Der Grundsatz der Vertragsfreiheit lässt Klauseln, die dem Arbeitgeber gewisse *einseitige Änderungsvorbehalte* einräumen, grundsätzlich zu.[397/398] Dies gilt für unbefristete wie auch befristete Arbeitsverträge.[399]

---

396 Geiser, Massenentlassung, N 3.40; Rudolph, Vertragsänderungen, S. 25 FN 72; Streiff/von Kaenel/Rudolph, Art. 335d N 5.

397 BGer 4A_552/2013, E. 4.1 (betreffend Lohnkürzung: «L'employeur ne peut réduire unilatéralement le salaire du travailleur sans que celui-ci ne donne son accord ou qu'une clause contractuelle le permette [...]»); 4A_608/2009, E. 3.1 (betreffend Lohnkürzung); BSK OR I-Portmann/Rudolph, Art. 322 N 4, 9 (betreffend Lohnkürzung); Cramer, FS Stöckli, S. 146; Riemer-Kafka, S. 322; von Kaenel, FS Aubert, S. 333; grundlegend dazu z.B. Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger, N 1284 f. Das öffentliche Arbeitsrecht sieht in Ausnahmefällen vor, dass die arbeitnehmende Person ihr *Einverständnis* erklären muss (z.B. bei Nacht- und Sonntagsarbeit oder Tätigkeit während der Schwangerschaft). In gewissen Fällen ist sogar die *ausdrückliche* Zustimmung des Arbeitnehmers vorausgesetzt (z.B. Beschäftigung von Mitarbeitenden in Raucherräumen, Art. 2 Abs. 2 des Bundesgesetzes zum Schutz vor Passivrauchen vom 3. Oktober 2008, SR 818.31). In diesen Bereichen besteht kein Raum für einseitige Änderungsvorbehalte (von Kaenel, FS Aubert, S. 336; Witzig, S. 123).

398 Da die Anpassung auf eine vorab vertraglich eingeräumte Zustimmung des Arbeitnehmers gründet, handelt es sich strenggenommen um keine Änderung des Vertrages, sondern einzig um die Ausübung eines vertraglich ausbedungenen Gestaltungsrechts. Teilweise handelt es sich auch um eine vertragliche Erweiterung des Weisungsrechts (dazu unten § 4/III/4), z.B. indem dem Arbeitgeber mittels Mobilitätsklausel (dazu unten § 4/IV/5) das Recht eingeräumt wird, den Arbeitsort einseitig zu ändern (Yenisey, S. 47; vgl. auch Müller/Hofer/Stengel, S. 568; Vischer/Müller, § 13 N 28 [«Versetzung auf Weisung hin»]).

399 von Kaenel, FS Aubert, S. 342; a.M. Stöckli, AAB, S. 176 (Unzulässigkeit für befristete Arbeitsverträge mit aussergewöhnlich langer [Rest-]Dauer und Arbeitsverhältnisse mit aussergewöhnlich langer Kündigungsfrist); Witzig, S. 123 f.

Eine zentrale Grenze finden solche Klauseln allerdings im Persönlichkeitsschutz nach Art. 27 ZGB.[400] I.S.v. Art. 27 Abs. 2 ZGB unzulässig sind Vereinbarungen, «durch die sich jemand dem Belieben des andern ausliefert».[401] Ob eine übermässige Bindung vorliegt, ist im Einzelnen im Rahmen einer Gesamtwertung zu untersuchen, wobei in erster Linie auf die Intensität (persönliche Betroffenheit) und die Dauer der Bindung abgestellt wird.[402] Weitere Beurteilungskriterien sind ferner die fehlende Parität bzw. ein allfälliges Machtgefälle sowie der Grad der Fremdbestimmtheit.[403] Auf der anderen Seite sind auch entlastende Elemente zu berücksichtigen (z.B. allfällige Gegenleistungen/Vorteile, geringfügiges oder fehlendes Beschwer).[404] Im Rahmen von Arbeitsverträgen zu beachten ist, dass die Persönlichkeit des Arbeitnehmers bereits aus zeitlichen Gründen, aufgrund der Weisungsgebundenheit[405] und der wirtschaftlichen Abhängigkeit eine weitgehende Beschränkung erfährt,[406] womit der Freiraum für weitere Einschränkungen der Persönlichkeit schon massgeblich beschränkt ist.[407] Vor diesem Hintergrund weniger problematisch sind in der Regel einseitige Änderungsvorbehalte in Bereichen, die den Arbeitnehmer in seiner Persönlichkeit kaum beeinträchtigen (z.B. das

400 Art. 27 Abs. 1 ZGB erklärt die Rechts- und Handlungsfähigkeit für unverzichtbar und entzieht sie damit grundsätzlich der Parteidisposition; Art. 27 Abs. 2 ZGB beschränkt die Ausübung der Vertragsfreiheit um der Persönlichkeit willen (BSK ZGB I-Huguenin/Ritze, Art. 27 N 1). Art. 27 Abs. 1 ZGB sichert somit die rechtsgeschäftliche Dispositionsmöglichkeit, während Abs. 2 dem Schutz vor Verpflichtungen dient, welche die zukunftsorientierte Entscheidungsfreiheit im Hinblick auf die eigene Lebensgestaltung, mitunter Aspekte der Persönlichkeit, in unzulässiger Weise beschränken (OFK ZGB-Büchler, Art. 27 N 1).

401 Stöckli, AAB, S. 176; vgl. auch BGE 138 III 322, E. 4.3.2 betreffend die Einschränkung der wirtschaftlichen Handlungsfreiheit («Eine vertragliche Beschränkung der wirtschaftlichen Freiheit wird nach schweizerischem Verständnis als übermässig im Sinne von Art. 27 Abs. 2 ZGB betrachtet, wenn sie den Verpflichteten der Willkür eines anderen ausliefert, seine wirtschaftliche Freiheit aufhebt oder in einem Masse einschränkt, dass die Grundlagen seiner wirtschaftlichen Existenz gefährdet sind»).

402 BSK ZGB I-Huguenin/Reitze, Art. 27 N 10; vgl. auch BK ZGB-Bucher, Art. 27 N 274 ff.

403 BK ZGB-Bucher, Art. 27 N 281, 282.

404 Vgl. dazu BK ZGB-Bucher, Art. 27 N 283 ff.

405 Zum Weisungsrecht unten § 4/III/4.

406 Vgl. von Kaenel, FS Aubert, S. 337.

407 Vgl. von Kaenel, FS Aubert, S. 337.

Recht, untergeordnete Vergünstigungen einseitig zu streichen). Soweit der Arbeitgeber durch einseitige Änderungsvorbehalte spürbar in den von Art. 27 ZGB geschützten Kern der Persönlichkeit eingreifen kann, ist indes Zurückhaltung geboten. Gemeint sind im Besonderen die Kernbereiche Arbeitszeit, Aufgabenbereich, Lohn und Arbeitsort.[408] Klar unzulässig sind dabei ganz oder nahezu unbeschränkte einseitige Änderungsrechte des Arbeitgebers.[409]

Schliesslich hat der Arbeitgeber sein vertragliches Gestaltungsrecht stets nach billigem Ermessen auszuüben (Art. 328 OR, Art. 2 ZGB).[410]

b) In allgemeinen Arbeitsbedingungen (AAB)

aa) Grundsätzliches

Einzelarbeitsverträge werden zusehends möglichst knapp gefasst und das vertragliche Regelwerk wird in AAB ausgelagert.[411] Diese enthalten vorformulierte, standardisierte Vertragsbedingungen und sind auf eine Vielzahl von Arbeitnehmern im

---

408 RUDOLPH, Vertragsänderungen, S. 29, und STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 320 N 4, erachten in diesen Kernbereichen des Arbeitsvertrages einseitige Änderungsvorbehalte generell als unzulässig. Nach VON KAENEL, FS Aubert, S. 338, sind in diesen wichtigen Bereichen Änderungsrechte des Arbeitgebers nur zulässig, soweit sie bloss von untergeordneter Bedeutung sind.

409 AGer ZH, JAR 1981, S. 246 ff. (betreffend Lohnhöhe); CRAMER, FS Stöckli, S. 147; KAMBER, N 212 (betreffend Lohn, Ferien, Arbeitszeiten, Kündigungsfristen, Aufgabenbereiche); RIEMER-KAFKA, S. 323 (insbesondere Arbeitszeit, Lohn, Ferien, Kündigungsfristen und Aufgabenbereiche); grundlegend dazu z.B. GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, N 1285. Bei unbestimmten Vertragsänderungsrechten scheitert es im Übrigen wohl oft bereits an der Konsensbildung; bei der Unbestimmtheit (Unvorhersehbarkeit) wesentlicher Vertragselemente ist anzunehmen, dass es dem Betroffenen angesichts seines fehlenden Bewusstseins bezüglich der Vertragswirkung an einem hinreichenden Vertragswillen mangelt. Dieser Gesichtspunkt berührt sich mit der Lehre der «essentialia negotii» (BK ZGB-BUCHER, Art. 27 N 314; vgl. dazu auch GEISER, AJP 1998, S. 1027, im Zusammenhang mit der Lohnhöhe).

410 GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, N 1285; CRAMER, FS Stöckli, S. 147 mit Hinweis auf BGE 118 II 157; VON KAENEL, FS Aubert, S. 339 mit Hinweis auf BGE 128 II 70, E. 4b.bb und RUSCH/HUGUENIN, S. 49 ff.

411 BRÜHWILER, Art. 320 N 9a); GEISER/MÜLLER/PÄRLI, N 253a; RUDOLPH, FS Stöckli, S. 547 f.; RUDOLPH, Vertragsänderungen, S. 26. AAB sind im Übrigen keine Neuerscheinung, sondern seit über 35 Jahren weitverbreitet (vgl. STÖCKLI, AAB, S. 18 ff.).

Unternehmen anwendbar.[412] AAB sind vertraglicher Natur und Teil des Arbeitsvertrages.[413] Trotz fehlender gesetzlicher Grundlage ist die Zulässigkeit von AAB unbestritten.[414]

Regelmässig weisen AAB den Charakter von AGB auf:[415] AAB sind auf eine Vielzahl von Arbeitsverträgen bzw. auf einen Grossteil der Belegschaft ausgerichtet und vom Arbeitgeber vorformuliert. Ferner sind sie oft einseitig gestellt, indem der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer die AAB mit dem Einzelarbeitsvertrag aushändigt, wobei dieser kaum mehr substantielle Änderungen der AAB aushandeln kann.[416]

Wegen ihrer Qualifikation als AGB fallen AAB unter die entsprechende *Konsens-, Auslegungs-* und *Inhaltskontrolle*:[417]

Wie jedes Vertragswerk müssen auch AAB für ihre Gültigkeit vom Konsens der Parteien gedeckt sein.[418] Meist werden sie vertraglich via *Globalübernahme* ein-

---

412 Rudolph, FS Stöckli, S. 548. Hauptgründe für die Auslagerung des Vertragswerks in AAB liegen primär in der Rationalisierung und Qualitätssicherung. Namentlich bei Neuanstellungen kann der administrative wie auch rechtliche Aufwand mit AAB massgeblich reduziert werden. Ferner haben sie eine gewisse Gleichbehandlungsfunktion: Alle Mitarbeiter arbeiten unter denselben Anstellungsmodalitäten, wie z.B. die Regelung von Ferien, Kündigungsfristen oder Lohnfortzahlung (Rudolph, FS Stöckli, S. 548; vgl. dazu auch Senti, AJP 2004, S. 1083 ff.).

413 Brühwiler, Art. 320 N 10c); Rudolph, FS Stöckli, S. 550.

414 Rudolph, FS Stöckli, S. 550.

415 Vgl. Senti, AJP 2004, S. 1083; ferner Stöckli, AAB, S. 31 ff. In der Schweizer AGB-Standardliteratur werden AAB als Form der AGB – soweit ersichtlich – nicht explizit erwähnt. Einzig Erwähnung findet, dass die normativen Bestimmungen von GAV nicht als AGB zu qualifizieren sind (vgl. Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger, N 1117).

416 Vgl. dazu grundlegend BGer 4C.282/2003, E. 3.1; Furrer/Müller-Chen, Kap. 4 N 58, 63 ff.

417 Vgl. Geiser/Müller/Pärli, N 253a; Streiff/von Kaenel/Rudolph, Art. 320 N 2 m.w.H.; vgl. auch Rudolph, Vertragsänderungen, S. 30; grundlegend zu diesen Kontrollkategorien z.B. Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger, N 1127 ff.; für eine grafische Übersicht Furrer/Müller-Chen, Kap. 4 N 91. In Deutschland – dort gibt es im Übrigen anders als in unserem Recht eine gesetzliche Regelung der AGB (vgl. §§ 305 BGB ff.) –, fallen nicht individuell ausgehandelte AAB in Individualarbeitsverträgen explizit unter die AGB-Inhaltskontrolle, nicht aber den AGB-Einbeziehungsvorschriften des §§ 305 f. BGB (vgl. z.B. PWW-Berger, § 310 N 19).

418 Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger, N 1124 («Keine Geltung ohne Übernahme»), N 1128 ff.; vgl. auch Koller, OR AT, N 23.19 ff.

geführt,[419] d.h. die Einverständniserklärung erfolgt ohne vorgängige Lektüre und inhaltliche Kenntnisnahme.[420] Zu deren Verbindlichkeit muss der Arbeitnehmer diesfalls Gelegenheit gehabt haben, sich in zumutbarer Weise Kenntnis vom Inhalt der AAB zu verschaffen – und zwar vor Abgabe seiner Zustimmung.[421] AAB können auch via *Vollerklärung* der Parteien in den Arbeitsvertrag einbezogen werden.[422] Dabei hat der Arbeitnehmer den Inhalt der AAB im Einzelnen gelesen und verstanden.[423] Weicht der individuelle Arbeitsvertrag von den AAB ab, hat ersterer Vorrang.[424] Wurden die AAB via Globalerklärung in den Arbeitsvertrag einbezogen, muss der Arbeitnehmer nach der *Ungewöhnlichkeitsregel* jene Klauseln nicht gegen sich gelten lassen, mit denen er nach dem Vertrauensprinzip nicht rechnen musste, es sei denn, die Klausel wurde besprochen oder der Arbeitnehmer ist vor Unterzeichnung speziell darauf hingewiesen worden.[425]

Die vom Konsens der Parteien erfassten AAB sind als Bestandteil des konkreten Einzelarbeitsvertrages nach den Regeln der Vertragsauslegung individuell auszulegen.[426] Bedeutsam ist dabei besonders die *Unklarheitsregel:* Unklare vorformulierte Klauseln werden im Zweifelsfall zu Lasten des Verfassers – d.h. nach der für diesen ungünstigeren Bedeutung – ausgelegt.[427]

---

419 Z.B. «Die beiliegenden AAB bilden integrierender Bestandteil dieses Arbeitsvertrages».

420 Koller, OR AT, N 23.30.

421 Grundlegend z.B. Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger, N 1134 ff.

422 Z.B. «Der unterzeichnete Arbeitnehmer bestätigt, die folgenden diesem Arbeitsvertrag beigefügten Reglemente erhalten zu haben *[Aufzählung]*. Er erklärt, die Reglemente durchgelesen und mit dem Arbeitgeber besprochen zu haben und sie als Inhalt seines Arbeitsvertrages zu akzeptieren.»

423 Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger, N 1128c; Koller, OR AT, § 23 N 20, mit dem Hinweis, dass auch «Zwischentatbestände» vorkommen können.

424 Vgl. Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger, N 1131 ff.; Koller, OR AT, N 23.68 ff. Die individuelle Abrede geht – nach dem Vertrauensprinzip – auch dann vor, wenn diese zwar den AAB nicht explizit widerspricht, aber schlecht zu ihnen passt (vgl. Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger, N 1132).

425 Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger, N 1136; vgl. auch Koller, OR AT, N 23.33 ff. Zur Ungewöhnlichkeitsregel bei AAB vgl. Rudolph, FS Stöckli, S. 553 ff. Nicht anwendbar ist die Ungewöhnlichkeitsregel beim Einbezug der AAB via Vollerklärung (Brühwiler, Art. 320 N 9d).

426 Vgl. Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger, N 1131; Koller, OR AT, N 23.96.

427 Vgl. Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger, N 1144; vgl. auch Koller, OR AT, N 23.53 ff.; a.M. Stöckli, AAB, S. 125 (AAB seien grundsätzlich einheitlich auszu-

Schliesslich müssen die einzelnen Klauseln der AAB den allgemeinen inhaltlichen Vertragsschranken standhalten.[428] Auf den Arbeitsvertrag keine Anwendung findet die AGB-spezifische Inhaltsschranke von Art. 8 UWG,[429] da der Arbeitnehmer nicht unter den Konsumentenbegriff fällt.[430] Indes zu beachten ist Art. 7 UWG, womit AAB die Arbeitsbedingungen einzuhalten haben, die durch Rechtssatz oder Vertrag auch Mitbewerbern auferlegt werden oder berufs- oder ortsüblich sind.[431]

bb) Einseitige Änderungsrechte

Der Verweis im Arbeitsvertrag auf die anwendbaren AAB ist ohne anderslautende vertragliche Abrede *statisch,* d.h. für eine Anpassung derselbigen ist die erneute Zustimmung jedes einzelnen Arbeitnehmers notwendig,[432] wobei diesbezüglich auf die vorangegangenen Ausführungen zur einvernehmlichen Vertragsanpassung verwiesen werden kann.[433] Um den hohen administrativen Aufwand zu vermeiden, mit jedem Arbeitnehmer einzeln die Anpassung der AAB zu vereinbaren, finden sich in AAB indes oft Klauseln, wonach der Arbeitgeber berechtigt sei, dieselbigen einseitig mit vertragsändernder Wirkung abzuändern, oder automatisch jeweils die aktuelle Fassung der AAB gelten soll *(dynamische Verweisung).*[434] Teilweise sehen solche Klauseln zusätzlich vor, dass der Arbeitgeber eine bestimmte Ankündigungsfrist und/oder eine bestimmte Form einzuhalten hat.[435]

---

legen; individuelle Auslegung nur bei AAB-Klauseln, die weder der Ordnung im Betrieb noch der Gleichbehandlung der Arbeitnehmer dienen).

428 Koller, OR AT, N 23.21; vgl. auch Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger, N 1146. Zu den inhaltlichen Schranken oben § 4/II.

429 Grundlegend dazu z.B. Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger, N 1150 ff.; Koller, OR AT, N 23.57 ff.

430 Streiff/von Kaenel/Rudolph, Art. 320 N 4. Zum Konsumentenbegriff Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger, N 1152 ff.

431 Grundlegend dazu z.B. BSK UWG-Wickihalder, Art. 7 N 1 ff.

432 Streiff/von Kaenel/Rudolph, Art. 320 N 4; vgl. auch Brühwiler, Art. 320 N 10c); Geiser/Müller/Pärli, N 253b.

433 Dazu oben § 4/III/1.

434 Von Kaenel, FS Aubert, S. 331; Streiff/von Kaenel/Rudolph, Art. 320 N 4.

435 Rudolph, FS Stöckli, S. 561; Rudolph, Vertragsänderungen, S. 27. In der Praxis auch anzutreffen sind Klauseln, wonach der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer die Änderung der AAB mitteilt, jedoch mit dem Zusatz, dass wenn der Arbeitnehmer innerhalb der vorgesehenen Frist und Form nicht opponiert, die Änderung als angenommen gilt (z.B. «Änderungen dieses Reglements werden dem Arbeitnehmer schriftlich mit-

Wie beim Einzelarbeitsvertrag sind auch in AAB integrierte einseitige Änderungsvorbehalte innerhalb der obengenannten Schranken grundsätzlich gültig.[436] Mit Blick auf Art. 27 Abs. 2 ZGB sind daher dynamische Verweise, die pauschal die aktuellste Fassung des AAB als gültig erklären wollen, nur für untergeordnete Vertragspunkte wirksam. Soweit in den AAB Vertragsinhalte ausgelagert wurden, die die Lebensgestaltung bzw. Persönlichkeit des Arbeitnehmers massgeblich betreffen, können diese nicht bloss durch eine beliebige Willenserklärung des Arbeitgebers abgeändert werden.[437]

Da einseitige Änderungsvorbehalte als ungewöhnlich einzustufen sind, sind sie der Globalübernahme nicht zugänglich. In formeller Hinsicht müssen die Arbeitnehmer diese daher zu ihrer Gültigkeit *ausdrücklich* annehmen.[438] Bei der Ausübung der Änderungsrechte ist ferner Art. 7 UWG zu beachten; aus der Art und Weise, wie der Arbeitgeber seine Änderungsrechte wahrnimmt, dürfen keine unlauteren Arbeitsbedingungen resultieren.[439]

Im Übrigen können auch *GAV* solche Vorbehalte bzw. Änderungsmechanismen vorsehen. Ein Beispiel dazu ist der GAV-MEM, der in Art. 57.4 in vier Anwen-

---

geteilt. Sofern dieser nicht innert 10 Tagen seit Erhalt schriftlich bei der Personalabteilung Einspruch erhebt, gelten die Änderungen als akzeptiert»). Dies ist aber kein einseitiges Änderungsrecht, sondern ein einvernehmlicher Änderungsmechanismus, weshalb auf die Ausführungen betreffend die einvernehmliche Vertragsanpassung verwiesen wird (vgl. RUDOLPH, FS Stöckli, S. 561 f. mit dem Hinweise, dass das dem Arbeitnehmer dabei eingeräumte Widerspruchsrecht häufig nur rein theoretischer Natur sei, z.B. weil der Arbeitnehmer die Konfrontation mit dem Arbeitgeber scheut, die Anpassung als zu geringfügig scheint um sich zu exponieren oder er sich gar nicht mehr an sein Widerspruchsrecht erinnert; vgl. auch von KAENEL, FS Aubert, S. 338, der aber meint, dass dies oft bei jeder anderen Änderungsofferte seitens des Arbeitgebers der Fall ist).

436 Vgl. RUDOLPH, Vertragsänderungen, S. 28; grundlegend zu einseitigen Abänderungsrechten in AGB RUSCH ARNOLD F./HUGUENIN CLAIRE, Einseitige Änderungsrechte in allgemeinen Geschäftsbedingungen – das trojanische Pferd im Vertrag, in: SZW 2008, S. 37 ff.

437 Dazu oben § 4/III/3/a.

438 RUDOLPH, Vertragsänderungen, S. 30; STÖCKLI, AAB, S. 176; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 320 N 4. Entweder muss der Einzelarbeitsvertrag selbst den dynamischen Verweis explizit aufführen oder der Vertrag muss zumindest festhalten, dass der Arbeitnehmer auf diese Klausel in den AAB hingewiesen wurde.

439 VON KAENEL, FS Aubert, S. 340; zu Art. 7 UWG oben § 4/III/3/b/aa.

dungsfällen[440] Abweichungen von arbeitsvertraglichen Bestimmungen des GAV vorsieht.

4. Weisungsrecht

a) Grundlagen

Innerhalb enger Grenzen erlaubt es auch das Weisungsrecht, Arbeitsbedingungen an die betrieblichen Bedürfnisse anzupassen.[441] Der Arbeitgeber kann auf der Grundlage von Art. 321d OR über die Ausführung der Arbeit und das Verhalten der Arbeitnehmer im Betrieb allgemeine Anordnungen (an alle Arbeitnehmer oder Gruppen davon) oder besondere Weisungen (an einzelne Arbeitnehmer) erteilen.[442] Das Weisungsrecht ist direkter Ausfluss des Subordinationsverhältnisses

---

440 Abs. 1: Abweichungen zur Anpassung an besondere Kapazitätszyklen; Abs. 2: Abweichungen zur Durchführung besonderer Innovationsprojekte; Abs. 3: Abweichungen zur Überwindung wirtschaftlicher Schwierigkeiten («wenn ein Unternehmen einen Verlust nachweisen kann oder ein Unternehmen den Nachweis erbringen kann, dass ihm in den nächsten 6 Monaten ein solcher Verlust droht»); Abs. 4: Abweichungen zur Verbesserung der Konkurrenzfähigkeit («Das Unternehmen zeigt im Rahmen einer Gesamtbeurteilung die Gründe auf, welche zur bedeutenden Verschlechterung der Konkurrenzfähigkeit geführt haben, wie z.B. «makroökonomische Verwerfungen», die zu einer raschen und substanziellen Veränderung von ökonomischen Parametern geführt haben, die ausserhalb des Einflussbereichs des einzelnen Unternehmens liegen. Dazu gehören namentlich die für die MEM-Industrie massgebenden Wechselkurse, das inländische Zinsniveau, die inländische Inflationsrate und ähnliches mehr oder kurzfristig eingetretene, unvorhergesehene Wettbewerbs- und andere strukturelle Nachteile insbesondere gegenüber ausländischen Konkurrenzstandorten aufgrund unterschiedlicher Regulierungen und spezifischer lokaler Marktbedingungen»).

441 Das Weisungsrecht ist in der Rangfolge der Gestaltungsfaktoren des Arbeitsverhältnisses auf unterster Stufe (sog. subsidiäre Geltung des Weisungsrechts, KUKO OR-Pietruszak, Art. 321d N 8; vgl. auch Brühwiler, Art. 321d N 4).

442 BSK OR I-Portmann/Rudolph, Art. 321d N 1; vgl. auch Stamm, S. 35 ff. Das Gesetz enthält vereinzelt konkrete Ausprägungen des Weisungsrechts (z.B. Art. 329c Abs. 2 OR [Ferienzeitpunkt]). Inhaltlich unterscheidet die Lehre zwischen *Zielanweisungen* betreffend Gegenstand, Zeit, Ort und Organisation der Arbeitsleistung, *Fachanweisungen* betreffend Methode, Technik und Arbeitsausführung sowie *Verhaltensanweisungen* betreffend das Verhalten im Betrieb (Arbeitspausen, Rauchverbot etc., BSK OR I-Portmann/Rudolph, Art. 321d N 3; vgl. dazu auch Stamm, S. 33 ff.).

zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer.[443] Rechtliches Korrelat dazu ist die Befolgungspflicht des Arbeitnehmers (Art. 321d Abs. 2 OR).[444] Verletzt der Arbeitnehmer seine Befolgungspflicht, kann ihm neben den allgemeinen Vertragsverletzungsfolgen (Schadenersatzpflicht, Kündigung, Konventionalstrafe etc.) auch – sofern in der Betriebsordnung angemessen geregelt – eine Ordnungsstrafe drohen (vgl. Art. 38 Abs. 1 ArG).[445] Überschreitet der Arbeitgeber die Schranken des Weisungsrechts, ist der betroffene Arbeitnehmer berechtigt – u.U. sogar verpflichtet[446] – sich der Weisung zu widersetzen.[447] Droht bloss die Schädigung des Arbeitgebers darf der Arbeitnehmer die Weisung grundsätzlich befolgen. Je nach Situation und Stellung muss er aber auf die drohende Schädigung hinweisen (vgl. Art. 321a OR).[448]

Der Arbeitgeber kann das Weisungsrecht während der Dauer des Arbeitsvertrages beliebig oft ausüben;[449] es erlischt nicht durch seine Ausübung.[450] Dies erlaubt ihm das Arbeitsverhältnis in erheblichem Ausmass – grundsätzlich auch kurzfristig – an die sich verändernden Bedürfnisse des Unternehmens anzupassen.[451] Der Ar-

---

443 Geiser/Müller/Pärli, N 329; vgl. auch ZK-Staehelin, Art. 321d N 2. In Ausnahmefällen hat der Arbeitgeber sogar die *Pflicht,* dem Arbeitnehmer Weisungen zu erteilen (z.B. zum Schutz des Arbeitnehmers oder Dritter). Erlässt er keine oder nur eine mangelhafte Weisung, können sich daraus für den geschädigten Arbeitnehmer oder Dritte Schadenersatzansprüche ergeben (Streiff/von Kaenel/Rudolph, Art. 321d N 2; vgl. auch BSK OR I-Portmann/Rudolph, Art. 321d N 4). Umgekehrt kann der Arbeitgeber durch vertragliche Abmachung auf sein Weisungsrecht verzichten und stattdessen dem Arbeitnehmer das Recht einräumen, über gewisse Vertragspunkte selbständig zu entscheiden. Weit verbreitet ist dies bei sog. Gleit- oder Jahresarbeitszeiten, die dem Arbeitnehmer eine gewisse Arbeitszeitautonomie einräumen (Riemer-Kafka, S. 313). Oft schränkt der Arbeitgeber sein Weisungsrecht auch unabsichtlich z.B. durch Erlass von Reglementen ein (vgl. Streiff/von Kaenel/Rudolph, Art. 321d N 3).

444 Brühwiler, Art. 321d N 5; Müller, AJP 1999, S. 455.

445 Vischer/Müller, § 13 N 15; vgl. auch BK OR-Rehbinder/Stöckli, Art. 321d N 44 ff.

446 Dies gilt insbesondere dann, wenn er sich strafbar machen oder einen Dritten schädigen würde (BSK OR I-Portmann/Rudolph, Art. 321d N 9).

447 Zur vertragswidrigen Weisung unten § 4/III/4/b.

448 BSK OR I-Portmann/Rudolph, Art. 321d N 9.

449 Vischer/Müller, § 13 N 29.

450 Stamm, S. 20.

451 Geiser, AJP 1999, S. 60; vgl. auch Stamm, S. 20.

beitgeber kann namentlich auch eine frühere durch eine spätere Weisung obsolet werden lassen.[452]

Bei der Ausübung des Weisungsrechts gelten dieselben *Schranken* wie bei allen Rechtsgeschäften.[453] Eine bedeutsame gesetzliche Schranke bildet der Persönlichkeitsschutz des Arbeitnehmers (Art. 328 OR). Teilgehalt des Persönlichkeitsschutzes ist das Recht auf Privat- und Familienleben[454], das der Arbeitgeber besonders bei Weisungen betreffend Arbeitszeiten, Überstunden, Dienstreisen etc. zu beachten hat.[455] Auch der Gleichbehandlungsgrundsatz als Ausfluss des Persönlichkeitsrechts ist bei der Erteilung von Weisungen zu berücksichtigen.[456] Da nur widerrechtliche Persönlichkeitsverletzungen unzulässig sind und die Verletzung durch überwiegende Interessen gerechtfertigt werden kann, bedarf es einer Interessenabwägung im Einzelfall. Je nach Inhalt und zeitlichem Umfang der Weisung sind unterschiedliche Kriterien anzuwenden.[457] Auszuüben ist das Weisungsrecht ferner nach dem Gebot von *Treu und Glauben* (Art. 2 ZGB).[458] Dagegen verstossen namentlich Weisungen, denen kein legitimes Interesse des Arbeitgebers (z.B. eine schikanöse Versetzung) zugrunde liegt *(Verbot der unnützen Rechtsausübung)*,[459] sowie Weisungen, die gegen das Gebot der *schonenden Rechtsausübung* verstossen (der Arbeitgeber könnte sein Ziel ebenso gut durch eine den Arbeitnehmer weniger belastende Massnahme erreichen).[460] Auch dürfen dem Arbeitnehmer keine Weisungen erteilt werden, die für ihn einen unzumutbaren Eingriff in seine persön-

---

452 Stamm, S. 20 f. Hat der Arbeitnehmer aber infolge früherer Weisungen besondere Vorkehrungen getroffen (z.B. in der Gestaltung seines ausserbetrieblichen Lebens), muss der Arbeitgeber darauf nach Treu und Glauben Rücksicht nehmen und allfällige Einbussen kompensieren (Vischer/Müller, § 13 N 29).

453 Geiser, AJP 1998, S. 1022; Stamm, S. 51 f. Zu den Schranken oben § 4/II.

454 Zur Elternschaft als Aspekt der Arbeitnehmerpersönlichkeit und die Verpflichtung des Arbeitgebers, darauf Rücksicht zu nehmen: Pärli Kurt, Eltern im Arbeitsverhältnis, in: FamPra.ch 2016, S. 933, 939 ff.

455 Geiser, AJP 1998, S. 1023; vgl. auch Brühwiler, Art. 321d N 4.

456 Streiff/von Kaenel/Rudolph, Art. 321d N 3. Zum Grundsatz der Gleichbehandlung oben § 4/II/4.

457 Geiser, AJP 1998, S. 1023; vgl. auch Streiff/von Kaenel/Rudolph, Art. 321d OR N 3.

458 ZK-Staehelin, Art. 321d N 20.

459 Portmann/Stöckli, N 575; vgl. auch Geiser, AJP 1998, S. 1023.

460 BK OR-Rehbinder/Stöckli, Art. 321d N 39; Portmann/Stöckli, N 575; vgl. auch Stamm, S. 53 f.

lichen Verhältnisse darstellen. Ist eine Weisung in diesem Sinne unzumutbar, so ist es unerheblich, ob die berechtigten Interessen des Arbeitgebers an und für sich eine solche Weisung als zulässig erscheinen lassen.[461] Das *Kriterium der Zumutbarkeit* wird denn auch bei der Anordnung von Überstunden (Art. 321c OR), einem speziell geregelten Fall des Weisungsrechts, erwähnt.[462] Diese Einschränkung gilt für den ganzen Bereich des Weisungsrechts.[463] Gegen Treu und Glauben verstossende Weisungen können gleichzeitig eine Verletzung von Art. 328 OR darstellen.[464]

Neben den gesetzlichen Schranken besteht beim Weisungsrecht eine inhaltliche Einschränkung durch den *Arbeitsvertrag* selbst.[465] Weisungen können nur innerhalb des vertraglich Vereinbarten erteilt werden. Je konkreter die Arbeit, die Funktion, der Arbeitsort und die Arbeitszeit geregelt sind, umso beschränkter ist der Spielraum des Arbeitgebers, sein Weisungsrecht auszuüben.[466] Über den Vertragsinhalt hinausgehende Anpassungen benötigen die Zustimmung des Arbeitnehmers.[467] Dies gilt zumindest für den Regelfall. Jedoch kann der Arbeitgeber teilweise Weisungen, die vom vertraglich Vereinbarten abweichen, bei *Vorliegen eines dringenden betrieblichen Bedürfnisses* (z.B. bei Personal- oder Lieferantenausfällen) erteilen.[468] Auch kann das Weisungsrecht – innerhalb der Schranken von Art. 27 ZGB – parteiautonom auf Grundlage eines vertraglichen Vorbehalts er-

---

461 BK OR-Rehbinder/Stöckli, Art. 321d N 39.

462 Näher zum Kriterium der Zumutbarkeit bei Überstunden unten § 4/IV/6/b.

463 BK OR-Rehbinder/Stöckli, Art. 321d N 39; ebenso Stamm, S. 54 f.

464 Portmann/Stöckli, N 576; vgl. auch Geiser, AJP 1998, S. 1023.

465 Vgl. Stamm, S. 66 f.

466 Geiser, AJP 1998, S. 1023; Geiser, AJP 1999, S. 60; vgl. auch BGer 4C.186/2006, E. 2.3; BK OR-Rehbinder/Stöckli, Art. 321d N 33; Brunner/Bühler/Waeber/Bruchez, Art. 321d N 6; Streiff/von Kaenel/Rudolph, Art. 321d N 3. Durch eine genaue vertragliche Fixierung der Arbeitsbedingungen (z.B. enge Umschreibung der Arbeitstätigkeit) verzichtet der Arbeitgeber auf die Ausübung seines Weisungsrechts, worauf er im Übrigen zu behaften ist (vgl. Stamm, S. 67; BGer, JAR 1991, S. 114 ff. [s. dazu unten FN 658]). Das Weisungsrecht wird auch vertraglich eingeschränkt, wenn dem Arbeitnehmer zusätzliche Rechte (z.B. gleitende Arbeitszeiten) eingeräumt werden (Stamm, S. 69 f.; ZK-Staehelin, Art. 321d N 14).

467 Vgl. Geiser, AJP 1999, S. 61.

468 Dazu unten § 4/IV/5/b.

weitert werden.[469] Dem Arbeitgeber kann z.B. ein Versetzungsrecht eingeräumt werden.[470]

b) Vertragswidrige Weisungen: Änderungsofferte oder Änderungskündigung?

Zu prüfen ist, ob eine vertragswidrige, im Übrigen aber rechtlich zulässige Weisung eine der Annahme durch Befolgung zugängliche *Offerte zur Vertragsänderung* darstellen kann. Die Lehre lehnt dies weitgehend ab.[471] Ohne das Vorliegen besonderer Umstände dürfe dem Arbeitnehmer nicht unterstellt werden, er würde durch das freiwillige Befolgen einer vertragswidrigen Weisung einer Vertragsverschlechterung zustimmen. Denn der Arbeitnehmer werde zumindest zeitweise in Anbetracht des herrschenden Machtgefälles zwischen ihm und dem Arbeitgeber und aus Angst vor einer Kündigung nicht gegen vertragswidrige Weisungen protestieren, sondern diese befolgen.[472]

Eine solche generelle Ablehnung halte ich für wenig überzeugend. Ob in der *Befolgung einer vertragswidrigen Weisung* eine einvernehmliche Vertragsänderung zu erblicken ist, ist vielmehr im Einzelfall unter Berücksichtigung der konkreten Umstände nach den allgemeinen Regeln des OR zu beurteilen. Dementsprechend leuchtet nicht ein, weshalb einer vertragswidrigen Weisung (etwa künftig an einem anderen als vertraglich vereinbarten Arbeitsort tätig zu sein) im konkreten Einzelfall unter vertrauenstheoretischen Gesichtspunkten nicht die Bedeutung eines Änderungsantrages zukommen können sollte.[473] Folgt ein Arbeitnehmer widerspruchslos einem entsprechenden Änderungsantrag in Form einer vertragswidrigen Weisung, indem er bspw. an einem vom Arbeitsvertrag abweichenden Arbeits-

---

469 Stamm, S. 69 f.; vgl. auch Kamber, N 254; zum vertraglichen Vorbehalt oben § 4/III/3.

470 Zum Versetzungsrecht unten § 4/IV/5.

471 BK OR-Rehbinder/Stöckli, Art. 321d N 47; BSK OR I-Portmann/Rudolph, Art. 321d N 5; Streiff/von Kaenel/Rudolph, Art. 321d N 2; Wildhaber, Jusletter, N 10; vgl. auch Geiser, AJP 1999, S. 63.

472 BSK OR I-Portmann/Rudolph, Art. 321d N 5; gl.M. BK OR-Rehbinder/Stöckli, Art. 321d N 47; Streiff/von Kaenel/Rudolph, Art. 321d N 2.

473 A.M. Riemer-Kafka, S. 317, welche dafür hält, dass eine Weisung nie eine Offerte für eine Vertragsänderung sein könne, da jener der offensichtliche Wille zur Vertragsänderung fehle und daher aufgrund der Unklarheitsregel und des Grundsatzes *«in dubio contra stipulatorem»* davon auszugehen sei, dass es sich dabei bloss um eine unzulässige Weisung handle.

ort tätig ist, ist dies m.E. als *Realakzept* bzw. konkludente Annahme zu werten.[474] Der in diesem Zusammenhang teilweise vorgebrachte Einwand, der Arbeitnehmer befolge diesfalls die vertragswidrige Weisung in der Regel nicht aus freiem Willen, sondern aus Angst oder Druck, ändert nichts am Zustandekommen der Vertragsänderung. Dieser Einwand kann einzig im Rahmen einer Vertragsanfechtung wegen eines Willensmangels (Art. 23 ff. OR) vorgebracht werden.[475] Im Übrigen steht der Arbeitnehmer faktisch bei jeder offerierten Vertragsänderung unter dem latenten Druck, dass ihm bei einer Ablehnung gekündigt wird.[476] Zulässig sind ferner Änderungskündigungen, bei denen bewusst mit dem Druck einer Kündigung im Falle einer Ablehnung der offerierten Vertragsänderung gearbeitet wird.[477]

Klar abzulehnen ist hingegen die Umdeutung einer vertragswidrigen Weisung in eine *Änderungskündigung.* Für die Annahme einer Änderungskündigung fehlt es seitens des Arbeitgebers zum Zeitpunkt der Weisungserklärung grundsätzlich an einem Kündigungswillen bzw. dem unzweideutigen zum Ausdruck bringen eines solchen.[478]

5. Clausula rebus sic stantibus

a) Rechtsgrundlage und Voraussetzungen

Das Institut der clausula rebus sic stantibus (nachfolgend: clausula) ermöglicht die *richterliche Aufhebung oder Anpassung* von (in der Regel langfristigen) Verträgen aufgrund einer Veränderung der Verhältnisse.[479] Ihre Rechtsgrundlage und zu-

---

474 Gl.M. Brühwiler, Art. 321d N 3; Stamm, S. 121; ZK-Staehelin, Art. 321d N 17. Zum Realakzept oben § 4/III/1/a.

475 Ähnlich Cramer, FS Stöckli, S. 145. Dies gilt auch für den Fall, in welchem der Arbeitnehmer nicht wusste, dass die Befolgung der Weisung nicht mehr von seiner Befolgungspflicht gedeckt wird. Grundlegend zur Vertragsanfechtung z.B. Koller, OR AT, N 14.02 ff.

476 Ähnlich von Kaenel, FS Aubert, S. 338.

477 Zur Änderungskündigung oben § 4/III/2.

478 BGer 4A.192/2007, E. 4; BK OR-Rehbinder/Stöckli, Art. 321d N 47; gl.M. Joerin, S. 23; Kamber, N 285 FN 331; Wildhaber, Jusletter, N 10. Zum erforderlichen Kündigungswillen bei Änderungskündigungen Joerin, S. 15 f.

479 Grundlegend dazu und zum Folgenden BSK OR I–Wiegand, Art. 18 N 95 ff.

gleich ihren Beurteilungsmassstab bildet Art. 2 Abs. 2 ZGB:[480] Die Änderung (oder Aufhebung) eines Vertrages gilt als zulässig und geboten, «wenn durch nachträgliche, nicht voraussehbare Umstände ein derart offenbares Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung eingetreten ist, dass das Beharren einer Partei auf ihrem Anspruch als missbräuchlich erscheint.»[481]

Grundvoraussetzung für eine Vertragsanpassung ist eine *Veränderung der Verhältnisse,* die seit Vertragsabschluss eingetreten ist, aber *unvorhersehbar* war.[482] An die Unvorhersehbarkeit wird indes kein strenger Massstab angelegt,[483] weshalb darunter auch Ereignisse fallen, deren Eintritt zwar vorhersehbar, aber als derart unwahrscheinlich erscheint, dass sie für einen vernünftigen Menschen in der Lage des Betroffenen nicht in Betracht gezogen werden mussten.[484] In diesem Sinne unvorhersehbar sind z.B. Ereignisse der höheren Gewalt oder sogenannte Sozialkatastrophen, nicht aber eine normale Teuerung,[485] übliche Konjunkturschwankungen, spekulative Geschäfte (z.B. mit Wertpapieren) oder Gesetzesänderungen.[486] Durch die Veränderung der Verhältnisse muss sodann eine schwerwiegende Störung des Vertragsverhältnisses *(gravierende Äquivalenzstörung)* ausgelöst worden sein.[487] Erforderlich ist aber weder das Vorliegen einer wucherischen Ausbeutung noch dass die Äquivalenzstörung die dadurch betroffene Person in den wirtschaftlichen Ruin stürzt.[488] Hat die sich auf die Verhältnisänderung und deren Folgen berufende Partei die Veränderung der Verhältnisse selber zu verantworten bzw. hätte diese *vermeiden können,* scheidet eine Vertragsanpassung aufgrund der clausula aus.[489]

---

480 BK ZGB-Hausheer/Aebi-Müller, Art. 2 N 240. Ihre Ausformung hat die clausula durch die Rechtsprechung erfahren. Positivrechtlich fand sie ihren Niederschlag einzig in Art. 373 Abs. 2 OR (Wiegand, N 2).

481 BGE 97 II 390, E. 6; vgl. auch BGE 127 III 300, E. 5b und 101 II 117.

482 Vgl. BSK OR I-Wiegand, Art. 18 N 99 ff.

483 Vgl. BK OR-Müller, Art. 18 N 674.

484 Vgl. BK ZGB-Hausheer/Aebi-Müller, Art. 2 N 242 m.w.H.; BK OR-Müller, Art. 18 N 674.

485 Vgl. BGE 101 II 21; s. auch BJM 1980, S. 79 f.

486 Vgl. BK OR-Müller, Art. 18 N 674 m.w.H.

487 Vgl. BSK OR I-Wiegand, Art. 18 N 99 ff.; vgl. auch BGE 127 III 300, E. 5b; 97 II 390, E. 6 m.w.H.

488 BSK OR I-Wiegand, Art. 18 N 104 m.w.H.; gl.M. BK OR-Müller, Art. 18 N 690 m.w.H.

489 Vgl. BK OR-Müller, Art. 18 N 679.

Eine Vertragsanpassung kann ferner ausgeschlossen sein, wenn die benachteiligte Partei den Vertrag trotz der Veränderung der Verhältnisse vorbehaltlos erfüllt.[490]

b) Anwendbarkeit im Sanierungsfall?

Ausgeschlossen ist somit eine Anpassung der Arbeitsverhältnisse, wenn die Unternehmenskrise vom Arbeitgeber selbstverschuldet ist (z.B. infolge einer strategischen Fehlentscheidung). Fraglich ist eine Anpassung dagegen, falls die Unternehmenskrise Folge äusserer Umstände ist (z.B. eine unerwartete Wirtschaftskrise).

Die Lehre hat – soweit ersichtlich – der Frage nach der Anwendung der clausula auf Arbeitsverträge lange Zeit keine Beachtung geschenkt. Die jüngste Finanzmarktkrise und die in diesem Zusammenhang stehenden umstrittenen Bonuszahlungen an Finanzangestellte haben jedoch WIEGAND veranlasst, auf diese Thematik näher einzugehen.[491] Für ihn stellt die Finanzmarktkrise geradezu einen idealtypischen Fall der clausula dar, bei welchem die Voraussetzung der *schwerwiegenden Veränderung der Verhältnisse* – er bezieht sich auf verschiedene Medienberichterstattungen und (weltweite) Mahnungen bzw. Warnungen von Staats- und Regierungschefs («die grösste Krise der jüngeren Geschichte»[492], «drohende Katastrophe»[493]) – wie auch jene der *Unvorhersehbarkeit* der Entwicklung zweifellos erfüllt seien.[494] Bis auf einige wenige pessimistische Stimmen habe niemand mit einer derartigen Entwicklung gerechnet bzw. eine solche Krise für möglich gehalten.[495] Daher sei eine Vertragsanpassung wegen veränderter Verhältnisse grundsätzlich möglich und Banken könnten sich unter Berufung auf die clausula der Auszahlung vertraglich vereinbarter Bonuszahlungen mit Aussicht auf Erfolg ganz oder teilweise verweigern.[496]

---

490 Vgl. BK OR-MÜLLER, Art. 18 N 697 f. m.w.H.

491 WIEGAND, N 2a ff.

492 Präsident SARKOZY und Bundeskanzlerin MERKEL am 26.11.2008, zit. nach WIEGAND, N 1b.

493 Präsident OBAMA am 06.02.2009, zit. nach WIEGAND, N 1b.

494 WIEGAND, N 2b beruft sich dabei u.a. auf die Rechtsprechung betreffend «Sozialkatastrophen»; gl.M. BK OR-MÜLLER, Art. 18 N 674.

495 WIEGAND, N 2c.

496 WIEGAND, N 3. Nach dem Konzept der clausula sei nur eine einzelvertragsbezogene Anpassung möglich. Damit könne der Situation der betroffenen Person Rechnung getragen und die jeweiligen Rechtsfolgen differenziert werden. Konkret bedeutet dies bspw. die vollständige Streichung von Boni bei den höheren Kadern und lediglich Kürzungen bei «normalen» Arbeitnehmern (WIEGAND, N 3c).

Während WIEGANDS Beitrag in «nicht-juristischen» Kreisen auf positive Resonanz stiess,[497] wurde er in der Fachliteratur kritisch aufgenommen. Besonders das Kriterium der Unvorhersehbarkeit der Krise sahen viele Autoren als nicht gegeben. Vielmehr hätten verschiedene Stimmen und Warnsignale auf eine bevorstehende Finanzkrise hingedeutet.[498] GEISER geht noch weiter und hält Wirtschaftskrisen im Allgemeinen nie für unvorhersehbar; unvorhersehbar sei höchstens ihr Zeitpunkt.[499] Auch wird bezweifelt, ob die Finanzkrise zu einer massiven Äquivalenzstörung bzw. einer sog. «Sozialkatastrophe» führte.[500] Es trat nämlich erfreulich rasch eine spürbare Entspannung ein und verschiedene Finanzinstitute befinden sich wieder in der Gewinnzone.[501] RUDOLPH bemerkt zudem, dass die finanziellen Schwierigkeiten einiger Finanzinstitute wohl zumindest teilweise auf Selbstverschulden gründen, weshalb eine Berufung auf die clausula ausgeschlossen sei.[502] Besonders kritisiert wurde ferner, dass die Anwendung der clausula in Krisenfällen einer einseitigen Übertragung des Betriebsrisikos des Arbeitgebers auf die Arbeitnehmer gleichkomme. Dies widerspräche dem arbeitsrechtlichen Grundsatz, wonach der Arbeitgeber grundsätzlich das Betriebsrisiko zu tragen hat.[503] So sei namentlich dem Arbeitnehmer auch dann der Lohn zu entrichten, wenn eine Betriebsstörung den Arbeitgeber so stark treffe, «dass die Weiterzahlung des Lohnes die Existenz des Betriebes gefährden würde».[504]

Die vorstehend gegen WIEGANDS These vorgebrachten Argumente überzeugen grundsätzlich. Das Argument der Tragung des Betriebsrisikos ruft gleichzeitig zur Grundsatzfrage, ob bei Unternehmenskrisen die clausula im Arbeitsvertragsrecht überhaupt anwendbar ist. Wie oben unter § 4/II/2 dargestellt, verbietet der Grundsatz der Tragung des Betriebsrisikos durch den Arbeitgeber nicht, den Arbeitsvertrag anzupassen bzw. die Arbeitsbedingungen zu verschlechtern. Unzulässig ist einzig, dem Arbeitnehmer das gesamte Betriebsrisiko zu übertragen. Insofern kann m.E. die Anwendung der clausula auf Arbeitsverträge nicht von vornherein verneint werden.

---

497 Vgl. die Hinweise in RUDOLPH, Vertragsänderungen, S. 18 FN 47 und 48.

498 POLCAN/STENGEL, S. 238 f.; RUDOLPH, Vertragsänderungen, S. 18 jeweils m.w.H.

499 GEISER, recht, S. 126.

500 RUDOLPH, Vertragsänderungen, S. 18 m.w.H.

501 RUDOLPH, Vertragsänderungen, S. 18 f.

502 RUDOLPH, Vertragsänderungen, S. 19 f.

503 Dazu oben § 4/II/2.

504 REHBINDER, N 208.

6. Sonderfrage: Kündigung trotz Vertragsverschlechterung

Im Sanierungsfall stimmt der Arbeitnehmer einer Vertragsänderung bzw. Vertragsverschlechterung (z.B. Lohnkürzung) in der Regel in der Erwartung zu, dadurch seinen eigenen Arbeitsplatz erhalten zu können. Seine Zustimmung knüpft er damit implizit oder gar ausdrücklich an die (resolutive, vertragsauflösende) Bedingung,[505] ihm werde zumindest mittelfristig (aus nicht in seiner Person liegenden Gründen) nicht gekündigt. Ist dem Arbeitgeber diese Bedingung bekannt bzw. muss er nach Treu und Glauben von einer solchen ausgehen, ist er daran gebunden:[506] Kündigt der Arbeitgeber später aus wirtschaftlichen Gründen, fällt die Vertragsanpassung ohne weiteres ex tunc dahin und der Arbeitnehmer hat Anspruch auf die ursprüngliche bzw. zuvor verzichtete Leistung.[507] Fraglich ist jedoch, wie lange eine solche Bedingung wirkt. Dies beurteilt sich im Einzelfall nach den konkreten Umständen.[508] Aus Rechtssicherheitsgründen können nach meinem Dafürhalten solche Bedingungen nicht ewig wirksam bleiben bzw. brauchen eine zeitliche Begrenzung.

Soweit keine Bedingung an die Vertragsanpassungen geknüpft wurde, stellt sich die Frage, ob die Zustimmung des Arbeitnehmers zur Vertragsverschlechterung

---

505 Eine Bedingung liegt vor, wenn das Ereignis, an das die Wirksamkeit des Rechtsgeschäfts geknüpft wird, zukünftig und ungewiss ist (dazu z.B. BGE 122 III 10, 15 f.; KOLLER, OR AT, N 77.01 ff.). Eine Bedingung kann von den Parteien ausdrücklich oder stillschweigend vereinbart werden (SCHWENZER, N 11.04).

506 Vgl. GLOOR, ARV, S. 263; s.a. BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, Art. 320 N 11.

507 BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, Art. 320 N 11; KAMBER, N 236; VISCHER/MÜLLER, § 22 N 9 (betreffend partieller Lohnverzicht); vgl. auch betreffend die (bedingte) Zustimmung zur Einführung von Kurzarbeit: AGer BE, JAR 1994, S. 125; BK OR-REHBINDER/STÖCKLI, Art. 324 N 9; KELLER-RAPOLD, S. 247; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 324 N 7.

508 VISCHER/MÜLLER, § 22 N 9; vgl. auch OGer BL, JAR 1985, S. 144, wonach ein auf den 13. Monatslohn verzichtender Arbeitnehmer nach Treu und Glauben davon ausgehen durfte, dass der Arbeitsplatz doch etwas *mehr als einige Monate* gesichert sei, jedoch müsse bei der nach dem Vertrauensprinzip ebenfalls gebotenen Berücksichtigung der Interessenlage des Arbeitgebers die eingegangene Vereinbarung in Anbetracht der Ungewissheit der wirtschaftlichen Entwicklung dahin ausgelegt werden, dass die an den Lohnverzicht geknüpfte Bedingung der Arbeitsplatzerhaltung *sicher nicht länger als ein Jahr* wirksam werde.

im Falle einer späteren Kündigung der Irrtumsanfechtung[509] unterliegen könnte.[510] Voraussetzung dafür ist das Vorliegen eines qualifizierten Motivirrtums (Grundlagenirrtum, Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR). Die Frage, ob ein Irrtum über künftige Sachverhalte – i.c. über die Entwicklung der wirtschaftlichen Lage eines Arbeitgebers – wesentlich sein kann, ist nach wie vor umstritten.[511]

IV. Ausgewählte Sanierungsmassnahmen

1. Lohnkürzungen, Rückbehalt von Vergütungen

Für Lohnkürzungen braucht es die Zustimmung der Arbeitnehmer.[512] Nicht gekürzt werden kann der Lohn einseitig via Weisungsrecht.[513/514] Dies gilt selbst dann, wenn der Arbeitnehmer (z.B. durch ungenügende Arbeitsleistung) zu einer Lohnkürzung Anlass gibt.[515] Ebenso wenig besteht auf Seiten des Arbeitnehmers aufgrund seiner Treuepflicht eine Verpflichtung, bei Vorliegen einer Unternehmenskrise zumindest zeitweilig einen reduzierten Lohn zu akzeptieren.[516] Dies gilt ungeachtet davon, ob die Weiterzahlung des vollen Lohnes nachweisbar die

---

509 «Wer irrt, hat eine falsche Vorstellung über einen Sachverhalt: Das Vorgestellte entspricht nicht – oder nicht voll – der Wirklichkeit» (Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger, N 761 m.w.H.).

510 So Gloor, S. 264; Kamber, N 237.

511 Vgl. dazu Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger, § 7 N 795 ff.

512 BK OR-Rehbinder/Stöckli, Art. 322 N 19; Portmann, ARV 2015, S. 272; Streiff/von Kaenel/Rudolph, Art. 322 N 15; Wyler/Heinzer, S. 174.

513 Dies betrifft auch die Überstundenentschädigung, sofern diese nicht schon vertraglich ausbedungen bzw. ein Ausgleich durch Freizeit vereinbart wurde.

514 Kürzt der Arbeitgeber den Lohn eigenmächtig, gerät er in Leistungsverzug und der Arbeitnehmer kann seine Arbeitsleistung verweigern (Art. 82 OR analog; Portmann, ArbR, S. 66; vgl. auch BGer 4A_552/2013, E. 4.1; AppGer BS, JAR 1980, S. 220 f.; Vischer/Müller, § 10 N 45).

515 Vgl. BGE 97 II 142, E. 4 b; AppGer BS, JAR 1980, S. 191 f.; AGer BE, JAR 1981, S. 259 f.

516 Vgl. BK OR-Rehbinder/Stöckli, Art. 322 N 19; gl.M. ZK-Staehelin, Art. 322 N 4; Schnüriger, S. 95; a.M. als noch die Betriebsgefährdung als Grenze der Gefahrentragung galt Brühwiler Jürg, Handkommentar zum Einzelarbeitsvertrag, Bern 1978, Art. 324 N 3c.

Existenz des Betriebes gefährdet.[517] Das Eintreten einer Unternehmenskrise gehört zum üblichen Betriebsrisiko und fällt so einzig in den Risikobereich des Arbeitgebers.[518] Auch ein bloss vorübergehender oder teilweiser Rückbehalt[519] oder eine Rückforderung von Lohnzahlungen ist nicht möglich.[520] Auch dazu ist die Zustimmung des Arbeitnehmers notwendig.

Der Arbeitgeber kann die beabsichtigte Lohnkürzung den Arbeitnehmern mit oder ohne Kündigung bzw. Kündigungsandrohung offerieren. Auch kann sich der Arbeitgeber in engen Grenzen vorsorglich die Zustimmung des Arbeitnehmers für eine Lohnkürzung im Rahmen eines Änderungsvorbehalts einholen.[521] Eine solche muss allerdings hinreichend klar sein und es dem Arbeitnehmer ermöglichen, seinen Lohn zu berechnen.[522] Die Lohnhöhe darf nicht bloss vom freien Ermessen des Arbeitgebers abhängig sein, sondern es bedarf dafür objektiver Kriterien.[523]

---

517 Vgl. BK OR-Rehbinder/Stöckli, Art. 324 N 43; BSK OR I-Portmann/Rudolph, Art. 324 N 4.

518 Dazu oben § 4/II/2.

519 Namentlich die in Art. 323a Abs. 1 OR statuierte Möglichkeit, einen Teil des Lohnes zurückzubehalten, ist nicht anwendbar; die Bestimmung gestattet den Lohnrückhalt nur zur Sicherung der aus dem Arbeitsverhältnis entstehenden Forderungen (grundlegend dazu z.B. BK OR-Rehbinder/Stöckli, Art. 323a N 1 ff.).

520 Vgl. Polcan/Stengel, S. 235 f. Hat der Arbeitgeber irrtümlich zu viel Lohn gezahlt, besteht nach Art. 62 ff. OR während einer relativen Frist von einem Jahr ein Rückforderungsanspruch (Polcan/Stengel, S. 236).

521 BGer 4A_552/2013, E. 4; 4A_608/2009, E. 3.1; BK OR-Rehbinder/Stöckli, Art. 322 N 19 (unter Hinweis auf AGer ZH, JAR 1981, S. 246 ff.); BSK OR I-Portmann/Rudolph, Art. 322 N 9; gl.M. wohl auch Cramer, FS Stöckli, S. 146 f.; ablehnend Pärli, Jusletter 2015, N 46; Rudolph, Vertragsänderungen, S. 29; Rudolph, FS Stöckli, S. 563 f.

522 BK OR-Rehbinder/Stöckli, Art. 322 N 19 unter Hinweis auf AGer ZH, JAR 1981, S. 246 ff.; Geiser, AJP 1998, S. 1027.

523 BK OR-Rehbinder/Stöckli, Art. 322 N 19; Geiser, AJP 1998, S. 1027; Witzig, S. 128; dazu auch oben § 4/III/3/a.

2. Im Besonderen: Stillschweigende Annahme einer Lohnkürzung

Das Bundesgericht hatte wiederholt die Frage zu beurteilen, ob ein Arbeitnehmer einer Lohnkürzung stillschweigend i.S.v. Art. 6 OR zugestimmt hat.[524] Die dazu ergangene Rechtsprechung ist im Ergebnis nicht überzeugend.[525] Einer kritischen Würdigung zu unterziehen sind die bundesgerichtlichen Anforderungen an den entsprechenden *Antrag* für die Lohnkürzung, das Vorliegen *besonderer Umstände i.S.v. Art. 6* sowie die teilweise Berufung auf eine *tatsächliche Vermutung* für eine stillschweigende Zustimmung.

Die bundesgerichtlichen Voraussetzungen an den Antrag zu einer Lohnkürzung variieren stark: Ein Schreiben, in welchem der Arbeitgeber über die Höhe der Zusatzvergütung und deren geänderte Auszahlungsbedingungen informierte, qualifizierte das Bundesgericht nicht als Angebot, sondern als Deklaration des Arbeitgebers, die Bedingungen einseitig zu modifizieren.[526] Eine hinreichend bestimmte Änderungsofferte sah es indes in einem Schreiben und einer E-Mail, in welchen der Arbeitnehmer über die geplante Boni-Reduktion informiert wurde.[527] In einem anderen Fall wertete es die blosse Auszahlung des gekürzten Lohnes als Antrag – wohl im Sinne einer Realofferte[528] – zur Lohnreduktion.[529] Kein erkennbares Angebot sah es indes im Entrichten eines abredewidrig zu tiefen Lohnes während 4 Jahren.[530] Im Sinne der Rechtssicherheit wäre es wünschenswert, wenn das Bundesgericht klare Anforderungen an den Antrag einer Lohnkürzung stellen würden. Als Antrag bzw. Realofferte m.E. nicht genügen darf dabei die blosse Auszahlung

---

524 Zur Kasuistik sogleich; ausführlich dazu auch Rusch, N 2 ff. und Portmann/Dobreva, S. 273 ff.; grundlegend zu Art. 6 OR oben § 4/III/1/b.

525 Kritisch dazu auch BSK OR I-Portmann/Rudolph, Art. 322 N 9a; Portmann, ArbR, S. 66 f.; Portmann/Dobreva, S. 270 ff.; Rudolph, Vertragsänderungen, S. 12f; Rusch, N 6 ff.; Streiff/von Kaenel/Rudolph, Art. 322 N 15.

526 BGer 4A_509/2008, E. 5.3.1; ähnlich BGer 4C.14/2001, E. 1b (hier ging es aber um das Zustandekommen eines Schuldnererlasses i.S.v. Art. 115 OR).

527 BGer 4A_131/2015, E. 2.4; 4A_133/2015, E. 2.4; 4A_135/2015, E. 2.4.

528 Portmann/Dobreva, S. 277. Zur Realofferte oben § 4/III/1/a.

529 BGer 4A_478/2009, E. 3; vgl. auch BGer 4A_443/2010, E. 10.1.4 («Bezahlt der Arbeitgeber einen gemäss seiner Ankündigung gekürzten Lohn aus […]») und 4A_90/2016, E. 6.2 («Si, conformément à ce qu'il a annoncé au travailleur, l'employeur paie un salaire réduit […]»), wo es genügte, dass der Auszahlung des gekürzten Lohnes eine «Ankündigung» vorausging.

530 BGer 4A_477/2013, E. 2.3.

des gekürzten Lohnes.[531] Dies signalisiert nicht den Willen zur Vertragsänderung, sondern ist nichts anderes als ein Vertragsbruch, der den Arbeitgeber in Schuldnerverzug geraten lässt.[532] Für eine Realofferte muss sich der Wille zur Vertragsänderung über das faktische Verhalten hinaus in weiteren Umständen manifestieren, indem der Auszahlung des gekürzten Lohnes z.B. Verhandlungen vorausgegangen sind.[533]

Für die stillschweigende Annahme eines Lohnkürzungantrags müssen *besondere Umstände* i.S.v. Art. 6 OR vorliegen, aufgrund derer mit keiner ausdrücklichen Annahme zu rechnen ist.[534] Solche Umstände sind gemäss Bundesgericht gegeben, wenn für den Arbeitnehmer erkennbar ist, dass der Arbeitgeber von seiner (stillschweigenden) Zustimmung zur offerierten Lohnkürzung ausgeht und er andernfalls bestimmte Massnahmen ergreifen oder eine Kündigung aussprechen würde.[535] Damit beschreibt das Bundesgericht aber keine «besonderen» Umstände, sondern den typischen Regelfall, wenn ein Arbeitgeber Änderungen zulasten des Arbeitnehmers plant.[536] Solche sind regelmässig wirtschaftlich bedingt, weshalb bei deren Nichtannahme durch den Arbeitnehmer der Arbeitgeber das beabsichtigte Sparpotential anderweitig – meist durch Kündigungen – realisieren muss. Dogmatisch handelt es sich dabei um nichts anderes als um eine (uneigentliche) Änderungskündigung.[537] Bekanntermassen gilt Schweigen dort aber grundsätzlich nicht als Zu-

---

531 So aber in BGer 4A_478/2009, E. 3.

532 Vgl. Portmann, ArbR, S. 66; Portmann/Dobreva, ARV 2015, S. 277; Cramer, FS Stöckli, S. 143.

533 Vgl. Cramer, FS Stöckli, S. 144; Rusch, N 7. Ist man betreffend die Anforderung an einen Antrag wenig streng, dürfte dies im Ergebnis kaum etwas ändern, da es meist an dessen stillschweigender Annahme durch den Arbeitnehmer scheitern wird (Cramer, FS Stöckli, S. 144 FN 51).

534 BGer 4A_443/2010, E. 10.1.4 m.w.H.; vgl. auch BK OR-Rehbinder/Stöckli, Art. 322 N 19. Da die Kürzung des Lohnes ohne gleichzeitige Pensumsreduktion für den Arbeitnehmer stets nachteilig ist, hat das Bundesgericht bei der Prüfung des Vorliegens einer stillschweigenden Zustimmung zu Recht nicht auf die Tatbestandsvariante «wegen der besonderen Natur des Geschäftes» abgestellt.

535 BGer 4A_443/2010, E. 10.1.14; 4A_223/2010, E. 2.1.2; 4A_434/2014, E. 3.2; 4A_135/2015, E. 2.1; anders BGer 4A_216/2017, E. 5 (grundsätzlich keine Pflicht des Arbeitnehmers, ein Angebot auf einen Bonusverzicht ausdrücklich abzulehnen).

536 Rusch, N 9.

537 Vgl. Rusch, N 9. Damit ist auch der entsprechende zeitliche und sachliche Kündigungsschutz anwendbar. Zur Änderungskündigung oben § 4/III/2.

stimmung.[538] Stattdessen hat der Arbeitgeber für klare Verhältnisse zu sorgen und bei Ausbleiben einer Reaktion seitens des Arbeitnehmers zu einer Kündigung zu schreiten oder die Vertragsverschlechterung bereits mit einer solchen zu verbinden (eigentliche Änderungskündigung).[539]

Ohne jegliche nähere Erklärung beruft sich das Bundesgericht teilweise auf die Faustregel, wonach bei vorbehaltloser Annahme des gekürzten Lohnes *während drei Monaten* eine *tatsächliche Vermutung für eine stillschweigende Zustimmung* zur Lohnkürzung besteht.[540] Dies ist wenig überzeugend.[541] Tatsächliche Vermutungen beruhen auf allgemeine Lebenserfahrungen.[542] Diese spricht jedoch viel-

538 Dazu oben § 4/III/2/c.

539 Ähnlich Rusch, N 9 f. Anders zu beurteilen ist dies, wenn nach Ablauf der Kündigungsfrist der Arbeitnehmer zu geänderten Bedingungen stillschweigend weiterarbeitet (dazu oben § 4/III/2/c).

540 BGer 4A_404/2014, E. 5.1 (widerspruchslose Annahme des reduzierten Lohnes während drei Jahren); BGer 4A_223/2010, E. 2.1.2 (widerspruchslose Annahme von gekürzten Provisionen während mehr als zwei Jahren nach einer angekündigten Provisionskürzung); BGer 4A_443/2010 (widerspruchslose Entgegennahme eines reduzierten Lohnes während 6 Monaten); BGer 4C.242/2005 (widerspruchslose Annahme eines gekürzten Lohnes während sechs Monaten, wobei der Arbeitnehmer eine vorgängige Offerte zur Lohnkürzung nicht unterzeichnet hatte); anders noch BGer 4C.62/2003, bei dem für eine stillschweigende Zustimmung die fünfmalige vorbehaltlose Annahme eines gekürzten Lohns im Anschluss an einen erwiesenermassen erfolgten Antrag *nicht* genügte. Die Sache wurde an die Vorinstanz zurückgewiesen, um die Gründe zu klären, weshalb keine sofortige Zustimmung habe erwartet werden können; restriktiver auch BGer 4A_447/2013. Die Zürcher Praxis nimmt schon länger bei protestloser mehrmaliger Entgegennahme eines tieferen Lohnes eine Vertragsanpassung an (vgl. OGer ZH, JAR 1999, S. 135 E. 3b [auch ein einmaliger Protest schliesse das spätere Einverständnis nicht aus, wenn der Arbeitgeber an der Kürzung festhält und der Arbeitnehmer nicht mehr widerspricht]; AGer ZH, ARV 2004, S. 170 [mindestens drei- bis sechsmal]).

541 Ebenfalls kritisch Brunner/Bühler/Waeber/Bruchez, Art. 320 N 11; Portmann/Dobreva, S. 279; Portmann/Stöckli, N 226; Rusch, N 6.

542 Natürliche (tatsächliche) Vermutungen («praesumptiones hominis») stellen Schlussfolgerungen aus bewiesenen Tatsachen auf nicht bewiesene Tatsachen dar, welche der Richter aufgrund der allgemeinen Lebenserfahrung von Indizien zieht (Frage der Beweiswürdigung). Eine natürliche Vermutung kann durch Gegenbeweis umgestossen werden (zum Ganzen z.B. Leuenberger/Uffer-Tobler, N 9.20, 9.140 ff., 9.152 ff.; Sutter-Somm, N 778, 871 ff.). Davon abzugrenzen sind gesetzliche Vermutungen («praesumptiones iuris»). Dabei handelt es sich um Beweislastverteilungsregeln. Es gibt gesetzliche Tatsachen- und Rechtsvermutungen. Bei den gesetzlichen Tatsachenvermutungen vermutet der Gesetzgeber aufgrund von Wahrscheinlichkeits-

mehr dafür, dass ein Arbeitnehmer auch nach der dritten Auszahlung eines reduzierten Lohnes nicht damit einverstanden ist.[543] Einzig die Verjährung sollte die Möglichkeit begrenzen, den zu tief bezahlten Lohn einzufordern.[544] Wo das Bundesgericht von einer tatsächlichen Vermutung ausgeht, kann der Arbeitnehmer diese umstossen, indem er besondere Umstände nachweist, gestützt auf welche der Arbeitgeber trotz des langen Schweigens des Arbeitnehmers nicht auf dessen Zustimmung zur Reduktion schliessen durfte.[545] Damit wird dem Arbeitnehmer als wirtschaftlich schwächere und durch den gekürzten Lohn belastete Partei zusätzlich eine Beweislast auferlegt.[546] Im Übrigen unklar ist, welche Umstände diese tatsächliche Vermutung umzustossen vermögen.[547]

Obschon die bundesgerichtliche Rechtsprechung zur stillschweigenden Lohnkürzung nicht überzeugt, bedeutet dies nicht, dass eine Lohnkürzung in keinem Fall stillschweigend vereinbart werden kann. M.E. abzulehnen ist die teilweise vorgebrachte Ansicht, Art. 6 OR sei im Zusammenhang mit Lohkürzungen nicht anwendbar, da es dem Arbeitnehmer aus Angst vor einer Kündigung grundsätzlich nicht zumutbar sei, gegen eine Lohnkürzung zu protestieren.[548] Wie bereits im Zu-

überlegungen, dass bestimmte Tatsachen gegeben sind. Daher entbindet er die Partei, die sich darauf beruft, vom Beweis dieser Tatsachen (vgl. z.B. Art. 3 Abs. 1 ZGB; Art. 16 Abs. 1 OR, Art. 176 Abs. 3 OR). Durch Beweis des Gegenteils kann die Gegenpartei jedoch die Vermutung umstossen. Bei den gesetzlichen Rechtsvermutungen muss der Ansprecher nur die sog. Vermutungsbasis beweisen. Daraus wird auf das im Gesetz vorgesehene Recht oder Rechtsverhältnis geschlossen (z.B. Art. 255 Abs. 1 ZGB; Art. 17 OR; Art. 543 Abs. 3 OR). Auch hier hat die Gegenpartei die Möglichkeit, den Beweis des Gegenteils zu führen (zum Ganzen z.B. Leuenberger/Uffer-Tobler, N 9.17 ff.; Sutter-Somm, N 865 ff.).

543 Rusch, N 6; gl.M. Portmann/Dobreva, S. 279.

544 Rusch, N 6.

545 BGer 4A_404/2014, E. 5.1; 4A_223/2010, E. 2.1.2; 4C.242/2005, E. 4.3.

546 Portmann/Dobreva, S. 278.

547 Portmann/Dobreva, S. 278.

548 BSK OR I-Portmann/Rudolph, Art. 322 N 9a; Portmann/Dobreva, S. 272, 279; s.a. Rusch, N 12. Auch das Bundesgericht äusserte sich in seiner Rechtsprechung teilweise zum Vorbringen, dem Arbeitnehmer sei es wegen Angst vor einer allfälligen Kündigung nicht zumutbar, gegen eine Lohnkürzung zu protestieren. Während es gemäss BGer 4A_477/2013, E. 2.3, nicht ungewöhnlich sei, dass ein Arbeitnehmer während des Arbeitsverhältnisses aus Angst vor dem Verlust seiner Stelle zögern wurde, seine vertraglichen Ansprüche geltend zu machen, verpflichtete es den Arbeitnehmer in BGer 4A_223/2010, E. 2.4, trotz vorgebrachter Angst vor einem Stellenverlust wegen der vermeintlich erkennbaren Erwartungshaltung des Arbeitgebers aus Treu und

sammenhang mit der vertragswidrigen Weisung festgehalten, ist dieses Argument nicht bei der Vertragsentstehung, sondern einer allfälligen Anfechtung wegen Willensmängeln (Art. 23 ff. OR) relevant.[549]

3. Kürzung bzw. Streichung von Gratifikationen

a) Begriff und Erscheinungsformen

In der Praxis werden oft sog. *Gratifikationen* ausbezahlt. Dabei handelt es sich um *Sondervergütungen,* die der Arbeitgeber *neben dem Lohn bei bestimmten Anlässen* (Weihnachten, Abschluss des Geschäftsjahrs etc.) ausrichtet (vgl. Art. 322d Abs. 1 OR).[550] Deren Ausrichtung hängt immer in einem gewissen Masse vom *Willen des Arbeitgebers* ab[551] und ist damit ganz oder zumindest teilweise freiwillig.[552] Insofern ist – anders als beim Lohn i.S.v. Art. 322 OR – die einseitige Kürzung von Gratifikationen durch den Arbeitgeber grundsätzlich nicht ausgeschlossen. Inwieweit der Arbeitgeber dazu im Einzelnen berechtigt ist, hängt von der Art der Gratifikation ab.

Je nach ihrem Verbindlichkeitsgrad ist zwischen der *echten* und der *unechten* Gratifikation zu unterscheiden.[553] Als *Grundform der Gratifikation* i.S.v. Art. 322d Abs. 1 OR[554] zeichnet sich die echte Gratifikation dadurch aus, dass sie dem Grundsatz und der Höhe nach eine freiwillige Leistung darstellt und ihre Ausrichtung – unter Beachtung des arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes und

---

Glauben zur Ablehnung der Lohnreduktion. In einem dritten Fall erachtete es den Widerspruch des Arbeitnehmers gerade deshalb als zumutbar, weil dieser nicht um seine Stelle fürchten musste, da er nur befristet angestellt war (BGer 4C.242/2005, E. 4.4) Im Ergebnis werden demnach entgegengesetzte Begründungen – sowohl eine drohende Kündigung als auch die Sicherheit, keine Kündigung fürchten zu müssen – dafür gebraucht, zulasten des Arbeitnehmers einen Widerspruch zu fordern, andernfalls geht das Bundesgericht von seiner stillschweigenden Zustimmung aus (Portmann/Dobreva, S. 280).

549 So auch Cramer, FS Stöckli, S. 145; ähnlich oben § 4/III/4/b.

550 BSK OR I-Portmann/Rudolph, Art. 322d N 1; Streiff/von Kaenel/Rudolph, Art. 322d N 2. Die Gratifikation wird im SchKG, im Steuerrecht und im Sozialversicherungsrecht als Lohn behandelt (ZK-Staehelin, Art. 322d N 2 m.w.H.).

551 BGE 142 III 381, E. 2.1; 129 III 276, E. 2; Geiser, recht, N 2.10, 2.26.

552 BGer 4A_216/2017, E. 3.1.

553 BSK OR I-Portmann/Rudolph, Art. 322d N 1.

554 BSK OR I-Portmann/Rudolph, Art. 322d N 1.

des Diskriminierungsverbotes[555] – im Ermessen des Arbeitgebers liegt.[556] Der Arbeitnehmer hat keinen klagbaren Anspruch[557] und dem Arbeitgeber steht es namentlich bei einer Unternehmenskrise frei, die echte Gratifikation ganz oder teilweise zu streichen.[558] Ist eine Gratifikation dem Grundsatz nach vereinbart, liegt deren Höhe aber im Ermessen des Arbeitgebers, handelt es sich um eine unechte Gratifikation.[559] Der Arbeitgeber darf seine Pflicht zur Ausrichtung der Gratifikation aber nicht dadurch unterlaufen, dass er diese willkürlich tief festsetzt oder ganz entfallen lässt; er hat die Höhe der Gratifikation nach billigem Ermessen festzusetzen.[560] Zulässig sind vor diesem Hintergrund namentlich generelle Kürzungen aus wirtschaftlichen Gründen.[561] Dabei ist – entgegen BGE 136 III 313, E. 2.3.3 – gerade nicht notwendig, dass der Arbeitnehmer erkennen konnte, dass das Geschäftsergebnis ein Herabsetzungskriterium ist; die nach sachlichen Kriterien erfolgende Ausübung des Ermessens durch den Arbeitgeber entspricht gerade dem Wesen der unechten Gratifikation, ohne dass es auf eine Erkennbarkeit seitens des Arbeitnehmers ankommen kann.[562] Insofern steht dem Arbeitgeber die einseitige Kürzung unechter Gratifikationen im Sanierungsfall jederzeit zu.

Von der Gratifikation zu unterscheiden ist die *Sondervergütung mit Lohncharakter.* Hier sind sowohl der Grundsatz wie auch die Höhe der Sondervergütung vereinbart oder objektiv bestimmbar, womit dem Arbeitgeber *kein Ermessenspielraum*

---

555 BSK OR I-Portmann/Rudolph, Art. 322d N 4 ff.; Portmann/Stöckli, N 294. Zum Gleichbehandlungsgebot bzw. Diskriminierungsverbot oben § 4/II/4.

556 BSK OR I-Portmann/Rudolph, Art. 322d N 3; Vischer/Müller, § 10 N 82.

557 Vischer/Müller, § 10 N 82. Zum Rechtsanspruch bzw. der Entstehung eines solchen unten.

558 Zur Illustration vgl. Urteil vom 26. 02. 1976 in Sachen S./Z. & Co, BJM 1977 S. 273, 283, bei dem ein Radio/TV-Geschäft, welches regelmässig Gratifikationen in Höhe eines Monatsgehalts mit der schriftlichen Bemerkung, die Gratifikation sei kein Lohnbestandteil und werde zum Dank für Einsatz und Treue ausgerichtet, bezahlt hatte, die Gratifikation für 1975 generell für alle Angestellten wegen krassen Umsatz- und Gewinnrückgangs auf 30% reduzierte. Das Gericht wies die Klage eines Angestellten auf Zahlung der Differenz zu einem vollen Monatsgehalt ab.

559 BSK OR I-Portmann/Rudolph, Art. 322d N 12; Vischer/Müller, § 10 N 82.

560 BGE 136 III 313 E. 2.3; BK OR-Rehbinder/Stöckli, Art. 322d N 17; BSK OR I-Portmann/Rudolph, Art. 322d N 13. Auch hier sind das arbeitsrechtliche Gleichbehandlungsgebot und das Diskriminierungsverbot zu beachten (dazu oben 4§/II/4).

561 BK OR-Rehbinder/Stöckli, Art. 322d N 15; BSK OR I-Portmann/Rudolph, Art. 322d N 14.

562 BSK OR I-Portmann/Rudolph, Art. 322d N 14.

bleibt.[563] Gemäss Bundesgericht fällt die Sondervergütung mit Lohncharakter nicht unter Art. 322d OR, sondern gilt als fester Lohnbestandteil.[564] Für die einseitige Kürzung bzw. Streichung dieser Sondervergütung benötigt es daher einen entsprechenden Vorbehalt bzw. objektiv vereinbarte Kriterien, andernfalls ist sie auch bei einer Unternehmenskrise zu entrichten.[565] Ein entsprechender Kürzungsvorbehalt kann namentlich auch stillschweigend erfolgen, wenn der gute Geschäftsgang erkennbar zum Massstab der Bemessung gemacht wurde. Den Arbeitgeber trifft dafür die Beweislast (Art. 8 ZGB).[566]

Das Bundesgericht qualifiziert eine Sondervergütung sodann als Lohnbestandteil, wenn sie die *einzige Entschädigung* für die Arbeitsleistung darstellt[567] oder im Verhältnis zur sonstigen Entschädigung nicht mehr als *akzessorisch,* d.h. als zum Lohn hinzutretende Zahlung, erscheint.[568] Bei einem hohen Einkommen könne der als Gratifikation ausgerichtete Teil der Leistung prozentual zum Lohn grösser sein als bei einem niedrigeren Einkommen.[569] Auch bei einer im Verhältnis zum Lohn sehr hohen Leistung könne der Charakter als Gratifikation gewahrt werden, wenn ihre Ausrichtung einmalig sei und sich in dieser Höhe nicht wiederhole.[570] Soweit die Gratifikation indes regelmässig einen höheren Betrag erreiche als der

563 Vgl. BSK OR I-Portmann/Rudolph, Art. 322 N 16 f. In der Praxis besteht eine solche regelmässig in Form eines 13. Monatslohns (vgl. dazu Streiff/von Kaenel/Rudolph, Art. 322d N 10).

564 BGE 109 II 447, E. 5c); 129 III 276, E. 2; BGer 4C.395/2005, E. 5.3; 4C.340/2005, E. 2.1; 4C.244/2004, E. 2.1. Kritisch dazu Streiff/von Kaenel/Rudolph, Art. 322d N 9; ZK-Staehelin, Art. 322d N 6.

565 Vgl. BSK OR I-Portmann/Rudolph, Art. 322d N 21 ff.; Streiff/von Kaenel/Rudolph, Art. 322d N 7.

566 BK OR-Rehbinder/Stöckli, Art. 322d N 15. Nach Brühwiler, Art. 322d N 5, ist in der Regel davon auszugehen, dass ein entsprechender Vorbehalt stillschweigend vereinbart wurde, da es für den Arbeitnehmer erkennbar sein müsse, dass ein einigermassen guter Geschäftsgang für die Ausrichtung einer Gratifikation Voraussetzung sei.

567 Die Entschädigung des Arbeitgebers kann nicht nur aus einer Gratifikation bestehen. Der Arbeitsvertrag ist definitionsgemäss entgeltlich, weshalb sich der Arbeitgeber zur Auszahlung eines Entgelts verpflichten muss (Geiser, AJP 2013, S. 439).

568 BGE 129 III 276, E. 2.1. Kritisch zur Akzessorietätsrechtsprechung z.B. BSK OR I-Portmann/Rudolph, Art. 322d N 19; Vischer/Müller, § 10 N 90.

569 BGE 129 III 276, E. 2.1.; 139 III 155, E. 3.2; BGer 4A_2016, E. 5.3; 4C.6/2003, E. 2.2.

570 BGE 129 III 276, E. 2.1; BGer 4C.6/2003, E. 2.2.

Lohn, erscheine der akzessorische Charakter kaum mehr gewahrt.[571] Das Bundesgericht relativiert diese Rechtsprechung allerdings für jene Fälle, in denen der eigentliche Lohn ein Mass erreiche, das die wirtschaftliche Existenz des Arbeitnehmers bei Weitem gewährleistet bzw. seine Lebenshaltungskosten erheblich übersteige. Dort sei die Höhe der Gratifikation im Verhältnis zum Lohn kein tragbares Kriterium mehr, um über deren Qualifikation zu entscheiden.[572] Die Grenze, ab der ein solcher hoher Lohn vorliegt, setzt das Bundesgericht beim fünffachen Medianlohn (im privaten Sektor) fest.[573/574] Präzisiert und abgeschwächt hat das Bundesgericht diese Rechtsprechung schliesslich in einem weiteren Entscheid, in welchem es folgerte, dass das Akzessorietätserfordernis bei mittleren bis hohen Einkommen, d.h. zwischen dem einfachen und dem fünffachen Medianlohn, erst spiele, wenn die Sondervergütung mindestens die Höhe des Grundlohns erreiche.[575/576]

In der Praxis fällt ferner oft auch der Begriff des *Bonus*.[577] Dieser stellt keine spezielle eigene Kategorie einer Gratifikation dar, vielmehr ist der Begriff mehrdeu-

---

571 Vgl. BGer 4C.269/2002, E. 2.1; BGE 131 III 621, E. 5.2; 129 III 276, E. 2.1.

572 BGE 139 III 155, E. 5.3 (es ging um Millionenbeträge); BGer 4A_216/2013, E. 5.3.

573 Stand 2016 gemäss Lohnstrukturerhebung des Bundesamtes für Statistik: 5 × CHF 74 820.00 = 374 100.00.

574 BGE 141 III 407, E. 5.3.3; bestätigt in BGer 4A_251/2015, 4.2; 4A_565/2015, E. 2.2.2. Geiser, AJP 2016, S. 104, begrüsst diese Präzisierung aus praktischer Sicht, weist aber darauf hin, dass die Anknüpfung auch beim Vielfachen des für das UVG-Obligatorium massgeblichen Maximallohnes hätte erfolgen können. Damit hätte man stärker an einem normativen Kriterium angeknüpft und es hätte keine vollständig neue Zahl als Massstab eingeführt werden müssen.

575 BGer 4A_714/2016; vgl. auch BGer 4A_290/2017 und 4A_463/2017. Exemplarisch zeitigt diese Rechtsprechung nach Portmann/Rudolph, ZBJV, S. 78, folgende Konsequenzen: Gemäss einem Urteil aus dem Jahr 2013 konnte sich der klagende Senior Consultant noch mit einem Grundlohn von CHF 100 000.00 und einem Bonus von CHF 40 000.00 erfolgreich auf das Akzessorietätserfordernis berufen (BGer 4A_216/2013, E. 5.3). Nunmehr bliebe derselbe Arbeitnehmer erfolglos, da er in die bundesgerichtlich geschaffene Lohnkategorie «mittlere bis hohe Einkommen» eingeteilt und sein Bonus die notwendige Höhe des Jahresfixlohns nicht annähernd erreichen würde.

576 Im Übrigen ist jeweils nur der die Akzessoriertätsgrenze übersteigende Teil der Sondervergütung als Lohnbestandteil und der restliche Teil als Gratifikation zu qualifizieren (BSK OR I-Portmann/Rudolph, Art. 332d N 19 m.w.H.).

577 Eingehend zum Bonus z.B. Cramer Conradin, Der Bonus im Arbeitsvertrag, Bern 2007.

tig[578] und es ist im Einzelfall zu prüfen, ob ein vereinbarter Bonus als Gratifikation i.S.v. Art. 332d OR, ein Bestandteil des Grundlohnes, Anteil am Geschäftsergebnis oder gar Mischform verschiedener Lohnarten vorliegt.[579] Für die arbeitsrechtliche Qualifikation naturgemäss nicht massgebend ist dabei die Deklaration, sondern die jeweiligen einzelvertraglichen oder reglementarischen Regelungen sowie die Handhabung in der betrieblichen Praxis.[580]

b) Rechtsanspruch und Verbindlichkeit

Die Gratifikation ist grundsätzlich freiwillig (echte Gratifikation).[581] Ein klagbarer Anspruch (unechte Gratifikation, ev. Sondervergütung mit Lohncharakter) besteht nur, wenn dies verabredet ist (vgl. Art. 322d Abs. 1 OR).[582] Ein verbindlicher Gratifikationsanspruch kann ausdrücklich (schriftlich[583] oder mündlich) sowie stillschweigend (z.B. durch betriebliche Übung) entstehen.[584]

Gemäss Rechtsprechung gilt eine Gratifikation nach dem Vertrauensprinzip als vereinbart, wenn sie ohne Freiwilligkeitsvorbehalt während mindestens *drei aufeinander folgenden Jahren* ausgerichtet wurde.[585] Hat der Arbeitgeber deren

---

578 ZK-Staehelin, Art. 322d N 6; vgl. auch Geiser, recht, N 2.4.

579 Brühwiler, Art. 322d N 1; ZK-Staehelin, Art. 322d N 6; vgl. auch BGer 4A_513/2017, E. 5; KGer SG, JAR 2009, S. 569 (i.c. Bonus als Mischung aus Gratifikation und Lohn).

580 Streiff/von Kaenel/Rudolph, Art. 322d N 2; ZK-Staehelin, Art. 322d N 6.

581 BK OR-Rehbinder/Stöckli, Art. 322d N 4.

582 Brühwiler, Art. 322d N 2; BK OR-Rehbinder/Stöckli, Art. 322d N 4.

583 Oft wird im Einzel-, Normal- oder Gesamtarbeitsvertrag eine Gratifikation als wiederkehrende Leistung ausdrücklich festgelegt (ZK-Staehelin, Art. 322d N 8; vgl. auch BK OR-Rehbinder/Stöckli, Art. 322d N 5).

584 Vgl. BK OR-Rehbinder/Stöckli, Art. 322d N 4 f.; ZK-Staehelin, Art. 322d N 8 f. Da es sich hierbei regelmässig um eine einvernehmliche Vertragsänderung zu Gunsten des Arbeitnehmers handelt, darf dessen (stillschweigende) Zustimmung vermutet werden (Art. 6 OR, dazu oben § 4/III/1/b).

585 BGE 129 III 276, E. 2 m.w. H; bestätigt in BGE 131 III 615, E. 5.2 und BGer 4A_434/2014, E. 5.2; anders: GSGer BS, JAR 1980, S. 193, wo einem Arbeitgeber die Möglichkeit zugestanden wurde, nach jahrelangem vorbehaltlosem Ausrichten einer nicht vertraglich fixierten Gratifikation der Belegschaft mitzuteilen, im nachfolgenden Jahr behalte er sich ausdrücklich vor, die Gratifikation zu kürzen oder wegfallen zu lassen, wenn – wie sich abzeichne – es dem Betrieb schlechter gehe. Die nachfolgende Reduktion auf 30% wurde geschützt, weil der Betrieb in einer kritischen Lage war; BSK OR I-Portmann/Rudolph, Art. 322d N 10.

Höhe jeweils gewechselt, wird ihm zumindest zugestanden, die betragsmässige Festsetzung auch in Zukunft nach billigem Ermessen vorzunehmen.[586] Damit kann sich eine ursprüngliche echte zu einer unechten Gratifikation wandeln.[587] Blieb die Höhe der ausgerichteten Gratifikation indes während mindestens drei Jahren unverändert, ist der Arbeitgeber auch betragsmässig gebunden. Die ursprünglich echte oder unechte Gratifikation kann so zu einer Sondervergütung mit Lohncharakter mutieren.[588] Dasselbe soll für den Fall gelten, in welchem ein Bonus im schriftlichen Arbeitsvertrag zwar von der Erreichung gewisser Ziele abhängig gemacht wird, in der Folge aber während mehrerer Jahre auch bei nicht vollständiger Erreichung der festgelegten Ziele in vollem Umfang ausbezahlt wird.[589] Portmann bezeichnet diese Praxis zu Recht als verfehlt; nach dem Vertrauensprinzip darf aus freiwilligen Leistungen allgemein nicht auf einen Verpflichtungswillen geschlossen werden.[590] Sodann wird einem Arbeitgeber damit eine umso grössere Verpflichtung auferlegt, je mehr er vorher freiwillig geleistet hat.[591]

Der Arbeitgeber kann die Entstehung eines klagbaren Anspruchs grundsätzlich verhindern bzw. den Charakter der Sondervergütung als echte Gratifikation bewahren, indem er bei der Ausrichtung eindeutig auf ihre Freiwilligkeit hinweist.[592] Gemäss Bundesgericht führt jedoch eine dauernde Wiederholung des Vorbehalts ohne dessen Inanspruchnahme bei einer Gratifikationszahlung während einer langer Dauer – es spricht von jahrzehntelang – dazu, dass der Vorbehalt aus Sicht des Arbeitnehmers zur leeren Floskel verkommt und daher unter dem Aspekt des Vertrau-

---

586 BSK OR I-Portmann/Rudolph, Art. 322d N 10; Streiff/von Kaenel/Rudolph, Art. 322d N 4. Einer stark wechselnden Höhe ist sodann ein konkludenter Vorbehalt der Freiwilligkeit zu entnehmen (BK OR-Rehbinder/Stöckli, Art. 322d N 7; ZK-Staehelin, Art. 322d N 10).

587 BSK OR I-Portmann/Rudolph, Art. 322d N 10.

588 BSK OR I-Portmann/Rudolph, Art. 322d N 10, 12; a.M. Streiff/von Kaenel/Rudolph, Art. 322d N 4, wonach ein so konkludent entstandener Anspruch nichts an der rechtlichen Grundqualifikation als Gratifikation ändert.

589 BGer 4A_23/2007, E. 4.3; BSK OR I-Portmann/Rudolph, Art. 322d N 10.

590 Portmann, ArbR, S. 64 f. m.w.H.; ebenso BSK OR I-Portmann/Rudolph, Art. 322d N 10.

591 BSK OR I-Portmann/Rudolph, Art. 322d N 10.

592 Brühwiler, Art. 322d N 2; ZK-Staehelin, Art. 322d N 10. Der Hinweis im Arbeitsvertrag selbst genügt nicht, da er bei der einzelnen Ausrichtung nicht zum Ausdruck kommt (BK OR-Rehbinder/Stöckli, Art. 322d N 7; Wyler/Heinzer, S. 160).

ensprinzips nicht mehr von Belang ist.[593] Voraussetzung ist dabei zumindest, dass der Arbeitgeber in dieser Zeit auch Grund dafür gehabt hätte, die Gratifikation nicht auszurichten (z.B. bei schlechtem Geschäftsgang).[594] Im Ergebnis kann der Arbeitgeber somit der Entstehung eines klagbaren Gratifikationsanspruchs nur entgehen, wenn er – was nicht im Interesse des Arbeitnehmers sein kann – rechtzeitig eine Leistung auslässt.[595] Diese Rechtsprechung wurde in der Lehre – m.E. zu Recht – kritisiert; ist die Freiwilligkeit bzw. der fehlende Rechtsanspruch in den Vertragsgrundlagen klar vereinbart, kann auch bei wiederkehrenden freiwilligen Leistungen und erst recht bei klarem Freiwilligkeitsvorbehalt nach Treu und Glauben nicht auf einen Verpflichtungswillen geschlossen werden.[596]

4. Lohnzahlungen in Fremdwährung und Lohnkürzungen bei Währungsschwankungen

Infolge der Eurokrise bzw. des starken Schweizer Frankens (CHF)[597] wurde die Frage aktuell, ob Arbeitnehmern bzw. insbesondere Grenzgängern der Lohn in Euro bezahlt werden kann. Dies ist besonders für Arbeitgeber attraktiv, die einen grossen Teil ihres Umsatzes auf dem europäischen Markt generieren, da sich auf

---

593 BGE 129 III 276, E. 2.3; BGer 4A_513/2017, E. 5.3.2.

594 BGE 129 III 276, E. 2.3 m.w.H.; bestätigt in BGer 4C.244/2004, E. 2.1, in welchem die Anspruchsbegründung trotz ständigem Freiwilligkeitsvorbehalt nach fünfmaliger Ausrichtung bejaht wurde, was aber an den besonderen Umständen gelegen haben könnte und keine allgemeine Regel darstellt. Bejaht wurde die Freiwilligkeit in BGer 4A_172/2012, E. 6.1, in welchem der Arbeitgeber eine Gratifikation während acht Jahren jeweils mit einem Freiwilligkeitsvorbehalt ausbezahlt hat und einmal erwogen und dem Arbeitnehmer auch mitgeteilt hat, wegen einer ungünstigen wirtschaftlichen Situation keine Gratifikation auszuzahlen. Ob hier der Freiwilligkeitsvorbehalt alleine für den freiwilligen Charakter der Gratifikation genügt hätte, ist unklar. Vgl. auch Brunner/Bühler/Waeber/Bruchez, Art. 322c N 8; Streiff/von Kaenel/Rudolph Art. 322d N 5; ZK-Staehelin, Art. 322d N 10.

595 Vgl. BSK OR I-Portmann/Rudolph, Art. 322d N 11.

596 BK OR-Rehbinder/Stöckli, Art. 322d N 8; Brühwiler, Art. 322d N 2; BSK OR I-Portmann/Rudolph, Art. 322d N 11; Streiff/von Kaenel/Rudolph, Art. 332d N 4.

597 2010 hat sich der CHF gegenüber dem Euro um rund 15% aufgewertet (EStV Kursliste 31.12.2009, Bd. 1, S. 2: 1.00 EUR = 1.48 CHF; EStV Kursliste 31.12.2010, Bd. 1, S. 2: 1.00 EUR = 1.25 CHF). Zwischen Anfang 2010 und Anfang 2011 erreichte die Aufwertung sogar rund 30% (09.08.2011: 1.00 EUR = 1.03 CHF, https://www.finanzen.ch/devisen/historisch/eurokurs, abgerufen am 13.05.2019).

diesem Weg einerseits ein Teil des Währungsrisikos ausschalten lässt und andererseits Euro-Reserven reduziert werden können. Ferner entfallen die beim Währungsumtausch anfallenden Bankkommissionen.[598]

a) Grundlagen und Möglichkeiten

Ist nichts anderes verabredet oder üblich, bleibt der Geldlohn innert der Arbeitszeit in gesetzlicher Währung, d.h. in CHF, zu entrichten (Art. 323b Abs. 1 OR).[599] Die dispositive Natur von Art. 323b OR erlaubt es aber den Parteien eines dem schweizerischen Recht unterliegenden Arbeitsvertrags jederzeit eine Lohnzahlung in Fremdwährung (z.B. Euro)[600] zu vereinbaren.[601/602] Einseitig kann der Arbeitgeber – soweit kein gültiger Vorbehalt besteht – die vereinbarte Währung nicht ändern.[603]

Die Vereinbarung kann die *Lohnhöhe,* d.h. die *Schuldwährung,* und/oder die *Lohnauszahlung,* d.h. *Zahlungswährung- bzw. Erfüllungswährung* betreffen.[604] Vereinbaren die Parteien nur die Lohnhöhe in Euro (sog. *Fremdwährungsschuld*), steht es dem Arbeitgeber nach Art. 84 Abs. 2 OR frei, die Schuld in Euro oder CHF zu entrichten (Ersetzungsbefugnis, Alternativermächtigung, «Leistung an Erfüllung statt»)[605].[606] Es liegt eine sog. *einfache* oder *unechte Fremdwährungsschuld*

---

598 Gremper, S. 74.

599 BK OR-Rehbinder/Stöckli, Art. 323b N 1; Streiff/von Kaenel/Rudolph, Art. 323b N 2.

600 Exemplarisch als Fremdwährung wird nachfolgend Euro (EUR) gewählt.

601 Morf, N 379 m.w.H., vgl. auch BGer 4A_230/2018, E. 2; 4A_391/2015, E. 4.2; Gremper, S. 74. Prämien für die schweizerischen Sozialversicherungen sind ungeachtet anderslautender Vereinbarung weiterhin in der gesetzlichen Währung (CHF) zu bezahlen (Pärli, Jusletter 2015, N 75).

602 Bereits in mehreren Motionen wurde ohne Erfolg gefordert, Schweizer Löhne ausschliesslich in CHF auszuzahlen (vgl. 11.3608 Motion Robbiani; N 11.3534 Motion Pardini; 15.3197 Motion Carobbio Guscetti).

603 Vgl. Streiff/von Kaenel/Rudolph, Art. 323b N 2.

604 Brändli/Stengel, S. 349.

605 Koller, OR AT, N 41.29. Es handelt sich um einen gesetzlichen Anwendungsfall der Fakultativobligation (Alternativermächtigung, Ersetzungsbefugnis), bei der nur eine Leistung geschuldet ist («Hauptleistung»), der Schuldner aber durch eine nicht geschuldete Leistung («Ersatzleistung») erfüllen kann (Koller, OR AT, N 2.129). Davon abzugrenzen ist die Wahlobligation (vgl. Art. 72 OR, Koller, OR AT, N 2.128, dazu unten FN 615).

606 Grundlegend dazu Koller, OR AT, N 41.14 ff. Dies gilt aber nur für den Fall, dass sich der Erfüllungsort in der Schweiz befindet (vgl. BK OR-Weber, Art. 84 N 323).

vor.[607] Wurde der Betrag hingegen mit einer *Effektivklausel*[608] versehen (z.B. «der Lohn beträgt 3000 Euro und wird [«effektiv»] in Euro ausbezahlt»),[609] besteht eine sog. *echte Fremdwährungsschuld* und der Arbeitgeber hat den Lohn zwingend in Euro auszurichten.[610] Muss der Arbeitgeber daher Geld wechseln, trägt er die

---

Der Ort der Lohnzahlung (Erfüllungsort) kann durch ausdrückliche oder stillschweigende Vereinbarung der Parteien frei bestimmt werden (Art. 74 Abs. 1 OR). Fehlt eine ausdrückliche Übereinkunft, ist zur Ermittlung einer stillschweigenden Vereinbarung auf die Umstände, vor allem auf die Natur der Leistung und auf die Verkehrssitte abzustellen (BK OR-Weber, Art. 74 N 74). Während danach früher der Lohn i.d.R. an der Betriebsstätte ausgerichtet wurde, vereinbaren die Parteien heute üblicherweise die Überweisung auf ein Lohnkonto des Arbeitnehmers (Brühwiler, Art. 323 N 5; BK OR-Rehbinder/Stöckli, Art. 323 N 2). Ist ein Zahlungsort weder ausdrücklich noch stillschweigend vereinbart, gilt Art. 74 Abs. 2 Ziff. 1 OR, wonach Geldschulden an dem Ort zu bezahlen sind, wo der Gläubiger zur Zeit der Erfüllung seinen Wohnsitz hat (Bringschuld). Der Arbeitgeber hat dem Arbeitnehmer somit den Lohn an dessen Wohnsitz auszurichten (BK OR-Rehbinder/Stöckli, Art. 323 N 5; Streiff/von Kaenel/Rudolph, Art. 323b N 2; a.M. ZK-Staehelin, Art. 323b N 5 [Betrieb als Erfüllungsort]).

607 Brändli/Stengel, S. 350. Der Arbeitnehmer selbst kann dagegen nicht die Erfüllung in einer bestimmten Währung fordern (Koller, OR AT, N 41.37; Brändli/Stengel, S. 352). Kritisch dazu Morf, N 396 ff., wonach diese Alternativermächtigung wegen des ungleichen Kräfteverhältnisses im Arbeitsverhältnis nur anwendbar sein soll, wenn der Arbeitgeber den Arbeitnehmer über diese Möglichkeit informiert hat.

608 Der Begriff der «Effektivklausel» kommt auch bei GAV vor, wo mit einer sog. begrenzten Effektivklausel gemeint ist, dass bei Abschluss eines neuen GAV Reallohnerhöhungen und Teuerungszulagen auf dem effektiv bezahlten Lohn zuzuschlagen sind und nicht nur auf einem allfällig im GAV vorgesehenen, tieferen Mindestlohn (vgl. dazu Geiser/Müller/Pärli, N 811; Portmann/Stöckli, N 1128).

609 Die Umrechnungsbefugnis muss nicht zwingend durch ausdrückliche Erklärung ausgeschlossen werden; es genügt eine eindeutige Willensäusserung (Koller, OR AT, N 41.30). Morf, N 396 ff., will mit Blick auf den Arbeitnehmerschutz die Schwelle für den regelmässig vom Arbeitnehmer zu erbringenden Nachweis einer stillschweigend zustande gekommenen Effektivklausel nicht zu hoch ansetzen.

610 Brändli/Stengel, S. 350, 353 m.w.H.; vgl. auch Morf, N 385 ff. Auch kann vereinbart werden, den Lohn in festen Beträgen unterschiedlicher Währung zu bezahlen (z.B. monatlich je CHF 2000.00 plus EUR 500.00). Die Streuung minimiert das Risiko einer Geldentwertung (Brändli/Stengel, S. 354; vgl. auch Gremper, S. 78). Akzeptiert der Arbeitnehmer trotz Effektivklausel widerspruchslos die Zahlung in anderer Währung, ist zu prüfen, ob entweder eine stillschweigende Vertragsänderung zustande gekommen ist oder ob die Zahlung an Erfüllungsstatt (womit die Schuld sogleich getilgt wird) oder erfüllungshalber (womit die Schuld bestehen bleibt), zu

Chancen und Risiken von Wechselkursschwankungen,[611] währenddem sich für den Arbeitnehmer dadurch nichts ändert. Lohnmässig tangiert wird der Arbeitnehmer indessen in dem Fall, in welchem als Schuldwährung CHF und als Zahlungswährung Euro vereinbart ist (z.B. «Der Lohn beträgt *CHF 2500* und wird [effektiv] in *Euro* ausbezahlt»). Hier hängt die Lohnhöhe des Arbeitnehmers unmittelbar vom massgebenden Wechselkurs zum Zeitpunkt der Lohnzahlung ab: bei rechtzeitiger Zahlung des Lohnes (Fälligkeitszeitpunkt)[612] sowie Zahlung nach Eintritt der Fälligkeit gilt der Wechselkurs zur Verfallszeit,[613] bei Zahlung vor Fälligkeit gilt der Wechselkurs im Zeitpunkt der Zahlung.[614]

---

qualifizieren ist. Nach h.L. ist im Zweifel auf eine Zahlung erfüllungshalber zu schliessen (zum Ganzen Koller, OR AT, N 35.22 ff., 35.26).

611 Morf, N 389 mit folgenden Beispielen: *1) Monatslohn: EUR 5 000.00; Wechselkurs zu Vergleichszwecken: EUR 1.00 = CHF 1.50.* Liegt eine Effektivschuld vor und ist die Basiswährung des Arbeitgebers der CHF, beträgt der Lohn (unter Vernachlässigung von Transaktionskosten und Sozialversicherungsbeiträgen) CHF 7500.00. Muss der Arbeitgeber zur Zahlung des Geldlohns EUR gegen CHF kaufen, kann die in CHF umgerechnete Lohnforderung gleich bleiben, sich verteuern oder verbilligen. Verliert der EUR gegenüber dem CHF an Wert, z.B. EUR 1.00 = CHF 1.40 statt CHF 1.50, reduziert sich der in EUR zu zahlende Lohn auf CHF 7000.00. Gewinnt der EUR zum CHF an Wert, z.B. EUR 1.00 = CHF 1.60 statt CHF 1.50) verteuert sich der in EUR zu zahlende Lohn auf CHF 8000.00. *2) Monatslohn: EUR 3 000.00 plus USD 2 000.00; Wechselkurse zu Vergleichszwecken: EUR 1.00 = CHF 1.50, USD 1.00 = CHF 1.20.* Liegen Effektivschulden vor und ist die Basiswährung des Arbeitgebers CHF, beträgt der Geldlohn (unter Vernachlässigung von Transaktionskosten und Sozialversicherungsbeiträgen) CHF 6900.00. Muss der Arbeitgeber die Fremdwährungen gegen CHF kaufen, kann die in CHF umgerechnete Lohnforderung gleich bleiben, sich verteuern oder verbilligen. Verlieren der EUR und der USD gegenüber dem CHF an Wert, z.B. EUR 1 = CHF 1.40 statt 1.50 und USD 1.00 = CHF 1.10 statt CHF 1.20), reduziert sich der Geldlohn auf CHF 6400.00. Gewinnen der EUR und der USD dagegen an Wert, z.B. EUR 1.00 = CHF 1.60 statt CHF 1.50 sowie USD 1.00 = CHF 1.30 statt CHF 1.20, erhöht sich der Geldlohn auf CHF 7400.00. Auch kann der in Fremdwährungen auszurichtende Lohn gleichbleiben, wenn sich die gegenläufigen Wechselkursveränderungen zwischen CHF und EUR bzw. USD gegenseitig aufheben, (z.B. EUR 1.00 = CHF 1.60 und USD 1.00 = CHF 1.05).

612 Sind nicht kürzere Fristen oder andere Termine verabredet oder üblich und ist durch NAV oder GAV nichts anderes bestimmt, so ist dem Arbeitnehmer der Lohn Ende jedes Monats auszurichten (Art. 323 Abs. 1 OR). Zur Fälligkeit des Lohns z.B. Streiff/von Kaenel/Rudolph, Art. 323 N 2.

613 Brändli/Stengel, S. 353; Koller, OR AT, N 41.35.

614 Brändli/Stengel, S. 353; Koller, OR AT, N 41.36.

Zulässig sind auch *Währungsoptionsklauseln,* worin dem Arbeitnehmer oder Arbeitgeber das Wahlrecht eingeräumt wird, in welcher Währung der Lohn zu entrichten ist (z.B. «Geschuldet sind CHF 4000 oder EUR 3121»), um sich gegen das Risiko der Geldentwertung abzusichern.[615] Auch Klauseln wie «geschuldet sind CHF 4000 oder das Äquivalent in EUR» sind zulässig, wobei – vorbehalten einer vertraglichen Vereinbarung – der Umrechnungskurs im Zeitpunkt der Fälligkeit des Lohnes gilt.[616] Grundsätzlich kann das Wahlrecht – im Sinne einer Verlust- und Gewinnbeteiligung (vgl. Art 322a OR)[617] – zudem an einen bestimmten Wechselkurs geknüpft bzw. der Lohn von einer bestimmten Währungsentwicklung abhängig gemacht werden.[618] Die Grenze solcher Klausen liegt dort, wo das gesamte Währungsrisiko auf den Arbeitnehmer abgewälzt werden soll.[619] Entsprechend als unzulässig zu beurteilen wäre z.B. die Vereinbarung, den Lohn an den Euro nur im Sinne einer Verlustverrechnung, nicht aber auch bei gegenläufiger Währungsentwicklung im Sinne einer Gewinnbeteiligung zu binden.[620]

Für den vereinbarten Lohn – unabhängig davon, in welcher Währung er auszuzahlen ist[621] – gilt grundsätzlich das *Nennwertprinzip,*[622] womit weder eine Abnahme noch Erhöhung der Kaufkraft Einfluss auf die ziffernmässig geschuldete Lohn-

---

615 Brändli/Stengel, S. 355 f. Es handelt sich dabei um eine *Wahlobligation* (Fakultativobligation, elektive Konkurrenz) i.S.v. Art. 72 OR, bei der «die Schuldpflicht in der Weise auf mehrere Leistungen gerichtet» ist, «dass nur die eine oder andere erfolgen soll». Welche Leistung schliesslich zu erbringen ist, bestimmt der Schuldner, soweit nichts anderes vereinbart ist. Die Wahl bedeutet die Ausübung eines Gestaltungsrechts (Koller, OR AT, N 2.128).

616 Brändli/Stengel, S. 356.

617 Jedoch muss die Vergütung der Höhe nach für die Tätigkeit angemessen bleiben, so dass neben der Verlustbeteiligung noch ein fester Lohn zu vereinbaren ist, der zwar um den Verlustanteil geschmälert werden kann, aber nur, soweit er noch zu einem angemessenen Entgelt führt (vgl. dazu BK OR-Rehbinder/Stöckli, N 322a N 5; ZK-Staehelin, Art. 322a N 9).

618 Gremper, S. 78; gl.M. wohl Streiff/von Kaenel/Rudolph, Art. 323b N 2.

619 Zum Währungsrisiko als Teil des Betriebsrisikos oben § 4/II/2.

620 Gremper, S. 75, mit Hinweis auf Geiser Thomas, zit. in Basler Zeitung vom 26.08.2011, online abrufbar unter https://bazonline.ch/wirtschaft/unternehmen-und-konjunktur/Nun-sind-die-Gerichte-gefragt/story/18663143.

621 Vgl. Morf, N 384; Brändli/Stengel, S. 345.

622 Brändli/Stengel, S. 345; Morf, N 363, 368 ff. je m.w.H. Grundlegend zum Nennwertprinzip z.B. BK OR-Weber, Art. 84 N 179 ff.

höhe hat.[623] Der Arbeitnehmer als Geldlohngläubiger trägt somit die Chancen und Risiken einer Veränderung der Kaufkraft[624] seines Lohnes.[625] Den Parteien ist es selbstverständlich unbenommen der Problematik solcher Kaufkraftveränderungen über die Vereinbarung entsprechender Vertragsklauseln wie z.B. sog. Wertsicherungsklausel,[626] Wertanpassungsklauseln[627] oder Lohnrundenklauseln,[628] Rechnung zu tragen.[629]

b) Im Besonderen: Eurolöhne und Grenzgänger

Im Zuge der jüngsten Währungskrise (2015) besondere Relevanz erhielt die Frage, ob der Arbeitgeber bloss mit den Grenzgängern vereinbaren kann, den Lohn in Euro auszahlen.[630] Im Zentrum steht hierbei die Problematik der Vereinbarkeit mit

---

623 Morf, N 368.

624 Problematisch ist dies, da Lohnforderungen dem Versorgungszweck dienen und der Arbeitnehmer besonders schutzbedürftig ist. Fällt der Wert der Währung in erheblichem Masse, kann dies die wirtschaftliche Existenz des Arbeitnehmers bedrohen (Brändli/Stengel, S. 345). Von Gesetzes wegen besteht eine gewisse Wertsicherung insoweit, als in solchen Fällen die «clausula rebus sic stantibus» greifen kann (Koller, OR AT, N 41.09 m.w.H.; vgl. auch BGer 4A_595/2008, E. 6).

625 Brändli/Stengel, S. 345; Morf, N 369.

626 Bei Wertsicherungsklauseln wird der nominelle Geldlohn dann erhöht, wenn die Kaufkraft des Geldes eine Verminderung erfahren hat bzw. einen bestimmten Schwellenwert überschritten hat (Morf, N 374; vgl. auch Brändli/Stengel, S. 356).

627 Bei Wertanpassungsklauseln wird der zu zahlende Geldlohn sowohl nach oben wie auch nach unten an die Veränderung der Kaufkraft angepasst (vgl. dazu Morf, N 374). Insofern ist es das Gegenstück des Nennwertprinzips (Morf, N 375). Bei erheblicher Entwertung der Währung kann auch die clausula rebus sic stantibus Platz greifen (vgl. BGE 51 II 303, E. 4; 53 II 76, E. 2; 57 II 596, E. 4; Koller, OR AT, N 41.08).

628 Klauseln, wonach einmal jährlich die Höhe des nominellen Geldlohnes überprüft und angepasst wird (vgl. Morf, N 376).

629 Morf, N 376; vgl. auch BK OR-Weber, Art. 84 N 215.

630 Vgl. z.B. Tagesanzeiger vom 21.01.2015: Grenznahe Firmen planen mit Eurolöhnen, abrufbar unter https://www.tagesanzeiger.ch/wirtschaft/das-ende-des-mindestkurses/Grenznahe-Firmen-planen-mit-EuroLoehnen/story/31825922; Tagblatt vom 24.01.2015: Euro-Löhne für Grenzgänger, abrufbar unter: https://www.tagblatt.ch/ostschweiz/euro-loehne-fuer-grenzgaenger-ld.658717#; Aargauer Zeitung vom 16.07.2015: Kritik am Wechsel auf Euro-Löhne: Grenzgänger würden diskriminiert, abrufbar unter https://www.aargauerzeitung.ch/aargau/fricktal/kritik-am-wechsel-auf-euro-loehne-grenzgaenger-wuerden-diskriminiert-129345388, abgerufen am 13.05.

dem FZA bzw. dem darin enthaltenen Verbot der (indirekten) Diskriminierung.[631] Die Gerichte mussten sich bislang mit dieser Thematik noch kaum beschäftigen;[632] in der Lehre haben sich diverse Autoren damit befasst.[633]

M.E. keine Diskriminierung liegt vor, wenn mit den Grenzgängern vereinbart wird, ihren in CHF definierten Lohn zum aktuellen Tageskurs in Euro auszuzahlen.[634] Die vereinbarte Lohnsumme ändert sich dadurch nicht und eine Benachteiligung der Grenzgänger gegenüber den übrigen Arbeitnehmern besteht somit nicht. Die Frage nach einer Ungleichbehandlung gegenüber inländischen Arbeitnehmern bzw. nach der Verletzung des Diskriminierungsverbots nach FZA stellt sich erst dann, wenn mit den veränderten Auszahlungsmodalitäten Lohnkürzungen der Grenzgänger einhergehen, weil z.B. mit einem höheren Umrechnungskurs gerechnet wird und kein Vorteilsausgleich bei gegenläufiger Währungsverschiebung vereinbart wurde.[635]

Das KGer BL qualifizierte z.B. eine nur die Grenzgänger im Unternehmen betreffende und durch die Eurokrise bzw. dem starken Euro bedingte Offerte, den Lohn um 6% zu reduzieren als eine unzulässige indirekte Diskriminierung nach Art. 9 Abs. 1 FZA.[636] Das Bundesgericht liess dagegen in einem ähnlich gelagerten

---

2019; vgl. auch Fall des Basler Medtech-Unternehmens «Straumann», wo das Unternehmen infolge Aufhebung des Euromindestkurses durch die Nationalbank, den Grenzgängern den Lohn in Euro auszahlen wollte, wegen der zahlreichen negativen Reaktionen dann allerdings darauf verzichtete (vgl. Südostschweiz vom 02.04.2015, online-Ausgabe, http://www.suedostschweiz.ch/wirtschaft/2015-04-02/keine-euro lohne-fur-straumann-mitarbeiter, abgerufen am 13.05.2019).

631 Dazu oben § 4/II/4.

632 Vgl. KGer BL, JAR 2013, S. 422 ff.; BGer 4A_230/2018.

633 Vgl. Brändli/Stengel, S. 360 ff.; Gremper, S. 76 f.; Onnen, S. 399 ff.; Pärli, Jusletter 2015, N 77 ff.; Stöckli, ARV, N 12 ff.; Schwaab, Jusletter, N 23 ff.; Tobler, FS Stöckli, S. 658 ff.

634 So auch Gremper, S. 80.

635 Vereinbarungen, wonach die Grenzgänger im Sinne einer Gewinnbeteiligung bei einer späteren gegenteiligen Kursentwicklung profitieren würden, müssen m.E. jedoch grundsätzlich zulässig sein (so auch Stöckli, ARV, N 32).

636 KGer BL, JAR 2013, S. 422 ff. (für eine vertiefte Auseinandersetzung mit dem Entscheid vgl. Tobler, FS Stöckli, S. 650 ff.). Unbestrittenermassen lag eine *indirekte Diskriminierung* vor, indem die Lohnsenkung an das Kriterium «Grenzgänger» knüpfte (keine Differenzierung aufgrund des Wohnsitzes im Ausland, sondern wegen dem Leben im Fremdwährungsgebiet, E. 3.8.3; vgl. dazu auch Tobler, FS Stöckli, S. 660 mit Hinweise auf Stöckli, N 14, 29 und 37), wovon eine grosse Mehrzahl

Fall[637] – es ging um zwei im Ausland wohnende und in der Schweiz angestellte Grenzgänger, welche zugestimmt haben, infolge der Eurokrise und Frankenstärke während mehreren Jahren ganz oder teilweise zu einem nachteiligen Umrechnungskurs[638] in Euro entlöhnt zu werden – offen, ob diese Lohnreduktion eine unzulässige Arbeitnehmerdiskriminierung nach FZA darstelle bzw. der private Arbeitgeber überhaupt unmittelbar durch das FZA verpflichtet werde.[639] Stattdessen qualifizierte es die von den Arbeitnehmern Jahre später verlangte Zahlung des Differenzbetrages als rechtsmissbräuchlich (Art. 2 Abs. 2 ZGB). Die Arbeitnehmer hätten im Wissen um die besonderen Umstände dieser Lohnmassnahme – insbesondere die gravierenden wirtschaftlichen Schwierigkeiten des Arbeitgebers aufgrund der steigenden Frankenstärke – sowie darum, dass ein in CHF ausbezahlter Lohn angesichts des tatsächlichen Wechselkurses einen höheren Euro-Betrag ergeben hätte, eingewilligt.[640]

Soweit im Einzelfall eine Benachteiligung der Grenzgänger zu bejahen ist, stellt sich die Frage, ob die unterschiedlichen Arbeitsbedingungen der Grenzgänger objektiv gerechtfertigt sind.[641] Gemäss überwiegender Lehre können sich private Ar-

---

von ausländischen Arbeitnehmern betroffen waren (118 der 120 betroffenen Grenzgängern waren ausländische Staatangehörige, E. 3.6).

637 Für eine eingehende kritische Würdigung des Urteils des Bundesgerichts 4A_230/2018: PÄRLI, Jusletter 2019, N 1 ff.

638 Als Wechselkurs wurde der durchschnittliche Wechselkurs des Jahres 2010 (CHF 1.39) vereinbart.

639 Vgl. dazu PÄRLI, Jusletter 2019, N 20 ff.). Wie bereits unter § 4/II/4 dargestellt, geht indes die überwiegende Meinung von einer unmittelbaren Drittwirkung des FZA-Diskriminierungsverbotes aus.

640 Das Bundesgericht bemerkte ferner, dass das Diskriminierungsverbot nach Art. 9 Anhang I FAZ primär wirtschaftlichen Charakter habe und nicht menschenrechtlichen Gehalt, wie dies auf andere Diskriminierungsverbote zutreffe (kritisch dazu PÄRLI, Jusletter 2019, N 40 [die Arbeitsfreizügigkeit habe klar auch eine soziale Dimension; ebenso treten beim arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsanspruch zur wirtschaftlichen, auch eine menschenrechtliche bzw. persönlichkeitsrechtliche Dimension hinzu]). Wenn sich die Beschwerdegegnerin Jahre später auf dieses wirtschaftlich motivierte Diskriminierungsverbot berufe, obschon sie der Lohnmassnahme zugestimmt hatte im Wissen, dass damit in einer wirtschaftlichen Ausnahmesituation auch ihr Arbeitsplatz gesichert werden sollte, erscheint dies gemäss Bundesgericht als zweckwidrige Verwendung dieses Rechtsinstituts, da sie damit den Arbeitgeber davon abhielte, allfällige andere, in Frage kommende Rettungsmassnahmen zu treffen (BGer 4A_230/2018, E. 3.2).

641 Zur Rechtfertigung auch oben § 4/II/4.

beitgeber dabei auf andere bzw. weitergehende Rechtfertigungsgründe berufen als die verpflichteten Vertragsstaaten.[642] Einige Autoren erachten dabei auch wirtschaftliche Rechtfertigungsgründe – anderes als bei staatlichen Massnahmen – als zulässig.[643] Dieser Meinung war wohl auch das KGer BL im obengenannten Fall, weshalb es sich zu den vom Arbeitgeber vorgebrachten wirtschaftlichen bzw. marktbedingten Gründen für die vorgeschlagene Lohnreduktion der Grenzgänger äusserte. Es sah allerdings keinen sachlichen Rechtfertigungsgrund im schwachen Eurokurs bzw. in den Währungsgewinne der Grenzgänger, da namentlich auch die in der Schweiz wohnhaften Arbeitnehmer vom tiefen Euro profitieren würden.[644]

---

642 Vgl. z.B. Onnen, S. 412 f.; Stöckli, N 59 ff.; Tobler, FS Stöckli, S. 669 f.; s.a. die Verweise auf die Lehre in BGer 4A_230/2018, E. 2.5.4.1.

643 Vgl. z.B. Onnen, S. 413; Stöckli, N 60; s.a. die Verweise auf die Lehre in BGer 4A_230/2018, E. 2.5.4.1; a.M. z.B. Tobler, FS Stöckli, S. 670.

644 KGer BL, JAR 2013, S. 428 ff. Der Arbeitgeber führte an, wegen der Eurokrise habe er rasch wirksame Kostensenkungsmassnahmen bzw. Lohnreduktionen ergreifen müssen. Gleichzeitig hätten die Grenzgänger von der Eurokrise profitiert: der schwache Eurokurs habe eine faktische Lohnerhöhung im Umfange von mindestens 19% bewirkt, zusätzlich seien die Lebenshaltungskosten in Frankeich gegenüber der Schweiz rund 19% tiefer, womit die Grenzgänger gegenüber den Inländern auch mit der Lohnreduktion von 6% um 32% bessergestellt seien (vgl. auch Stöckli, N 26 ff., der in der Lohnsenkung einen Vorteilsausgleich und erst dann allenfalls eine Benachteiligung der Grenzgänger sieht, wenn der Währungsvorteil überkompensiert wird, d.h. nicht, wenn er voll oder gar nur teilweise kompensiert wird bzw. die umgekehrte Kompensation eingeschränkt wird). Das Gericht sah dies anders: angesichts des weitverbreiteten Einkaufstourismus und dem Umstand, dass auch in der Schweiz vermehrt Produkte unter dem Titel «Euro-Bonus» günstiger angeboten würden, profitieren auch die in der Schweiz wohnhaften Personen vom billigeren Euro bzw. der währungsbedingten Kaufkraftsteigerung; umgekehrt würden auch die Grenzgänger teilweise in der Schweiz einkaufen bzw. ein Teil ihrer Ausgaben in CHF anfallen und diesbezüglich insoweit nicht vom Eurokurs profitieren (S. 428 f., E. 3.8.1). Ferner beanstandete das Gericht, dass der Arbeitgeber für die Grenzgänger keine gegenläufige Kompensation bei einem hohen Eurokurs vorsah (S. 429, E. 3.8.3; vgl. auch Stöckli, N 32 ff., der eine Lohnvereinbarung als sachgerecht qualifiziert, soweit im Fall gegenläufiger Währungsverschiebung, d.h. wenn sich der Euro so weit aufwertet, dass der Wechselkurs über die Kaufkraftparität zu liegen käme, der Vorteilsausgleich zu einer umgekehrten Kompensation führt). Schliesslich sah das Gericht in der Lohnreduktion eine unzulässige Überwälzung des Währungs- bzw. Betriebsrisikos (S. 430, E. 3.8.4; a.M. Stöckli, N 70 ff., 74 ff., wonach dies eine zulässige Aufteilung des Betriebsrisikos auf die Parteien sei, wobei die dadurch verfolgte Sicherung der Konkurrenzfähigkeit des Betriebes auch im Arbeitnehmerinteresse sei. Dies entspreche dem im Kollektivrecht entwickelte arbeitsrechtlichen Zumutbarkeitsprinzip, dessen Anwendung im Zusammenhang mit der Anwendung des Verhältnismässigkeitsprinzips zur

Nicht äussern musste es sich zum vorgebrachten Argument, die Grenzgänger hätten tiefere Lebenshaltungskosten.[645] Das Bundesgericht liess indes im obigen Fall offen, welche Gründe eine allfällige indirekte Diskriminierung rechtfertigen würden bzw. ob es namentlich die vom Arbeitgeber vorgebrachte aussergewöhnliche Finanzlage als Rechtfertigungsgrund anerkennen würde.[646]

Vor diesem Hintergrund bleibt die Frage, inwiefern eine wirtschaftliche bzw. währungsbedingte Lohnreduktion der Grenzgänger als Sparmassnahme gegen das FZA verstösst, weiterhin ungeklärt. Das erste vom Bundesgericht erlassene Urteil zu dieser Thematik hat leider keinerlei Klärung gebracht. Angesichts der damit verbundenen erheblichen Rechtsunsicherheit ist dem Arbeitgeber beim Einsatz solcher Massnahmen Zurückhaltung zu empfehlen. Zu bedenken ist allerdings, dass er die Problematik mit dem FZA insofern umgehen kann, indem er sämtlichen Arbeitnehmern bzw. nicht nur überwiegend den Grenzgängern eine Währungsbedingte Lohnkürzung anbietet.[647]

5. Versetzung: Zuweisung anderer Arbeit und/oder neuer Arbeitsort

Eine effizientere und kostengünstigere Personalstruktur kann auch durch die Zuweisung anderer Arbeiten – dies kann die *Art der Arbeit* und/oder die *hierarchische Funktion* des Arbeitnehmers betreffen[648] – und/oder eines neuen *Arbeitsortes*

Rechtfertigung der Lohnunterschiede geradezu geboten sei [Das KGer BL behandelte die Frage der Verhältnismässigkeit nicht, da es bereits das Vorliegen von Rechtfertigungsgründen verneinte, vgl. Tobler, FS Stöckli, S. 674]). Gegen das Urteil wurde zwar Beschwerde erhoben, doch Gegenstand dieser war bloss die vorliegend nicht interessierende Bezahlung der Überstunden (vgl. BGer 4A_194/2013, 4A_196/2013, 4A_198/2013, 4A_200/2013, 4A_202/2013 und 4A_204/2013).

645 Die vom Arbeitgeber vorgebrachten tieferen Lebenshaltungskosten erachtete das Gericht als nicht massgebend, da die Lohnsenkungsmassnahmen mit der Eurokrise und nicht mit den tieferen Lebenshaltungskosten der Grenzgänge begründet worden war (E. 3.8.2). Im Übrigen ist Pärli, Jusletter 2015, N 81 zu folgen, wenn er festhält, dass eine Entlöhnung nach den Lebenshaltungskosten unserer Wirtschaftsordnung widerspreche; primär massgebend für den Lohn seien Faktoren wie Leistung, fachliche Qualifikation und Alter des Arbeitnehmers und nicht private Bedürfnisse bzw. Lebensumstände (vgl. auch Pärli, Jusletter 2019, N 34).

646 BGer 4A_230/2018, E. 2.6.

647 Vgl. Pärli, Jusletter 2019, N 33.

648 Vgl. Geiser, AJP 1998, S. 1029.

erzielt werden.[649] Einvernehmlich können die Parteien solche *Versetzungen*[650] jederzeit beschliessen. In gewissem Umfang kann der Arbeitgeber Versetzungen auch einseitig anordnen, wobei sich die Grenzen des Versetzungsrecht mit dem Umfang des Weisungsrechts decken.[651] Massgebend ist somit die arbeitsvertragliche Regelung, die betriebliche Praxis und die im Widerstreit liegenden Interessen (z.B. Arbeitnehmer: persönliche/familiäre Umfeld; Arbeitgeber: betriebliche Notwendigkeit).[652] Auch muss die Versetzung für den betroffenen Arbeitnehmer zumutbar sein.[653] Dabei namentlich eine Rolle spielen die Massnahmen, die der Arbeitgeber als Interessenausgleich vornimmt.[654] Versetzungen sind auch unterschiedlich zu beurteilen, ob sie dauerhaft oder nur vorübergehend erfolgen.[655]

Vor diesem Hintergrund ist eine allgemein verbindliche Umschreibung, in welchem Umfang Versetzungen einseitig durchsetzbar sind, grundsätzlich nicht möglich, sondern stets einzelfallabhängig. Als eine Art Leit- bzw. Richtlinie lässt sich aber Folgendes festhalten:

---

649 Zum Begriff des Arbeitsortes s. MÜLLER/HOFER/STENGEL, S. 565. Davon abzugrenzen ist der Begriff des *Arbeitsplatzes.* Der Arbeitsplatz ist der Ort innerhalb eines Betriebes, an welchem der Arbeitnehmer seine Arbeit normalerweise ausführt. Der Arbeitgeber kann aufgrund seines Weisungsrechtes dem Arbeitnehmer auch ohne dessen Zustimmung im Rahmen des bisherigen Tätigkeitsbereichs innerhalb desselben Betriebes an einen anderen Arbeitsplatz versetzen, soweit damit keine Lohnkürzung einhergeht und es sich bei der Versetzung um keine unbegründete Massregelung handelt (MÜLLER/HOFER/STENGEL, S. 565 m.w. H; MÜLLER, AJP 1999, S. 456; PORTMANN/STÖCKLI, N 186).

650 Der Begriff der «Versetzung» als Oberbegriff für die Änderung der Art, hierarchischen Funktion und Ort der Arbeit wurde von GEISER, AJP 1998, S. 1029 übernommen. Auf den arbeitsvertraglichen Hauptinhalt haben Versetzungen meist keinen Einfluss; weder der Umfang der Arbeitsleistung noch der Lohn verändern sich grundsätzlich (GEISER, AJP 1998, S. 1029).

651 GEISER, AJP 1998, S. 1029; zum Weisungsrecht oben § 4/III/4.

652 GEISER, AJP 1998, S. 1029; vgl. auch VISCHER/MÜLLER, § 13 N 28.

653 GEISER, AJP 1998, S. 1029 f.; vgl. auch VISCHER/MÜLLER, § 13 N 28. Der in diesem Zusammenhang verwendete Begriff der Zumutbarkeit ist nicht deckungsgleich mit dem des Arbeitslosenversicherungsrechts (GEISER, Treuepflicht, S. 294; vgl. auch GEISER, AJP 1998, S. 1029).

654 GEISER, AJP 1998, S. 1029. Ist ein anderer Arbeitsort nicht zumutbar, da der Arbeitsweg unzumutbar lang wird, rechnet der Arbeitgeber diesen aber als Arbeitszeit an, wird die Versetzung wieder zumutbar. Dasselbe gilt, wenn der neue Arbeitsweg hohe Kosten verursacht, diese der Arbeitgeber aber übernimmt oder der Lohn entsprechend erhöht wird (GEISER, AJP 1998, S. 1029 f.).

655 GEISER, AJP 1998, S. 1029.

a) Regelfall

Der *Arbeitsort* wird in der Regel im Arbeitsvertrag eindeutig vereinbart[656] oder hat sich durch länger dauernde Vertragspraxis herausgebildet.[657] Diesfalls besteht für eine eigenmächtige Versetzung durch den Arbeitgeber im Regelfall keinen Raum.[658] Bestehen ausnahmsweise weder eine vertragliche Vereinbarung noch eine dauernde betriebliche Übung, hat der Arbeitgeber innerhalb der üblichen Schranken des Weisungsrechts ein Versetzungsrecht.[659] Damit darf aber nicht auch eine Lohnminderung einhergehen; das Weisungsrecht beschränkt sich nur auf die Arbeitsleistung, nicht aber auf die Lohnbemessung.[660] Dies gilt auch für *Funktionsänderungen* und die *Zuteilung von neuen Aufgaben.* Weisungen, die in den vertraglich vereinbarten Kompetenzbereich des Arbeitnehmers eingreifen, sind unzulässig.[661] Ist ein Arbeitnehmer z.B. vertraglich als Metzger in der Migros angestellt, kann er nicht verpflichtet werden, neu als Verkäufer in der Gärtnereiabteilung zu arbeiten.[662]

---

656 MÜLLER/HOFER/STENGEL, S. 566 (z.B. «am Hauptsitz in Zürich»). Der Arbeitsvertrag kann auch explizit mehrere Arbeitsorte festhalten (vgl. MÜLLER/HOFER/STENGEL, S. 566).

657 Vgl. STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 321d N 3.

658 BRÜHWILER, Art. 321d N 4a); vgl. auch BGer, JAR 1991, S. 114 ff. (Unzulässigkeit einer durch Weisung erfolgte Versetzung in einer Zweigstelle, wenn vertraglich ein fester Arbeitsort vereinbart ist); AGer ZH, JAR 2002, S. 165 (mit der vertraglichen Vereinbarung über den Arbeitsort wurde diese Frage der in OR 321d OR statuierten Weisungsbefugnis des Arbeitgebers entzogen); RUDOLPH, Vertragsänderungen, S. 4.

659 Vgl. VISCHER/MÜLLER, § 13 N 28; WITZIG, S. 73 m.w.H.; s.a. CAPH, JAR 2008, S. 380, wonach der Arbeitgeber bei einer fehlenden vertraglichen Vereinbarung betreffend Arbeitsort grundsätzlich berechtigt sei, einen anderen Arbeitsort festzulegen, insoweit dieser dem Arbeitnehmer wegen der Distanz zu dessen Wohnsitz nicht unzumutbar ist. Nicht erwähnt wird dabei aber, dass sich der Arbeitsort auch aus einer längeren Vertragspraxis herausbilden kann (STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 321d N 3).

660 Vgl. STAMM, S. 68; zur Lohnkürzung oben § 4/IV/1.

661 STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 321d N 3 m.w.H.

662 RUDOLPH, Vertragsänderungen, S. 4. Die Zurücksetzung in eine tiefere Stellung im Betrieb kann auch mit Blick auf den Schutz der Persönlichkeit (Art. 328 OR) unzulässig sein, denn der Arbeitgeber hat die persönliche Entfaltung und die soziale Anerkennung des Arbeitnehmers zu wahren (GEISER, AJP 1998, S. 1023); vgl. auch BGE 110 II 172, E. 2a; BGer 4C.189/2006, E. 2 («Persönlichkeitsverletzend können insbesondere Weisungen sein, welche das angestammte Tätigkeitsfeld des Arbeitnehmers ohne triftige Gründe oder dass dieser gehörig angehört worden ist beschränken und

Zulässig sind auch sog. *Mobilitätsklauseln*[663] *(clausé de mobilité),* die dem Arbeitgeber das Recht einräumen, einen Arbeitnehmer an einen anderen Arbeitsort zu versetzen.[664] Solche Vertragsklauseln haben genügend konkret zu sein, damit für den Arbeitnehmer Klarheit darüber besteht, dass von ihm unter Umständen ein Wechsel des Arbeitsortes verlangt werden kann.[665] An dieser Erfordernis fehlt es bei blossem Hinweis des Arbeitgebers, dass er z.B. zu einem Konzern gehört oder mehrere Standorte betreibt.[666] Daneben sind die üblichen Schranken zu beachten.[667] Besonders zu beachten ist das Verbot der übermässigen Bindung des Arbeitnehmer.[668] Unzulässig ist daher z.B. die Verpflichtung zur Arbeit in jeder beliebigen Filiale in der Schweiz.[669]

---

ihn insbesondere hierarchisch zurückstufen»); TA TI, JAR 2000, 135 (Ein Mechaniker muss nicht der Weisung folgen, Firmen-WCs zu putzen).

663 Mobilitätsklauseln sind auch im öffentlichen Personalrecht des Bundes zu finden. Gemäss Art. 21 BPG und der Ausführungsbestimmung in Art. 25 Abs. 3 lit. a BPV kann der Arbeitgeber ohne Kündigung des Arbeitsvertrages unter Einhaltung der ordentlichen Kündigungsfristen nach Art. 30a Abs. 1–3 BPV Änderungen der Funktion bzw. des Arbeitsbereichs und des Arbeitsorts vornehmen, wenn diese dienstlich erforderlich und zumutbar sind (vgl. dazu MÜLLER/HOFER/STENGEL, S. 568).

664 MÜLLER/HOFER/STENGEL, S. 568; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 321d N 3; VISCHER/MÜLLER, § 13 N 28; vgl. auch WITZIG, S. 77; YENISEY, S. 47 ff.

665 MÜLLER/HOFER/STENGEL, S. 568; grundlegend zum vertraglichen Vorbehalt oben § 4/III/3.

666 Vgl. HEIZ ROMAN, Das Arbeitsverhältnis im Konzern, Diss., St. Gallen 2004, S. 136, wobei es dort um die Frage der Abordnung (Personalverleih) ging, dies aber wohl umso mehr für die dauernde Versetzung gelten muss; vgl. auch YENISEY, S. 48 m.w.H.

667 Dazu oben § 4/II. In Bezug auf die Schranken durch zwingende gesetzliche Bestimmungen ist insbesondere auch Art. 13 ArGV 1 zu beachten (vgl. dazu AGer ZH, JAR 2008, S. 535 ff., in welchem eine vertragliche Vereinbarung, wonach der Arbeitsort immer dort sein soll, wo der Einsatz beim Kunden zu leisten ist, als eine Umgehung von Art. 13 ArGV 1 taxiert wurde, da damit sämtliche Reisezeit als nicht zu entschädigender Arbeitsweg auf den Arbeitnehmer abgewälzt würde). Die Mobilitätsklausel sollte daher so formuliert werden, dass dem Arbeitnehmer bei einem Arbeitsortswechsel gleiche Arbeitsbedingungen und eine gleichwertige Arbeit garantiert wird. Damit ist auch klar, dass die durch den angewiesenen Wechsel des Arbeitsortes anfallenden Aufwendungen des Arbeitnehmers, z.B. die höheren Fahrkosten oder die Wegzeit, vom Arbeitgeber ausgeglichen werden müssen (MÜLLER/HOFER/STENGEL, S. 568).

668 Dazu auch oben § 4/III/3/a.

669 CAPH, JAR 1999, S. 163 ff.; vgl. auch BGer, JAR 1991, S. 114 f.

Innerhalb der gesetzlichen Grenzen auch zulässig sind Klauseln, die den Arbeitgeber berechtigen, dem Arbeitnehmer *andere Arbeiten/Funktionen* zuzuweisen.[670]

b) Ausnahmefall: dringende betriebliche Bedürfnisse

Gewisse Ausnahmen bestehen bei *Vorliegen eines dringenden betrieblichen Bedürfnisses* (Personal- oder Lieferantenausfälle, Maschinenunterbrüche, etc.).[671] Gestützt auf seine Treuepflicht (Art. 321a OR) kann der Arbeitnehmer diesfalls verpflichtet werden, *vorübergehend* andere – d.h. auch «untergeordnete» – Arbeiten auszuführen und/oder sich an einen anderen Ort transferieren zu lassen.[672] Ein Arbeitnehmer hat z.B. im Rahmen einer betrieblichen Umstrukturierung in anderen Abteilungen auszuhelfen, bis die Arbeitnehmer endgültig ihrer neuen Funktionen zugeteilt werden können.[673] Eine Versetzung in ein anderes Unternehmen ist indes – auch wenn dafür betriebliche Gründe bestehen – nicht möglich (vgl. Art. 333 Abs. 4 OR, Abtretungsverbot).[674]

Wie jede Weisung muss auch eine betrieblich bedingte vorübergehende Versetzung für den Arbeitnehmer stets *zumutbar* zu sein.[675] Ob dieses Kriterium erfüllt ist, hängt von den konkreten Umständen ab (Arbeitsweg, private bzw. familiären Verpflichtungen, etc.).[676] Dabei zu berücksichtigen sind auch die konkreten, ausserordentlichen Umstände, die eine Versetzung notwendig erscheinen lassen.[677]

---

670 Vgl. Streiff/von Kaenel/Rudolph, Art. 321d N 3.

671 BGer 4C.155/2005, E. 3.2.1; Brühwiler, Art. 321d N 4a); BK OR-Rehbinder/Stöckli, Art. 321 N 7; BSK OR I-Portmann/Rudolph, Art. 321 N 22; Müller, AJP 1999, S. 456; Streiff/von Kaenel/Rudolph, Art. 321d N 3; Wyler/Heinzer, S. 114.

672 Brühwiler, Art. 321d N 4a); Müller, AJP 1999, S. 455 m.w.H.

673 Vgl. auch BSK OR I-Portmann/Rudolph, Art. 321 N 22.

674 Wyler/Heinzer, S. 114; gl.M. Müller/Hofer/Stengel, S. 569; Streiff/von Kaenel/Rudolph, Art. 321d N 3; vgl. auch AGer SG, JAR 1999, S. 112 f.

675 Brühwiler, Art. 321d N 4; Müller/Hofer/Stengel, S. 569; vgl. auch Portmann/Stöckli, N 185; Kamber, N 263 m.w.H.; grundlegend zum Kriterium der Zumutbarkeit oben § 4/III/4/a.

676 Streiff/von Kaenel/Rudolph, Art. 321d N 3; vgl. AGer ZH, JAR 2002, S. 165 (Unzumutbarkeit eines Arbeitsweges von täglich vier Stunden, zumal die Arbeitnehmerin mütterliche Verpflichtungen hatte).

677 Geiser, Treuepflicht, S. 294. Vgl. ZivGer KT GL, SAE 1981, S. 26 ff., wonach die Weisung an einen als Textilarbeiter angelernten Arbeitnehmer, in einer betrieblichen Notsituation vorübergehend Grabarbeit auszuführen, als zulässig erachtet wurde. Da-

Als Faustregel gilt: Je weniger die Umstände vorhersehbar waren und umso kürzer die Dauer der Störung, desto eher ist dem Arbeitnehmer zuzumuten, Abweichungen vom Arbeitsvertrag hinzunehmen.[678] Mehrkosten, die dem Arbeitnehmer infolge der Abweichung von den vertraglich vereinbarten Arbeitsbedingungen entstehen (z.B. Fahrt- und Verpflegungskosten etc.), sind zu vergüten.[679] Keinen Anspruch auf einen Mehrlohn hat der Arbeitnehmer hingegen, wenn er vorübergehend höher qualifizierte Arbeit ausrichtet. Ein entsprechender Anspruch besteht m.E. nur bei längeren Einsätzen, wozu es aber einer einvernehmlichen Vertragsanpassung bedarf.[680] An vorübergehende Versetzungen nicht gekoppelt werden dürfen Lohnreduktionen.[681]

Folgt ein Arbeitnehmer einer zumutbaren, vorübergehend betrieblich notwendigen Versetzung nicht, kann sich dies bei einer Kündigung negativ auf die Arbeitslosenentschädigung auswirken.[682]

6. Änderung der Arbeitszeit

Eine gezielte Personaleinsatzplanung ist elementar: Die Arbeitnehmer sollen nicht für ihre Anwesenheit bezahlt werden, sondern dann am Arbeitsplatz sein, wenn sie tatsächlich gebraucht werden.[683] Mit einer Sanierung kann daher auch die Änderung der Arbeitszeit[684] einhergehen, wobei dies die *Lage* (Festlegung auf bestimmte Stunden) wie auch die *Dauer* betreffen kann.

---

mit habe die Einführung von Kurzarbeit oder Entlassungen vermieden werden können (zur Kurzarbeit unten § 4/IV/6/c, zum Personalabbau unten § 5), was schliesslich auch im Interesse des Arbeitnehmers gelegen sei.

678 Geiser, Treuepflicht, S. 294.

679 Kamber, N 264; Streiff/von Kaenel/Rudolph, Art. 321d N 3.

680 So auch Streiff/von Kaenel/Rudolph, Art. 321 N 7; a.M. BK OR-Rehbinder/Stöckli, Art. 321 N 7, welche mangels ausdrücklicher Abrede von einer stillschweigenden Vertragsänderung ausgehen, wonach für die Dauer der übernommenen höherwertigen Arbeit der dafür übliche Lohn geschuldet ist. Dies sei dann nicht der Fall, wenn der Arbeitgeber vertraglich berechtigt ist, andere Arbeiten zu zuweisen.

681 Vgl. Brühwiler, Art. 321d N 4a).

682 Streiff/von Kaenel/Rudolph, Art. 321d N 3 mit Hinweis auf CdCass NE, JAR 1981, S. 124.

683 Hess, Kap. 5 N 147.

684 Zum Begriff der Arbeitszeit z.B. Streiff/von Kaenel/Rudolph, Art. 321 N 9.

a) Lage der Arbeitszeit

Betreffend die Lage der Arbeitszeit gilt dasselbe wie für Versetzungen: Fehlt eine vertragliche Regelung oder eine feste Übung,[685] kann der Arbeitgeber über sein Weisungsrecht den Beginn und das Ende der Arbeitszeit festlegen,[686] ansonsten benötigt er die Zustimmung des Arbeitnehmers.[687] Vorbehalten bleiben auch hier betriebliche Notsituationen, die eine vorübergehende Neuregelung der Arbeitszeit rechtfertigen, sofern dies dem Arbeitnehmer zumutbar ist.[688]

Die Lage der Arbeitszeit hat im Übrigen nicht starr zu sein. Eine unterschiedliche Lage der Arbeitszeit ist oft bei Schichtbetrieben vorgesehen. Hier vereinbaren die Parteien, dass in einer mehr oder weniger regelmässigen Rotation die Arbeitszeit vom Arbeitgeber auf verschiedene Tageszeiten gelegt werden kann.[689] Eine Flexi-

---

685 Eine feste Übung wurde z.B. nach einer Dauer von zwei Jahren gleichbleibender Arbeitszeit in BGer 4A_690/2012, E. 3.2.3 bejaht.

686 BK OR-Rehbinder/Stöckli, Art. 321 N 8; Streiff/von Kaenel/Rudolph, Art. 321 N 9; Subilia/Duc Art. 321 N 11; vgl. auch AppG BS, BJM 1990, S. 116, wo die Weisung des Arbeitgebers an seine Arbeitnehmerin, plötzlich am Sonntag Spätdienst leisten zu müssen, als unzulässig erachtet wurde. Die (bestrittene) Zusicherung des Arbeitgebers zu Beginn des Arbeitsverhältnisses, dass die Arbeitnehmerin wegen ihrer familiären Pflichten sonntags nicht im Spätdienst arbeiten müsse und die entsprechend von ihm geübte Rücksichtnahme auf die Bedürfnisse der Arbeitnehmerin während der gesamten Anstellungsdauer von über zwei Jahren wurden als konkludente Vereinbarung über die Arbeitszeit gewertet.

687 Vgl. BGer 4A_690/2012, E. 3.2.3; Pärli, Jusletter 2015, N 34.

688 Vgl. Rudolph, Vertragsänderungen, S. 6 FN 13. Das OGer ZH erklärte eine einseitige Änderung der Arbeitszeit durch den Arbeitgeber für unzulässig. Die Arbeitszeit sei zwar nicht im Arbeitsvertrag enthalten gewesen, aber seit Antritt der Stelle als Hotel-Hausbursche habe der Arbeitgeber den Arbeitnehmer stets zur Nachtschicht mit den immer gleichen Arbeitszeiten eingeteilt, womit die entsprechenden Arbeitszeiten Vertragsbestandteil geworden seien. Auch konnte keine betriebliche Notwendigkeit für eine Umstellung der Arbeitszeiten nachgewiesen werden. Die fristlose Entlassung des Arbeitnehmers, der sich geweigert hat, den einseitig verordneten Arbeitszeiten Folge zu leisten, qualifizierte das Gericht daher als ungerechtfertigt. Jedoch wurde dem Arbeitnehmer nur eine Entschädigung im Umfang eines halben Monatslohns zugesprochen, da einem Angestellten in einem Hotel eine gewisse Flexibilität bezüglich Arbeitszeiten zugemutet werden könne und er keinerlei Gründe vorgebracht habe, weshalb es ihm unmöglich oder wenigstens unzumutbar gewesen sein sollte, zumindest vorübergehend am Tag zu arbeiten (OGer ZH, ZR 2001, Nr. 90).

689 Geiser, AJP 1998, S. 1025 (mit dem Hinweis, dass die mit der Unregelmässigkeit der Arbeitszeiten verbundenen Unannehmlichkeiten für den Arbeitnehmer durch strenge Schutzvorschriften im öffentlichen Arbeitsrecht ausgeglichen werden).

bilisierung kann auch über die vertragliche Festlegung einer Jahresarbeitszeit erzielt werden, wobei der Arbeitgeber die tägliche oder wöchentliche Arbeitszeit (Lage wie auch Umfang) unterschiedlich anordnen kann.[690] Solche Vereinbarungen sind jedenfalls solange unproblematisch, wie dem Arbeitnehmer die Arbeitszeit genügend weit im Voraus mitgeteilt wird.[691] Eine weitere Möglichkeit, die Lage (wie auch Dauer) des Arbeitseinsatzes im Bedarfsfall einseitig zu bestimmen, besteht im Rahmen der *Arbeit auf Abruf*.[692]

b) Dauer der Arbeitszeit: Anordnung von Überstunden

Der Umfang der Arbeitszeit wird im Arbeitsvertrag oder allenfalls in einem GAV festgelegt.[693] Sie ist Hauptflicht des Arbeitnehmers und gleichzeitig Wesensmerkmal des Arbeitsvertrags, deren Umfang (in der Regel in Zeiteinheiten pro Woche, Monat oder Jahr) bestimmt werden muss.[694] Ein Arbeitsvertrag, bei dem die Arbeitszeit nicht bestimmt oder zumindest bestimmbar ist, hat keinen Bestand.[695]

Durch die vertragliche Festsetzung der Arbeitszeit besteht eine gewisse Starrheit[696] und eine dauernde Anpassung der Arbeitszeit benötigt das Einverständnis des Arbeitnehmers. Jedoch räumt das Gesetz dem Arbeitgeber in Art. 321c OR eine gewisse Zeitsouveränität ein, indem er die Arbeitszeit einseitig durch die Anordnung von Überstunden erhöhen kann.[697] *Überstundenarbeit* liegt vor, wenn die vertraglich vereinbarte, im Betrieb geltende oder die in der betreffenden Branche übliche Stundenzahl überschritten wird.[698] Leistet der Arbeitnehmer indes Überstunden im

---

690 Sinnvoll ist dies z.B. in industriellen Betrieben mit starken Schwankungen der Auftragslage (vgl. Geiser, AJP 1998, S. 1025).

691 Geiser, AJP 1998, S. 1025.

692 Grundlegend dazu z.B. Brühwiler, Art. 319 N 11; Portmann/Stöckli, N 892 ff.; vgl. auch BGE 124 III 249.

693 BK OR-Rehbinder/Stöckli, Art. 321 N 8.

694 Sofern die Arbeitszeit pro Monat oder Jahr festgesetzt ist, kann sie selbstverständlich unterschiedlich auf die einzelnen Tage und Wochen verteilt werden, womit wiederum eine gewisse Flexibilität besteht (vgl. Geiser, AJP 1998, S. 80 und bereits oben).

695 Geiser, AJP 1998, S. 1023; vgl. auch Geiser, FS Stöckli, S. 234 f., 238 und 241.

696 Geiser, AJP 1998, S. 1023.

697 Geiser, AJP 1998, S. 1024.

698 BSK OR I-Portmann/Rudolph, Art. 321c N 1 mit Hinweis auf BGE 129 V 107. Zur Bestimmung der Überstunden bei Gleitzeitmodellen: Riemer-Kafka, S. 314 f. Die Überstundenarbeit ist von der in Art. 12 und 13 ArG geregelte Überzeitarbeit abzugrenzen. Letztere ist die über die gesetzliche Höchstarbeitszeit hinausgehende Ar-

gegenseitigen Einverständnis, liegt eine einvernehmliche Verlängerung der Arbeitszeit vor.[699]

Überstundenarbeit darf der Arbeitgeber nur anordnen, wenn sie *notwendig* und für den Arbeitnehmer nach Treu und Glauben *zumutbar* ist (vgl. Art. 321c Abs. 1 OR). Die Notwendigkeit kann sich aus betrieblichen (Inventur, Beseitigung oder Verhinderung von Schäden, etc.) oder wirtschaftlichen Gründen (ausserordentlicher Arbeitsanfall) ergeben.[700] Unerheblich ist, ob die Überstundenarbeit voraussehbar oder überraschend war.[701] Es genügt, wenn sie nicht leicht hätte vermieden werden können (z.B. durch bessere Arbeitseinteilung, Anstellung weiterer Hilfskräfte).[702] Insofern lässt die organisatorische Vermeidbarkeit die Überstunden nicht in jedem Fall als unnötig erscheinen.[703] Führt die Betriebsorganisation aber regelmässig zu Überstunden, sind diese unnötig; Überstunden sind ausserordentlichen Situationen vorbehalten und haben die Ausnahme zu bleiben.[704] Ist für den Arbeitnehmer erkennbar, dass Überstundenarbeit notwendig ist, hat er sie auch ohne ausdrückliche Anordnung zu leisten.[705]

Die Zumutbarkeit Überstunden zu leisten, hängt von den persönlichen Verhältnissen des Arbeitnehmers wie auch von den berechtigten Interessen des Arbeitgebers ab. Es ist eine Interessenabwägung im konkreten Fall vorzunehmen.[706] Für den Arbeitnehmer können Überstunden z.B. wegen ungünstigen Verkehrsverbindungen,

---

beitsleistung (45 Stunden in der Woche für Arbeitnehmer in industriellen Betrieben, Büropersonal und weitere in Art. 9 ArG aufgezählte Arbeitnehmergruppen, 50 Stunden in der Woche für alle anderen Arbeitnehmer [Art. 9 ff.]). Überstunden dürfen nur insoweit angeordnet werden, als die vertraglich festgelegte Arbeitszeit nicht schon der Höchstarbeitszeit nach ArG entspricht (Pärli, Jusletter 2015, N 86).

699 BK OR-Rehbinder/Stöckli, Art. 321c N 2; BSK OR I-Portmann/Rudolph, Art. 321c N 21.

700 BK OR-Rehbinder/Stöckli, Art. 321c N 2.

701 Brühwiler, Art. 321c N 3a); Geiser, ArbR, S. 90; Streiff/von Kaenel/Rudolph mit Hinweis auf BezGer Oberrheintal, JAR 1991, S. 371 ff.; ähnlich ZK-Staehelin, Art. 321c N 1, mit der Forderung, dass bei Voraussehbarkeit höhere Anforderungen an die Notwendigkeit der Überstunden zu stellen seien.

702 Geiser, ArbR, S. 90; Streiff/von Kaenel/Rudolph, Art. 321c N 2; ZK-Staehelin, Art. 321c N 1.

703 A.M. Brunner/Bühler/Waeber/Bruchez, Art. 321c N 4.

704 Geiser, ArbR, S. 90.

705 Die Pflicht zur Leistung von Überstunden gilt als besondere Form der Treuepflicht (BK OR-Rehbinder/Stöckli, Art. 321c N 3).

706 Vgl. Brühwiler, Art. 321c N 6; Streiff/von Kaenel/Rudolph, Art. 321c N 2.

Haushalt- und Familienpflichten oder dringend zu ordnenden persönlichen Angelegenheiten (z.B. ein Todesfall) unzumutbar sein.[707] Auch eine äusserst kurzfristige Anordnung kann gegen ihre Zumutbarkeit sprechen.[708] Auf Seiten des Arbeitgebers sind oft betriebswirtschaftliche Gründe (z.B. der Schaden, der ihm bei Nichtleistung von Überstunden droht [verspätete Lieferungen, verdorbene Ware, verpasste Vertragsabschlüsse etc.]) zu berücksichtigen.[709]

Vorbehalten einer abweichenden schriftlichen Vereinbarung sind geleistete Überstunden in der Regel besonders abzugelten: Entweder durch Lohnzahlung (vorbehalten anderslautender Regelung mit einem Lohnzuschlag von mindestens 25 Prozent) oder – im gegenseitigen Einverständnis der Parteien[710] – durch Freizeit (Art. 321c Abs. 2 und 3 OR).[711]

Gestützt auf Art. 321c OR kann der Arbeitgeber somit zumindest vorübergehend die Arbeitszeiten einseitig verlängern. Im Sanierungsfall kann die Implementierung gewisser Umstrukturierungsmassnahmen (z.B. Änderung der Betriebsabläufe etc.) kurzzeitig zusätzliche Arbeitsstunden erfordern. Von solchen Sonderfällen abgesehen ordnen Arbeitgeber meist dann Überstunden an, um die Produktion vorübergehend zu steigern.[712]

---

707 Vgl. Brühwiler, Art. 321c N 6; Streiff/von Kaenel/Rudolph, Art. 321c N 2.

708 Vgl. AGer ZH, JAR 1990, S. 156, in welchem der Arbeitgeber um 16.00 Uhr angeordnet hat, ab 17.00 Uhr 2 Stunden länger zu arbeiten und das Gericht diese kurzfristige Anordnung als unzumutbar deklariert hat.

709 Senti, AJP 2003, S. 374. Dies entspricht an sich wiederum dem Kriterium der Notwendigkeit von Überstunden; wenn der Arbeitgeber kein überwiegendes Interesse an der Leistung von Überstunden geltend machen kann, sind diese in der Regel auch nicht betrieblich notwendig (vgl. Senti, AJP 2003, S. 374 mit Hinweis auf Rehbinder/Stöckli, N 106).

710 Geiser, ArbR, S. 91.

711 BSK OR I-Portmann/Rudolph, Art. 321c N 6; dazu auch unten § 4/IV/7.

712 Prämisse ist allerdings, dass die notwendige Nachfrage überhaupt besteht bzw. die Erzeugnisse auch tatsächlich konkurrenzfähig sind. Im Sanierungsfall wird dies oft verneint werden müssen, weshalb hier die Anordnung von Überstunden wirtschaftlich meist keinen Sinn macht.

c) Dauer der Arbeitszeit: Kurzarbeit

aa) Begriff, Zweck und Einführung

Gegenstück zur Überstundenarbeit ist die weitverbreitete betriebliche Sanierungsmassnahme *Kurzarbeit.*[713] Darunter versteht man die vorübergehende Reduktion oder gar vollständige Einstellung der vertraglich vereinbarten Arbeitszeit mit entsprechender Lohnherabsetzung.[714] Dem arbeitswilligen Arbeitnehmer steht anstelle des entfallenden Lohnes eine Forderung im Umfang von 80% des auf die ausgefallenen Arbeitsstunden anrechenbaren Verdienstausfalls (vgl. Art. 34 Abs. 1 AVIG) gegenüber der Arbeitslosenversicherungskasse wegen *Teilarbeitslosigkeit* zu (vgl. Art. 31 ff. AVIG). Die maximale Bezugsdauer beläuft sich in der Regel auf zwölf Monate (Art. 35 Abs. 1 AVIG), kann aber vom Bundesrat um höchstens sechs Abrechnungsperioden verlängert werden (Art. 35 Abs. 2 AVIG).[715] Hinter der Kurzarbeitsentschädigung (nachfolgend: KAE) steht der präventive Gedanke, Arbeitslosigkeit bei zeitweiligen Beschäftigungsrückgängen zu verhindern und Arbeitsplätze zu sichern, wovon die Arbeitslosenversicherung schliesslich selbst profitieren kann; KAE-Bezüger verursachen im Saldo weniger Kosten als vollständig Arbeitslose.[716]

Die Einführung von Kurzarbeit bewirkt die Anpassung des Arbeitsvertrages.[717] Anders als die Anordnung von Überstunden kann Kurzarbeit – vorbehalten einer entsprechenden Grundlage in einem GAV, einer Betriebsvereinbarung oder einem Einzelarbeitsvertrag[718] – vom Arbeitgeber nicht einseitig, sondern nur *mit Zustim-*

---

713 Gemäss der Arbeitsmarktstatistik des SECO (online abrufbar unter: https://www.seco.admin.ch/seco/de/home/Arbeit/Arbeitslosenversicherung/leistungen/kurzarbeitsentschaedigung.html, abgerufen am 13.05.2019) leisteten zwischen 2008 und 2014 durchschnittlich 17 026 Arbeitnehmer Kurzarbeit, im Zuge der Finanzkrise 2009/2010 zeitweise gar über 90 000 Arbeitnehmer (zum Vergleich: 2004 bis 2008 waren durchschnittlich 2 140 Arbeitnehmer von Kurzarbeit betroffen, im August 2000 leisteten nur 207 Arbeitnehmer Kurzarbeit).

714 Streiff/von Kaenel/Rudolph, Art. 324 N 7.

715 So z.B. am 13.01.2016 als infolge der andauernden Frankenstärke die Höchstbezugsdauer von Kurzarbeitsentschädigung von zwölf auf achtzehn Monate verlängert wurde. (https://www.news.admin.ch/message/index.html?lang=de&msg-id=60288, abgerufen am 13.05.2019).

716 Vgl. Streiff/von Kaenel/Rudolph, Art. 324 N 7.

717 Brühwiler, Art. 320 N 10b.

718 Zum vertraglichen Vorbehalt oben § 4/III/3.

mung des Arbeitnehmers[719] angeordnet werden.[720] Führt der Arbeitgeber eigenmächtig Kurzarbeit ein bzw. nimmt er die ordnungsgemäss angebotene Arbeit nicht an, gerät er in Annahmeverzug und ist weiterhin zur vollen Lohnzahlung verpflichtet (Art. 324 OR).[721] Da die Einführung der Kurzarbeit regelmässig dem Interesse des Arbeitnehmers dient, kann das Einverständnis des Arbeitnehmers dazu auch stillschweigend erfolgen (Tatbestandsvariante «besonderen Umstände» i.S.v. Art. 6 OR),[722] indem der Arbeitnehmer z.B. nach einer entsprechenden Ankündigung (via Rundschreiben, Anschlag an der Informationstafel/schwarzem Brett des Betriebes etc.) widerspruchslos Kurzarbeit leistet.[723] Die Lehre stellt eine solche Zustimmung jedoch unter die stillschweigende Bedingung, dass dem Arbeitnehmer im Gegenzug nicht gekündigt wird.[724] Wird dieser während oder unmittelbar nach der Kurzarbeit dennoch entlassen, so hat er Anspruch auf die Differenz zum vollen Lohn, weil die Bedingung, unter welcher der Arbeitnehmer zugestimmt hatte, nach-

---

719 Die blosse Zustimmung der Arbeitnehmervertreter oder der Gewerkschaft genügt nicht (Streiff/von Kaenel/Rudolph, Art. 324 N 7), wohl kann aber ein GAV diesen Gremien solche Befugnisse einräumen (so BSK OR I-Portmann/Rudolph, Art. 324 N 16; BK OR-Rehbinder/Stöckli, Art. 324 N 45; ZK-Staehelin, Art. 322 N 44; Riemer-Kafka, S. 318; ebenso gaben sich gemäss Streiff/von Kaenel/Rudolph, Art. 324 N 7 im Zuge der Finanz- und Wirtschaftskrise 2008/09 einige kantonale Amtsstellen damit zufrieden). Sodann muss vor dem Hintergrund, dass ein Arbeitsvertrag ohne weiteres der Vertretung zugänglich ist, bei ausgewiesenem Einverständnis der Arbeitnehmer auch die Zustimmung zur Kurzarbeit durch eine betriebliche Mitarbeitervertretung oder die Gewerkschaft zulässig und gültig sein (vgl. BGer 4A_555/2011, E. 2.3.3; Riemer-Kafka, S. 318).

720 BK OR-Rehbinder/Stöckli, Art. 324 N 45. Gemäss BGer 4A_187/2010, E. 2.5, sind die vom Bundesgericht entwickelten Grundsätze zur Zulässigkeit von Aufhebungsverträgen (dazu unten § 5/III) analog auf einvernehmliche Verkürzungen der Arbeitszeit anzuwenden.

721 Vgl. Vischer/Müller, § 11 N 19 mit Hinweis auf BGE 107 V 177, E. 1b.

722 Im Sinne der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zur stillschweigenden Lohnkürzung liegen hier insofern «besonderen Umstände» i.S.v. Art. 6 OR vor, als dass der Arbeitgeber bei Ablehnung der Kurzarbeit regelmässig zu anderen Massnahmen, insbesondere wohl Kündigungen, schreiten müsste.

723 BK OR-Rehbinder/Stöckli, Art. 324 N 9; Brühwiler, Art. 320 N 10b); ZK-Staehelin, Art. 322 N 44.

724 BK OR-Rehbinder/Stöckli, Art. 324 N 9; vgl. auch ZK-Staehelin, Art. 322 N 44. Infolge der verbreiteten Formularpraxis wird die stillschweigende Einführung der Kurzarbeit jedoch nicht mehr oft vorkommen (Streiff/von Kaenel/Rudolph, Art. 324 N 7); zumindest für die Voranmeldung besteht sogar eine Formularpflicht (Art. 59 Abs. 2 AVIV, Formular 716.300).

träglich dahingefallen ist.[725] Auch kann die Zustimmung schon vorgängig im Arbeitsvertrag erteilt werden.[726] Besteht nur eine Vereinbarung betreffend Verkürzung der Arbeitszeit, ist für den Arbeitnehmer aber erkennbar, dass die Kurzarbeit aus wirtschaftlichen Gründen, d.h. zur zeitweisen Senkung der Lohnkosten, erfolgt, ist anzunehmen, dass die Vereinbarung auch eine Lohnkürzung beinhaltet.[727]

Durch die Einführung von Kurzarbeit kann der Arbeitgeber Produktions- und Lohnkosten unter gleichzeitiger Beibehaltung der Arbeitsplätze und des Personalbestandes reduzieren. Dies erlaubt es ihm in konjunkturell schwierigen Phasen auf breit angelegte Kündigungen zu verzichten und das betriebliche Knowhow zu erhalten. Stabilisiert sich der Geschäftsgang wieder, kann er die Produktion erneut mit der bestehenden Arbeitnehmerschaft aufnehmen bzw. erhöhen. Das Instrument der Kurzarbeit eröffnet somit dem Arbeitgeber die Möglichkeit einen Teil des Betriebsrisikos auf die Arbeitnehmerschaft zu überwälzen und – falls die Voraussetzungen für eine KAE gegeben sind[728] – teilweise zu sozialisieren.[729] Für den Arbeitnehmer ist die Einführung Kurzarbeit insofern regelmässig vorteilhaft, als seine Arbeitslosigkeit verhindert, der umfassende Sozialschutz des Arbeitsverhältnisses erhalten und Beitragslücken in der beruflichen Vorsorge vermieden werden können.[730]

bb) Karenzentschädigung: Anspruchsvoraussetzungen

Neben der Zustimmung des Arbeitnehmers zur Einführung von Kurzarbeit, müssen für den Anspruch auf KAE folgende Voraussetzungen kumulativ erfüllt sein (Art. 31 AVIG):[731/732]

---

725 BK OR-Rehbinder/Stöckli, Art. 324 N 9 mit Verweis auf AGer BE, JAR 1994, S. 125. Zur Kündigung trotz Vertragsverschlechterung oben § 4/III/6.

726 Streiff/von Kaenel/Rudolph, Art. 324 N 8; BK OR-Rehbinder/Stöckli, Art. 324 N 45.

727 ZK-Staehelin, Art. 322 N 44.

728 Dazu sogleich unten.

729 Vischer/Müller, § 11 N 19; vgl. auch BK OR-Rehbinder/Stöckli, Art. 324 N 45.

730 Halbeisen/Rudolph, S. 290.

731 In persönlicher Hinsicht nicht anspruchsberechtigt sind Arbeitnehmer, die in einem gekündigten Arbeitsverhältnis stehen; deren Arbeitsausfall nicht bestimmbar oder deren Arbeitszeit nicht kontrollierbar ist; Personen, die massgebenden Einfluss auf die Entscheidfindung des Betriebes haben sowie mitarbeitende Ehepartner des Arbeitgebers (vgl. Art. 31 Abs. 3 AVIG, eingehend dazu AVIG-Praxis KAE, B26 ff.).

732 Im Einzelnen dazu Halbeisen/Rudolph, S. 290 f., und AVIG-Praxis KAE: Arbeitsmarkt und Arbeitslosenversicherung (TC), 1. Januar 2019, B 21 ff., online abrufbar

– *Der Arbeitnehmer ist für die ALV beitragspflichtig oder hat das Mindestalter für die Beitragspflicht in der AHV noch nicht erreicht* (Art. 31 Abs. 1 lit. a AVIG).
– *Bestehen eines ungekündigten Arbeitsverhältnisses* (Art. 31 Abs. 1 lit. c AVIG). Wird das Arbeitsverhältnis während laufender Kurzarbeit gekündigt, geht der Anspruch auf KAE ab Beginn der vertraglichen Kündigungsfrist verloren und für die Dauer der Kündigungsfrist[733] hat der Arbeitgeber den Lohn vollumfänglich zu entrichten.[734] Soweit im Rahmen von Sozialplänen[735] gekündigten Personen die Kündigungsfrist für einige Zeit erstreckt wird und auch während dieser Zeit Kurzarbeit geleistet werden muss, wird den Betroffenen während der verlängerten Kündigungsfrist keine KAE ausgerichtet.[736]
– *Vorliegen eines anrechenbaren Arbeitsausfalls* (Art. 31 Abs. 1 lit. b AVIG). Anrechenbar ist der Arbeitsausfall, der kumulativ auf *wirtschaftliche Gründe* zurückzuführen ist, *unvermeidbar* ist und je Abrechnungsperiode *mindestens 10% der Arbeitsstunden* ausmacht, die von den Arbeitnehmern des Betriebes normalerweise insgesamt geleistet werden (Art. 32 Abs. 1 AVIG). Geringfügige Arbeitsausfälle von weniger als 10% in einer Abrechnungsperiode begründen keinen Anspruch auf KAE. Für die Berechnung des Mindestarbeitsausfalls sind alle Arbeitnehmenden zu berücksichtigen, für die grundsätzlich KAE geltend gemacht werden könnte.[737]

---

unter: file:///C:/Users/admin/AppData/Local/Packages/Microsoft.MicrosoftEdge_8wekyb3d8bbwe/TempState/Downloads/AVIG-Praxis_KAE%20(1).pdf.

733 Sofern vertraglich keine Kündigungsfrist vereinbart wurde, ist die gesetzliche Kündigungsfrist massgebend. Bei einvernehmlicher Auflösung des Arbeitsverhältnisses ohne Einhaltung der vertraglichen oder gesetzlichen Kündigungsfrist, besteht ab Datum der vorzeitigen Auflösung des Arbeitsverhältnisses kein Anspruch mehr auf KAE. Wird eine Kündigung durch eine Sperrfrist nach Art. 336c OR unterbrochen, besteht auch während der Sperrfrist keinen Anspruch auf KAE, da die arbeitnehmende Person im gekündigten Arbeitsverhältnis verbleibt. Anders verhält es sich, wenn die Kündigung nichtig ist, weil sie während der Sperrfrist ausgesprochen wurden. Diesfalls gilt das Arbeitsverhältnis als ungekündigt und ein KAE-Anspruch besteht (AVIG-Praxis KAE, B28).

734 AVIG-Praxis KAE, B28.

735 Zum Sozialplan unten § 6.

736 AVIG-Praxis KAE, B29.

737 AVIG-Praxis KAE, C26.

Den Begriff der wirtschaftlichen Gründe legt die Rechtsprechung im Einklang mit dem Schrifttum weit aus.[738] Neben konjunkturellem Gründen vermögen auch strukturell bedingte Arbeitsausfälle eine Anspruchsberechtigung begründen.[739] Keine wirtschaftlichen Gründe stellen wetterbedingte, technische oder in der Person des Arbeitgebers oder des Arbeitnehmers liegende Ursachen dar.[740] Ferner enthält Art. 33 AVIG einen Katalog von Gründen, die einen Arbeitsausfall als nicht anrechenbar deklarieren. Darunter fällt z.B. der Arbeitsausfall, der durch betriebsorganisatorische Massnahmen wie Reinigungs-, Reparatur- oder Unterhaltsarbeiten sowie andere übliche und wiederkehrende Betriebsunterbrechungen oder durch Umstände verursacht wird und somit zum normalen Betriebsrisiko des Arbeitgebers gehören (Art. 33 Abs. 1 lit. a AVIG).[741] Was in diesem Sinn noch zum normalen Betriebsrisiko zählt, ist gemäss Rechtsprechung nicht nach einem für alle Unternehmensarten allgemein gültigen Massstab zu bemessen, sondern ist im Einzelfall aufgrund der mit der spezifischen Betriebstätigkeit verbundenen besonderen Verhältnisse zu bestimmen.[742] Dem Begriff der Vorhersehbarkeit kommt dabei in aller Regel massgebende Bedeutung zu.[743]

Dem weiteren von Art. 32 AVIG geforderten Erfordernis der Unvermeidbarkeit ist Genüge getan, solange nicht hinreichend konkrete Gründe vorliegen, die dagegen sprechen und gleichzeitig die geeigneten Massnahmen genannt werden

738 Eidg. Versicherungsgericht, ARV 2000, S. 56, E. 4a); bestätigt in BGE 128 V 305, E. 3a; vgl. auch AVIG-Praxis KAE, C2.

739 BGE 128 V 305, E. 3a; BGer 8C_291/2010, E. 4.1; AVIG-Praxis KAE, C2.

740 Halbeisen/Rudolph, S. 291. Eine Ausnahmeregelung sehen Art. 32 Abs. 3 AVIG und Art. 51 und Art. 51a AVIV für *Härtefälle* vor, die auf behördliche Massnahmen, auf wetterbedingte Kundenausfälle oder auf andere vom Arbeitgeber nicht zu vertretende Umstände zurückzuführen sind (vgl. dazu auch AVIG-Praxis KAE, C7 ff.).

741 Im Einzelnen dazu AVIG-Praxis KAE, D1 ff.

742 BGE 119 V 498, E. 1 mit Hinweisen auf Rechtsprechung und Schrifttum. Vgl. z.B. BGer 8C_267/2012, E. 3.2 (mit der bewussten betriebswirtschaftlich motivierten Konzentration auf eine Grosskundin ging die Unternehmung ein vorhersehbares Risiko ein, weshalb der durch den Wegfall dieser Kundin erlittene Arbeitsausfall nicht aussergewöhnlicher Natur und dem normalen Betriebsrisiko zuzurechnen ist); ähnlich BGer 8C_279/2007 (die Geschäftsbeziehung mit einem Hauptkunden, auch bei gutem Einvernehmen, beinhaltet das vorhersehbare Risiko, bei veränderten Verhältnissen einen Umsatzeinbruch zu erleiden. Dieses Klumpenrisiko gehört zum normalen Betriebsrisiko).

743 BGE 119 V 498, E. 3; bestätigt in BGer 8C_267/2012, E. 3.2.

können, welche der Arbeitgeber zu ergreifen unterlassen hat.[744] Die Kurzarbeit gilt nicht bereits deshalb als vermeidbar, weil der Arbeitgeber ihr durch Personalabbau hätte vorbeugen können oder weil die Arbeitnehmer die Möglichkeit haben, eine andere Beschäftigung bei einem anderen Arbeitgeber zu finden.[745] Ist dem Arbeitgeber indes lange im Voraus bekannt, dass Umstrukturierungen erforderlich sein werden, kann von ihm verlangt werden, die entsprechenden Massnahmen rechtzeitig zu treffen.[746]

– *Der Arbeitsausfall ist voraussichtlich vorübergehender Natur und mit der Einführung der Kurzarbeit können die Arbeitsplätze erhalten werden.* Diese Vermutung besteht solange bis keine konkreten Anhaltspunkte für eine gegenteilige Schlussfolgerung vorliegen.[747] Es gilt demnach der Grundsatz, dass im Zweifel die vorübergehende Natur des Arbeitsausfalls und die Erhaltung der Arbeitsplätze zu bejahen ist.[748] Bestehen indes konkrete Anhaltspunkte, dass der Arbeitgeber die Kurzarbeit z.B. als Vorstufe einer geplanten Betriebsschliessung (Konkurseröffnung, Nachlassliquidation) einführt, ist die Anspruchsvoraussetzung des vorübergehenden Arbeitsausfalls und der Arbeitsplatzerhaltung nicht oder nicht mehr erfüllt.[749] Ebenso kann für einen Betrieb in Nachlassstundung grundsätzlich keine Kurzarbeit bewilligt bzw. ab dem Zeitpunkt der bewilligten Nachlassstundung keine KAE mehr ausbezahlt werden. Davon ausgenommen sind Fälle, bei denen der Arbeitgeber mit entsprechenden Beweismitteln (Stundungsgesuch, Entwurf des Nachlassvertrages, Bestätigung des Sachwalters/Nachlassrichters etc.) glaubhaft darlegen kann, dass trotz des laufenden Nachlassverfahrens die von KAE betroffenen Arbeitsplätze erhalten werden können.[750]

---

744 AVIG-Praxis KAE, C4.

745 AVIG-Praxis KAE, C5.

746 AVIG-Praxis KAE, C6.

747 AVIG-Praxis KAE, B21. Der Umstand, dass ein Arbeitgeber in der Vergangenheit wiederholt Kurzarbeit eingeführt hat, genügt für sich allein nicht für eine Verneinung des vorübergehenden Charakters (BGE 111 V 379).

748 AVIG-Praxis KAE, B21. Im begründeten Zweifelsfall kann die zuständige kantonale Stelle eine Betriebsanalyse in Auftrag geben (Art. 31 Abs. 1bis AVIG i.V.m. Art. 48b Abs. 1 AVIV).

749 AVIG-Praxis KAE, B23.

750 AVIG-Praxis KAE, B23.

cc) Exkurs: Wechselkursschwankungen und Anspruchsberechtigung

Schwankungen von Devisenkursen gehören bekanntermassen zum normalen Betriebsrisiko, weshalb für Kurzarbeit im Zusammenhang mit Wechselkursschwankungen grundsätzlich kein Anspruch auf KAE besteht. Der plötzliche und dramatische Anstieg des CHF gegenüber des EUR im Rahmen der Eurokrise stellte die Anspruchsberechtigung auf KAE bei Arbeitsausfällen jedoch dennoch in den Raum. Das Bundesgericht beurteilte in einem Entscheid aus dem Jahre 2012 die im konkreten Fall angeführten Währungsschwankungen (Zeitraum Mai bis September 2010) von rund 10 Prozent gegenüber dem jahrelang üblichen Wechselkurs EUR/CHF von 1.50 noch als normales Betriebsrisiko.[751] Ein weiterer vom Bundesgericht zu beurteilende Fall bezog sich auf den Spätsommer 2011, als sich die Wechselkursproblematik bereits weiter verschärft hatte (Währungsschwankungen EUR/CHF von rund 20 Prozent).[752] In diesem Zusammenhang verwies es vorab auf die vom SECO am 6. September 2011 herausgegebene Weisung,[753] wonach durch Währungsdifferenzen begründete Auftragsrückgänge seit dem 1. September 2011 als ausserordentliche Situation zu qualifizieren und allenfalls einen Anspruch auf KAE rechtfertigen könnten.[754] Das Bundesgericht unterliess es aber, die Weisung weiter zu erörtern bzw. eine Aussage darüber zu treffen, ob ab einer vorübergehenden Währungsschwankung von 20 Prozent generell ein ausserordentliches Betriebsrisiko vorliege. Stattdessen kam es zum Schluss, dass im konkreten Fall die behaupteten Arbeitsausfälle und Umsatzeinbussen nicht primär auf die Wechselkursproblematik, sondern auf den enormen Wettbewerbs- und Konkurrenzdruck zurückzuführen seien.[755] Damit bleibt offen, ob Kurzarbeit wegen aussergewöhnlich starken Währungsschwankungen einen Anspruch auf KAE begründet.[756]

---

751 BGer 8C_267/2012, E. 3.6.

752 BGer 8C_986/2012.

753 SECO, Weisung 033-AVIG-Praxis 2011/34 (online nicht mehr abrufbar).

754 BGer 8C_986/2012, E. 4.1 f.

755 BGer 8C.986/2012, E. 4.3.

756 Das SECO hatte die Weisung von September 2011 Ende 2013 wieder aufgehoben, nachdem sich der Schweizerfranken Ende 2013 infolge der von der Nationalbank festgelegten Untergrenze des Wechselkurses von CHF 1.20 gegenüber dem Euro stabilisiert hatte (http://www.swissmem.ch/news/news/kurzarbeit-ende-der-sondermassnahmen-per-31122013.html, abgerufen am 13.05.2019), womit Wechselkursschwankungen wieder als normales Betriebsrisiko galten. Nach Aufgabe des Mindestkurses im Januar 2015 und der einhergehenden Erstarkung des Schweizerfrankens erklärte das SECO neuerlich, dass Arbeitsausfälle aufgrund Wechselkursschwankungen grund-

7. Anordnung von Ferien und Kompensation von Überstunden

Im Sanierungsfall sinnvoll sein kann auch die Anordnung zum Bezug von Ferien und/oder zum Abbau von angehäuften Überstunden durch Freizeit. Der Arbeitgeber kann den Zeitpunkt der Ferien[757] bestimmen,[758] jedoch möglichst unter Rücksichtnahme der Wünsche der Arbeitnehmer (Art. 329c Abs. 2).[759] Ebenso hat er den Ferienbezug dem Arbeitnehmer im Hinblick auf die Planung der Ferien mindestens drei Monate im Voraus mitzuteilen.[760] Anstatt für jeden Arbeitnehmer Ferien individuell an verschiedenen Zeitpunkten vorzusehen, kann der Arbeitgeber auch für die gesamte Belegschaft oder Teilen davon *Betriebsferien* anordnen.[761] Soweit ein betriebliches Interesse besteht, kann der Arbeitgeber auch den Vorbezug von Ferien verlangen.[762]

---

sätzlich einen Anspruch auf KAE begründen (SECO, Weisung vom 27.01.2015 «Kurzarbeit – Aufgabe des Mindestkurses des Schweizer Frankens von CHF 1.20 gegenüber Euro» [online nicht mehr abrufbar] und SECO, Weisung vom 9. März 2015 «Vorübergehende Erhöhung der Arbeitszeit aufgrund der Frankenstärke – Auswirkungen auf den Bezug von Kurzarbeitsentschädigung» [online nicht mehr abrufbar]). Inzwischen hat sich die Währungssituation erneut entspannt und die Gesuche um Kurzarbeit haben abgenommen, weshalb das SECO die betroffenen Weisungen per 31. August 2018 aufhob (Medienmitteilung: «Frankenstärke ist kein Grund mehr für Kurzarbeitsentschädigung», https://www.seco.admin.ch/seco/de/home/seco/nsb-news.msg-id-70928.html, abgerufen am 13.05.2019).

757 Der Arbeitnehmer hat bis zum vollendeten 20. Altersjahr Anspruch auf mindestens fünf Wochen Ferien pro Dienstjahr, danach auf wenigstens vier Wochen Ferien (Art. 329a Abs. 1 OR).

758 In der Praxis bestimmen Arbeitgeber und Arbeitnehmer den Zeitpunkt der Ferien indes meist gemeinsam.

759 Vgl. dazu Streiff/von Kaenel/Rudolph, Art. 329c N 7; ZK-Staehelin, Art. 329c N 10. Übergeht der Arbeitgeber bei der Festsetzung der Ferien die Wünsche des Arbeitnehmers ist der Arbeitnehmer berechtigt, den Ferienbezug zu verweigern (BGer 4A_434/2017, E. 2.1 m.w.H.).

760 BK OR-Rehbinder/Stöckli, Art. 329c N 11; Streiff/von Kaenel/Rudolph, Art. 329c N 7; ZK-Staehelin, Art. 329c N 9; OGer BE, JAR 2011, S. 410. Ordnet der Arbeitgeber die Ferien zu kurzfristig an, kann der Arbeitnehmer den Ferienbezug verweigern (BGer 4A_434/2017, E. 2.1 m.w.H.).

761 BSK OR I-Portmann/Rudolph, Art. 329c N 2 OR; vgl. auch Streiff/von Kaenel/Rudolph, Art. 329c N 7.

762 BSK OR I-Portmann/Rudolph, Art. 329c N 10; BK OR-Rehbinder/Stöckli, Art. 329c N 8; a.M. Brühwiler, Art. 329c N 7a); Streiff/von Kaenel/Rudolph, Art. 329c N 9; ZK-Staehelin, Art. 329c N 8. Sofern keine betrieblichen Interessen

Einmal festgesetzte bzw. vereinbarte Ferien sind grundsätzlich einzuhalten. Kann der Arbeitgeber im Falle einer Unternehmenskrise seine Arbeitnehmer aber nicht voll beschäftigen, darf er zum Zwecke der Arbeitsplatzerhaltung *Zwangsferien* auf einen sich aus der betrieblichen Situation heraus ergebenden Zeitpunkt anordnen.[763] Der Arbeitnehmer hat mit Blick auf die überwiegenden Interessen des Arbeitgebers solchen Weisungen zu folgen, wenn das Unternehmen sonst in ernsthafte wirtschaftliche Schwierigkeiten käme.[764] Dies gilt unabhängig davon, ob der Arbeitnehmer bereits für einen anderen Zeitpunkt feste Ferienpläne hat; allerdings muss der Arbeitgeber ihm dann aber im Zeitpunkt der geplanten Ferien mindestens einen unbezahlten Urlaub gewähren.[765] M.E. müssen in solchen Fällen Zwangsferien auch relativ kurzfristig unter Ausserachtlassung der üblichen Dreimonatsfrist angeordnet werden können.[766] Ansonsten würde das Ziel von Zwangsferien, ausserordentliche wirtschaftliche Schwierigkeiten bzw. mangelhafte Auftragslagen zu überbrücken, kaum erreicht werden. Oft sind es gerade unerwartete Ereignisse (z.B. ein Börsencrash), die kurzfristige Massnahmen zur Überbrückung betrieblicher Schwierigkeiten erfordern. Besteht umgekehrt ausnahmsweise ein unvorhersehbares und dringendes betriebliches Interesse an Arbeitskräften, ist andererseits ein *Widerruf* gewährter Ferien oder ein Rückruf aus den Ferien zulässig.[767] Die

---

entgegenstehen, ist umgekehrt grundsätzlich dem Wunsch des Arbeitnehmers nach einem Ferienvorbezug zu folgen (BSK OR I-Portmann/Rudolph, Art. 329c N 10).

763 Brühwiler, Art. 329c N 4; BSK OR I-Portmann/Rudolph, Art. 329c N 2; BK OR-Rehbinder/Stöckli, Art. 329c N 11; ZK-Staehelin, Art. 329c N 9. Abzugrenzen sind Zwangsferien, die definitionsmässig bezahlt werden, von unbezahlten Ferien. Wegen der Lohneinbusse bedarf die Anordnung von unbezahltem Urlaub einer vertraglichen Grundlage. Sonst fällt der Arbeitgeber in Annahmeverzug und bleibt lohnfortzahlungspflichtig (Art. 324 Abs. 1 OR; BSK OR I-Portmann/Rudolph, Art. 329c N 3).

764 Wyler/Heinzer, S. 392 f.; Streiff/von Kaenel/Rudolph, Art. 329c N 7.

765 Streiff/von Kaenel/Rudolph, Art. 329c N 13 m.w.H.

766 So auch Brühwiler, Art. 329c N 4; Streiff/von Kaenel/Rudolph, Art. 329c N 13; ZK-Staehelin, Art. 329c N 9; a.M. BK OR-Rehbinder/Stöckli, Art. 329c N 11 (selbst betriebliche Schwierigkeiten würden es nicht rechtfertigen, den Ferienzweck durch allzu kurzfristige Ansetzung von Ferien zu vereiteln).

767 BK OR-Rehbinder/Stöckli, Art. 329c N 12; Brühwiler, Art. 329c N 3; BSK OR I-Portmann/Rudolph, Art. 329c N 9; Streiff/von Kaenel/Rudolph, Art. 329c N 7.

dem Arbeitnehmer dadurch zusätzlich anfallenden Kosten (z.B. Annullierungskosten) hat allerdings der Arbeitgeber zu tragen.[768]

Soweit der Arbeitgeber beabsichtigt, seinen Arbeitnehmern angefallene Überstunden mit (bezahlter) Freizeit von gleicher Dauer zu kompensieren, benötigt er dazu deren Zustimmung (Art. 321c Abs. 2 OR).[769] Der Zeitpunkt und die Dauer der Kompensation ist ebenfalls einvernehmlich festzulegen. Der Arbeitgeber kann sich allerdings vertraglich das Recht einräumen lassen, die Kompensation einseitig anzuordnen.[770]

768 BK OR-Rehbinder/Stöckli, Art. 329c N 512; BSK OR I-Portmann/Rudolph, Art. 329c N 9; Streiff/von Kaenel/Rudolph, Art. 329c N 7; ZK-Staehelin, Art. 329c N 17.

769 Streiff/von Kaenel/Rudolph, Art. 321c N 11. Der Arbeitnehmer kann sein Einverständnis im Voraus im Rahmen des Arbeitsvertrages, durch gesamtarbeitsvertragliche Einigung oder auch stillschweigend erteilen (BSK OR I-Portmann/Rudolph, Art. 321c N 13 m.w.H.

770 Streiff/von Kaenel/Rudolph, Art. 321c N 11 m.w.H.

§ 5 Beendigung von Arbeitsverhältnissen

Können die Personalkosten durch die Anpassung der Arbeitsbedingungen nicht genügend reduziert werden, müssen die Verantwortlichen zu radikaleren Sanierungsmassnahmen, sprich dem Abbau von Personal schreiten. Ein Arbeitsvertrag kann wie jeder Vertrag aufgehoben werden, sei dies einseitig via (ordentlicher [Art. 335 ff. OR] oder fristloser [Art. 337 ff. OR]) Kündigung oder zweiseitig durch gegenseitige Übereinkunft via Aufhebungsvertrag.[771/772]

I. Einseitige Aufhebung: Kündigung

Dank der in unserer Rechtsordnung herrschenden Kündigungsfreiheit[773] erweist sich der Personalabbau als äusserst flexibles Anpassungsinstrument.[774] Ein unbefristetes Arbeitsverhältnis kann von jeder Vertragspartei gekündigt werden (Art. 335 Abs. 1 OR).[775] Da es für die Rechtmässigkeit einer Kündigung keiner besonderen Gründe bedarf,[776] sind namentlich bei schlechtem Geschäftsgang Kündi-

771 Abzugrenzen ist der Aufhebungsvertrag vom kollektivrechtlichen Aufhebungsvertrag, Erlassvertrag, Änderungsvertrag, Kündigung, Abwicklungsvertrag und Freistellungsvertrag, vgl. dazu PORTMANN, FS Honsell, S. 356; FARNER, S. 36 m.w.H.

772 Beendet wird das Arbeitsverhältnis ferner durch Zeitablauf bei befristeten Verträgen (Art. 334 Abs. 1 OR); Tod des Arbeitnehmers (Art. 338 OR; beim Tod des Arbeitgebers endet das Arbeitsverhältnis dagegen nur, wenn es wesentlich mit Rücksicht auf die Person des Arbeitgebers eingegangen worden ist, Art. 338a OR); durch Eintritt von im Vertrag vorgesehenen Gründen, z.B. Erreichen des Pensionsalter (vgl. GEISER/MÜLLER/PÄRLI, N 520 ff.; VISCHER/MÜLLER, § 24 N 1 f.).

773 Vgl. dazu BGE 132 III 115, E. 2.1; 136 III 513, E. 2.3; BGer 4A_130/2016, E. 2.1. Grundlegend zur Kündigungsfreiheit VISCHER/MÜLLER, § 24 N 3 ff. Für eine kritische Auseinandersetzung mit der Kündigungsfreiheit z.B. PÄRLI KURT, Die arbeitsrechtliche Kündigungsfreiheit zwischen Mythos und Realität, in: AJP 2010, S. 715 ff.

774 WILDHABER, Umstrukturierungen, S. 8. Ferner können Kündigungen durch Neueinstellungen rasch rückgängig gemacht werden. Ebenso ist der Arbeitgeber relativ frei in der Umsetzung von Kündigungen; namentlich bedarf er nicht der Zustimmung allfälliger Gesellschafter (vgl. WILDHABER, Umstrukturierungen, S. 8).

775 Betreffend die sich bei jeder Kündigung stellenden Fragen (Form, Frist, zeitlicher Kündigungsschutz etc.) wird auf das allgemeine Schrifttum verwiesen (BK OR-REHBINDER/STÖCKLI, Art. 334 ff.; GEISER/MÜLLER/PÄRLI, N 561 ff.).

776 Auf Verlangen der anderen Partei muss der Kündigende die Kündigung jedoch schriftlich begründen (Art. 335 Abs. 2 OR), allerdings hat die Verletzung der Begründungs-

gungen zulässig, wobei der Arbeitgeber grundsätzlich frei entscheiden kann, wen er im Zuge der Sanierung entlassen möchte.[777/778]

Die mit Kündigungen beabsichtigten Kosteneinsparungen treten nicht sofort ein. Infolge der zwingenden Kündigungsfristen[779] wirkt diese Sanierungsmassnahme *verzögert* –- verstärkt wird dies, wenn das Verfahren der Massenentlassung greift.[780] Betriebliche Schwierigkeiten berechtigen nämlich nicht zu fristlosen Kündigungen;[781] dies widerspräche dem Grundsatz der Tragung des Betriebs-

---

pflicht keinen Einfluss auf die Wirksamkeit der Kündigung und beschränkt die Kündigungsfreiheit insofern nicht (Vischer/Müller, § 24 N 30).

777 Vgl. OGer ZH vom 1.11.2012, LA120002, E. 2b) ([. . .] «bei Umstrukturierungen und damit verbundenem Stellenabbau auch ein erfolgreicher Mitarbeiter betroffen sein kann, wenn seine Funktion auf andere Mitarbeiter übertragen wird. Ob einzig der Kläger von der Restrukturierung betroffen war [. . .], ist irrelevant, weil es dem Arbeitgeber frei steht zu entscheiden, mit welchen Mitarbeitern er nach einer Umstrukturierung weiterhin zusammenarbeiten will»). Vgl. in diesem Zusammenhang auch BGer 4C.77/2007, wonach insbesondere auch gewählte Arbeitnehmervertreter wie die übrigen Arbeitnehmer aus wirtschaftlichen Gründen entlassen werden dürfen, ohne dass der Betrieb dabei einen Restrukturierungsbedarf wegen schlechten Geschäftsgangs klar nachweisen muss; Art. 336 Abs. 2 lit. b OR bezweckt keinen absoluten Bestandesschutz.

778 Damit der Betrieb aufrechterhalten und am Markt teilnehmen kann, sollten aus betriebswirtschaftlicher Sicht aber nur jene Arbeitnehmer entlassen werden, deren Know-How und Arbeitskraft für den Unternehmensfortbestand nicht weiter notwendig sind. Oft ist es aber nicht leicht, die erforderliche Personalkapazität zu ermitteln; dies rührt u.a. daher, dass Arbeitnehmer, die objektiv unterbeschäftigt sind und sich dessen bewusst sind, dies häufig entweder zu verbergen versuchen oder Arbeit an sich ziehen, die nicht zwingend erforderlich ist. Die sorgfältige Analyse der tatsächlichen Arbeitseffizienz eines Unternehmens benötigt oft differenzierte, kosten- und zeitaufwendige Methoden, wie z.B. eine Gemeinkostenwertanalyse (Hess, Kap. 5 N 126). Teilweise der einzige Weg ist, die Belegschaft über einen gewissen Zeitraum kontinuierlich zu reduzieren, bis der ordnungsgemässe Geschäftsablauf bei möglichst tiefen Personalkosten gesichert ist oder eben – bei akut gefährdeten Unternehmen – der mutige und entschlossene Personal(Kapazitäts-)abbau vorzunehmen (vgl. Hess, Kap. 5 N 123 f., 127).

779 Zu den gesetzlichen Kündigungsfristen z.B. Vischer/Müller, § 24 N 41 ff.

780 Vgl. Kälin, N 156 ff. Zur Massenentlassung unten § 5/II.

781 BGE 124 III 346, E. 2b; BK OR-Rehbinder/Stöckli, Art. 324 N 43 f.; BSK OR I-Portmann/Rudolph, Art. 324 N 11; Klingenberger, S. 35; Wyler/Heinzer, S. 201; anders ZK-Staehelin, Art. 324 N 20, wonach ausnahmsweise in besonderen Fällen, z.B., wenn die Existenz des Betriebes stark gefährdet und eine sehr lange Kündigungsfrist gilt, ein wichtiger Grund zur fristlosen Entlassung (Art. 337 OR) vorliege, aber unter Zubilligung des Arbeitnehmers eines beschränkten Schadenersatzes nach

risikos.[782] Einkalkuliert werden müssen auch die *Folgekosten:* Mit Beendigung der Arbeitsverhältnisse werden alle offenen Forderungen aus dem Arbeitsverhältnis – ausgenommen gewisse Provisionsforderungen und Ansprüche auf einen Anteil am Geschäftsergebnis – fällig (vgl. Art. 339 Abs. 1 bis 3 OR).[783] Schliesslich führt eine allfällige Sozialplanpflicht zu weiteren – oft schwer kalkulierbaren – Kosten.[784]

II. Massenentlassung

Im Sanierungsfall kommt es oft zu breitangelegten Kündigungen und damit zur sog. Massenentlassung. Diese trifft die einzelnen Arbeitnehmer und die regionale Volkswirtschaft oft schwerer als einzelne Kündigungen:[785] Der lokale Arbeitsmarkt ist plötzlich mit einer grossen Anzahl Arbeitslosen konfrontiert – häufig im gleichen Berufssegment –, was die Stellensuche der Entlassenen zusätzlich erschwert und zu länger dauernder Arbeitslosigkeit führt.[786] Zudem sind Massenentlassungen oft konjunkturell bedingt, d.h. die gesamte Region spürt die Folgen der Rezession und längere Perioden von grösserer Arbeitslosigkeit drohen.[787] Der Gesetzgeber tritt dieser Problematik mit Sonderbestimmungen in Art. 335d ff. OR entgegen.[788] Diese sind weitgehend eine «besondere Spielart von Kündigungsschutz».[789] Sie gehen weiter als der allgemeine Kündigungsschutz, tangieren diesen aber nicht. Auch von einer Massenentlassung betroffene Arbeitnehmer können sich auf den sachlichen und zeitlichen Kündigungsschutz berufen.[790] Art. 335d ff. OR schränkt den

---

Art. 337b Abs. 2 OR zum Ausgleich der beiderseitigen Interessen; gl.M. Brühwiler, Art. 324 N 6d m.w.H.

782 Dazu oben § 4/II/2.

783 Einigen Arbeitnehmern stehen ferner gesetzliche Abgangsentschädigungen zu (vgl. Art. 339b Abs. 1 OR).

784 Zum Sozialplan unten § 6.

785 von Kaenel, Grundlagen, S. 35; vgl. Geiser, Massenentlassung, N 3.1.

786 von Kaenel, Grundlagen, S. 35.

787 Vgl. Geiser, Massenentlassung, N 3.1.

788 Art. 335d ff. OR traten am 1. Mai 1994 – gleichzeitig mit dem MitwG – in Kraft (Brunner/Bühler/Waeber/Bruchez, Art. 335d N 1). Für das EU-Recht und die Rechtsprechung des EuGH zur Massenentlassung siehe Licci, N 7 ff., 319 ff. und 336 ff.

789 Brühwiler, S. 396.

790 Brühwiler, S. 396 (mit dem Hinweis, dass die Berufung auf die Missbräuchlichkeit der Kündigung kaum helfe, da Massenentlassungen meist nur bei Vorliegen zwingender betrieblicher Gründe vorgenommen würden).

unternehmerischen Entscheid, wann und wie viele Arbeitnehmer entlassen werden, nicht ein;[791] geregelt wird bloss das einzuhaltende Verfahren.[792]

1. Tatbestand der Massenentlassung

Eine Massenentlassung besteht, wenn der Arbeitgeber *Kündigungen* ausspricht, die *in keinem Zusammenhang mit der Person des Arbeitnehmers* stehen und *innerhalb von 30 Tagen* eine nach der Grösse des Betriebes abgestufte bestimmte *Mindestzahl* von Arbeitnehmern betreffen (Art. 335d OR):

a) Kündigung durch den Arbeitgeber

Massenentlassungen knüpfen grundsätzlich nur an vom Arbeitgeber ausgehende Kündigungen. Darunter fallen *ordentliche* und *ausserordentliche Kündigungen,* wobei es unerheblich ist, ob diese gerechtfertigt sind oder nicht.[793] Erfasst werden auch Kündigungen *während der Probezeit* sowie *Änderungskündigungen.*[794] *Pensionierungen* werden soweit berücksichtigt, als sie vorzeitig und vom Arbeitgeber einseitig angeordnet sind.[795] Andere Arten der Beendigung, z.B. durch *Zeitablauf* oder *Aufhebungsvertrag* (sofern keine Gesetzesumgehung vorliegt), werden nicht

---

791 GAV können z.B. ab einer gewissen Anzahl Kündigungen weitere Vorschriften enthalten bzw. den Parteien zusätzliche Rechte und Pflichten einräumen (VON KAENEL, Grundlagen, S. 36).

792 GEISER, AJP 1995, S. 1411; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 335d N 2; VISCHER/MÜLLER, § 24 N 60.

793 BK OR-REHBINDER/STÖCKLI, Art. 335d N 5; BSK OR I-PORTMANN/RUDOLPH, Art. 335d N 3; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 335d N 5.

794 BSK OR I-PORTMANN/RUDOLPH, Art. 335d N 3; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 335d N 5. Nicht erfasst wird aber der Fall der sog. uneigentlichen Kündigung (dazu oben § 4/III/2/b), d.h. wenn der Arbeitgeber vorerst nur Vertragsofferten zur Annahme vorlegt, ohne mit einer Kündigung zu verbinden, auch wenn der Arbeitnehmer davon ausgehen kann, dass bei Ablehnung der Offerte eine Kündigung droht (GEISER, Massenentlassung, N 3.40; RUDOLPH, Vertragsänderungen, S. 24 f. FN 72). Teilweise anderer Meinung sind BRÜHWILER, Art. 335d N 1 und MÜLLER, ArbR, S. 114, die auf die Anzahl tatsächlich beendeter Arbeitsverhältnisse abstellen wollen. Dies erweist sich aber als problematisch, da im Zeitpunkt der Änderungskündigung unklar ist, welche Arbeitsverhältnisse tatsächlich beendet werden.

795 GEISER, Massenentlassung, N 3.26. Pensionierungen gelten als befristete Arbeitsverhältnisse, soweit das Arbeitsverhältnis mit Erreichen des Pensionierungsalters automatisch ändert (BGE 114 II 350 f.).

erfasst.[796] Dasselbe gilt für *nichtige Kündigungen,* da sie das Arbeitsverhältnis nicht beenden und damit das den Bestimmungen über die Massenentlassungen zugrunde liegende Schutzbedürfnis nicht besteht.[797] Ausnahmsweise mitgezählt werden Kündigungen seitens der Arbeitnehmer, wenn diese gerechtfertigt sind (Art. 337 und 337a OR [z.B. bei der fristlosen Vertragsauflösung wegen Lohngefährdung]), sie den Übergang des Arbeitsverhältnisses auf den Übernehmer des Betriebes abgelehnt haben (Art. 333 Abs. 1 OR)[798] oder wenn sie vom Arbeitgeber provoziert wurden, um die Vorschriften über Massenentlassungen zu umgehen (Gesetzesumgehung).[799]

b) Kündigung innerhalb desselben Betriebes

Die Kündigungen müssen innerhalb desselben *Betriebes* erfolgen, wobei der Betriebsbegriff i.S.v. Art. 333 OR massgeblich ist.[800] Gehören mehrere Betriebe zum selben Unternehmen, bestimmt sich für jeden Betrieb einzeln, ob Art. 335d OR erfüllt ist.[801] Abzulehnen ist die teilweise vertretene Ansicht, mehrere Betriebe des gleichen Arbeitgebers als Einheit zu betrachten, wenn sie geografisch nahe beieinander liegen und denselben regionalen Arbeitsmarkt belasten bzw. in denselben Zuständigkeitsbereich eines kantonalen Arbeitsamtes fallen.[802] Rechtspolitisch hat dies zwar gewisse Berechtigung, ist aber mit dem klaren Gesetzeswortlaut und der Botschaft nicht vereinbar. Der Gesetzgeber wollte dem über mehrere Betriebe verfügenden Arbeitgeber ausdrücklich «eine grössere Flexibilität in der Personalführung» zugestehen. In der Botschaft ist aber nicht von Betriebsgruppen die Rede, sondern explizit von «jedem einzelnen Betrieb».[803] Planen mehrere Tochtergesell-

---

796 BSK OR I-Portmann/Rudolph, Art. 335d N 2; vgl. auch Geiser, Massenentlassung, N 3.25, 3.28; Streiff/von Kaenel/Rudolph, Art. 335d N 5.

797 BSK OR I-Portmann/Rudolph, Art. 335d N 3; Streiff/von Kaenel/Rudolph, Art. 335d N 5; ZK-Staehelin, Art. 335d N 4.

798 Geiser, Massenentlassung, N 3.30.

799 Brühwiler, Art. 335d/e N 1; BSK OR I-Portmann/Rudolph, Art. 335d N 4; Streiff/von Kaenel/Rudolph, Art. 335d N 5.

800 Zum Betriebsbegriff unten § 7/II/1.

801 BGE 137 III 27, E. 3.2.

802 So aber Geiser, Massenentlassung N 3.53 (geografische Nähe infolge Zuständigkeit desselben Arbeitsamts); Müller, ArbR, S. 119.

803 Zusatzbotschaft I, 407; BK OR-Rehbinder/Stöckli, Art. 335d N 13; BSK OR I-Portmann/Rudolph, Art. 335d N 6; Streiff/von Kaenel/Rudolph, Art. 335d N 8; ZK-Staehelin, Art. 335d N 3; vgl. auch BGE 137 III 27, E. 3.3, wonach im

schaften eines Konzerns im Rahmen einer gemeinsamen Umstrukturierung Entlassungen, werden die Kündigungen selbstverständlich auch nicht zusammengezählt; jede einzelne Konzerngesellschaft ist eine selbständige Rechtspersönlichkeit und als jeweils eigenständiger Arbeitgeber einzeln zu beurteilen.[804]

c) Schwellenwerte

Art. 335d OR sieht eine Mindestzahl von Entlassungen im Verhältnis zur Betriebsgrösse in drei Abstufungen vor:[805] Verfügt der Betrieb in der Regel über *(1)* mehr als 20[806] und weniger als 100 Arbeitnehmern, müssen mindestens zehn Beschäftigte entlassen werden; *(2)* mindestens 100 und weniger als 300 Arbeitnehmern, müssen die Entlassungen mindestens 10% der Arbeitnehmer betreffen (d.h. die nächste bei oder über 10% liegende ganze Zahl)[807]; *(3)* mindestens 300 Arbeitnehmern, müssen mindestens 30 Arbeitnehmer gekündigt werden.[808]

Konzern, wenn die verschiedenen Betriebe verschiedenen rechtlichen Unternehmen zugehören, kein Raum für eine Berücksichtigung geografischer Nähe bestehe. Vielmehr sei für jedes Mitglied der Unternehmensgruppe gesondert zu prüfen, ob eine Massenentlassung vorliege.

804 Vgl. BGE 137 III 127, E. 3.3; Geiser, Massenentlassung, N 3.54 (mit dem Hinweis, wonach es sich anders verhalten soll, wenn die Arbeitnehmer der verschiedenen Gesellschaften im selben Betrieb arbeiten).

805 BSK OR I-Portmann/Rudolph, Art. 335d N 7.

806 Unternehmen, die weniger als 21 Arbeitnehmer beschäftigen, unterstehen den Regeln betreffend Massenentlassung nicht (BGE 137 III 27, E. 3.2; BSK OR I-Portmann/Rudolph, Art. 335d N 7; a.M. Streiff/von Kaenel/Rudolph, Art. 335d N 7 und ZK-Staehelin, Art. 335d N 3, wonach sobald die Durchschnittszahl 20 überschritten wird, ein Betrieb im Anwendungsbereich von Art. 335d OR unterliegt). Anders entschied das VwGer SG, wonach die Minimalgrösse bei 20 Personen liege (GVP 2005 Nr. 5, E. 3b), die ist allerdings mit der Formulierung von «mehr als 20» nicht vereinbar. Brunner/Bühler/Waeber/Bruchez, Art. 335d N 3, wollen bei zehn oder mehr Entlassungen die Massenentlassungsbestimmungen auch in kleineren Betrieben mit weniger als 21 Arbeitnehmern anwenden. Dies ist angesichts des Gesetzestextes abzulehnen.

807 BSK OR I-Portmann/Rudolph, Art. 335d N 7.

808 Art. 1 Ziff. 1 lit. a der Richtlinie 75/129/EWG vom 17. Februar 1975 liess den Mitgliedsländern bei der Bestimmung der für eine Massenentlassung erforderlichen Mindestanzahl von Kündigungen die Wahl zwischen der absoluten und der relativen Methode. Das Parlament entschied sich für zweitere, womit den grösseren Unternehmen mehr Flexibilität gewährt wurde (Streiff/von Kaenel/Rudolph, Art. 335d N 7).

In die Berechnung dieser Vorgaben sind grundsätzlich alle Arbeitnehmer i.S.v. Art. 319 OR miteinzubeziehen.[809] Dazu gehören unbefristete und befristete Arbeitnehmer, Vollzeit- und Teilzeitbeschäftigte, Lernende sowie aushilfsweise eingestellte Arbeitnehmer, sofern deren Anstellung im Betrieb nicht nur vorübergehenden Charakter hat.[810] Auch erfasst werden öffentlich-rechtlich angestellte Personen, da deren Kündigung den Arbeitsmarkt gleichermassen belastet, obschon sie sich nicht auf die privatrechtlichen Sondervorschriften über die Massenentlassung berufen können.[811]

Die Formulierung «in der Regel» zielt auf die Beschäftigtenzahl bei üblichem Gang des Betriebes ab.[812] Kurzfristige Schwankungen der Beschäftigtenzahlen infolge aussergewöhnlichen Geschäftsanfall oder kurzfristigen Rückgangs sind unbeachtlich.[813] In der Lehre und Rechtsprechung werden verschiedene Methoden zur Berechnung dieser Kennzahl postuliert.[814] M.E. sinnvoll ist der Vorschlag, auf die durchschnittlich während einer *repräsentativen Referenzperiode*[815] beschäftig-

809 BSK OR I-Portmann/Rudolph, Art. 335d N 8. Dies ergibt sich aus dem Wortlaut des Gesetzes, da es von «Arbeitnehmern» und nicht von «Arbeitsplätzen» spricht (BK OR-Rehbinder/Stöckli, Art. 335d N 11; Portmann/Stöckli N 734; Streiff/von Kaenel/Rudolph, Art. 335d N 7).

810 BK OR-Rehbinder/Stöckli, Art. 335d N 11; Streiff/von Kaenel/Rudolph, Art. 335d N 7 je m.w.H.

811 BSK OR I-Portmann/Rudolph, Art. 335d N 8.

812 BK OR-Rehbinder/Stöckli, Art. 335d N 9.

813 Streiff/von Kaenel/Rudolph, Art. 335d N 7; ZK-Staehelin, Art. 335d N 4; vgl. auch Geiser, Massenentlassung, N 3.49.

814 Geiser, Massenentlassung, N 3.50, will auf die durchschnittliche Anzahl Beschäftigter im letzten Kalenderjahr bzw. bei Saisonbetrieben auf die durchschnittliche Anzahl Beschäftigter in der letzten Saison vor der Kündigung abzustellen. Nach CR-Aubert, Art. 335d N 3 sollen nur Arbeitnehmer mit einer Anstellung von mehr als sechs Monate Dauer berücksichtigt werden. Müller, ArbR, S. 120 und Meyer, S. 81 ff. wollen – in Anlehnung an das deutsche Recht – einen Rückblick auf den bisherigen Personalbestand mit einer Einschätzung der künftigen Entwicklung verbinden.

815 Als Anhaltspunkt mag grundsätzlich ein halbes Jahr angemessen erscheinen (eine längere Zeitspanne geht auf Kosten der Aktualität), doch sollte individuellen Verhältnissen des Betriebes Rechnung getragen werden (CdCass NE, RJN 1998, S. 92); ähnlich ZK-Staehelin, Art. 335d N 4 (halb- oder einjährige Referenzperiode entsprechend der im betreffenden Betrieb üblichen Fluktuation der Arbeitnehmer).

ten Arbeitnehmer unter Beachtung der betrieblichen Besonderheiten abzustellen,[816] abzüglich der Ersatz- und Aushilfskräfte.[817]

Das Gesetz knüpft an die Kündigung und nicht an die Beendigung des Arbeitsverhältnisses, womit es unerheblich ist, ob die Kündigungen im Ergebnis effektiv zu einer Reduktion des Personalbestandes geführt haben oder für die Entlassenen neue Arbeitnehmer eingestellt wurden.[818] Unerheblich ist auch, ob die entlassenen Arbeitnehmer anschliessend eine neue Stelle finden (z.B. bei der Muttergesellschaft des Arbeitgebers).[819]

d) Keine personenbezogenen Kündigungen

Erfasst werden nur Kündigungen infolge von wirtschaftlichen,[820] technischen oder organisatorischen Gründen.[821] Darunter fallen auch Kündigungen, welche durch die Unternehmenssanierung motiviert sind. Nicht mitgerechnet werden Kündigungen, die im Zusammenhang mit der Person des Arbeitnehmers stehen (Art. 335d Abs. 1 OR, z.B. Kündigungen wegen ungenügender Leistung oder vertragswidrigem Verhalten).[822] Ein Grenzfall liegt vor, wenn dem Arbeitnehmer gekündigt wird, weil er den Anforderungen seines Arbeitsplatzes nicht mehr genügt, weil diese z.B. durch die technologische Entwicklung gestiegen sind. Nach h.L. liegt in diesem Fall eine betriebsbedingte und nicht personenbezogene Kündigung vor.[823] Treffen betriebliche und personenbezogene Gründe zusammen, ist m.E.

---

816 CdCass NE, RJN 1998, S. 92.

817 BK OR-Rehbinder/Stöckli, Art. 335d N 9; Brühwiler, Art. 335d/e N 1; BSK OR I-Portmann/Rudolph, Art. 335d N 9; Streiff/von Kaenel/Rudolph, Art. 335d N 7; ZK- Staehelin, Art. 335d N 4.

818 BSK OR I-Portmann/Rudolph, Art. 335d N 11; Streiff/von Kaenel/Rudolph, Art. 335d N 7.

819 AppGer BS, JAR 1998, S. 247; Brühwiler, Art. 335d/e N 1; BSK OR I-Portmann/Rudolph, Art. 335d N 11; Portmann/Stöckli, N 734.

820 Kündigungen aus wirtschaftlichen Gründen (z.B. infolge ganz oder teilweiser Betriebsschliessung, Umstrukturierungen oder Produktionsverlagerungen) bilden wohl den Regelfall (Geiser, Massenentlassung, N 3.31).

821 Zusatzbotschaft I, S. 407.

822 Portmann/Stöckli, N 735; Streiff/von Kaenel/Rudolph, Art. 335d N 6.

823 Geiser, Massenentlassung, N 3.32, Meyer, S. 96 f.; Müller, ArbR, S. 114.

auf jene abzustellen, die für die Kündigung *entscheidend,* d.h. für sich alleine kausal, waren.[824]

e) Zeitraum von 30 (Kalender-)Tagen

Für eine Massenentlassung müssen die erforderliche Anzahl Kündigung innert einer Frist von 30 (Kalender-)Tagen ausgesprochen werden. Massgebend ist der *Zeitpunkt des Aussprechens* der Kündigung bzw. bei einer Kündigung unter Abwesenden, der Zeitpunkt deren Absendens.[825] Unwesentlich ist der Zeitpunkt der Kündigungstermine; jede 30-tägige Periode, innert derer die erforderliche Anzahl Kündigungen ausgesprochen wird, führt zur Anwendung von Art. 335d ff. OR.[826]

Der Arbeitgeber kann grundsätzlich durch die Staffelung der Kündigungen die Bestimmungen über die Massenentlassung vermeiden.[827] Vorbehalten bleibt die unzulässige Gesetzesumgehung,[828] d.h. wenn der Arbeitgeber Kündigungen ohne sachlichen Grund staffelt, bloss um nicht unter die Vorschriften über die Massenentlassungen zu fallen.[829]

---

824 So auch Brühwiler, Art. 335d/e N 1; a.M. Streiff/von Kaenel/Rudolph, Art. 335d N 6, und BSK OR I-Portmann/Rudolph, Art. 335d N 13, wonach darauf abzustellen sei, ob die Kündigung auch aufgrund der rein betriebsbezogenen Gründe ausgesprochen worden wäre; anders Meyer, S. 97, der nur die ausschliesslich personenbezogenen Kündigungen vom Anwendungsbereich ausnimmt.

825 Streiff/von Kaenel/Rudolph, Art. 335d N 9; gl.M. Brunner/Bühler/Waeber/Bruchez, Art. 335d N 4; Brühwiler, Art. 335d/e, N 1; Geiser, Massenentlassung, N 3.55; Meyer, S. 147; a.M. BSK OR I-Portmann/Rudolph, Art. 335d N 14, und ZK-Staehelin, Art. 335d N 4, wonach der Zeitpunkt des Zugangs massgeblich sei, da die Kündigung erst im Zeitpunkt des Zugangs als «ausgesprochen» gelte. Dies ist schon aus Praktikabilitätsgründen abzulehnen (vgl. Geiser, Massenentlassung, N 3.55). Keinen Einfluss hat dies auf die Wirksamkeit der Kündigung selbst: Als empfangsbedürftige Willenserklärung ist diese erst wirksam, wenn sie in den Machtbereich des Arbeitnehmers gelangt ist (Geiser, Massenentlassung, N 3.55).

826 Streiff/von Kaenel/Rudolph, Art. 335d N 9; ZK-Staehelin, Art. 335d N 4.

827 BSK OR I-Portmann/Rudolph, Art. 335d N 16; Geiser, Massenentlassung, N 3.56. Hinsichtlich der Belastung des lokalen Arbeitsmarktes ist eine Staffelung der Kündigung sogar erwünscht (Streiff/von Kaenel/Rudolph, Art. 335d N 9).

828 Zur Abgrenzung der Gesetzesumgehung von der Missbrauchsprüfung z.B. BSK ZGB-Honsell, Art. 2 N 31 m.w.H.

829 Geiser, Massenentlassung, N 3.56; Streiff/von Kaenel/Rudolph, Art. 335d N 9; ZK-Staehelin, Art. 335d N 3.

2. Vom Arbeitgeber einzuhaltendes Entlassungsverfahren[830]

Der Gesetzgeber auferlegt dem Arbeitgeber zwei Verpflichtungen: Zum einen muss er die Arbeitnehmerschaft bzw. deren Vertretung über die beabsichtigte Massenentlassung *informieren* und *konsultieren* (Art. 335f Abs. 1 und 3 OR),[831] zum anderen hat er die Massenentlassungen dem *Arbeitsamt mitzuteilen* (Art. 335g OR).

a) Konsultation der Arbeitnehmerschaft

aa) Wesen und Zweck

Mit dem Konsultationsverfahren sollen die beabsichtigten Kündigungen ganz oder teilweise vermieden und deren Folgen gemildert werden (vgl. Art. 335f Abs. 2 OR). Der Arbeitgeber hat den Arbeitnehmern zumindest die Möglichkeit zu geben, ihm in diese Richtung ernsthafte und fundierte Vorschläge zu unterbreiten, um auf seinen Entscheid einwirken zu können. Die dabei vorab bestehende Informationspflicht bildet die notwendige Basis für die Erarbeitung solcher Vorschläge im Rahmen des Konsultationsverfahrens.[832]

Adressat dieser vom Arbeitgeber geschuldeten Informations- und Konsultationspflichten ist die Arbeitnehmervertretung[833] des betroffenen Betriebes, sofern keine solche besteht, die Arbeitnehmerschaft. Die Mitwirkungsrechte stehen grundsätzlich der gesamten Arbeitnehmerschaft zu, d.h. nicht nur denjenigen, deren Kündigung geplant ist, sondern allen Arbeitnehmern, deren Arbeitsverhältnis für die Grösse des Betriebes mitgerechnet wird.[834] Gerade die nicht von den geplanten Kündigungen betroffenen Arbeitnehmer können u.U. durch ihre Bereitschaft, an-

---

830 Für eine grafische Übersicht über den Ablauf einer Massenentlassung vgl. VON KAENEL, Grundlagen, S. 34.

831 Die Massenentlassung bildet somit einen Bereich der betrieblichen Mitwirkung der Arbeitnehmerschaft. Ihren institutionellen Rahmen findet sich im MitwG (PORTMANN/STÖCKLI, N 738).

832 BRÜHWILER, Art. 335f N 2; PORTMANN/STÖCKLI, N 738; vgl. auch BGE 137 III 167, E. 2.1.1.

833 Die Arbeitnehmervertretung nimmt gegenüber dem Arbeitgeber die gemeinsamen Interessen der Arbeitnehmer wahr. Sie hat die Arbeitnehmer regelmässig über ihre Tätigkeit zu informieren (Art. 8 MitwG). Eine Arbeitnehmervertretung kann auch zum Zweck der Konsultation gebildet werden (GEISER, Massenentlassung, N 3.62).

834 GEISER, Massenentlassung, N 3.61.

deren Arbeitsbedingungen (z.B. andere Arbeitszeiten bzw. Arbeitszeitmodelle) zuzustimmen, dazu beitragen, Kündigungen ganz oder teilweise vermeiden.[835] Die Informations- und Konsultationspflichten gelten auch, wenn der Entscheid über die Entlassungen von der Konzernleitung stammt.[836]

bb) Zeitpunkt

Der Zeitpunkt der Informations- und Konsultationspflicht ist gesetzlich nicht festgelegt. Damit der vom Gesetzgeber beabsichtigte Zweck erreicht werden kann, muss das Konsultationsverfahren erfolgen, bevor die Massenentlassung endgültig beschlossen ist.[837/838] Ansonsten bringen Vorschläge der Arbeitnehmerschaft wenig; der Arbeitgeber wird kaum noch von seinem definitiven Entschluss abweichen.[839] Jedoch muss eine *konkrete Absicht* für eine Massenentlassung bestehen. Dazu zählt insbesondere die Massentlassung, die konkret geplant ist, sofern sich andere Sanierungsmassnahmen nicht verwirklichen lassen (sog. vorbehaltener Entschluss).[840] Eine nur entfernte Möglichkeit einer Massenentlassung genügt nicht. Solange unklar ist, ob und in welchem Ausmass überhaupt Kündigungen erfolgen, können weder der Arbeitgeber seinen Informationspflichten noch die Arbeitnehmervertretung und das Arbeitsamt ihren Obliegenheiten sinnvoll nachkommen.[841]

---

835 Geiser, Massenentlassung, N 3.61.

836 OGer ZH, JAR 2005, S. 469 f.; ZK-Staehelin, Art. 335f N 2; vgl. auch BSK OR I-Portmann/Rudolph, Art. 335f N 2 und 8 m.w.H.

837 BGE 123 III 176, E. 4; 130 III 102, E. 4.2; 137 III 27, E. 5.2; vgl. auch den Wortlaut von Art. 335f Abs. 1 OR: «*Beabsichtigt* der Arbeitgeber, eine Massenentlassung vorzunehmen, so hat er die Arbeitnehmervertretung oder, falls es keine solche gibt, die Arbeitnehmer zu konsultieren».

838 Koordinationsschwierigkeiten können sich dann ergeben, wenn beim Konzern der Entscheid über die Massenentlassungen die Konzernleitung und nicht die Tochtergesellschaft selbst trifft (vgl. dazu Geiser, Massenentlassung, N 3.68; vgl. auch oben § 5/II/2/a/aa, wonach dieser Umstand den Arbeitgeber nicht von seiner rechtzeitigen Konsultationspflicht entbindet).

839 Vgl. Streiff/von Kaenel/Rudolph, Art. 335f N 2 m.w.H. auf die Rechtsprechung.

840 BGE 123 III 176, E. 4.

841 Streiff/von Kaenel/Rudolph, Art. 335f N 2. Keine genügende Absicht besteht bei der uneigentlichen Änderungskündigung, wenn der Arbeitgeber den Arbeitnehmern den geänderten Arbeitsvertrag zunächst ohne Kündigung zur freiwilligen Annahme vorlegt (Geiser, AJP 1994, S. 1414; Meyer, S. 100; Streiff/von Kaenel/Rudolph, Art. 335f N 2; vgl. auch Urteil BezG Arlesheim vom 13.03.2006).

cc) Zur Informationspflicht im Einzelnen

Die Informationspflicht des Arbeitgebers umfasst eine aktive Mitteilungs- und eine passive Auskunftspflicht.[842] Er muss den Arbeitnehmern in jedem Fall schriftlich[843] – mit Kopie an das kantonale Arbeitsamt (Art. 335f Abs. 4 OR)[844] – *die Gründe der Massenentlassung, die Zahl der betroffenen Arbeitnehmer, die Zahl der in der Regel beschäftigten Arbeitnehmer* sowie den *Zeitraum, in dem die Kündigungen ausgesprochen werden sollen,* mitteilen (Art. 335f Abs. 3 lit. a–d OR). Die wesentlichen Gründe für die Massenentlassung sind vollständig und wahrheitsgetreu widerzugeben.[845] Ungenügend sind allgemeine Floskeln (z.B. der Hinweis auf die allgemeine Wirtschaftslage).[846]

Der Arbeitgeber hat ferner *auf entsprechende Anfrage hin* der Arbeitnehmerschaft *alle zweckdienlichen Auskünfte* zu erteilen.[847] Fehlt eine Arbeitnehmervertretung, ist jeder einzelne Arbeitnehmer auskunftsberechtigt (Art. 335f Abs. 3 OR).[848] Zweckdienlich sind Auskünfte, die der Arbeitnehmerschaft dabei helfen, Vorschläge zur Vermeidung von Kündigungen oder zur Milderung deren Folgen auszuarbeiten (z.B. Angaben über betriebsinterne Versetzungsmöglichkeiten, betriebliche Reorganisationsmöglichkeiten, mögliche Kurzarbeit, Angaben über freie Mittel der Vorsorgeeinrichtung und deren möglicher Verwendung zugunsten der betroffenen Arbeitnehmer, vgl. Art. 335f Abs. 2 OR).[849] Die Auskünfte können

---

842 BK OR-Rehbinder/Stöckli, Art. 335f N 3; BSK OR I-Portmann/Rudolph, Art. 335f N 3 f.

843 Streiff/von Kaenel/Rudolph, Art. 335f N 5; Urteil KGer GR vom 11.07.2007, PKG 2006 Nr. 3.

844 Diese Kopie ist nicht mit der Mitteilung nach Art. 335g OR zu verwechseln (dazu unten § 5/II/2/b).

845 Meyer, S. 208; Streiff/von Kaenel/Rudolph, Art. 335f N 4.

846 Meyer, S. 173; Streiff/von Kaenel/Rudolph, Art. 335f N 4.

847 BK OR-Rehbinder/Stöckli, Art. 335f N 8; BSK OR I-Portmann/Rudolph, Art. 335f N 4; Streiff/von Kaenel/Rudolph, Art. 335f N 5.

848 Gleichwohl ist dies kein individuelles, sondern ein kollektives Partizipationsrecht, womit der einzelne Arbeitnehmer keinen individuellen Anspruch darauf hat, über seine eigene Kündigung informiert zu werden, um so seine besonderen Interessen wahrnehmen zu können (BSK OR I-Portmann/Rudolph, Art. 335f N 3; Streiff/von Kaenel/Rudolph, Art. 335f N 6).

849 BSK OR I-Portmann/Rudolph, Art. 335f N 5; Streiff/von Kaenel/Rudolph, Art. 335f N 5. Ausführlich zum Begriff der «Zweckdienlichkeit» auch BGE 137 III 162, E. 2 und BGer 4A_283/2010 (besprochen von Widmer Laura/Reiter Matthew, Schweizerisches Bundesgericht, Urteil vom 17. März 2011 [4A_483/

schriftlich oder mündlich (z.B. im Rahmen einer Betriebsversammlung) erteilt werden.[850]

dd) Konsultationspflicht im Einzelnen

Der Arbeitgeber hat die Arbeitnehmer anzuhören und ihre Mitwirkung zu dulden.[851] Die Konsultation kann mündlich oder schriftlich erfolgen. Aus Praktikabilitätsgründen ist eine mündliche Beratung vorzuziehen, aus Beweiszwecken sollte diese aber protokolliert werden.[852] Der Arbeitgeber hat die Vorschläge zur Kenntnis zu nehmen und seriös zu prüfen bzw. in seinen Entscheidungsprozess miteinzubeziehen.[853] Insoweit haben die Arbeitnehmer Anspruch auf Mitsprache.[854] Die Entscheidungsfreiheit des Arbeitgebers wird aber nicht eingeschränkt. Es besteht weder ein Einigungszwang[855] noch sind die Lösungsvorschläge der Arbeitnehmer zu verwirklichen. Die allfällige Ablehnung der Vorschläge ist auch nicht zu begründen.[856]

Innert welcher Frist die Arbeitnehmerschaft ihre Stellungnahme und Vorschläge dem Arbeitgeber unterbreiten muss, regelt das Gesetz nicht. Der Arbeitgeber kann den Arbeitnehmern nach einhelliger Auffassung nach Treu und Glauben unter Be-

---

2010] i.S. Gewerkschaft X. c. A. AG, sowie OGer SO, Urteil vom 16. Juli 2010 [ZKAPP.2009.74], in: AJP 2011, S. 1103 ff.).

850 BGE 137 III 738; BSK OR I-Portmann/Rudolph, Art. 335f N 5; Streiff/von Kaenel/Rudolph, Art. 335f N 5.

851 ZK-Staehelin, Art. 335f N 2.

852 Streiff/von Kaenel/Rudolph, Art. 335f N 3; gl.M. BK OR-Rehbinder/Stöckli, Art. 335f N 13.

853 BGE 137 III 162, E. 1.1; BGer 4A_449/2010, E. 5.2; Geiser, Massenentlassung, N 3.66.

854 BGer 4A_483/2010, E. 1.1.

855 Dies stellt ein wesentlicher Unterschied zu den Sozialplanverhandlungen dar (dazu unten § 6/VII/1).

856 CR-Aubert, Art. 335f N 9; Geiser, Massenentlassung, N 3.66; Streiff/von Kaenel/Rudolph, Art. 335f N 3; ZK-Staehelin, Art. 335f N 3; a.M. Brühwiler, Art. 335f N 3; BSK OR I-Portmann/Rudolph, Art. 335f N 10; Portmann/Stöckli, N 739; Licci, N 169; Meyer, S. 188 (Begründung, aber keine Rechtfertigung); Vischer/Müller, § 24 N 60; vgl. ferner Geiser, ZBJV, S. 839 wonach es der Arbeitgeber ohne jegliche Begründung der Ablehnung indes schwer hat darzulegen, dass er die Vorschläge auch tatsächlich geprüft hat.

rücksichtigung der konkreten Umstände des Einzelfalls[857] eine Frist zur Stellungnahme ansetzen.[858] Diese kann frühestens gleichzeitig mit der gesetzeskonformen Informierung der Arbeitnehmerschaft erfolgen.[859] Die Arbeitnehmer müssen genügend Zeit erhalten, um die Informationen des Arbeitgebers nach Art. 335f Abs. 3 OR zu verarbeiten, konstruktive Vorschläge zu formulieren und sie dem Arbeitgeber zur Kenntnis bringen zu können.[860] Gleichzeitig sind die Arbeitnehmer und der Arbeitgeber an einer raschen Ausarbeitung der Vorschläge interessiert.[861] Läuft die Frist unbenutzt ab, kann der Arbeitgeber die Kündigungen aussprechen.[862] Das Ansetzten einer Nachfrist ist nicht notwendig, aber zu empfehlen, um das Risiko zu minimieren, dass die Kündigungen wegen ungenügender Information für missbräuchlich erklärt werden.[863] Hat der Arbeitgeber keine Frist angesetzt, hat er beim Ausbleiben von Vorschlägen der Arbeitnehmerschaft keine Pflicht zur Nachfrage; es ist Sache der Arbeitnehmerschaft, von sich aus für eine rechtzeitige Einreichung der Vorschläge besorgt zu sein.[864] Eine Nachfrage ist indes empfehlenswert, da bei einer zu kurzen Frist die Missbräuchlichkeit der ausgesprochenen Kündigungen droht (Art. 336 Abs. 2 lit. c OR).[865]

ee) Sonderfrage: Geheimhaltungsinteresse

Die Pflicht, die Arbeitnehmerschaft relativ frühzeitig über die geplanten Massenentlassungen informieren zu müssen, ist aus Arbeitgebersicht nicht ganz unproblematisch. Ein frühzeitiges Bekanntwerden bzw. «Durchsickern» von Informationen kann zu einem Motivationsverlust der gesamten Belegschaft oder zu Kündigungen wichtiger, vom Arbeitgeber zu behalten beabsichtigten Arbeitnehmern führen.

---

857 Zu berücksichtigen sind z.B. die Dringlichkeit des Falles, die Anzahl geplanter Entlassungen oder der Organisationsgrad der Arbeitnehmerschaft (vgl. STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 335f N 7).

858 BGE 130 III 102, E. 4.3; 123 III 176, E. 4b; VISCHER/MÜLLER, § 24 N 58.

859 ZK-STAEHELIN, Art. 335f N 3. Der Umstand allein, dass die Arbeitnehmervertretung von der beabsichtigten Massenentlassung erfährt, löst die Frist nicht aus (STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 335f N 7 mit Hinweis auf BGE 130 III 102, E. 4.4).

860 BGE 123 III 176, E. 4 m.w.H.; BSK OR I-PORTMANN/RUDOLPH, Art. 335f N 11.

861 BSK OR I-PORTMANN/RUDOLPH, Art. 335f N 11.

862 GEISER, Massenentlassung, N 3.70; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 335f N 7.

863 ZK-STAEHELIN, Art. 335f N 3.

864 BSK OR I-PORTMANN/RUDOLPH, Art. 335f N 12; a.M. STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 335f N 7.

865 BSK OR I-PORTMANN/RUDOLPH, Art. 335f N 12.

Dies berechtigt indes nicht, die Informations- und Konsultationspflichten hinauszuschieben.[866] Stattdessen muss der Arbeitgeber auf die in Art. 14 MitwG statuierte Verschwiegenheitspflicht über betriebliche Angelegenheiten vertrauen. Dieser Pflicht unterliegen die Arbeitnehmervertretung (Art. 14 Abs. 1 MitwG) sowie die Arbeitnehmer[867] und sie besteht gegenüber betriebsfremden Personen, sofern diese nicht mit der Wahrung der Interessen der Arbeitnehmer betraut sind (z.B. Gewerkschaften oder Anwälte).[868] Werden letztere informiert, sind sie ebenfalls an die Verschwiegenheitspflicht gebunden (Art. 14 Abs. 3 MitwG). Damit haben die informierten Arbeitnehmer bzw. deren Vertretung sowie die involvierten betriebsfremden Dritten alle Informationen geheim zu halten, die ihnen gestützt auf Art. 333f Abs. 2 und 3 OR zukommen.[869]

Ausnahmsweise kann die Arbeitgeberseite nach Art. 14 Abs. 2 lit. a MitwG die Verschwiegenheit der Arbeitnehmervertretung gegenüber allen Personen ausdrücklich verlangen *(absolute Geheimhaltungspflicht)*.[870] Diesfalls dürfen auch betriebsfremde, mit der Wahrung von Arbeitnehmerinteressen betraute Personen sowie alle übrige, der Arbeitnehmervertretung nicht angehörigen Arbeitnehmer nicht informiert werden.[871] Dazu muss nach objektiven Kriterien ein «berechtigtes Interesse» bestehen. Ein solches ist gegeben, wenn bei Weitergabe der Information objektiv die Gefahr einer Schädigung des Betriebes droht.[872] In Sanierungssituationen wird dies regelmässig der Fall sein; das frühzeitige Durchsickern von Sanierungsplänen können deren Realisierung und damit der Fortbestand des Unternehmens stark gefährden.[873] Allerdings kann Art. 14 Abs. 2 lit. a MitwG nicht greifen, wenn der Arbeitgeber die Arbeitnehmer wegen einer fehlenden Arbeitnehmer-

---

866 Vgl. Meier/Exner, ARV, S. 222.

867 Die Arbeitnehmer sind zur Verschwiegenheit verpflichtet, sowohl dort wo sie wegen einer mangelnden Arbeitnehmervertretung direkt informiert werden als auch wenn eine Information durch die Arbeitnehmervertretung nach Art. 8 MitwG erfolgt (Art. 14 Abs. 3 und 4 MitwG). Die Verschwiegenheitspflicht der Arbeitnehmer lässt sich ferner wohl schon weitgehend aus der arbeitsrechtlichen Treuepflicht nach Art. 321a Abs. 4 OR ableiten (Meier/Exner, ARV, S. 226, grundlegend dazu BSK OR I-Portmann/Rudolph, Art. 321a N 24 ff.).

868 Meier/Exner, ARV, S. 226; Müller, Arbeitnehmervertretung, S. 209.

869 Licci, N 177.

870 Grundlegend zur absoluten Geheimhaltungspflicht z.B. Licci, N 175 f.

871 Meier/Exner, ARV, S. 226; vgl. auch Müller, Arbeitnehmervertretung, S. 209.

872 Meier/Exner, ARV, S. 226.

873 Licci, N 179; Wildhaber, Umstrukturierungen, S. 408; eingehend dazu Meier/Exner, ARV, S. 227 ff.

vertretung direkt informieren und konsultieren muss.[874] Ferner kann der Arbeitgeber in Erwägung ziehen, die Arbeitnehmervertreter oder die Arbeitnehmer auch eine vertragliche Vertraulichkeitserklärung unterzeichnen zu lassen und für Verletzungen dieser entsprechende Sanktionen vorzusehen.[875]

Die Verletzung der Geheimhaltungspflicht der Arbeitnehmervertretung und der Arbeitnehmer gestützt auf Art. 14 MitwG kann zu Schadenersatzansprüchen führen.[876] Auch stellt sie einen begründeten Anlass zur Kündigung nach Art. 336 Abs. 1 lit. b OR, wenn nicht gar einen wichtigen Grund i.S.v. Art. 337 OR zur fristlosen Kündigung dar.[877] Auch strafrechtlich kann die Verletzung von gesetzlich oder vertraglich statuierten Geheimhaltungspflichten Folgen haben; Art. 162 StGB stellt u.a. die Verletzung von Geschäftsgeheimnissen unter Strafe.[878]

b) Mitteilung ans Arbeitsamt

Der Arbeitgeber muss dem Arbeitsamt die beabsichtigte Massenentlassung schriftlich anzeigen mit Kopie an die Arbeitnehmervertretung bzw. die einzelnen Arbeitnehmer (Art. 335g Abs. 1 OR). Die Anzeige muss die Ergebnisse der Konsultation und alle zweckdienlichen Angaben enthalten (öffentlichrechtliche Mitteilungspflicht,[879] Art. 335g Abs. 2 OR). Zu den Ergebnissen der Konsultation gehören die Vorschläge der Arbeitnehmerseite, die dazugehörende Stellungnahme des Arbeitgebers und dessen allfällige Begründung für die Ablehnung der einzelnen Vorschläge.[880] Die zweckdienlichen Angaben über die Massenentlassung umfassen die in Art. 335f Abs. 3 OR aufgezählten Punkte, wobei es der Arbeitgeber gegebenenfalls auch beim Hinweis bewenden lassen kann, es habe sich an den diesbezüglichen Angaben in der nach Art. 335f Abs. 4 OR zugestellten Kopie nichts geändert.[881]

---

874 Vgl. Licci, N 179; Meier/Exner, ARV, S. 229; Wildhaber, Umstrukturierungen, S. 408 f.

875 Wildhaber, Umstrukturierungen, S. 409.

876 Wildhaber, Umstrukturierungen, S. 409; vgl. auch Meier/Exner, ARV, S. 229.

877 Wildhaber, Umstrukturierungen, S. 409.

878 Zum Ganzen Meier/Exner, ARV, S. 229; Wildhaber, Umstrukturierungen, S. 409.

879 Portmann/Stöckli, N 741.

880 Streiff/von Kaenel/Rudolph, Art. 335g N 3.

881 Streiff/von Kaenel/Rudolph, Art. 335g N 4. Nach ZK-Staehelin, Art. 335g N 2, muss der Arbeitgeber diese Angaben nur dann einreichen, wenn er entgegen der Vorschrift von Art. 335f Abs. 4 OR dem kantonalen Arbeitsamt keine Kopie seiner schriftlichen Auskunftserklärung an die Arbeitnehmer(-vertretung) zugestellt hat.

Auch hat der Arbeitgeber über die darüber hinausgehende Auskunftserteilung an die Arbeitnehmer zu informieren.[882]

Der Zeitpunkt der Mitteilung an das Arbeitsamt ist gesetzlich nicht festgelegt. Da die Anzeige die Ergebnisse der Konsultation enthalten muss, kann sie erst nach deren Abschluss gültig erfolgen.[883] Zwischen der Anzeige und dem Aussprechen der Kündigung ist gemäss Materialien keine Frist abzuwarten.[884] Unklar ist, ob der Arbeitgeber nach der erfolgten Konsultation den Zeitpunkt der Anzeige frei wählen kann.[885] Ein Teil der Lehre schliesst aus der gesetzlichen Formulierung der «beabsichtigten Massenentlassung», dass die Anzeige noch vor Aussprechen der Kündigung zu erfolgen hat.[886] Andere Autoren stützen sich auf die Botschaft zum Gesetzesentwurf,[887] wonach auch ohne erfolgte Anzeige wirksam gekündigt werden könne.[888] Die Diskussion ist aber insofern vorwiegend theoretisch, als eine unterlassene Anzeige die Kündigung ohnehin nicht missbräuchlich erscheinen lässt.[889]

Das Arbeitsamt hat nach Lösungen für Probleme infolge der beabsichtigten Massenentlassungen zu suchen (Art. 335g Abs. 3 OR). Nicht zu vermeiden hat es indes Kündigungen; dies obliegt den Sozialpartnern im Rahmen des Konsultationsverfahrens.[890] Es hat auch nicht zu prüfen, ob das Konsultationsverfahren korrekt ver-

---

882 BK OR-Rehbinder/Stöckli, Art. 335g N 3; Brühwiler, Art. 335g N 1.

883 BSK OR I-Portmann/Rudolph, Art. 335g N 4; ZK-Staehelin, Art. 335 g N 2 (eine verfrühte Anzeige ist wirkungslos und zu gegebener Zeit zu wiederholen); a.M. Brunner/Bühler/Waeber/Bruchez, Art. 335g N 1.

884 Zusatzbotschaft I, 412 («Es ist hervorzuheben, dass nach dem Entwurf zwischen der Anzeige der beabsichtigten Massenentlassung und dem Aussprechen der Einzelkündigungen keine Wartefrist besteht.»); BK OR-Rehbinder/Stöckli, Art. 335g N 3; Müller, ArbR, S. 132; Streiff/von Kaenel/Rudolph Art. 335g N 4.

885 Streiff/von Kaenel/Rudolph, Art. 335g N 4.

886 Müller, ArbR, S. 131; ZK-Staehelin, Art. 335g N 2.

887 Zusatzbotschaft I, 412.

888 Brühwiler, Art. 335g N 3; Meyer 198 f.; Streiff/von Kaenel/Rudolph, Art. 335g N 4.

889 Allerdings könnte eine verspätete Mitteilung ans Arbeitsamt dazu führen, dass die ausgesprochenen Kündigungen allenfalls erst verzögert wirken (dazu unten § 5/II/2/c).

890 BSK OR I-Portmann/Rudolph, Art. 335h N 6; Müller, ArbR, S. 133; Streiff/von Kaenel/Rudolph, Art. 335g N 5. Nach Geiser, Massenentlassungen, N 3.75, kann das Arbeitsamt auch Lösungen zu Vermeidung von Kündigung suchen; jedoch würden zu diesem Zeitpunkt kaum noch neue Aspekte auftauchen, welche Entlassungen vermeiden könnten.

laufen ist.[891] Vielmehr hat es bei Bedarf Vermittlungsverfahren unter den Sozialpartnern zu initiieren und koordinieren und im Rahmen dieser Verhandlungen eigene Vorschläge zu unterbreiten und die Parteien zu beraten.[892] Oft haben solche Verhandlungen den Abschluss eines Sozialplanes zum Ziel.[893] Auch soll das Arbeitsamt innerhalb seiner Möglichkeiten individuelle Bemühungen unterstützen und kollektiv wirksame Massnahmen wie Beschäftigungs- und Umschulungsprogramme einleiten.[894]

Die gesetzeskonforme Anzeige an das Arbeitsamt löst den Lauf der in Art. 335g Abs. 4 OR erwähnten 30-tägigen Frist aus. Fristauslösend ist dabei gemäss h.L. erst der Zugang der Anzeige beim Arbeitsamt.[895] Verwiesen wird dazu auf die Richtlinie 75/129/EWG, deren Art. 4 Abs. 1 an den Eingang der Anzeige knüpft; der Gesetzgeber habe auch hier diese umsetzen wollen.[896]

Die 30-tägige Frist läuft unabhängig von und neben der Kündigungsfrist und ändert an deren Ablauf nichts.[897] Endet die Kündigungsfrist aber vor Ablauf von 30 Tagen, verlängert dies, basierend auf Art. 335g Abs. 4 OR, die Dauer des Arbeitsverhältnisses bis zum Ablauf dieser Frist.[898] Zwischen der Anzeige und dem

---

891 Müller, ArbR, S. 133; Streiff/von Kaenel/Rudolph, Art. 335g N 5 mit Verweis darauf, dass der Ständerat eine entsprechende, vom Nationalrat beschlossene Ergänzung der Vorlage abgelehnt hat (AmtlBull SR 1993 S. 874 f., s. auch AmtlBull NR 1993, S. 1718 ff.).

892 AmtlBull NR 1993, S. 1719; vgl. auch BGE 132 III 406 E. 2.4.

893 Streiff/von Kaenel/Rudolph, Art. 335g N 5; Wildhaber, Umstrukturierungen, S. 288; vgl. Müller, ArbR, S. 133. Zum Sozialplan unten § 6.

894 Streiff/von Kaenel/Rudolph, Art. 335g N 5; vgl. auch Meyer, S. 201 ff.

895 BK OR-Rehbinder/Stöckli, Art. 335g N 7; Meyer, S. 227; Müller, ArbR, S. 133; Streiff/von Kaenel/Rudolph, Art. 335g N 8; anders Geiser, Massenentlassungen, N 3.94, wonach das Absenden der Anzeige – wie dies bei Fristen gegenüber einer Behörde üblich ist (vgl. Art. 32 Abs. 3 OG; Art. 12 IPRG) – fristauslösend sein soll. So sei es dem Arbeitgeber und den von der Kündigung betroffenen Arbeitnehmern möglich, den Zeitpunkt zu kennen, auf den die Entlassung frühestens wirken könne. Auch wenn dieses Argument aus Rechtssicherheitsgründen den Vorzug verdienen würde, ist mit Blick auf den gesetzgeberischen Willen der überwiegenden Lehrmeinung zu folgen.

896 Streiff/von Kaenel/Rudolph, Art. 335g N 8.

897 Streiff/von Kaenel/Rudolph, Art. 335g N 8.

898 Streiff/von Kaenel/Rudolph, Art. 335g N 8, Brunner/Bühler/Waeber/Bruchez, Art. 335g N 3.

Ende des Arbeitsverhältnisses müssen somit mindestens 30 Tage liegen.[899] Auf Arbeitsverhältnisse mit einer mindestens 30-tägigen Kündigungsfrist hat Art. 335g Abs. 4 damit nur Bedeutung, wenn die Anzeige ausbleibt oder verspätet erfolgt.[900] Da die Kündigungsfrist unabhängig der Anzeige an das Arbeitsamt läuft, bewirkt eine sich aus Art. 335g Abs. 4 OR ergebende Verlängerung keine weitere Erstreckung bis zum Monatsende.[901] Auch wirkt der zeitliche Kündigungsschutz (Art. 336c OR) nicht für die Phase, während der das Arbeitsverhältnis nur noch wegen der Frist von Art. 335g Abs. 4 OR besteht.[902]

c) Verletzung der Verfahrensvorschriften: Rechtsfolgen

Verletzt der Arbeitgeber seine Informations- bzw. Konsultationspflicht,[903] sind die ausgesprochenen Kündigungen zwar gültig, aber missbräuchlich (Art. 336 Abs. 2 lit. c OR).[904] Diesfalls steht dem Arbeitnehmer – sofern das Arbeitsverhältnis auch tatsächlich geendet hat[905] – nach Art. 336a Abs. 3 OR eine Entschädigung von maximal zwei Monatslöhnen zu.[906]

---

899 Streiff/von Kaenel/Rudolph, Art. 335g N 8.

900 BGE 132 III 406; BSK OR I-Portmann/Rudolph, Art. 335g N 9; Portmann/Stöckli, N 743.

901 BK OR-Rehbinder/Stöckli, Art. 335g N 9; BSK OR I-Portmann/Rudolph, Art. 335g N 7; Portmann/Stöckli, N 743; Streiff/von Kaenel/Rudolph, Art. 335g N 8; ZK-Staehelin, Art. 335g N 4, wobei sich die h.L. insbesondere auf das Rechenbeispiel in Zusatzbotschaft I, 412 bezieht; a.M. Geiser, Massenentlassung, N 3.96; Meyer, S. 229.

902 BSK OR I-Portmann/Rudolph, Art. 335g N 7; Streiff/von Kaenel/Rudolph, Art. 335g N 8.

903 Z.B., wenn die Mindestinformationen nach Art. 335f Abs. 3 OR nicht schriftlich oder an den falschen Konsultationspartner abgegeben wird, der Arbeitgeber eine zu kurze Frist eingeräumt oder sich mit den Vorschlägen des Konsultationspartners nicht ernsthaft befasst hat (von Kaenel, Grundlagen, S. 50 ff.).

904 Vgl. auch BGE 132 III 410.

905 BGE 121 III 65; Geiser, AJP 1998, S. 1032; Meyer, S. 220. Soweit das Arbeitsverhältnis fortgesetzt wird, gilt der durch die fehlende Information und Konsultation entstandene Verfahrensmangel für dieses einzelne Arbeitsverhältnis als geheilt (Geiser, AJP 1999, S. 66).

906 BGE 132 III 406, E. 4; 130 III 102; 134 III 67. Damit wird von den allgemeinen Regeln abgewichen, wonach eine Entschädigung von maximal 6 Monatslöhnen geschuldet ist. Für die Begründung s. AmtlBull SR 1992, S. 875f; AmtlBull NR 1992, S. 1582 f.; Zusatzbotschaft I, S. 412 f. Ist eine Kündigung auch aus einem anderen Grund missbräuchlich, so können die Ersatzansprüche nach Art. 336a OR nicht kumu-

Unterlässt es der Arbeitgeber, dem Arbeitsamt eine Kopie der Mitteilung an die Arbeitnehmer nach Art. 335f Abs. 4 OR zuzustellen, hat dies keine rechtlichen Folgen.[907] Werden dem Arbeitsamt die Ergebnisse der Konsultation nicht oder nicht vollständig[908] nach Art. 335g Abs. 1 OR angezeigt, führt dies einzig dazu, dass die 30-tägige Frist (Art. 335g Abs. 4 OR) nicht zu laufen beginnt.[909] Die Arbeitsverträge bleiben diesfalls trotz Kündigung und Ablauf der individuellen Kündigungsfrist aufrecht und der Arbeitgeber bleibt in der Regel lohnzahlungspflichtig.[910] Dies kann zur unbefriedigenden Situation führen, dass faktisch längst beendete Arbeitsverhältnisse auf unbestimmte Zeit weiterdauern und Arbeitnehmer unter Umständen noch jahrelang Nachforderungen stellen können. Daher gelten gemäss Bundesgericht diesfalls Arbeitsverträge ab jenem Zeitpunkt als beendet, wenn allfällige Tätigkeiten des kantonalen Arbeitsamtes nach dem Zweck von Art. 335g OR nicht mehr sinnvoll durchgeführt werden können.[911] Stellt der Arbeitgeber den Arbeitnehmern keine Kopie der Anzeige an das Arbeitsamt zu (Art. 335g Abs. 1 OR), hat dies in der Regel keinen Einfluss auf die Kündigung bzw. deren Verlauf.[912]

---

liert werden (vgl. BGE 121 III 65 [Verbot der Kumulierung der Entschädigungen für missbräuchliche Kündigung des Arbeitsverhältnisses und für ungerechtfertigte fristlose Entlassung]. Indessen kann das Vorliegen mehrerer Gründe innerhalb des vom Gesetz vorgesehenen Rahmens berücksichtigt werden. Liegt ein weiterer Grund für die Missbräuchlichkeit vor, gilt nicht die niedrigere Beschränkung nach Art. 336a Abs. 3 OR, sondern die Entschädigung richtet sich nach Art. 336a Abs. 2 OR (Geiser, AJP 1995, S. 1413).

907 Geiser, AJP 1995, S. 1413; Streiff/von Kaenel/Rudolph, Art. 335f N 8; ZK-Staehelin, Art. 335f N 5; a.M. Meyer, S. 185 ff. (Missbräuchlichkeit der Kündigung).

908 Vgl. Geiser, Massenentlassung, N 3.94.

909 Eingehend dazu Geiser, Massenentlassung, N 3.81 (keine Missbräuchlichkeit der Kündigung), N 3.92 ff. (ausführlich zur Verlängerung der Kündigungsfrist); Meyer, S. 225 ff.; Streiff/von Kaenel/Rudolph, Art. 335g N 4 und 9 m.w.H.; vgl. auch BGE 132 II 406; a.M. Brunner/Bühler/Waeber/Bruchez, Art. 335g N 3 (Missbräuchlichkeit der Kündigungen bei unterlassener Anzeige).

910 von Kaenel, Grundlagen, S. 55.

911 BGE 132 III 406, E. 2.5 (dies ist z.B. dann der Fall, wenn die betreffenden Arbeitnehmer mit der Annahme einer neuen Stelle sinngemäss ihr Einverständnis zur Beendigung des Arbeitsvertrages erklären, E. 2.6; so bereits Geiser, AJP 1995, S. 1412).

912 Geiser, Massenentlassung, N 3.95 (soweit aber der Arbeitnehmer keine Möglichkeit hat, sich darüber Gewissheit zu verschaffen, dass diese Mitteilung an das Arbeitsamt erfolgt ist, könne ein Beharren des Arbeitgebers auf den ursprünglichen Kündigungs-

Nach Art. 29 AVG ist ferner die Entlassung einer grösseren Anzahl Arbeitnehmern und Betriebsschliessungen dem zuständigen Arbeitsamt möglichst frühzeitig, spätestens aber mit Aussprechen der Kündigung, zu melden. Als «grössere Anzahl» gelten zehn Arbeitnehmer (Art. 53 Abs. 1 AVV). Die Verletzung dieser Meldepflicht kann bei vorsätzlicher und fahrlässiger Begehung mit Busse bestraft werden (Art. 39 Abs. 2 lit. b und Abs. 3 AVG).[913]

d) Sonderfrage: Bis wann werden Kündigungen vom vorausgegangenen Massenentlassungsverfahren erfasst?

Das Gesetz lässt offen, bis wann Kündigungen spätestens erfolgen müssen, damit sie noch unter das vorausgegangene Massenentlassungsverfahren fallen. Klar ist, dass nicht auf die in Art. 335d OR vorgesehenen 30 Tage abgestellt werden kann. Es wäre unsachgemäss, wenn ein Arbeitgeber, der über längere Zeit eine grössere Anzahl Entlassungen vornimmt, jedes Mal das Verfahren aufs Neue durchlaufen müsste. Die Konsultationen und Mitteilungen können aber auch nicht auf Vorrat vorgenommen werden. Es ist daher auf den Inhalt der Mitteilung nach Art. 335f Abs. 3 OR und Art. 335g Abs. 2 OR abzustellen. Nur die in den Konsultationen genannten Kündigungen sind vom Verfahren gedeckt. Für alle jene Kündigungen, die diese Anzahl übersteigen, gilt das Verfahren als nicht eingehalten. Dasselbe gilt für Kündigungen, die später als in der Mitteilung angezeigt ausgesprochen werden. In diesen Fällen muss der Arbeitgeber das Verfahren erneut durchlaufen.[914] Unzulässig ist dagegen, eine möglichst grosse Zahl von Kündigungen und einen möglichst langen Zeitraum anzugeben, um die Bestimmungen über die Massenentlassungen für die Zukunft auszuschalten. Nur jene Kündigungen werden vom Verfahren erfasst, welche untereinander in einem unmittelbaren wirtschaftlichen Zusammenhang stehen.[915]

---

termin ausnahmsweise als missbräuchlich qualifiziert werden); Streiff/von Kaenel/Rudolph, Art. 335f N 3.

913 Vgl. BGer 4A_236/2009 (Busse von CHF 2 000.00).

914 Zum Ganzen Geiser, Massenentlassungen, N 3.77; vgl. dazu auch BGer 4A_571/2008, E. 3.4 («Der Umstand, dass bereits bei der ersten Phase der Umstrukturierung weitere Entlassungen absehbar waren, reicht als gesetzeskonforme Grundlage für eine Konsultation jedenfalls nicht aus, zumal damals nicht feststand, wie viele Angestellte im Rahmen der zweiten Phase entlassen würden»).

915 Geiser, Massenentlassungen, N 3.78; vgl. auch Streiff/von Kaenel/Rudolph, Art. 335f N 9.

e) Geltungsbereich

aa) Örtlicher Geltungsbereich

Umfassend anwendbar sind die Bestimmungen über die Massenentlassungen, wenn der Arbeitsort in der Schweiz liegt und der Arbeitsvertrag dem schweizerischen Arbeitsvertragsrecht unterliegt.[916] In internationalen Verhältnissen ist dies unklar, da keine einschlägigen völkerrechtlichen Verträge bestehen und das IPRG nur die Frage beantwortet, welches Einzelarbeitsvertragsrecht örtlich anwendbar ist. Dagegen schweigt es über die Anwendbarkeit des kollektiven Arbeitsrechts.[917] Da Art. 335d ff. OR den Schutz des einzelnen Arbeitnehmers sowie die behördliche Mitwirkung bei einer Massenentlassung bezwecken, nehmen sie eine Zwitterstellung zwischen kollektivem und individuellem Arbeitsrecht ein.[918] Kollisionsrechtlich ist zwischen diesen beiden Elementen zu unterschieden:[919]

– *Arbeitsort in der Schweiz* und Anwendbarkeit von *ausländischem Arbeitsvertragsrecht:* Keine Konsultationspflicht besteht, aber eine Mitteilungspflicht an das Arbeitsamt.[920] Das entsprechende Arbeitsverhältnis wird in die Berechnung, ob eine Massenentlassung vorliegt, miteinbezogen; das anwendbare Recht ist diesbezüglich unbeachtlich.
– *Arbeitsort im Ausland* und *Anwendbarkeit von schweizerischem Arbeitsvertragsrecht:* Die Konsultationspflicht der Arbeitnehmer gilt uneingeschränkt. Ob der Arbeitgeber eine Mitteilungspflicht hat, hängt davon ab, wo der Arbeitnehmer seinen Wohnort bzw. gewöhnlichen Aufenthalt hat. Bei einem schweizerischen Wohnsitz besteht eine Mitteilungspflicht. Befindet sich neben dem Arbeitsort auch der Wohnort im Ausland, ist die Information an das Arbeitsamt nutzlos und Art. 335g OR somit nicht anwendbar. Bei der Berechnung der Schwellenwerte wird das Arbeitsverhältnis jedoch mitberücksichtigt.
– *Arbeitsort im Ausland* und *Anwendbarkeit von ausländischem Arbeitsvertragsrecht:* Es besteht weder eine Konsultations- noch Mitteilungspflicht. Das Arbeitsverhältnis kann bei der Berechnung der Schwellenwerte gleichwohl mitzuzählen sein.

---

916 Geiser, Massenentlassung, N 3.10.

917 Geiser, Massenentlassung, N 3.9.

918 Geiser, Massenentlassung, N 3.10; vgl. auch Streiff/von Kaenel/Rudolph, Art. 335d N 3.

919 Geiser, Massenentlassung, N 3.10.

920 Art. 335g OR ist insofern eine loi d'application immédiate (Art. 18 IPRG; Geiser, Massenentlassung, N 3.10).

bb) Sachlicher und persönlicher Geltungsbereich

In sachlicher Hinsicht umfasst der Anwendungsbereich der Art. 335d ff. OR alle dem Privatrechtrecht unterstehenden Arbeitsverhältnisse und privatrechtlichen Anstellungen bei öffentlichrechtlichen Arbeitgebern.[921] In persönlicher Hinsicht werden alle in einem unterstellten Betrieb einem privatrechtlichen Arbeitsverhältnis stehenden Personen, welche den massgeblich am Subordinationsverhältnis orientierten Arbeitnehmerbegriff des OR erfüllen, erfasst.[922] Ausgenommen von Art. 335d ff. OR sind einzig Seeleute (vgl. Art. 68 Abs. 2 SSG).[923]

cc) Keine behördliche Anordnung

Art. 335e Abs. 2 OR, wonach die Bestimmungen über die Massenentlassung nicht für Betriebseinstellungen «infolge gerichtlicher Entscheidungen» gelten, ist weit auszulegen. Der Gesetzgeber will Art. 335d ff. OR dann nicht anwenden, «wenn die Massenentlassung nicht auf einen freien Entscheid des Arbeitgebers» zurückzuführen ist.[924] Vor diesem Hintergrund kann «die gerichtliche Entscheidung» auch eine *behördliche* Entscheidung sein, wenn sie einer gerichtlichen Überprüfung unterliegt.[925] Auch genügt anstelle einer Betriebseinstellung die Schliessung eines Betriebsteils infolge einer behördlichen Entscheidung.[926] Zwischen der gerichtlichen oder behördlich überprüfbaren Entscheidung und der Betriebseinstellung muss eine direkte Kausalität bestehen. Eine blosse Begünstigung der Betriebseinstellung (z.B. durch verschärfte Umweltvorschriften) reicht nicht, sondern die Entlassungen müssen zwingende Folge der behördlichen Verfügung sein.[927]

Lange war umstritten inwieweit die Bestimmungen über die Massenentlassung in Konkurs- und Nachlassverfahren anwendbar sind.[928] Im Zuge der Revision des Sanierungsrechts schaffte der Gesetzgeber Klarheit und ergänzte Art. 335e Abs. 2

---

921 Zusatzbotschaft I, 408; BRÜHWILER, Art. 335d/e N 3; GEISER, Massenentlassung, N 3.14.

922 STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 335d N 3; VON KAENEL, Grundlagen, S. 38.

923 Zusatzbotschaft I, 408 und 414.

924 Zusatzbotschaft I, 409.

925 BSK OR I-PORTMANN/RUDOLPH, Art. 335e N 2; GEISER, Massenentlassung, N 3.16; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 335e N 3; VON KAENEL, Grundlagen, S. 47.

926 BSK OR I-PORTMANN/RUDOLPH, Art. 335e N 2; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 335e N 4.

927 GEISER, Massenentlassung, N 3.18; gl.M. VON KAENEL, Grundlagen, S. 47.

928 Vgl. dazu STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 335e N 3.

OR dahingehend, dass die Bestimmungen über die Massenentlassung im Konkurs und beim Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung nicht zur Anwendung gelangen. Der Gesetzgeber entschied sich gegen eine Anwendung, da in diesen Liquidationsfällen dem Arbeitgeber kein Ermessensspielraum betreffend Kündigung oder Weiterführung der Arbeitsverhältnisse verbleibt.[929] Anders ist dies während der Nachlassstundung, bei der Arbeitgeber seinen Betrieb weiterführen und dessen Liquidierung vermeiden kann (vgl. Art. 298 SchKG).[930] Die Mitwirkungsrechte der Arbeitnehmer sind daher bei der provisorischen und definitiven Nachlassstundung sowie Durchführung eines ordentlichen Nachlassvertrages (Art. 314 ff. SchKG) umfassend anwendbar.[931] Gleiches muss (und im Vergleich mit der Nachlassstundung a fortiori) für den Konkursaufschub gelten.[932]

dd) Anwendbarkeit im FusG

Das FusG enthält keine Vorschriften über den Abbau von Arbeitsplätzen. Kommt es bei Umstrukturierungen nach FusG zu Massenentlassungen, sind die Bestimmungen von Art. 335d ff. OR anzuwenden.[933]

---

929 Botschaft Sanierungsrecht, 6496.

930 ZK-Staehelin, Art. 335e N 4.

931 BGE 130 III 109 (für die provisorische Nachlassstundung, indes offengelassen betreffend die definitive Nachlassstundung); Botschaft Sanierungsrecht, 6497; Brühwiler, Art. 335d/e N 2; FHB Arbeitsrecht-Bachmann, N 18.72; Gmünder, N 680, 759. Kritisch zur Anwendbarkeit von Art. 335e OR während der Nachlassstundung ist Glanzmann, Sanierungsrecht, S. 233, da üblicherweise Entlassungen während der Nachlassstundung und nicht erst während der Nachlassliquidation stattfinden, womit die neue Bestimmung von Art. 335e Abs. 2 OR in der Praxis zu keinen nennenswerten Erleichterungen führen würde.

932 Gmünder, N 504; Lorandi, Sanierung, S. 46.

933 Glanzmann, Umstrukturierungen, N 662 m.w.H.

III. Aufhebungsvertrag

1. Grundsatz der Zulässigkeit

Das laufende unbefristete wie auch befristete Arbeitsverhältnis kann, solange es noch nicht beendet wurde, jederzeit durch gegenseitige Übereinkunft aufgehoben werden.[934] Als zweiseitiger Vertrag stellt der Aufhebungsvertrag keine Kündigung dar, weshalb die Kündigungsschutzbestimmungen grundsätzlich nicht zur Anwendung gelangen bzw. verletzt werden können.[935] Allerdings dürfen diese – sowie andere zwingende Bestimmungen – durch seinen Abschluss nicht in unzulässiger Weise umgangen werden.[936]

Im Sanierungsfall ist der Abschluss eines Aufhebungsvertrages insbesondere wegen der dadurch gewonnenen Planungssicherheit eine gute Alternative zur Kündigung. Der Beendigungszeitpunkt kann definitiv festgelegt werden; dieser kann weder durch Krankheit noch durch andere Sperrfristtatbestände hinausgeschoben werden.[937] Auch kann die Wirkung der Vertragsauflösung mangels anwendbarer Kündigungsfristen sofort bzw. rascher eintreten als bei einer ordentlichen Kündi-

---

934 Geiser/Müller/Pärli, N 536. Da eine einvernehmliche Aufhebung nur so lange möglich ist, wie das Arbeitsverhältnis noch andauert, kann nach erfolgter (ungerechtfertigter) fristloser Entlassung keine solche Vereinbarung mehr geschlossen werden (Geiser/Müller/Pärli, N 536).

935 Vgl. BK OR-Rehbinder/Stöckli, Art. 335 N 3; Portmann, FS Honsell, S. 363. Wird das Arbeitsverhältnis durch Aufhebungsvertrag beendet, bedeutet dies namentlich (Portmann, FS Honsell, S. 363): kein Lohnanspruch während der Kündigungsfrist, wenn das Arbeitsverhältnis infolge des Aufhebungsvertrages früher beendet wird; kein Lohnfortzahlungsanspruch (Art. 324a OR) über das vereinbarte Ende des Arbeitsverhältnisses aus, wenn sich dieses ohne Aufhebungsvereinbarung nach Art. 336c OR verlängert hätte; kein Anspruch auf Entschädigung nach Art. 336a OR, wenn die Auflösung des Arbeitsverhältnisses seitens des Arbeitgebers i.S.v. Art. 336a OR missbräuchlich wäre; keine Ansprüche aus Art. 337c OR, bei fristloser Aufhebung das Arbeitsverhältnis.

936 Vgl. Portmann, FS Honsell, S. 363; BK OR-Rehbinder/Stöckli, Art. 335 N 3.

937 Geiser/Müller/Pärli, N 538; vgl. auch Brühwiler, Art. 335 N 9 und oben FN 935. Ein Aufhebungsvertrag kann auch gültig während einer laufenden Sperrfrist geschlossen werden, sofern damit nicht gerade die Umgehung des Kündigungsschutzes (oder anderer zwingender Gesetzesbestimmungen) bezweckt wird (BGer 8C_368/2011, E. 2.2; 4A_187/2010, E. 2.5; vgl. auch Streiff/von Kaenel/Rudolph, Art. 335 N 10 m.w.H.).

gung. Ebenso können die Parteien das Schicksal offener Forderungen des Arbeitnehmers (z.B. Überstunden- und Ferienansprüche) abschliessend regeln.[938]

Gesetzlich ist der Aufhebungsvertrag nicht ausdrücklich geregelt.[939] Seine grundsätzliche Zulässigkeit ergibt sich aus dem *Prinzip der Vertragsfreiheit* (Art. 19 OR).[940] Darüber hinaus wird er auch (direkt oder analog) auf Art. 115 OR gestützt, obschon dessen Gegenstand einzig die Aufhebung einer einzelnen Forderung (Erlassvertrag), nicht aber die Aufhebung eines ganzen Rechtsverhältnisses ist.[941] Da der Aufhebungsvertrag ein bestehendes Rechtsverhältnis beendet und keine neuen Rechte und Pflichten schafft, gilt er als Verfügungsvertrag.[942]

Der Abschluss eines Aufhebungsvertrags kann formlos geschehen.[943] Da der Arbeitnehmer mit dem Aufhebungsvertrag in der Regel auf verschiedene Schutzrechte und Ansprüche verzichtet, muss der Willen zur einvernehmlichen Vertragsaufhebung jedoch klar und eindeutig sein.[944] Eine konkludente Vertragsauflösung ist nur mit grosse Zurückhaltung anzunehmen; es bedarf unzweifelhafter Umstände, die auf den Willen einer einvernehmlichen Vertragsauflösung deuten.[945]

---

938 Rudolph, TREX, S. 112.

939 BSK OR I-Portmann/Rudolph, Art. 335 N 27; Portmann, FS Honsell, S. 356 f.

940 BK OR-Rehbinder/Stöckli, Art. 335 N 3; BSK OR I-Portmann/Rudolph, Art. 335 N 27.

941 BSK OR I-Portmann/Rudolph, Art. 335 N 27; vgl. auch BSK OR I-Gabriel, Art. 115 N 2. Eingehend zur Rechtsgrundlage des Aufhebungsvertrags z.B. Zobl, N 72 ff.

942 Portmann, FS Honsell, S. 357. Im Unterschied zu sog. Verpflichtungsgeschäften (pflichtbegründende Schuldverträge) begründen Verfügungsgeschäfte keine neuen Rechte und Pflichten, sondern greifen in den Bestand bereits bestehender Rechte und Pflichten ein, indem sie diese verändern, übertragen, beschränken oder untergehen lassen (BSK OR I-Zellweger-Gutknecht/Bucher, Vor Art. 1–40f N 22).

943 BSK OR I-Portmann/Rudolph, Art. 335 N 28; vgl. auch Portmann, FS Honsell, S. 358; Vischer/Müller, § 24 N 193.

944 BGer 4A_563/2011, E. 4.1; 4C.230/2005, E. 2; Brühwiler, Art. 335 N 9b); BSK OR I-Portmann/Rudolph, Art. 335 N 28.

945 BGer 4A_187/2010, E. 2.5 und 4A_474/2008, E. 3.1 («de manière claire et irrefutable»); Brühwiler, Art. 335 N 9b); Streiff/von Kaenel/Rudolph, Art. 335 N 10 m.w.H.; vgl. auch Portmann, ArbR, S. 72 f. Ein stillschweigender Aufhebungsvertrag wurde in BGer 4C.62/2001 angenommen: Der Arbeitnehmer war seit April 1994 als Hilfsarbeiter in einem Gipsergeschäft angestellt. Er reiste jährlich Anfang Ramadan nach Kenia und kehrte Ende Winter/Anfang Frühling in die Schweiz zurück, wo er erneut bis zum nächsten Ramadan im Gipsergeschäft arbeitete. Als er im Februar 1999 nach seiner Rückkehr von Kenia nicht weiter beschäftigt wurde, machte er

Das Stillschweigen des Arbeitnehmers auf ein Bestätigungsschreiben des Arbeitgebers, das Arbeitsverhältnis sei im gegenseitigen Einvernehmen beendet worden, gilt ebenso wenig als konkludente Zustimmung zur einvernehmlichen Vertragsaufhebung[946] wie das blosse Akzeptieren einer Kündigung oder gar Stillschweigen zur Kündigung.[947] Eine wirksame Kündigung kann nie in einen Antrag auf Abschluss eines Aufhebungsvertrages umgedeutet werden, da sog. Konversionen nur bei unwirksamen Rechtsgeschäften möglich sind.[948]

Abzugrenzen ist der Aufhebungsvertrag von der blossen Regelung der Austrittsmodalitäten, die im Rahmen einer Vertragsbeendigung mittels Kündigung vereinbart werden.[949]

Lohnersatz- und Entschädigungsforderungen infolge missbräuchlicher Kündigung geltend. Das Bundesgericht wies die Klage ab. Die Parteien hätten nicht festgelegt, ob und gegebenenfalls wann das Arbeitsverhältnis wiederaufgenommen werden sollte, womit es Ende 1998 zu einer einvernehmlichen Aufhebung des Arbeitsvertrags gekommen sei. Dass der Arbeitgeber den Arbeitnehmer nicht bei den Sozialversicherungen abgemeldet hatte, stände dem nicht entgegen. Da eine gewisse Wahrscheinlichkeit für eine Wiederaufnahme des Arbeitsverhältnisses bestand, entspreche es einer effizienten Organisation, wenn pragmatisch vorgegangen und vorerst abgewartet werde. Im Falle eines neuen Vertragsschlusses sei es im Interesse beider Seiten, den Sozialschutz nahtlos weiterbestehen zu lassen; vgl. auch AGer ZH, Entscheide 2013, Nr. 8: Ein Verkaufsdirektor nahm ohne Widerspruch an seinem eigenen Abschiedsapéro teil, zu dem mit der Bemerkung «he's leaving the company» eingeladen wurde. Am Apéro nahm er sein Abschiedsgeschenk entgegen. Daraus und seinem übrigen Verhalten (z.B. Abgabe von Büroschlüssel, Laptop und Blackberry) schloss das Gericht auf eine einvernehmliche Vertragsbeendigung.

946 GSGer, JAR 2009, S. 480 f.; BSK OR I-Portmann/Rudolph, Art. 335 N 27.

947 BSK OR I-Portmann/Rudolph, Art. 335 N 28; Streiff/von Kaenel/Rudolph, Art. 335 N 10.

948 Portmann, FS Honsell, S. 360; Streiff/von Kaenel/Rudolph, Art. 335 N 10.

949 Rudolph, TREX, S. 113, mit dem Hinweis, dass in der Praxis hier bei der Vertragsredaktion gelegentlich gesündigt werde, indem im selben Dokument von «einvernehmlicher Vertragsaufhebung» oder gar «Aufhebungsvertrag» wie auch von «Kündigung», «Kündigungsfrist» oder Ähnlichem gesprochen werde. Ein Auslegungsstreit sei dann spätestens vorprogrammiert, wenn zwischen dem Zeitpunkt des Vertragsschlusses und dem Endtermin ein Sperrfristentatbestand eintritt und streitig sei, ob die Vertragsbeziehung durch Vereinbarung (ohne Sperrfristenschutz) oder via (Arbeitgeber-)Kündigung (mit Sperrfristenschutz) endet. Vgl. BGer E 4A_362/2015, in welchem die Gegenzeichnung einer Kündigung mit Freistellung nicht als Aufhebungsvertrag, sondern als einvernehmliche Regelung der Kündigungsmodalitäten qualifiziert wurde und damit die Sperrfristen nach Art. 336c OR anwendbar waren.

2. Einschränkungen

a) Bedenkzeit

Legt der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer einen Aufhebungsvertrag vor, ist diesem für die Unterzeichnung nach der überwiegenden Lehre und Rechtsprechung wegen der damit verbundenen Überrumpelungsgefahr eine genügend lange *Überlegungsfrist* einzuräumen.[950] So wurde ein Aufhebungsvertrag, der auf Vorschlag des Arbeitgebers unterzeichnet wurde, ohne dass der Arbeitnehmer Bedenkzeit hatte und ferner wegen einer Umstrukturierung der Gesellschaft unter starkem Druck und sich gleichzeitig in einem Zustand psychischer Entkräftung befand, für nichtig erklärt.[951]

Diese Rechtsprechung überzeugt m.E. nicht.[952] Zunächst legt das Bundesgericht nicht dar, auf welcher dogmatischen Grundlage das Erfordernis der genügend langen Überlegungsfrist gründen soll.[953] Wohl lässt sich eine solche Pflicht in bestimmten Konstellationen, insbesondere wo der Arbeitnehmer unter besonderem Druck steht, aus der Fürsorgepflicht nach Art. 328 OR ableiten.[954] Die Rechtsfolge einer solchen Verletzung der Fürsorgepflicht ist allerdings nicht die Nichtigkeit des Aufhebungsvertrages, sondern die Auslösung allfälliger Schadens- oder Genugtuungsansprüchen des Arbeitnehmers gegenüber dem Arbeitgeber.[955] Im Übrigen sind bereits mit den allgemeinen Regeln zur Übervorteilung (Art. 21 OR) und den Willensmängeln (Art. 23 ff. OR) Instrumente vorhanden, auf welche ein von einem

---

950 BGer 4A_376/2010, E. 3; 4A_103/2010, E. 2.2; 4A_431/2008, E. 4.3; Brunner/Bühler/Waeber/Bruchez, Art. 335 N 15; BSK OR I-Portmann/Portmann, Art. 335 N 28; ähnlich BK OR-Rehbinder/Stöckli, Art. 335 N 3 («hinreichend Möglichkeit zur Reflexion»).

951 BGer 4A_376/2010, E. 3. Rechtsgültig war dagegen ein Aufhebungsvertrag, der während einer längeren Sitzung ohne Druck und unter Einbringung von Änderungsvorschlägen durch den Arbeitnehmer abgeschlossen wurde (TC VD, JAR 2011, S. 586).

952 Ebenso kritisch Rudolph, TREX, S. 113; Streiff/von Kaenel/Rudolph, Art. 335 N 10.

953 Rudolph, TREX, S. 113; Streiff/von Kaenel/Rudolph, Art. 335 N 10.

954 Vgl. Rehbinder, N 296; Zobl, N 172; dazu auch oben im Zusammenhang mit Änderungskündigungen § 4/III/2/d.

955 Vgl. Streiff/von Kaenel/Rudolph, Art. 335 N 10, die darauf hinweisen, dass eine Fürsorgepflichtverletzung z.B. aufgrund der Art und Weise des ausgeübten Kündigungsrechts die Kündigung nicht nichtig, aber missbräuchlich machen und entsprechend Schadenersatz und Genugtuungsansprühe mit sich führen könne.

Aufhebungsvertrag überrumpelter Arbeitnehmer gegebenenfalls zurückgreifen kann.[956]

b) Materielle Inhaltsprüfung: Erfordernis gegenseitiger Zugeständnisse

Da im Rahmen von Aufhebungsverträgen auf gesetzliche Schutznormen rechtsgültig verzichtet werden kann, ist deren Missbrauchspotential gross.[957] Ob ein Aufhebungsvertrag im Einzelfall zulässig ist, prüft das Bundesgericht regelmässig – dogmatisch nicht unumstritten[958] – unter dem Aspekt des Verzichtsverbots (Art. 341 OR).[959] Vor dem Hintergrund, dass Art. 341 OR nur dem einseitigen Verzicht des Arbeitnehmers entgegensteht, nicht aber einem auf beidseitigen Konzessionen basierenden Vergleich zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber, bildet das Kriterium der gleichwertigen gegenseitigen Zugeständnisse in der Bundesgerichtspraxis ein wichtiger Zulässigkeitsmassstab für Aufhebungsverträge.[960] So hat der Arbeitgeber z.B. den Verzicht des Arbeitnehmers auf die Lohnfortzahlung im Krankheitsfall durch Gegenleistungen angemessen aufzuwiegen. Eine gefestigte Praxis, wann eine angemessene Gegenleistung vorliegt, besteht bis anhin nicht, vielmehr ist dies im Einzelfall anhand der konkreten Umstände zu beurteilen.[961]

---

956 Rudolph, TREX, S. 113; Streiff/von Kaenel/Rudolph, Art. 335 N 10.

957 Rudolph, TREX, S. 113 f.

958 Art. 341 OR regelt den Verzicht auf bereits entstandene Forderungen und nicht – wie dies im Aufhebungsvertrag vorwiegend der Fall ist – auf noch nicht entstandene Rechte und Forderungen (BK OR-Rehbinder/Stöckli, Art. 341 N 23; BSK OR I-Portmann/Rudolph, Art. 335 N 30; ZK-Staehelin, Art. 334 N 19.) Korrekterweise müsste die inhaltliche Zulässigkeit der Aufhebungsverträge unter dem Aspekt der *Gesetzesumgehung* beurteilt werden. Das Bundesgericht tut dies indessen nur teilweise; teilweise führt es das Verbot der Gesetzesumgehung und das Verzichtsverbot nach Art. 341 OR gleichzeitig ins Feld (vgl. BGer 4A_563/2011, E. 4.1; eingehend zum Ganzen Portmann, FS Honsell, S. 364 und Zobl, N 191 ff. je mit Hinweisen auf die Rechtsprechung).

959 BSK OR I-Portmann/Rudolph, Art. 335 N 29; BK OR-Rehbinder/Stöckli, Art. 335 N 3. Zum Verzichtsverbot oben § 4/II/3; zur Abgrenzung zwischen Gesetzesumgehung und Verzichtsverbot Zobl, N 191 ff.

960 Brühwiler, Art. 335 N 9 m.w.H.; vgl. auch BGer 4A_103/2010, E. 2.2; 4A_376/2010 («concessions réciproques»); 4A_13/2018 und 4A_17/2018 (zulässiger Verzicht auf den gesetzlichen Kündigungsschutz nach Art. 336 ff. OR).

961 Rudolph, TREX, S. 114. Das Bundesgericht hielt wiederholt fest, ein Aufhebungsvertrag sei zulässig, sofern damit einerseits der Arbeitnehmer auf den Lohn während der Kündigungsdauer und andererseits der Arbeitgeber auf die in dieser Zeit geschuldete Arbeitsleistung verzichtet (BGer 4C.185/2001, E. 3a; BGE 118 II 58; anders

Im Regelfall eine erhöhte Gegenleistung erfordert eine Vertragsauflösung die sehr kurzfristig oder während einer sich bereits abzeichnender oder schon eingetretener Sperrfrist erfolgt. Geringere oder gar keine Konzessionen notwendig sind demgegenüber in solchen Fällen, in denen der Arbeitgeber z.B. wegen einer schweren Pflichtverletzung fristlos kündigen könnte oder der Arbeitnehmer von sich aus und aus freiem Willen einen kurzfristigen Austritt wünscht bzw. von einer Freistellung bis zum Austrittstermin profitiert.[962] Mithin massgebend ist nicht nur die materielle Gleichwertigkeit der gegenseitigen Zugeständnisse, sondern ebenso ob der Arbeitnehmer selbst ein *vernünftiges Interesse* am Abschluss des Aufhebungsvertrags hat.[963] Damit verwandt ist die richterliche Mitberücksichtigung des Umstandes, von wem die Initiative für den Abschluss eines Aufhebungsvertrages ausging.[964] Das Bundesgericht wendet diese Grundsätze zur Zulässigkeit von Aufhebungsverträgen analog auf einvernehmliche Verkürzungen der Arbeitszeit an.[965]

3. Rechtsfolgen des inhaltlich unzulässigen Aufhebungsvertrages

Gemäss Bundesgericht ist ein unzulässiger Aufhebungsvertrag i.S.v. Art. 20 OR nichtig und entfaltet keine Wirkungen. Die Parteien seien in die Lage zurückzuversetzen, in der sie wären, wie wenn sie den Aufhebungsvertrag nicht abgeschlossen

---

BGer 4C.250/2001 (« [. . .] Le simple fait que l'employeur rennonce à la prestation de travail ne saurait constituer une concession au sens de la jurisprudence [. . .] «). In der Lehre stiess dies auf Kritik (vgl. BSK OR I-Portmann/Rudolph, Art. 335 N 31; Portmann, FS Honsell, S. 365, 367 f.; ZK-Staehelin, Art. 334 N 19). Nach Zobl ist aber – nach eingehender Analyse der entsprechenden Rechtsprechung – diese bundesgerichtliche Faustregel in ihrer Strenge deutlich zu relativieren. Es handle sich dabei nicht um viel mehr als um eine reine Worthülse; der blosse Verzicht auf Arbeit und Lohn reiche nach bundesgerichtlicher Praxis nicht für einen Vergleich i.S.v. Art. 341 OR, sondern es werden stets weitere Aspekte geprüft (N 308, N 243 ff.; vgl. auch Rudolph, TREX, S. 114 der von einer «Orientierungshilfe» spricht, deren Aussagekraft aber nicht überschätzt werden dürfe).

962 Rudolph, TREX, S. 114 m.w.H.

963 Vgl. AGer ZH, JAR 2004, S. 604; KGer GR, JAR 2004, S. 513; Portmann, FS Honsell, S. 365 ff.; gl.M. BSK OR I-Portmann/Rudolph, Art. 335 N 31; Farner, S. 38 ff.; Geiser, AJP 2013, S. 441; Portmann/Stöckli, N 808; Rudolph, TREX, S. 114; vgl. auch BGer 4C.62/2001, E. 3c.

964 BGer 4C.397/2004, E. 2.2; BGE 118 II 58.

965 BGer 4A_187/2010, E. 2.5.

hätten.[966] Dies überzeugt m.E. nicht.[967] Vielmehr müsste – wie bei einer missbräuchlichen oder ungerechtfertigten fristlosen Kündigung – das Arbeitsverhältnis trotz Gesetzesumgehung – mit Ausnahme der Umgehung von Art. 336c Abs. 2 OR (Nichtigkeit des Aufhebungsvertrages)[968] – unter Anwendung der umgangenen Lohnfortzahlungs- und Kündigungsschutzbestimmungen als beendet erklärt werden.[969] Ob dabei die Schutzbestimmungen der ordentlichen oder ausserordentlichen Kündigung anzuwenden sind, ist im Einzelfall zu prüfen.[970]

---

966 Vgl. z.B. BGer 4A_376/2010, E. 3; 4A_495/2007, E. 4.3; eingehend dazu auch Zobl, N 426 ff.

967 So auch die h.L. Brühwiler, Art. 335 N 9; Portmann, FS Honsell, S. 369; Portmann, FS Honsell, S. 369; Vischer/Müller, § 24 N 201; Zobl, N 420.

968 Portmann, FS Honsell, S. 369. Die Rechtsfolge der Nichtigkeit ist allerdings dort nicht sachgerecht, wo beide Parteien das Arbeitsverhältnis offensichtlich nicht mehr weiterführen wollen. Hier ist vielmehr von Teilnichtigkeit i.S.v. Art. 20 Abs. 2 OR auszugehen (vgl. dazu Zobl, N 424 f.).

969 BSK OR I-Portmann/Rudolph, Art. 335 N 29; Portmann, FS Honsell, S. 368 f.; Vischer/Müller, § 24 N 201. Rudolph, TREX, S. 114, weist indes darauf hin, dass angesichts des regen Gebrauchs arbeitsvertraglicher Aufhebungsverträgen recht wenig Urteile bekannt seien, die eine nachträgliche Infragestellung der Verbindlichkeit des Vertrags zum Inhalt hatten, womit, «[. . .] die Macht des Faktischen, dass beide Parteien den Vertrag einmal unterzeichnet haben und sich dadurch gebunden fühlen, nicht unterschätzt werden darf.»

970 Dazu Portmann, FS Honsell, S. 368 f. (Wird das Arbeitsverhältnis unter Einhaltung der Kündigungsfrist einvernehmlich beendet, füllt nur eine Umgehung der Schutzbestimmung bei ordentlicher Kündigung in Betracht [z.B. Umgehung des Anspruchs auf Lohnzahlung nach Art. 324a OR, falls sich das Arbeitsverhältnis ohne Aufhebungsvertrag nach Art. 336c OR verlängert hätte]); vgl. auch Zobl, N 436 ff.

§ 6 Sozialplanpflicht

I. Überblick

Seit dem 1. Januar 2014 besteht für gewisse Fälle eine Sozialplanpflicht (Art. 335h ff. OR). Dies ist für das schweizerische Privatrecht ein Novum. Bis anhin war der Sozialplan im Privatrecht weder gesetzlich geregelt[971] noch bestand auf dessen Abschluss ein Rechtsanspruch.[972] Nur einige GAV sahen in unterschiedlicher Ausprägung eine Abschluss- oder Verhandlungspflicht für einen Sozialplan vor.[973] Im Regelfall gingen damit Arbeitnehmer der Privatwirtschaft[974] – anders als Manager, denen oft vertraglich fixierte Abgangsentschädigungen zustehen – bei einem Stellenverlust leer aus.[975] Diese «als stossend empfundene Lücke des geltenden Rechts» sollte mit Art. 335h ff. OR nun geschlossen werden.[976] Im Schrifttum wird die Einführung der Sozialplanpflicht als «Kuhhandel», «Abfallprodukt», «politisches Faustpfand», «Appeasement» oder auch «Teil eines politischen Kompromisses» des neuen Sanierungsrechts bezeichnet.[977] Denn sie war politische Antwort und zugleich Gegengewicht auf die mit Art. 333b OR abgeschafften arbeitsrechtlichen Schutzbestimmungen bei Betriebsübergangen aus der Insolvenz.[978]

---

971 BGE 132 III 32, E. 6.1.

972 Streiff/von Kaenel/Rudolph, Art. 335f N 12. In verschiedenen Personalrechten des öffentlichen Dienstes bestehen in unterschiedlicher Ausprägung Abschluss- oder zumindest Verhandlungspflichten für Sozialpläne (z.B. Art. 31 Abs. 4 BPG: «Muss infolge wirtschaftlicher oder betrieblicher Massnahmen grösseren Personalbeständen gekündigt werden, so erlässt der Arbeitgeber einen Sozialplan»).

973 BSK OR I-Portmann/Rudolph, Art. 335h N 1; Vischer, Sozialplanpflicht, S. 125.

974 Ebenso privatrechtlich Angestellte eines öffentlichen Arbeitgebers (vgl. Wildhaber, AJP 2015, S. 432).

975 Vgl. Botschaft Sanierungsrecht, 6497.

976 Botschaft Sanierungsrecht, 6497. Auch in Zukunft kann ein Sozialplan weiterhin auf freiwilliger Basis geschlossen werden (BSK OR I-Portmann/Rudolph, Art. 335h N 4).

977 Vgl. Brühwiler, Art. 335h; BSK OR I-Portmann/Rudolph, Art. 335h N 2; Lorandi, BlSchK, S. 105; Schmutz Christoph G., Sozialplanpflicht als «Abfallprodukt» des neuen Sanierungsrechts, NZZ vom 19. 12. 2013; Schwaab, ARV, S. 282.

978 Vgl. Botschaft Sanierungsrecht, 6465; BSK OR I-Portmann/Rudolph, Art. 335h N 2. Die Veränderung der Arbeitnehmerrechte kristallisierte sich während der parlamentarischen Diskussion als das «Pièce de Résistance» der gesamten Gesetzesvor-

II. Begriff und Zweck

Das Gesetz definiert den Sozialplan als eine Vereinbarung, in welcher der Arbeitgeber und die Arbeitnehmer die Massnahmen festlegen, mit denen Kündigungen vermieden, deren Zahl beschränkt sowie deren Folgen gemildert werden können (Art. 335h Abs. 1 OR).[979] Kurzum: Soweit wirtschaftlich bedingte Entlassungen nicht vermieden werden können, sollen ihre Folgen für die betroffenen Arbeitnehmer durch entsprechende Massnahmen zumindest gemildert werden.[980] Gleichzeitig haben Sozialpläne eine positive Signalwirkung auf die Belegschaft und die Öffentlichkeit, weshalb besonders grössere Unternehmen schon vor der Revision solche erlassen haben.[981]

III. Rechtsnatur

Zur Rechtsnatur des Sozialplanes äussert sich der Gesetzgeber nicht. Aufgrund ihres unterschiedlichen Zustandekommens lassen sich im Rahmen der gesetzlichen Sozialplanpflicht folgende Typen unterscheiden:[982]

– Vereinbart der Arbeitgeber mit einer Gewerkschaft bzw. den am GAV beteiligten Arbeitnehmerverbänden gemäss Art. 335i Abs. 3 lit. a OR einen Sozialplan,

---

lage heraus (BK OR-Rehbinder/Stöckli, Art. 335h N 1 mit Hinweis auf die Materialien); zu Art. 333b OR unten § 9.

979 Die Legaldefinition basiert auf der einschlägigen bundesgerichtlichen Rechtsprechung (Brühwiler, Art. 335h N 1 mit Hinweis auf BGE 133 III 213; 132 III 32). Nach deutscher Legaldefinition gilt ein Sozialplan als Vereinbarung zwischen Betriebsrat und Arbeitgeber über den Ausgleich oder die Milderung der wirtschaftlichen Nachteile, die den Arbeitnehmer infolge von geplanten Betriebsänderungen entstehen (§ 112 Abs. 1 S. 2 BetrVG).

980 Vgl. auch BSK OR I-Portmann/Rudolph, Art. 335h N 5 mit Hinweis auf BGE 130 V 26.

981 Der Arbeitgeber zeigt damit seine Bereitschaft, sich über seine rechtlichen Pflichten hinaus für seine Arbeitnehmer einzusetzen. Neben einem positiven Image fördert dies eine gute Stimmung unter den weiterbeschäftigten Arbeitnehmern, was die Arbeitsmoral hochhält (Kreutz, N 3f; vgl. dazu auch Müller, AJP 2009, S. 940 f.). Einen Sozialplan schon länger erlassen hat z.B. die Swisscom AG (vgl. http://www.nzz.ch/article 9510L-1.313968, abgerufen am 13.05.2019).

982 Grundlegend zur Rechtsnatur ausserhalb der auf Art. 335i Abs. 1–3 und Art. 335j OR geschlossenen Sozialpläne BSK OR I-Portmann/Rudolph, Art. 335h N 9 ff.

stellt dies eine besondere Art eines GAV nach Art. 356 OR dar.[983] Der Sozialplan hat diesfalls normative Wirkung.[984] Die normative Wirkung besteht aber nur innerhalb des Geltungsbereichs des GAV und der Vertragsbindung. Sollen auch die nicht vertragsgebundenen Arbeitnehmer des betroffenen Betriebes vom Sozialplan erfasst werden, empfiehlt sich die Aufnahme einer Ausdehnungsklausel[985] oder die Integration eines Vertrags zugunsten Dritter (vgl. Art. 112 OR).[986]

– Eine Vereinbarung zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmervertretung ist kein GAV, sondern stellt ein bilateraler Vertrag gemäss Art. 335i Abs. 3 lit. b OR dar. Die Arbeitnehmer, die in den Anwendungsbereich des Vertrages fallen, können sich direkt auf die Rechte aus dem Sozialplan berufen, womit diese normativ wirken.[987]
– Wird ein Sozialplan nach Art. 335i Abs. 3 lit. c OR direkt zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer ausgehandelt, liegt ebenfalls ein bilateraler Vertrag vor, der wegen seiner normativen Wirkung auf sämtliche betroffene Arbeitnehmer Anwendung findet.[988/989]

---

983 Geiser/Müller/Pärli, N 599d; Wildhaber, AJP 2015, S. 428; Wyler/Heinzer, S. 564.

984 BGE 133 III 213, E. 4.3.1.

985 Ausdehnungsklauseln verpflichten die Arbeitgeber, die normativen Bestimmungen auf alle Arbeitnehmer anzuwenden, unabhängig davon, ob diese Mitglieder einer dem GAV angeschlossenen Gewerkschaft sind. Die nicht organisierten Arbeitnehmer erhalten dadurch indes keine zivilrechtlichen Ansprüche gegenüber dem Arbeitgeber (BSK OR I-Portmann/Rudolph, Art. 357 N 15 mit Hinweis auf BGE 123 III 129; vgl. auch Vischer/Müller, § 37 N 20 ff.).

986 BSK OR I-Portmann/Rudolph, Art. 335h N 9; Licci, N 261; vgl. auch Wyler/Heinzer, S. 564.

987 Geiser/Müller/Pärli, N 599d; Licci, N 258; Wildhaber, AJP 2015, S. 428; Wyler/Heinzer, S. 564 f.

988 Geiser/Müller/Pärli, N 599d; Wyler/Heinzer, S. 566; Licci, N 258; Schwaab, ARV, S. 285; a.M. Geiser, ZBJV, S. 824, 826 (Geltung des Sozialplans nur für zustimmende Arbeitnehmer).

989 Erlässt der Arbeitgeber ausserhalb der Sozialplanpflicht freiwillig einen Sozialplan (Offerte des Arbeitgebers), wird dieser bei Annahme durch den Arbeitnehmer zum integrierenden Teil des Arbeitsvertrags (BGE 133 III 213, E. 4.3.3; Licci, N 258; Vischer/Müller, S. 318). Ein solcher Sozialplan hat nur Geltung für den zustimmenden Arbeitnehmer; die Zustimmung kann nach Art. 6 OR (dazu oben § 4/III/1/b) auch stillschweigend erfolgen (BGer 4A_138/2008; Licci, N 259 m.w.H.; Vischer/Müller, S. 318).

– Wird der Sozialplan durch *Schiedsspruch eines Schiedsgerichts* aufgestellt, (Art. 335j OR), handelt sich um keinen Vertrag irgendwelcher Art, sondern um ein verbindliches hoheitliches Urteil, das nach allgemeinen Prozessregeln die im Rubrum aufgeführten Personen bindet.[990] Der Sozialplan wirkt indes nicht nur unter den Parteien, sondern *normativ* für alle in seinen Geltungsbereich fallenden Arbeitnehmer.[991]

Auch wenn ein Sozialplan normative Wirkung hat, ist zu beachten, dass in jedem Fall die für die Arbeitnehmer günstigeren Vereinbarungen ihres Arbeitsvertrages vorgehen.[992] Sollen die im Sozialplan schlechteren Bedingungen für den einzelnen Arbeitnehmer wirksam sein, bedarf es einer entsprechenden Anpassung des Arbeitsvertrages.[993]

IV. Voraussetzung für eine Verhandlungspflicht

1. Verhältnis zur Massenentlassung

Für das Bestehen einer Verhandlungspflicht über die Aufstellung eines Sozialplans müssen zwei gesetzliche Quoren kumulativ erfüllt sein: *Der Arbeitgeber muss üblicherweise mindestens 250 Arbeitnehmer* beschäftigen (Art. 335i Abs. 1 lit. a OR) und die Absicht haben, *mindestens 30 Kündigungen*[994] *innert 30 Tagen auszusprechen, die in keinem Zusammenhang mit der Person der Arbeitnehmer stehen* (Art. 335i Abs. 1 lit. b OR).[995]

---

990 Geiser, ZBJV, S. 826.

991 Brühwiler, Art. 335j N 4; Licci, N 260; Schwaab, ARV, S. 291; vgl. auch BSK OR I-Portmann/Rudolph, Art. 335j N 7.

992 Geiser, ZBJV, S. 835.

993 Geiser, ZBJV, S. 835. Zur Anpassung des Arbeitsvertrages oben § 4.

994 Dies entspricht 12% der Belegschaft.

995 In Deutschland besteht gemäss § 112a BetrVG beim Personalabbau ab Erreichen folgender Schwellenwerte ein «erzwingbarer Sozialplan»: wenn in Betrieben mit i.d.R. *(1.)* mehr als 20 und weniger als 250 Arbeitnehmer 20% der Arbeitnehmer, mindestens aber sechs Arbeitnehmer, *(2.)* mindestens 60 und weniger als 250 Arbeitnehmer 20% der Arbeitnehmer oder mindestens 37 Arbeitnehmer, *(3.)* mindestens 250 und weniger als 499 Arbeitnehmer 15% der Arbeitnehmer oder mindestens 60 Arbeitnehmer, *(4.)* mindestens 500 Arbeitnehmer 10% der Arbeitnehmer aber mindestens 60 Arbeitnehmer, entlassen werden.

Der Gesetzgeber orientierte sich hier an der Regelung über die Massenentlassung (Art. 335d OR), wobei die Schwellenwerte aber nicht identisch sind.[996] Nicht jede Massenentlassung löst die Pflicht nach Art. 335h ff. OR aus; umgekehrt liegt aber generell bei jeder Sozialplanpflicht eine Massenentlassung vor.[997] Der Arbeitgeber, der üblicherweise zwischen 20 und 249 Arbeitnehmer beschäftigt und innert 30 Tagen mehr als 9 Kündigungen ausspricht, hat zwar eine Konsultations- und Informationspflicht (vgl. Art. 335f OR), aber keine Sozialplanpflicht. Bei Massenentlassungen in Betrieben mit mindestens 300 Angestellten – d.h. Kündigungen von mindestens 30 Angestellten – ist indes stets auch ein Sozialplan aufzustellen. Beschäftigt ein Betrieb zwischen 250 und 299 Arbeitnehmer ist zu differenzieren: Werden mindestens 10% aller Arbeitnehmer, aber weniger als 30 Angestellte entlassen, besteht nur eine Informations- und Konsultationspflicht; sind 30 oder mehr Angestellte von den Kündigungen betroffen, greift die Sozialplanpflicht.[998]

2. Mindestens 250 Arbeitnehmer

Art. 335i OR knüpft anders als Art. 335d OR nicht an den Betrieb, sondern an den Begriff des Arbeitgebers («Der Arbeitgeber», [...] «wenn er» [...]). Streng wörtlich genommen müssten damit die quantitativen Kriterien nicht im Betrieb als separate organisatorische Einheit erfüllt sein, sondern es wären alle Arbeitnehmer der verschiedenen Betriebe eines Unternehmens zusammenzurechnen.[999] Die h.L. lehnt dies ab. Angesichts der inhaltlichen wie auch systematischen Nähe der Bestimmungen über den Sozialplan zu jenen über die Massenentlassung und dem Umstand, dass die Botschaft auf nichts Gegenteiliges hindeutet, ist davon auszugehen, dass in Art. 335i OR nicht von der bekannten Betriebsoptik abgewichen werden soll.[1000] Damit wird die Sozialplanpflicht nur ausgelöst, wenn der einzelne

---

996 Vgl. Botschaft Sanierungsrecht, 6499; näher dazu Geiser, ZBJV, S. 827 f. Zu den Voraussetzungen einer Massenentlassung oben § 5/II/1.

997 Vgl. Fischer/Trost, N 13 mit einer grafischen Übersicht betreffend die Quoren der Massenentlassung und des Sozialplanes bzw. deren jeweiligen Überschneidung. Eine Sozialplanpflicht ohne das Vorliegen einer Massenentlassung kann ausnahmsweise bei entsprechender Staffelung der Kündigungen bestehen, dazu unten § 6/IV/4.

998 BK OR-Rehbinder/Stöckli, Art. 335i N 4.

999 BSK OR I-Portmann/Rudolph, Art. 335i N 5; Stöckli, ArbR 2010, S. 100.

1000 Brühwiler, Art. 335i N 2; BSK OR I-Portmann/Rudolph, Art. 335i N 5; Fischer/Trost, N 13; Fuld/Depierre, N 2 FN 3; Glanzmann, Sanierungsrecht, S. 234; Ianni, S. 168 f.; Kälin/Stalder, S. 1019; Schwaab, ARV, S. 286; Stöckli, ArbR 2010, S. 100; Widmer, N 29 f.; Wildhaber, AJP 2015, S. 432 f.;

Betrieb und nicht der Arbeitgeber als das Gesamtunternehmen die erforderlichen Schwellenwerte erreicht.[1001] Als Ausnahme davon denkbar ist der Fall, bei dem es dem Betrieb an einer eigenen Rechtspersönlichkeit, an eigenem Vermögen oder an der Konkursfähigkeit fehlt.[1002]

Die in Art. 335i Abs. 1 OR verwendete Terminologie «üblicherweise» ist mit dem in Art. 335d OR verwendeten Begriff «in der Regel» gleichzusetzen.[1003]

3. Kündigungsabsicht: Mindestens 30 Kündigungen

Der Arbeitgeber muss beabsichtigen, mindestens 30 Arbeitnehmern im selben Betrieb[1004] zu kündigen. Die beabsichtigten Kündigungen dürfen nicht aus Gründen erfolgen, die im Zusammenhang mit der Person des Arbeitnehmers stehen (vgl. Art. 335h Abs. 1 lit. b OR). Diese Einschränkung entspricht jener von Art. 335d OR.[1005] Auch Änderungskündigungen werden berücksichtigt,[1006] wobei in Anleh-

---

Wyler/Heinzer, S. 559. Auch spricht die Botschaft Sanierungsrecht an verschiedenen Stellen vom «Betrieb» (z.B. 6499: «Die gesetzliche Pflicht zum Abschluss eines Sozialplanes trifft sämtliche *Betriebe,* die mindestens 250 Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer beschäftigen [Bst. a]», Hervorhebung durch die Autorin). Ferner verwendet der Gesetztext den Betriebsbegriff verschiedentlich: in Art. 335 h Abs. 2 OR heisst es, der Sozialplan dürfe den Fortbestand «des Betriebes» nicht gefährden (dazu unten§ 6/V/3/a), Art. 335i Abs. 2 OR spricht vom gleichen «betrieblichen» Entscheid; vgl. auch das Votum von NR Schwaab in AmtBull 2013 N 625; a.M. Geiser, ZBJV, S. 828 und Müller, ARV 2014, S. 235.

1001 BSK OR I-Portmann/Rudolph, Art. 335i N 5. Stöckli, ArbR 2010, S. 110 und Widmer, N 30 befürchten, dass versucht wird, die kritische Schwelle von 250 Beschäftigten durch deren Aufteilung in kleinere Betriebe zu unterschreiten.

1002 Wildhaber, AJP 2015, S. 433.

1003 BSK OR I-Portmann/Rudolph, Art. 335i N 3; Müller, ARV 2014, S. 236; Schwaab, ARV, S. 286; oben § 5/II/1/c.

1004 Die Sozialplanpflicht knüpft auch hier an die Anzahl Kündigungen in einem Betrieb und nicht generell an die von einem Arbeitgeber ausgesprochenen Kündigungen an (Wyler/Heinzer, S. 559; gl.M. Fischer/Trost, N 13; Glanzmann, Sanierungsrecht, S. 235; Stöckli, ArbR 2010, S. 100).

1005 BSK OR I-Portmann/Rudolph, Art. 335i N 4; Glanzmann, Sanierungsrecht, S. 234 f.; oben § 5/II/1/c.

1006 BSK OR I-Portmann/Rudolph, Art. 335i N 4.

nung an die geltende Praxis zur Massenentlassung nur eigentliche Änderungskündigungen[1007] mitzuzählen sind.[1008]

Da die Sozialplanpflicht gleich wie das Konsultationsverfahren an die Kündigungsabsicht des Arbeitgebers knüpft, haben beide Verfahren denselben «Starttermin».[1009] Darüber hinaus hat es der Gesetzgeber aber versäumt, die beiden Verfahren zu koordinieren; sie laufen unabhängig voneinander.[1010] Dies kann dazu führen, dass das Massenentlassungsverfahren abgeschlossen und die Kündigungen ausgesprochen sind, bevor ein Sozialplan vorliegt.[1011]

4. Zeitraum von 30 Tagen

Für den Bemessungszeitraum von 30 Tagen gilt grundsätzlich dasselbe wie bei Massenentlassungen.[1012] Analog dazu ist das «Aussprechen» und nicht der Zugang der Kündigung innert 30 Tagen massgeblich.[1013] Eine Abweichung von Art. 335d OR zeigt sich indes betreffend die zeitlich gestaffelten Kündigungen, die auf dem

---

1007 Müller, ARV 2014, S. 237 und Wildhaber, AJP 2015, S. 433, wollen differenzieren, ob es sich um grössere oder kleinere Vertragsanpassungen handelt, die dem Arbeitnehmer bei einer Änderungskündigung angeboten werden. Kleinere Anpassungen (z.B. die Streichung des Generalabonnements für alle Arbeitnehmer) würden selten zu Kündigungen führen, da dort die meisten Arbeitnehmer in der Regel zustimmen. Die Parteien bei derartigen Änderungen zu Verhandlungen über einen Sozialplan zu verpflichten bzw. sie damit zeitlich und finanziell zu belasten, wäre nicht sachgemäss. Im Gegenteil: oft versuchen Arbeitgeber gerade, durch kleinere Massnahmen, die Rentabilität des Betriebes zu erhöhen um dadurch grössere Umstrukturierungen oder gar Kündigungen zu vermeiden (Wildhaber, AJP 2015, S. 433).

1008 Wildhaber, AJP 2015, S. 433.

1009 Dies bedeutet aber nicht, dass beide Verfahren gleichzeitig aufgenommen werden: Im Zusammenhang mit dem (bisher einzig veröffentlichten [Stand: Mai 2019]) Sozialplans in Form eines Schiedsspruch, erlassen von der CRCT vom 24. Februar 2015 (der Schiedsspruch ist publiziert in ArbR 2016, S. 101 ff. und besprochen von Pietruszak, S. 85 ff.), eröffnete der Arbeitgeber das Konsultationsverfahren am 6./7. Mai 2014, die Verhandlungen über den Sozialplan wurden indes erst am 28. Mai 2014 aufgenommen (vgl. ArbR 2016, S. 192, E. 1.4.1, 1.4.4; Pietruszak, S. 87).

1010 Vgl. Wildhaber, AJP 2015, S. 435.

1011 Vgl. Wyler/Heinzer, S. 560 (die Pflicht, Verhandlungen über einen Sozialplan zu führen ist regelmässig einzig die Konsequenz einer beabsichtigen Massenentlassung, nicht aber Bedingung für deren Gültigkeit); dazu auch unten § 6/V/1.

1012 BSK OR I-Portmann/Rudolph, Art. 335i N 4.

1013 Müller, ARV 2014, S. 236 m.w.H.; dazu oben § 5/II/1/e.

gleichen betrieblichen Entscheid gründen (Art. 335i Abs. 2 OR). Im Unterschied zur Massenentlassung hält Art. 335i Abs. 2 OR explizit fest, dass zeitlich verteilte Kündigungen, die auf dem gleichen betrieblichen Entscheid beruhen, bei der Bestimmung des Quorums zusammengezählt werden. Der Abschluss eines Sozialplans kann damit nicht durch Staffelung von Kündigungen vermieden werden. Daher kann eine Sozialplanpflicht ohne Massenentlassung bestehen.[1014] Im Umkehrschluss bedeutet dies – obschon dem Gesetz nicht explizit zu entnehmen – dass auch bezüglich der in 30 Tagen erfolgten Kündigungen nur jene zu berücksichtigen sind, die auf demselben betrieblichen Entscheid fussen.[1015]

Die Frage, ob sich die Kündigungen auf dieselben betrieblichen bzw. wirtschaftlichen[1016] Motive stützen, ist im konkreten Einzelfall unter Berücksichtigung aller Umstände zu beurteilen.[1017] Im Grundsatz zu unterscheiden sind zwei Fälle:[1018] Entscheidet sich der Arbeitgeber bereits von Anfang an aus taktischen bzw. geschäftlichen Gründen, Entlassungen stufenweise in verschiedenen Phasen auszusprechen,[1019] sind diese zu addieren. Nicht zusammenzuzählen sind Kündigungen indes dort, wo der Arbeitgeber in gutem Glauben zu einem früheren Zeitpunkt ein Reihe von Entlassungen ausgesprochen hat und erst später infolge einer Neubeurteilung und im Rahmen neuer betrieblichen Massnahmen – wegen neuer Umstände oder weil sich die ursprünglich gestellten Prognosen nicht realisiert haben – erneut Kündigungen aussprechen muss.[1020] Dort basieren die beiden Entlassungswellen nicht auf demselben (ersten) betrieblichen Entscheid, sondern ergeben sich aus zwei, voneinander losgelösten Beurteilungen der wirtschaftlichen Situation

---

1014 BSK OR I-Portmann/Rudolph, Art. 335i N 4; Licci, S. 143; Wildhaber, AJP 2015, S. 434; s.a. Müller, ARV 2014, S. 234; Kälin/Stalder, S. 1020 FN 37.

1015 Geiser, ZBJV, S. 828 wobei er diese Meinung namentlich vor dem Hintergrund vertritt bzw. dies dort besondere Brisanz hat, wo nicht nur die Kündigungen innerhalb eines Betriebs, sondern innerhalb eines Gesamtunternehmens bzw. Konzerns zusammengezählt werden. Dort besteht die Gefahr, dass nicht personenbezogene Kündigungen in ganz unterschiedlichen Bereichen ausgesprochen werden können, die auch sachlich nichts miteinander zu tun haben.

1016 Die Botschaft in französischer Sprache spricht von «décision économique» (FF 2010, S. 5913).

1017 Wyler/Heinzer, S. 559.

1018 Zum Ganzen Wyler/Heinzer, S. 559.

1019 Dies kann z.B. dann sinnvoll sein, wenn ein Unternehmen die Produktion schrittweise ins Ausland verlagert oder sich ein allmählicher Rückgang des Geschäftsgangs abzeichnet.

1020 Brühwiler, Art. 335i N 2; vgl. auch Botschaft Sanierungsrecht, 6499.

des Unternehmens.[1021] Den Beweis, dass die erneute Kündigungswelle keine bewusste Staffelung darstellt bzw. aufgrund neuer Umstände erfolgt, hat der Arbeitgeber zu erbringen; nur er verfügt über die entsprechenden Informationen.[1022] Ein wichtiges Indiz spielt dabei der zeitliche Aspekt: mit zunehmender Dauer nimmt die Wahrscheinlichkeit ab, dass Kündigungen auf demselben betrieblichen Grund fussen.[1023]

M.E. ist das Vorliegen eines gleichen betrieblichen Entscheides i.S.v. Art. 335i Abs. 2 OR ferner nicht leichthin anzunehmen. Der Anwendungsbereich von Art. 335i OR darf nicht künstlich auf Fälle ausgeweitet werden, bei denen die gesetzlichen Quoren nicht erfüllt sind.

5. Ausnahmen von der Sozialplanpflicht nach Art. 335k OR

Die Bestimmungen über den Sozialplan kommen bei Massenentlassungen während eines Konkurs- oder Nachlassverfahrens, die mit einem Nachlassvertrag abgeschlossen werden, nicht zur Anwendung (Art. 335k OR).[1024] Hintergrund dafür ist, dass ein insolventes Unternehmen kaum über die finanziellen Mittel für einen Sozialplan verfügt bzw. eine gesetzliche Sozialplanpflicht in einer solchen Situation Sanierungsvorhaben gefährden könnte.[1025] Der Gesetzgeber wollte zudem eine ungerechtfertigte Privilegierung der Gläubiger erster Klasse – wozu die Sozialplanleistungen gehören (vgl. Art. 219 Abs. 4 lit. a^{ter} SchKG)[1026] – zulasten der nachrangigen Klassen verhindern.[1027] Ferner erachtete er die Insolvenzorgane als

---

1021 Brühwiler, Art. 335i N 2.

1022 Wyler/Heinzer, S. 559.

1023 Wyler/Heinzer, S. 560, schlagen als eine Art Faustregel vor, ab einem Zeitraum von 6 Monaten – vorbehalten gegenteiliger konkreter Umstände – das Vorliegen von gleichen betrieblichen Gründen grundsätzlich zu verneinen. Je weiter die Kündigungen auseinander liegen, desto sinnloser ist sodann ein nachträgliches Aufstellen eines Sozialplanes. Übliche Massnahmen eines Sozialplanes (dazu unten § 6/V/2) wie Anpassung der Kündigungsfrist, Hilfestellungen bei Bewerbungen, Umschulungen etc. für jene Arbeitnehmer, die im Rahmen einer früheren «Kündigungswelle» entlassen wurden und unterdessen eine neue Stelle gefunden haben, laufen sonst ins Leere.

1024 Zum Konkurs- und Nachlassverfahren oben § 2/III.

1025 Botschaft Sanierungsrecht, 6501.

1026 Dazu auch unten § 8/1.

1027 Botschaft Sanierungsrecht, 6501.

mit der Sozialplanpflicht «tendenziell überforder[t]»; eine sich daraus ergebende Verzögerung des Insolvenzverfahrens sollte daher verhindert werden.[1028]

Die Ausnahmeregelung betreffend den Nachlassvertrag erfasst den ordentlichen Nachlassvertrag (Dividendenvergleich) und den Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung.[1029] Wohl muss die Sozialplanpflicht auch dort entfallen, wo die Nachlassstundung voraussichtlich im Konkurs mündet.[1030] Kann der Betrieb vor Ende der Stundung saniert werden (Art. 296a Abs. 1 SchKG), besteht mangels Abschluss eines Nachlassvertrages eine Sozialplanpflicht.[1031] Keine Ausnahme gilt ferner für den Konkursaufschub (Art. 725a OR).[1032]

Allerdings oft schwer abschätzbar ist, ob eine Nachlassstundung mit einem Nachlassvertrag beendet wird, eine Sanierung gelingt oder im Konkurs mündet.[1033] Wird die provisorische Nachlassstundung zu reinen Sanierungszwecken bewilligt, ist wohl zumindest spätestens mit Bewilligung der definitiven Nachlassstundung über einen Sozialplan zu verhandeln.[1034] Hier werden allerdings mit Blick auf Art. 335h Abs. 2 OR kaum Mittel für einen Sozialplan bzw. umfassende (finanzielle) Massnahmen vorhanden sein; vielmehr versucht der Betrieb gerade, seinen Fortbestand irgendwie zu sichern.[1035]

Soweit der Gesetzgeber hier plötzlich von «Massenentlassungen» spricht, ist dies m.E. als gesetzgeberische Unachtsamkeit zu bewerten; die Ausnahmebestimmung von Art. 335k OR beziehen sich auf die Quoren von Art. 335i Abs. 1 OR und nicht jene von Art. 335d OR.[1036]

1028 Botschaft Sanierungsrecht, 6501.

1029 Fischer/Trost, N 18; Glanzmann, Sanierungsrecht, S. 235; Lorandi, Sanierung, S. 48. Wird die provisorische Stundung zur Ausarbeitung eines Nachlassvertrages bewilligt, besteht von Anfang an keine Pflicht zur Aufnahme von Sozialplanverhandlungen (Bachmann, FS Stöckli, S. 10).

1030 Glanzmann, Sanierungsrecht, S. 235; vgl. auch Lorandi, Sanierung, S. 48.

1031 Fischer/Trost, N 18; Staehelin, AJP, S. 1742. Die Stundung erfüllte diesfalls die Funktion eines reinen Moratoriums (dazu oben § 2/III/3).

1032 Gmünder, N 505; Lorandi, Sanierung, S. 48. Zum Konkursaufschub oben § 2/III/2.

1033 Glanzmann, Sanierungsrecht, S. 235; vgl. auch Gmünder, N 694; Lorandi, Sanierung, S. 48.

1034 Bachmann, FS Stöckli, S. 9 f.

1035 Vgl. Bachmann, FS Stöckli, S. 10 f. (Art. 335k OR sei «inhaltsleer» und sollte wieder gestrichen werden); Ianni, S. 108. Zu Art. 335h Abs. 2 OR unten § 6/V/3/a.

1036 Vgl. auch Bachmann, FS Stöckli, S. 8 FN 34.

Art. 335k ist absolut zwingend (Art. 361 OR). Anders als Art. 335h Abs. 2 OR schränkt er nicht nur den Verhandlungsspielraum der Parteien bzw. Ermessenspielraum des Schiedsgerichts ein, sondern verneint die Sozialplanpflicht gänzlich. Ob dies für die Unternehmen tatsächlich den Anreiz schafft, rechtzeitig ein ordentliches Nachlassverfahren einzuleiten, ist abzuwarten.[1037]

V. Inhalt und Schranken

1. Grundsätzliches

Als einzige inhaltliche Richtschnur dient den Parteien die in Art. 335h Abs. 1 OR bewusst kurz und allgemein gehaltene Formulierung,[1038] wonach der Sozialplan eine Vereinbarung ist, in welcher der Arbeitgeber und die Arbeitnehmer die Massnahmen festlegen, mit denen Kündigungen vermieden, deren Zahl beschränkt sowie deren Folgen gemildert werden. Einen Numerus Clausus an Massnahmen gibt es damit nicht[1039] und den Verhandlungsparteien bleibt inhaltlich ein grosser Gestaltungsspielraum.[1040]

Zeitlich können die vorgesehenen Massnahmen unterschiedlich ansetzen. Gemäss Botschaft sind drei Kategorien von Massnahmen auszumachen: (1) solche, die in der Zeit zwischen der Ankündigung der beabsichtigten Kündigungen und der Beendigung der Arbeitsverhältnisse verwirklicht werden (z.B. kürzere Kündigungsfristen für Arbeitnehmer als für den Arbeitgeber); (2) solche, die über den Zeitpunkt der Vertragsbeendigung hinaus wirken (z.B. bezahlte Umschulung, Stellenvermittlung); (3) solche, die direkt an die Beendigung des Arbeitsvertrages (z.B. Abfindungen, vorzeitige Pensionierungen) knüpfen.[1041]

1037 Vgl. Lorandi, BlSchK, S. 105. Gemäss BK OR-Rehbinder/Stöckli, Art. 335k N 4 muss entsprechend dem Normzweck das Verbot teleologisch auch auf kleinere Unternehmen ausgeweitet werden, die zwar nicht der gesetzlichen, wohl aber etwa einer vertraglichen Sozialplanpflicht unterliegen und während eines Konkursverfahrens Massenentlassungen vornehmen.

1038 Botschaft Sanierungsrecht, 4498.

1039 Vgl. Blesi/Pietruszak, S. 50.

1040 Vgl. auch BGE 133 III 213, E. 4.3; Blesi/Pietruszak, S. 50. Eine ähnliche Situation herrscht in Deutschland: Auch dort stellt das Gesetz für den Sozialplan keine konkreten inhaltlichen Vorgaben auf (vgl. § 112 Abs. 5 Ziff. 3 BetrVG).

1041 Botschaft Sanierungsrecht, 6498.

Inhaltlich zielen die Massnahmen des Sozialplanes primär darauf ab, die wirtschaftliche Härte bzw. Folgen der Kündigung für die betroffenen Arbeitnehmer zu mildern.[1042] Daneben sollen gemäss Art. 335h Abs. 1 OR Kündigungen vermieden respektive deren Zahl beschränket werden. Da die Verhandlungen über den Sozialplan meist eine lange Zeit beanspruchen und die Gültigkeit der Kündigungen nicht vom Vorliegen eines Sozialplans abhängig sind, werden die Entlassungen allerdings meist schon gültig erfolgt sein, bevor überhaupt ein Sozialplan besteht. Bestimmungen betreffend die Vermeidung von Kündigungen sowie zahlreiche Massnahmen, die noch vor Beendigung der Arbeitsverhältnisse ansetzen, sind diesfalls obsolet.[1043] Der Faktor «Zeit» spielt insofern eine massgebende Rolle für die inhaltliche Ausgestaltung eines Sozialplans.

Soweit indes gleichzeitig eine Massenentlassung vorliegt,[1044] ist zumindest dort nach Massnahmen zu suchen, die Kündigungen vermeiden bzw. noch vor Beendigung der einzelnen Arbeitsverhältnisse anknüpfen (vgl. Art. 335f Abs. 2 OR).[1045] Da die Verletzung der Informations- und Konsultationspflicht bzw. Missachtung der Anzeigepflicht an das Arbeitsamt sanktioniert wird (Missbräuchlichkeit bzw. Nichtwirksamwerden der ausgesprochenen Kündigungen), wird der Arbeitgeber nämlich in der Regel erst dann Kündigungen aussprechen, wenn er das Massenentlassungsverfahren durchlaufen hat.[1046]

1042 Zu den möglichen Inhalten unten § 6/V/2.

1043 Vgl. Blesi/Pietruszak, S. 59. Je länger die Verhandlungen dauern, desto mehr wird sich der Fokus wohl primär auf *finanzielle Leistungen* verschieben. Die Palette sinnvoller Massnahmen ist insbesondere dort beschränkt, wo die Verhandlungen ergebnislos sind und ein Schiedsgericht angerufen werden muss (dazu unten § 6/VII/5).

1044 Dazu oben § 6/IV/1.

1045 Der Zweck des Konsultationsverfahrens – beabsichtigte Kündigungen ganz oder teilweise verhindern bzw. Milderung deren Folgen (dazu oben § 5/II/2/a/aa) – ist weitgehend deckungsgleich mit den Inhalten, die ein Sozialplan enthalten soll. In der häufigen Konstellation, in welcher eine Massenentlassung und eine Sozialplanpflicht bestehen, ist der Arbeitgeber damit strenggenommen in zwei unabhängigen Verfahren – mit u.U. unterschiedlichen Verhandlungspartnern – mit weitgehend demselben Konsultations- bzw. Verhandlungsgegenstand konfrontiert, allerdings mit dem massgebenden Unterschied, dass die Sozialplanverhandlungen zwingend im Erlass eines Sozialplan enden müssen, während der Arbeitgeber bei der Massenentlassung die Vorschläge der Arbeitnehmerseite bloss anzuhören und zu prüfen hat (vgl. auch Geiser, ZBJV, S. 839).

1046 Im Übrigen können die Ergebnisse der Konsultation auch einen Sozialplan darstellen – diesfalls muss er nur noch von den gesetzlich vorgesehenen Parteien abgeschlossen werden – oder zumindest in diesen einfliessen (vgl. Geiser, ZBJV, S. 839).

Der konkrete Inhalt eines Sozialplans hängt ferner stark von den konkreten Umständen ab. Er wird einzelfallbezogen für eine Vielzahl von Arbeitnehmern abgeschlossen.[1047] Ein Sozialplan kann aber auch vorsorglich generell abstrakt für künftige Umstrukturierungen abgeschlossen werden, wobei zu unterscheiden ist, ob es sich um einen blossen Rahmenvertrag handelt, der die gesetzliche Sozialplanflicht konkretisiert, oder schon um einen eigentlichen Sozialplan.[1048]

2. Ausgewählte Inhalte[1049]

Da der Gesetzgeber den Verhandlungspartner betreffend die inhaltliche Ausgestaltung einen grossen Handlungsspielraum überlässt, werden sich die gängigen Inhalte des Sozialplanes kaum von jenen, im Rahmen einer gesetzlichen Pflicht abgeschlossenen Sozialplans, unterscheiden. Im Wesentlichen können Sozialpläne folgende Massnahmen und Leistungen vorsehen:

a) Kündigungsfristen

Der Sozialplan kann für Arbeitnehmer und Arbeitgeber verschieden lange Kündigungsfristen vorsehen.[1050] Sie können z.B. bei erfolgloser Stellensuche vom Arbeitnehmer einseitig verlängert oder umgekehrt bei einer bereits neu gefundenen Arbeitsstelle entsprechend verkürzt werden.[1051] Art. 335a Abs. 2 OR steht dem nicht entgegen, da die Verkürzung der Kündigungsfrist zum Vorteil des Arbeitnehmers erfolgt.[1052] Auch kann die Kündigungsfrist für alle Arbeitnehmer angepasst oder von der Dauer der Betriebszugehörigkeit und/oder dem Lebensalter abhängig gemacht werden.[1053] Ebenso kann eine Freistellung Gegenstand des Sozialplans sein.[1054]

1047 Geiser, ZBJV, S. 830.

1048 Geiser, ZBJV, S. 830. Zum vorsorglichen Sozialplan unten § 6/VIII.

1049 Ausführlich zu einzelnen Regelungsinhalten eines Sozialplanes inkl. Hinweise auf die in der Praxis bestehenden Sozialpläne, vgl. Müller, AJP 2009, S. 941 ff. Für eine stichwortartige Übersicht über mögliche Regelungsinhalte s.a. von Kaenel, Grundlagen, S. 59 f. und Wyler/Heinzer, S. 557.

1050 Müller, AJP 2009, S. 942.

1051 Cirigliano, N 7.

1052 Müller, AJP 2009, S. 942 f.; vgl. auch Botschaft Sanierungsrecht, 6498.

1053 Müller, AJP 2009, S. 942 mit jeweils Hinweisen auf die Praxis; vgl. auch Cirigliano, N 7.

1054 Cirigliano, N 7.

b) Interne und externe Wiedereingliederung

Sozialpläne können Massnahmen zur Unterstützung der Stellensuche enthalten.[1055] Der Arbeitgeber kann z.B. verpflichtet werden, sich um ein Angebot zumutbarer Arbeitsplätze im eigenen Betrieb bzw. um betriebsinterne Versetzungsmöglichkeiten zu bemühen oder Arbeitnehmer bei der externen Stellensuche (sog. Outplacement) zu unterstützten (z.B. durch Bereitstellung eines betrieblichen Stellen- und Beratungsdienstes).[1056] Oft ist auch die Gewährung von bezahlten Absenzen zur Wahrnehmung von Vorstellungsgesprächen und von Beitragsleistungen für Umschulungen und Weiterbildungen zweckmässig.[1057] Zur Erleichterung des wirtschaftlichen Fortkommens kann der Arbeitgeber ferner auf die Einhaltung der Konkurrenzklausel verzichten.[1058] Sinnvoll ist ferner eine Klausel, die die betroffenen Arbeitnehmer zur aktiven Bemühung um eine neue Arbeitsstelle sowie zur Annahme einer zumutbaren Stelle verpflichtet, wobei es den Begriff der «Zumutbarkeit» genauer zu definieren gilt.[1059] Für den Fall einer Verletzung dieser Pflicht kann ein Leistungsausschluss des säumigen Arbeitnehmers vorgesehen werden.[1060]

c) Pensionskassen-Leistungen und frühzeitige Pensionierung

Da sich die Suche nach einer neuen Stelle mit zunehmendem Alter erfahrungsgemäss zusehends schwieriger gestaltet, kann ab Erreichen einer bestimmten Altersgrenze[1061] für Arbeitnehmer die Möglichkeit zur vorzeitigen Pensionierung oder «Altersteilzeitarbeit» vorgesehen werden.[1062] Die monatliche Entschädigung bis zum Erreichen des AHV-Alters und Begleichung der AHV- und Personal-

---

1055 Müller, AJP 2009, S. 941.

1056 Vgl. Cirigliano, N 14 f.; Müller, AJP 2009, S. 941.

1057 Cirigliano, N 15; vgl. auch Müller, AJP 2009, S. 942.

1058 Cirigliano, N 13; Müller, AJP 2009, S. 942.

1059 Vgl. Müller, AJP 2009, S. 942. In der Praxis enthalten Sozialpläne mitunter genauere Definitionen des Begriffs der «Zumutbarkeit» unter thematischer Berücksichtigung u.a. von vorhandenen Fähigkeiten, Ausbildung, Beschäftigungsgrad, orts- und branchenüblichen Bedingungen, gewissen Lohneinbussen sowie auch des Arbeitswegs (Müller, AJP 2009, S. 942 m.w.H.).

1060 Vgl. Müller, AJP 2009, S. 942.

1061 Die Altersgrenze kann für Frauen und Männer unterschiedlich hoch sein (Müller, AJP 2009, S. 942).

1062 Cirigliano, N 9.

vorsorgeeinrichtungsbeiträge können im Sozialplan oder einvernehmlich festgelegt werden.[1063]

d) Finanzielle Leistungen und Abgangsentschädigungen[1064]

Im Zentrum eines Sozialplans steht regelmässig die Verpflichtung des Arbeitgebers zur Leistung von Abgangsentschädigungen (auch: Abgangsabfindungen, Überbrückungs- und Treueprämien oder Sozialentschädigungen)[1065] an die Arbeitnehmer.[1066] Diese sollen allfällige Lohneinbussen bei Antritt einer neuen Stelle oder andere finanzielle Einbussen infolge Stellenverlust mildern.[1067] Die Berechnung der Abgangsentschädigung erfolgt meist durch einen möglichst sachgerechten Berechnungsschlüssel bzw. ein Punktesystem unter Berücksichtigung von Kriterien wie Alter, Familiensituation und Dienstjahren[1068] des einzelnen Arbeitnehmers.[1069]

e) Weitere mögliche Inhalte

Auch enthalten können Sozialpläne z.B. Sonderlösungen für Lernende, damit diese ihre Lehre weiterführen können, Kurzarbeit[1070], Freistellung, Umzugserleichterungen[1071] (z.B. Beteiligung an Umzugskosten), Entschädigungen für Wegkosten, Wiedereinstellungszusagen im Falle einer wirtschaftlicher Erholung[1072] oder

---

1063 Cirigliano, N 9; Müller, AJP 2009, S. 942.

1064 Ausführlich dazu Müller, AJP 2009, S. 943.

1065 Müller, AJP 2009, S. 943 m.w.H.

1066 Cirigliano, N 10. Solche Zahlungen sind von der Abgangsentschädigung nach Art. 339b OR abzugrenzen, welche als Belohnung für Betriebstreue zur Förderung langjähriger Arbeitsverhältnisse dient (vgl. dazu Müller Roland A. Abfindungen in Sozialplänen und ihre sozialversicherungsrechtliche Behandlung, in: AJP 1999, S. 287).

1067 Cirigliano, N 10.

1068 Soweit einzelne Massnahmen und Leistungen von den Dienstjahren der Arbeitnehmer abhängt, hat der Sozialplan im Übrigen genau den Zeitpunkt zu bezeichnen, an dem sich das Dienstalter berechnet.

1069 Cirigliano, N 10 (für mögliche Berechnungsmethoden N 11); vgl. auch Müller, AJP 2009, S. 943.

1070 Zur Kurzarbeit oben § 4/IV/6/c.

1071 Vgl. Müller, AJP 2009, S. 943.

1072 Cirigliano, N 17.

auch sog. Härtefallklauseln,[1073] welche in bestimmten Fällen zusätzliche Unterstützungsleistungen (z.B. bei Krankheit, Invalidität) vorsehen.

Den Arbeitnehmern können auch *Verpflichtungen* (z.B. Erhöhung der Arbeitszeiten oder Reduktionen der Löhne) *auferlegt werden.*[1074] Dabei zu beachten ist stets das Verzichtsverbot (Art. 341 OR).[1075] Nicht aufrechnen lässt sich dabei ein Verzicht eines Arbeitnehmers auf bestimmte Ansprüche als Austausch für Leistungen an andere Arbeitnehmer (z.B. zur Finanzierung derer Austrittsentschädigungen oder zur Reduktion von Entlassungen).[1076]

3. Inhaltliche Schranken

Für die inhaltliche Ausgestaltung des Sozialplans gelten zwei Schranken: der Fortbestand des Betriebes darf nicht gefährdet werden (Art. 335h Abs. 2 OR) und der Anspruch auf Gleichbehandlung ist einzuhalten.

a) Keine Gefährdung des Fortbestandes des Betriebes

Art. 335h Abs. 2 OR begrenzt den Umfang der Sozialplanleistungen bzw. das Mass der finanziellen Belastung, welche dem Arbeitgeber aus dem Sozialplan entstehen dürfen.[1077] Damit verhindert werden sollen übersetzte und letztlich kontraproduktive Forderungen mit entsprechend negativem Verhandlungsklima.[1078] Die Bestimmung bindet die Verhandlungsparteien gleichermassen wie das Schiedsgericht.[1079] Insofern ist die Bestimmung absolut zwingend, obschon sie nicht in Art. 361 OR aufgeführt ist.[1080] Die gesetzliche Formulierung ist allerdings sehr vage, was «die grösstmögliche Rechtsunsicherheit» bewirkt.[1081]

1073 Vgl. Müller, AJP 2009, S. 944.

1074 Geiser, ZBJV, S. 825 (dann hat der Sozialplan den Charakter eines synallagmatischen Vertrages).

1075 Zum Verzichtsverbot oben § 4/II/3.

1076 Geiser, ZBJV, S. 835; Schwaab, licenciement, S. 109 f.

1077 Vgl. BSK OR I-Portmann/Rudolph, Art. 335h N 14.

1078 Botschaft Sanierungsrecht, 6498.

1079 Botschaft Sanierungsrecht, 6498.

1080 BK OR-Rehbinder/Stöckli, Art. 335h N 8; BSK OR I-Portmann/Rudolph, Art. 335h N 13; a.M. Schwaab, ARV, S. 284 (relativ zwingend, Art. 362 OR).

1081 Stöckli, ArbR 2010, S. 109; gl.M. BK OR-Rehbinder/Stöckli, Art. 335h N 7; Blesi/Pietruszak S. 50; BSK OR I-Portmann/Rudolph, Art. 335h N 13.

Massgebend ist gemäss Wortlaut des Gesetzes die *Gefährdung* des Fortbestands des *Betriebes*[1082] (Art. 335h Abs. 1 OR) und nicht jene des ganzen Unternehmens bzw. sämtlicher Betriebe des Arbeitgebers.[1083] Insofern ist auch für die Frage der finanziellen Leistungskraft einzig auf das wirtschaftliche Potential des Betriebes und nicht jenes des Gesamtunternehmens abzustellen.[1084] Völlig überschiessend und bar einer gesetzlicher Grundlage ist die Ansicht, die finanzielle Möglichkeit des allfällig bestehenden Konzerns seien mitzuberücksichtigen bzw., dass Tochtergesellschaften ihre Schwestergesellschaft bei der Finanzierung des Sozialplans unterstützen müssen.[1085] Eine Ausnahme besteht einzig dort, wo der Arbeitgeber be-

---

1082 Zum Betriebsbegriff unten § 7/II/1.

1083 Brühwiler, Art. 335h N 4; BSK OR I-Portmann/Rudolph, Art. 335h N 15; a.M. Geiser/Müller/Pärli, N 599e und Müller, ARV 2014, S. 242 (Gesamtunternehmen, was m.E. aber nur konsequent ist, da diese Autoren für die Berechnung der gesetzlichen Quoren auf den Arbeitgeber i.S. des Gesamtunternehmens abstellen); Schwaab, ARV, S. 284 und 290 f. (Gefährdung mehrerer Tochtergesellschaften oder der ganzen Gruppe bzw. des Konzerns); unklar bzw. offen gelassen Botschaft Sanierungsrecht, 6498; BK OR-Rehbinder/Stöckli, Art. 335h N 7; Licci, S. 192; Vischer/Müller, § 24 N 64; Wildhaber, AJP 2015, S. 433.

1084 Brühwiler, Art. 335h N 4; anders BSK OR I-Portmann/Rudolph, Art. 335h N 15, wonach ein Sozialplan zwar den Fortbestand des Betriebes nicht gefährden darf, die finanzielle Leistungskraft sich aber am gesamten wirtschaftlichen Potential des Arbeitgebers zu orientieren habe. M.E. überzeugt dies nicht; soweit auf den Fortbestand des Betriebes abgestellt wird, dürfen auch nur die wirtschaftlichen Verhältnisse des Betriebes massgebend sein.

1085 So aber Schwaab, ARV, S. 284 und 290 f.; ebenfalls ablehnend Brühwiler, Art. 335h N 4; BSK OR I-Portmann/Rudolph, Art. 335h N 15; Müller, ARV 2014, S. 242. Im Übrigen ist jede Gesellschaft in einem Konzern als eigenes Rechtssubjekt mit eigenem Gesellschaftsinteresse zu behandeln; primär massgebend ist das eigene Interesse jeder Gesellschaft und nicht jenes des Konzerns bzw. einer Schwestergesellschaft (vgl. Druey/Druey Just/Glanzmann, § 11 N 128). Auch in Deutschland – wo im Übrigen relevanter Anknüpfungspunkt des Sozialplans nicht der Betrieb, sondern das Unternehmen ist (vgl. dazu Löwisch/Kaiser, § 111 N 1 ff.) – sind die wirtschaftlichen Verhältnisse des Konzerns unerheblich. Gemäss Bundesarbeitsgericht richtet sich die wirtschaftliche Vertretbarkeit im Sine von § 112 Abs. 5 Satz 1 BetrVG (vgl. dazu oben) grundsätzlich auch dann nach den wirtschaftlichen Verhältnissen des sozialplanpflichtigen Arbeitgebers, wenn das Unternehmen einem Konzern angehört. Weder der eindeutige Wortlaut von § 112 Abs. 5 Satz 1 und Satz 2 Nr. 3 BetrVG. noch die Gesetzesmaterialien weisen darauf hin, dass anstelle des Unternehmens auf die wirtschaftliche Lage des Konzerns abzustellen sei (BAG 22. 1. 2013, 1 ABR 85/11 mit Hinweis auf BAG 15. 03. 2011 – 1 ABR 97/09- Rn. 20, BAGE 137, 203).

wusst finanzielle Mittel in andere Betriebe bzw. Unternehmen abfliessen liess, um die Sozialplanpflicht zu umgehen bzw. diese zu schmälern.[1086]

Art. 335h Abs. 2 OR soll verhindern, dass Betriebe, die aus unternehmerischen Gründen eine Umstrukturierung beabsichtigen, nicht auf ihr Vorhaben verzichten müssen[1087] und weitere Arbeitsplätze im Betrieb gefährdet werden.[1088] Es geht somit nicht darum, dem Betrieb nur noch das zu belassen, dass er knapp weiterwirtschaften kann. Vielmehr soll er trotz bzw. auch mit Sozialplan längerfristig und im gewohnten Umfang am Markt teilnehmen können.[1089] Insofern sind zur Finanzierung des Sozialplans weder betriebsnotwendige Aktiven zu verkaufen noch rentable Geschäftsfelder aufzugeben oder auf erfolgsversprechende Innovationen zu verzichten.[1090]

1086 Brühwiler, Art. 335h N 4; vgl. auch Schwaab, ARV, S. 284; Wyler/Heinzer, S. 562.

1087 Botschaft Sanierungsrecht, 6498. Sozialpläne dürfen also nicht derart «überladen» sein, dass potentielle Investoren für eine Betriebssanierung wegen der finanziellen Belastung abgeschreckt werden (so bereits vor Einführung der Sozialplanpflicht Müller, AJP 2009, S. 947).

1088 Botschaft Sanierungsrecht, 6499. Schon Müller, AJP 2009, S. 947, wies vor Einführung der Sozialplanpflicht daraufhin, dass die hohe finanzielle Verpflichtung eines Sozialplans keine verbleibenden Arbeitsplätze gefährden und aus der geplanten Teilentlassung keine Totalentlassung resultieren dürfe.

1089 Vgl. Müller, ARV 2014, S. 241; a.M. Schwaab, ARV, S. 283, wonach eine Gefährdung des Fortbestands des Betriebes (der französische Gesetzestext spricht von «mettre en danger l'existence») erst dann vorliegt, wenn ein sehr hohes Risiko für einen Konkurs des Betriebes besteht. Dies ist m.E. ebenso abzulehnen wie der Vorschlag (Schwaab, ARV, S. 291) sich für die Bestimmung der Kosten des Sozialplans an den vorsorgerechtlichen Regeln einer Teilliquidation zu orientieren (ebenfalls ablehnend Blesi/Pietruszak, S. 51). Im Übrigen regelt das Gesetz den Fall, in welchem der Arbeitgeber insolvent ist, separat mit Art. 335k OR (dazu oben § 6/IV/5).

1090 BSK OR I-Portmann/Rudolph, Art. 335h N 14; Botschaft Sanierungsrecht, 6498. vgl. auch Müller, ARV 2014, S. 241. Durch diese Begrenzung erübrigt sich eine Ausnahme vom Geltungsbereich der Sozialplanpflicht für erst kürzlich gegründete Betriebe (Botschaft Sanierungsrecht, 6499). In Deutschland sind für neu gegründete Unternehmen während der ersten 4 Jahre nach der Gründung Sozialpläne gemäss § 112 Abs. 4 und 5 BetrVG nicht erzwingbar (vgl. § 112a Abs. 2 S 1 BetrVG). Ebenso ist ein neu gegründetes Unternehmen, das einen mehr als 4 Jahre alten Betrieb übernimmt und dort eine Betriebsänderung durchführt, von der Pflicht ausgeschlossen (BAG DB 1989, 2335). Allerdings entfällt die Pflicht nicht, über geplante Betriebsänderungen mit dem Betriebsrat zu beraten und über einen Sozialplan zumindest zu verhandeln (Löwisch/Kaiser, § 112a N 7). Damit soll insbesondere die Neugründung von Unternehmen angeregt und der Tatsache Rechnung getragen werden, dass neu gegründete

Art. 335h Abs. 2 OR legt bloss eine Obergrenze fest; die Arbeitnehmerseite hat nicht bis zu deren Ausreizung Anspruch auf übermässige Sozialplanleistungen.[1091] Letztere haben einzig die Funktion eines «Schadensausgleichs» und nur im Ausnahmefall jene einer «Daseinsvorsorge».[1092] Der Zweck eines Sozialplans besteht darin, die durch die Entlassung bedingten Nachteile abfedern; übermässige und langfristige Entschädigungen sind nicht Zweck eines Sozialplanes.[1093]

Der Sozialplan muss der finanziellen Realität des Arbeitgebers Rechnung tragen und angemessen sein.[1094] Je nach Liquiditätslage fallen die Sozialplanleistungen daher höher oder tiefer aus.[1095] Der Arbeitgeber hat seine finanzielle Situation of-

---

Unternehmen anfangs keine Risikovorsorge durch Bildung auflösbarer Rücklagen betreiben können (s. Hess, Kap. 29 N 208).

1091 Vgl. auch Müller, ARV 2014, S. 241.

1092 Inhaltlich ähnlich begrenzt wird der Sozialplan in Deutschland. Nach § 112 Abs. 5 S 1 BetrVG muss der Sozialplan für das Unternehmen «wirtschaftlich vertretbar» sein. Als äusserste Schranke für die finanzielle Belastung des Unternehmens hält § 112 Abs. 5 Nr. 3 BetrVG fest (sog. «Ermessensleitlinie» [Hess, Kap. 29 N 195]), «dass der Fortbestand des Unternehmens oder die nach Durchführung der Betriebsänderung (z.B. die Einschränkung und Stilllegung des ganzen Betriebes oder von wesentlichen Teilen davon oder die Einführung grundlegend neuer Arbeitsmethoden und Fertigungsverfahren [vgl. § 111 Abs. 5 BetrVG]) verbleibenden Arbeitsplätze nicht gefährdet werden» dürfen. Bis dahin richtet sich die wirtschaftliche Vertretbarkeit hauptsächlich danach, inwiefern der Betrieb künftig im Wettbewerb bestehen, seine Verbindlichkeiten begleichen und seine Kreditwürdigkeit unter Berücksichtigung der geplanten Sozialplanleistungen erhalten kann. Zudem muss die Fortführung des Unternehmens für den Unternehmensträger weiterhin einigermassen rentabel sein (zum Ganzen Löwisch/Kaiser, § 112 N 50). Bei der Beurteilung, ob der Fortbestand des Unternehmens gefährdet ist, ist nach BAG das Verhältnis von den Aktiven und Passiven sowie die Liquiditätslage massgebend. Die Grenze der wirtschaftlichen Vertretbarkeit ist regelmässig dann überschritten, wenn «die Erfüllung der Sozialplanverbindlichkeiten zu einer Illiquidität, zur bilanziellen Überschuldung oder zu einer nicht mehr vertretbaren Schmälerung des Eigenkapitals» führt (BAG 15.03.2011 – 1 ABR 97/09 – Rn. 21, BAGE 137, 203; 6.05.2003 – 1 ABR 11/02- zu B II 2 e cc (3) und (4) der Gründe, BAGE 106, 95).

1093 Vgl. auch Müller, ARV 2014, S. 241.

1094 Müller, ARV 2014, S. 241.

1095 Dabei zu beachten sind im Übrigen auch die Sozialabgaben, welche auf Sozialplanleistungen zu entrichten sind. Diese können der Arbeitgeber und deren Liquiditätslage massgeblich belasten (Müller, ARV 2014, S. 241). Jedoch bestimmt Art. 8ter der Verordnung über die Alters- und Hinterlassenenversicherung (AHVV), dass Abfindungen im Rahmen von Sozialplänen bis zur doppelten Höhe der maximalen jährlichen AHV-Rente von der AHV-Pflicht ausgenommen sind. Für eine Einzelperson beträgt die

fen- und darzulegen, inwiefern durch Sozialplanleistungen der Betriebsfortbestand und weitere Arbeitsplätze gefährdet wären.[1096] Massgebender Zeitpunkt für die Beurteilung der finanziellen Tragfähigkeit des Sozialplans muss m.E. – wie in Deutschland[1097] – die finanzielle Lage im Zeitpunkt der Aufstellung des Sozialplans sein und nicht jene, in welcher die Sozialplanpflicht ausgelöst wird. Zwischen diesen beiden Zeitpunkten verstreicht meist viel Zeit, besonders wenn ein Schiedsgericht angerufen werden muss. Es wäre wenig zielführend, auf die finanzielle Situation des Betriebes vor Aufstellung des Sozialplans abzustellen und so allenfalls Leistungen vorzusehen, die im aktuellen Zeitpunkt finanziell nicht mehr tragbar sind. Selbstverständlich zu beachten sind die Mittel, die der Arbeitgeber bewusst im Hinblick auf seine Sozialplanpflicht abfliessen liess. Die Arbeitnehmer können davon insofern profitieren, als sich mit zunehmendem Zeitablauf die Chance erhöht, dass die erfolgten Entlassungen und die in diesem Zusammenhang durchgeführten Sanierungsmassnahmen Wirkung zeitigen und sich so die Bemessungsgrundlage für die Sozialplanleistungen erhöht.

Soweit der Betrieb geschlossen werden soll, bewirkt Art. 335h Abs. 2 OR m.E. nicht, dass die Sozialplanpflicht automatisch entfällt. Die Bestimmung bezweckt einzig, dass ein Betrieb nicht wegen eines Sozialplans geschlossen werden muss, statuiert aber keinen Ausnahmetatbestand für den Fall, bei welchem der Betrieb infolge eines unternehmerischen Entscheides bzw. aus anderen Gründen geschlossen wird.[1098] Selbstverständlich fallen diesfalls die Sozialplanleistungen eher gering aus.

Aus Verhältnismässigkeits- und Praktikabilitätsüberlegungen bewusst verzichtet hat der Gesetzgeber, Unternehmen zur Bereithaltung eines finanziellen Substrats für die Finanzierung eines Sozialplanes (z.B. durch Bildung von finanziellen Reserven, Versicherung, Errichtung eines Fonds etc.) zu verpflichten.[1099] Dieser Ent-

---

Maximalrente CHF 2 350.00 pro Monat bzw. CHF 28 200.00 pro Jahr (Stand 01.01.2016), womit auf Sozialplanleistungen bis zum Betrag von CHF 56 400.00 keine AHV-Pflicht besteht.

1096 Brühwiler, Art. 335h N 4; BSK OR I-Portmann/Rudolph, Art. 335h N 16; Schwaab, ARV, S. 284; Wyler/Heinzer, S. 562. Da Sozialpläne nicht nur aus finanziellen Leistungen bestehen, schliessen geringe finanzielle Ressourcen einen Sozialplan indes nicht gänzlich aus.

1097 Vgl. Löwisch/Kaiser, § 112 N 54.

1098 Vgl. auch Schwaab, licenciement, S. 125; für Deutschland s. Löwisch/Kaiser, § 112 N 51.

1099 Botschaft Sanierungsrecht, 6498 f.

scheid zugunsten der unternehmerischen Freiheit und gegen einen Eingriff in die finanzielle Planung des Unternehmens birgt aus Arbeitnehmersicht selbstverständlich die Gefahr, dass der Betrieb im konkreten Fall nicht oder nur in ungenügendem Masse über die notwendigen Mittel für die Sozialplanleistungen verfügt.

b) Gleichbehandlungsgebot

Klar sei und daher gemäss Botschaft nicht ausdrücklich im Gesetz erwähnt, dass der Sozialplan nicht nach unzulässigen Kriterien differenzieren darf (Diskriminierungsverbot).[1100] Eine Differenzierung ist aber nicht kategorisch ausgeschlossen.[1101] Unter Vorbehalt unzulässiger Diskriminierung besteht im Rahmen eines Sozialplanes keine Pflicht zur inhaltlichen Gleichbehandlung aller Arbeitnehmer.[1102] So können z.B. diejenigen Arbeitnehmern, die eine andere zumutbare Arbeitsstelle[1103] im Betrieb oder Konzern abgelehnt haben,[1104] keinen oder nur einen reduzierten Anspruch auf Sozialplanleistungen haben.[1105] Voraussetzung solcher Einschluss- und Ausschlusskriterien ist, dass die Kriterien erkennbar und nicht willkürlich sind.[1106]

Inwiefern Arbeitnehmer, die in einem früheren Zeitpunkt einen Sozialplan zu schlechteren Konditionen vereinbart haben, Anspruch auf Leistungen aus einem neueren und grosszügigeren Sozialplan haben, hängt davon ab, ob im konkreten Einzelfall ein sachliches Unterscheidungsmerkmal für beide Sozialpläne vorliegt.[1107] Im umgekehrten Fall, bei dem die früheren Sozialplanleistungen gross-

---

1100 Botschaft Sanierungsrecht, 6498; eingehend dazu Müller, ARV 2014, S. 240.

1101 Vgl. Wildhaber, AJP 2015, S. 429.

1102 Vgl. Wyler/Heinzer, S. 558.

1103 Die Zumutbarkeit einer Arbeitsstelle beurteilt sich primär nach dem Sozialplan selbst, hilfsweise nach Art. 16 AVIG und nach Treu und Glauben (Wildhaber, Umstrukturierungen, S. 357).

1104 Der Sozialplan kann z.B. vorsehen, dass jenen Arbeitnehmern keine Sozialplanleistungen ausgerichtet werden, die den Übergang ihres Arbeitsverhältnisses im Rahmen eines Betriebsübergangs nach Art. 333 Abs. 2 OR ungerechtfertigterweise ablehnen (Wildhaber, Umstrukturierungen, S. 357).

1105 Botschaft Sanierungsrecht, 6498. Für weitere zulässige Differenzierungen vgl. Gerhard Picot/Elmar Schnitker, Arbeitsrecht bei Unternehmenskauf und Umstrukturierung, München 2001, S. 224 ff.; vgl. auch BGE 130 V 18, E. 5.4.

1106 Wildhaber, Umstrukturierungen, S. 356 m.w. H; dazu auch Licci, N 263.

1107 Wildhaber, AJP 2015, S. 430 mit Hinweis auf GSGer, JAR 2008, S. 349, 353; vgl. auch ZivGer BS, BJM 1998 271, S. 196, wonach ein Arbeitnehmer der zu einem frühe-

zügiger als die aktuell Vereinbarten ausfielen, ist primär auf die Gültigkeitsdauer des Sozialplans abzustellen.[1108] Der Arbeitgeber sollte daher Sozialpläne zeitlich und sachlich begrenzen.[1109]

Verletzt eine Bestimmung im Sozialplan das Gleichbehandlungsgebot, führt dies zur Nichtigkeit der unzulässigen Differenzierung.[1110] Die Arbeitnehmer, denen eine Sozialplanleistung unzulässig verwehrt wurde, haben Anspruch auf deren Ausrichtung.[1111] Eine genaue Überprüfung der zulässigen Unterscheidungskriterien ist für den Arbeitgeber daher zentral; ansonsten besteht die Gefahr, plötzlich mit mehr anspruchsberechtigten Arbeitnehmern konfrontiert zu sein.

4. Verlust des Sozialplanschutzes

Das Gesetz schweigt sich darüber aus, in welchen Fällen die Arbeitnehmer ihren Anspruch auf Sozialplanleistungen verlieren. Vor dem Hintergrund, dass Art. 335h Abs. 1 OR jene Arbeitnehmer schützen will, die unverschuldet ihre Stelle verlieren bzw. die Sozialplanflicht nur im Rahmen von Arbeitgeberkündigungen, die in keinem Zusammenhang mit der Person des Arbeitnehmers stehen, sind wohl jene Arbeitnehmer nicht anspruchsberechtigt, die selbst kündigen,[1112] eine zumutbare Arbeitsstelle beim Arbeitgeber oder einem Dritten ablehnen oder zu Recht fristlos entlassen werden.[1113] Es ist daher im Sozialplan explizit zu regeln, in welchen Fällen der Anspruch auf Sozialplanleistungen entfällt.

---

ren Zeitpunkt, allerdings aus denselben strukturellen Gründen gekündigt worden ist, ungleich behandelt wird, wenn er nicht von einem später erstellten Sozialplan erfasst wird.

1108 Wildhaber, AJP 2015, S. 430.

1109 Vgl. dazu auch ZivGer BS, BJM 1998 271, S. 195.

1110 Wildhaber, AJP 2015, S. 430.

1111 Wildhaber, AJP 2015, S. 430.

1112 Vgl. bspw. Schiedsspruch der CRCT, der Arbeitnehmer, die freiwillig gekündigt haben, explizit vom Anwendungsbereich ausnimmt (ArbR 2016, S. 117, E. 2.4.3.3). Vorbehalten bleibt der Fall, in welchem der Arbeitgeber die Kündigung des Arbeitnehmers erzwungen hat oder wenn der Arbeitnehmer das Arbeitsverhältnis aus einem vom Arbeitgeber zu verantwortenden Anlass kündigt (analog zum Wegfall des Konkurrenzverbotes nach Art. 340c Abs. 2 OR; Müller, ARV 2014, S. 248).

1113 Müller, ARV 2014, S. 247; Schwaab, ARV, S. 283.

VI. Ausarbeitung des Sozialplanes

1. Verhandlungspflicht

Der Arbeitgeber hat bei Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen mit der Arbeitnehmerschaft Verhandlungen aufzunehmen mit dem Ziel, einen Sozialplan aufzustellen (Art. 335i Abs. 1 OR). Sozialplanverhandlungen dürfen somit nicht zum Vornherein abgelehnt werden.[1114] Zusätzliche Bedeutung erhält die Verhandlungspflicht dadurch, als bei Nichteinigung der Parteien ein Schiedsgericht bestellt werden muss.[1115] Insofern besteht nicht nur eine Verhandlungs-, sondern auch eine *Abschlusspflicht.*[1116] Die Verhandlungen sind ernsthaft nach Treu und Glauben zu führen. Auf Arbeitnehmerseite dürfen keine nach den konkreten Umständen überrissenen Forderungen gestellt, auf Arbeitgeberseite keine übertrieben ablehnende Haltung eingenommen werden.[1117] Eine gesetzliche Bestimmung, welche dem Arbeitgeber explizit eine Informations- und Auskunftspflicht auferlegt, fehlt zwar, jedoch ist eine solche für die Durchführung sinnvoller Verhandlungen notwendig. Den Arbeitgeber trifft daher analog zur Massenentlassung eine entsprechende Auskunftspflicht.[1118]

Im Unterschied zur Massenentlassung (vgl. Art. 336 Abs. 2 lit. c OR) hat der Gesetzgeber beim Sozialplan für die Verletzung der Verhandlungspflicht – vorbehal-

---

[1114] Brühwiler, Art. 335i N 1. Die Frage, ob die Arbeitnehmer eine Verhandlungspflicht haben, ist insofern rein theoretischer Natur und kann damit offengelassen werden, als diese ohnehin ein gewichtiges Interesse am Abschluss eines Sozialplans haben und damit in der Regel stets an Verhandlungen interessiert sind (BSK OR I-Portmann/Rudolph, Art. 335i N 1).

[1115] Vischer, Sozialplanflicht, S. 127; zum Schiedsgericht unten § 6/VII.

[1116] Blesi/Pietruszak, S. 52; Geiser, ZBJV, S. 829; vgl. auch Botschaft Sanierungsrecht, 6499.

[1117] Brühwiler, Art. 335i N 1 (analog der Verhandlungspflicht bei GAV, vgl. dazu Brühwiler Jürg, Gesamtarbeitsvertrag im öffentlichen Dienst. Gedanken zum Verhandlungs- und Betriebsanspruch der Personalverbände, in: ARV 2001, S. 175 ff.); Schwaab, ARV, S. 286 f.

[1118] Der Arbeitgeber hat rechtzeitig alle zweckdienlichen Informationen insbesondere über die wirtschaftliche Situation des Unternehmens und die für einen Sozialplan vorhandenen finanziellen Ressourcen zu liefern (Brühwiler, Art. 335i N 1; vgl. auch Schwaab, ARV, S. 286). Im Übrigen kommen dort, wo die Arbeitnehmer(-vertretung) Verhandlungspartner sind und gleichzeitig eine Massenentlassung vorliegt, diese ohnehin zu allen zweckdienlichen Informationen (dazu oben § 5/II/2).

ten der Anrufung des Schiedsgerichts – keine besonderen Sanktionen erlassen.[1119] Durchsetzbar wäre der Verhandlungsanspruch jedoch mittels Erfüllungsklage. Der Arbeitgeber könnte vom Gericht unter Androhung einer Ungehorsamsstrafe nach Art. 292 StGB zur Erfüllung der gesetzlichen Verhandlungspflicht verpflichtet werden.[1120] Meist wird die Arbeitnehmerseite im Falle einer Nichtaufnahme der Verhandlungen zum Schiedsgericht schreiten.[1121] Anders als bei der Verletzung der Informations- und Konsultationspflichten bei der Massenentlassung[1122] bewirkt die Verletzung der Verhandlungspflichten nach Art. 335i Abs. 1 OR durch den Arbeitgeber auch nicht die Missbräuchlichkeit der ausgesprochenen Kündigungen.[1123] Dazu fehlt es an einer gesetzlichen Grundlage. Ferner würden Sanierungsbemühungen auf nicht absehbare Zeit verzögert werden; mit jedem Monat, in denen der Arbeitgeber die Kündigungen wegen den laufenden Sozialplanverhandlungen hinauszögern müsste, fielen weitere Lohnkosten an. Die mit der Revision des Sanierungsrechts beabsichtigen Sanierungserleichterungen für Unternehmen könnten so nicht verwirklicht werden.[1124]

Von der Verhandlungspflicht darf nicht zuungunsten des Arbeitnehmers abgewichen werden (vgl. Art. 362 OR). Der Arbeitgeber kann sich auch freiwillig der Sozialplanpflicht unterwerfen unabhängig davon, ob die gesetzlichen Quoren erfüllt sind. Dies entspricht der bisherigen Rechtslage, freiwillig Sozialpläne abzuschliessen.[1125]

1119 Zur Verletzung der Verfahrensvorschriften bei Massenentlassungen oben § 5/II/2/c.

1120 Brühwiler, Art. 335j N 1; BSK OR I-Portmann/Rudolph, Art. 335i N 2. Nach BSK OR I-Portmann/Rudolph, Art. 335i N 2, sind auch Schadensersatzansprüche denkbar, wenn der säumige Arbeitgeber bspw. später konkursit wird und bei rechtzeitigem Erlass noch Mittel für einen Sozialplan vorhanden gewesen wären.

1121 BSK OR I-Portmann/Rudolph, Art. 335i N 2.

1122 Dazu oben § 5/II/2/c.

1123 Brühwiler, Art. 335j N 1; Blesi/Pietruszak, S. 54; BSK OR I-Portmann/Rudolph, Art. 335i N 2; Fuld/Depierre, N 5; Glanzmann, Sanierungsrecht, S. 237; a.M. Schwaab, ARV, S. 288; Wyler/Heinzer, S. 560.

1124 Glanzmann, Sanierungsrecht, S. 237.

1125 BK OR-Rehbinder/Stöckli, Art. 335i N 8.

2. Verhandlungspartner

a) Gesetzliche Kaskade

Arbeitgeberseitig muss der *formelle Arbeitgeber* den Sozialplan aushandeln.[1126] Für die Verhandlungspartner auf Arbeitnehmerseite besteht eine *verbindliche Kaskade* (Art. 335i Abs. 3 OR).[1127] Der Arbeitgeber hat den Sozialplan zwingend in folgender Reihenfolge zu verhandeln:

– *Mit der am GAV beteiligten Arbeitnehmerverbände (Gewerkschaften), wenn er Partei dieses GAV ist (lit.a).* Parteistellung hat der Arbeitgeber nur beim Firmenvertrag (Art. 356 Abs. 1 OR), nicht aber wenn er Mitglied eines vertragsschliessenden Arbeitgeberverbandes ist oder sich dem GAV formell nach Art. 356b OR angeschlossen hat.[1128] Dort kann die Gewerkschaft keinen Sozialplan mit dem Arbeitgeber aushandeln.[1129] Sind mehrere Arbeitnehmerorganisationen am GAV beteiligt, hat der Arbeitgeber mit allen zu verhandeln.[1130] Dies erfordert eine gewisse Koordination der Verhandlungen.[1131] Offen ist, wie die vom Stellenbau betroffenen Arbeitnehmer in die Verhandlungen einbezogen werden, die nicht Mitglied einer dieser Gewerkschaften sind. Soweit sie sich dem GAV angeschlossen haben, lässt sich deren Vertretung durch die Gewerkschaft rechtfertigen.[1132] Unterstehen einzelne Arbeitnehmer indes dem

---

1126 Geiser, ZBJV, S. 821 mit dem Hinweis, dass bei Konzernstrukturen die Verhandlungen an eine andere Konzerngesellschaft delegiert werden könne, sofern dadurch die Pflichterfüllung nicht gefährdet werde (weil die beauftragte Gesellschaft bspw. gar keine Entscheidungsbefugnis hat). Möglich sei ferner, dass der Sozialplan von *einem Arbeitgeberverband als Partei* abgeschlossen werde. Liege bereits ein für den Fall hinreichend konkreter und verbindlicher Sozialplan vor i.S.v. Art. 335h Abs. 1 OR (zu vorsorglichen Sozialplänen unten § 6/VIII), hätten die Arbeitnehmer grundsätzlich keinen Anspruch auf neue Verhandlungen mit dem Arbeitgeber.

1127 Botschaft Sanierungsrecht, 6499; Brühwiler, Art. 335i N 3; Geiser, ZBJV, S. 822; Wyler/Heinzer, S. 560; a.M. wohl Stöckli, ArbR 2010, S. 101, der aus dem Wortlaut der Bestimmung («oder») ableitet, dass der Arbeitgeber beim Bestehen eines Firmen-GAV die Wahl zwischen Arbeitnehmerverbänden und innerbetrieblicher Arbeitnehmervertretung hat. In Deutschland wird der Sozialplan zwischen dem Arbeitgeber und dem Betriebsrat verhandelt (§ 112 BetrVG).

1128 BK OR-Rehbinder/Stöckli, Art. 335i N 6; Brühwiler, Art. 335i N 3; Geiser, ZBJV, S. 822; Wildhaber, AJP 2015, S. 434; Wyler/Heinzer, S. 561.

1129 Geiser, ZBJV, S. 822; vgl. BSK OR I-Portmann/Rudolph, Art. 335i N 6.

1130 Geiser, ZBJV, S. 822; vgl. auch Wyler/Heinzer, S. 560 f.

1131 Müller, ARV 2014, S. 238.

1132 Geiser, ZBJV, S. 823.

GAV mangels Zugehörigkeit oder wegen des persönlichen Anwendungsbereichs nicht, müsste strenggenommen zusätzlich die Arbeitnehmervertretung oder bei Fehlen einer solcher die Arbeitnehmer direkt in die Verhandlungen miteinbezogen werden.[1133] Dies würde die Verhandlungen aber erheblich verkomplizieren, weshalb wohl an der gesetzlichen Regelung und am «Verhandlungsmonopol» der als Partei beteiligten Gewerkschaften festzuhalten ist.[1134]

– *Mit der Arbeitnehmervertretung (lit. b)* i.S. nach Art. 5 ff. MitwG.[1135] Eine solche (oder auch mehrere, Art. 3 MitwG) kann auch erst und nur mit Blick auf einen Stellenabbau bzw. den damit einhergehenden Sozialplanverhandlungen gewählt werden.[1136] Gibt es mehrere Arbeitnehmervertretungen ist mit jenen Vertretungen zu verhandeln, die vom Personalabbau betroffen sind.[1137]

– *Direkt mit den Arbeitnehmern, wenn es keine Arbeitnehmervertretung gibt (lit. c).* Dies umfasst einzig einen Anspruch auf kollektive, nicht aber individuelle Sozialplanverhandlungen.[1138] Der Arbeitgeber hat indes sicherzustellen, dass sich alle Arbeitnehmer in geeigneter Weise an den Verhandlungen beteiligen bzw. Stellung beziehen können. Neben den von der Entlassungswelle betroffenen Arbeitnehmern sind auch alle übrigen Arbeitnehmer in die Verhandlungen über den Sozialplan miteinzuziehen,[1139] die von Sozialplanmassnahmen betroffen sein können.[1140] Meist ist eine Betriebsversammlung notwendig.[1141] Da die direkte Aushandlung eines Sozialplan zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber schwierig sein kann, ist die Bestellung einer Arbeitnehmervertretung

---

1133 Geiser, ZBJV, S. 823.

1134 Geiser, ZBJV, S. 823. Soweit allerdings die beabsichtigen Massnahmen des Sozialplans auch jene Arbeitnehmer betreffen, die nicht von den Kündigungen betroffen sind, sollte ohnehin sämtliche Arbeitnehmer in irgendeiner Weise in die Verhandlungen einbezogen werden (Geiser, ZBJV, S. 823 mit Hinweis auf Botschaft Sanierungsrecht, 6500).

1135 Geiser, ZBJV, S. 823; Stöckli, ArbR 2010, S. 101.

1136 Geiser, ZBJV, S. 823.

1137 Geiser, ZBJV, S. 823.

1138 Geiser, ZBJV, S. 824; Müller, ARV 2014, S. 238.

1139 Botschaft Sanierungsrecht, 6500; Brühwiler, Art. 335i N 3; BSK OR I-Portmann/Rudolph, Art. 335i N 7.

1140 Geiser, ZBJV, S. 824; vgl. auch Botschaft Sanierungsrecht, 6500.

1141 Geiser, ZBJV, S. 824.

meist sinnvoll.[1142] Auch möglich ist, dass einige Arbeitnehmer damit beauftragt werden, die anderen in den Verhandlungen zu vertreten.[1143]

Zu beachten ist, dass sich die Parteien *auf einen Sozialplan* einigen müssen; der Arbeitgeber darf mit dem/den jeweiligen Verhandlungspartner(n) nicht verschiedene Sozialpläne abschliessen.[1144]

b) Delegation des Verhandlungsmandats

Gemäss Botschaft können die Verhandlungen in den letzten beiden Fällen von der Belegschaft an eine oder mehrere Gewerkschaften delegiert werden.[1145] Die Genehmigung des Verhandlungsresultats kann dabei auch den Arbeitnehmervertreter bzw. den Arbeitnehmern vorbehalten werden.[1146] Empfehlenswert ist eine Delegation dort, wo die Arbeitnehmer bzw. ihre Vertreter nicht über das Wissen und die Erfahrung verfügen, um mit dem Arbeitgeber auf gleicher Augenhöhe zu verhandeln.[1147] Voraussetzung für eine zulässige Delegation ist die Zustimmung der Mehrheit der Arbeitnehmer.[1148] Der Arbeitgeber kann jedoch auf seinen gesetzlichen Verhandlungspartner (vgl. Art. 335i Abs. 3 OR) beharren und die Verhandlungen mit einem Delegierten ablehnen.[1149]

Gemäss Geiser muss auch – entweder aufgrund einer GAV-Delegationsnorm oder einer Einzelfallermächtigung – die Delegation der Verhandlungspflicht der Gewerkschaft(en) auf die Ebene der Arbeitnehmervertretung möglich sein.[1150] Dies sei gerade in einem Konzern von Interesse, wenn die Arbeitnehmervertretung in

---

1142 Fischer/Trost, N 16; Müller, ARV 2014, S. 238. Die Bestellung einer ad hoc Arbeitnehmervertretung kann jedoch mehrere Wochen dauern (Wildhaber, AJP 2015, S. 434).

1143 Wildhaber, AJP 2015, S. 434 (Art «Sprechersystem»).

1144 Vgl. Müller, ARV 2014, S. 238.

1145 Botschaft Sanierungsrecht, 6499.

1146 Botschaft Sanierungsrecht, 6499 f.; vgl. auch Geiser, ZBJV, S. 824.

1147 BSK OR I-Portmann/Rudolph, Art. 335i N 8. Dieser Problematik wird jedoch insofern entgegengewirkt, indem die Arbeitnehmer Sachverständige beiziehen dürfen, vgl. unten.

1148 Geiser, ZBJV, S. 824; a.M. Müller, ARV 2014, S. 237 (Zustimmung sämtlicher Arbeitnehmer).

1149 BSK OR I-Portmann/Rudolph, Art. 335i N 8; gl.M. Licci, N 240. Hier steht es der Arbeitnehmervertretung bzw. Arbeitnehmern indes zumindest weiterhin offen, Gewerkschaftsfunktionäre als Sachverständige beizuziehen (dazu sogleich).

1150 Geiser, ZBJV, S. 822.

der vom Stellenabbau betroffene Tochtergesellschaft näher an der Sache ist, als die am GAV beteiligte Gewerkschaft. Auch erscheint es mir dort sinnvoll, wo gleichzeitig eine Massenentlassung besteht und ein Konsultationsverfahren mit der Arbeitnehmervertretung durchzuführen ist. Diesfalls ist der Arbeitgeber nicht mit unterschiedlichen Ansprechpartnern konfrontiert und die beiden Verfahren können noch effizienter miteinander koordiniert werden. Wohl kann aber auch hier der Arbeitgeber auf seinen gesetzlichen Vertragspartner beharren und eine Delegation ablehnen.[1151]

c) Beizug von Sachverständigen

Die Arbeitnehmerverbände, die Arbeitnehmervertretung oder die Arbeitnehmer können zu den Verhandlungen Sachverständige (z.B. Anwälte, Wirtschaftsexperten, fachkundige Gewerkschaftsfunktionäre) heranziehen (Art. 335i Abs. 4 OR).[1152] Diese dürfen zwar bei den Verhandlungen anwesend sein,[1153] sind aber keine Verhandlungspartei. Sie können die Verhandlungen nicht im eigenen Namen führen, sondern sollen einzig unterstützend tätig sein.[1154] Aus Gründen der Waffengleichheit muss dieses Recht auch dem Arbeitgeber zustehen, obschon dies weder dem Gesetz noch der Botschaft zu entnehmen ist.[1155]

Art. 335i Abs. 4 OR verpflichtet die Sachverständigen ausdrücklich zur Verschwiegenheit gegenüber betriebsfremden Personen (vgl. auch Art. 14 Abs. 1 i.V.m. Art. 14 Abs. 3 MitwG). Mit der gesetzlichen Schweigepflicht dieser Experten soll das Geheimhaltungsinteresse des Arbeitgebers geschützt werden.[1156] Damit wird m.E. jedoch nicht das Recht des Arbeitgebers beseitigt, von den Mitgliedern der Arbeitnehmervertretung in berechtigten Fällen absolute Geheimhaltung zu fordern

---

1151 Vgl. oben.

1152 Brühwiler, Art. 335i N 4; vgl. auch Wyler/Heinzer, S. 561 f. Dies entspricht auch Art. 2 Abs. 2 der EG-Richtlinie Nr. 92/56.

1153 Geiser, ZBJV, S. 824.

1154 Müller, ARV 2014, S. 239.

1155 BSK OR I-Portmann/Rudolph, Art. 335i N 10; Müller, ARV 2014, 239; s.a. Wyler/Heinzer, S. 561 f. Beim Erlass von Art. 335i Abs. 4 OR ging es dem Gesetzgeber primär darum, die Modalitäten der Geheimhaltungspflichten seitens der Arbeitnehmerschaft während der Verhandlungen zu regeln (BSK OR I-Portmann/Rudolph, Art. 335i N 10; vgl. dazu sogleich).

1156 BK OR-Rehbinder/Stöckli, Art. 335i N 6.

(vgl. Art. 14 Abs. 2 MitwG).[1157] Die Bestimmung gibt einzig die nach Art. 14 Abs. 1 und 3 MitwG bereits bestehende Rechtslage wider.[1158] Allerdings kann sich der Arbeitgeber ohnehin nur in Ausnahmefällen auf Art. 14 Abs. 2 MitwG berufen.[1159]

Offen lässt der Gesetzgeber, wer die Kosten, die im Zusammenhang mit dem Beizug von Sachverständigen entstehen, trägt. Für die Auferlegung dieser Kosten an den Arbeitgeber fehlt es m.E. an einer klaren gesetzlichen Grundlage. Eine solche Pflicht kann weder aus der Fürsorgepflicht nach Art. 328 OR noch der Unterstützungspflicht nach Art. 11 Abs. 2 MitwG abgeleitet werden.[1160] Die Parteien haben m.E. die entsprechenden Kosten selbst zu tragen.[1161]

3. Verhandlungsablauf

Der Arbeitgeber hat nicht darauf zu warten, bis die Arbeitnehmerseite bzw. die entsprechende Verhandlungspartei tätig wird. Vielmehr trifft *ihn* die Pflicht, einen Sozialplan aufzustellen (vgl. Art. 335i Abs. 1 OR), zu dessen Zweck *er* mit einer gesetzlich vorgeschriebenen Partei die Verhandlungen aufzunehmen hat.[1162] Mangels näherer Angaben zum Ablauf der Verhandlungen im Gesetz wie auch in den Materialien ist das konkrete Vorgehen allerdings weitgehend den Verhandlungspartnern überlassen.[1163] Auch gibt es weder eine gesetzliche Frist innert der die Verhandlungen aufgenommen noch bis wann ein Sozialplan ausgearbeitet werden muss. Den

---

1157 Gl.M. Brühwiler, Art. 335i N 4; a.M. Botschaft Sanierungsrecht, 6500; Schwaab, ARV, S. 287; offengelassen BSK OR I-Portmann/Rudolph, Art. 335i N 11.

1158 Art. 335i Abs. 4 OR kommt insofern eine eigene Bedeutung zu, als den Arbeitnehmern nicht verweigert werden kann, dass ihre beigezogenen Sachverständigen auch bei den Verhandlungen direkt anwesend sein können (Geiser, ZBJV, S. 824).

1159 Brühwiler, Art. 335i N 4; BSK OR I-Portmann/Rudolph, Art. 335i N 11. Zu Art. 14 Abs. 2 MitwG auch oben § 5/II/2/a/ee.

1160 BSK OR I-Portmann/Rudolph, Art. 335i N 10; Brühwiler, Art. 335i N 4; a.M. (Kostentragung durch Arbeitgeber) Troillet, S. 330 (gestützt auf Art. 11 Abs. 2 MitwG); Vischer/Müller, § 24 N 63 (Grundlage offengelassen).

1161 So auch Brühwiler, Art. 335i N 4; BSK OR I-Portmann/Rudolph, Art. 335i N 10; vgl. auch CRCT, ArbR 2016, S. 106, E. 2.1.3.8.

1162 So wohl auch BSK OR I-Portmann/Rudolph, Art. 335i N 1; dazu bereits oben § 6/VI/1.

1163 Blesi/Pietruszak, S. 51. Der Arbeitgeber kann bspw. in einem ersten Schritt, den Verhandlungspartnern – wie im Rahmen des Konsultationsverfahrens bei Massenentlassungen – eine Frist zur Stellungnahme bzw. Vorschlägen setzen und aufgrund de-

Bestimmungen über den Sozialplan ist bloss zu entnehmen, dass die Verhandlungen aufgenommen werden müssen, sobald die entsprechen Voraussetzungen erfüllt sind.[1164]

4. Zustimmungserfordernis

Das Gesetz äussert sich nicht zur Zustimmungserfordernis. Da es regelmässig nicht möglich sein wird, einen Sozialplan mit Zustimmung aller Verhandlungspartner abzuschliessen, muss wohl die Zustimmung der *Mehrheit der Arbeitnehmer* für das Zustandekommen eines Sozialplanes ausreichend sein.[1165] Sind mehrere Arbeitnehmerverbände Partei des GAV bestimmt sich deren Stimmrecht mit Blick auf die demokratische Legitimation des Sozialplans nach der Anzahl der Arbeitnehmer, die jeweils vertreten werden.[1166] Bei Abstimmungen der Arbeitnehmervertretungen wird das notwendige Quorum und die erforderliche Mehrheit meist im entsprechenden Reglement bestimmt. Fehlt eine Regelung, muss mindestens die Mehrheit der stimmenden Arbeitnehmervertreter dem vorgeschlagenen Sozialplan zustimmen.[1167] Sind die einzelnen Arbeitnehmer Verhandlungspartner, muss für das Zustandekommen des Sozialplan ebenfalls die Mehrheit der Arbeitnehmer ihre Zustimmung geben.[1168] Abstimmungsberechtigt sind nach vorliegender Ansicht sämtliche vom Sozialplan betroffenen Arbeitnehmer. Allerdings werden nur die zustimmenden Arbeitnehmer gebunden bzw. nur für diese wird der Sozialplan zum integrierenden Bestandteil des Arbeitsvertrages.[1169]

---

ren, einen Vorschlag für einen Sozialplan ausarbeiten, der dann Grundlage für weitere Verhandlungen bietet.

1164 Dazu oben § 6/IV.

1165 Müller, ARV 2014, S. 239.

1166 Müller, ARV 2014, S. 239.

1167 Müller, ARV 2014, S. 239.

1168 Müller, ARV 2014, S. 240 mit Verweis auf Art. 5 Abs. 2 MitwG, der ebenfalls auf die «Mehrheit der Stimmenden» abstellt.

1169 Dazu auch oben § 6/III. Da bloss ein kollektiver Anspruch auf Verhandlungen besteht, haben die nicht annehmenden Arbeitnehmer keinen Anspruch auf erneute Vertragsverhandlungen; sie können den Sozialplan aber auch nachträglich noch annehmen (Geiser, ZBJV 2017, S. 824).

VII. Scheitern der Verhandlungen: Schiedsgerichtsbarkeit

1. Allgemeines

Kommt zwischen den Parteien keine Einigung zustande, *muss* ein Schiedsgericht bestellt werden, welches autoritär und damit u.U. gegen den Willen einer Partei einen Sozialplan mit verbindlichem Schiedsspruch aufstellt (vgl. Art. 335j Abs. 2 OR).[1170]

Die Schiedsgerichtsbarkeit an sich ist eine von der Rechtsordnung anerkannte, verbindliche Form der Rechtsprechung und als private Gerichtsbarkeit Gegenstück zur staatlichen Gerichtsbarkeit.[1171] Ihre Zuständigkeit gründet auf einer Vereinbarung oder einer Klausel in einem (Haupt-) Vertrag der Parteien (sog. Schiedsvereinbarung oder Schiedsklausel).[1172] Dieses wesentliche Charakteristikum der Schiedsgerichtsbarkeit, das Schiedsgericht durch privatautonome Vereinbarung zu bestellen, untergräbt Art. 335j OR im Falle der Sozialplanpflicht.[1173] Der gesetzliche Zwang, bei Misslingen der Sozialplanverhandlungen ein Schiedsgericht zu bestellen, tritt anstelle der dafür ansonsten notwendigen Parteivereinbarung. Dies verwehrt den Parteien die Möglichkeit, den Erlass eines Sozialplanes vor einem or-

---

1170 BSK OR I-Portmann/Rudolph, Art. 335j N 1. In Deutschland kann bei Scheitern der Verhandlungen vorab eine Vermittlung ersucht werden (§ 112 Abs. 2 Satz 1 BetrVG). Alternativ können die Parteien auch direkt die Einigungsstelle anrufen, welche vorab versucht, eine Einigung zwischen den Parteien zu erzielen, wobei die Parteien zwingend Vorschläge unterbreiten müssen (§ 112 Abs. 3 Satz 1 BetrVG). Wird keine Einigung erzielt, entscheidet die Einigungsstelle verbindlich über die Aufstellung des Sozialplans (§ 112 Abs. 4 Satz 1 BetrVG).

1171 BSK ZPO-Girsberger et al., Vor Art. 353–399 N 9.

1172 BSK ZPO-Girsberger et al., Vor Art. 353–399 N 25. vgl. auch BGE 130 III 66, E. 3.1: «In Übereinstimmung mit dem überlieferten Begriff der privaten Schiedsgerichtsbarkeit ist darunter eine Übereinkunft zu verstehen, mit der sich zwei oder mehrere bestimmte oder bestimmbare Parteien einigen, eine oder mehrere, bestehende oder bestimmte künftige Streitigkeiten verbindlich und unter Ausschluss der ursprünglichen staatlichen Gerichtsbarkeit einem Schiedsgericht nach Massgabe einer unmittelbar oder mittelbar bestimmten rechtlichen Ordnung zu unterstellen».

1173 Vgl. auch BK OR-Rehbinder/Stöckli, Art. 335j N 8 («Das Verfahren geht hierdurch seines Wesenskerns verlustig»).

dentlichen Gericht einzuklagen.[1174] Die Lehre spricht daher zu Recht von einer sog. *Zwangsschiedsgerichtsbarkeit.*[1175]

Dieses mit Art. 335j OR neu geschaffene Instrumentarium des Konfliktlösung ist auf fundierte Kritik gestossen. Art. 335j OR weckt im Hinblick auf die bewährten Arbeitskampfmechanismen Bedenken und schränkt namentlich die verfassungsmässige Arbeitskampfgarantie (Art. 28 Abs. 3 BV) gesetzlich ein;[1176] ein Streik um bessere Sozialplanleistungen wird gemäss h.L. ausgeschlossen.[1177] Daneben zeichnet sich die gesetzliche Zwangsschiedsgerichtsbarkeit (dazu nachfolgend) durch zahlreiche gravierende Lücken und ungelöste Fragen aus,[1178] womit für die Parteien eine erhebliche Rechtsunsicherheit einhergeht.[1179]

Teilweise wird in der Literatur die Meinung vertreten, dass es sich bei der in Art. 335j OR statuierten Zwangsschiedsgerichtbarkeit um kein Schiedsgericht, sondern *ein vertragsschöpfendes Schiedsgutachtergremium* handle.[1180] Dies ist m.E.

1174 BK OR-Rehbinder/Stöckli, Art. 335j N 8.

1175 Vgl. BK OR-Rehbinder/Stöckli, Art. 335j N 8; BSK OR I-Portmann/Rudolph, Art. 335j N 1; Stöckli, ArbR 2010, S. 99 ff.

1176 Eingehend dazu BK OR-Rehbinder/Stöckli, Art. 335j N 5 ff.; Stöckli, ArbR 2010, S. 102 ff. Vgl. auch ZK-Schönenberger/Vischer, Art. 357a N 87, die bereits im Zusammenhang mit Regelungsstreitigkeiten von GAV festgehalten haben, dass ein verbindlicher Schiedsspruch nur möglich sei, wenn die Parteien übereingekommen sind, sich einem Schiedsspruch der Amtsstelle zu unterwerfen oder wenn sie diesem nachträglich zustimmen. Eine Zwangsschiedsgerichtsbarkeit verletzt die legitime Arbeitskampffreiheit.

1177 BSK OR I-Portmann/Rudolph, Art. 335j N 2; Vischer/Müller, § 24 N 70; Wyler/Heinzer, S. 563; a.M. Brühwiler, Art. 335j N 1, und Schwaab, ARV, S. 288 (Aufnahme von Sozialplanverhandlungen kann mit Streik erzwingen werden). Nach Geiser, ZBJV, S. 837 ist ein Streik möglich, wenn sich die Verhandlungen als unfruchtbar erweisen.

1178 Müller, ARV 2014, S. 243 spricht von einer «pathologischen Schiedsklausel».

1179 Bezeichnenderweise widmet die Botschaft Art. 335j OR lediglich eine halbe Seite (vgl. Botschaft Sanierungsrecht, 6500).

1180 So ZPO Komm. – Courvoisier/Wenger, Vorb. zu Art. 353 N 4c; gl.M. Blesi/Pietruszak, S. 52; Pietruszak, ArbR 2016, S. 96; Wenger/Aufrichtig, S. 719 ff. Bei einem Schiedsgutachten werden – im Unterschied zum Schiedsspruch, wo ein Rechtsanspruch insgesamt beurteilt wird – nur einzelne Elemente einer Rechtsbeziehung festgelegt (vgl. BSK ZPO-Dolge, Art. 189 N 1; s.a. BGer 4A_254/2011 und 4A_655/2014).

abzulehnen.[1181] Obschon in der Ausgestaltung des Schiedsverfahrens das wesentliche Element der Privatautonomie fehlt, spricht Art. 335j Abs. 2 OR jedoch ausdrücklich vom «Schiedsgericht» bzw. «verbindlichen Schiedsspruch» und die Botschaft erklärt die entsprechenden Art. 353 ff. ZPO für anwendbar. Ferner ist ein Schiedsgutachten im Unterschied zu einem Schiedsspruch (vgl. Art. 387 ZPO) nicht direkt vollstreckungsfähig, sondern muss zuerst mittels Gerichtsentscheid vollstreckbar erklärt werden. Das entspräche nicht dem Willen des Gesetzgebers. Die Sozialplanpflicht wurde bekanntermassen als Kompromisslösung zu Art. 333b OR eingeführt; als Ausgleich der im Zuge der Einführung von Art. 333b OR teilweisen Schwächung der Arbeitnehmerrechte sollte mit der Sozialplanpflicht ein Ausgleich zugunsten des Schutzes der Arbeitnehmer geschaffen werden.[1182] Dazu gehört, den Arbeitnehmern einen unmittelbaren Anspruch auf Leistungen des Sozialplans zu gewähren, ohne diesen zusätzlich einklagen zu müssen.

2. Keine Einigung der Parteien

Unklar ist, ab wann die Sozialplanverhandlungen als gescheitert gelten. Dies entscheidet im Einzelfall jede Partei selbst. Faktisch kann somit jede Partei jederzeit die Verhandlungen abbrechen und das Schiedsgericht anrufen bzw. eine Schiedsklage einreichen.[1183] Auch können die Parteien gemeinsam das Schiedsverfahren einleiten.[1184] Da die Aushandlung eines Sozialplans primär im Interesse der Arbeitnehmer liegt, wird dieser Schritt wohl aber meist arbeitnehmerseitig erfolgen.[1185] Dies etwa dann, wenn sich ein Arbeitgeber auf den Ausnahmetatbestand von Art. 335h Abs. 2 OR beruft oder die Verhandlungen ganz verweigert.[1186] Die Ar-

---

1181 Ebenfalls ausdrücklich ablehnend Licci, N 250. Die meisten Autoren äussern sich kaum dazu und gehen im Rahmen von Art. 335j OR ohne Weiteres von einem Schiedsgericht und damit der Anwendbarkeit von Art. 353 ff. ZPO aus. Auf die anwendbaren Verfahrensregeln bzw. die Ausgestaltung des Verfahrens hat diese Unterscheidung gemäss Blesi/Pietruszak, S. 729 ff., indes ohnehin weitgehend keinen Einfluss.

1182 Dazu oben § 6/I.

1183 BSK OR I-Portmann/Rudolph, Art. 335j N 3; gl.M. Widmer, N 44.

1184 Brühwiler, Art. 335j N 1.

1185 Anders indes beim Schiedsverfahren vor der CRCT des Kantons Genf, bei welchem der Arbeitgeber die Schiedsklage eingereicht hat (ArbR 2016, S. 103; Pietruszak, S. 89).

1186 BSK OR I-Portmann/Rudolph, Art. 335j N 3 (Die Bestellung eines Schiedsgerichts steht nur der verhandlungswilligen Partei zu); vgl. auch Schwaab, ARV,

beitnehmerseite wird immer dann das Schiedsgericht anrufen, wenn die Verhandlungen nicht die gewünschten Ergebnisse bringen. Den Arbeitnehmern wurde mit Art. 335j Abs. 1 OR damit gewissermassen ein Druckmittel in die Hand gegeben und der Arbeitgeber ist dort, wo er den arbeitnehmerseitigen Forderungen nicht nachkommt, mit der dauernden Drohung der Einleitung eines Schiedsverfahrens mit ungewissem Ausgang konfrontiert. Dies kann die Arbeitnehmer zu überrissenen Forderungen und geringer Kompromissbereitschaft verleiten, was einer Verhandlungsführung nach Treu und Glauben abträglich ist.[1187] Bleiben ausnahmsweise beide Parteien untätig, d.h. werden keine Verhandlungen aufgenommen bzw. scheitern diese und wird kein Schiedsgericht bestellt, ist der weitere Fortgang faktisch blockiert.[1188] Selbst wenn man aus der Formulierung von Art. 335j Abs. 1 OR («[. . .] muss ein Schiedsgericht bestellt werden») eine Anrufungs*pflicht* ableitet, fehlt es an griffigen Sanktionen, welche die Parteien zur Anrufung des Schiedsgerichts zwingt.[1189] Ohne entsprechenden Parteiantrag bestellt sich das Schiedsgericht auch nicht selbst.[1190]

3. Anwendbare Verfahrensregeln

Für den Erlass eines Sozialplans mittels Schiedsspruch wurden keine besonderen Verfahrensregeln erlassen. Es sind die allgemeinen Regeln zum Schiedsverfahren nach Art. 353 ff. ZPO anwendbar.[1191] Diese halten allerdings nur grobe Vorgaben bereit.[1192] Der Gesetzgeber hat den Parteien betreffend die Gestaltung des Schiedsverfahrens einen grossen Spielraum überlassen, innerhalb dessen sie den Bedürf-

---

S. 290. Verweigert der Arbeitgeber die Verhandlungen aufzunehmen, ist auch eine Leistungsklage unter Androhung der Ungehorsamsstrafe nach Art. 292 StGB denkbar.

1187 Brühwiler, Art. 335j N 1.

1188 BSK OR I-Portmann/Rudolph, Art. 335j N 4 m.w.H.

1189 BSK OR I-Portmann/Rudolph, Art. 335j N 4; Wyler/Heinzer, S. 560. Soweit gleichzeitig eine Massenentlassung vorliegt, muss der Arbeitgeber zumindest im Rahmen von Art. 335f Abs. 2 OR die Arbeitnehmerseite betreffend Massnahmen zur Vermeidung von Kündigung bzw. die Linderung derer Folgen konsultieren (dazu oben § 5/II/2).

1190 BSK OR I-Portmann/Rudolph, Art. 335j N 4.

1191 Botschaft Sanierungsrecht, 6500; vgl. auch Müller, ARV 2014, S. 243.

1192 Sie regelt z.B. die Bestellung und Abberufung des Schiedsgerichts (vgl. Art. 360 f. ZPO) oder die zur Verfügung stehenden Rechtsmittel (vgl. Art. 372 f. OR). Grundlegend zum Schiedsverfahren z.B. Leuenberger/Uffer-Tobler, N 14.21 ff.; Sutter-Somm, N 1603 ff., 1636 ff.

nissen und Umständen des Einzelfalls Rechnung tragen können.[1193] Im Vordergrund steht die *Parteiautonomie,* subsidiär die Verfahrensregelung durch das Schiedsgericht (vgl. Art. 373 Abs. 1 und 2 ZPO).[1194] Die Parteien können somit die Verfahrensregeln (Anzahl Schiedsrichter, Schriftenwechsel, Fristen etc.) zum Voraus oder erst im Hinblick auf ein konkretes Schiedsverfahren frei vereinbaren.[1195] Sie können sich auch auf die Anwendung einer anderen Schiedsordnung einigen (Art. 373 Abs. 1 lit. b ZPO).[1196] Erfolgt die Aushandlung des Sozialplans mit den an einem GAV beteiligten Arbeitnehmerverbänden, sind die gegebenenfalls im GAV vereinbarten Regeln über ein Schiedsverfahren anwendbar.[1197]

Die von den Parteien bzw. vom Schiedsrichter getroffenen Verfahrensregelungen müssen zwingend die Einhaltung der Grundsätze der *Gleichbehandlung der Parteien*[1198] und der Gewährung des *rechtlichen Gehörs*[1199] in einem *kontradiktorischen Verfahren*[1200] gewährleisten (vgl. Art. 373 Abs. 4 ZPO).[1201]

4. Bestellung des Schiedsgerichts

a) Parteien des Schiedsverfahrens

Das Gesetz nennt die am Schiedsverfahren beteiligten *Parteien* nicht explizit. Art. 335j Abs. 1 OR wie auch die Botschaft sprechen bloss pauschal von den «Par-

---

1193 BSK ZPO-Girsberger et al., Vor Art. 353–399 N 6.

1194 BSK ZPO-Habegger, Art. 373 N 4.

1195 Müller, ARV 2014, S. 243, befürchtet, dass Verhandlungen über die Verfahrensregeln von den Parteien leicht als Verzögerungstaktik missbraucht werden könnten. Im Falle des Schiedsverfahrens vor der CRCT GE lief das Verfahren wie folgt ab (Pietruszak, S. 89): (1.) Schiedsklage durch Arbeitgeber; (2.) schriftliche Stellungnahme durch Arbeitnehmerseite; (3.) mündliche Schiedsverhandlung; (4.) schriftlicher Schlussvortrag von Arbeitgeberseite; (5.) schriftlicher Schlussvortrag der Arbeitnehmerseite; (6.) mündliche Plädoyers Arbeitgeber- und Arbeitnehmerseite; (7.) Schiedsspruch.

1196 BSK OR I-Portmann/Rudolph, Art. 335j N 5; Widmer, Jusletter, N 44. Für eine Auswahl der für das schweizerische Schiedsgericht wichtigsten Schiedsordnung vgl. z.B. Göksu, N 264 ff.

1197 Wyler/Heinzer, S. 562; vgl. auch Geiser, ZBJV, S. 837.

1198 Eingehend dazu z.B. BSK ZPO-Habegger, Art. 373 N 61 ff.

1199 Eingehend dazu z.B. BSK ZPO-Habegger, Art. 373 N 53 ff.

1200 Eingehend dazu z.B. BSK ZPO-Habegger, Art. 373 N 57 ff.

1201 BSK ZPO-Habegger, Art. 373 N 46.

teien». Mangels gegenteiliger und expliziter Regelung ist konsequenterweise davon auszugehen, dass auf Arbeitnehmerseite damit die Parteien nach Art. 335i Abs. 2 OR gemeint sind.[1202] Eine Aktivlegitimation steht damit neben dem Arbeitgeber allen Verhandlungspartnern nach Art. 335i Abs. 3 OR gemäss gesetzlich vorgeschriebener Kaskade zu.[1203] Die Arbeitnehmervertretung sowie die Belegschaft verfügen in diesem Sinne trotz fehlender Rechtspersönlichkeit über eine Partei- und Prozessfähigkeit.[1204] Soweit die Belegschaft Verhandlungspartner ist, steht die Klagelegitimation nur dieser als Kollektiv und nicht jedem einzelnen Arbeitnehmer zu.[1205] Dazu muss es aus praktischen Gründen genügen, dass die Mehrheit der Arbeitnehmer einem Schiedsverfahren zustimmen.[1206]

b) Wahl und Sitz des Schiedsgerichts

Die Parteien haben bei der *Bestimmung des Schiedsgerichts* «volle Freiheit».[1207] Die Botschaft nennt als mögliche Schiedsgerichte z.B. die eidgenössische[1208] oder eine kantonale Einigungsstelle bei kollektiven Arbeitsstreitigkeiten,[1209] ein paritätisches Schlichtungs- oder Schiedsorgan gemäss GAV, wenn der Arbeitgeber an einen solchen gebunden ist, ein ad-hoc-Schiedsorgan oder eine einzige Vertrauens-

---

1202 So auch Wildhaber, AJP 2015, S. 435; offengelassen Widmer, N 46.

1203 Wildhaber, AJP 2015, S. 435.

1204 Wyler/Heinzer, S. 562 m.w.H.; gl.M. Wildhaber, AJP 2015, S. 435. Es stellen sich in diesem Zusammenhang grundsätzlich dieselben Fragen wie im Rahmen der Handelsregistersperre (dazu unten § 7/V/3/c).

1205 Wildhaber, AJP 2015, S. 435.

1206 Dies entspricht auch der vorliegend postulierten Meinung im Rahmen der Handelsregistersperre (siehe die Ausführung dazu unten § 7/V/3/c).

1207 Botschaft Sanierungsrecht, 6500. Widmer, N 50, spricht indes von «völliger Willkür». Zu beachten sind allerdings die Schranken, welche sich aus den Grundsätzen in der Schiedsgerichtsbarkeit ergeben. Das Schiedsgericht muss eine hinreichende Gewähr für eine unparteiische und unabhängige Rechtsprechung bieten und keine Partei darf einen überwiegenden Einfluss auf die Ernennung der Mitglieder des Schiedsgerichts ausüben (BSK ZPO-Habegger, Art. 361 N 7 m.w.H.).

1208 Vgl. Bundesgesetz vom 12. Februar 1949 über die eidgenössische Einigungsstelle gemäss dem Bundesgesetz vom 12. Februar 1949 über die eidgenössische Einigungsstelle zur Beilegung von kollektiven Arbeitsstreitigkeiten (SR 821.42).

1209 Im bisher einzig veröffentlichten Schiedsspruch i.S.v. Art. 335j OR haben sich die Parteien auf die kantonale Einigungsstelle «chambre des relations collectives de travail» des Kantons Genf geeinigt (vgl. ArbR 2016, S. 101 ff.).

person.[1210] Die Parteien können auch in einer ersten Phase nur eine Schlichtungsstelle bilden mit dem Ziel, einen Sozialplan doch noch einvernehmlich abzuschliessen.[1211] Für den Fall, dass das Schlichtungsverfahren scheitert, können die Parteien die Errichtung eines Schiedsorgans i.S. einer entsprechenden Erweiterung des Mandats der Schlichtungsstelle vorbereiten.[1212] Aufgrund des klaren Wortlauts von Art. 335j OR ist jedoch zwingend ein Schiedsgericht und kein ordentliches Gericht anzurufen. Frei vereinbaren können die Parteien ferner den *Sitz des Schiedsgerichts* (Art. 355 Abs. 1 ZPO).[1213] Fehlt eine solche Vereinbarung und haben die Parteien auch keinen Dritten damit beauftragt (indirekte Sitzvereinbarung), bestimmt das Schiedsgericht den Sitz selbst (Art. 355 Abs. 1 Satz 2 ZPO). Unter die Parteiautonomie fällt ebenso die Bestimmung der Anzahl und die Ernennung der *Mitglieder des Schiedsgerichts* (Art. 360 Abs. 1 ZPO und Art. 361 Abs. 1 ZPO). Die Parteien können einen Einzelrichter oder mehrere Personen als Schiedsgericht einsetzen.[1214] Bei fehlender Vereinbarung besteht das Schiedsgericht aus drei Mitgliedern (Art. 360 Abs. 1 ZPO). Haben die Parteien kein bestimmtes Ernennungsverfahren vorgesehen, ernennt jede Partei die gleiche Anzahl Schiedsrichter (sog. Parteischiedsrichter). Diese wählen dann einstimmig einen Präsidenten (Art. 361 Abs. 2 ZPO). Das Schiedsgericht ist konstituiert, wenn alle Schiedsrichter die Annahme des Amtes bestätigt haben (Art. 364 ZPO). Eine Verpflichtung, ein Schiedsrichteramt anzunehmen, besteht indes nicht.[1215] Ihre Einsetzung grundsätzlich nicht ablehnen können aber wohl die eidgenössische Einigungsstelle oder die kantonalen Einigungsämter, soweit ihre Zuständigkeit gegeben ist.[1216]

1210 Botschaft Sanierungsrecht, 6500.

1211 Botschaft Sanierungsrecht, 6500.

1212 Botschaft Sanierungsrecht, 6500.

1213 Müller, ARV 2014, S. 243; gl.M. wohl Stöckli, ArbR 2010, S. 101; Wildhaber, AJP 2015, S. 436; a.M. Geiser, ZBJV, S. 838 (keine freie Wahl, sondern Sitz bestimmt sich nach Ort bzw. Orten der Betriebe, die von der Betriebsschliessung betroffen sind oder allenfalls nach dem Sitz des Arbeitgebers). Die teilzwingenden Gerichtsstände für arbeitsrechtliche Klagen nach Art. 34 ZPO gelten nicht für Schiedsverfahren, weshalb der Sitz auch im Voraus frei gewählt werden kann (Wildhaber Isabelle S./Johnson Wilcke Alexandra, Die Schiedsfähigkeit von individualarbeitsrechtlichen Streitigkeiten in der Binnenschiedsgerichtsbarkeit, in: ARV 2010, S. 160 ff., S. 166; gl.M. Müller, ARV 2014, S. 243 FN 77 mit dem Hinweis, dass ohnehin umstritten ist, ob Art. 34 ZPO auf Kollektivstreitigkeiten Anwendung findet).

1214 Dreierschiedsgerichte sind in der Praxis üblich (Sutter-Somm, N 1626).

1215 Müller, ARV 2014, S. 245.

1216 Geiser, ZBJV, S. 837.

Ist weder ein Schiedsgericht bestellt noch können sich die Parteien auf einen Sitz einigen, bestimmt sich der Sitz des Schiedsgerichts subsidiär gemäss Art. 355 Abs. 2 ZPO am Ort des ohne Schiedsvereinbarung für die Sache zuständigen staatlichen Gerichts (sog. Auffangregel).[1217] Die h.L. spricht sich dabei mit Verweis auf Art. 34 Abs. 2 ZPO primär für den Sitz am von den Entlassungen betroffenen Betriebsort oder subsidiär jenem am des Arbeitgebers aus.[1218] Daraus ergibt sich für das weitere Verfahren zuständige staatliche Gericht (vgl. Art. 356 ZPO). Dieses Gericht ist mangels Einigung der Parteien für die Ernennung der Schiedsrichter bzw. die Bestellung des Schiedsgerichts zuständig (Art. 362 ZPO).[1219]

5. Inhalt des Schiedsspruchs

Der Gesetzgeber gibt dem Schiedsgericht weder qualitative noch quantitative Vorgaben an den Inhalt des von ihm aufzustellenden Schiedsspruchs.[1220] Ausgangspunkt ist einzig die rudimentäre Definition nach Art. 335h Abs. 1 OR. Wie dargelegt, kann ein Sozialplan eine Reihe von Massnahmen vorsehen.[1221] Da solche Schiedsverfahren allerdings erwartungsgemäss lange dauern werden und bis zu deren Abschluss die betroffenen Arbeitsverhältnisse längst beendet sind,[1222] sind die im Schiedsspruch enthaltenen Massnahmen faktisch begrenzt. Zahlreiche mögliche und namentlich für die von Entlassungen betroffenen Arbeitnehmer sinnvolle

---

1217 Grundlegend dazu z.B. BSK ZPO-Weber-Stecher, Art. 355 N 21 ff.

1218 Brühwiler, Art. 335j N 3; Licci, S. 189 f.; Stöckli, ArbR 2010, S. 102; Wenger/Aufrichtig, S. 730 (vor dem Hintergrund, dass nach Art. 34 ZPO mehrere Orte als Gerichtsstand in Betracht fallen würden, kritisieren die Autoren das Fehlen einer klaren Regelung betreffend der Sitz des Schiedsgerichts); Widmer, N 48; Wildhaber, AJP 2015, S. 436; anders Müller, ARV 2014, S. 244 (Sitz des Arbeitgebers).

1219 Brühwiler, Art. 335j N 3; Stöckli, ArbR 2010, S. 102; Widmer, N 48; Wildhaber, AJP 2015, S. 436. Grundlegend dazu z.B. BSK ZPO-Habegger, Art. 362 N 1 ff.

1220 BSK OR I-Portmann/Rudolph, Art. 335j N 6. Ein Schiedsspruch enthält zwingend (Art. 384 ZPO): die Zusammensetzung und den Sitz des Schiedsgerichts; Parteien und ihre Vertreter; Rechtsbegehren oder, bei deren Fehlen, die Umschreibung der Streitfrage; sofern die Parteien nicht darauf verzichtet haben, die Darstellung des Sachverhaltes, die rechtlichen Entscheidungsgründe und gegebenenfalls die Billigkeitserwägungen; Dispositiv des Entscheids; Verteilung der Kosten und Parteientschädigungen; Unterschrift mindestens des Präsidenten sowie Datum des Schiedsspruchs.

1221 Dazu oben § 6/V.

1222 Die Gültigkeit der Kündigung hängt nicht vom Zustandekommen eines Sozialplans ab (dazu oben § 6/V/1).

Massnahmen können nicht vorgesehen werden. Darunter fallen sämtliche Massnahmen, die vor oder unmittelbar nach der Beendigung der Arbeitsverhältnisse greifen würden, wie z.B. Verlängerung oder Verkürzung der Kündigungsfrist, Umschulungen oder Unterstützung bei der Stellensuche. Die im Schiedsspruch festgelegten Massnahmen werden sich folglich vorwiegend auf finanzielle Leistungen des Arbeitgebers beschränken.[1223] Im Übrigen kann das Schiedsgericht dem Arbeitgeber nicht verbieten, Kündigungen auszusprechen.[1224] Die Kündigungsfreiheit darf vom Schiedsspruch nicht tangiert werden.

Das Schiedsgericht hat einen Sozialplan i.S.v. Art. 335j OR nach Billigkeit unter Berücksichtigung aller relevanten Interessen und Umstände auf Arbeitgeber- wie auch Arbeitnehmerseite zu erlassen.[1225] Zu berücksichtigen sind etwa die persönliche und berufliche Situation der betroffenen Arbeitnehmer sowie die allgemeine Situation auf dem Arbeitsmarkt.[1226] Auf Arbeitgeberseite ist primär die finanzielle Leistungsfähigkeit massgebend. Als maximale Obergrenze gilt auch hier, dass der Sozialplan den Fortbestand des Betriebes nicht gefährden darf.[1227] Es obliegt allerdings dem Arbeitgeber darzulegen, inwiefern der Fortbestand des Betriebes durch die Forderungen der Arbeitnehmerseite gefährdet ist. Die in Art. 335h Abs. 2 OR statuierte Obergrenze ist jedoch nicht auszureizen.[1228] Auch darf das Schiedsgericht der Arbeitnehmerseite grundsätzlich nicht mehr oder anderes zusprechen, als von ihr auch beantragt wurde[1229] (sog. Entscheidung extra bzw. ultra petita,

---

1223 Vgl. Blesi/Pietruszak, S. 59 f. Widmer, N 60, weist darauf hin, dass dieses Ergebnis – die finanzielle Entschädigung der entlassenen Arbeitnehmer – mit Einführung einer gesetzlichen Pflicht für eine über Art. 339b OR gehende Abgangsentschädigung einfacher und günstiger erreicht werden könnte.

1224 Brühwiler, Art. 335j N 4. Indes kann das Schiedsgericht provisorische Massnahmen anordnen (vgl. Art. 374 ZPO, eingehend dazu BSK ZPO-Habegger, Art. 374 N 1 ff.), damit die finanziellen Mittel zur Finanzierung des Sozialplans erhalten bleiben (CHK OR-Emmel, Art. 335j N 4; Schwaab, ARV, S. 284).

1225 Brühwiler, Art. 335j N 4; Licci, N 253; vgl. auch Vischer/Müller, § 24 N 70.

1226 Brühwiler, Art. 335j N 4.

1227 Dazu oben § 6/V/3/a.

1228 Vgl. dazu bereits oben § 6/V/3/a.

1229 Aus der Formulierung von Art. 384 Abs. 1 lit. d ZPO ergibt sich zwar, dass explizite Rechtsbegehren nicht zwingend erforderlich sind, sondern eine blosse Formulierung der Streitfrage genügt (BSK ZPO-Habegger, Art. 384 N 12; Göksu, N 1408), allerdings sind die Parteien gut beraten, genaue Anträge zu stellen. Das Schiedsgericht kann gegebenenfalls Präzisierungen einholen (Göksu, N 1664); vgl. auch Vischer/Müller, § 24 N 70 (wonach das Schiedsgericht die Parteien aufzufordern hat, ge-

vgl. Art. 393 lit. c ZPO).[1230] Auch dürfen die Sozialplanleistungen nicht geringer ausfallen, als von der Arbeitgeberseite angeboten.[1231] Sofern sich die Parteien im Rahmen der (gescheiterten) Verhandlungen bereits über einige Punkte oder gar grosse Teile verbindlich geeinigt haben, hat sich der Schiedsspruch m.E. bloss auf die noch offenen bzw. strittigen Punkte zu beschränken.[1232/1233] Einen grösseren Spielraum hat das Schiedsgericht dort, wo die Parteien einen offensichtlich unvollständigen oder nur rudimentär ausgebauten Sozialplan vorschlagen bzw. beantragen, da das Schiedsgericht sonst seiner gesetzlichen Pflicht, einen Sozialplan aufzustellen, nicht nachkommen kann.[1234] Dieser per Schiedsspruch erlassene Sozialplan muss sinnvolle Massnahmen und Leistungen enthalten, damit der gesetzlich vorgeschrieben Zweck[1235] auch tatsächlich erfüllt wird. Insofern wirkt die Dispositionsmaxime (vgl. Art. 58 ZPO), die nach vorliegender Ansicht für das Verfahren vor Schiedsgericht grundsätzlich gilt, nicht uneingeschränkt.

---

nauer Anträge zu stellen). Diese Rechtsbegehren werden sich sinnvollerweise vorwiegend nur auf finanzielle Leistungen bzw. deren Umfang und Anspruchsgruppen beschränken (vgl. dazu bereits oben).

1230 GÖKSU, N 1663; grundlegend z.B. BSK ZPO-MRÁZ/PETER, Art. 393 N 52 ff.

1231 Vgl. CRCT GE, ArbR, S. 116, S. 116, E. 2.4.3.1: «La Chambre ne saurait donc arrêter un plan social supérieur à celui sollicité par la RP [Arbeitnehmervertretung], ni inférieur à celui défendu par l'E [Arbeitgeber]».

1232 So auch BRÜHWILER, Art. 335j N 4; vgl. auch den Schiedsspruch der CRCT, ArbR, S. 116 («[. . .] la Chambre [. . .] se limitera à trancher les questions controversées»); offengelassen KUKO OR-SCHWAIBOLD, Art. 335h–335k N 7. Gleichermassen möglich ist auch, dass sich die Parteien während des Schiedsverfahrens auf einen Sozialplan oder zumindest Teile davon einigen (vgl. Art. 385 ZPO, eingehend dazu GÖKSU, N 1768 ff.). Eine solche Einigung kann auf Antrag der Parteien zum Schiedsspruch erhoben werden (vgl. Art. 385 ZPO, eingehend dazu GÖKSU, N 1783).

1233 Für das Gericht selbstverständlich weder bindend noch eine Art «Orientierungshilfe» sein dürfen indes Vorschläge der Parteien, die sie im Rahmen der gescheiterten Verhandlungen gemacht haben. Alles andere wäre sinnvollen Verhandlungen abträglich; beide Parteien würden von ihren jeweiligen Positionen kaum abweichen bzw. der Gegenseite kaum entgegenkommen, da sie nicht Gefahr laufen wollen, darauf im Rahmen eines allfälligen Schiedsverfahrens behaftet zu werden.

1234 Vgl. CRCT GE, ArbR, S. 116, E. 2.4.3.1: « [. . .] Dans le cas de plans moins élaborés, ou manifestement incomplets, la marge de manœuvre du tribunal arbitral devrait être plus importante, car, à défaut, il ne serait pas en mesure d'adopter un véritable plan social».

1235 Dazu oben § 6/II.

Das Verfahren vor dem Schiedsgericht ist – anders als Verfahren vor staatlichen Gerichten (Art. 30 Abs. 3 BV; Art. 54 ZPO) – nicht öffentlich.[1236] Öffentlich ist nur das Rechtsmittelverfahren (vgl. Art. 54 ZPO).[1237] Der Schiedsspruch wird nur öffentlich publiziert, wenn die Parteien dies vereinbaren.[1238] Entscheiden sich die Parteien regelmässig dagegen, lässt sich die Rechtsentwicklung rund um den Sozialplan nicht nachvollziehen und es kann sich keine konstante Praxis herausbilden. Damit sehen sich die Parteien auch in Zukunft bei jedem Schiedsverfahren mit einem völlig offenen Ausgang konfrontiert und namentlich der Arbeitgeber kann seine finanzielle Verpflichtung im Rahmen eines Sozialplans kaum abschätzen.[1239]

6. Wirkung des Schiedsspruchs

Der Schiedsspruch ist «verbindlich», weshalb er «nicht mehr in Frage gestellt werden kann».[1240] Er kann z.B. bei einem nachfolgenden Konkurs oder bei Durchführung eines Liquidationsvergleichs nicht mehr angefochten werden (res iudicata).[1241] Insbesondere ist eine paulianische Anfechtung ausgeschlossen.[1242] «Verbindlich» bedeutet jedoch nicht «endgültig»: Der Sozialplan kann innert 30 Tagen nach Eröffnung mittels Beschwerde ans Bundesgericht weitergezogen werden (Art. 389 Abs. 1 ZPO i.V.m. Art. 100 Abs. 1 BGG).[1243] Die Anfechtungsgründe sind in Art. 393 ZPO abschliessend festgelegt; abgesehen von formellen Mängeln ist im Wesentlichen nur eine Willkürprüfung erlaubt.[1244] Auch eine Revision kann innerhalb von 90 Tagen seit Entdeckung eines Revisionsgrundes verlangt werden (Art. 397 Abs. 1 ZPO i.V.m. Art. 396 ZPO).

Mit der Eröffnung hat der Schiedsspruch die Wirkung eines rechtskräftigen und vollstreckbaren gerichtlichen Entscheids (Art. 387 ZPO). Der Sozialplan kann so-

---

1236 Göksu, N 1891.

1237 Göksu, N 1891.

1238 Göksu, N 1895. Gemäss Göksu, N 1895, widerspreche indes eine anonymisierte Veröffentlichung des Schiedsspruchs grundsätzlich nicht der Vertraulichkeit des Verfahrens.

1239 Vgl. auch Pietruszak, S. 97.

1240 Botschaft Sanierungsrecht, 6500.

1241 Botschaft Sanierungsrecht, 6500.

1242 Botschaft Sanierungsrecht, 6500.

1243 Müller, ARV 2014, S. 247; Vischer/Müller, § 24 N 70.

1244 Brühwiler, Art. 335j N 4.

mit unmittelbar nach seiner Eröffnung vollstreckt werden[1245] und die vom Schiedsgericht festgelegten Leistungen werden sofort fällig.[1246] Jeder vom Sozialplan betroffene Arbeitnehmer kann die im Sozialplan festgelegten Ansprüche direkt gegenüber dem Arbeitgeber geltend machen.[1247]

7. Kosten

Der Gesetzgeber hat es unterlassen, die Kosten des Schiedsverfahrens zur Aufstellung eines Sozialplans zu regeln. Eine klare Regelung wäre wünschenswert und auch notwendig gewesen. Soweit keine entsprechende Parteivereinbarung besteht,[1248] ist für Fragen der Kostentragung auf die allgemeinen der ZPO zurückzugreifen.[1249] Eine unentgeltliche Rechtspflege ist gemäss Art. 380 ZPO ausgeschlossen.[1250]

Nach Art. 378 ZPO kann das Schiedsgericht einen Kostenvorschuss für die mutmasslichen Verfahrenskosten verlangen und mangels Parteiabrede die Höhe des jeweiligen Vorschusses nach eigenem Ermessen bestimmen.[1251] Einzelne Autoren wollen dabei der Verteilung des Kostenvorschusses namentlich auf die finanzielle Leistungskraft der Parteien Rücksicht nehmen, womit in der Regel der finanziell stärkere Arbeitgeber einen grösseren Anteil des Kostenvorschusses als die Arbeitnehmerseite zu tragen hat.[1252] Vorgeschlagen wird ferner, dass der Arbeitgeber aufgrund seiner Fürsorgepflicht der finanzschwachen Arbeitnehmerseite die Kosten vorschiessen könne, diese dann aber bei Unterliegen der Arbeitnehmer entspre-

---

1245 Vorbehalten bleibt der Fall, bei welchem ein zuständiges Gericht (in der Regel das Bundesgericht) von Amtes wegen oder auf Antrag einer Partei die aufschiebende Wirkung anordnet (Art. 103 Abs. 3 BGG; Müller, ARV 2014, S. 246).

1246 Müller, ARV 2014, S. 246 m.w.H.

1247 Brühwiler, Art. 335j N 4; BSK OR I-Portmann/Rudolph, Art. 335j N 7. Gemäss Geiser, ZBJV, S. 826, wird das Dispositiv den Kreis der berechtigten und verpflichteten Arbeitnehmer kaum je so genau sein könne, dass sich das Urteil für den einzelnen Mitarbeiter als definitiven Rechtsöffnungstitel eignet.

1248 Wird ein im GAV vorgesehenes Gericht angerufen, ergibt sich die Kostenverteilung wohl regelmässig aus dem GAV.

1249 Müller, ARV 2014, S. 245; Wildhaber, AJP 2015, S. 435.

1250 Es ist davon auszugehen, dass die unentgeltliche Rechtspflege auch vor schiedsgerichtbezogenen Verfahren vor staatlichen Gerichten ausgeschlossen ist (BSK ZPO-Habegger, Art. 380 N 3).

1251 Vgl. BSK ZPO-Habegger, Art. 378 N 9 m.w.H.

1252 Licci, N 252; Vischer/Müller, § 24 N 70; Wenger/Aufrichtig, S. 728.

chend direkt oder indirekt über den Sozialplan auf die Arbeitnehmer überwälzt werden.[1253] Ob eine solche Vorschusspflicht aus Art. 328 OR abgeleitet werden kann, ist m.E. indes fraglich. Die allgemeine Fürsorgepflicht ist primär eine *Unterlassungspflicht;* bei der Annahme von *Handlungspflichten,* die nicht gesetzlich festgelegt oder verabredet sind, ist Zurückhaltung geboten.[1254] Gemäss Geiser hat das Schiedsgericht indes vor dem Hintergrund, dass ein Sozialplan mangels Einigung zwingend von einem Schiedsgericht festzusetzen ist, auch bei Nichtbezahlung der Kostenvorschüsse das Schiedsverfahren an die Hand zu nehmen und die Kostenvorschüsse gegebenenfalls betreibungsrechtlich einzutreiben.[1255]

Die Verteilung der Verfahrenskosten und der Parteientschädigung im Schiedsspruch (Art. 384 Abs. 1 lit. f ZPO)[1256] erfolgt bei Fehlen einer entsprechenden Parteivereinbarung nach Ermessen des Schiedsgerichts.[1257] Abzulehnen ist m.E. der Vorschlag des Schweizerischen Gewerkschaftsbunds, die Kosten demjenigen aufzuerlegen, «welcher sich diese auch leisten kann»,[1258] womit meist der Arbeitgeber kostenpflichtig wäre. Anders als in Deutschland, wo § 76a Abs. 1 BetrVG die Kosten der Einigungsstelle dem Arbeitgeber überträgt, fehlt es dafür in der Schweiz an einer entsprechenden gesetzlichen Grundlage.[1259]

1253 Müller, ARV 2014, S. 246.

1254 BSK OR I-Portmann/Rudolph, Art. 328 N 1 f.

1255 Geiser, ZBJV, S. 838. Damit könnte die von einigen Autoren geäusserte Besorgnis, dass die Arbeitgeberseite mit Nichtleistung ihres Vorschusses damit spekulieren könnte, dass die Arbeitnehmerseite nicht den gesamten Kostenvorschuss tragen kann und damit das Schlichtungsverfahren u.U. scheitern würde, entkräftet werden (Wenger/Aufrichtig, S. 729; Widmer, N 54). Der Imageschaden eines Arbeitgebers, der sich weigert, einen Kostenvorschuss zur Umgehung seiner Sozialplanpflicht zu zahlen, dürfte ferner sehr gross sein.

1256 Da das Gesetz keine explizite Regelung enthält, wie sich diese Kosten zusammensetzen, ist es Sache der Parteien, dies festzulegen. Fehlt eine Parteivereinbarung, liegt dies im Ermessen des Schiedsgerichts. Üblicherweise fallen die Honorare und Auslagen der Schiedsrichter, die Kosten für einen Sekretär sowie die Kosten für Expertisen und weitere Beweisaufnahmen darunter (BSK ZPO – Girsberger, Art. 384 N 33).

1257 Vgl. BSK ZPO-Girsberger, Art. 384 N 36.

1258 Online abrufbar unter http://www.sgb.ch/themen/arbeit/arbeitsrechte/artikel/details/ab-1-januar-2014-gilt-die-sozialplanpflicht-auch-in-der-schweiz/, abgerufen am 13.05.2019.

1259 Zum Ganzen vgl. Müller, ARV 2014, S. 246. Im Rahmen des Schiedsverfahrens vor der CRCT verlangte die Arbeitnehmerseite gestützt auf Art. 11 Abs. 2 MitwG und Art. 335i Abs. 4 OR vom Arbeitgeber die Übernahme der ihr im Zusammenhang mit den Sozialplanverhandlungen und dem Schiedsverfahren angefallenen Anwaltskosten

Kostenlos ist das Verfahren vor der eidgenössischen Einigungsstelle (Art. 4 Abs. 2 BG über die eidgenössische Einigungsstelle zur Beilegung von kollektiven Arbeitsstreitigkeiten).[1260]

VIII. Sonderfrage: «Vorsorgliche» Sozialpläne

Während einer Sanierung zusätzlich einen Sozialplan auszuhandeln, ist äusserst zeitaufwändig. Es ist daher – auch aus Gründen der «Planungssicherheit»[1261] – sinnvoll, einen solchen vorsorglich zu vereinbaren.[1262] Frei von einem gesetzlichen Zwang und Zeitdruck steigt auch die Wahrscheinlichkeit, die Verhandlungen beidseitig konstruktiv und kooperativ zu führen. Der vorsorgliche Sozialplan kann auch als blosser Rahmenvertrag geschlossen werden, der die gesetzliche Sozialplanpflicht konkretisiert und erst im konkreten Fall im Einzelnen näher ausgehandelt wird.[1263] Unklar ist, ob bzw. unter welchen Voraussetzungen bei bereits bestehenden bzw. «vorsorglich» vereinbarten Sozialplänen die gesetzliche Verhandlungspflicht entfällt. Weder das Gesetz noch die Materialien äussern sich dazu.

Inhaltlich muss ein vorsorglich aufgestellter Sozialplan den Vorgaben von Art. 335h Abs. 1 OR genügen.[1264] Dies wird regelmässig kein Problem sein. Ein Sozialplan zeichnet sich – wie gesetzlich gefordert – seit jeher typischerweise ge-

---

bis zu einem Maximalbetrag von CHF 125 000.00. Die Einigungsstelle lehnte dies mit der Begründung ab, in unserem Recht gäbe es für eine solche Kostenauferlegung keine Rechtsgrundlage. Zusätzlich führte es indes aus, dass in jenen Fällen anders verhalten könne, in denen die entlassenen Arbeitnehmer nur schlecht ausgebildet seien und nur magere Abfindungen erhielten (ArbR 2016, S. 123, E. 3.6).

1260 Schwaab, ARV, S. 289 f. postuliert daher, dass soweit die Arbeitnehmerseite wegen ihrer finanziellen Schwächen die eidgenössische Einigungsstelle anrufen, sich die Arbeitgeberseite deren Zuständigkeit nicht widersetzen kann. Eine solche Pflicht widerspricht m.E. der in der Botschaft statuierten Freiheit betreffend die Bestimmung des Schiedsgerichts und ist daher abzulehnen.

1261 Vgl. Blesi/Pietruszak, S. 57 f. (mit dem Hinweis, dass so auch die Rechtsunsicherheit vermieden werden kann, die sich im Zusammenhang mit der neu eingeführten Zwangsschiedsgerichtsbarkeit ergeben hat).

1262 Sodann können Massnahmen vorgesehen werden, die zwischen der Ankündigung der beabsichtigen Kündigung und der tatsächlichen Beendigung der Arbeitsverhältnisse ansetzen, ohne Gefahr zu laufen, dass bis zum Abschluss des Sozialplans die Arbeitsverhältnisse bereits beendet sind (vgl. Blesi/Pietruszak, S. 59 f. und oben § 6/V/1).

1263 Geiser, ZBJV, S. 830; Kälin/Stalder, S. 1021.

1264 Vgl. dazu oben § 6/V.

rade durch Massnahmen zugunsten der Arbeitnehmer bei beabsichtigten Kündigungen aus.[1265] Bis anhin wurden Sozialpläne häufig vom Arbeitgeber einseitig erlassen oder mit einer Arbeitnehmervertretung[1266] vereinbart.[1267] Neu ist betreffend die Verhandlungspartner aber die verbindliche Kaskadenordnung nach Art. 335i Abs. 3 OR einzuhandeln. Wird ein vorsorglicher Sozialplan mit einer anderen als dort vorgeschriebenen Partei ausgehandelt, hat letztere Anspruch bei Vorliegen einer konkreten Sozialplanpflicht auf die Verhandlung bzw. den Abschluss eines neuen Sozialplanes.[1268] Selbstverständlich kann die gesetzlich korrekte Partei den vorsorglich, mit einer anderen Partei ausgehandelte Sozialplan auch akzeptieren oder als Grundlage für die Verhandlungen nehmen. Wurde er dagegen mit der korrekten Partei ausgehandelt, ist er gültig.

Es besteht grundsätzlich kein Anspruch auf eine Neu- oder Nachverhandlung des bestehenden Sozialplans.[1269] Denn dem Gesetzgeber ging es einzig darum, dass in gewissen Konstellationen ein verbindlicher Sozialplan vorliegt und damit für eine soziale Abfederung bei betrieblichen Umstrukturierungen gesorgt ist.[1270] Eine Nachverhandlung vorsorglicher Sozialpläne ist m.E. indes dort angebracht, wo sich die finanzielle Situation des Arbeitgebers insofern verschlechtert hat, als die vereinbarten Massnahmen den Fortbestand des Betriebes gefährden würde (vgl. Art. 335h Abs. 2 OR). Ob umgekehrt die Arbeitnehmerschaft Anspruch auf eine Neuverhandlung hat, wenn es dem Arbeitgeber finanziell besser geht als im Verhandlungszeitpunkt, ist dagegen fraglich. Zumindest darf nicht jede kleine wirtschaftliche Verbesserung einen Anspruch für Neuverhandlungen geben. Ansonsten würde die mit einem vorsorglichen Sozialplan erreichte Planbarkeit und Rechtssicherheit ins Leere laufen, was auch nicht im Interesse der Arbeitnehmer sein kann. Daher ist – in analoger Anwendung der clausula – nur dort neu verhandeln, wo sich die Umstände massgeblich und nicht vorhersehbar verändert haben und der Sozialplan nicht mehr angemessen erscheint.[1271] Im Übrigen kann der Sozialplan – was durchaus zu empfehlen ist – selbst festlegen, ob und wie er angepasst werden kann.[1272]

1265 Blesi/Pietruszak, S. 55.

1266 Sog. Betriebsordnung (dazu unten § 7/IV/2).

1267 Blesi/Pietruszak, S. 54.

1268 Blesi/Pietruszak, S. 55; vgl. auch Wildhaber, AJP 2015, S. 435.

1269 Blesi/Pietruszak, S. 56 f.; Licci, N 248; Wildhaber, AJP 2015, S. 435.

1270 Vgl. Blesi/Pietruszak, S. 55.

1271 Vgl. Blesi/Pietruszak, S. 56 f.

1272 Vgl. Wildhaber, Umstrukturierungen, S. 361.

§ 7 Betriebsübergang

I. Übersicht

1. Formen und Möglichkeiten

Im Rahmen von Umstrukturierungen zu Sanierungswecken kommt es regelmässig zur Übertragung des Unternehmens oder Teilen davon auf einen anderen Rechtsträger.[1273] Ein solcher *Betriebsübergang*[1274] kann rechtsgeschäftlich per *asset deal* qua *Singularsukzession* (auch: Einzelrechtsnachfolge) oder nach FusG auf dem Weg einer *(partiellen) Universalsukzession*[1275] (auch: Gesamtrechtsnachfolge) erfolgen.[1276] Letztere kann als *Fusion* (Absorptions- oder Kombinationsfusion

[1273] Vgl. KRADOLFER, S. 3.

[1274] Das Arbeitsrecht knüpft in diesem Zusammenhang nicht an den Begriff des Unternehmens, sondern an den Betrieb an (zum Betriebsbegriff unten § 7/II/1). Nachfolgend wird der Begriff des Betriebsübergangs grundsätzlich sowohl für die Übertragung eines Betriebs(teils) via asset deal wie auch für übertragende Umstrukturierungen nach FusG (Fusion, Spaltung und Vermögensübertragung, dazu sogleich) verwendet.

[1275] Bei der Spaltung und Vermögensübertragung werden meist nicht alle, sondern nur Teile der Aktiven und Passiven des übertragenden Rechtsträgers übertragen (partielle Universalsukzession). Abgesehen von der quantitativen Beschränkung der zu übertragenden Vermögenswerte hat die partielle Universalsukzession dieselbe umfassende Rechtswirkung wie eine vollwertige Universalsukzession (BÖCKLI, § 3 N 338; VON DER CRONE et al., N 466, 997 f.).

[1276] Ein Betriebsübergang via Universalsukzession kann auch beim Erbgang erfolgen. Der erbrechtliche Betriebsübergang umfasst den gesamten Betrieb mit allen Aktiven und Passiven samt der mit dem Erblasser bestehenden Vertragsverhältnisse (Grundlegend dazu KRADOLFER, S. 10 f.,138 ff.,187 ff., 213 ff. und 282 ff.). Eigentumsverhältnisse können ferner via *share deal* (auch: Gesellschafterwechsel, Anteilsveräusserung oder -tausch) ändern (dazu SCHENKER, Unternehmenskauf, S. 21 ff.), indem der Eigentümer seine Aktien oder Stammanteile des jeweiligen Unternehmens verkauft. Dies spielt sich auf rein gesellschaftsrechtlicher Ebene ab; die rechtliche Identität des Unternehmensträgers und des Unternehmens bleiben unverändert (WILDHABER, Umstrukturierungen, S. 18). Da kein Arbeitgeberwechsel erfolgt und der share deal keine direkten arbeitsrechtlichen Auswirkungen hat (vgl. SCHENKER, Unternehmenskauf, S. 580, 569 [mit dem Hinweis, dass der Käufer faktisch aufgrund seiner Kontrolle Einfluss auf die Gestaltung der Arbeitsverhältnisse nehmen kann]), wird er vorliegend nicht beleuchtet.

[Art. 3 Abs. 1 lit. a und b FusG]),[1277] *Spaltung* (Auf- oder Abspaltung [Art. 29 lit. a und b FusG])[1278] oder *Vermögensübertragung*[1279] ausgestaltet sein.[1280] Das FusG regelt abschliessend, für welche Rechtsträger und in welcher Kombination die jeweiligen Transaktionen zulässig sind (vgl. Art. 4, 78, 88 und 99 FusG [Fusion];

1277 Bei der Absorptionsfusion übernimmt die eine Gesellschaft die andere, bei einer Kombinationsfusion schliessen sich die Gesellschaften zu einer neuen zusammen. Mit der Fusion wird die übertragende Gesellschaft aufgelöst und im Handelsregister gelöscht (vgl. GLANZMANN, Umstrukturierungen, N 49 ff.; eingehend zur Fusion z.B. VON DER CRONE et al., N 49 ff.). Die Sanierungsfusion (§ 2/I/3) kann als Absorptions- oder Kombinationsfusion ausgestaltet sein (BSK FusG-ERNI, Art. 6 N 5).

1278 Bei der *Aufspaltung* teilt die Gesellschaft ihr ganzes Vermögen auf und überträgt es auf andere Gesellschaften, wobei die übertragende Gesellschaft aufgelöst und im Handelsregister gelöscht wird (Art. 29 lit. a FusG). Überträgt die Gesellschaft nur Teile ihres Vermögens auf eine andere bzw. andere Gesellschaft(en), liegt eine *Abspaltung* vor (Art. 29 lit. b FusG); hier wird die übertragende Gesellschaft jedoch nicht aufgelöst (vgl. GLANZMANN, Umstrukturierungen, N 120 ff.; VON DER CRONE et al., N 414 ff.).

1279 Bei der *Vermögensübertragung* übertragen im Handelsregister eingetragene Gesellschaften, Kommanditgesellschaften für kollektive Kapitalanlagen, Investmentgesellschaften mit variablem Kapital und im Handelsregister eingetragene Einzelunternehmen ihr Vermögen oder Teile davon mit Aktiven und Passiven auf andere Rechtsträger des Privatrechts (Art. 69 FusG). Die Vermögensübertragung gilt als Auffangtatbestand und soll namentlich dann eine Umstrukturierung ermöglichen, wenn die Voraussetzungen für eine Fusion, Spaltung oder Umwandlung nicht gegeben sind (vgl. GLANZMANN, Umstrukturierungen, N 175 ff.; eingehend zur Vermögensübertragung z.B. VON DER CRONE et al., N 808 ff.). In der Praxis hat die Vermögensübertragung jedoch nicht die erhoffte Bedeutung erhalten; sie ist meist nicht vorteilhafter als ein gewöhnlicher asset deal via Singularsukzession (vgl. dazu GLANZMANN, Umstrukturierungen, N 196 ff.).

1280 Die vierte Transaktionsform des FusG, die *Umwandlung* (Art. 53 ff. FusG) ist ein rein gesellschaftsinterner Vorgang; die sich umwandelnde Gesellschaft bewahrt ihre rechtliche und wirtschaftliche Identität und es findet kein Übergang der Arbeitsverhältnisse statt (vgl. BSK FusG-ROMERIO, Art. 53 N 2 und 20). Eine besondere Schutzbedürftigkeit der Arbeitnehmer besteht nur hinsichtlich der *Haftung der Gesellschafter.* Die Gesellschafter, die vor der Umwandlung für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft hafteten, haften dafür weiterhin, soweit die Verbindlichkeiten vor der Veröffentlichung des Umwandlungsbeschlusses begründet wurden oder deren Entstehungsgrund vor diesem Zeitpunkt liegt (Art. 68 Abs. 1 i.V.m. Art. 26 Abs. 1 FusG). Auch bleiben sie für alle Verbindlichkeiten aus Arbeitsvertrag haftbar, die bis zum Zeitpunkt *fällig* werden, auf den das Arbeitsverhältnis ordentlicherweise beendigt werden könnte (Art. 68 Abs. 2 i.V.m. Art. 27 Abs. 3 FusG); eingehend zur Umwandlung z.B. VON DER CRONE et al., N 683 ff.

Art. 30 FusG [Spaltung] sowie Art. 69, 86, 98 und 99 FusG [Vermögensübertragung]).[1281]

Bei der Singularsukzession ist der Übergang der betrieblichen Aktiven und Passiven – unter Einhaltung der jeweiligen Regeln des Sachen- und Obligationenrechts – einzeln zu vereinbaren.[1282] Die (partielle) Universalsukzession bewirkt bei der Fusion den zwingenden Übergang sämtlicher,[1283] bei der Spaltung und Vermögensübertragung der im Inventar aufgeführten Aktiven und Passiven des übertragenden Rechtsträgers auf den Erwerber.[1284] Die für die Einzelübertragung geltenden Formvorschriften müssen für die Übertragung nicht eingehalten werden.[1285] Der Übergang erfolgt mit Eintragung der Fusion, Spaltung oder Vermögensübertragung im Handelsregister ex lege und uno actu.[1286]

Obschon gerade übertragende Umstrukturierungen (Fusion, Spaltung und Vermögensübertragung) primär gesellschaftsrechtliche Vorgänge darstellen, zeitigen sie gleichermassen Auswirkungen auf die beim übertragenden Rechtsträger bestehenden Arbeitsverhältnisse wie beim Betriebsübergang qua Singularsukzession.[1287] Im Vordergrund stehen die Fragen nach dem Übergang der Arbeitsverhältnisse (§ 7/III/1), dem Inhalts- (§ 7/III/2) und Haftungsschutz (§ 7/III/3) dem vom Übergang betroffenen Arbeitnehmer, dem Fortbestand von Kollektivverträgen (§ 7/IV) sowie dem Mitwirkungsrecht der Arbeitnehmer (§ 7/IV).

1281 VON DER CRONE et al., N 3.

1282 Aktiven werden via Eigentumsübertragung bzw. Zession, Passiven mittels externer Schuldübernahme und Verträge durch eine Dreiparteienvereinbarung übertragen (GLANZMANN, Umstrukturierungen, N 1009).

1283 Unerheblich ist, ob die entsprechenden Aktiven und Passiven in der Bilanz der übertragenden Gesellschaft aufgeführt sind (GLANZMANN, Umstrukturierungen, N 717 m.w.H.).

1284 GLANZMANN, Umstrukturierungen, N 717.

1285 Botschaft FusG, 4421, 4445 und 4464; GLANZMANN, Umstrukturierung, N 718. Eine Ausnahme bildet die Übertragung von Grundstücken im Rahmen einer Vermögensübertragung, wo nebst dem schriftlichen Übertragungsvertrag die öffentliche Beurkundung der entsprechenden Vertragsteile vorausgesetzt wird (Art. 70 Abs. 2 FusG).

1286 SCHUMACHER, S. 8; vgl. auch BÖCKLI, § 4 N 141, 338 und 375.

1287 WINKLER, Unternehmensumwandlungen, S. 23.

2. Schutz der Arbeitnehmer nach Art. 333 OR und FusG

Das OR und das FusG enthalten umfassende Bestimmungen zum Schutz der Arbeitnehmer beim Betriebsübergang.[1288] Art. 333 OR regelt den Fall der gesetzlichen Singularsukzession der im Zeitpunkt des Betriebsübergangs bestehenden Arbeitsverhältnisse.[1289] Mit dem Tag der Betriebsübernahme kommt es zum automatischen Übergang der Arbeitsverhältnisse *ex lege,* sofern der einzelne Arbeitnehmer diesen nicht ablehnt.[1290] Im Unterschied zur Fassung von 1971 besteht seit der Revision vom 17. Dezember 1993 ein *Übernahmezwang* des neuen Arbeitgebers und die Vertragsparteien der Betriebsübertragung können nicht mehr frei vereinbaren, welche Arbeitsverhältnisse übergehen sollen.[1291] Damit greift das Gesetz in ein zwischen zwei Parteien bestehendes Rechtsverhältnis ein und führt gleichzeitig – ungeachtet des Willens von Veräusserer und Erwerber – einen Parteiwechsel herbei. Es kommt somit zu einer Art «dinglichen Verknüpfung von Arbeitsverträgen und Betrieb» bzw. einem «Gleichlauf» von Arbeitsplatz und Arbeitsverhältnis.[1292] Primäres Regelungsziel von Art. 333 OR ist die Sicherung der Kontinuität der Arbeitsverhältnisse beim Betriebsübergang.[1293] Die Übernahme der Arbeitsverhältnisse ist – anders als in der Fassung von 1971[1294] – nicht Tatbestandsmerkmal,

---

1288 Art. 1 Abs. 2 FusG enthält explizit einen Zweckartikel, der den Schutz der Arbeitnehmer vorsieht. Damit ist ein teleologisches Auslegungselement für das FusG vorgegeben: die Verwirklichung des Arbeitnehmerschutzes (BSK FusG-Baumgartner/Oertle, Vor Art. 27 N 3; vgl. auch Winkler, SJZ, S. 477 f.).

1289 Wildhaber, Umstrukturierungen, S. 70. Zur abweichenden Regelung im Insolvenzfall unten § 9.

1290 Zum Ablehnungsrecht unten § 7/III/d.

1291 Geiser, Betriebsübernahmen, S. 103; Vischer/Müller, § 23 N 10. Hintergrund der Revision ist die Anpassung an die Richtlinie 77/187 des EG-Ministerrates, die zum Zwecke des Arbeitnehmerschutzes bei einem Betriebsübergang erlassen worden ist und eine umfassende Wahrung der Arbeitnehmerinteressen bei einem Betriebsübergang («Inhaberwechsel») anstrebt (BGE 127 V 183, E. 4b m.w.H.; Botschaft Ablehnung, 880 ff.; Geiser, arbeitsrechtliche Fragen, S. 154). Die Richtlinie von 1977 wurde durch die Richtlinie 98/50 vom 29.06.1988 (AB1. L 201 vom 17.07.1998, S. 88 ff.) geändert und durch die Richtlinie 2001/23 vom 12.03.2001 (AB1. L 082 vom 22.03.2001, S. 16 ff.) ersetzt (Vischer/Müller, § 23 N 9). Zur Betriebsübergangsrichtlinie siehe Licci, N 359 ff.

1292 Denzler, S. 67; Wildhaber, Umstrukturierungen, S. 71.

1293 Wildhaber, Umstrukturierungen, S. 71; vgl. auch Geiser, arbeitsrechtliche Fragen, S. 154.

1294 Der Zweck von Art. 333 OR in der Fassung vom 25. Juni 1971 lag einzig darin, den Übergang von Unternehmen zu erleichtern und dem Erwerber des Betriebes die ein-

sondern Rechtsfolge.[1295] Die weiteren Bestimmungen zum Betriebsübergang – wie die solidarische Haftung des alten und neuen Arbeitgebers (Art. 333 Abs. 3 OR) oder der Fortbestand der bestehenden GAV (Art. 333 Abs. 1bis OR) – erfüllen als Reflex dieses Hauptregelungsziels Komplementärfunktionen und dienen dessen Umsetzung.[1296]

Das FusG *verweist* in Art. 27 Abs. 1 FusG (Fusion), Art. 49 Abs. 1 FusG (Spaltung) und Art. 76 Abs. 1 FusG (Vermögensübertragung) auf Art. 333 OR, in Art. 28 Abs. 1 FusG (Fusion), Art. 50 i.V.m. Art. 28 Abs. 1 FusG (Spaltung) und Art. 77 Abs. 1 FusG (Vermögensübertragung) auf Art. 333a OR. Diese Verweise sind *integral* und *umfassend,* d.h. die Regeln des OR samt der dazu entwickelten Lehre und Rechtsprechung finden Anwendung.[1297] Zusätzlich stellt das FusG eigene Bestimmungen betreffend Haftung und Sicherstellung der Forderungen der Arbeitnehmer (§ 7/III/3/c) sowie deren Mitwirkungsrechte auf (§ 7/V/3).

II. Tatbestandsvoraussetzungen von Art. 333 OR

Wie noch aufgezeigt wird, ist für den Übergang der Arbeitsverhältnisse im Rahmen eines Betriebsübergang von entscheidender Bedeutung, ob die Voraussetzungen nach Art. 333 Abs. 1 OR vorliegen. Dazu muss die organisatorische Leistungseinheit (1) auf einen Dritten (2) unter Wahrung der Betriebsidentität (3) übertragen werden. Sodann muss das Arbeitsverhältnis für den Übergang ex lege einem bestimmten Betrieb(steil) zuordenbar sein (4).[1298]

---

gearbeiteten Arbeitskräfte nach Möglichkeit zu sichern (BGE 114 II 352; E. 3; 127 V 183, E. 4b).

1295 BGE 127 V 183, E. 4d m.w.H.

1296 Wildhaber, Umstrukturierungen, S. 71.

1297 Bauer, Arbeitnehmerschutz, S. 12; Glanzmann, Umstrukturierungen, N 663; Wildhaber, Umstrukturierungen, S. 147. Zu den Verweisen weiter unten § 7/III/1/a.

1298 Zu den Tatbestandsvoraussetzungen des Betriebsübergangs im europäischen Recht Wildhaber, Umstrukturierungen, S. 87 ff.

1. Betrieb oder Betriebsteil

Art. 333 OR knüpft an den Übergang eines *Betriebs(teils)* an, ohne diese Begriffe näher zu definieren.[1299] Das Bundesgericht qualifiziert den *Betrieb* als «eine auf Dauer gerichtete, in sich geschlossene organisatorische Leistungseinheit, die selbständig am Wirtschaftsleben teilnimmt».[1300] *Betriebsteile* sind «organisatorische Leistungseinheiten, denen die wirtschaftliche Selbständigkeit fehlt».[1301]

2. Übertragung auf einen Dritten

Art. 333 OR setzt einen Wechsel in der Trägerschaft des Betriebs(teils) voraus.[1302] Massgeblich ist, dass der Betrieb(steil) in andere Hände übergeht bzw. dessen Inhaber wechselt.[1303] Inhaber ist, wer formell über die organisatorisch zusammengefassten Betriebsmittel verfügt und in dessen Namen und Rechnung der Betrieb geführt wird.[1304] Dies ist insofern zwingend, als sich bei gleichbleibender

---

1299 Anders im europäischen Recht, wo Art. 1 Ziff. 1 lit. b) der Richtlinie 2001/23/EG des Rates v. 12.03.2001 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliederstaaten über die Wahrung von Ansprüchen der Arbeitnehmer beim Übergang von Unternehmen, Betrieben oder Unternehmens- oder Betriebsteilen (Betriebsübergangsrichtlinien) im Zusammenhang mit der Definition des Übergangs den Betrieb als «organisierte Zusammenfassung von Ressourcen zur Verfolgung einer wirtschaftlichen Haupt- oder Nebentätigkeit» umschreibt.

1300 BGE 129 III 336, E. 2.1; ausführlich Streiff/von Kaenel/Rudolph, Art. 333 N 4. Der Betriebsbegriff i.S.v. Art. 333 OR ist von jenem in Art. 1 Abs. 2 ArG zu unterscheiden, wo einzig auf das Vorhandensein eines Arbeitsverhältnisses abgestellt wird (BK OR-Rehbinder/Stöckli, Art. 333 N 3; vgl. auch Kradolfer, S. 31).

1301 BGE 129 III 336; so schon für das alte Recht BGE 112 II 51, E. 3b/aa. Kein Betriebsteil stellen z.B. Haushalte dar, da keine organisatorische Einheit besteht (BK OR-Rehbinder/Stöckli, Art. 333 N 3; Streiff/von Kaenel/Rudolph, Art. 333 N 4; BSK OR I-Portmann/Rudolph, Art. 333 N 3).

1302 Geiser, Betriebsübernahmen, S. 109 f.; Kradolfer, S. 50.

1303 Kradolfer, S. 50; Streiff/von Kaenel/Rudolph, Art. 333 N 5. Der Wechsel des Arbeitgebers an sich ist dagegen nicht Voraussetzung, sondern Rechtsfolge des Betriebsübergangs (Kradolfer, S. 50; Streiff/von Kaenel/Rudolph, Art. 333 N 5). Jedoch gilt der Betriebsinhaber typischerweise auch als formeller Arbeitgeber, dem das Recht auf Arbeitsleistung zusteht. Oft führt daher das Abstellen auf den Arbeitgeber wie auch jenes auf den Betriebsinhaber zum selben Ergebnis (Kradolfer, S. 50 mit weiteren Ausführungen zur teilweise in der Lehre herrschende Diskussion betreffend den Arbeitgeberwechsel beim Betriebsübergang). Zum Begriff des Arbeitgebers z.B. Brühwiler, Art. 319 N 6.

1304 Kradolfer, S. 50.

Trägerschaft die Art. 333 OR zu Grunde liegenden Problematik des Arbeitnehmerschutzes nicht stellt; die Arbeitsverträge gelten auch bei veränderter Organisation weiter.[1305] Auch der blosse Wechsel des Geschäftsführers bzw. des geschäftsführenden Organs fällt nicht unter Art. 333 OR.[1306] Ein Betriebsübergang besteht indes dann, wenn wegen Beendigung eines Pachtvertrages der Betrieb wieder an den ehemaligen Betriebsinhaber zurückfällt und dieser die Leitungsmacht wieder übernimmt.[1307] Kein Inhaberwechsel erfolgt bei der Änderung der Beteiligungsverhältnisse an einer Gesellschaft,[1308] beim Wechsel der Rechtsform unter Beibehaltung des wirtschaftlichen Trägers[1309] oder bei der Weiterführung des konkursiten Betriebes durch die Konkursverwaltung.[1310] Die Übertragung des Betriebes erfolgt meist rechtsgeschäftlich.[1311] Eine direkte Rechtsbeziehung zwischen dem alten und dem neuen Betreiber ist aber nicht notwendig. Gemäss Bundesgericht genügt die tatsächliche Weiterführung des Betriebes durch den neuen Inhaber.[1312]

1305 Geiser, Betriebsübernahmen, S. 106.

1306 ZK-Staehelin, Art. 333 N 3.

1307 Wildhaber, Umstrukturierungen, S. 83; ZK-Staehelin, Art. 333 N 3.

1308 Vgl. BGer 4C.88/2001 (Änderung der Beteiligungsverhältnisse einer GmbH); eingehend dazu Kradolfer, S. 51 f. m.w.H.

1309 Offengelassen in OGer LU, JAR 1999, S. 215.

1310 BSK OR I-Portmann/Rudolph, Art. 333 N 8; Geiser, Betriebsübernahmen, S. 108. Zum Vertragseintritt durch die Konkursverwaltung unten § 8/II/3/b.

1311 BGE 129 III 335, E. 2.1 (z.B. durch Kauf, Tausch, Schenkung, Pacht, Nutzniessung); Brühwiler, Art. 333 N 1; Geiser, Gutachten, N 2.14.

1312 BGE 123 III 446, E. 3a (ein Betriebsübergang liege auch vor, soweit der Eigentümer eines Restaurants den Pachtvertrag mit dem alten Betriebsinhaber auflöst und das Restaurant einem neuen Betreiber verpachtet; eine rechtliche Beziehung zwischen den beiden Pächtern müsse dabei nicht bestehen); bestätigt in BGer 4A_531/2008, E. 2.2; vgl. auch BGE 132 III 32, E. 4.1; 127 V 183, E. 4d; BGer 4A_676/2016. Diese Rechtsprechung ist aber nicht unproblematisch. Denn den Veräusserer bzw. Erwerber bei fehlender Direktbeziehung für ein (Fehl-)Verhalten auf das sie keinen Einfluss haben und sich mangels Rechtsgeschäfts auch nicht vertraglich absichern können, nach Art. 333 Abs. 3 OR solidarisch haftbar zu machen, erscheint als ungerechtfertigt; näher zur Kritik an dieser Rechtsprechung: Brühwiler, Art. 333 N 1; Denzler, S. 70 ff.; Wildhaber, Umstrukturierungen, S. 77 ff.

3. Wahrung der Betriebsidentität

In Übereinstimmung mit der Praxis des EuGH versteht das Bundesgericht den Begriff der Übertragung in einem weiten Sinn.[1313] Entscheidend ist alleine, dass dieselbe oder eine gleichartige Geschäftstätigkeit vom Erwerber tatsächlich weitergeführt oder wieder aufgenommen wird.[1314] Organisation, Betriebszweck und individueller Charakter des Betriebes müssen im Wesentlichen gewahrt werden (sog. «Wahrung der Betriebsidentität»)[1315].[1316] Im Sinne der Rechtsprechung des EuGH sind zur Beurteilung dieser Identitätswährung im Rahmen einer Gesamtbetrachtung alle Umstände und Tatsachen des Einzelfalls zu beachten.[1317] Gemäss Bundesgericht ist die wirtschaftliche Identität dann gewahrt, wenn mit den gleichen personellen oder sachlichen Produktionsmitteln bei Erhaltung der bisherigen Organisation eine gleiche oder ähnliche Geschäftstätigkeit weitergeführt oder wieder wiederaufgenommen wird.[1318] Auch die Übernahme des bisherigen Kundenstamms ist Indiz für die Weiterführung des bisherigen Betriebs.[1319] Der Betrieb muss nicht im bisherigen Umfang weitergeführt werden, sofern die Identität gewahrt bleibt.[1320] Kein Betriebsübergang besteht, wenn nur immaterielle Wirtschaftsgüter veräussert, der Betrieb eingestellt, die Aktiven liquidiert oder in denselben Lokalitäten eine neue Betriebstätigkeit aufgenommen wird.[1321]

Auch bei der Übertragung eines *Betriebsteils* muss dieser eine organisatorische Einheit aufweisen, die vom Übernehmer in ihrer Identität in den Grundzügen be-

---

1313 Streiff/von Kaenel/Rudolph, Art. 333 N 5 m.w.H. auf Lehre und Rechtsprechung.

1314 BGer 4C.37/1999, E. 1. Eine bloss vorübergehende Betriebseinstellung schliesst einen Betriebsübergang nicht aus (BSK OR I-Portmann/Rudolph, Art. 333 N 7).

1315 Vgl. Streiff/von Kaenel/Rudolph, Art. 333 N 6; ZK-Staehelin, Art. 333 N 6. Zur Abgrenzung zum Begriff der «betrieblichen Einheit» Kradolfer, S. 49.

1316 BGE 136 III 552, E. 2.1; CAPH, JAR 2013, S. 467.

1317 BGE 129 III 335; Aubert, S. 704; Geiser, Gutachten, N 2.9 unter Hinweis auf EuGH vom 18.03.1986, Spijkers. Ausführlich zu den möglichen Indizien bzw. Prüfungskriterien Kradolfer, S. 35 ff.

1318 BGE 129 III 337 m.w.H.; Geiser, Gutachten, N 2.9.

1319 Geiser, Gutachten, N 2.9.

1320 Vgl. BGer 4C.37/1999, E. 1.

1321 Geiser, Gutachten, N 2.10.

wahrt wird. Ein Betriebsübergang ist zu verneinen, wenn einzelne Aufgaben, die nicht organisatorisch zusammengefasst sind, ausgegliedert werden.[1322]

4. Betriebsbezogenheit des Arbeitsverhältnisses

Ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal ist die Betriebsbezogenheit, wonach das Arbeitsverhältnis einem bestimmten Betrieb(steil) zuordenbar sein muss.[1323] Äusserlich zeigt sich die organisatorische Zugehörigkeit oft dadurch, dass der Arbeitnehmer diesem Betrieb(steil) seine Arbeitskraft anbietet und dort seinen Arbeitsplatz hat.[1324] Lässt dies keine Zuordnung zu, ist darauf abzustellen, in welchem Betrieb(steil) der Arbeitnehmer objektiv überwiegend tätig war.[1325] Massgebend ist der Schwerpunkt der Tätigkeit, wofür u.a. der Arbeitsort, die Aufteilung der Arbeitszeit, die organisatorische Zuordnung und die ausgeübte Funktion der einzelnen Stellen wichtige Anhaltspunkte bilden.[1326] Der so ermittelte objektive Tätigkeitsschwerpunkt muss eindeutig abgrenzbar sein.[1327] Sind Arbeitnehmer in mehreren Betrieben oder Betriebsteilen gleichzeitig tätig, so gelten sie demjenigen Betrieb(steil) zugehörig, für welchen sie primär tätig sind.[1328] Nicht alle Arbeitsverhältnisse sind indessen zuordbar. Dies ist z.B. bei auf überbetrieblicher Ebene tätigen Arbeitnehmern der Fall.[1329] Fehlt es an dieser Voraussetzung, so ist ein arbeitsrechtlicher Übergang nach Art. 333 Abs. 1 OR ausgeschlossen.[1330]

1322 Streiff/von Kaenel/Rudolph, Art. 333 N 4 OR; gl.M. BSK OR I-Portmann/Rudolph, Art. 333 N 3; Kradolfer, S. 31.

1323 Wildhaber, Umstrukturierungen, S. 85; Winkler, Unternehmensumwandlungen, S. 19; ZK-Staehelin, Art. 333 N 7.

1324 Wildhaber, Umstrukturierungen, S. 85; Winkler, Unternehmensumwandlungen, S. 19; ZK-Staehelin, Art. 333 N 7.

1325 BSK OR I-Portmann/Rudolph, Art. 333 N 14; Wildhaber, Umstrukturierungen, S. 85.

1326 Wildhaber, Umstrukturierungen, S. 85 f.; vgl. auch CAPH, JAR 2000, S. 232 (organisatorische Zuordnung bestimmt sich nach Funktion der Stelle); Kradolfer, S. 85.

1327 Wildhaber, Umstrukturierungen, S. 86.

1328 Wildhaber, Umstrukturierungen, S. 86 m.w.H.

1329 Kradolfer, S. 85; Wildhaber, Umstrukturierungen, S. 86; Winkler, Unternehmensumwandlungen, S. 19.

1330 Kradolfer, S. 85; Wildhaber, Umstrukturierungen, S. 86; zum arbeitsrechtlichen Übergang sogleich unten.

Von den betriebsbezogenen Arbeitsverhältnissen abzugrenzen sind ferner die *personenbezogenen* Arbeitsverhältnisse, die im Hinblick auf die Person des Arbeitgebers[1331] abgeschlossen wurden und der Befriedigung von dessen privaten Bedürfnissen dienen.[1332] Hier kann der Übergang nur auf Grundlage eines dreiseitigen Vertrags zwischen Veräusserer, Erwerber und dem betroffenen Arbeitnehmer erfolgen.[1333]

III. Individualrechtliche Auswirkungen

1. Übergang der Arbeitsverhältnisse

a) Rechtliche Grundlage

Es bestehen grundsätzlich[1334] zwei rechtliche Grundlagen, auf denen ein Arbeitsverhältnis im Rahmen eines Betriebsübergangs auf einen Dritten übergehen kann:

Sind alle Tatbestandsmerkmale eines Betriebsübergangs i.S.v. Art. 333 Abs. 1 OR erfüllt,[1335] findet der Übergang der Arbeitsverhältnisse unmittelbar nach dieser Bestimmung statt (sog. *arbeitsrechtlicher Übergang*).[1336] Dies gilt ungeachtet davon, ob die betriebliche Umstrukturierung selbst nach FusG erfolgt oder nicht.[1337] Als

---

1331 Bei einer juristischen Person als Arbeitgeber ist anzunehmen, dass die persönliche Beziehung zum Arbeitgeber nicht massgebend ist (vgl. WILDHABER, Umstrukturierungen, S. 87).

1332 WILDHABER, Umstrukturierungen, S. 87; KRADOLFER, S. 86 (z.B. Haushaltshilfen oder Privatsekretär).

1333 WILDHABER, Umstrukturierungen, S. 87.

1334 Liegt weder ein arbeitsrechtlicher noch ein fusionsgesetzlicher Übergang vor (dazu sogleich), ist der Übergang des Arbeitsverhältnisses nur noch im Rahmen eines dreiseitigen Vertrages zwischen Arbeitnehmer, Veräusserer und Erwerber möglich, wobei diese Möglichkeit nachfolgend nicht näher beleuchtet wird.

1335 Dazu oben § 7/II.

1336 WILDHABER, Umstrukturierungen, S. 147; WINKLER, Unternehmensumwandlungen, S. 38.

1337 Ist umgekehrt der Betriebsübergangstatbestand erfüllt, kommt Art. 333 OR unabhängig davon zur Anwendung, ob bei der Transaktion die Voraussetzungen nach FusG erfüllt sind (vgl. BSK OR I-PORTMANN/RUDOLPH, Art. 333 N 40). Die Fusion und vollständige Vermögensübertragung erfüllen meist die tatbestandsmässigen Voraussetzungen von Art. 333 Abs. 1 OR (WILDHABER, Umstrukturierungen, S. 36; näher dazu auch WINKLER, S. 38 f.).

lex specialis hat Art. 333 Abs. 1 OR gegenüber den fusionsgesetzlichen Bestimmungen der Universalsukzession Vorrang.[1338] Deshalb kommen auf die übergehenden Arbeitsverhältnisse auch bei fusionsgesetzlichen Umstrukturierungen die in Art. 333, Art. 333a und Art. 336 OR verankerten Schutznormen unmittelbar zur Anwendung,[1339] vorbehältlich dessen, dass nicht eine Verdrängung durch Bestimmungen des FusG stattfindet.[1340]

Sind bei einer Umstrukturierungen nach FusG die Voraussetzungen von Art. 333 Abs. 1 OR nicht erfüllt, erfolgt die Übertragung der Arbeitnehmer fusionsgesetzlich via (partieller) Gesamtrechtsnachfolge (sog. *fusionsgesetzlicher Übergang*).[1341] Da

---

1338 Wildhaber, Umstrukturierungen, S. 151 f.; Winkler, Unternehmensumwandlungen, S. 37. Zur Universalsukzession oben § 7/I/1.

1339 Insoweit kommen den im FusG enthaltenen Verweisen (Art. 27 Abs. 1 FusG [Fusion], Art. 49 Abs. 1 FusG [Spaltung] und Art. 76 Abs. 1 FusG [Vermögensübertragung]) auf Art. 333 OR lediglich *deklaratorische* Bedeutung zu (Geiser, AJP 2004, S. 867 f. [Verweis sei insofern «überflüssig»]; Glanzmann, N 664 FN 194; SHK FusG-Reinert, Art. 76 N 1; Wildhaber, Umstrukturierungen, S. 150 f.; a.M. von der Crone et al., N 396 (konstitutiver Verweis). Der ausdrückliche Verweis beendet damit wohl die teilweise ältere Lehre, dass Art. 333 OR nur auf Betriebsübernahmen im Rahmen der Einzelrechtnachfolge beschränkt sei (vgl. Wildhaber, Umstrukturierungen, S. 148 m.w.H.; a.M. bereits vor Einführung des FusG Geiser, Betriebsübernahmen, S. 107 f. und Winkler, Unternehmensumwandlungen, S. 23 ff.). In der arbeitsrechtlichen Literatur wird im Zusammenhang mit Art. 333 OR meist der Begriff des *rechtsgeschäftlichen* Betriebsübergangs verwendet, um diesen Tatbestand von den gesetzlichen Betriebsübergängen, d.h. von den gesellschaftsrechtlichen und den erbrechtlichen Betriebsübergängen, abzugrenzen. Terminlogisch ist dies insofern nicht korrekt, als der Fusion wie auch Spaltung ein *Rechtsgeschäft* zugrunde liegen und es sich – auch wenn die Vermögenswerte via Universalsukzession übertragen werden – um eine *rechtsgeschäftliche* Änderung des Trägers des Betriebes handelt (Winkler, Unternehmensumwandlungen, S. 21 f.; vgl. auch Geiser, Betriebsübernahmen, S. 107). Daher müsste strenggenommen von einem zivilrechtlichen oder einem aussergesellschaftsrechtlichen Betriebsübergang gesprochen werden (Winkler, Unternehmensumwandlungen, S. 22).

1340 Wildhaber, Umstrukturierungen, S. 153; Winkler, Unternehmensumwandlungen, S. 24, 37 f. Zum Verhältnis zwischen der arbeitsrechtlichen Haftungsregel von Art. 333 Abs. 3 OR und der spezifischen fusionsgesetzlichen Haftungsregeln unten § 7/III/3/c.

1341 Wildhaber, Umstrukturierungen, S. 73 f., S. 147 und 154 ff; Winkler, Unternehmensumwandlungen, S. 23 ff. (spricht in Anlehnung an die deutsche Terminologie vom «umwandlungsrechtlichen» Übergang). Zu möglichen Konstellationen, bei welchen im Rahmen eines Betriebsübergangs nach FusG Art 333 Abs. 1 OR nicht erfüllt ist vgl. Winkler, Unternehmensumwandlungen, S. 39 ff.

es sich beim Verweis des FusG auf Art. 333 OR um einen *Sachnormverweis*[1342] handelt, kommen auch diesfalls die vorgenannten arbeitnehmerrechtlichen Schutznormen (Art. 333, Art. 333a und Art. 336 Abs. 3 OR) zur Anwendung.[1343]

Damit ergibt sich schematisch folgendes Bild:

	Asset Deal (ausserhalb FusG)	**Umstrukturierung nach FusG**
Art. 333 OR erfüllt	*arbeitsrechtlicher Übergang*	*arbeitsrechtlicher Übergang*
Art. 333 OR nicht erfüllt	*Übergang mittels dreiseitigen Vertrags*[1344]	*fusionsgesetzlicher Übergang*

Die Unterscheidung zwischen dem arbeitsrechtlichen und fusionsgesetzlichen Übergang der Arbeitsverhältnisse ist nicht bloss dogmatischer Natur, sondern zeitigt auch praktische Konsequenzen. Dies gilt insbesondere in Bezug auf die Zuordnungsfreiheit betreffend die übergehenden Arbeitsverhältnisse (§ 7/III/1/c) sowie den Inhalt der übergehenden Arbeitsverhältnisse (§ 7/III/2).

b) Vom Übergang erfasste Arbeitsverhältnisse

Vom arbeitsrechtlichen wie auch fusionsgesetzlichen Betriebsübergang erfasst werden auf einem privatrechtlichen Vertrag (Art. 319 OR) basierende und im Zeitpunkt des Betriebsübergangs bestehende Arbeitsverhältnisse.[1345] Dazu zählen auch jene, die vor Betriebsübergang gekündigt, aber noch nicht beendet worden

---

[1342] Bei einem *Sachnormverweis* müssen nur die Tatbestandsmerkmale der Verweisnorm selbst gegeben sein (Wildhaber, Umstrukturierungen, S. 154 f.). Art. 27 Abs. 1, Art. 49 Abs. 1 und Art. 76 Abs. 1 FusG setzen dabei lediglich voraus, dass überhaupt Arbeitsverhältnisse übergehen; das FusG verweist nämlich nur «für den Übergang der Arbeitsverhältnisse» auf Art. 333 OR (Bauer, Arbeitnehmerschutz, S. 22). Davon abzugrenzen ist der *Gesamtnormverweis,* wo die Norm, auf die verwiesen wird, nur zur Anwendung kommt, wenn ihre eigenen Tatbestandsmerkmale erfüllt sind. Bei Nichtvorliegen eines Betriebsübergangs i.S.v. Art. 333 OR wären dessen Rechtsfolgen daher nur analog anwendbar (Wildhaber, Umstrukturierungen, S. 155 f.). Differenzierend zwischen Fusion (Sachnormverweisung) und Spaltung/Vermögensübertragung (Gesamtnormverweisung) z.B. von der Crone et al., N 654, 948.

[1343] Eingehend dazu Bauer, Arbeitnehmerschutz, S. 21; BSK FusG-Baumgartner/Oertle, Vor Art. 27 N 7; Wildhaber, Umstrukturierungen, S. 155 f., 387 f.

[1344] Vgl. oben FN 1334.

[1345] Wildhaber, Umstrukturierungen, S. 156. Zum Zeitpunkt des Betriebsübergangs unten § 7/III/1/e.

sind.[1346] Sie erlöschen mit Ablauf der Kündigungsfrist beim Erwerber.[1347] Befristete Arbeitsverhältnisse gehen bis zu deren Beendigung durch Fristablauf auf den Erwerber über.[1348] Nicht vom Betriebsübergang betroffen sind Arbeitsverhältnisse, die im Zeitpunkt des Übergangs schon beendet sind.[1349]

c) Zuordnung der Arbeitsverhältnisse

aa) Arbeitsrechtlicher Übergang

Welche Arbeitsverhältnisse arbeitsrechtlich nach Art. 333 Abs. 1 OR übergehen, entscheidet sich anhand der Zugehörigkeit zum betreffenden Betrieb. Nur jene Arbeitsverhältnisse, die einem Betrieb zugehörig sind, gehen ex lege über.[1350] Eine «isolierte» Zuordnung von Arbeitsverhältnissen ohne Rücksicht auf ihre bisherige Betriebsbezogenheit ist nicht zulässig.[1351]

Auf den arbeitsrechtlichen Übergang der Arbeitnehmer im Rahmen einer *Fusion* hat diese Regelung keine praktische Bedeutung. Zufolge der bei der Fusion stattfindenden Universalsukzession können sich hinsichtlich der Abgrenzung der vom Betriebsübergang betroffenen Arbeitnehmer de lege lata keine Unklarheiten ergeben.[1352] Vom Übergang auf den neuen Rechtsträger erfasst werden alle formell mit dem untergehenden Rechtsträger bestehenden Arbeitsverhältnisse.[1353] Davon

---

[1346] BGE 136 III 552, E. 3.1, bestätigt in BGer 4A_56/2015, E. 3.3; vgl. auch BGer 4A_399/2013, E. 3.1; Geiser, arbeitsrechtliche Fragen, S. 167.

[1347] Wildhaber, Umstrukturierungen, S. 157. Vorbehalten bleibt der Fall, bei welchem die Arbeitnehmer ihre Kündigung wirksam anfechten; diesfalls läuft das Arbeitsverhältnis beim Erwerber weiter (Wildhaber, Umstrukturierungen, S. 157).

[1348] Wildhaber, Umstrukturierungen, S. 157.

[1349] BGE 136 III 106 ff.; 134 III 106 (kein Anspruch des Arbeitnehmers, dessen Arbeitsverhältnis infolge Frühpensionierung vor dem Betriebsübergang endete, auf Leistungen aus einem Sozialplan gegenüber dem Erwerber des Betriebs).

[1350] Vgl. Wildhaber, Umstrukturierungen, S. 159 f. Zur Betriebszugehörigkeit oben § 7/II/4.

[1351] Wildhaber, Umstrukturierungen, S. 160.

[1352] BSK FusG-Baumgartner/Oertle, Vor Art. 27 N 16, Art. 27 N 2; Wildhaber, Umstrukturierungen, S. 160.

[1353] BSK FusG-Baumgartner/Oertle, Vor Art. 27 N 9, Art. 27 N 2; Wildhaber, Umstrukturierungen, S. 160.

ausgenommen sind einzig Arbeitnehmer, die trotz der Anstellung bei einer verbundenen Gesellschaft (auch) für den übernommenen Betrieb tätig waren.[1354]

Praktische Konsequenzen hat diese Einschränkung der Zuordnungsfreiheit hingegen für die *Spaltung* und *Vermögensübertragung*. Dort bedarf es jeweils einer Zuordnung der einzelnen Betriebsmittel gegenüber den beteiligten Rechtsträgern, da der Umfang der von der (partiellen) Universalsukzession erfassten Rechtsverhältnisse ohne nähere Definition nicht klar ist.[1355] Welcher Teil – es kann sich um einen willkürlich zusammengesetzten Vermögensteil handeln[1356] – welchem Rechtsträger zugeordnet wird, muss dem Spaltungsvertrag/-plan (Art. 36 f. FusG) bzw. Übertragungsvertrag (Art. 70 f. FusG) eindeutig entnommen werden können.[1357] Die Parteien haben diesbezüglich volle Vertragsfreiheit. In einer Liste festgelegt werden müssen auch die übergehenden Arbeitsverhältnisse (Art. 37 lit. i FusG [Spaltung], Art. 71 Abs. 1 lit.e FusG [Fusion]). Wegen der direkten Anwendbarkeit von Art. 333 Abs. 1 OR ist diesbezüglich die Parteidisposition allerdings eingeschränkt.[1358] Die Zuordnung der Arbeitsverhältnisse folgt beim arbeitsrechtlichen Übergang dem Prinzip des Gleichlaufs von Arbeitsplatz und Arbeitsverhältnis,[1359] weshalb dieser Liste insoweit nur rein deklaratorische Wirkung zukommt.[1360] Die Nichtaufnahme von den dem übergehenden Betrieb(steil) zugehörigen Arbeitnehmern in die Liste des Spaltungs- bzw. Übernahmevertrag ver-

---

1354 BSK FusG-Baumgartner/Oertle, Vor Art. 27 N 16 mit Hinweis auf Winkler, SJZ, S. 487, der auf eine Regelungslücke hinweist.

1355 Bei der Spaltung und Vermögensübertragung wird nur ein Teil des Vermögens der übertragenden Gesellschaft auf die übernehmende Gesellschaft übertragen (Glanzmann, Umstrukturierungen, N 356).

1356 Bei der Spaltung und Vermögensübertragung können Sach- und Rechtsgesamtheiten mehr oder weniger willkürlich definiert und übertragen werden. Die Transaktionsparteien können nicht nur den Kreis der übergehenden Rechte oder Forderungen, sondern auch den Kreis der übergehenden Verpflichtungen im Inventar weitgehend frei bestimmen (selektive Übertragung von Rechten und Pflichten, von der Crone et al., N 998). Insofern können auch «gewachsene» arbeitsrechtliche Einheiten zerschlagen werden (Wildhaber, Umstrukturierungen, S. 161).

1357 Eingehend dazu Glanzmann, Umstrukturierungen, N 356 ff.; vgl. auch Botschaft FusG, 4437, 4462.

1358 Vgl. Bauer, Arbeitnehmerschutz, S. 28.

1359 Dazu oben § 7/I/2.

1360 Vgl. Amstutz/Mabillard, Art. 37 N 12, 76 N 9; Bauer, Arbeitnehmerschutz, S. 30; CHK FusG-Weber, Art. 49 N 3, Art. 76 N 2; Kradolfer, S. 119; Wildhaber, Umstrukturierungen, S. 161; Winkler, Unternehmensumwandlungen, S. 38 f.

hindert deren automatischen Übergang deshalb nicht.[1361] Behauptet ein nicht in der Liste aufgeführter Arbeitnehmer, dass sein Arbeitsverhältnis wegen seiner Betriebszugehörigkeit auf die übernehmende Gesellschaft übergegangen ist, hat die übertragende Gesellschaft die übernehmende Gesellschaft von den entsprechenden Lohnansprüchen freizustellen.[1362] Arbeitet ein fehlerhaft zugeordneter Arbeitnehmer nach dem Betriebsübergang fälschlicherweise weiterhin für den Veräusserer, hat er Anspruch auf Lohnzahlung nach Art. 320 Abs. 3 OR, wonach beide Parteien die Pflichten aus dem Arbeitsverhältnis zu erfüllen haben, wenn der Arbeitnehmer in gutem Glauben Arbeit im Dienste des Arbeitgebers auf Grund eines Arbeitsvertrages leistet, der sich nachträglich als ungültig erweist.[1363] Die Parteien des Spaltungs- bzw. Vermögensübertragungsvertrages können selbstverständlich zusätzliche, d.h. nicht nur betriebszugehörige Arbeitsverhältnisse in die Liste nach Art. 37 lit. i bzw. Art. 71 Abs. 1 lit. e FusG aufnehmen und somit verbindlich über deren Zuordnung verfügen.[1364] Umgekehrt verbietet Art. 333 OR im Übrigen nicht, einzelne Arbeitnehmer vor einer geplanten Umstrukturierung in einen anderen Betriebsteil zu versetzen, damit diese nicht vom automatischen Übergang nach Art. 333 Abs. 1 OR erfasst werden.[1365]

bb) Fusionsgesetzlicher Übergang

Gehen die Arbeitsverhältnisse fusionsgesetzlich über, weil bspw. kein Betrieb i.S.v. Art. 333 Abs. 1 OR übertragen wird oder sie keinem Betrieb zuordenbar sind, erfolgt deren Zuordnung ausserhalb von Art. 333 Abs. 1 OR wie folgt:[1366]

Der *Fusionsvorgang* als Universalsukzession erfasst alle Arbeitsverhältnisse unabhängig von ihrer Betriebszugehörigkeit.[1367] Insofern ist nicht von einem arbeits-

---

1361 Bauer, Arbeitnehmerschutz, S. 30; vgl. auch BGer, JAR 2000, S. 179; Wildhaber, Umstrukturierungen, S. 161 f.

1362 Bauer, Arbeitnehmerschutz, S. 30; vgl. auch Wildhaber, Umstrukturierungen, S. 161 f.

1363 Wildhaber, Umstrukturierungen, S. 162.

1364 Wildhaber, Umstrukturierungen, S. 162.

1365 Wildhaber, Umstrukturierung, S. 162. Dies ist selbstverständlich grundsätzlich nur mit Einverständnis des einzelnen Arbeitnehmers möglich (grundlegend zur Versetzung oben § 4/IV/5).

1366 Wildhaber, Umstrukturierungen, S. 163; vgl. auch Winkler, Unternehmensumwandlungen, S. 39.

1367 BSK FusG-Baumgartner/Oertle, Vor Art. 27 N 9; vgl. auch Amstutz/Mabillard, Art. 27 N 5. Bei der Fusion müssen alle Aktiven und Passiven auf den überneh-

rechtlichen, sondern einem eigenen fusionsgesetzlichen Betriebsbegriff auszugehen, wonach der Betrieb durch die Gesamtheit der Arbeitsverhältnisse des zufolge Absorption oder Kombination untergehenden Rechtsträgers definiert wird.[1368] Das Recht der Arbeitnehmer, den Übergang abzulehnen, trägt dem persönlichkeitsrechtlichen Charakter genügend Rechnung.[1369]

Beim fusionsgesetzlichen Übergang der Arbeitsverhältnisse im Rahmen einer *Spaltung* und *Vermögensübertragung* können die Arbeitsverhältnisse – vorbehaltlich des Ablehnungsrechts der Arbeitnehmer – nach der in der Liste (vgl. Art. 37 lit. i bzw. Art. 71 Abs. 1 lit. e FusG) vorgenommenen Zuordnung übertragen werden.[1370] Bei Unanwendbarkeit des arbeitsrechtlichen Übergangs nach Art. 333 Abs. 1 OR[1371] hat die Klarstellungsfunktion des Spaltungsvertrags/-plans bzw. Vermögensübertragungsvertrags somit quasi-konstitutive Bedeutung.[1372] Unterbleibt bei der *Abspaltung* die Zuordnung eines Arbeitsverhältnisses, verbleiben die Arbeitsverhältnisse, die nicht in der Liste nach Art. 37 lit. i FusG aufgeführt sind, nach Art. 38 Abs. 1 lit. b FusG im Aktivvermögen der übertragenden Gesellschaft.[1373] Problematischer ist die unterlassene Zuteilung von Arbeitnehmern bei der *Aufspaltung,* da dort der übertragende Rechtsträger mit Eintragung der Spaltung untergeht, womit mit diesem das Arbeitsverhältnis nicht fortdauern kann. Nicht weiterhilft dabei eine analoge Anwendung von Art. 38 Abs. 1 lit. a FusG, wonach bei Aufspaltung nicht zugeordnete Gegenstände allen übernehmenden Ge-

---

menden Rechtsträger übernommen werden, da mit Rechtswirksamkeit der Fusion der übertragende Rechtsträger gelöscht wird (Glanzmann, Umstrukturierungen, N 717).

1368 Wildhaber, Umstrukturierungen, S. 163; vgl. auch BSK FusG-Baumgartner/Oertle, Vor Art. 27 N 8.

1369 Wildhaber, Umstrukturierungen, S. 163; zum Ablehnungsrecht unten § 7/III/1/d.

1370 BSK FusG-Baumgartner/Oertle, Art. 49 N 2; Wildhaber, Umstrukturierungen, S. 163,167; vgl. auch CHK FusG-Weber, Art. 49 N 4, Art. 76 N 3.

1371 Z.B. weil bei einer Aufspaltung von Betrieben bestehende Betriebsstrukturen aufgebrochen werden und einzelne Arbeitsverhältnisse nicht eindeutig zuordenbar sind.

1372 Wildhaber, Umstrukturierungen, S. 163, 167; vgl. auch BSK FusG-Baumgartner/Oertle, Vor Art. 27 N 9; von der Crone et al., N 657.

1373 BSK FusG-Baumgartner/Oertle, Art. 49 N 2; Wildhaber, Umstrukturierungen, S. 164; Winkler, Unternehmensumwandlungen, S. 40. Obschon Art. 38 FusG seinem Wortlaut nach nicht auf Dauerschuldverhältnisse zugeschnitten ist, ist die Bestimmung mangels einer anderweitigen Spezialvorschrift dahingehend zu verstehen, dass auch die Arbeitsverträge unter die zuzuordnenden «Gegenstände des Aktivvermögens» fallen (Wildhaber, Umstrukturierungen, S. 164; Winkler, Unternehmensumwandlungen, S. 40 FN 154).

sellschaften zu Miteigentum gehören, da Arbeitsverhältnisse ihrer Natur nach eine einheitliche Zuordnung an einen einzigen Rechtsträger verlangen.[1374] Auch nicht können sie mit der Löschung des bisherigen Arbeitgebers untergehen; dies widerspräche dem auch hier anwendbaren Prinzip der Universalsukzession, wonach immer eine lückenlose Übertragung aller Rechte und Pflichten stattfindet.[1375] Vielmehr sollen diese mithilfe der Vertragsauslegung, objektiver Kriterien oder dem ausdrücklichen Willen des betroffenen «vergessenen» Arbeitnehmers zugeordnet werden.[1376]

d) Ablehnungsrecht der Arbeitnehmer

aa) Arbeitsrechtlicher Übergang

i. Inhalt, Adressat und Dispositivität des Ablehnungsrechts

Die von einem arbeitsrechtlichen Übergang betroffenen Arbeitnehmer können den Übergang ihres Arbeitsverhältnisses ablehnen (Art. 333 Abs. 1 OR letzter Satzteil).[1377] Das Ablehnungsrecht ist ein eigenständiges rechtsaufhebendes Gestaltungsrecht und keine Kündigung i.S.v. Art. 335 OR.[1378] Es gelten daher weder die gesetzlichen noch vertraglichen Kündigungsbestimmungen.[1379] Die Ablehnung kann formfrei und unbegründet erfolgen.[1380]

1374 Wildhaber, Umstrukturierungen, S. 164; Winkler, Unternehmensumwandlungen, S. 41; gl.M. BSK FusG-Baumgartner/Oertle, Art. 49 N 2.

1375 Eingehend dazu Wildhaber, Umstrukturierungen, S. 165 f.; a.M. Bauer, Arbeitnehmerschutz, S. 40.

1376 Eingehend dazu Wildhaber, Umstrukturierungen, S. 166 f.; gl.M. BSK FusG-Baumgartner/Oertle, Art. 49 N 2; s.a. SHK FusG-Reinert, Art. 49 N 3 (Zuordnung der Arbeitsverhältnisse auf die übernehmende Gesellschaft, welche bessere Gewähr für die Weiterführung des Arbeitsverhältnisses bietet); von der Crone et al., N 656 (Zuordnung der Arbeitsverhältnisse jener übernehmenden Gesellschaft, mit welcher sie funktional am ehesten zusammenhängen).

1377 Dies ist Ausfluss seiner Persönlichkeitsrechte und des persönlichen Charakters des Arbeitsverhältnisses (Brunner/Bühler/Waeber/Bruchez, Art. 333 N 10; Streiff/von Kaenel/Rudolph, Art. 333 N 11).

1378 Streiff/von Kaenel/Rudolph, Art. 333 N 11; vgl. auch Wildhaber, Umstrukturierungen, S. 171.

1379 BSK OR I-Portmann/Rudolph, Art. 333 N 26; Streiff/von Kaenel/Rudolph, Art. 333 N 11; Wildhaber, Umstrukturierungen, S. 171; Wyler/Heinzer, S. 464.

1380 BSK OR I-Portmann/Rudolph, Art. 333 N 26. Aus beweisrechtlichen Gründen sollte die Ablehnungserklärung jedoch schriftlich abgegeben werden.

Das Gesetz nennt den Adressaten der Ablehnungserklärung nicht. M.E. ist dem Arbeitnehmer – wie im deutschen Recht (vgl. § 613a Abs. 6 BGB)[1381] – ein *Wahlrecht* bezüglich des Erklärungsempfängers einzuräumen.[1382] Zwischen dem Erwerber und Veräusserer besteht dabei eine nebenvertragliche Verpflichtung zur gegenseitigen Information über erhaltene Ablehnungserklärungen.[1383]

Wegen seiner dispositiven Natur (vgl. Art. 361 f. OR)[1384] kann der Arbeitnehmer auf das Ablehnungsrecht verzichten bzw. die Parteien können dieses vertraglich ausschliessen.[1385] Davon nicht berührt wird die Befugnis des Arbeitnehmers zur ordentlichen oder ausserordentlichen Kündigung.[1386]

1381 § 613a Abs. 6 BGB lautet wie folgt: «Der Arbeitnehmer kann dem Übergang des Arbeitsverhältnisses innerhalb eines Monats nach Zugang der Unterrichtung nach Absatz 5 schriftlich widersprechen. Der Widerspruch kann gegenüber dem bisherigen Arbeitgeber oder dem neuen Inhaber erklärt werden.»

1382 So auch BSK OR I-Portmann/Rudolph, Art. 333 N 27; von der Crone et al., N 404, 606 und 967; Wildhaber, Umstrukturierungen, S. 174. ZK-Staehelin, Art. 333 N 13 erachtet grundsätzlich eine Erklärung an den Veräusserer wie auch Erwerber für notwendig, da beide betroffen sind. Da dies aber zu umständlich sei, genüge eine Mitteilung an einen der beiden Arbeitgeber. Nach Kradolfer, S. 101, soll die Erklärung der Ablehnungserklärung an denjenigen, unter dem das Arbeitsverhältnis gerade besteht, erfolgen. Ist es für den Arbeitnehmer aber nicht erkennbar – was die Regel sein wird –, wann und auf wen der Betrieb übergeht bzw. bereits übergegangen ist, soll ihm ein Wahlrecht zwischen dem Erwerber und Veräusserer eingeräumt werden. Nach Brühwiler, Art. 333 N 2 ist die Ablehnungserklärung vor dem Betriebsübergang an den Veräusserer, nach Betriebsübergang an den Erwerber zu richten. BK OR-Rehbinder/Stöckli, Art. 333 N 12 erwähnen einzig den Erwerber als Adressaten. Nach Altenburger/Lederer/Calderan, N 678, und Tercier/Bieri/Carron, N 3212 ist die Ablehnung sowohl gegenüber Erwerber und als auch Veräusserer zu erklären.

1383 Wildhaber, Umstrukturierungen, S. 175; vgl. auch Kradolfer, S. 101; ZK-Staehelin, Art. 333 N 13.

1384 BK OR-Rehbinder/Stöckli, Art. 333 N 21; Kradolfer, S. 156 f. (mit eingehender Begründung); Streiff/von Kaenel/Rudolph, Art. 333 N 11; Winkler, Unternehmensumwandlungen, S. 45 f. (mit eingehender Begründung); a.M. Brunner/Bühler/Waeber/Bruchez, Art. 333 N 3, und Suffert, S. 26 (zwingender Charakter der Bestimmung).

1385 Kradolfer, S. 157; Streiff/von Kaenel/Rudolph, Art. 333 N 11; Wildhaber, Umstrukturierungen, S. 185; Winkler, Unternehmensumwandlungen, S. 46.

1386 Wildhaber, Umstrukturierungen, S. 185; Winkler, Unternehmenswandlungen, S. 46.

ii. Ablehnungsfrist

Nicht gesetzlich geregelt ist, innerhalb welcher Frist der Arbeitnehmer seine Ablehnung erklären muss. Überzeugend ist m.E. die Festlegung der Frist im Einzelfall nach Treu und Glauben.[1387] Die damit einhergehende Rechtsunsicherheit kann der Arbeitgeber durch das Setzen einer den Umständen angemessenen Frist zur Ablehnungserklärung mildern.[1388] Je nach Komplexität oder Dringlichkeit des Betriebsüberganges fällt diese länger oder kürzer aus.[1389] Lässt der Arbeitnehmer die Ablehnungsfrist ungenutzt verstreichen, gilt dies als stillschweigender Verzicht auf das Ablehnungsrecht bzw. Zustimmung zum Übergang.[1390] Erklärt er vor Ablauf der Ablehnungsfrist seine Zustimmung, erlischt das Ablehnungsrecht.[1391]

Die Ablehnungsfrist kann frühestens beginnen, nachdem der Arbeitgeber seine Informations- und allfällige Konsultationspflicht (vgl. Art. 333a OR) erfüllt hat;[1392] der Arbeitnehmer muss die notwendigen Informationen haben, um über die Zukunft seines Arbeitsverhältnisses fundiert entscheiden zu können.[1393]

1387 So Geiser, arbeitsrechtliche Fragen, S. 167; Streiff/von Kaenel/Rudolph, Art. 333 N 11; Vischer/Müller, § 23 N 14; von der Crone et al., N 404, 668 und 969; Kradolfer, S. 96 f. Andere Autoren erachten in analoger Anwendung von Art. 335b Abs. 1 OR eine Frist von einem Monat als angemessen (Brühwiler, Art. 333 N 2; BSK OR I-Portmann/Rudolph, Art. 333 N 28; ZK-Staehelin, Art. 333 N 13. Wyler/Heinzer, S. 462 [unter Abweichung im Einzelfall]). Dies ist mangels gesetzlicher Grundlage abzulehnen. Das Bundesgericht nennt eine Bedenkfrist von einigen Wochen (BGer 4A_616/2011; ebenso Brunner/Bühler/Waeber/Bruchez, Art. 333 N 10).

1388 Streiff/von Kaenel/Rudolph, Art. 333 N 11; Wildhaber, Umstrukturierungen, S. 172.

1389 Streiff/von Kaenel/Rudolph, Art. 333 N 11; Wildhaber, Umstrukturierungen, S. 172; vgl. auch Brühwiler, Art. 333 N 2, der zwar von einer einmonatigen Frist ausgeht, dem Arbeitgeber aber im Interesse einer raschen Klärung der Rechtsverhältnisse das Recht zu Setzung einer angemessenen (kürzeren) Bedenkzeit einräumt; a.M. ZK-Staehelin, Art. 333 N 13, wonach eine Verkürzung der Ablehnungsfrist unzulässig sei.

1390 BGE 137 V 469; BK OR-Rehbinder/Stöckli, Art. 333 N 11; BSK OR I-Portmann/Rudolph, Art. 333 N 28; Wyler/Heinzer, S. 462.

1391 Wildhaber, Umstrukturierungen, S. 173. Zu den Mitwirkungsrechten der Arbeitnehmer unten § 7/V.

1392 Brühwiler, Art. 333 N 2; Streiff/von Kaenel/Rudolph, Art. 333 N 11.

1393 BGer 4A_616/2011, E. 3.3 m.w.H.; Streiff/von Kaenel/Rudolph, Art. 333 N 11.

iii. Rechtsfolgen der Ablehnung

Lehnt der Arbeitnehmer den Übergang ab, wird sein Vertragsverhältnis ex lege nach Ablauf der gesetzlichen Kündigungsfrist auf den nächsten gesetzlichen Kündigungstermin aufgelöst, frühestens aber auf den Zeitpunkt des Betriebsübergangs.[1394] Letztere Ergänzung zum Wortlaut von Art. 333 Abs. 2 OR ist notwendig,[1395] da die gesetzliche Kündigungsfrist je nach deren Dauer und dem Zeitpunkt der Ablehnungserklärung schon vor Betriebsübergang ablaufen kann. Denn hier geht es nicht um die Kündigung des zwischen dem Arbeitnehmer und dem Veräusserer bestehenden Arbeitsverhältnisses, sondern um die Ablehnung dessen Übergangs auf den Veräusserers; die Ausübung dieses Gestaltungsrechts entfaltet ihre Rechtswirksamkeit jedoch erst im Zeitpunkt des Betriebsübergangs.[1396] Die gesetzliche Kündigungsfrist gilt sowohl bei befristeten als auch bei mit einer längeren oder kürzeren Kündigungsfrist versehenen Arbeitsverträgen.[1397] Nicht verlängert wird sie durch eine allfällige Sperrfrist (Art. 336 ff. OR).[1398]

Die Frist läuft ab dem Zeitpunkt des Empfangs der Ablehnungserklärung durch den Arbeitgeber.[1399] Sofern die Kündigungsfrist erst nach Betriebsübergang endigt, ist Art. 333 Abs. 2 OR insofern missverständlich, als auch das Arbeitsverhältnis eines den Übergang ablehnenden Arbeitnehmers bis zum Ablauf der Kündigungsfrist auf den Erwerber übergeht (sog. gesetzlicher Vertragsübergang).[1400]

1394 BSK OR I-Portmann/Rudolph, Art. 333 N 31; Kradolfer, S. 101; Streiff/von Kaenel/Rudolph, Art. 333 N 12; a.M. Brühwiler, Art. 333 N 2 (keine gesetzliche Grundlage für eine Erstreckung bis zum Betriebsübergang).

1395 Gemäss Streiff/von Kaenel/Rudolph, Art. 333 N 12, hat der Gesetzgeber entweder an diesen Fall nicht gedacht oder die Vertragserfüllung bis zum Betriebsübergang als selbstverständlich angeschaut.

1396 Streiff/von Kaenel/Rudolph, Art. 333 N 12.

1397 BSK OR I-Portmann/Rudolph, Art. 333 N 29; Wildhaber, Umstrukturierungen, S. 170; Streiff/von Kaenel/Rudolph, Art. 333 N 12.

1398 Miloni, S. 18; gl.M. Wildhaber, Umstrukturierungen, S. 170.

1399 BK OR-Rehbinder/Stöckli, Art. 333 N 12; Brunner/Bühler/Waeber/Bruchez, Art. 333 N 11; Streiff/von Kaenel/Rudolph, Art. 333 N 12.

1400 BK OR-Rehbinder/Stöckli, Art. 333 N 12; gl.M. Brühwiler, Art. 333 N 1. Nicht korrekt ist die Ansicht, wonach das Arbeitsverhältnis zwischen den alten Vertragsparteien bestehen bleibt und der Arbeitnehmer an den Betriebsnachfolger nur kraft Gesetz ausgeliehen wird (so AGer ZH, JAR 1988, S. 253 ff.; Knus Jürg, Betriebsübergang und Arbeitsverhältnis nach schweizerischem Recht, Diss. Zürich 1978, S. 62 f.; Holderman Bernard, Der Übergang des Arbeitsverhältnisses nach schweizerischem Recht, in: ArbR 1991, S. 55).

Arbeitnehmer und Erwerber sind bis dahin verpflichtet, den Arbeitsvertrag zu erfüllen (Art. 333 Abs. 2 OR). Liegen Umstände vor, die das Weiterführen des Arbeitsverhältnisses unzumutbar machen, kann der Arbeitsvertrag während der gesetzlichen Geltungsdauer vorzeitig ausserordentlich gekündigt werden (Art. 337 f. OR).[1401] Bis zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses haftet der alte Arbeitgeber auch für die nach dem Übergang fälligen Forderungen aus dem Arbeitsverhältnis neben dem Erwerber solidarisch (Art. 333 Abs. 3 OR).[1402]

Wie eine Kündigung kann die Ablehnung bei anschliessender Erwerbslosigkeit ferner zu Einstelltagen nach Art. 30 Abs. 1 lit. a AVIG führen.[1403]

iv. Sonderfrage: Wirkung der Ablehnung auf Konkurrenzverbote

Nach Art. 340c Abs. 2 OR fällt das Konkurrenzverbot dahin, wenn der Arbeitnehmer das Arbeitsverhältnis aus einem begründeten, vom Arbeitgeber zu verantwortendem Anlass auflöst. Ein Teil der Lehre qualifiziert die vom Arbeitnehmer durch Ausübung seines Ablehnungsrechts bewirkte Beendigung des Arbeitsverhältnisses (noch immer) als arbeitgeberseitig zu verantwortenden Anlass i.S.v. Art. 340c Abs. 2 OR, weshalb mit der durch die Ablehnungserklärung bewirkte Beendigung des Arbeitsverhältnisses das Konkurrenzverbots wegfalle.[1404] Diese Ansicht ist m.E. überholt. Heute sind die Arbeitsverhältnisse selten derart von der persönlichen Beziehung zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber geprägt, dass die formelle Tatsache des Betriebsübergangs automatisch einen begründeten Anlass i.S.v. Art. 340c Abs. 2 OR darstellt.[1405] Ob ein begrün-

---

1401 BSK OR I-Portmann/Rudolph, Art. 333 N 32; Streiff/von Kaenel/Rudolph, Art. 333 N 12.

1402 BK OR-Rehbinder/Stöckli, Art. 333 N 12; Brunner/Bühler/Waeber/Bruchez, Art. 333 N 11. Zur solidarischen Haftung unten § 7/III/3/b.

1403 Vgl. dazu Wildhaber, Umstrukturierungen, S. 178 f.

1404 Bohny, S. 147; Bohny, Konkurrenzerbot, N 7.32; Brunner/Bühler/Waeber/Bruchez, 340c N 3; Geiser, AJP 2004, S. 866; Geiser/Müller/Pärli, N 728; ZK-Staehelin, Art. 340c N 18. Eingehend zum Meinungsstand Wildhaber, Umstrukturierungen, S. 175 ff.

1405 FHB Arbeitsrecht-Rudolph, N 8.52; Streiff/von Kaenel/Rudolph, Art. 340c N 10.

deter Anlass *materiell* vorliegt, ist vielmehr im konkreten Einzelfall zu beurteilen.[1406/1407]

Stellt der Betriebsübergang im konkreten Fall keinen begründeten Anlass für eine Auflösung des Arbeitsverhältnisses dar und fällt deshalb das Konkurrenzverbot nicht dahin, stellt sich die weitere Frage nach dessen Übergang auf den Erwerber. Erfolgt der Betriebsübergang vor Ablauf der gesetzlichen Kündigungsfrist, geht das Arbeitsverhältnis samt Konkurrenzverbot trotz Ablehnungserklärung auf den Erwerber über und der Veräusserer verliert alle aus dem Konkurrenzverbot fliessenden Rechtspositionen. Ist der ablehnende Arbeitnehmer schon vor Betriebsübergang ausgeschieden, geht das Konkurrenzverbot nicht über.[1408]

bb) Fusionsgesetzlicher Übergang

Ein Teil der Lehre spricht sich bei der Spaltung und der Vermögensübertragung für eine Zustimmungserfordernis der betroffenen Arbeitnehmer für den Übergang ihres Vertragsverhältnisses aus.[1409] Damit gingen die Arbeitsverhältnisse nicht im Rahmen der partiellen Universalsukzession von Gesetzes wegen über. Die Autoren stützen sich hierbei auf die Botschaft, welche bei Spaltungen den Übergang der Verträge von der Zustimmung sämtlicher Vertragsparteien abhängig macht. Dies

---

1406 Streiff/von Kaenel/Rudolph, Art. 340c N 10; gl.M. Baumgartner/Wildhaber, S. 1092; BK OR-Rehbinder/Stöckli, Art. 340c N 2 (anders noch in der 1. A.); FHB Arbeitsrecht-Rudolph, N 8.52; Subilia/Duc, Art. 340c N 19; Vischer/Müller, § 21 N 49, Wildhaber, Umstrukturierungen, S. 177; Wyler/Heinzer, S. 737 f.; vgl. auch BGE 54 II 462, wonach der Wechsel des Arbeitgebers nur dann ein begründeter Anlass für die Vertragsauflösung sei, wenn die dem Arbeitnehmer neu zugedachte Funktion unzumutbar sei; OGer ZH, vom 19.01.2017 (LA160013), E. III.b.

1407 Sofern ein konkreter Betriebsübergang einen begründeten Anlass für die Auflösung des Arbeitsverhältnisses darstellt, kann sich der Arbeitnehmer somit durch seine Ablehnungserklärung bewusst des Konkurrenzverbots entledigen Dies ergibt sich daraus, dass genau das die von Art. 340c Abs. 2 OR anvisierte Rechtsfolge ist, und kann deshalb nur dann vermieden werden, wenn eine Gesetzesumgehung vorliegt (Wildhaber, Umstrukturierungen, S. 177).

1408 Zum Schicksal des Konkurrenzverbots beim Übergang des Arbeitsverhältnisses näher unten § 7/III/2/a/aa/ii.

1409 So Altenburger/Calderan/Lederer, N 488; Winkler, SJZ, S. 479 f.; Zimmerli, S. 774. Bei der Fusion stellt sich die Frage nach einer Zustimmungserfordernis nicht, da dort alle mit dem übertragenden Rechtsträger bestehenden Arbeitsverhältnisse ipso iure via Universalsukzession übergehen, während bei der Spaltung und Vermögensübertragung nur die im Inventar bezeichneten Vermögenswerte übertragen werden.

überzeugt m.E. nicht. Diese Einschränkung der Wirkung der partiellen Universalsukzession wird bei der Vermögensübertragung an entsprechender Stelle weder wiederholt noch darauf verwiesen.[1410] Auch im Gesetz findet die Zustimmungserfordernis keinen Niederschlag.[1411] Eine Zustimmungserfordernis würde sodann mit der Zielsetzung des FusG, Neustrukturierungen zu erleichtern, konfligieren.[1412] Kommt hinzu, dass dies insbesondere bei der Aufspaltung nicht sachgerecht wäre. Hier entstünde die absurde Konsequenz, dass bei fehlender Zustimmung der Arbeitnehmer die Arbeitsverhältnisse beim übertragenden, zufolge der Aufspaltung aber untergehenden Rechtsträger verblieben.[1413] Aus diesen Gründen ist deshalb auch beim fusionsgesetzlichen Übergang eine Zustimmungserfordernis des betroffenen Arbeitnehmers abzulehnen[1414] und es können somit zusätzliche Arbeitnehmer *ohne deren Zustimmung* in die Liste der Arbeitsverhältnisse im Spaltungsvertrag-/plan (Art. 37 lit. i FusG) oder im Übertragungsvertrag (Art. 71 Abs. 1 lit. e FusG) aufgenommen werden. Im Ergebnis aber behält der betroffene Arbeitnehmer in jedem Fall das Recht, den Übergang seines Arbeitsverhältnisses abzulehnen (dazu sogleich). Dem Interesse der Arbeitnehmer ist so genüge getan. Eine Zustimmung der betroffenen Arbeitnehmer bei der Spaltung und Vermögensübertragung ist m.E. nur dort zwingend nötig, wo das einem anderen Betrieb(steil) zugehöriges Arbeitsverhältnis übertragen werden soll.[1415] Andernfalls verletzt wäre das dem Art. 333 OR zugrunde liegende Prinzip des Gleichlaufs von Arbeitsplatz und Arbeitsverhältnis. Die Zustimmung bzw. Ablehnung kann sowohl gegenüber dem übertragenden oder – sofern dieser bereits besteht – gegenüber dem übernehmen-

---

1410 Beretta, S. 252.

1411 Kradolfer, S. 121; Wildhaber, Umstrukturierungen, S. 181.

1412 Kradolfer, S. 121; Wildhaber, Umstrukturierungen, S. 182; vgl. auch von der Crone et al., N 987.

1413 BSK FusG-Watter/Büchi, Art. 52 N 7; vgl. auch Kradolfer, S. 122.

1414 Gl.M. BSK FusG-Baumgartner/Oertle, Art. 49 N 2, Art. 76 N 10; Kradolfer, 110 f., 121 f.; von der Crone et al., N 653, 955 und 1004; Wildhaber, Umstrukturierungen, S. 180; Winkler, Unternehmensumwandlungen, S. 42 (anders in SJZ, S. 479). Wegen der (noch) bestehenden Rechtsunsicherheit ist die Einholung der Zustimmung der betroffenen Vertragsparteien aber zu empfehlen (so auch Glanzmann, Umstrukturierungen, N 365; Kradolfer, S. 123, 125; Wildhaber, Umstrukturierungen, S. 183). Zum Verbot des Rechtsmissbrauchs im Rahmen der selektiven Zuordnung von Rechten und Pflichten bei Spaltungen und Vermögensübertragungen vgl. von der Crone et al., N 1006.

1415 Zur Betriebsbezogenheit oben § 7/II/4.

den Rechtsträger erfolgen. Ohne Zustimmung verbleibt der Arbeitnehmer bei seinem zugehörigen Betrieb(steil).[1416]

Wie beim arbeitsrechtlichen Übergang haben auch die fusionsgesetzlich übergehenden Arbeitnehmer wegen des Sachnormverweises[1417] auf Art. 333 OR *ein direktes Ablehnungsrecht.*[1418] Es kann auf die obigen Ausführungen verwiesen werden.

e) Zeitpunkt des Übergangs der Arbeitsverhältnisse

Die Bestimmung des Zeitpunkts des Übergangs der Arbeitsverhältnisse ist für den Fristenlauf betreffend die Weitergeltung des GAV (vgl. Art. 333 Abs. 1bis OR) und die Solidarhaftung (vgl. Art. 333 Abs. 3 OR) zentral. Hier ist allerdings nicht die Unterscheidung zwischen arbeitsrechtlichem und fusionsgesetzlichem Betriebsübergang massgeblich, sondern einzig, ob die Umstrukturierung als solche *nach dem FusG erfolgt* oder *nicht:*[1419]

Ausserhalb des FusG gilt als Zeitpunkt des Betriebsübergangs der Tag, ab dem der Erwerber die Leitungsmacht ausüben kann und den Willen hat, dies auch tatsächlich zu tun. Ob er dies auch umgehend tut und den Betrieb aufnimmt, ist unerheblich. Kürzere Betriebspausen durch den Erwerber stehen dem Übergang des Betriebes bzw. jenem der Arbeitsverhältnisse nicht entgegen.[1420] Haben die Parteien den Zeitpunkt für den Übergang von Nutzen und Gefahr bzw. der Übernahme der Sachherrschaft über den Betrieb fixiert, ist das Datum des Übergangs klar. Der Zeitpunkt ist indes dann schwierig zu bestimmen, wenn die Parteien den Betriebsübergang zur Vermeidung des zwingenden Übergangs der Arbeitsverhältnisse bewusst verbergen.[1421]

1416 Zum Ganzen Wildhaber, Umstrukturierungen, S. 183.

1417 Dazu bereits oben § 7/III/1/a.

1418 Wildhaber, Umstrukturierungen, S. 184. Soweit die Verweise im FusG als Gesamtnormverweise qualifiziert werden, ist ein analoges Ablehnungsrecht zu bejahen (eingehend dazu Wildhaber, Umstrukturierungen, S. 184 f.; Winkler, Unternehmensumwandlungen, S. 44 f.).

1419 Wildhaber, Umstrukturierungen, S. 187.

1420 Wildhaber, Umstrukturierungen, S. 187.

1421 Geiser, AJP 2007, S. 1524 (die einzelnen Aktiven des Betriebes werden z.B. schleichend übernommen und der Erwerber vermeidet es, ab einem bestimmten Zeitpunkt als neuer Inhaber nach aussen aufzutreten. Auch erteilt er den zu übernehmenden Arbeitnehmern keine Weisungen, da er diese ja gerade nicht übernehmen möchte).

Innerhalb des FusG gehen der Betrieb inklusive Arbeitsverhältnisse auf den Zeitpunkt der Handelsregistereintragung über (vgl. Art. 22 Abs. 1 FusG, Art. 52 FusG, Art. 73 Abs. 2 FusG).[1422]

f) Abweichende Vereinbarungen

aa) Arbeitsrechtlicher Übergang

Der automatische Übergang wie auch das Ablehnungsrecht des Arbeitnehmers entsprechen nicht immer den Interessen und Bedürfnissen der beteiligten Parteien. Der automatische Übergang der Arbeitnehmer nach Art. 333 Abs. 1 OR kann die Suche nach einem Käufer erschweren.[1423] Potentielle Käufer sind oft nicht daran interessiert, alle Arbeitnehmer zu übernehmen, was sich im Übernahmepreis negativ niederschlagen kann.[1424] Auch der Arbeitnehmer hat teilweise an einer von Art. 333 OR abweichenden Vereinbarung Interesse.[1425]

Art. 333 Abs. 1 OR gilt – obschon nicht im Katalog von Art. 362 OR enthalten[1426] – nach h.L. als relativ zwingend.[1427] Andernfalls würde der automatische Übergang der Arbeitsverhältnisse regelmässig wegbedungen und der beabsichtige Schutz der Arbeitnehmer ins Leere laufen.[1428] Daher unzulässig sind *Vereinbarungen zwischen dem Veräusserer und dem Erwerber* ohne Miteinbezug des Arbeitnehmers, die dessen Übergang ex lege ausschliessen oder einschränken.[1429] Steht dem Arbeitnehmer nach Art. 333 Abs. 2 OR ein Ablehnungsrecht zu, so muss es ihm indes möglich sein, *auf den automatischen Übergang seines Arbeitsverhältnisses* zu ver-

---

1422 BSK FusG-Baumgartner/Oertle, Vor Art. 27 N 15; Wildhaber, Umstrukturierungen, S. 188.

1423 Brühwiler, Art. 333 N 1 spricht von einem «Abschreckungseffekt» gegenüber Übernahmeinteressen; vgl. auch Wildhaber, Umstrukturierungen, S. 188 f.

1424 Wildhaber, Umstrukturierungen, S. 189.

1425 Wildhaber, Umstrukturierungen, S. 189 (wenn ein Übergang bspw. trotz Ablehnung stattfindet, da die gesetzliche Kündigungsfrist bei Betriebsübergang noch nicht abgelaufen ist und der Arbeitnehmer anstatt einem aufgezwungenen Wechsel während der Kündigungsfrist eine sofortige Auflösung des Arbeitsverhältnisses bevorzugt).

1426 Vgl. dazu Winkler, Unternehmensumwandlungen, S. 59 f.

1427 BK OR-Rehbinder/Stöckli, Art. 333 N 4, 21; Geiser, Betriebsübernahme, S. 104 f.; Streiff/von Kaenel/Rudolph, Art. 333 N 25.

1428 Geiser, Betriebsübernahme, S. 105; vgl. auch Winkler, Unternehmensumwandlungen, S. 60 f.

1429 BGE 136 III 556; 132 III 32, 127 V 183; Geiser, Betriebsübernahmen, S. 104; Kradolfer, S. 156; Wildhaber, Umstrukturierungen, S. 191.

zichten bzw. mit dem Veräusserer *die einvernehmliche Auflösung seines Arbeitsverhältnisses* mit Blick auf einen *konkreten* und *unmittelbar bevorstehenden*[1430] Betriebsübergang zu vereinbaren.[1431/1432] Eine solche einvernehmliche Verzichtsvereinbarung trägt dem Interesse des Arbeitnehmers meist besser Rechnung als die Ausübung dessen Ablehnungsrechts, da damit ein vom Arbeitnehmer ungewollter Übergang tatsächlich vermieden wird, während bei Ausübung des Ablehnungsrechts das Arbeitsverhältnis für eine begrenzte Zeit trotzdem übergehen kann.[1433] Zulässig mit Blick auf einen konkreten Betriebsübergang ist ferner die Vereinbarung zwischen Veräusserer und dem Arbeitnehmer, das zwischen ihnen bestehende Arbeitsverhältnis fortzuführen und entsprechend vom automatischen Übergang auszunehmen.[1434] Hier braucht es den von Art. 333 OR anvisierten Schutz nicht.[1435] Gleichermassen zulässig sein muss eine *Vereinbarung zwischen dem Erwerber und dem Arbeitnehmer,* welche den Übergang des Arbeitsverhältnisses ausschliesst.[1436] Unzulässig ist ein Aufhebungsvertrag in der Regel, wenn

---

1430 Unzulässig ist der v*orsorgliche Verzicht* betreffend potentiellen Betriebsübergängen. Ein solcher widerspricht dem Schutzzweck von Art. 333 OR, da sich der Arbeitnehmer nicht über die Tragweite im konkreten Einzelfall bewusst sein kann (Geiser, Betriebsübernahme, S. 105; Kradolfer, S. 151; Wildhaber, Umstrukturierungen, S. 190; Winkler, Unternehmensumwandlungen, S. 61; vgl. auch BGE 132 III 32, E. 4.2.2.2).

1431 Kradolfer, S. 151 ff.; Wildhaber, Umstrukturierungen, S. 190; Winkler, Unternehmensumwandlungen, S. 61; a.M. BGE 132 III 40 f., wonach ein vertraglicher Ausschluss des Übergangs der Arbeitsverhältnisse unzulässig sei, da der Übergang des Arbeitsverhältnisses einzig vom Willen des Arbeitnehmers abhängen dürfe. Damit verkennt das Bundesgericht aber, dass auch ein vertraglicher Verzicht letztlich vom Willen des Arbeitnehmers abhängt (Kradolfer, S. 153).

1432 Für den Abschluss eines Aufhebungsvertrages müssen selbstverständlich die üblichen Zulässigkeitsvoraussetzungen erfüllt sein (zum Aufhebungsvertrag oben § 5/III).

1433 Vgl. Wildhaber, Umstrukturierungen, S. 190. Zur Wirkung der Ablehnung oben § 7/III/d/aa/iii.

1434 BSK OR I-Portmann/Rudolph, Art. 333 N 9; Kradolfer, S. 154; Wildhaber, Umstrukturierungen, S. 191; a.M. BGE 132 III 32, E. 4.2.2.4; Streiff/von Kaenel/Rudolph, Art. 333 N 5. Voraussetzung ist selbstverständlich, dass der Arbeitgeber nach Übergang des Betriebs(teils) weiterbesteht (Kradolfer, S. 154).

1435 BSK OR I-Portmann/Rudolph, Art. 333 N 9.

1436 Kradolfer, S. 155; Wildhaber, Umstrukturierungen, S. 191; a.M. BGE 132 III 32, E. 4.2.2.3, wonach ein Verzicht des Arbeitnehmers auf die solidarische Haftung des Betriebserwerbers und damit auf die Anwendung von Art. 333 OR als Ganzes nicht zulässig sei (Art. 341 OR). Dies überzeugt nicht, denn aus dem zwingenden Charakter

er nur beschlossen wird, um den Arbeitnehmer unter anderen Bedingungen kurz darauf beim Übernehmer anzustellen. Hier liegt eine Gesetzesumgehung vor, sofern der Aufhebungsvertrag kein echter Vergleichscharakter hat.[1437]

bb) Fusionsgesetzlicher Übergang

Da beim fusionsgesetzlichen Übergang die Arbeitsverhältnisse qua (partieller) Universalsukzession auf den neuen Rechtsträger übergehen, stellt sich hier die Frage nach der Dispositivität von Art. 333 Abs. 1 OR nicht.[1438] Der (partiell) universalsukzessorische Übergang der Arbeitsverhältnisse kann grundsätzlich auf zwei Arten vermieden werden:

Ein Arbeitsverhältnis kann vom Eintritt einer *Resolutivbedingung* abhängig gemacht werden, sodass der Arbeitsvertrag seine Wirksamkeit im Zeitpunkt verliert, in dem die Bedingung (Art. 154 OR) – vorliegend die Umstrukturierung bzw. die den Rechtsübergang auslösende Eintragung ins Handelsregister – eintritt.[1439] Dies ist grundsätzlich zulässig, sofern der Eintritt der Bedingung ungefähr *voraussehbar* ist und der Eintritt der Bedingung nicht allein vom Willen einer Vertragspartei abhängt *(keine Potestativbedingung).*[1440] Kann später mit Sicherheit festgestellt werden, dass das ungewisse Ereignis nicht mehr eintreten wird, wandelt sich das auflösend bedingte Arbeitsverhältnis in ein unbedingtes und damit unbefristetes.[1441] Was die Voraussehbarkeit betrifft, so kommen fusionsgesetzliche Umstrukturierungen für die Arbeitnehmer meist nicht überraschend, da diesen ein längerer Prozess vorausgeht. Spätestens mit Abschluss des Umstrukturierungsvertrags wird die Arbeitnehmerschaft über die bevorstehende Umstrukturierung in Kenntnis ge-

---

der solidarischen Haftung kann nicht auf die Unzulässigkeit einer von Art. 333 Abs. 1 OR abweichenden Vereinbarung geschlossen werden (Kradolfer, S. 155).

1437 OGer BE, JAR 2009, S. 469 ff.; BSK OR I-Portmann/Rudolph, Art. 333 N 9. Zum Aufhebungsvertrag oben § 5/III.

1438 Wildhaber Umstrukturierungen, S. 192.

1439 Wildhaber, Umstrukturierungen, S. 192; Winkler, Unternehmensumwandlungen, S. 48.

1440 BGE 96 II 52, E. 2a); Botschaft Kündigungsschutz, 592; BK OR-Rehbinder/Stöckli, Art. 334 N 7; Wildhaber, Umstrukturierungen, S. 19; Winkler, Unternehmensumwandlungen, S. 49. Reine Potestativbedingungen sind weder mit der erforderlichen objektiven Bestimmbarkeit der Vertragsdauer noch mit dem Verbot der ungleichen Kündigungsfristen nach Art. 335a OR vereinbar (vgl. BGE 96 II 55; ZK-Staehelin, Art. 334 N 13 m.w.H.).

1441 BK OR-Rehbinder/Stöckli, Art. 334 N 7.

setzt.[1442] Ist für den Arbeitnehmer das bevorstehende Ende des Vertrages nur schwer voraussehbar, muss der Arbeitgeber diesen aufgrund seiner erweiterten Fürsorgepflicht über das herannahende Ende des Vertrages rechtzeitig informieren, damit der Arbeitnehmer genügend Zeit hat, eine neue Stelle zu finden.[1443] Das Verbot der vertraglichen Anknüpfung an eine reine Potestativbedingung ist bei Umstrukturierungen nach dem FusG relativ unproblematisch. Der Abschluss eines Fusions-, Spaltungs- oder Vermögensübertragungsvertrags hängt stets von der Zustimmung der obersten Leitungs- oder Verwaltungsorgane des anderen vertragsschliessenden Unternehmens ab.[1444] Eine Resolutivbedingung kann somit grundsätzlich an eine fusionsgesetzliche Umstrukturierung knüpfen.[1445] Eine Ausnahme bildet die Spaltung zum Zwecke der Neugründung, welche einzig auf einem durch das oberste Leitungs- oder Verwaltungsorgan der übertragenden Gesellschaft erstellten Spaltungsplan gründet. Für den Beschluss des Spaltungsvertrags genügt ein Spaltungsbeschluss der übertragenden Gesellschaft bzw. ist einzig deren Willen massgebend; eine Genehmigung der neu zu gründenden Gesellschaft ist nicht notwendig, weshalb hier die Vereinbarung einer Resolutivbedingung unzulässig ist.[1446]

Grundsätzlich zulässig ist auch hier ein *Aufhebungsvertrag* zwischen dem Arbeitnehmer und dem übertragenden Rechtsträger hinsichtlich eines zukünftigen Betriebsübergangs.[1447]

g) Zulässigkeit von Kündigungen

aa) Arbeitsrechtlicher Übergang

Dem Veräusserer steht es grundsätzlich frei, das Arbeitsverhältnis auf einen vor der Übernahme des Betriebes liegenden Termin oder denselben, Kündigungen

---

1442 Wildhaber, Umstrukturierungen, S. 193; Winkler, Unternehmensumwandlungen, S. 51 f. Zu den Mitwirkungsrechten unten § 7/V/3.

1443 Vgl. BK OR-Rehbinder/Stöckli, Art. 334 N 10; ZK-Staehelin, Art. 334 N 18.

1444 Wildhaber, Umstrukturierungen, S. 193; Winkler, Unternehmensumwandlungen, S. 53 f.

1445 Wildhaber, Umstrukturierungen, S. 193; vgl. auch Winkler, Unternehmensumwandlungen, S. 53 f.

1446 Wildhaber, Umstrukturierungen, S. 193 f. m.w.H.; Winkler, Unternehmensumwandlungen, S. 54 f.

1447 Eingehend dazu Wildhaber, Umstrukturierungen, S. 194 ff. und Winkler, Unternehmensumwandlungen, S. 55 ff., grundsätzlich zum Aufhebungsvertrag oben § 5/III.

unter Einhaltung der allgemeinen Kündigungsschutzbestimmungen auszusprechen.[1448] Ebenso kann der Erwerber nach der Übernahme von seinem Kündigungsrecht Gebrauch machen.[1449/1450]

Unzulässig sind allerdings Kündigungen, die einzig ausgesprochen werden, um die Rechtsfolgen von Art. 333 Abs. 1 OR zu umgehen (sog. Gesetzesumgehung). *Betriebsübergangsbedingte Kündigungen* stellen jedoch nicht per se eine unzulässige Gesetzesumgehung dar.[1451] Eine solche liegt gemäss Bundesgericht bloss vor, wenn die Kündigung ausschliesslich den Übergang des Arbeitsverhältnisses verhindern will,[1452] nicht aber, wenn sie durch *ökonomische, technische oder organisatorische Gründe* gerechtfertigt ist.[1453/1454]

1448 ZK-Staehelin, Art. 333 N 12; vgl. auch BSK OR I-Portmann/Rudolph, Art. 333 N 10.

1449 ZK-Staehelin, Art. 333 N 12. Zu beachten ist allerdings der besondere Kündigungsschutz für Arbeitnehmervertreter (dazu unten § 7/III/g/cc).

1450 Ein Betriebsübergang rechtfertigt allerdings weder für den (übertragenden und übernehmenden) Arbeitgeber noch für den Arbeitnehmer eine *fristlose Kündigung* (Zusatzbotschaft I, 402; Brühwiler, Art. 333 N 1 mit Hinweis auf BGE 116 II 142 [fristlose Kündigung durch Arbeitnehmer]; Geiser, arbeitsrechtliche Fragen, S. 170; Vischer/Müller, § 23 N 10; Winkler, Unternehmensumwandlungen, S. 110). Zu beachten ist indes, dass alle Kenntnisse des bisherigen Arbeitgebers auch dem neuen Arbeitgeber zugerechnet werden. Dazu zählen bspw. auch Umstände, die einen wichtigen Grund für eine ausserordentliche Kündigung rechtfertigen können (Wildhaber, Umstrukturierungen, S. 199).

1451 BGE 136 III 552, E. 3.3. Bis zur höchstrichterlichen Klärung in BGE 136 III 552 herrschte in der Lehre seit jeher Uneinigkeit über die Zulässigkeit betriebsübergangsbedingter Kündigungen (zum Meinungstand BGE 136 III 552, E. 3.2; Wildhaber, SJZ, S. 187 ff.).

1452 Als Beispiel für eine Gesetzesumgehung führt das Bundesgericht in BGE 136 III 552, E. 3.3 an: Der Veräusserer könne nicht die Verträge aller oder eines Teils seiner Angestellten kündigen, damit diese dann mit dem Erwerber neue Verträge schliessen und so die sich aus der Dauer der ursprünglichen Verträge ergebenden Vorteile verlieren. Auch nicht zulässig sei die Kündigung bestimmter Arbeitnehmer durch den Veräusserer, weil der Übernehmer diese nicht übernehmen will; vgl. auch Geiser, arbeitsrechtliche Fragen, S. 170.

1453 BGE 136 III 552, E. 3.3 (unter Berufung auf Art. 4 Ziff. 1 der Richtlinie 77/187/EWG vom 14. 02. 1977, wonach der Betriebsübergang als solcher keinen Grund zur Kündigung darstellt, weder für den bisherigen noch für den neuen Betriebsinhaber). Es lag folgender Sachverhalt vor: Ein sanierungsbedürftiger Veräusserer hat 6 von 26 Arbeitsverträge auf den Tag des Betriebsüberganges gekündigt, wobei er wegen finanziellen Schwierigkeiten auf eine Übernahme angewiesen war und mit den Kündigungen die Übernahme erleichtern bzw. dem Übernehmer die Möglichkeit geben wollte, den

Offen liess das Bundesgericht, welche Rechtsfolgen eine rein betriebsübergangsbedingte Kündigung zeitigt.[1455] Nach h.L. ist eine gesetzesumgehende Kündigung nicht gültig, womit die unwirksam gekündigten Arbeitsverhältnisse gleichwohl auf den Erwerber übergehen.[1456]

bb) Fusionsgesetzlicher Übergang

Auch das FusG sieht keinen besonderen Kündigungsschutz im Rahmen eines Betriebsübergangs. Damit können die übertragenden wie auch übernehmenden Rechtsträger – unter Beachtung der allgemeinen arbeitsrechtlichen Kündigungsschutzbestimmungen – Arbeitsverhältnisse jederzeit (ordentlich) auf einen Zeitpunkt vor oder nach Vollzug der Betriebsübertragung auflösen.[1457]

---

zu übernehmenden Personalbestand mitzubestimmen. Das Bundesgericht sah darin keine Gesetzesumgehung; es sei eine geeignete und wirtschaftlich gebotene Massnahme, um die Finanzlage des Betriebes zu verbessern; vgl. auch BGE 137 III 487, E. 4.5.2; BGer 4A.56/2015, E. 3.3 (Kündigung aus organisatorischen Gründen gerechtfertigt); Brühwiler, Art. 333 N 1; Oppliger/Mirra, N 1 ff.; Wildhaber, Umstrukturierungen, S. 257 f. Koller/Sennhauser, S. 431, weisen allerdings daraufhin, dass sich «unter dem Deckmantel der Betriebsreorganisation [. . .] letztlich beinahe immer unliebsame Arbeitnehmer wegrationalisieren» lassen.

1454 Zu beachten ist, dass im Rahmen des Betriebsübergangs geplante Kündigungen eine Konsultationspflicht nach Art. 333a Abs. 2 OR (dazu unten § 7/V/2) auslösen können. Auch ist bei Kündigungen stets zu prüfen, ob eine Massenentlassung vorliegt (dazu oben § 5/II).

1455 Vgl. BK OR-Rehbinder/Stöckli, Art. 333 N 6; Wildhaber, Umstrukturierungen, S. 259.

1456 Brunner/Bühler/Waeber/Bruchez, Art. 333 N 5 (jede betriebsübergangsbedingte Kündigung als Gesetzesumgehung); BSK OR I-Portmann/Rudolph, Art. 333 N 10; Geiser, arbeitsrechtliche Fragen, S. 170 (differenzierend in AJP 2012, S. 114, dazu sogleich); Streiff/von Kaenel/Rudolph, Art. 333 N 10; Wildhaber, Umstrukturierungen, S. 260 f. (mit eingehender Begründung); ebenso AGer ZH, JAR 2013, S. 603; OGer BE, JAR 2009, S. 472. Differenzierend dagegen Wyler/Heinzer, S. 469, wonach eine Art. 333 OR umgehende Kündigung missbräuchlich und damit wirksam, aber entschädigungspflichtig ist, Nichtigkeit aber dort vorliege, wo die Kündigung keinen realen Hintergrund habe («[. . .]ne correspond pas à une réalité matérielle»), d.h. wenn die Kündigung nur ausgesprochen werde, um einen Übergang des Arbeitsverhältnisses zu verhindern, und der Arbeitnehmer vom Übernehmer nachher wieder angestellt werde (so auch Geiser, AJP 2012, S. 114).

1457 von der Crone et al., N 406, 671 und 973.

cc) Besonderer Kündigungsschutz für Arbeitnehmervertreter

Eingeschränkt ist die Kündigungsfreiheit betreffend (ehemaligen) *Mitgliedern der Arbeitnehmervertretung,* welche gemäss Art. 336 Abs. 2 lit. b OR einen besonderen Kündigungsschutz geniessen. Nach dieser Bestimmung ist eine Kündigung missbräuchlich, wenn sie gegenüber einem Arbeitnehmervertreter ohne begründeten Anlass erfolgt, solange dieser in einer betrieblichen oder in einer dem Unternehmen angeschlossenen Einheit als gewähltes Mitglied amtet.[1458] Um zu verhindern, dass dieser Kündigungsschutz im Zuge eines Betriebsübergangs abgeschwächt wird, sieht Art. 336 Abs. 3 OR vor, dass der Schutz der Arbeitnehmervertreter, deren Mandat infolge des Übergangs der Arbeitsverhältnisses endet, so lange weiter besteht, als das Mandat gedauert hätte, falls das Arbeitsverhältnis nicht übertragen worden wäre.[1459] Dieser Mandatsschutz gilt nicht nur für den Betriebsübergang nach Art. 333 Abs. 1 OR, sondern auch unmittelbar für den fusionsgesetzlichen Betriebsübergang;[1460] der allgemeine Verweis im FusG auf Art. 333 OR umfasst auch einen Verweis auf Art. 336 Abs. 3 OR.[1461]

2. Inhalt der übergehenden Arbeitsverhältnisse

a) Grundsatz der Kontinuität

aa) Arbeitsrechtlicher Übergang

i. Im Allgemeinen

Das Arbeitsverhältnis geht – abgesehen vom Parteiwechsel – *unverändert* mit allen Rechten und Pflichten auf den Erwerber über (Grundsatz der vollständigen Kontinuität[1462]).[1463] Art. 333 OR sichert neben dem Fortbestand des Arbeitsplatzes

---

1458 Eingehend dazu Streiff/von Kaenel/Rudolph, Art. 336 N 12.

1459 Art. 336 Abs. 3 OR ist auch analog für andere Arbeitnehmervertreter des bisherigen Betriebsinhabers anwendbar, die vor dem Betriebsübergang in einen anderen Betrieb versetzt werden (Wildhaber, Umstrukturierungen, S. 253 m.w.H.).

1460 Wildhaber, Umstrukturierungen, S. 253 (unmittelbare oder analoge Anwendung); Winkler, Unternehmensumwandlungen, S. 111 (unmittelbare Anwendung).

1461 Wildhaber, Umstrukturierungen, S. 253; vgl. auch Winkler, Unternehmensumwandlungen, S. 26 ff.

1462 Wildhaber, Umstrukturierungen, S. 198.

1463 Geiser, arbeitsrechtliche Fragen, S. 166; Streiff/von Kaenel/Rudolph, Art. 333 N 8; vgl. auch Wildhaber, Umstrukturierungen, S. 200 («[…] einheitliches Arbeits-

auch den Umfang des vertraglich Vereinbarten.[1464] Dies gilt für alle bisherigen Vereinbarungen und Bestimmungen (AAB,[1465] Reglemente über Mitarbeiterbeteiligungen,[1466] Sozialplan[1467] etc.), wobei diese jeweils «im Lichte der bisherigen betrieblichen Praxis» auszulegen sind.[1468]

Der Erwerber tritt infolge des Betriebsübergangs als Schuldner[1469] in alle Verpflichtungen[1470] sowie als Gläubiger in alle Rechte aus dem Arbeitsverhältnis ein.[1471] Neben dem Anspruch auf Erbringung der Arbeitsleistung gehen z.B. auch Gestaltungsrechte, namentlich Kündigungsrechte, auf den Erwerber über.[1472] Auch vertragliche Versetzungsvorbehalte oder Widerrufsvorbehalte sind – soweit arbeitsvertraglich zulässig – vom Übergang erfasst.[1473] Der Arbeitnehmer profitiert vom Fortbestand seines Arbeitsverhältnisses massgeblich, da diverse arbeitsrechtliche Ansprüche (Ferien, Lohnfortzahlungen bei Krankheiten, Kündigungsfristen etc.) von den Anzahl Dienstjahren abhängen.[1474] Auch muss er keine neue Probe-

---

verhältnis, bei dem lediglich zwischenzeitlich eine Vertragspartei ausgewechselt wurde»).

1464 Geiser, arbeitsrechtliche Fragen, S. 166; vgl. auch Kradolfer, S. 190.

1465 Zu AAB auch oben § 4/III/3/b/aa.

1466 Ausführlich dazu Wildhaber, Umstrukturierungen, S. 204 ff.

1467 Besteht ein Sozialplan (dazu oben § 6) auf der Basis individueller Vereinbarungen, geht er als Bestandteil des individuellen Arbeitsvertrags auf den Erwerber über (BSK OR I-Portmann/Rudolph, Art. 333 N 17). Eine individuelle Forderung aus dem Sozialplan gilt als Forderung aus dem Arbeitsverhältnis und unterliegt daher der solidarischen Haftung nach Art. 333 Abs. 3 OR (BGE 132 III 32, E. 6.2.2).

1468 Geiser, arbeitsrechtliche Fragen, S. 166. Zur Frage inwiefern ein potentieller Übernehmer im Rahmen einer Due Diligence Anspruch auf Einsichtnahme in bestehende Arbeitsverträge und das vertraglich Vereinbarte hat Cramer Conradin, Lohngeheimnis und Lohntransparenz, in: AJP 2016, S. 1479 f.

1469 Zum Haftungsschutz unten § 7/III/3.

1470 Dazu näher unten.

1471 Vgl. Wildhaber, Umstrukturierungen, S. 199.

1472 Der Erwerber kann sich auf die diesen Rechten zugrundeliegenden Gründe berufen, auch wenn der Tatbestand vor der Übernahme stattgefunden hat. Ihm werden alle Kenntnisse des bisherigen Arbeitgebers, z.B. vom wichtigen Grund bei einer ausserordentlichen Kündigung, zugerechnet (Wildhaber, Umstrukturierungen, S. 199).

1473 Wildhaber, Umstrukturierungen, S. 199. Zum vertraglichen Vorbehalt oben § 4/III/3.

1474 BGE 129 III 342, E. 5.4.1; Portmann/Stöckli, N 618; vgl. auch Geiser, arbeitsrechtliche Fragen, S. 167 (Verstärkung der gegenseitigen Rechte bei einem länger dauernden Arbeitsverhältnis).

zeit durchlaufen.[1475] Es gehen aber nur jene Rechte und Pflichten vollständig und automatisch über, die einen direkten Bezug zum Arbeitsverhältnis aufweisen. Dies gilt bspw. nicht für Berechtigungen und Verpflichtungen, die nur anlässlich des bestehenden Arbeitsverhältnisses durch besonderen Rechtsakt entstanden sind (z.B. Darlehensverträge, Mietverträge etc.).[1476]

Bestehen beim Erwerber für die bestehende Belegschaft bessere Arbeitsbedingungen, hat der übernommene Arbeitnehmer keinen Anspruch darauf, dass diese auch für ihn gelten. Art. 333 Abs. 1 OR fingiert bloss den durchgehenden Bestand des Arbeitsverhältnisses beim *bisherigen* Arbeitgeber; es findet keine «Angleichung nach oben» statt.[1477] Ein Anspruch auf Teilhabe an (freiwilligen) Leistungen, die der Erwerber gegenüber seinen bestehenden Arbeitnehmerschaft ausrichtet, lässt sich ferner nicht aus dem arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz ableiten: Eine Ungleichbehandlung der bisherigen und übernommenen Arbeitnehmer ist sachlich gerechtfertigt, da sie zwingende Rechtsfolge von Art. 333 Abs. 1 OR ist.[1478]

Vom automatischen Übergang der Arbeitsverhältnisse als Ganzes abzugrenzen ist die Übertragung einzelner arbeitsvertraglicher Rechte des Arbeitgebers an einen Dritten, wozu es grundsätzlich die Zustimmung des Arbeitnehmers bedarf (vgl. Art. 333 Abs. 4 OR).[1479]

1475 Brunner/Bühler/Waeber/Bruchez, Art. 333 N 6.

1476 Wildhaber, Umstrukturierungen, S. 201.

1477 Wildhaber, Umstrukturierungen, S. 201. Soweit im Übrigen der Erwerber die Arbeitsbedingungen der übernommenen Arbeitnehmer nach unten korrigieren bzw. an jene der bisherigen Arbeitnehmer anpassen möchte, ist eine dazu ausgesprochene Änderungskündigung (dazu oben § 4/III/2) im Übrigen nicht missbräuchlich (so GSGer, JAR 2005, S. 331 ff., E. 4.6: «Betriebliche Gründe sind darin zu sehen, dass die Y. AG, wie sie sich rechtfertigt, die Löhne der übernommenen Mitarbeiter an jene tieferen Löhne ihrer bisherigen Mitarbeiter aus Gründen der Gleichbehandlung anpassen musste»).

1478 Wildhaber, Umstrukturierungen, S. 201; zum Gleichbehandlungsgrundsatz oben § 4/II/4.

1479 Diese kann sich Arbeitgeber auch vertraglich vorbehalten (Art. 333 Abs. 4 2. Halbsatz OR) oder aus den Umständen ergeben (eingehend zum Ganzen Streiff/von Kaenel/Rudolph, Art. 333 N 17 ff.).

ii. Im Besonderen: nachvertragliches Konkurrenzverbot

Der Erwerber tritt namentlich auch in das *nachvertragliche Konkurrenzverbot* ein.[1480] Möchte der Veräusserer weiterhin wichtige Geschäftsgeheimnisse und Kundenkreise schützen, ist dies ausdrücklich mit dem übergehenden Arbeitnehmer zu vereinbaren.[1481] Der Inhalt und Umfang des übergegangenen Konkurrenzverbots richtet sich auch gegenüber dem Erwerber nach den bestehenden vertraglichen Bestimmungen.[1482] Ob das Konkurrenzverbot sich nach Betriebsübergang auf das gesamte Tätigkeitsgebiet des Erwerbers erstreckt, ist eine Frage der Interpretation der zwischen dem Arbeitnehmer und Veräusserer getroffenen Konkurrenzvereinbarung.[1483] Der Betriebsübergang führt zu keiner automatischen Ausweitung. Eine solche kann auch nicht stillschweigend angenommen werden; es bedarf einer entsprechenden schriftlichen Vereinbarung (vgl. Art. 340 Abs. 1 OR).[1484] Das Konkurrenzverbot kann aber insofern eine faktische Erweiterung zufolge des Betriebsübergangs erfahren, als sich die Angemessenheit bzw. Verbindlichkeit des Verbots auch nach einem Betriebswechsel einzig – selbstverständlich im Rahmen des vertraglich Vereinbarten – nach den Verhältnissen zum Zeitpunkt der Beendigung des einzelnen Arbeitsverhältnisses beurteilt.[1485] Gänzlich wegfallen kann das Konkurrenzverbot, soweit der neue Arbeitgeber kein Interesse am

---

1480 Vgl. BGer 4A_261/2013 (Übergang des Konkurrenzverbots im Rahmen einer Fusion); BK OR-Rehbinder/Stöckli, 340c N 2; Wildhaber, Umstrukturierungen, S. 211.

1481 Wildhaber, Umstrukturierungen, S. 178; vgl. dazu auch Neeracher, S. 95 f.

1482 Neeracher, S. 94.

1483 Bohny, S. 138; Geiser, AJP 2004, S. 865; Kradolfer, S. 93. Das Konkurrenzverbot muss nach Ort, Zeit und Gegenstand beschränkt werden. Die gegenständliche Beschränkung erfolgt häufig nur durch das eigene Tätigkeitsfeld des bisherigen Arbeitgebers, wobei vom Konkurrenzverbot nur jenes Tätigkeitsfeld erfasst sein kann, auf welchem der Arbeitgeber bei Abschluss des Konkurrenzverbotes bereits tätig war (Geiser, AJP 2004, S. 865 f.). Allenfalls können weitere Gebiete miterfasst sein, von denen der Arbeitnehmer im Zeitpunkt der Vertragsunterzeichnung annehmen musste, dass sie später vom Arbeitgeber aufgenommen werden. Eine in dem Sinne offene Vereinbarung, dass beliebige spätere Erweiterungen des Tätigkeitsbereichs des Arbeitgebers von vornherein mitgemeint sein sollen, ist mit dem Persönlichkeitsschutz des Arbeitnehmers unvereinbar (Geiser, AJP 2004, S. 866; gl.M. Kradolfer, S. 93).

1484 Vgl. Kradolfer, S.93; Neeracher, S. 94; ZK-Staehelin, Art. 340 N 28

1485 Neeracher, S. 95; vgl. auch BK OR-Rehbinder/Stöckli, Art. 340c N 2. Erhielt der Arbeitnehmer bspw. erst durch seine neue Tätigkeit Einblick in Geschäftsgeheimnisse, oder wurde er erst dann im vom Konkurrenzverbot erfassten Bereich tätig, entfaltet das Konkurrenzverbot erst dadurch Wirkung (Neeracher, S. 95).

Konkurrenzverbot hat (z.B. bei Aufgabe oder Verlegung des geschützten Geschäftsbereichs).[1486]

Ist das Arbeitsverhältnis bereits vor Betriebsübergang beendet (z.B. weil der Arbeitnehmer den Übergang abgelehnt hat),[1487] kann das Konkurrenzverbot nicht gestützt auf Art. 333 Abs. 1 OR auf den Erwerber übergehen.[1488] Da der Erwerber oftmals den unter den Schutz des Konkurrenzverbots fallenden Kundenkreis und Geschäftsgeheimnisse nutzen möchte, wird er aber regelmässig einen direkten Anspruch auf Wettbewerbsenthaltung gegenüber ehemaligen Arbeitnehmern des übernommenen Betriebes haben wollen.[1489] Gleichzeitig verliert der Veräusserer mit dem Betriebsübergang oftmals sein Interesse an der Aufrechterhaltung der Konkurrenzverbote.[1490] Deshalb empfiehlt sich, die Übertragung des Anspruchs auf Einhaltung des Konkurrenzverbots gegenüber dem ausgeschiedenen Arbeitnehmer im Übernahmevertrag klar zu regeln.[1491] Dieser kann sich im Übrigen dem Übergang seines Konkurrenzverbotes nicht entziehen. Die Anwendbarkeit von Art. 333 Abs. 4 OR, der die Übertragung von Rechten aus dem Arbeitsverhältnis untersagt,[1492] ist auf bestehende Arbeitsverhältnisse beschränkt, während das Konkurrenzverbot erst mit der Beendigung des Arbeitsverhältnisses seine Wirkung entfaltet.[1493] Ebenso wenig steht dem ausgeschiedenen Arbeitnehmer betreffend Übergang seines Konkurrenzverbots ein Ablehnungsrecht in Analogie von

---

1486 Brühwiler, Art. 340c N 1; Neeracher, S. 95; vgl. auch ZK-Staehelin, Art. 340c N 2. Ferner können die mit einer Übertragung verbundenen organisatorischen Massnahmen dazu führen, dass wegen der Änderung der hierarchischen Position, ihres Arbeitsbereichs oder wegen Änderungen im Unternehmen sachliche Gründe für eine Kündigung des Arbeitnehmers i.S.v. Art. 340c Abs. 2 OR vorliegen, was zum Wegfall eines Konkurrenzverbots führt (Schenker, Unternehmenskauf, S. 581; grundlegend dazu z.B. Neeracher, S. 72 ff.).

1487 Zum Schicksal der Konkurrenzverbots bei Ablehnung des Übergangs oben § 7/III/1/d/aa/iv.

1488 FHB Arbeitsrecht-Rudolph, N 8.61.

1489 Vgl. auch Neeracher, S. 97.

1490 Vgl. auch Neeracher, S. 98.

1491 Einige Autoren vermuten auch ohne entsprechende Klausel den Übergang der Konkurrenzklausel auf den Erwerber, so z.B. Bohny, S. 137 (Übertragung des Konkurrenzverbotes aufgrund Art. 164 OR und der Tatsache, dass das Verbot in der Regel nicht an eine natürliche Person gebunden ist); Neeracher, S. 97 f. (gesetzlicher Übergang des Wettbewerbsverbots – direkt oder analog – gemäss Art. 333 OR).

1492 Dazu oben § 7/III/2/a/aa/i.

1493 BK OR-Rehbinder/Stöckli, Art. 340c N 2.

Art. 333 OR zu. Diese Bestimmung schützt nur die Höchstpersönlichkeit der Arbeitspflicht, d.h. besondere persönlichkeitsrechtliche Belange des Arbeitnehmers, wozu die Pflicht zur Unterlassung einer Verwendung der durch «Einblick» gewonnenen Geschäftsgeheimnisse nicht zählt.[1494] Selbstverständlich müssen die dem Konkurrenzverbot zugrundeliegenden Geheimnisse Gegenstand der Betriebsübernahme sein und vom Erwerber tatsächlich verwendet werden, da naturgemäss nur dann eine Konkurrenzierung möglich ist.[1495]

bb) Fusionsgesetzlicher Übergang

Beim fusionsgesetzlichen Übergang der Arbeitsverhältnisse ist der Rechtsübergang infolge der (partiellen) Universalsukzession zwingend und umfassend.[1496] Damit ist der Fortbestand der einzelvertraglichen Rechte und Pflichten gleichermassen wie beim arbeitsrechtlichen Übergang gesichert.[1497] Wegen der Universalsukzession beschränkt sich hier der Eintritt der übernehmenden Gesellschaft indes nicht nur auf Rechte und Pflichten, die mit dem Arbeitsverhältnis in engem Zusammenhang stehen, sondern umfasst neben dem Arbeitsvertrag bei der Fusion alle, bei der Spaltung und Vermögensübertragung sämtliche im Inventar aufgeführten Rechte und Pflichten, die zwischen den ehemaligen Parteien des Arbeitsverhältnisses im Zeitpunkt des Übergangs bestanden.[1498] Im Übrigen wird betreffend die Weitergeltung des Inhalts der Arbeitsverträge auf oben verwiesen.

b) Möglichkeiten der Vertragsanpassung

In der Praxis besteht oft das Bedürfnis, den Inhalt der übergehenden Arbeitsverhältnisse an die Gegebenheiten des Erwerbers anzupassen. *Vertragsanpassungen* im Rahmen eines Betriebsübergangs sind nach h.L. zulässig.[1499] Der Grundsatz der Kontinuität sichert lediglich den nahtlosen Fortbestand des Arbeitsverhältnisses als

---

1494 BK OR-Rehbinder/Stöckli, Art. 340c N 2; Neeracher, S. 98 f.

1495 Bohny, S. 137.

1496 Zur (partiellen) Universalsukzession oben § 7/I/1.

1497 Wildhaber, Umstrukturierungen, S. 201; Winkler, Unternehmensumwandlungen, S. 66; vgl. auch Bauer, Arbeitnehmerschutz, S. 59 ff.; Kradolfer, S. 206 f.

1498 Wildhaber, Umstrukturierungen, S. 201 f.

1499 BGE 114 II 349, E. 3; Aubert, S. 704; Brunner/Bühler/Waeber/Bruchez, Art. 333 N 6; Brühwiler, Art. 333 N 1; Denzler, S. 73; Wildhaber, Umstrukturierungen, S. 218; Winkler, Unternehmensumwandlungen, S. 112.

solches, beinhaltet aber keinen Anspruch auf Inhaltsschutz.[1500] Der Erwerber kann ab dem Tag des Betriebsübergang innerhalb der üblichen Schranken und Voraussetzungen den Arbeitsvertrag anpassen. Auch kann der Veräusserer mit dem Erwerber über die künftige Ausgestaltung der Arbeitsverhältnisse sprechen und grundsätzlich vorgängig bereits die notwendigen Vertragsanpassungen vornehmen.[1501]

3. Haftungsschutz

a) Übersicht

Für die Beteiligten eines Betriebsübergangs zentral ist die Frage nach der Haftung für Forderungen der Arbeitnehmer. Erfolgt der Betriebsübergang als asset deal ausserhalb des FusG bestimmt sich die Haftung konsequent nach Art. 333 OR. Im Zentrum steht dort die arbeitsrechtliche Solidarhaftung nach Art. 333 Abs. 3 OR. Bei einer Umstrukturierung nach FusG ist nicht ohne Weiteres klar, welche Bestimmungen zur Anwendung gelangen. Das FusG hält je nach Form der Umstrukturierung verschiedene Haftungsbestimmungen sowie ein Recht auf Sicherheit bereit.[1502] Gleichzeitig sind – aufgrund der fusionsgesetzlichen Verweise oder weil die Arbeitsverhältnisse arbeitsrechtlich ex lege übergehen und damit die Schutzbestimmungen nach Art. 333 OR unmittelbar anwendbar sind – die arbeitsrechtlichen Haftungsbestimmungen anwendbar. Dies wirft die Frage nach dem Verhältnis beider Haftungssysteme auf.

b) Haftungsschutz nach Art. 333 OR

aa) Zweck und Verhältnis von Art. 333 Abs. 1 und 3 OR

Mit Art. 333 Abs. 1 OR einher geht ein Schuldnerwechsel. Der Erwerber ersetzt den Veräusserer als Schuldner für alle offenen Forderungen der übergegangenen Arbeitsverhältnisse.[1503] Was der Arbeitnehmer vor dem Betriebsübergang gegen-

---

1500 Vgl. Wildhaber, Umstrukturierungen, S. 218. Zu beachten ist aber Art. 333 Abs. 1bis OR, welcher zumindest einen zeitlich bedingten Inhaltsschutz anordnet (dazu unten § 7/IV/1/d).

1501 Winkler, Unternehmensumwandlungen, S. 112. Grundlegend zur Vertragsanpassung oben § 4.

1502 Die Schutzbestimmungen sind wegen der strukturellen Unterschiede zwischen den einzelnen Rechtsinstituten transaktionsformspezifisch ausgestaltet (vgl. von der Crone et al., FN 4).

1503 Streiff/von Kaenel/Rudolph, Art. 333 N 13.

über dem alten Arbeitgeber geltend machen konnte, ist nun vom neuen zu verlangen.[1504] Dieser haftet für alle Forderungen, unabhängig von Fälligkeit und Entstehungsdatum.[1505] Der Erwerber tritt mit Betriebsübergang somit nicht nur für die Zukunft in das Arbeitsverhältnis ein, sondern übernimmt zumindest im Aussenverhältnis zugleich alle arbeitsrechtlichen Altlasten.[1506] Unbeachtlich ist, ob er von den arbeitsrechtlichen Ansprüchen Kenntnis hatte oder ob er die Forderung im Innenverhältnis zum Veräusserer tatsächlich übernommen hat.[1507]

Art. 333 Abs. 1 OR befreit gleichzeitig den bisherigen Arbeitgeber von einer Haftung, womit die übernommenen Arbeitnehmer nur noch den Erwerber belangen könnten. Damit ginge mit dem Betriebsübergang die Gefahr einher, einen (in der Regel) solventen Arbeitgeber gegen einen neuen mit unbekannter Bonität einzutauschen.[1508] Dieses erhebliche Gefährdungspotenzial betreffend die Realisierung ihrer Forderungen gegenüber dem neuen Inhaber ist den Arbeitnehmern nicht zumutbar.[1509] Art. 333 Abs. 3 OR statuiert daher zwischen dem alten und neuen Arbeitgeber eine zwingende, wenn auch zeitlich begrenzte Solidarhaftung für Forderungen aus dem Arbeitsverhältnis. Die Solidarhaftung des Veräusserers ist einziger Regelungsinhalt von Abs. 3; die ebenfalls erwähnte «Solidarhaftung» des Erwerbers besteht bereits aufgrund Art. 333 Abs. 1 OR und ist daher rein deklaratorisch.[1510]

1504 Kradolfer, S. 219.

1505 Winkler, Unternehmensumwandlungen, S. 94.

1506 Wildhaber, Umstrukturierungen, S. 221.

1507 Kradolfer, S. 219 f.; Winkler, Unternehmensumwandlungen, S. 98.

1508 Diese Gefahr besteht in der Regel aber nicht im vorliegend interessierenden Fall, nämlich dort, bei dem das Unternehmen saniert werden muss. Der finanzielle Spielraum solcher Unternehmen ist meist stark eingeschränkt; u.U. waren sie bereits vor Betriebsübergang nicht mehr in der Lage, die Löhne vollumfänglich auszuzahlen. Der Käufer ist damit der solventere Vertragspartner.

1509 BGE 129 III 335, E. 5.4.1; 127 V 183, E. 4c; Brühwiler, Art. 333 N 4; BK OR-Rehbinder/Stöckli, Art. 333 N 10; Suffert, S. 34.

1510 Miloni, S. 12; Streiff/von Kaenel/Rudolph, Art. 333 N 13; vgl. auch Winkler, Unternehmensumwandlungen, S. 94 f., wonach Art. 333 Abs. 3 OR sprachlich korrekt wie folgt lauten müsste: «Der bisherige Arbeitgeber haftet *neben* dem Erwerber des Betriebes solidarisch [...]». Ähnlich lautet § 613 Abs. 2 Satz 1 BGB, wo korrekterweise eine Forthaftung des bisherigen Arbeitgebers *neben* dem neuen Inhaber statuiert wird.

Art. 333 Abs. 3 OR wird von einer *abweichenden Vereinbarung im Innenverhältnis* zwischen Erwerber und Veräusserer nicht tangiert.[1511] Die Solidarhaftung bestimmt sich nach Art. 143 ff. OR.[1512] Erwerber und Veräusserer haften in voller Höhe und der Arbeitnehmer kann bei Fälligkeit der Forderung frei wählen, von welchem Solidarschuldner er in welchem Umfang die Leistung einfordern will (Art. 144 Abs. 1 OR). Die Solidarschuldner bleiben nach Art. 144 Abs. 2 OR verpflichtet, bis die ganze Schuld getilgt ist. Befriedigt ein Solidarschuldner den Gläubiger durch Zahlung oder Verrechnung, sind auch die übrigen befreit (Art. 147 Abs. 1 OR).

bb) Zeitliche Begrenzung nach Art. 333 Abs. 3 OR

Die Solidarhaftung des bisherigen Arbeitgebers erstreckt sich auf jene Arbeitnehmerforderungen, die vor dem Übergang fällig geworden sind und nachher bis zum Zeitpunkt fällig werden, auf den das Arbeitsverhältnis ordentlicherweise beendet werden könnte oder bei Ablehnung des Überganges durch den Arbeitnehmer beendet wird (Art. 333 Abs. 3 OR).[1513] Massgeblich ist somit der *Fälligkeit*- und der *Beendigungszeitpunkt.* Fällig ist eine Forderung dann, wenn der Gläubiger die geschuldete Leistung fordern kann und der Schuldner erfüllen muss.[1514] Zur Bestimmung der Fälligkeit ist grundsätzlich auf Art. 323 OR zurückzugreifen.[1515]

Art. 333 Abs. 3 OR differenziert zwischen Forderungen mit Fälligkeit vor dem Tag des Betriebsübergangs und solchen danach. Für Forderungen, die vor dem Übergang fällig geworden sind, haften der Veräusserer und Erwerber zeitlich unbeschränkt solidarisch.[1516] Für nach dem Tag des Betriebsübergangs fällig gewordenen Forderungen ist die Solidarhaftung des Veräusserers zeitlich beschränkt:[1517]

1511 Portmann/Stöckli, N 621; Steiff/von Kaenel/Rudolph, Art. 333 N 13; vgl. auch AppG BS, JAR 1981, S. 147, wonach die Solidarhaftung nach Art. 333 Abs. 3 OR auch besteht dann, wenn der Betriebserwerber gegenüber dem Veräusserer aus dem Arbeitsverhältnis fällige Forderungen nicht übernommen hat.

1512 Grundlegend dazu Koller, OR AT, N 75.01 ff.

1513 Damit unterscheidet sich Art. 333 Abs. 3 OR von Art. 181 Abs. 2 OR, der eine Solidarhaftung für die Dauer von 3 Jahren bestimmt (Geiser, arbeitsrechtliche Fragen, S. 168).

1514 Vgl. BGE 129 III 535, E. 3.2.1; Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger, N 2161.

1515 Wildhaber, Umstrukturierungen, S. 223; vgl. auch Kradolfer, S. 250.

1516 Wildhaber, Umstrukturierungen, S. 223.

1517 Wildhaber, Umstrukturierungen, S. 223. Die Bestimmung führt dazu, dass der Veräusserer auch für Forderungen des Arbeitnehmers haftet, die erst nach Betriebsüber-

sie endet im Zeitpunkt, «auf den das Arbeitsverhältnis ordentlicherweise beendet werden könnte oder bei Ablehnung des Übergangs durch den Arbeitnehmer beendigt wird». Bei periodisch wiederkehrenden Forderungen bezieht sich die Forthaftung des Veräusserers damit nur auf die Raten, die in dieser Periode fällig geworden sind.[1518] Geht ein unbefristetes Arbeitsverhältnis über, besteht die solidarische Haftung des Veräusserers bis auf den Zeitpunkt, auf welchen der Arbeitsvertrag unter Beachtung der vertraglichen und gesetzlichen Bestimmungen über die Kündigungsfristen und – termine (Art. 335a–c OR) frühestens gekündigt hätte werden können. Der hypothetische Beginn der Kündigungsfrist entspricht dabei dem Tag des Betriebsübergangs.[1519] Verlängert werden kann die Dauer der solidarischen Haftung durch allfällige Sperrfristen (Art. 336c OR).[1520] Beim befristeten Arbeitsverhältnisses haftet der Veräusserer bis zu dessen Endtermin (vgl. Art. 334 OR).[1521] Lehnt der Arbeitnehmer den Betriebsübergang ab, ist die solidarische Haftung zeitlich auf jene Forderungen beschränkt, die bis zum Zeitpunkt der Beendigung des Arbeitsverhältnisses aufgrund der Ablehnungserklärung fällig werden. Das Arbeitsverhältnis endet dabei bekanntermassen auf den Ablauf der

gang unter der Weisungsgewalt des Erwerbers entstanden sind, aber noch im Zeitpunkt fällig werden, «auf den das Arbeitsverhältnis ordentlicherweise beendet werden könnte oder bei Ablehnung des Übergangs durch den Arbeitnehmer beendigt wird». Obschon dies auf den ersten Blick fragwürdig erscheint – haftet der Veräusserer doch für Forderungen, von denen er selbst gar nicht profitiert hat (vgl. Miloni, S. 21; Winkler, Unternehmensumwandlungen, S. 97) – rechtfertigt sich dies aus Arbeitnehmerschutzgründen. Gemäss Winkler, Unternehmensumwandlungen, S. 97 f., könne der Arbeitnehmer seinen Übergang ex lege auch mittels Ausübung des Ablehnungsrechts nicht vermeiden und mit dem Übergang trete ein neuer Vertragspartner in das Arbeitsverhältnis ein, dessen Bonität er nicht kennt (vgl. dazu auch oben). Im Übrigen könne der Veräusserer die Bonität des Erwerbers prüfen bzw. von diesem die Leistung allfällige Sicherheiten verlangen.

1518 Wildhaber, Umstrukturierungen, S. 223. Inwiefern solche und weitere «Altlasten» und offene Verpflichtungen aus dem Arbeitsverhältnis bestehen, ist Gegenstand der Due Diligence (dazu Schenker, Unternehmenskauf, S. 127 ff., 157 ff.).

1519 Brunner/Bühler/Waeber/Bruchez, Art. 333 N 8; Brühwiler, Art. 333 N 4; BSK OR I-Portmann/Rudolph, Art. 333 N 34 unter Hinweis auf BGE 137 III 487, E. 5.2.

1520 BSK OR I-Portmann/Rudolph Art. 333 N 34 mit Hinweis auf BGE 135 III 357, wonach ein Arbeitgeber, der das Arbeitsverhältnis überträgt, für die um die entsprechende Sperrfrist verlängerte Kündigungsfrist solidarisch für den vertraglich noch geschuldeten Lohn haftet, wenn die Arbeitnehmerin im Zeitpunkt der Übertragung des Arbeitsverhältnisses bereits schwanger war.

1521 BSK OR I-Portmann/Rudolph, Art. 333 N 34; Kradolfer, S. 250 f.

gesetzlichen Kündigungsfrist.[1522] Der Arbeitgeber wird haftungsmässig so gestellt, wie wenn er nach dem Übergang den Arbeitsvertrag sofort gekündigt hätte. Mangels gesetzlicher Grundlage abzulehnen ist die teilweise vertreten Ansicht, wonach sich die Kündigungsfrist um die dem Arbeitnehmer eingeräumte Bedenkzeit zur Ablehnung des Übergangs verlängert.[1523]

Einige Autoren wollen statt auf die Fälligkeit auf den *Entstehungszeitpunkt* der Forderung[1524] abstellen.[1525] Damit sollen auch jene Forderungen von der Solidarhaftung erfasst werden, die bis zum Zeitpunkt entstehen, auf den das Arbeitsverhältnis ordentlicherweise beendigt werden könnte oder bei Ablehnung des Übergangs durch den Arbeitnehmer beendigt wird, aber erst nach diesem Zeitpunkt fällig werden. Dies hat insbesondere bei Gewinnbeteiligungen und anderen Formen von Zulagen Bedeutung, welche erst nach Ablauf der Zeit ausbezahlt werden, für die sie entrichtet werden.[1526] Ein Grossteil der Lehre weist diese Ansicht m.E. zu Recht unter Hinweis auf den klaren Gesetzeswortlaut ab.[1527/1528]

1522 Zum Ablehnungsrecht oben § 7/III/1/d.

1523 BGE 137 III 487, E. 5.2; BSK OR I-Portmann/Rudolph, Art. 333 N 34; Streiff/ von Kaenel/Rudolph, Art. 333 N 13; ZK-Staehelin, Art. 333 N 10; a.M. BK OR-Rehbinder/Stöckli, Art. 333 N 8; Kradolfer, S. 252.

1524 Eingehend zu den möglichen Konstellationen der Lage von Entstehungs- und Fälligkeitszeitpunkt und ihre Auswirkung auf die Solidarhaftung nach Art. 333 Abs. 3 OR vgl. Miloni, S. 20 ff.

1525 Brunner/Bühler/Waeber/Bruchez, Art. 333 N 8; BSK FusG-Baumgartner/ Oertle, Vor Art. 27 N 43; Kradolfer, S. 253 ff., 257; Winkler, Unternehmensumwandlungen, S. 96 ff.; ZK-Staehelin, Art. 333 N 15.

1526 Wird bspw. der Anspruch auf eine Gratifikation erst bei Abschluss des Geschäftsjahrs fällig, ist die Kündigungsfrist nach Art. 333 Abs. 3 OR aber bereits abgelaufen, haftet bei einer wörtlichen Auslegung alleine der Erwerber für die Gratifikation (Wildhaber, Umstrukturierungen, S. 225).

1527 Brühwiler, Art. 333 N 4; BSK OR I-Portmann/Rudolph, Art. 333 N 34; Geiser, arbeitsrechtliche Fragen, S. 169; KUKO OR-Pietruszak, Art. 333 N 23; Streiff/ von Kaenel/Rudolph, Art. 333 N 13; offengelassen in BGE 132 III 32, E. 6.2.1.

1528 Vom klaren Wortlaut des Gesetzes darf dann abgewichen werden, wenn triftige Gründe dafür vorliegen, dass der Wortlaut nicht den wahren Sinn der Bestimmung wiedergibt (BGE 125 II 196, E. 3a; 125 V 130, E. 5). M.E. lässt sich eine über den Wortlaut von Art. 333 Abs. 3 OR hinausgehende Auslegung sachlich höchstens dort rechtfertigen, wo die Forderungen noch *vor* Betriebsübergang entstanden sind, aber deren Fälligkeit aufgeschoben wird und damit ausnahmsweise erst nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses fällig werden (z.B. Provisionsforderungen, vgl. Art. 339 Abs. 2 OR). Immerhin hat einzig der Veräusserer von diesen Arbeitsleistungen profi-

Der Erwerber haftet nicht für Verpflichtungen, die der Veräusserer erst nach dem Betriebsübergang begründet hat, sondern einzig für solche, die bereits vor dem Betriebsübergang gegenüber dem Veräusserer bestanden.[1529]

cc) Sachliche Begrenzung nach Art. 333 Abs. 3 OR

Welche Forderungen in sachlicher Hinsicht von Art. 333 Abs. 3 OR erfasst sind, ist nicht ohne Weiteres klar; die Bestimmung spricht nur von «Forderungen des Arbeitnehmers». Die Lehre beschränkt die Haftung auf alle Forderungen, die ihren Rechtsgrund im Arbeitsvertrag haben.[1530] Ausservertragliche Ansprüche fallen nicht darunter.[1531] Gegenstand der Haftung können arbeitsrechtliche *Forderungen auf Geldleistung* sein wie auch *Nicht-Geldleistung*.[1532]

Haftungsgegenstand sind zunächst *Lohnforderungen* für geleistete Arbeit.[1533] Dazu gehören auch Entschädigungen für Überstunden- bzw. Überzeit, Anteile am Geschäftsergebnis (Art. 322a Abs. 1 OR), Gratifikationen (Art. 322d OR)[1534] oder Provisionen (Art. 322b Abs. 1 OR).[1535] Ebenso erfasst werden *andere geldmässige arbeitsvertragliche Forderungen* wie z.B. Ansprüche auf Auslagen- bzw. Spesenersatz (Arbeitsgeräte und Material [Art. 327 Abs. 2 OR] und Auslagen/Spesen [Art. 327a–c OR]), Ansprüche auf Vergütung für im Rahmen des Arbeitsverhältnis-

---

tiert und nur er muss bzw. kann vom Bestand dieser Forderungen wissen (so auch Miloni, S. 22 f.; vgl. auch Wildhaber, Umstrukturierungen, S. 225 f.).

1529 BGer 4C.396/2004, E. 3.3; BSK OR I-Portmann/Rudolph, Art. 333 N 34; Streiff/von Kaenel/Rudolph, Art. 333 N 13.

1530 Die Solidarhaftung umfasst Ansprüche aus dem Einzelvertrag, dem NAV und GAV (Kradolfer, S. 226; Miloni, S. 26).

1531 Miloni, S. 26; Streiff/von Kaenel/Rudolph, Art. 333 N 13; Winkler, Unternehmensumwandlungen, S. 98. Nach Wildhaber, Umstrukturierungen, S. 226 f., würde die teleologische Auslegung von Art. 333 Abs. 3 OR aus dem Blickwinkel des Arbeitnehmerschutzes eine Haftung unabhängig vom Rechtsgrund zulassen. Da aber sowohl nach historischer wie auch systematischer Auslegung feststeht, dass nur Forderungen aus Arbeitsvertrag in den sachlichen Anwendungsbereich von Art. 333 Abs. 3 OR fallen und die grammatikalische Auslegung diesem Ergebnis auch nicht im Weg steht, ist entgegen der teleologischen Auslegung eine Haftung für ausservertragliche Ansprüche auszuschliessen.

1532 Ausführlich zum Gegenstand der Solidarhaftung Kradolfer, S. 226 ff. und Wildhaber, Umstrukturierungen, S. 227 ff.

1533 Kradolfer, S. 226; Wildhaber, Umstrukturierungen, S. 227.

1534 Zur rechtlichen Qualifikation der Gratifikation oben § 4/IV/3.

1535 Kradolfer, S. 227 f.; Wildhaber, Umstrukturierungen, S. 227.

ses geschaffene Immaterialgüter (Art. 332 Abs. 2 und 4 OR), auf Entschädigung wegen sexueller Belästigung (Art. 5 GlG), auf Abgangsentschädigung (Art. 339b–d OR) oder Entschädigung wegen missbräuchlicher (Art. 336a OR), ungerechtfertigter fristloser (Art. 337c Abs. 1 OR) und gerechtfertigter fristloser (Art. 337b Abs. 1 OR) Kündigung, sofern die Kündigung innerhalb der zeitlichen Schranke von Art. 333 Abs. 3 OR erfolgte.[1536] Auch Forderungen aus einem Sozialplan unterstehen der Solidarhaftung.[1537] Nicht erfasst werden unbezahlte AHV- und ALV-Beiträge; der Arbeitgeber schuldet diese der Ausgleichsklasse und nicht dem Arbeitnehmer.[1538] Für unbezahlte BVG-Beiträge bei der obligatorischen Versicherung besteht ebenfalls keine Haftung,[1539] jedoch aber bei der freiwilligen (BVG-)Versicherung (Art. 44 ff. BVG).[1540]

Steht dem Arbeitnehmer *Naturallohn*[1541] zu, ist dieser Gegenstand der Solidarhaftung und der Arbeitnehmer kann die Erfüllung in natura gegenüber dem bisherigen wie auch neuen Arbeitgeber verlangen.[1542] Ist die Leistung in natura einem Arbeitgeber aus Gründen, die in seiner Person liegen, billigerweise nicht zuzumuten (Art. 2 Abs. 1 ZGB) oder kann sie vom Arbeitnehmer aus berechtigten Gründen nicht bezogen werden, kann der Erfüllungsanspruch in eine Ersatzforderung umgewandelt werden.[1543] Gegenüber dem bisherigen Arbeitgeber nicht verlangt werden kann eine Kompensation von *Ferien in natura.* Da die Gewährung von Ferien nur bei einem bestehenden Arbeitsverhältnis möglich ist,[1544] steht dieses Recht mit Übergang des Arbeitsverhältnisses einzig dem neuen Arbeitgeber zu.[1545] Ein allfällig beim alten Arbeitgeber noch bestehendes Ferienguthaben ist nach Betriebsübergang gestützt auf Art. 333 Abs. 1 OR beim neuen Arbeitgeber geltend zu machen. Nur wenn während dem Arbeitsverhältnis mit dem neuen Arbeitgeber das Ferienguthaben nicht eingelöst werden kann, besteht Anspruch auf monetäre Entschädi-

---

1536 Eingehend dazu Kradolfer, S. 226 ff.

1537 BGE 132 III 32, E. 6.2; Kradolfer, S. 236 f.

1538 Eingehend dazu Kradolfer, S. 239 ff.; gl.M. Geiser, arbeitsrechtliche Fragen, S. 169; Wildhaber, Umstrukturierungen, S. 229 f.

1539 Eingehend dazu Kradolfer, S. 240 f.

1540 Wildhaber, Umstrukturierungen, S. 230.

1541 Zum Naturallohn z.B. BK OR-Rehbinder/Stöckli, Art. 322 N 22 ff.

1542 Kradolfer S. 243 f.; Wildhaber, Umstrukturierungen, S. 230.

1543 Kradolfer, S. 244. Zu den Voraussetzungen und Berechnung des Ersatzanspruchs des Arbeitnehmers z.B. BK OR-Rehbinder/Stöckli, Art. 322 N 43.

1544 BK OR-Rehbinder/Stöckli, Art. 329d N 14.

1545 Kradolfer, S. 248 f.; vgl. auch Wildhaber, Umstrukturierungen, S. 216.

gung. Diese unterliegt grundsätzlich der Solidarhaftung nach Art. 333 Abs. 3 OR.[1546] Dies gilt gleichermassen für die Kompensation von Überstunden und Überzeit.[1547] Den *Zeugnisanspruch* (Art. 330a OR) kann der Arbeitnehmer während der zeitlichen Fortdauer der Solidarhaftung gegenüber dem alten und neuen Arbeitgeber geltend machen.[1548] Der nicht belangte Solidarschuldner hat aufgrund seiner Fürsorgepflicht durch Mitteilung aller notwendigen Informationen betreffend das Arbeitsverhältnis mitzuwirken.[1549] Macht der Arbeitnehmer den Zeugnisanspruch erst nach dem Zeitpunkt geltend, auf den das Arbeitsverhältnis mit dem Veräusserer ordentlicherweise hätte beendigt werden können, ist einzig der Erwerber zur Zeugnisausstellung verpflichtet.[1550] Der Veräusserer hat aber wegen seiner nachwirkenden Fürsorgepflicht gegenüber dem Arbeitnehmer eine Mitwirkungspflicht.[1551]

dd) Dispositivität von Art. 333 Abs. 3 OR

Art. 333 Abs. 3 OR ist *relativ zwingend* (Art. 362 OR). Daraus folgt eine zwingende, unabdingbare Haftung des bisherigen und neuen Arbeitgeber gegenüber dem Arbeitnehmer.[1552] Ob die von der Solidarhaftung erfasste Forderung ihrerseits zwingend sind, ist dabei unbeachtlich.[1553] Eine abweichende Vereinbarung zwischen Veräusserer und Erwerber hat rein interne Wirkung.[1554] Der Arbeitnehmer

---

1546 Kradolfer, S. 248 f., S. 229.

1547 Kradolfer, S. 249.

1548 Enzler, N 64; Wildhaber, Umstrukturierungen, S. 232.

1549 Enzler, N 64.

1550 ZK-Staehelin, Art. 330a N 2.

1551 Enzler, N 64, FN 172.

1552 Winkler wirft ein, dass sich einzig die solidarische Haftung des Veräusserers aus Art. 333 Abs. 3 OR ergebe, jene des Erwerbers jedoch auf Art. 333 Abs. 1 OR gründe. Daraus folge, dass der Arbeitnehmer gegenüber dem Erwerber – unter Vorbehalt von Art. 341 OR – auf Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis verzichten könne (Winkler, Unternehmensumwandlungen, S. 95 f.,105). Wildhaber, Umstrukturierungen, S. 232 f., hält jedoch zu Recht fest, dass die Haftung des Erwerbers in Art. 333 Abs. 3 OR erneut wiederholt wird, weshalb wohl auch die Haftung des Erwerbers eine relativ zwingende Bestimmung darstellt.

1553 Geiser, Betriebsübernahmen, S. 105; Kradolfer, S. 261 f.; Wildhaber, Umstrukturierungen, S. 232 f.

1554 ZK-Staehelin, Art. 333 N 23.

kann aber – unter Vorbehalt von Art. 341 OR[1555] – auf den konkreten, der Solidarhaftung unterliegenden Anspruch verzichten.[1556]

c) Haftungsschutz nach FusG

aa) Fusion

i. Haftung der übernehmenden Gesellschaft

Mit Eintritt der Rechtswirksamkeit der Fusion gehen sämtliche Aktiven und Passiven der übertragenden Gesellschaft(en) auf die übernehmende Gesellschaft über.[1557] Da die übertragende Gesellschaft mit Eintragung der Fusion im Handelsregister untergeht, haftet einzig der übernehmende Rechtsträger als neuer Arbeitgeber für Forderungen der übernommenen Arbeitnehmer. Die arbeitsrechtliche Solidarhaftung (Art. 333 Abs. 3 OR) kann damit keine Anwendung finden.[1558] Die Sicherung der Ansprüche der Arbeitnehmer richtet sich daher ausschliesslich nach FusG.[1559]

ii. Persönliche Haftung der Gesellschafter

Art. 27 Abs. 3 FusG sieht vor, dass die Gesellschafter der übertragenden Gesellschaft, die vor der Fusion persönlich hafteten, auch für Arbeitnehmerforderungen weiterhin *persönlich haftbar* bleiben, die bis zum Zeitpunkt fällig werden,[1560] auf den das Arbeitsverhältnis ordentlicherweise beendigt werden könnte oder bei Ablehnung des Übergangs vom Arbeitnehmer beendigt wird.[1561] Der Arbeitnehmer

---

1555 Zum Verzichtsverbot nach Art. 341 OR oben § 4/II/3.

1556 Kradolfer, S. 261; Wildhaber, Umstrukturierungen, S. 232.

1557 Dazu auch oben § 7/I.

1558 Bauer, Arbeitnehmerschutz, S. 88; Kradolfer, S. 263 f.; Wildhaber, Umstrukturierungen, S. 233; vgl. auch BSK FusG-Baumgartner/Oertle, Art. 27 N 5.

1559 Bauer, Arbeitnehmerschutz, S. 89; Wildhaber, Umstrukturierungen, S. 234.

1560 Zur teilweise in der Lehre vertretenen Meinung, es sei auf die Entstehung und nicht Fälligkeit der Forderung abzustellen (so z.B. von der Crone et al., N 410; Winkler, SJZ, S. 480 f.) vgl. Streiff/von Kaenel/Rudolph, Art. 333 N 16.

1561 Es handelt sich hier um einen Anwendungsfall der allgemeinen Nachhaftung nach Art. 26 Abs. 1 FusG (ZK FusG-Hubschmied, Art. 27 N 20). Eine persönliche Haftung der Gesellschafter besteht nur, falls die übertragende Gesellschaft eine der folgenden Rechtsformen aufweist: Kollektivgesellschaft, Kommanditgesellschaft (Komplementäre), Kommandit-AG (unbeschränkt haftende Gesellschafter), Genossenschaft (falls die Statuten eine persönliche Haftung der Genossenschafter vorsehen) und Ver-

soll davor geschützt werden, dass sich der Gesellschafter, der bisher persönlich haftetet, von seiner persönlichen Haftung mittels rechtformübergreifender Fusion entledigt, falls die übernehmende Gesellschaft keine persönliche Haftung der Gesellschafter vorsieht.[1562] Der Umfang der vom Fortbestand der persönlichen Haftung erfassten Forderungen ist derselbe wie in Art. 333 Abs. 3 OR.[1563] Die persönliche Weiterhaftung erlischt gemäss Art. 26 Abs. 2 FusG analog drei Jahre ab Rechtswirksamkeit der Fusion.[1564]

iii. Sicherstellung

Die Arbeitnehmer der an der Fusion beteiligten Gesellschaften – dazu gehören auch jene der übernehmenden Gesellschaft[1565] – haben gegenüber der übernehmenden Gesellschaft ein *Recht auf Sicherstellung* ihrer Forderungen aus Arbeitsvertrag, die bis zum Zeitpunkt fällig werden, auf den das Arbeitsverhältnis ordentlicherweise beendigt werden könnte oder, bei Ablehnung des Übergangs, vom Arbeitnehmer beendigt wird (Art. 27 Abs. 2 FusG).[1566] Umfang und Gegenstand der Sicherstellung ist deckungsgleich mit den der Haftung von Art. 333 Abs. 3 OR unterstehenden Forderungen.[1567] Diese Sicherstellungspflicht besteht erst

---

ein (falls die Statuten die persönliche Haftung nicht ausschliessen). Eine Haftung von Aktionären, nicht unbeschränkt haftenden Gesellschaftern der Kommandit-AG, Gesellschaftern der GmbH, der Kommanditäre oder der Genossenschafter bei der Genossenschaft ohne persönliche Haftung (mit oder ohne Anteilscheinkapital) wird mit dieser Regelung nicht begründet (die Haftung besteht nur für Personen, «die vor der Fusion für deren Verbindlichkeiten hafteten», BSK FusG-Baumgartner/Oertle, Vor Art. 27 N 44).

1562 Botschaft FusG, 4426 f.; vgl. auch Wildhaber, Umstrukturierungen, S. 235. Die Haftung besteht ungeachtet davon, ob die verpflichteten Gesellschafter weiterhin in der fusionierten Gesellschaft verbleiben oder ausgekauft werden (von der Crone et al., N 412 FN 759).

1563 Wildhaber, Umstrukturierungen, S. 235.

1564 Bauer, Arbeitnehmerschutz, S. 98; BSK FusG-Baumgartner/Oertle, Vor Art. 27 N 43; Kradolfer, S. 269; von der Crone et al., N 411.

1565 Bauer, Arbeitnehmerschutz, S. 89; BSK FusG-Baumgartner/Oertle, Vor Art. 27 N 43, Art. 27 N 9; Wildhaber, Umstrukturierungen, S. 234.

1566 Bauer, Arbeitnehmerschutz, S. 89; BSK FusG-Baumgartner/Oertle, Art. 27 N 5; Wildhaber, Umstrukturierungen, S. 234.

1567 BSK FusG-Baumgartner/Oertle, Vor Art. 27 N 43; Wildhaber, Umstrukturierungen, S. 234; vgl. auch Amstutz/Mabillard, Art. 27 N 11.

nach Rechtwirksamkeit der Fusion.[1568] Die weiteren Modalitäten der Sicherstellung richten sich nach Art. 25 FusG (Art. 27 Abs. 2 FusG).[1569] Die Pflicht zur Sicherstellung entfällt, wenn die Gesellschaft nachweist, dass die Erfüllung der Forderung durch die Fusion nicht gefährdet ist (Art. 25 Abs. 3 FusG).[1570]

bb) Spaltung[1571]

i. Haftung der übernehmenden Gesellschaft

Bei der Spaltung ist die primäre und uneingeschränkte Haftung des *übernehmenden Rechtsträgers* für übergegangene Arbeitsverhältnisse gesichert.[1572] Dies ergibt sich entweder zufolge ihres fusionsgesetzlichen Übergangs kraft Universalsukzession[1573] oder – soweit der Übergang arbeitsrechtlich erfolgt – aufgrund der direkten Anwendbarkeit von Art. 333 Abs. 1 OR.

ii. Spaltungsrechtliche Solidarhaftung und ihr Verhältnis zur arbeitsrechtlichen Solidarhaftung

Ergänzend zur vorerwähnten primären Haftung sieht Art. 47 Abs. 1 FusG bei der Spaltung *subsidiär* eine spaltungsrechtliche *Solidarhaftung* für *diejenigen an der Spaltung beteiligten Gesellschaften* vor, denen die unerfüllt gebliebenen Verbindlichkeiten im Spaltungsplan/-vertrag nicht zugeordnet worden waren.[1574] Diese Haftung ist «zweifach subsidiär»:[1575] Sie greift erst dann, wenn die Forderung des Arbeitnehmers von der Gesellschaft, der sie zugeordnet worden waren (primär haftende Gesellschaft), nicht sichergestellt oder befriedigt worden ist und zudem die

---

1568 BSK FusG-Truffer, Art. 25 N 14; vgl. auch BSK FusG-Baumgartner/Oertle, Art. 27 N 7.

1569 Vgl. dazu BSK FusG-Truffer, Art. 25 N 1 ff.

1570 Da die Forderungen der Arbeitnehmer mehrheitlich in die erste Konkursklasse fallen (Art. 219 Abs. 4 SchKG, dazu unten § 8/I), wird die Gesellschaft diesen Nachweis meist erbringen können (Glanzmann, Umstrukturierungen, N 684; SHK FusG-Reinert, Art. 28 N 8).

1571 Zur Grundproblematik des Gläubigerschutzes bei der Spaltung vgl. BSK FusG-Kägi/Ehrat, Art. 45 N 1 ff.

1572 Bauer, Arbeitnehmerschutz, S. 99, 101.

1573 Der Verweis in Art. 49 Abs. 1 FusG auf Art. 333 Abs. 1 OR ist insofern unnötig (vgl. Wildhaber, Umstrukturierungen, S. 235).

1574 Wildhaber, Umstrukturierungen, S. 236.

1575 Wildhaber, Umstrukturierungen, S. 236.

Schuldnergesellschaft entweder in Konkurs geraten ist, Nachlassstundung oder Konkursaufschub erhalten hat, bis zur Ausstellung eines Verlustscheins betrieben worden ist, infolge Sitzverlegung ins Ausland nicht mehr belangt werden kann oder eine erhebliche Erschwerung der Rechtsverfolgung eingetreten ist (Art. 47 Abs. 2 FusG). Gegenstand der Haftung sind jene Arbeitnehmerforderungen, die im Zeitpunkt der Inventarisierung nach Art. 37 lit. b FusG bestanden haben und einer der beteiligten Gesellschaften zugeordnet werden konnten.[1576] Bei der *Aufspaltung* sind grundsätzlich alle Verbindlichkeiten erfasst, da dort sämtliche Verbindlichkeiten auf die übernehmende Gesellschaft übertragen wurden.[1577] Bei der *Abspaltung* erstreckt sich die spaltungsrechtliche Solidarhaftung aus Gründen des Gläubigerschutzes neben den inventarisierten Verbindlichkeiten auch auf im Spaltungsvertrag bzw. -plan nicht aufgelisteten und bei der übertragenden Gesellschaft verbleibenden Verbindlichkeiten.[1578] Gehen im Rahmen der Abspaltung keine Arbeitsverhältnisse auf eine übernehmende Gesellschaft über, unterliegt diese als an der Spaltung beteiligte Gesellschaft ausschliesslich der subsidiären Solidarhaftung nach Art. 47 FusG.[1579]

In zeitlicher Hinsicht sind die von Art. 47 FusG betroffenen Verbindlichkeiten nach h.L. gleich wie die fortdauernde persönliche Haftung des Gesellschafters gemäss Art. 48 i.V.m. Art. 26 Abs. 1 FusG einzugrenzen.[1580] Mangels expliziter Bestimmung gilt gemäss h.L. eine dreijährige Verjährungsfrist ab Publikation der Spaltung (Art. 75 FusG analog).[1581]

Infolge Untergangs der übertragenden Gesellschaft (vgl. Art. 51 Abs. 3 FusG) ist bei der *Aufspaltung* die arbeitsrechtliche Solidarhaftung (Art. 333 Abs. 3 OR) nicht anwendbar.[1582] Bei der *Abspaltung* besteht die übertragende Gesellschaft nach Ein-

---

1576 BSK FusG-Kägi/Ehrat, Art. 47 N 5; Kradolfer, S. 273; Wildhaber, Umstrukturierungen, S. 236.

1577 Glanzmann, Umstrukturierungen, N 645; Wildhaber, Umstrukturierungen, S. 236.

1578 BSK FusG-Kägi/Ehrat, Art. 47 N 6; Glanzmann, Umstrukturierungen, N 645; Kradolfer, S. 273.

1579 Kradolfer, S. 270; Wildhaber, Umstrukturierungen, S. 235.

1580 BSK FusG-Kägi/Ehrat, Art. 47 N 8; Kradolfer, S. 273; von der Crone et al., N 643; Wildhaber, Umstrukturierungen, S. 237.

1581 Amstutz/Mabillard, Art. 47 N 12 f.; BSK FusG-Kägi/Ehrat, Art. 47 N 12 m.w.H.; a.M. von der Crone et al., N 644.

1582 Bauer, Arbeitnehmerschutz, S. 99; Kradolfer, S. 271; Wildhaber, Umstrukturierungen, S. 237.

tragung der Spaltung im Handelsregister fort, weshalb Art. 333 Abs. 3 OR grundsätzlich anwendbar ist.[1583] Sind bei einer Abspaltung sowohl die spaltungsrechtliche als auch die arbeitsrechtliche Solidarhaftung anwendbar, geht zweitere als lex specialis gegenüber Art. 47 FusG vor.[1584]

iii. Sonderfall: Solidarhaftung gemäss Art. 38 Abs. 3 FusG analog

Gemäss Art. 38 Abs. 3 FusG besteht eine solidarische Haftung der an einer *Aufspaltung* beteiligten Gesellschaften für Verbindlichkeiten, die sich ausnahmsweise keinem Rechtsträger zuordnen lassen (Art. 38 Abs. 3 FusG).[1585] Diese Bestimmung ist analog anzuwenden, wenn Arbeitsverhältnisse erst mit Eintragung der Spaltung im Handelsregister aufgelöst werden und bestehende sowie künftige Forderungen aus dem Arbeitsverhältnis weder sichergestellt noch im Spaltungsvertrag oder -plan zugeordnet werden konnten.[1586] Dies hat zur Folge, dass die übernehmende Gesellschaft allenfalls für Verbindlichkeiten aus Arbeitsverträgen anderer als ihrer eigenen Arbeitnehmer haftet (z.B. Entschädigungen von Ferienansprüchen oder Überstunden).[1587]

1583 Wildhaber, Umstrukturierungen, S. 237. Art. 333 Abs. 3 OR ist dort anwendbar, wo das Arbeitsverhältnis arbeitsrechtlich durch objektive Zuordnung sowie (infolge Sachnormvereisung in Art. 49 Abs. 2 FusG) umwandlungsrechtlich durch subjektive Zuordnung im Spaltungsvertrag- oder plan übertragen wurde (Bauer, Arbeitnehmerschutz, S. 102; Kradolfer, S. 276; Wildhaber, Umstrukturierungen, S. 238; einschränkend Winkler, SJZ, S. 483: nur für Arbeitsverhältnisse, die in Anwendung von Art. 333 OR tatsächlich automatisch übergegangen sind). Bei einem Übergang infolge Zustimmung des Arbeitnehmers kann sich dieser nur auf Art. 47 FusG berufen (Kradolfer, S. 276; Wildhaber, Umstrukturierungen, S. 238).

1584 Amstutz/Mabillard, Art. 49 N 8; Bauer, Arbeitnehmerschutz, S. 102; BSK FusG-Baumgartner/Oertle, Art. 49 N 6; Kradolfer, S. 275 f.; Wildhaber, Umstrukturierungen, S. 237 f. Nicht verdrängt werden indes das Recht auf Sicherstellung (dazu unten § 7/III/3/c/bb/v) und die persönliche Forthaftung der Gesellschafter (dazu sogleich); sie sind kumulativ anwendbar (BSK FusG-Baumgartner/Oertle, Art. 50 N 7; Kradolfer, S. 277; Wildhaber, Umstrukturierungen, S. 238 f.).

1585 Vgl. Botschaft FusG, 4439; BSK FusG-Kägi/Ehrat, Art. 47 N 5a.

1586 Bauer, Arbeitnehmerschutz, S. 101; Kradolfer, S. 274; Wildhaber, Umstrukturierungen, S. 236; Winkler, SJZ, S. 482.

1587 Bauer, Arbeitnehmerschutz, S. 101; Wildhaber, Umstrukturierungen, S. 236; vgl. auch BSK FusG-Baumgartner/Oertle, Art. 49 N 6.

iv. Persönliche Haftung der Gesellschafter

Auch bei der Spaltung besteht eine persönliche Haftung der Gesellschafter. Die Haftung richtet sich kraft Verweises in Art. 49 Abs. 3 FusG nach Art. 27 Abs. 3 FusG. Es kann daher auf die obigen Ausführungen verwiesen werden. Die Verjährung tritt in Analogie zu Art. 48 i.V.m. Art. 26 Abs. 2 FusG drei Jahre nach Eintritt der Rechtswirksamkeit der Spaltung ein.[1588]

v. Sicherstellung

Die Arbeitnehmer der an der Spaltung beteiligten Gesellschaften können die Sicherstellung ihrer Forderungen verlangen (Art. 49 Abs. 2 FusG).[1589] Da die Sicherstellung Voraussetzung für die Beschlussfassung in der GV über die Spaltung ist (Art. 43 Abs. 1 FusG),[1590] kann Adressat des Sicherstellungsrechts nur die über-

---

1588 VON DER CRONE et al., N 680.

1589 Bei der Auf- und Abspaltung haben somit sämtliche Arbeitnehmer der übertragenden Gesellschaften ein Recht auf Sicherstellung. Ein Sicherstellungsrecht haben danach auch die bei der Abspaltung bei der übertragenden Gesellschaft verbleibenden Arbeitnehmer. Gleiches gilt bei der Aufspaltung zur Übernahme und bei der Abspaltung für die Arbeitnehmer des übernehmenden Rechtsträgers (BAUER, Arbeitnehmerschutz, S. 103; WILDHABER, Umstrukturierungen, S. 238).

1590 Der Schuldenruf nach Art. 45 FusG muss daher deutlich früher erfolgen als bei der Fusion, bei welcher mit der Sicherstellung der Gläubiger bis nach der Rechtswirksamkeit der Transaktion zugewartet werden kann (Art. 25 FusG, dazu oben § 7/III/3/c/aa/ii). Da den Gläubigern bei der Spaltung eine Zweimonatsfrist gewährt wird, um die Sicherstellung ihrer Forderung zu verlangen (Art. 46 Abs. 1 FusG), muss der dritte Schuldenruf – die Gläubiger aller an der Spaltung beteiligten Gesellschaften müssen im SHAB dreimal darauf hingewiesen werden, dass sie unter Anmeldung ihrer Forderungen Sicherstellung verlangen können (Art. 45 Abs. 1 FusG) – mindestens *zwei Monate* vor der Beschlussfassung über die Spaltung durch die Mitgliederversammlung erfolgen (BSK FusG-KÄGI/EHRAT, Art. 45 N 8). Die Arbeitnehmer erhalten damit früher als in Art. 333a OR vorgesehen Kenntnis von der geplanten Spaltung (zu den Informations- und Konsultationsrechten der Arbeitnehmer ferner unten § 7/V). Die Wahrung von Geheimhaltungsinteressen, welche ausschlaggebendes Motiv für die Wahl des späten Zeitpunkts zur Information bzw. Konsultation der Arbeitnehmer war (dazu unten § 7/V/3/a), wird damit bei der Spaltung durch die Sicherstellung und den Schuldenruf unterlaufen. Wegen des unterschiedlichen Schutzzwecks von Art. 45 FusG und Art. 46 FusG bzw. Art. 333a OR hat aber trotz der Publikation im SHAB eine Information nach Art. 333a OR zu erfolgen (zum Ganzen KRADOLFER, S. 272; VON DER CRONE et al., N 677; WILDHABER, Umstrukturierungen, S. 239).

tragende Arbeitgebergesellschaft sein.[1591] Gegenstand und Umfang der Sicherstellung entspricht derjenigen der Fusion.[1592] Für die Modalitäten der Sicherstellung verweist Art. 49 Abs. 2 FusG auf Art. 46 FusG.[1593] Auch hier entfällt die Sicherstellungspflicht, wenn die beteiligten Gesellschaften den Nachweis erbringen, dass die Erfüllung der Forderung durch die Spaltung nicht gefährdet wird (Art. 46 Abs. 2 und 3 FusG).[1594]

cc) Vermögensübertragung

i. Haftung der übernehmenden Gesellschaft

Der übernehmende Rechtsträger haftet im Zuge der (partiellen) Universalsukzession uneingeschränkt für alle Forderungen aus den übernommenen Arbeitsverhältnissen.[1595] Von jeglicher Haftung ist er derweil dann befreit, wenn keine Arbeitsverhältnisse übergehen.[1596]

ii. Solidarhaftung und ihr Verhältnis zur arbeitsrechtlichen Solidarhaftung

Der übertragende Rechtsträger haftet für die vor der Vermögensübertragung begründeten Schulden während dreier Jahre solidarisch mit dem Erwerber (Art. 75 Abs. 1 FusG). Davon erfasst werden alle Verbindlichkeiten aus Arbeitsvertrag, die bis zum Zeitpunkt fällig werden, auf den das Arbeitsverhältnis ordentlicherweise beendigt werden könnte oder, bei Ablehnung des Übergangs, von der Arbeitneh-

---

[1591] Bauer, Arbeitnehmerschutz, S. 103; Wildhaber, Umstrukturierungen, S. 238 f.; Winkler, SJZ, S. 482; vgl. auch BSK FusG-Kägi/Ehrat, Art. 46 N 6a). Das Verfahren zur Sicherstellung der Forderungen muss abgeschlossen sein, *bevor* die Mitgliederversammlungen der an einer Spaltung beteiligten Gesellschaften definitiv über die Spaltung entscheidet (von der Crone et al., N 677). Die Sicherstellung kann allerdings auch durch eine andere an der Spaltung beteiligte Gesellschaft geleistet werden (BSK FusG-Kägi/Ehrat, Art. 46 N 6a).

[1592] CHK FusG-Weber, Art. 49 N 8; Kradolfer, S. 271; Wildhaber, Umstrukturierungen, S. 239.

[1593] Eingehend dazu BSK FusG-Kägi/Ehrat, Art. 46 N 1 ff.

[1594] Vgl. dazu oben FN 1570.

[1595] Bauer, Arbeitnehmerschutz, S. 105; Kradolfer, S. 277; Wildhaber, Umstrukturierungen, S. 240.

[1596] Bauer, Arbeitnehmerschutz, S. 105; Wildhaber, Umstrukturierungen, S. 240.

merin oder dem Arbeitnehmer beendigt wird (Art. 76 Abs. 2 FusG).[1597] Diese Bestimmung ist – abgesehen von der kürzeren Verjährungsfrist von 3 Jahren – mit der arbeitsrechtlichen Solidarhaftung nach Art. 333 Abs. 3 OR identisch. Weil es sich bei Art. 76 Abs. 2 i.V.m. Art. 75 FusG um eine nach seinem Zweck nach auf die Vermögensübertragung angepasste Neufassung von Art. 333 Abs. 3 OR handelt, ist diese fusionsgesetzliche Haftungsbestimmung gegenüber der arbeitsrechtlichen Haftung ausschliesslich anwendbar.[1598]

iii. Sicherstellung

Eine Sicherstellungspflicht hinsichtlich der vorgenannten Arbeitnehmerforderungen der beteiligten Rechtsträger besteht ausnahmsweise nur, wenn die solidarische Haftung vor Ablauf der Dreijahresfrist entfällt oder wenn die Gläubiger glaubhaft machen, dass die solidarische Haftung keinen genügenden Schutz bietet (Art. 76 Abs. 2 FusG i.V.m. Art. 75 Abs. 3 FusG). Die Sicherstellungsansprüche sind hier somit im Unterschied zur Spaltung und Fusion der solidarischen Haftung nachgeordnet und an engere Voraussetzungen geknüpft.[1599] Gegenstand und Umfang der Sicherstellung entsprechen derjenigen der Fusion und Spaltung, weshalb auf die entsprechenden Ausführungen verwiesen wird.[1600]

1597 Art. 76 Abs. 2 FusG erweitert damit den Kreis der geschützten Forderungen zugunsten der Arbeitnehmer auch auf künftige Forderungen; Art. 75 Abs. 2 beschränkt die Solidarhaftung im Normalfall auf Verpflichtungen, die vor der Vermögensübertragung begründet wurden und gemäss Inventar auf den übernehmenden Rechtsträger übertragen werden (vgl. Art. 73 Abs. 2 FusG; VON DER CRONE et al., N 928).

1598 AMSTUTZ/MABILLARD, Art. 76 N 5; BAUER, Arbeitnehmerschutz, S. 106; SHK FusG-REINERT, Art. 76 N 5; WILDHABER, Umstrukturierungen, S. 240. Diese Regelung bewirkt zwar eine Verschlechterung der Rechtsstellung des Arbeitnehmers im Vergleich zur ordentlichen Regelung von Art. 333 Abs. 3 OR, da die Verjährungsfrist der Solidarhaftung des Veräusserers von fünf (Art. 128 Ziff. 3 OR) auf drei Jahre herabgesetzt (Art. 76 Abs. 2 i.V.m. Art. 75 FusG) wird. Im Interesse der Erleichterung von Vermögensübertragungen erscheint eine Gleichstellung aller Gläubiger aber als gerechtfertigt (AMSTUTZ/MABILLARD, Art. 76 N 5; VON DER CRONE et al., FN 1892 m.w.H.).

1599 BSK FusG-BAUMGARTNER/OERTLE, Art. 76 N 15; vgl. auch CHK FusG-WEBER, Art. 76 N 7.

1600 CHK FusG-WEBER, Art. 76 N 7; KRADOLFER, S. 280; dazu oben § 7/III/3/c/aa/iii und bb/iv.

d) Übersicht Haftungsschutz

	Betriebsübergang ausserhalb des FusG nach Art. 333 Abs. 1 OR	**Fusion**	**Aufspaltung**	**Abspaltung**	**Vermögensübertragung**
Sicherstellung	Keine spezifische Sicherstellung	Art. 27 Abs. 2 FusG	Art. 49 Abs. 2 FusG		Art. 75 Abs. 3 FusG (ausnahmsweise)
Haftung Erwerber	unbeschränkt	primär u. unbeschränkt	primär u. unbeschränkt		primär u. unbeschränkt
Solidarhaftung	zeitlich und sachlich begrenzt (Art. 333 Abs. 3 OR)	–	Art. 47 Abs. 1 FusG (subsidiär, inventarisierte Forderungen [Art. 37 lit. b FusG]) Art. 38 Abs. 3 FusG analog	Art. 333 Abs. 3 OR als lex specialis gegenüber Art. 47 Abs. 1 FusG	Art. 76 Abs. 2 i.V.m. Art. 75 FusG
Persönliche Haftung Gesellschafter	–	Art. 27 Abs. 3 FusG	Art. 49 Abs. 3 FusG		–

IV. Auswirkungen auf Kollektivverträge

Da sich GAV und Betriebsvereinbarungen direkt auf die Gestaltung der einzelnen Arbeitsverhältnisse auswirken, ist deren Schicksal im Rahmen eines Betriebsübergangs zumindest überblicksmässig zu beleuchten.[1601] Kollektivverträge werden von Art. 333 Abs. 1 OR nicht erfasst, da sie nicht Bestandteil des Einzelarbeitsvertrages sind.[1602] Ihr jeweiliger Fortbestand ist deshalb auf einer anderen Grundlage zu suchen.

1. Fortgeltung von GAV-Bestimmungen

a) Zum GAV im Allgemeinen

Der GAV ist eine Vereinbarung zwischen Arbeitgeber oder deren Verbänden und Arbeitnehmerverbänden (Gewerkschaften) zur Regelung der einzelnen Arbeitsverhältnisse (Art. 356 Abs. 1 OR).[1603] GAV-Partei kann nur sein, wer tariffähig ist.[1604] Nach den beteiligten *Vertragsparteien* unterscheidet man *Verbandsverträge* (beide Parteien sind rechtsfähige Verbände) und *Firmenverträge* (auf der Arbeitgeberseite tritt ein einzelner Arbeitgeber, auf der Arbeitnehmerseite die Gewerkschaft als Vertragspartei auf).[1605]

1601 Eingehend zur Weitergeltung kollektivarbeitsvertraglicher Regelungen bei Betriebsübergängen MÜLLER, AJP 1996, S. 151 ff.; WILDHABER, ARV, S. 165 ff.; WILDHABER, Umstrukturierungen, S. 312 ff.

1602 Anders ist dies, wenn die Tarifnormen beim Veräusserer gestützt auf eine *individualrechtliche Bezugnahme* im Einzelarbeitsvertrag Geltung haben. Hier bestehen die tarifrechtlichen Arbeitsbedingungen nach Betriebsübergang beim arbeitsvertraglichen Übergang gestützt auf Art. 333 Abs. 1 OR, bei fusionsgesetzlichem Übergang infolge (partieller) Universalsukzession weiterhin *individualrechtlich* fort. Je nach Regelung ist der im Zeitpunkt der Vereinbarung aktuell gültige Inhalt des GAV (statische Verweisung) oder der GAV mit all seinen künftigen Veränderungen (dynamische Verweisung) Gegenstand des Arbeitsvertrages (WINKLER, Unternehmensumwandlungen, S. 64 f.).

1603 Grundsätzlich enthält ein GAV Bestimmungen über den Abschluss, Inhalt und die Beendigung der Einzelarbeitsverträge sowie über die Rechte und Pflichten der Vertragsparteien und über die Kontrolle und Durchsetzung des GAV (GEISER/MÜLLER/PÄRLI, N 777).

1604 GEISER/MÜLLER/PÄRLI, N 794. Tariffähigkeit bezeichnet das Recht, Partei eines GAV zu sein (eingehend dazu z.B. ZK-VISCHER/ALBRECHT, Art. 356 N 35).

1605 VISCHER/MÜLLER, § 34 N 24; vgl. auch ZK-VISCHER/ALBRECHT, Art. 356 N 23 ff. mit weiteren Unterscheidungen betreffend die Arten von GAV.

b) Das Verhältnis von kollektivrechtlicher und individualrechtlicher Fortgeltung

Bei der Frage nach der Fortgeltung von GAV-Bestimmungen gilt es zwischen der *kollektivrechtlichen* und *individualrechtlichen* Fortgeltung der GAV-Bestimmungen zu unterscheiden.[1606] Es ist primär zu prüfen, ob nach den allgemeinen Regeln des Kollektivrechts eine kollektivrechtliche Fortgeltung besteht. Diesfalls wirken die GAV-Bestimmungen weiterhin normativ, d.h. wie Gesetze in ihrer jeweiligen Fassung, auf die übergehenden Arbeitsverhältnisse ein.[1607] Ist eine kollektivrechtliche Fortgeltung ausgeschlossen, kommt der *Auffangstatbestand* von Art. 333 Abs. 1bis OR zur Anwendung.[1608] Diese Bestimmung sieht einen besonderen, zeitlich begrenzten Inhaltsschutz vor, indem sie für die übertragenden Arbeitsverhältnisse eine individualrechtliche und personenbezogene Weitergeltung[1609] der GAV-Bestimmungen während einer einjährigen Karenzfrist ab dem Tag des Betriebsübergangs anweist.[1610] Der GAV verliert somit für das betreffende Arbeitsverhältnis seine normative Wirkung bzw. seine Funktion als übergeordnete Rechtsquelle und die Arbeitsbedingungen wirken stattdessen als Inhalt des Einzelarbeitsvertrages fort.[1611]

1606 Wildhaber, ARV, S. 169; Winkler, Unternehmensumwandlungen, S. 67.

1607 Wildhaber, ARV, S. 169; Winkler, Unternehmensumwandlungen, S. 67 f.

1608 Vgl. Bauer, Arbeitnehmerschutz, S. 69; Wildhaber, ARV, S. 169 f.; Winkler, Unternehmensumwandlungen, S. 68 f., 77; Wyler/Heinzer, S. 212 f.

1609 Der Gesetzeswortlaut legt eine individualrechtliche Fortgeltung nahe, indem die weitergeltenden GAV-Bestimmungen nur auf die «übertragenden Arbeitsverhältnisse» Anwendung finden. Würde es sich um eine kollektivrechtliche Weitergeltung handeln, wären die Bestimmungen auch auf neueintretende Arbeitnehmer anwendbar, was ausdrücklich ausgeschlossen wurde. Art. 333 Abs. 1bis OR normiert auch keinen automatischen GAV-Parteiwechsel, was für eine normative Wirkung eines Verbands- und Firmenvertrags notwendig wäre (Müller, AJP 1996, S. 154; Wildhaber, ARV, S. 173). Dies gilt ferner auch in Deutschland: Nach § 613a BGB werden die GAV-Normen «Inhalt des Arbeitsverhältnisses» (Müller, AJP 1996, S. 153).

1610 Wildhaber, ARV, S. 173; Winkler, Unternehmensumwandlungen, S. 77.

1611 Wildhaber, ARV, S. 169; Winkler, Unternehmensumwandlungen, S. 68 («Transformation» in der Wirkung des GAV).

c) Kollektivrechtliche Fortgeltung

aa) Verbandsvertrag

Ein Verbandsvertrag besteht für den übernommenen Betrieb(steil) kollektivrechtlich fort, wenn der Erwerber und Veräusserer dem Geltungsbereich desselben Verbandsvertrags unterliegen.[1612] Dies gilt dann, wenn beide Parteien demselben Arbeitgeberverband zugehörig sind[1613] oder wenn eine Allgemeinverbindlichkeitserklärung besteht, d.h. die Vertragsbindung auch auf Aussenseiter des betreffenden Wirtschaftszweigs ausgedehnt wurde.[1614] Art. 333 Abs. 1bis OR findet diesfalls keine Anwendung.[1615] Der Fortgeltung nicht entziehen kann sich der Erwerber, indem er aus dem entsprechenden Arbeitgeberverband austritt. Bei einem Verbandsaustritt kommt Art. 333 Abs. 1bis OR sinngemäss zur Anwendung und der GAV läuft – nun individualrechtlich – bis zum Ablauf der einjährigen Frist weiter.[1616]

Dies gilt für Betriebsübergänge nach Art. 333 Abs. 1 OR sowie solche im Zuge der (partiellen) Universalsukzession nach FusG. Namentlich kommt bei fehlender Mitgliedschaft des Erwerbers die Übertragung der mitgliedschaftsrechtlichen Position des übertragenden Rechtsträgers auf den übernehmenden Rechtsträger via (partieller) Universalsukzession grundsätzlich nicht in Frage. Die Mitgliedschaft ist höchstpersönlicher Natur und wird deshalb von der (partiellen) Universalsukzession nicht automatisch miterfasst.[1617]

1612 Wildhaber, ARV, S. 170.

1613 Winkler, Unternehmensumwandlungen, S. 68; Wildhaber, ARV 2008, S. 170. Der Erwerber kann auch erst im Zuge des Betriebsübergangs in denselben Arbeitgeberverband beitreten.

1614 Wildhaber, ARV, S. 171.

1615 Geiser, arbeitsrechtliche Fragen, S. 171; Wildhaber, ARV, S. 170; Winkler, Unternehmensumwandlungen, S. 68; a.M. Brühwiler, Art. 333 N 3; Suffert, S. 33.

1616 Sonst bestünde ein stossender Normwiderspruch und der Erwerber, der im Zeitpunkt des Betriebsübergangs bereits an den GAV gebunden war, wäre bessergestellt, als jener, der dem GAV direkt nach Art. 333 Abs. 1bis OR unterstellt war (BK OR-Stöckli, Art. 356b N 31; gl.M. Geiser, arbeitsrechtliche Fragen, S. 171; Winkler, Unternehmensumwandlungen, S. 69).

1617 BSK FusG-Baumgartner/Oertle, Vor Art. 27 N 20; Winkler, Unternehmensumwandlungen, S. 69 f. (mit Hinweis auf den Ausnahmefall, bei welchem eine universalsukzessorische Übertragung der Mitgliedschaft im Arbeitgeberverband statuarisch vorgesehen und der Erwerber danach automatisch von der Tarifbindung erfasst wird).

bb) Firmenvertrag

Der Firmenvertrag besteht bei Betriebsübergängen *ausserhalb des FusG* mit kollektivrechtlicher Wirkung nur fort, wenn der Erwerber rechtsgeschäftlich als Partei in den Firmenvertrag eintritt.[1618] Sofern neu eintretende Arbeitnehmer tarifgebunden sind, gelten die im Firmenvertrag geregelten Rechte und Pflichten auch für diese.[1619] Der Erwerber kann sich dieser Fortgeltung grundsätzlich nicht durch Kündigung entziehen. Eine solche beendet in der Regel nur die kollektivrechtliche Wirkung; der GAV besteht jedoch nunmehr mit individualrechtlicher Wirkung fort.[1620] Eine Ausnahme besteht nur dort, wo der frühere Arbeitgeber den Firmenvertrag kündigen konnte; dem Übernehmer ist dies nicht zu verwehren.[1621]

Im Unterschied zu Verbandsverträgen, wo die Tarifgebundenheit von der personenbezogenen Mitgliedschaft des Arbeitgebers in einem bestimmten Arbeitgeberverband abhängt, ergibt sich die Tarifbindung bei Firmenverträgen direkt aus der Stellung als Vertragspartei.[1622] Da die Parteistellung nicht höchstpersönlich ist, ist sie ohne Weiteres übertragbar.[1623] Bei Betriebsübergängen via (partieller) Universalsukzession im *Rahmen des FusG* kommt es deshalb stets zu einer kollektivrechtlichen Fortgeltung von in Firmenverträgen geregelten Rechten und Pflichten, wenn der übernehmende Rechtsträger via (partieller) Universalsukzession in die Rechtsstellung des übertragenden Rechtsträgers eintritt und so Partei des Firmenvertrags wird.[1624] Es bedarf weder des rechtgeschäftlichen Eintritts in die firmenvertragliche Parteistellung noch eines Neuabschlusses des Firmenvertrags. Während bei der *Fusion* infolge des einheitlichen Übergangs aller Rechte und Pflichten auf den übernehmenden Rechtsträger die Firmenverträge für die übergegangenen Arbeitsverhältnisse ohne weiteres Zutun kollektivrechtlich fortbeste-

---

1618 Müller, AJP 1996, S. 154; Wildhaber, ARV, S. 172; Wildhaber, Umstrukturierungen, S. 320.

1619 Müller, AJP 1996, S. 154; Winkler, Unternehmensumwandlungen, S. 75.

1620 Kradolfer, S. 201.

1621 BSK OR I-Portmann/Rudolph, Art. 333 N 18; Kradolfer, S. 201; Streiff/von Kaenel/Rudolph, Art. 333 N 9; ZK-Staehelin, Art. 333 N 11.

1622 Wildhaber, Umstrukturierungen, S. 318; Winkler, Unternehmensumwandlungen, S. 75.

1623 BSK FusG-Baumgartner/Oertle, Vor Art. 27 N 20; Wildhaber, ARV, S. 171; Winkler, Unternehmensumwandlungen, S. 75.

1624 BSK FusG-Baumgartner/Oertle, Vor Art. 27 N 20; Wildhaber, ARV, S. 172; Winkler, Unternehmensumwandlungen, S. 75.

hen,[1625] muss bei *Spaltungen* für ihren Übergang die firmenvertragliche Parteistellung dem aufnehmenden Rechtsträger im Spaltungsvertrag oder -plan zugeordnet sein.[1626] Ansonsten verbleibt die Parteistellung beim sich spaltenden Rechtsträger und es kommt nur eine individualrechtliche Fortgeltung in Frage (dazu sogleich).[1627]

d) Individualrechtliche Fortgeltung nach Art. 333 Abs. 1bis OR

Mangels kollektivrechtlicher Fortgeltung der tarifrechtlichen Rechte und Pflichten ist deren individualrechtlicher Fortbestand nach Art. 333 Abs. 1bis OR zu prüfen. Weil es dabei um den Inhalt der einzelnen vom Betriebsübergang betroffenen Arbeitsverträgen geht, ist grundsätzlich wiederum zwischen einer arbeitsrechtlichen und fusionsgesetzlichen Übertragung der Arbeitsverhältnisse zu unterscheiden.[1628] Praktische Konsequenzen zeigt diese Unterscheidung hier jedoch keine, da Art. 333 Abs. 1bis OR vom integralen Verweis auf Art. 333 OR in den Art. 27 Abs. 1, Art. 49 Abs. 1 und 76 Abs. 1 FusG miterfasst ist und damit auf den fusionsgesetzlichen Übergang unmittelbar Anwendung findet.[1629]

aa) Gegenstand und Anwendungsbereich von Art. 333 Abs. 1bis OR

Art. 333 Abs. 1bis OR verpflichtet den nicht an den GAV gebundenen Betriebserwerber, die tarifrechtlichen Normen während einer einjährigen Karenzfrist einzuhalten, sofern der GAV nicht vorher abläuft oder infolge Kündigung endet.[1630] Im Unterschied zu den übrigen auf individualrechtlicher Ebene wirkenden Arbeitsbedingungen dürfen somit jene Arbeitsbedingungen, die auf einem GAV gründen, während einem Jahre nicht zuungunsten des Arbeitnehmers unter das GAV-Niveau geändert werden.[1631] Wegen ihrem individualrechtlichen Fortbestand gelten die GAV-Bestimmungen nur für die *übertragenen Arbeitsverhältnisse,* nicht aber bezüglich neueintretender oder bereits im Betrieb des Erwerber tätige Arbeitneh-

---

[1625] Wildhaber, Umstrukturierungen, S. 319 m.w.H.; Winkler, Unternehmensumwandlungen, S. 75 f.

[1626] Wildhaber, Umstrukturierungen, S. 319; eingehend dazu Bauer, Arbeitnehmerschutz, S. 67 f.

[1627] Wildhaber, Umstrukturierungen, S. 319; Winkler, Unternehmensumwandlungen, S. 77.

[1628] Winkler, Unternehmensumwandlungen, S. 70.

[1629] Kradolfer, S. 208; vgl. auch Wildhaber, ARV, S. 166.

[1630] Wildhaber, AJP 2008, S. 415.

[1631] Geiser, arbeitsrechtliche Fragen, S. 171; vgl. auch Kradolfer, S. 198.

mer.[1632] Die individualrechtliche Weitergeltung wirkt *statisch,* d.h. Änderungen des GAV sind innerhalb der betriebsübergangsbedingten Fortgeltung für die übernommenen Arbeitsverhältnisse nicht gültig.[1633]

bb) Von der Fortgeltung erfasste Bestimmungen und Arbeitsverhältnisse

Art. 333 Art. 1[bis] OR bewirkt nicht das Fortbestehen aller GAV-Bestimmungen.[1634] Der Erwerber ist vollumfänglich an die *normativen Bestimmungen*[1635] gebunden, die *schuldrechtlichen* (besser: vertraglichen)[1636] *Bestimmungen*[1637] gelten dagegen nicht weiter.[1638] Die *indirekt schuldrechtlichen Bestimmungen*[1639] bestehen nur fort, soweit sie dem Schutz des Arbeitnehmers dienen (z.B. Bestimmungen über die Betriebsverfassung, die Mitwirkung der Arbeitnehmer im Betrieb oder den Betriebsurlaub).[1640]

1632 Wildhaber, ARV, S. 173; Müller, AJP 1996, S. 153.

1633 Kradolfer, S. 196; vgl. auch Wildhaber, ARV, S. 175 m.w.H.

1634 Müller, AJP 1996, S. 152; a.M. Geiser, arbeitsrechtliche Fragen, S. 171 (Fortbestand aller Bestimmungen).

1635 *Normative Bestimmungen* sind von den GAV-Parteien gesetztes objektives Recht (Geiser/Müller/Pärli, N 803) und haben die gleiche Wirkung wie gesetzliche relativ zwingende Normen (Vischer/Müller, § 36 N 25). Regelungsinhalt ist Abschluss, Inhalt und Beendigung des Arbeitsvertrages der beteiligten Arbeitgeber und Arbeitnehmer (BSK OR I-Portmann/Rudolph, Art. 356 N 11; Geiser/Müller/Pärli, N 803).

1636 Kritisch zur Bezeichnung «schuldrechtlich» Vischer/Müller, § 36 N 9.

1637 Die *schuldrechtlichen Bestimmungen* begründen unmittelbare Rechte und Pflichten der GAV-Parteien (Verbände oder einzelne Arbeitgeber, vgl. Vischer/Müller, § 36 N 11.) unter sich (Art. 356 Abs. 3 OR, BSK OR I-Portmann/Rudolph, Art. 356 N 10; Geiser/Müller/Pärli, N 812). Gegenstand kann jeder zulässige Inhalt sein (BSK OR I-Portmann/Rudolph, Art. 356 N 10).

1638 Müller, AJP 1996, S. 151 f.; BK OR-Rehbinder/Stöckli, Art. 356b N 28; BSK OR I-Portmann/Rudolph, Art. 333 N 19; Streiff/von Kaenel/Rudolph, Art. 333 N 9.

1639 *Indirekt schuldrechtliche Bestimmungen* begründen mit normativer Wirkung schuldrechtliche Ansprüche für und gegen nicht direkt am GAV Beteiligte, ohne den jeweiligen Partner des Einzelarbeitsverhältnisses zu berechtigen oder zu verpflichten (Art. 356 Abs. 2 OR, BSK OR I-Portmann/Rudolph, Art. 356 N 12). Sie regeln z.B. Leistungen des Arbeitgebers zugunsten der Belegschaft (sog. Solidarnormen), die betriebliche Mitwirkung oder Leistungen an Ausgleichskassen (vgl. dazu BSK OR I-Portmann/Rudolph, Art. 356 N 14 ff.).

1640 BSK OR I-Portmann/Rudolph, Art. 333 N 19; BK OR-Rehbinder/Stöckli, Art. 333 N 13; eingehend dazu Müller, AJP 1996, S. 152 f.; Wildhaber, Umstrukturierungen, S. 322 f.

Die individualrechtliche Fortgeltung nach Art. 333 Abs. 1bis OR erfasst nur jene Arbeitsverhältnisse, die dem GAV tatsächlich kollektivrechtlich unterstehen.[1641] Bei Übergang eines Betriebsteils, der ausserhalb der eigentlichen Geschäftstätigkeit liegt, gilt der GAV nicht weiter.[1642] Mit der Ausgliederung fällt die Tarifeinheit, auf der die Geltung des GAV gründet, weg.[1643]

cc) Vorzeitige Beendigung und Ablauf der einjährigen Fortgeltung

Die einjährige Änderungssperre nach Art. 333 Abs. 1bis OR besteht unter dem Vorbehalt, dass der GAV nicht vorher abläuft oder gekündigt[1644] wird. Die Verweisung auf die Kündigung betrifft den Fall, bei welchem der jeweilige Tarifpartner, der aufgrund seiner Stellung als Vertragspartei berechtigt ist, den GAV zu kündigen, von seinem Kündigungsrecht Gebrauch macht und diese Kündigung auch den GAV, der auf individualrechtlicher Grundlage weiterläuft, beendet.[1645] Bei einem Firmenvertrag kann der Erwerber durch Kündigung das Ende des GAV vor Ablauf der Jahresfrist herbeiführen, wenn der Veräusserer dieselbe Möglichkeit gehabt hätte.[1646] Auch möglich ist die einvernehmliche Aufhebung des GAV durch die Sozialpartner vor Ablauf der Mindestdauer.[1647] Ebenso ist der Erwerber nicht

---

1641 Streiff/von Kaenel/Rudolph, Art. 333 N 9; wohl gl.M. Wildhaber, ARV, S. 169. Einem GAV kollektivrechtlich unterstehen jene Arbeitnehmer, welche entweder Mitglied einer vertragsschliessenden Gewerkschaft sind oder aber einen formellen Anschluss im Sinne von Art. 356b OR erklärt haben (Streiff/von Kaenel/Rudolph, Art. 333 N 9).

1642 BK OR-Rehbinder/Stöckli, Art. 333 N 13 mit Verweis auf JAR 1990, S. 388 ff., 395 f. (Ausgliederung der Betriebskantine eines Unternehmens der chemischen Industrie).

1643 BK OR-Stöckli, Art. 356 N 29; gl.M. BK OR-Rehbinder/Stöckli, Art. 333 N 13; BSK FusG-Baumgartner/Oertle, vor Art. 27 N 21; BSK OR I-Portmann/Rudolph, Art. 333 N 20; a.M. Streiff/von Kaenel/Rudolph, Art. 333 N 9 und Wildhaber, AJP 2008, S. 415 f.

1644 Winkler, Unternehmensumwandlungen, S. 73; Kradolfer, S. 198. Müller, AJP 1996, S. 154, scheint die Möglichkeit einer Kündigung nur bei Parteieintritt des Erwerbers annehmen zu wollen. Dies ist unzutreffend; tritt der Erwerber in den GAV als Partei ein, kommt Art. 333 Abs. 1bis gar nicht zur Anwendung (gl.M. Winkler, Unternehmensumwandlungen, S. 73).

1645 Winkler, Unternehmensumwandlungen, S. 73.

1646 Streiff/von Kaenel/Rudolph, Art. 333 N 9; gl.M. BSK OR I-Portmann/Rudolph, Art. 333 N 18; Kradolfer, S. 201; ZK-Staehelin, Art. 333 N 11.

1647 Geiser, arbeitsrechtliche Fragen, S. 171 f.; gl.M. Streiff/von Kaenel/Rudolph, Art. 333 N 9; Wildhaber, ARV, S. 175 f.; a.M. wohl Brühwiler, Art. 333 N 3 (Weitergeltung kraft Gesetz, womit das Verfügungsrecht über die Anwendbarkeit den Sozialpartnern entzogen würde).

mehr an den GAV gebunden, wenn dieser durch einen neuen Vertrag ersetzt oder nach Zeitablauf erneuert wird.[1648]

Nach Ablauf der Karenzfrist können die individualrechtlich fortgeltenden GAV-Bestimmungen mit einseitiger Willensäusserung einer Vertragspartei ausser Kraft gesetzt werden. Eine Änderungskündigung oder Änderungsvereinbarung ist nicht notwendig, da ansonsten die Weitergeltung faktisch länger als ein Jahr betragen würde.[1649]

e) Tarifkonkurrenz

Besteht neben der Weitergeltung des GAV des Veräusserers auch beim Erwerber ein GAV, liegt eine *Tarifkonkurrenz*[1650] vor und es ist das Verhältnis beider GAV zu klären:

Gilt der GAV des Veräusserers kollektivrechtlich fort und ist im übernehmenden Betrieb zugleich ein GAV anwendbar, besteht eine *echte Tarifkonkurrenz.* Es sind die allgemeinen Regeln über die echte Konkurrenz von GAV anzuwenden.[1651] Dabei soll nach dem Prinzip der Tarifeinheit für einen Betrieb bzw. für das einzelne Arbeitsverhältnis möglichst nur ein GAV anwendbar sein und zwar jener, der nach dem Spezialitätengrundsatz oder dem Prinzip der grössten Zahl ermittelt wird.[1652] Soweit sich die GAV ergänzen, können ausnahmsweise auch mehrere GAV auf dasselbe Arbeitsverhältnis anwendbar sein.[1653]

Bestehen die Normen des übernommenen GAV individualrechtlich weiter, konkurrieren die beiden GAV nicht auf gleicher Ebene *(unechte Tarifkonkurrenz).*[1654] Die Grundsätze der echten Tarifkonkurrenz sind nicht anwendbar. Stattdessen stellt 333 Abs. 1[bis] OR die besondere Vorschrift auf, wonach der bisherige GAV zwingend während einem Jahr für die übernommenen Arbeitnehmer fortbesteht.[1655]

1648 Zusatzbotschaft I, 401; ZK-Staehelin, Art. 333 N 11; vgl. auch Streiff/von Kaenel/Rudolph, Art. 333 N 11.

1649 Zum Ganzen Wildhaber, ARV, S. 176 f.

1650 Eingehend dazu z.B. Streiff/von Kaenel/Rudolph, Art. 356 N 4.

1651 Wildhaber, ARV, S. 177 f. m.w.H.

1652 Müller, AJP 1996, S. 155.

1653 Wildhaber, ARV, S. 177 m.w.H.

1654 Müller, Arbeitnehmervertretung, S. 279; Kradolfer, S. 199.

1655 Müller, Arbeitnehmervertretung, S. 279; Wildhaber, ARV, S. 178; Winkler, Unternehmensumwandlungen, S. 73.

Die Bestimmung statuiert dabei insofern einen sog. «Verschlechterungsschutz», als der GAV des alten Betriebsinhabers während der einjährigen Mindestfrist vorgeht, sofern jener des Erwerbers ungünstiger ist.[1656] Im umgekehrten Fall haben die übernommenen Arbeitnehmer indes keinen Anspruch darauf, dass die günstigeren GAV-Bestimmungen des übernehmenden Arbeitgebers auf sie anwendbar sind. Die teilweise gegenteilige Meinung verletzt den Art. 333 OR zugrundeliegenden Gedanken, wonach die übernommenen Arbeitnehmer einen gewissen Bestandesschutz, nicht aber zwingend eine Verbesserung ihrer Rechtsstellung geniessen sollen.[1657]

2. Betriebsvereinbarungen

a) Zur Betriebsvereinbarung im Allgemeinen

Neben dem GAV zählen auch Betriebsvereinbarungen bzw. Betriebsordnungen (vgl. Art. 37–39 ArG) zu den kollektivrechtlichen Regelungsinstrumenten.[1658] Die *einseitig angeordnete Betriebsordnung* (Art. 37 ArG) erlässt der Arbeitgeber nach Anhörung der Arbeitnehmer (vgl. Art. 37 Abs. 4 ArG). Sie ist für industrielle Betriebe obligatorisch (Art. 37 Abs. 1 ArG). Die *eigentliche Betriebsvereinbarung* wird schriftlich zwischen Arbeitgeber und den Arbeitnehmern bzw. deren Vertretung abgeschlossen (vgl. Art. 37 Abs. 4 ArG, Art. 38 Abs. 2 ArG). Zwingender bzw. obligatorischer Inhalt beider Arten sind Vorschriften betreffend Gesundheitsschutz und Unfallverhütung und – soweit notwendig («bedingt obligatorischer Inhalt»)[1659] – betreffend Ordnung und Verhalten der Arbeitnehmer im Betrieb

---

1656 Müller, Arbeitnehmervertretung, S. 279; Kradolfer, S. 199; Winkler, Unternehmensumwandlungen, S. 73.

1657 BK OR-Rehbinder/Stöckli, Art. 333 N 13; Winkler, Unternehmensumwandlungen, S. 74. Anders Müller, AJP 1996, S. 156, der aus Gründen der betrieblichen Rechtseinheit die günstigeren GAV-Bestimmungen des Erwerbers auch auf die übernommenen Arbeitsverhältnisse anwenden will, soweit dieser GAV nach dessen Geltungsbereich auf die übernommenen Arbeitnehmer anwendbar ist; gl.M. Wildhaber, ARV, S. 178. ZK-Staehelin, Art. 333 N 11, will im Sinne eines «Rosinenpickens» den übernommenen Arbeitnehmer erlauben, jeweils einzelne Bestimmungen aus den beiden GAV auszuwählen.

1658 Art. 38 Abs. 2 ArG spricht nicht von «Betriebsvereinbarung», sondern von «vereinbarter Betriebsordnung». Im Übrigen geht der Wortlaut von Art. 38 Abs. 2 ArG davon aus, dass im Arbeitsrecht neben GAV und Betriebsvereinbarungen noch andere kollektivrechtliche Vereinbarungen möglich sind, was aber unzutreffend ist (OFK ArG-Müller/Maduz, Art. 38 N 6).

1659 Vischer/Müller, § 4 N 13.

(Art. 38 Abs. 1 ArG). Die eigentliche Betriebsordnung kann darüber hinaus gemäss Art. 38 Abs. 2 ArG Regelungen enthalten («fakultativer Inhalt»),[1660] «die das Verhältnis zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer betreffen [...]», unter dem Vorbehalt, dass ihr Gegenstand in dem Bereich, dem der Betrieb angehört, nicht üblicherweise durch einen GAV oder eine andere kollektive Vereinbarung geregelt wird.[1661] Betriebsvereinbarungen gelten für den Arbeitgeber und alle im Betrieb beschäftigten Arbeitnehmer; die Mitgliedschaft in einer Gewerkschaft ist nicht notwendig (sog. Fernwirkung).[1662] Betriebsvereinbarungen nach ArG bedürfen der Genehmigung der kantonalen Behörde und wirken mit Bekanntgabe im Betrieb normativ (Art. 39 ArG).[1663] Nachfolgend gilt es deren Schicksal im Rahmen eines Betriebsübergangs zu untersuchen.

Soweit Betriebsvereinbarungen weder den Vorschriften des ArG entsprechen noch sich auf eine GAV-Delegationsnorm stützen, bedürfen sie der Zustimmung der einzelnen Arbeitnehmer und wirken nur individualrechtlich.[1664] Sie gehen als Inhalt des Arbeitsvertrages beim arbeitsrechtlichen Übergang gestützt auf Art. 333 Abs. 1 OR, beim fusionsgesetzlichen Übergang im Zuge der (partiellen) Universalsukzession auf den Erwerber über.[1665]

b) Fortgeltung von in Betriebsvereinbarungen geregelten Rechte und Pflichten

Wie bereits im Zusammenhang mit dem GAV muss auch bei der Betriebsvereinbarung zwischen dessen kollektivrechtlichen und individualrechtlichen Fortbestand unterschieden werden.

1660 VISCHER/MÜLLER, § 4 N 13.

1661 Insgesamt verfügen allerdings nur wenige Betriebe über eine Betriebsvereinbarung, welche arbeitsrechtliche Bestimmungen ausserhalb des Obligatoriums enthält. Stattdessen ziehen es die Arbeitgeber vor, allgemeine Anordnungen über die Ausführung der Arbeit und das Verhalten der Arbeitnehmer im Betrieb gemäss Art. 321d OR (dazu oben § 4/III/4) oder in AAB (dazu oben § 4/III/3/b) zu erlassen (VISCHER/MÜLLER, § 4 N 17).

1662 WILDHABER, Umstrukturierungen, S. 310.

1663 Vgl. dazu MÜLLER, Arbeitnehmervertretung, S. 243 m.w.H. Ebenfalls normativ wirken Betriebsvereinbarungen, die sich auf eine GAV-Delegationsnorm stützen, allerdings nur für GAV-Unterstellte (MÜLLER, Arbeitnehmervertretung, S. 242; WILDHABER, Umstrukturierungen, S. 310 f.).

1664 MÜLLER, Arbeitnehmervertretung, S. 243.

1665 WINKLER, Unternehmensumwandlungen, S. 64, 66.

aa) Kollektivrechtliche Fortgeltung

Für die kollektivrechtliche Fortgeltung einer Betriebsvereinbarung zentral ist, ob der Betriebsinhaberwechsel *unter Wahrung* oder *unter Verlust der betrieblichen Einheit* erfolgt.[1666] Denn Betriebsvereinbarungen können nur so lange Geltung haben, als die Einheit des zu regelnden Betriebes fortbesteht.[1667] Die betriebliche Einheit ist beim Übergang des Betriebes als Ganzes und der Aufrechterhaltung seiner Selbständigkeit gewahrt; verloren geht sie bei Veränderung der betrieblichen Gesamtstruktur (z.B. bei Zusammenlegung und Eingliederung von Betriebsteilen in bestehende Betriebe).[1668]

Erfolgt im Rahmen des FusG ein Betriebsinhaberwechsel unter Wahrung der betrieblichen Einheit, bestehen die in der Betriebsvereinbarung geregelten Rechte und Pflichten – falls der Erwerber Vertragspartei der Betriebsvereinbarung wird – kollektivrechtlich fort.[1669] Die normative Fortgeltung findet – wie beim Firmenvertrag[1670] – ihre Grundlage darin, dass der übernehmende Rechtsträger infolge (partieller) Universalsukzession automatisch in die Position des übertragenden Rechtsträgers eintritt und so Vertragspartei der für den übergehenden Betrieb geltende Betriebsvereinbarung wird.[1671] Während bei der Fusion sämtliche Rechtspositionen auf den Erwerber übergehen, erfolgt bei der Spaltung und Vermögensübertragung die Zuordnung der Stellung als Vertragspartei im Spaltungs- bzw. Vermögensübertragungsvertrag.[1672] Kommt es indes zu einer Veränderung der betrieblichen Struktur und damit zum Verlust der betrieblichen Einheit, ist eine normative Fortgeltung der in der Betriebsvereinbarung geregelten arbeitsvertrag-

---

1666 Bauer, Arbeitnehmerschutz, S. 76; Wildhaber, Umstrukturierungen, S. 341; Winkler, Unternehmensumwandlungen, S. 79.

1667 Wildhaber, Umstrukturierungen, S. 341 f.; Winkler, Unternehmensumwandlungen S. 79.

1668 Eingehend dazu Wildhaber, Umstrukturierungen, S. 341 f. Die Wahrung der betrieblichen Einheit ist nicht zu verwechseln mit der Betriebs(teil)identität, die vorliegen muss, damit ein Betriebsübergang i.S.v. Art. 333 OR vorliegt (Winkler, Unternehmensumwandlungen, S. 79 FN 299).

1669 Bauer, Arbeitnehmerschutz, S. 76 f.; Wildhaber, Umstrukturierungen, S. 343.

1670 Dazu oben § 7/IV/1/c/bb.

1671 Wildhaber, Umstrukturierungen, S. 343; Winkler, Unternehmensumwandlungen, S. 80.

1672 Bauer, Arbeitnehmerschutz, S. 77; Wildhaber, Umstrukturierungen, S. 343 f.; Winkler, Unternehmensumwandlungen, S. 80.

lichen Rechte und Pflichten wegen der zwingenden Einheitlichkeit der Betriebsvereinbarung ausgeschlossen.[1673]

Beim Betriebsübergang qua Singularsukzession (asset deal) bedarf es für den kollektivrechtlichen Fortbestand der Betriebsvereinbarung eines rechtsgeschäftlichen Eintritts in die Parteistellung des Veräusserers. Eine kollektivrechtliche Fortgeltung ist damit auch bei Wahrung der betrieblichen Einheit nur durch Abschluss einer gleichlautenden Betriebsvereinbarung oder durch (stillschweigende) Vertragsübernahme möglich.[1674] Auch kann der Erwerber die bisherige Betriebsvereinbarung freiwillig weiterhin kollektivrechtlich gelten lassen, indem er diese im Betrieb(steil) bekannt gibt.[1675]

bb) Individualrechtliche Fortgeltung: Analoge Anwendung von Art. 333 Abs. 1bis OR

Ist keine kollektivrechtliche Fortgeltung der in Betriebsvereinbarungen geregelten Rechte und Pflichten möglich, kommt nur noch deren individualrechtliche Fortgeltung, d.h. auf einzelarbeitsvertraglicher Ebene, in Frage.[1676] Damit ist zwar konsequenterweise erneut zwischen einem arbeitsrechtlichen und einem umwandlungsrechtlichen Übergang von Arbeitsverhältnissen zu unterscheiden,[1677] im Ergebnis sind indes keine Unterschiede auszumachen. Gemäss neuerer Lehre[1678] ist Art. 333 Abs. 1bis OR – beim arbeitsrechtlichen wie auch fusionsgesetzlichen Übergang[1679] – analog auch auf Betriebsvereinbarungen als Auffangregel anwendbar.[1680] Dies führt dazu, dass der Erwerber diejenigen Regelungen der Betriebsvereinbarung, die beim GAV *den normativen Bestimmungen* zugeordnet würden, während eines Jahres individualrechtlich weitergelten lassen muss.[1681] Derjenige

---

1673 Wildhaber, Umstrukturierungen, S. 344; Winkler, Unternehmensumwandlungen, S. 82.

1674 Kradolfer, S. 203; Wildhaber, Umstrukturierungen, S. 344.

1675 Wildhaber, Umstrukturierungen, S. 344.

1676 Wildhaber, Umstrukturierungen, S. 345.

1677 Vgl. Winkler, Unternehmensumwandlungen, S. 83.

1678 Vgl. dazu Wildhaber, Umstrukturierungen, S. 345 f.

1679 Vgl. Winkler, Unternehmensumwandlungen, S. 88.

1680 Wildhaber, Umstrukturierungen, S. 346; Winkler, Unternehmensumwandlungen, S. 85; vgl. auch Bauer, Arbeitnehmerschutz, S. 79 (direkte Anwendbarkeit).

1681 Wildhaber, Umstrukturierungen, S. 346; vgl. auch Winkler, Unternehmensumwandlungen, S. 86.

Teil, der im GAV-Recht den indirekt-schuldrechtlichen Bestimmungen zuzuordnen wäre (also typischerweise die Mitwirkungsvereinbarung), gilt in der Regel nicht weiter, weil er infolge Auseinanderfallen des Vertretungsbereichs und der Einheitlichkeit der Betriebsverfassung praktisch nicht durchführbar ist.[1682] Ferner kann mit dem Übergang des Betriebsteils die Durchführung der Betriebsvereinbarung generell unmöglich oder unzumutbar sein (z.B. der Anspruch auf unentgeltliche Benützung des Personalrestaurants, wenn der neue Betrieb kein Personalrestaurant besitzt).[1683]

Im Bereich, in welchem eine Betriebsordnung obligatorisch aufzustellen ist (industrielle Betriebe, Art. 38 Abs. 1 ArG), gelten die Bestimmungen fort, sofern sie in diejenigen des neuen Betriebes sinnvoll eingegliedert werden können (kein Widerspruch) oder im neuen Betrieb keine derartigen Bestimmungen bestehen. Allenfalls ist eine neue Betriebsordnung zu erlassen bzw. eine neue Vereinbarung zu treffen.[1684]

c) Konkurrenz

Wegen des in Art. 38 Abs. 2 ArG angeordneten Subsidiaritätsprinzips, nach welchem mit Betriebsvereinbarungen nur solche Gegenstände geregelt werden können, die nicht üblicherweise zum Inhalt eines GAVs gehören, kann es grundsätzlich zu keinen Konkurrenzproblemen zwischen kollektivrechtlich fortgeltenden Betriebsvereinbarungen mit einem beim Erwerber bestehenden GAV kommen.[1685] Sollte dies dennoch der Fall sein, geht der GAV als höherrangige Rechtsquelle vor (vgl. Art. 38 Abs. 3 ArG).[1686]

Besteht beim Erwerber ein GAV, der mit den in der Betriebsvereinbarung geregelten, individualrechtlich fortgeltenden Arbeitsbedingungen konkurriert, so gehen die GAV-Bestimmungen vor, sofern diese für den Arbeitnehmer günstiger sind.[1687]

1682 Müller, AJP 1996, S. 157; OFK ArG-Müller/Maduz, Art. 37 N 9; Wildhaber, Umstrukturierungen, S. 346.

1683 OFK ArG-Müller/Maduz, Art. 37 N 9; Wildhaber, Umstrukturierungen, S. 346.

1684 Müller, AJP 1996, S. 157; OFK ArG-Müller/Maduz, Art. 37 N 9; Wildhaber, Umstrukturierungen, S. 346 f.

1685 Wildhaber, Umstrukturierungen, S. 347.

1686 Bauer, Arbeitnehmerschutz, S. 77 f.; Wildhaber, Umstrukturierungen, S. 347; Winkler, Unternehmensumwandlungen, S. 81; vgl. auch OFK ArG-Müller/Maduz, Art. 38 N 7.

1687 Wildhaber, Umstrukturierungen, S. 347.

Im umgekehrten Fall gehen die günstigeren Arbeitsbedingungen der Betriebsvereinbarung den GAV-Bestimmungen vor, da das «Günstigkeitsprinzip» als Folge der auf der Ebene des Einzelarbeitsvertrages beruhenden Fortgeltung von Rechten und Pflichten – im Unterschied zu den Fällen der normativen Fortgeltung[1688] – zur Anwendung gelangt.[1689]

Konkurrenzieren können die in der Betriebsvereinbarung geregelten, individualrechtlich fortgeltenden Arbeitsbedingungen ferner mit einer beim übernehmenden Erwerber für den Gesamtbetrieb bestehenden Betriebsvereinbarung:[1690] Wegen des in Art. 333 Abs. 1[bis] OR angeordneten Verschlechterungsschutzes ist eine Ablösung der einen Betriebsvereinbarung durch eine andere, für den Arbeitnehmer ungünstigere, Betriebsvereinbarung nicht möglich.[1691] Es ist daher grundsätzlich vom Vorrang der Bestimmungen der Betriebsvereinbarung des übertragenden Rechtsträgers auszugehen.[1692]

V. Mitwirkungsrechte des Arbeitnehmers

1. Übersicht

Wie bei der Massenentlassung haben die Arbeitnehmer auch bei Betriebsübergängen Mitwirkungsrechte. Art. 333a OR sieht solche in Form von *Informations- und Konsultationsrechten* vor.[1693] Diese dienen kollektiv-rechtlichen sowie individualarbeitsrechtlichen Zwecken: auf deren Grundlagen soll die Arbeitnehmervertretung ihre Aufgaben erfüllen, die Arbeitnehmerschaft die Konsequenzen des Be-

---

1688 Die Konkurrenz besteht dort zwischen GAV und Betriebsvereinbarung, und die diesbezügliche Frage nach der Anwendbarkeit konkurrierender Normen wird von Art. 38 Abs. 3 ArG i.S. eines uneingeschränkten Vorrangs der GAV-Bestimmungen entschieden (Winkler, Unternehmensumwandlungen, S. 87 FN 332; vgl. auch OFK ArG-Müller/Maduz, Art. 38 N 7).

1689 Die Konkurrenz besteht hier zwischen GAV und Einzelarbeitsvertrag, womit Art. 357 Abs. 2 OR anwendbar ist (Winkler, Unternehmenswandlungen, S. 87 FN 333).

1690 Wildhaber, Umstrukturierungen, S. 347; Winkler, Unternehmensumwandlungen, S. 87.

1691 Wildhaber, Umstrukturierungen, S. 347; Winkler, Unternehmensumwandlungen, S. 87.

1692 Wildhaber, Umstrukturierungen, S. 347 f.

1693 Zu den Mitwirkungsrechten bei Massenentlassungen oben § 5/II/2/a.

triebsübergangs ermessen und der einzelne Arbeitnehmer seine Rechte ausüben können.[1694]

Auch bei Umstrukturierungen nach FusG findet Art. 333a OR Anwendung: entweder weil ein Betriebsübergang nach Art. 333 Abs. 1 OR vorliegt und damit die Anwendbarkeit von Art. 333a unmittelbar eröffnet ist oder aufgrund der Verweise im FusG (Art. 27 Abs. 1, 50 und 77 Abs. 1 FusG). Obschon diese Verweise jeweils nur von einer Konsultationspflicht sprechen, ist die Information als notwendige Voraussetzung einer sinnvollen Konsultation miterfasst.[1695] Darüber hinaus enthält das FusG eigene, Art. 333a OR konkretisierende und ergänzende Vorschriften zur Information und Konsultation der Arbeitnehmer. Dies betrifft den Zeitpunkt der Konsultation bei der Fusion und Spaltung, den Kreis der von Art. 333a OR Berechtigten und Verpflichteten sowie die Rechtsfolge bei Verletzung von Art. 333a OR.

2. Informations- und Konsultationsrechte nach Art. 333a OR

a) Informationspflicht (Art. 333a Abs. 1 OR)

aa) Informationspartner

Informationspflichtig ist gemäss Art. 333a Abs. 1 OR (nur) der Veräusserer; den Erwerber trifft aber u.U. eine Informationspflicht nach Art. 9 Abs. 1 MitwG.[1696] *Informationsberechtigt* ist primär die nach Art. 5 ff. MitwG gültig gewählte Arbeitnehmervertretung des übergehenden Betriebs. Diesfalls haben die Arbeitnehmer keinen selbständigen Informationsanspruch und der Arbeitgeber erfüllt seine Informationspflicht nicht, wenn er sich direkt an die Arbeitnehmer oder die Gewerkschaft[1697]

1694 Streiff/von Kaenel/Rudolph, Art. 333a N 2; vgl. auch Brühwiler, Art. 333a N 1.

1695 BSK FusG-Baumgartner/Oertle, Vor Art. 27 N 24; CHK FusG-Weber, Art. 28 N 1; von der Crone et al., N 391; vgl. auch Botschaft FusG, 4467 («Der übertragende Rechtsträger hat demnach [...] über die Gründe sowie die rechtlichen, wirtschaftlichen und sozialen Folgen des Vorhabens zu informieren»).

1696 BSK OR I-Portmann/Rudolph, Art. 333a N 2. Eine Informationspflicht des Übernehmenden, wie in Art. 6 Richtlinie 77/187/EWG vorgesehen, hat unser Gesetzgeber nicht aufgenommen (BK OR-Rehbinder/Stöckli, Art. 333a N 2).

1697 Ist eine Information der Gewerkschaft im GAV vorgesehen, ist die Arbeitnehmervertretung zusätzlich zu informieren (BSK OR I-Portmann/Rudolph, Art. 333a N 3).

wendet.[1698] Dies gilt auch, wenn der Arbeitgeber eine nicht gültig gewählte Arbeitnehmervertretung informiert.[1699] Wird nur ein Betriebsteil übertragen, sind jedenfalls die diesem Betriebsteil zugehörigen Arbeitnehmer zu informieren. Hat der Übergang auch für die verbleibenden Arbeitnehmer rechtliche, wirtschaftliche oder soziale Folgen, haben diese ebenfalls einen Informationsanspruch (Art. 333a Abs. 1 lit. b OR sinngemäss).[1700]

Die Information muss nicht auf jeden einzelnen Arbeitnehmer zugeschnitten sein, sondern kann die Folgen für die Arbeitnehmerschaft kollektiv umschreiben.[1701] Eine Differenzierung nach bestimmten Arbeitnehmergruppen ist notwendig, wenn der Übergang zu unterschiedlichen Folgen führt oder wo unterschiedliche Massnahmen hinsichtlich einzelner Arbeitnehmer geplant sind.[1702] Es obliegt aber dem einzelnen Arbeitnehmer, die Information des Arbeitgebers seinem Arbeitsverhältnis bzw. sich einer der genannten Arbeitsgruppen zuzuordnen.[1703]

bb) Inhalt und Form

Der Arbeitgeber hat den *Grund des Übergangs* darzulegen (Art. 333a Abs. 1 lit. a OR). Mit Blick auf sein legitimes Geheimhaltungsinteresse ist dabei aber Zurückhaltung geboten.[1704] Der Arbeitnehmerschaft ist stichwortartig zu schildern, welche Transaktion bzw. welcher Rechtsgrund dem Betriebsübergang zu Grunde liegt. Die finanziellen, betriebswirtschaftlichen oder persönlichen Motive sind soweit mitzuteilen, als sie objektiv betrachtet für die Ausübung des Ablehnungsrechts notwendig sind. Oft genügt es, die relevanten Motive für die Betriebsveräusserung in ihren Grundzügen darzulegen.[1705]

1698 BSK OR I-Portmann/Rudolph, Art. 333a N 3; Streiff/von Kaenel/Rudolph, Art. 333a N 9.

1699 BSK OR I-Portmann/Rudolph, Art. 333a N 3; Streiff/von Kaenel/Rudolph, Art. 333a N 9.

1700 BSK OR I-Portmann/Rudolph, Art. 333a N 4; vgl. Streiff/von Kaenel/Rudolph, Art. 333a N 9.

1701 Wildhaber, Umstrukturierungen, S. 376.

1702 Wildhaber, Umstrukturierungen, S. 377.

1703 Wildhaber, Umstrukturierungen, S. 377.

1704 Wildhaber, Umstrukturierungen, S. 378.

1705 Wildhaber, Umstrukturierungen, S. 378; OGer ZH vom 19.01.2017 (LA160013), E. 3a.

Der Veräusserer hat ferner über *die rechtlichen, wirtschaftlichen und sozialen Folgen* des Übergangs zu informieren (Art. 333a Abs. 1 lit. b OR).[1706] Unter die rechtlichen Folgen fallen zunächst die Konsequenzen aus Art. 333 OR: der gesetzliche Übergang des Arbeitsverhältnisses, das Ablehnungsrecht der einzelnen Arbeitnehmer, die Weitergeltung eines allfälligen Kollektivertrages (GAV und/oder Betriebsvereinbarung) sowie die solidarische Haftung.[1707] Weiter besteht ein Informationsanspruch betreffend einer allfälligen Änderung der Rechtsform des Betriebes, die Geltung neuer gesetzlicher oder branchenspezifischer Bestimmungen oder eines neuen GAV.[1708] Über die wirtschaftlichen Folgen ist zu informieren, soweit diese für den Entscheid des Arbeitnehmers massgeblich sind. Dazu gehören z.B. Informationen über geplante Umstrukturierungen, Wegfall von freiwilligen Leistungen oder Lohnanpassungen.[1709] Informationen über die wirtschaftliche Lage des Erwerbers sind nur zu erteilen, als die übernommenen Arbeitnehmer davon direkt betroffen sind bzw. die finanzielle Situation direkte Folgen für die Arbeitnehmer selbst hat.[1710] Zu informieren ist bspw. über eine unmittelbar bevorstehende Zahlungsunfähigkeit des Erwerbers, da damit die Realisierbarkeit der auf den Erwerber übergehenden Verpflichtungen gefährdet ist.[1711] Darüber hinaus besteht m.E. kein allgemeiner Anspruch auf Informationen über die wirtschaftliche Lage des Erwerbers; auch ein Arbeitnehmer, der eine neue Stelle antritt, hat keinen Anspruch auf umfassende Offenlegung der wirtschaftlichen Situation des Arbeitgebers.[1712] Zu den sozialen Folgen zählen z.B. geplante Lohnreduktionen,[1713] Versetzun-

---

[1706] Begrifflich lassen sich die Gründe oft nicht eindeutig voneinander trennen, was aber nicht notwendig ist, sofern materiell über sämtliche Folgen informiert wird (Wildhaber, Umstrukturierungen, S. 378).

[1707] BK OR-Rehbinder/Stöckli, Art. 333a N 3; Streiff/von Kaenel/Rudolph, Art. 333a N 4.

[1708] Streiff/von Kaenel/Rudolph, Art. 333a N 4.

[1709] Bauer, Arbeitnehmerschutz, S. 129; Wildhaber, Umstrukturierungen, S. 381. Geplante Lohnanpassungen bzw. Lohnreduktionen als zunächst wirtschaftliche Folgen zeitigen zugleich auch soziale Konsequenzen (dazu sogleich).

[1710] Bauer, Arbeitnehmerschutz, S. 130; Wildhaber, Umstrukturierungen, S. 381.

[1711] Bauer, Arbeitnehmerschutz, S. 130; Wildhaber, Umstrukturierungen, S. 380 f. m.w.H.

[1712] So auch Bauer, Arbeitnehmerschutz, S. 130; Wildhaber, Umstrukturierungen, S. 381; a.M. wohl Streiff/von Kaenel/Rudolph, Art. 333a N 4; ZK FusG-Hubschmid, Art. 28 N 10.

[1713] Dazu oben § 4/IV/1.

gen,[1714] Änderungen der Arbeitszeit,[1715] Kurzarbeit[1716] oder Massenentlassungen.[1717/1718]

Der Arbeitgeber hat die Arbeitnehmerschaft von sich aus zu informieren.[1719] Eine besondere Form ist dabei nicht vorgesehen. Bei einfachen Sachverhalten können die Informationen mündlich erteilt werden.[1720] In komplizierteren Fällen hat der Veräusserer schriftlich zu informieren; damit die Informationspflicht ihren Zweck erfüllt, müssen die Informationen für die Arbeitnehmer verständlich sein.[1721] Art. 333a Abs. 1 OR beinhaltet zudem ein *Auskunftsrecht:* der Arbeitgeber hat Fragen seitens der Arbeitnehmer entgegenzunehmen und zu beantworten.[1722]

cc) Zeitpunkt

Die Information hat rechtzeitig vor dem Vollzug des Übergangs zu erfolgen. Der Arbeitgeber muss die Arbeitnehmer jedoch nicht in den vorangehenden Entscheidungsprozess miteinbeziehen.[1723] Es genügt, wenn sie *nach* dem unternehmerischen Entscheid und der Vertragsunterzeichnung, aber noch vor der Übertragung informiert werden.[1724] Damit können Vertragsverhandlungen trotz Informationspflicht geheim gehalten werden.[1725] Der Übergang wird an dem Tag vollzogen, an

---

1714 Dazu oben § 4/IV/5.

1715 Dazu oben § 4/IV/6.

1716 Dazu oben § 4/IV/6/c.

1717 Dazu oben § 5/II.

1718 Streiff/von Kaenel/Rudolph, Art. 333a N 4; Wildhaber, Umstrukturierungen, S. 382. Regelmässig besteht dabei gleichzeitig eine Konsultationspflicht (dazu sogleich unten § 7/V/2/b).

1719 Streiff/von Kaenel/Rudolph, Art. 333a N 3.

1720 Vgl. AmtsGer LU, JAR 1995, S. 134 ff.

1721 BK OR-Rehbinder/Stöckli, Art. 333a N 3; Streiff/von Kaenel/Rudolph, Art. 333a N 4.

1722 BSK OR I-Portmann/Rudolph, Art. 333a N 6; Wildhaber, Umstrukturierungen, S. 376.

1723 Brühwiler, Art. 333a N 1; Streiff/von Kaenel/Rudolph, Art. 333a N 5.

1724 Brühwiler, Art. 333a N 1; Müller, AJP 1996, S. 158.

1725 Vgl. StenBull SR, 1993, S. 381, wonach so der Gefährdung der Übernahmeverhandlungen durch Indiskretion vorgebeugt werden kann; Schenker, Unternehmenskauf, S. 577.

dem die Betriebsübertragung i.S.v. Art. 333 OR rechtlich in Kraft tritt.[1726] Treten zwischen erfolgter Information und dem Vollzug des Übergangs wesentliche Änderungen auf, ist darüber ergänzend zu informieren.[1727]

b) Konsultationspflicht (Art. 333a Abs. 2 OR)

Sind infolge des Betriebsübergangs Massnahmen beabsichtigt, die die Arbeitnehmer betreffen, wird die blosse Informations- zur Konsultationspflicht (Art. 333a Abs. 2 OR).[1728] Der Arbeitnehmerseite soll die Möglichkeit gegeben werden, auf die Entscheidungsfindung des Arbeitgebers Einfluss zu nehmen.[1729]

aa) Konsultationspartner

Konsultationspflichtig ist, wer solche Massnahmen beabsichtigt. Dies können der Veräusserer, der Erwerber oder auch beide sein.[1730] Der Veräusserer wird nicht bloss deshalb von seiner Konsultationspflicht entbunden, weil erst der Erwerber die beabsichtigten Massnahmen durchführen soll.[1731] Adressat der Konsultation ist primär die Arbeitnehmerschaft (gültig gewählte Arbeitnehmervertretung oder Arbeitnehmer) des übergehenden Betriebes sowie je nach Betroffenheit der geplanten Massnahmen jene des übernehmenden Betriebs.[1732] Soweit nur ein Betriebsteil übertragen wird, sind neben den diesem zugehörigen Arbeitnehmer auch die übrigen Arbeitnehmer zu konsultieren, da eine solche Ausgliederung sämtliche Arbeitnehmer und sinnvolle Vorschläge regelmässig den Gesamtbetrieb betreffen.[1733]

1726 Müller, AJP 1996, S. 158; Streiff/von Kaenel/Rudolph, Art. 333a N 5. Zum Zeitpunkt des Betriebsübergangs oben § 7/III/1/e.

1727 Wildhaber, Umstrukturierungen, S. 382.

1728 Streiff/von Kaenel/Rudolph, Art. 333a N 6.

1729 Streiff/von Kaenel/Rudolph, Art. 333a N 8.

1730 Botschaft Ablehnung, 884; Streiff/von Kaenel/Rudolph, Art. 333a N 6; ZK-Staehelin, Art. 333a N 3.

1731 BSK OR I-Portmann/Rudolph, Art. 333a N 9.

1732 Botschaft Ablehnung, 884; BSK OR I-Portmann/Rudolph, Art. 333a N 10; Streiff/von Kaenel/Rudolph, Art. 333a N 9; Wildhaber, Umstrukturierungen, S. 383 f.

1733 Wildhaber, Umstrukturierungen, S. 384.

bb) Inhalt und Form

Gegenstand der Konsultation sind die infolge des Betriebsübergangs beabsichtigten, die Arbeitnehmer betreffenden Massnahmen (z.B. Lohnkürzungen, Versetzungen, Anpassung der Arbeitszeit, Kündigungen oder Massenentlassungen).[1734] Beabsichtigt ist eine Massnahme, wenn sie als eine mögliche Handlungsoption konkret in Aussicht genommen wurde; ein endgültiger Beschluss muss nicht vorliegen.[1735] Zwischen dem Betriebsübergang und den beabsichtigen Massnahmen muss ein Kausalzusammenhang bestehen, wobei es genügt, wenn der Betriebsübergang Teilursache ist.[1736]

Der Gehalt des Konsultationsrechts ist gesetzlich nicht festgelegt. Jedenfalls beinhaltet das Konsultationsrecht ein Recht auf Anhörung.[1737] Nach zutreffender Ansicht muss darüber hinaus eine Auseinandersetzung mit den jeweiligen Argumenten erfolgen. Es hat ein Dialog bzw. eine gemeinsame Beratung zwischen dem Arbeitgeber und der Arbeitnehmerseite stattzufinden.[1738] Mangels gesetzlicher Grundlage besteht keine Pflicht, die Ablehnung von Vorschlägen zu begründen.[1739] Die Vorschläge der Arbeitnehmerschaft sind in jedem Fall für den Arbeitgeber unverbindlich.[1740] Die Konsultation kann schriftlich oder mündlich erfolgen. Soweit Beratungen mündlich erfolgen, sollten diese aus Beweisgründen protokolliert werden.[1741]

1734 Vgl. Brühwiler, Art. 333a N 3; BSK OR I-Portmann/Rudolph, Art. 333a N 11. Sind Massenentlassungen geplant, besteht gleichzeitig eine Konsultationspflicht nach Art. 335f OR, dazu unten § 7/V/b/dd.

1735 BSK OR I-Portmann/Rudolph, Art. 333a N 9 (mit Verweis auf BGE 123 III 176, E. 4 zu Art. 335f OR, dazu oben § 5/II/2/bb); zum Zeitpunkt der Konsultation sogleich unten.

1736 Streiff/von Kaenel/Rudolph, Art. 333a N 6 (keine Konsultationspflicht besteht bspw. dort, wo der Veräusserer einen Arbeitsplatzabbau bereits unabhängig von einer Betriebsübertragung beschlossen hatte, es daraufhin zu einem Betriebsverkauf kommt und der Erwerber die bereits geplanten Kündigungen umsetzt).

1737 BSK OR I-Portmann/Rudolph, Art. 333a N 12; Wildhaber, Umstrukturierungen, S. 384.

1738 BSK OR I-Portmann/Rudolph, Art. 333a N 11; Streiff/von Kaenel/Rudolph, Art. 333a N 7; vgl. auch Müller, Arbeitnehmervertretung, S. 230 ff.

1739 Streiff/von Kaenel/Rudolph, Art. 333a N 7; Wildhaber, Umstrukturierungen, S. 385; a.M. BK OR-Rehbinder/Stöckli, Art. 333a N 4; BSK OR I-Portmann/Rudolph, Art. 333a N 12.

1740 BK OR-Rehbinder/Stöckli, Art. 333a N 4.

1741 Vgl. Wildhaber, Umstrukturierungen, S. 386.

Damit die Arbeitnehmerseite ihr Konsultationsrecht überhaupt sinnvoll ausüben kann, muss der Arbeitgeber diese selbstverständlich zunächst hinreichend über alle relevanten Umstände der geplanten Massnahmen umfassend, rechtzeitig und wahrheitsgetreu informieren. Insoweit können sich die Anwendungsbereiche von Art. 333a Abs. 1 und Abs. 2 OR überschneiden.[1742]

cc) Zeitpunkt

Die Konsultation hat *rechtzeitig* vor dem Entscheid über die Massnahmen zu erfolgen; in jedem Fall muss das Konsultationsverfahren abgeschlossen sein, bevor die Massnahmen vollzogen werden.[1743] Die Arbeitnehmerschaft muss genügend Zeit haben, die vom Arbeitgeber erhaltenen Informationen zu studieren, konkrete Vorschläge zu formulieren und diese dem Arbeitgeber vortragen zu können.[1744] Die angemessene Frist zur Stellungnahme der Arbeitnehmerschaft hängt stark von den konkreten Umständen bzw. der Komplexität des vorliegenden Sachverhalts ab.[1745] Mehr Zeit wird z.B. benötigt, wenn keine Arbeitnehmervertretung besteht.[1746] Die Frist wird durch Anzeige der Eröffnung des Konsultationsverfahrens an die Arbeitnehmer ausgelöst, wenn die Arbeitnehmer im Besitz aller zur sinnvollen Wahrnehmung ihres Konsultationsrechts notwendigen Informationen sind und endet mit der Unterbreitung der Vorschläge an den Arbeitgeber, an die sich deren Beratung schliesst.[1747] Der Arbeitnehmerschaft kann eine angemessene Frist zur Stellungnahme gesetzt werden, bei deren unbenutztem Ablauf das Konsultationsrecht verwirkt.[1748]

1742 Streiff/von Kaenel/Rudolph, Art. 333a N 7.

1743 BK OR-Rehbinder/Stöckli, Art. 333a N 5; ZK-Staehelin, Art. 333a N 3 unter Hinweis auf BGE 130 III 102 ff. (für den Fall der Massenentlassung nach Art. 335d OR).

1744 Streiff/von Kaenel/Rudolph, Art. 333a N 8.

1745 BSK OR I-Portmann/Rudolph, Art. 333a N 13; Streiff/von Kaenel/Rudolph, Art. 333a N 8; vgl. auch BGE 137 III 162, E. 1.2 (Ablehnung allgemeiner Regeln für eine Konsultationsfrist bei Massenentlassung).

1746 BSK OR I-Portmann/Rudolph, Art. 333a N 13.

1747 Streiff/von Kaenel/Rudolph, Art. 333a N 8; Wildhaber, Umstrukturierungen, S. 387.

1748 Streiff/von Kaenel/Rudolph, Art. 333a N 8; Wildhaber, Umstrukturierungen, S. 387.

Der Entscheid über die beabsichtigen Massnahmen kann, muss aber nicht mit demjenigen über die Betriebsübernahme zusammenfallen.[1749] Sind die Massnahmen Teil des Übernahmevertrages oder wird der Entscheid über die Massnahmen bereits vor Abschluss des Übernahmevertrages getroffen, ist noch *vor* Vertragsunterzeichnung über die geplanten Massnahmen zu konsultieren.[1750] Dies ist mit Blick auf – besonders im Sanierungsfall – regelmässig herrschende Geheimhaltungsinteressen der Parteien nicht unproblematisch, jedoch rechtfertigt dies nicht, den Zeitpunkt der Konsultation hinauszuschieben.[1751]

dd) Im Besonderen: Zusammentreffen der Konsultation nach Art. 333a Abs. 2 OR und Art. 335f OR (Massenentlassung)

Zu beachten ist, dass dort, wo mit einem Betriebsübergang eine Massenentlassung einhergeht, den Arbeitgeber grundsätzlich eine *doppelte Konsultationspflicht* trifft:[1752] die Arbeitnehmerschaft ist einerseits im Rahmen des Betriebsübergangs nach Art. 333a OR über die Massenentlassung als eine sie betreffende Massnahme, andererseits im Rahmen des Massenentlassungsverfahren nach Art. 335f OR zu konsultieren.[1753] Dabei sind beide Verfahren in zahlreichen Punkten deckungsgleich: konsultationspflichtig ist jeweils derjenige Arbeitgeber, der die Massenentlassung plant; Gegenstand der Konsultation ist die geplante Massenentlassung; Adressat ist jeweils die gesamte Belegschaft des Betriebs, in welchem die Massenentlassung geplant sind und der Konsultationszweck liegt darin, der Arbeitnehmerseite die Möglichkeit zu geben, Vorschläge zu machen. Dabei besteht weder nach Art. 333a Abs. 2 OR noch nach Art. 335f OR die Pflicht, eine allfällige Ablehnung der Vorschläge zu begründen. Sodann ist in beiden Fällen noch vor dem definitiven Entscheid über die beabsichtigte Massnahme bzw. die geplante Massenentlas-

---

1749 Streiff/von Kaenel/Rudolph, Art. 333a N 8.

1750 BK OR-Rehbinder/Stöckli, Art. 333a N 5; Licci, N 219; Meier/Exner, ARV, S. 219; Wildhaber, Umstrukturierungen, S. 386; Streiff/von Kaenel/Rudolph, Art. 333a N 8.

1751 So auch Meier/Exner, ARV, S. 220. Insofern kommt der Verschwiegenheitspflicht nach Art. 14 MitwG (dazu oben § 5/II/2/a/ee) grosses Gewicht zu (Wildhaber, Umstrukturierungen, S. 386).

1752 Ferner kann neben einem Betriebsübergang und einer Massenentlassung auch die zusätzliche Pflicht bestehen, über einen *Sozialplan* zu verhandeln (vgl. Art. 335i OR, zum Sozialplan oben § 6).

1753 Vgl. dazu auch Licci, N 213 ff.; zur Konsultationspflicht nach Art. 335f OR oben § 5/II/2/a.

sung zu konsultieren.[1754] Vor diesem Hintergrund mach es M.E. regelmässig keinen Sinn, wenn der Arbeitgeber die Arbeitnehmerschaft in zwei getrennten Verfahren zweimal betreffend die beabsichtigte Massenentlassung konsultiert. Vielmehr muss es den Anforderungen von Art. 333a Abs. 2 OR grundsätzlich genügen, wenn der Arbeitgeber die Arbeitnehmer im dafür speziell und eingehend gesetzlich geregelten Verfahren nach Art. 335f OR konsultiert.[1755]

c) Verletzung und Durchsetzung der Informations- und Konsultationspflicht

Das Gesetz sieht – anders als bei Massenentlassungen[1756] – keine unmittelbaren Rechtsfolgen für Verletzung der Informations- und Konsultationspflichten vor. Der Betriebsübergang und die vom Arbeitgeber getroffenen Massnahmen sind auch bei Verletzung von Art. 333a OR wirksam. Namentlich nicht missbräuchlich sind allfällig ausgesprochene Kündigungen.[1757] Der Arbeitgeber kann aber unter Androhung von Art. 292 StGB – sinnvollerweise kombiniert mit vorsorglichen Massnahmen (Art. 261 ff. ZPO) – zur Erfüllung der arbeitsvertraglichen Informations- und Konsultationspflichten angehalten werden. Ob auf Unterlassung des Vollzuges des Betriebsübergangs oder des Entscheides über die Massnahmen nach Art. 333a Abs. 2 OR geklagt werden kann, bevor nicht alle Mitwirkungsansprüche erfüllt sind, ist unklar.[1758] Der Arbeitgeber kann ferner aus Art. 97 OR schadenersatzpflichtig werden (z.B. wenn ein Arbeitnehmer ein Stellenangebot wegen der unterlassenen Information ausgeschlagen hat).[1759]

1754 Vgl. auch Meier/Exner, ARV, S. 221.

1755 Soweit der (übertragende und/oder erwerbende) Arbeitgeber im Zuge des Betriebsübergangs neben Massenentlassungen weitere Massnahmen beabsichtigt, welche die Arbeitnehmer betreffen, sind diese selbstverständlich nach Art. 333a Abs. 2 OR ebenfalls zu konsultieren.

1756 Der Gesetzgeber hat wohl bewusst eine Gesetzeslücke beabsichtigt, weshalb eine analoge Anwendung der für die Massenentlassung vorgesehenen Sanktionen abzulehnen ist (Aubert, S. 705; Wyler/Heinzer, S. 470 f.).

1757 Aubert, S. 705; BSK OR I-Portmann/Rudolph, Art. 333a N 15, Streiff/von Kaenel/Rudolph, Art. 333a N 10; Wyler/Heinzer, S. 571; a.M. in Bezug auf Missbräuchlichkeit Brunner/Bühler/Waeber/Bruchez, Art. 333a N 5; ZK-Staehelin, Art. 333a N 4.

1758 Bejahend BSK OR I-Portmann/Rudolph, Art. 333a N 15.

1759 Zum Ganzen BSK OR I-Portmann/Rudolph, Art. 333a N 15.

3. Mitwirkungsrechte nach FusG

a) Berechtigte und Verpflichtete

Gemäss ausdrücklicher gesetzlicher Anordnung besteht die Informations- wie auch eine allfällige Konsultationspflicht sowohl für die übertragende wie auch die übernehmende Gesellschaft, da sich Umstrukturierungen in der Regel gleichermassen auf die Arbeitnehmer auf beiden Seiten auswirken.[1760] Dabei hat jede an der Transaktion beteiligte Gesellschaft über diejenigen Folgen zu informieren bzw. Massnahmen zu konsultieren, welche ihre eigenen Arbeitnehmer betreffen.[1761] Dies erfolgt für jede beteiligte Gesellschaft in einem eigenen, vom Vertragspartner getrennten Verfahren.[1762]

Eine Informationspflicht nach Art. 333a OR besteht bei der Fusion und Spaltung auch dann, wenn keine Arbeitsverhältnisse übertragen werden.[1763] Dies rührt daher, dass alle Arbeitnehmer der an einer Umstrukturierung beteiligten Gesellschaften ein Sicherstellungsrecht haben, worüber sie im Rahmen von Art. 333a OR informiert werden müssen. Bei der Vermögensübertragung besteht hingegen nur im Ausnahmefall ein solches Sicherstellungsrecht.[1764] Werden dort nur Vermögensteile übertragen, ohne dass Arbeitsverhältnisse übergehen oder Massnahmen beschlossen werden, kommt Art. 333a OR nicht zur Anwendung, da diesfalls kein schutzwürdiges Interesse an einer Information besteht.[1765]

Im Übrigen kein Einsichtsrecht haben die Arbeitnehmer in die Berichte, welche die Parteien von übertragenden Gesellschaften nach Art. 14 Abs. 2 lit. i, Art. 23 f. und Art. 74 FusG zuhanden der Gesellschafter erstellen müssen.[1766]

1760 Botschaft FusG, 4365, 4428, 4467 f.; BSK FusG-Baumgartner/Oertle, Art. 28 N 2; Glanzmann, Umstrukturierungen, N 668; von der Crone et al., N 391, 684, 949; Wildhaber, Umstrukturierungen, S. 393.

1761 von der Crone et al., N 391, 684, 949; Wildhaber, Umstrukturierungen, S. 393.

1762 Wildhaber, Umstrukturierungen, S. 393.

1763 Bauer, Arbeitnehmerschutz, S. 115; Wildhaber, Umstrukturierungen, S. 388.

1764 Dazu oben § 7/III/3/c/cc/iii.

1765 Bauer, Arbeitnehmerschutz, S. 115; Wildhaber, Umstrukturierungen, S. 388.

1766 Glanzmann, Umstrukturierungen, N 673; von der Crone et al., N 395, 652 und 954.

b) Zeitpunkt

Das FusG konkretisiert den Zeitpunkt der Konsultation nach Art. 333a Abs. 2 OR für die Fusion und Spaltung. Gemäss Art. 28 Abs. 2 FusG bzw. Art. 50 i.V.m. Art. 28 Abs. 2 FusG hat die Konsultation vor Vollzug der Fusion bzw. Spaltung, d.h. vor dem Fusions- bzw. Spaltungsbeschluss der GV (vgl. Art. 18 und 43 FusG), jedoch mit Blick auf das Geschäftsgeheimnis und die Vertraulichkeit von Vertragsverhandlungen nicht zwingend bereits vor Abschluss des Fusions- oder Spaltungsvertrags zu erfolgen.[1767/1768] Bei der *Vermögensübertragung* bestimmt sich der Zeitpunkt der Konsultation indes einzig nach Art. 333a Abs. 2 OR, womit die Arbeitnehmerseite dort, wo die geplanten Massnahmen bereits Bestandteil des Übertragungsvertrags sind, schon im Stadium der Vertragsverhandlungen bzw. noch vor Abschluss des Übertragungsvertrags zu konsultieren ist.[1769]

Besteht eine blosse Informationspflicht,[1770] kann diese bei der *Fusion* erst nach Beschlussfassung der GV bzw. der Gesellschafter, hat aber spätestens vor dem Vollzug der Fusion zu erfolgen.[1771] Da bei der *Spaltung* der Beschlussfassung der GAV bzw. der Gesellschafter das Sicherstellungsverfahren vorausgeht (Art. 49 Abs. 2 i.V.m. Art. 46 Abs. 1 FusG) bzw. der Spaltungsbeschluss erst mit Abschluss des Sicherstellungsverfahrens erfolgen kann,[1772] sind die Arbeitnehmer dort bereits spätestens zwei Monate vor Beschlussfassung zu informieren.[1773] Bei der *Vermö-*

1767 Botschaft FusG, 4428; vgl. auch Licci, N 221; Wildhaber, Umstrukturierungen, S. 389; Wyler/Heinzer, S. 475; kritisch dazu Meier/Exner, ARV, S. 220 (Konsultationspflicht sei diesfalls regelmässig eine «Alibiübung»).

1768 Bei einer *erleichterten Fusion* nach Art. 23 FusG ist kein Beschluss i.S.v. Art. 18 FusG erforderlich, weshalb die Konsultation konsequenterweise noch vor Abschluss des Fusionsvertrages nach Art. 12 FusG erfolgen muss (Meier/Exner, ARV, S. 220; Wildhaber, Umstrukturierungen, S. 390 m.w.H.; so wohl auch Botschaft FusG, 4428).

1769 Bauer, Arbeitnehmerschutz, S. 146; SHK FusG-Reinert, Art. 28 N 5; vgl. dazu oben § 7/V/2/a/cc.

1770 Dazu oben § 7/V/2.

1771 Bauer, Arbeitnehmerschutz, S. 133; Glanzmann, Umstrukturierungen, N 679; Wildhaber, Umstrukturierungen, S. 391.

1772 Die Arbeitnehmer haben das Recht, innerhalb von zwei Monaten nach Aufforderung die Sicherstellung ihrer Forderung zu verlangen (dazu oben § 7/III/3/c/bb/v, s. insbesondere FN 1590).

1773 Bauer, Arbeitnehmerschutz, S. 134; BSK FusG-Baumgartner/Oertle, Art. 50 N 2; Wildhaber, Umstrukturierungen, S. 392; a.M. Amstutz/Mabillard, Art. 50 N 2; CHK FusG-Weber, Art. 50 N 3.

gensübertragung kann die blosse Information nach Abschluss des Übertragungsvertrags, aber noch vor Vollzug der Transaktion erfolgen.[1774]

c) Handelsregistersperre

Die Verletzung der Informations- und Konsultationspflichten ist im FusG, im Unterschied zu Art. 333a OR, mit einer wirksamen Sanktion bewehrt: die Klage auf Untersagung der Eintragung der Fusion, Spaltung oder Vermögensübertragung in das Handelsregister durch das Gericht (Art. 28 Abs. 3, Art. 50, Art. 77 Abs. 2 FusG).[1775] Da der Handelsregistereintrag konstitutive Wirkung hat (Art. 11 Abs. 1 Art. 52, Art. 73 Abs. 2 FusG), wird so die Umstrukturierung (vorerst) nicht rechtswirksam. Grundlage einer solchen Klage kann nur die Pflichtverletzung des eigenen Arbeitgebers sein.[1776]

Das Klagerecht steht gemäss Gesetz explizit der Arbeitnehmervertretung zu (Art. 28 Abs. 3, Art. 50 i.V.m. Art. 28 Abs. 3 und Art. 77 Abs. 2 FusG). Ihr kommt dabei nach hier vertretener Ansicht trotz fehlender Rechtspersönlichkeit Partei- und Prozessfähigkeit zu.[1777] Ungeachtet ihrer – in der Lehre umstrittenen[1778] – Rechtsnatur ist im Sinne einer effizienten Lösung zu postulieren, dass die Arbeitnehmervertretung *im eigenen Namen* oder zumindest *im Namen der Belegschaft,* d.h. nicht bloss im Namen der einzelnen Arbeitnehmer des Betriebs, auftreten und unabhängig von den Arbeitnehmern handeln kann.[1779]

Umstritten ist, ob dort, wo keine Arbeitnehmervertretung vorhanden ist, die Arbeitnehmer ein Klagerecht haben.[1780] Während einige Autoren die Aktivlegitimation mit Blick auf den klaren Gesetzeswortlaut auf die Arbeitnehmervertretung be-

---

1774 Bauer, Arbeitnehmerschutz, S. 134; Wildhaber, Umstrukturierungen, S. 392.

1775 Zur Zuständigkeitsfrage vgl. Wildhaber, Umstrukturierungen, S. 398 f.

1776 von der Crone et al., N 394, 651, 952 (Das Informations- und Konsultationsrecht ist Ausfluss der arbeitsvertraglichen Fürsorgepflicht des Arbeitgebers nach Art. 328 OR, welches vor Vollzug der Umstrukturierung nur gegenüber der eigenen Belegschaft besteht, weshalb sich nur diese darauf berufen können). Zu den Klagegründen im Einzelnen Wildhaber, Umstrukturierungen, S. 394.

1777 So auch Geiser, Gesetzgebung, S. 50; SHK FusG-Reinert, Art. 27 N 17; Vischer/Müller, § 14 N 11.

1778 Dazu z.B. BSK OR I-Portmann/Rudolph, Art. 333a N 16.

1779 BSK OR I-Portmann/Rudolph, Art. 333a N 18 f.; Portmann/Stöckli, N 1232.

1780 Eingehend dazu Baumgartner/Wildhaber, S. 1086 ff.

schränken wollen,[1781] räumt die überwiegende Lehre entweder der Arbeitnehmerschaft als notwendige Streitgenossenschaft[1782] oder gar jedem einzelnen Arbeitnehmer[1783] ein Klagerecht ein. Da es bei diesen Mitwirkungsrechten um kollektive Rechte geht, überzeugt m.E. grundsätzlich die Meinung, wonach die Arbeitnehmerschaft als notwendige Streitgenossenschaft klagen müsste. Allerdings würde dies bedeuten, dass jeder einzelne Arbeitnehmer die Rechtsdurchsetzung aller anderen erschweren bzw. vereiteln könnte.[1784] Der Gesetzgeber dürfte dies kaum gewollt haben. Daher erscheint es sachgerecht, wenn vorausgesetzt wird, dass die Mehrheit der betroffenen Arbeitnehmer diesen Schritt möchte. Unter Nachweis eines entsprechenden Beschlusses kann mithin die Mehrheit der Arbeitnehmer im Namen der Belegschaft eine Klage auf Handelsregistersperre erheben.[1785]

1781 Bauer, Arbeitnehmerschutz, S. 157 ff.; BSK FusG-Baumgartner/Oertle, Vor Art. 27 N 33 f.

1782 Baumgartner/Wildhaber, S 1087; BK OR-Rehbinder/Stöckli, Art. 333a N 6; Streiff/von Kaenel/Rudolph, Art. 333a N 11; Wildhaber, Umstrukturierungen, S. 396; Wyler/Heinzer, S. 217 ff.

1783 Amstutz/Mabillard, Art. 28 N 26; Geiser, AJP 2004, S. 867; von der Crone et al., N 394, 651, 952; ZK FusG-Hubschmid, Art. 28 N 21.

1784 Bei Vorliegen einer notwendigen Streitgenossenschaft müssen alle Personen gemeinsam klagen (vgl. Art. 70 Abs. 1 ZPO). Streiff/von Kaenel/Rudolph, Art. 333a N 11 erachtet vor diesem Hintergrund eine Klageerhebung bei grösseren Betrieben oder bei Uneinigkeiten als «illusorisch»; vgl. auch BSK OR I-Portmann/Rudolph, Art. 333a N 21.

1785 Baumgartner/Wildhaber, S. 1087; Wildhaber, Umstrukturierungen, S. 397; gl.M. CHK FusG-Weber, Art. 28 N 10; vgl. auch BSK FusG-Baumgartner/Oertle, vor Art. 27 N 34.

3. Kapitel: Sanierung innerhalb des SchKG

§ 8 Insolvenzverfahren: Arbeitsrechtliche Wirkungen

Die Einleitung eines Insolvenzverfahrens kann zweierlei bedeuten: Entweder soll das Unternehmen im Rahmen eines Insolvenzverfahrens saniert werden oder die Sanierung ist gescheitert und das Unternehmen ist zu liquidieren.[1786] In beiden Fällen stellen sich diverse arbeitsrechtliche Fragen. Für den Arbeitnehmer kommt die Einleitung eines Insolvenzverfahrens über den Arbeitgeber meist überraschend. Die wirtschaftliche Situation des Arbeitgebers kann er in der Regel kaum überblicken.[1787] Wie die übrigen Schuldner wird er oft erst im Zeitpunkt der Konkurseröffnung – spätestens aber mit Erstellung des Inventars der Konkursmasse – bzw. der provisorischen Nachlassstundung – sofern sie überhaupt publiziert wird[1788] – über die finanziellen Probleme des Arbeitgebers in Kenntnis gesetzt.[1789]

I. Schicksal der Arbeitnehmerforderungen

Die Einleitung eines Insolvenzverfahrens führt dazu, dass der Arbeitnehmer seine Forderungen nach den Regeln des Insolvenzrechts geltend machen muss. Dabei entscheidend ist, ob eine Forderung als *Insolvenzforderung* (d.h. Konkursforderungen im Konkurs, Nachlassforderungen im Nachlassverfahren) oder als *Masseverbindlichkeit* gilt.[1790]

Konkursforderungen werden nach Massgabe der Konkursklassen (Art. 219 Abs. 4 SchKG) aus den liquidierten Aktiven befriedigt. Unterteilt werden die nicht (oder

---

1786 Vgl. dazu oben § 2/III (Nachlassverfahren § 2/III/3, Konkurs § 2/III/4).

1787 Bachmann, Konkurs, S. 182 f. Anhaltspunkte bestehen teilweise dort, wo vorgängig bereits Offerten zur Lohnkürzung oder Kurzarbeit gestellt oder (Massen-)Entlassungen durchgeführt wurden.

1788 Vgl. dazu oben § 2/III/3.

1789 Vgl. Bachmann, Konkurs, S. 184, 191.

1790 Ferner bestehen können *Forderungen gegen den Arbeitgeber persönlich.* Dazu gehören z.B. Forderungen, die der Arbeitgeber nach Konkurseröffnung begründete oder die nach Konkurseröffnung entstehen, ohne dass sie von der Konkursverwaltung veranlasst waren. Persönliche Forderungen werden im Konkurs- und Nachlassverfahren nicht berücksichtigt; der Arbeitnehmer muss ausserhalb davon persönlich auf den Arbeitgeber bzw. Gemeinschuldner losgehen (Lorandi, SJZ, S. 151; Lorandi, AJP 2004, S. 1217 f.).

nicht mehr) pfandgesicherten Forderungen in drei Klassen. Innerhalb einer Klasse müssen alle Forderungen gleichbehandelt werden. Eine nachrangige Klasse hat erst dann Anspruch auf den Erlös, wenn die vorrangige Klasse voll befriedigt wurde (Art. 219 i.V.m. 220 SchKG).[1791] Arbeitnehmerforderungen werden regelmässig als *Erstklassforderungen* (sog. Arbeitnehmerprivileg, vgl. Art. 219 Abs. 4 Erste Klasse SchKG) oder *Drittklassforderungen* (vgl. Art. 219 Abs. 4 Dritte Klasse SchKG) kolloziert. Ein Arbeitnehmerprivileg besteht namentlich für alle Forderungen aus dem Arbeitsverhältnis, die nicht früher als sechs Monate vor der Konkurseröffnung entstanden sind oder – wie z.B. der 13. Monatslohn – fällig geworden sind, höchstens aber bis zum Betrag des gemäss obligatorischer Unfallversicherung maximal versicherbaren Jahresverdienstes (vgl. Art. 22 Abs. 1 UVV) sowie für Forderungen aus Sozialplänen, die nicht früher als sechs Monate vor der Konkurseröffnung entstanden oder fällig geworden sind (vgl. Art. 219 Abs. 4 Erste Klasse lit. a und a^{ter} SchKG).[1792] Forderungen aus dem Arbeitsverhältnis, die den Höchstbetrag übersteigen, fallen in die dritte Klasse.[1793]

Nachlassforderungen fallen unter den Nachlassvertrag (Art. 310 Abs. 1 Satz 1 SchKG) und dürfen grundsätzlich[1794] nicht bereits während der Nachlassstundung bezahlt werden; dies wäre eine unzulässige Gläubigerbevorzugung.[1795] Ist der ordentliche Nachlassvertrag als Dividendenvergleich ausgestaltet, erhalten die Gläu-

---

1791 Zum Ganzen vgl. AMONN/WALTHER, § 42 N 64 ff.

1792 Ansprüche aus dem Sozialplan sind unbeschränkt privilegiert. Der Arbeitnehmer muss sich i.S. einer teleologischen Reduktion aber seine Sozialplanforderungen (lit. a^{ter}), die er neben seinen «normale» Forderungen aus dem Arbeitsverhältnis hat (lit. a), auf den Höchstbetrag nach Art. 219 Abs. 4 lit. a SchKG anrechnen lassen (BSK SchKG II-LORANDI, Art. 219 N 216 mit folgendem Bsp.: Betragen beide Kategorien von Forderungen [lit. a und lit. a^{ter}] je CHF 100 000.00, muss sich der Arbeitnehmer die CHF 100 000.00 aus Sozialplan [lit.a^{ter}]auf die Höchstgrenze von lit. a anrechnen lassen, sodass von den «normalen» Forderungen aus dem Arbeitsverhältnis nur noch CHF 26 000.00 privilegiert sind; die restlichen CHF 74 000.00 fallen in die dritte Klasse).

1793 BSK SchKG II-LORANDI, Art. 219 N 318. Konkursforderungen dritter Klasse werden meist nur beschränkt oder gar nicht befriedigt (LORANDI, SJZ, S. 151).

1794 Eine Ausnahme bilden privilegierte Forderungen (Art. 219 Abs. 4 SchKG, vgl. BSK SchKG II-HARDMEIER, Art. 310 N 9 f.) – worunter namentlich die vorerwähnten Arbeitnehmerforderungen fallen –, sofern das Privileg zweifellos besteht und gewährleistet ist, dass sämtliche privilegierte Forderungen gedeckt werden können (LORANDI, AJP 2004, S. 1216 FN 98).

1795 IANNI, S. 12; LORANDI, AJP 2004, S. 1216.

biger eine Dividende gemäss Nachlassvertrag.[1796] Beim Liquidationsvergleich erhält der Gläubiger die Dividende, welche gemäss Kollokationsplan und Verteilungsliste auf seine individuelle Forderung entfällt.[1797] Damit hat der Liquidationsvergleich weitgehend dieselben Folgen wie der Konkurs.[1798]

Masseverbindlichkeiten entstehen beim Konkurs- sowie Nachlassverfahren und bestehen aus *Masseschulden* sowie *Massekosten* (vgl. Art. 262 SchKG). Bei ersteren handelt es sich um Verbindlichkeiten, die während des Insolvenzverfahrens zu Lasten der Masse eingegangen wurden.[1799] Massekosten sind die aus der Eröffnung und Durchführung des Konkurses entstehenden Verfahrenskosten (z.B. Auslagen und Gebühren des Konkursamtes).[1800] Masseverbindlichkeiten werden vorab aus der Masse bzw. aus dem Verwertungserlös bezahlt (Art. 262 Abs. 1 SchKG)[1801] und damit in der Regel vollständig befriedigt.[1802]

II. Schicksal der Arbeitsverhältnisse

1. Handlungsoptionen der Insolvenzorgane[1803]

Weder die Konkurseröffnung noch die Bewilligung einer Nachlassstundung noch die Bestätigung eines Nachlassvertrages führen zur automatischen Vertragsauflösung[1804] oder geben dem Arbeitgeber einen ausserordentlichen Kündigungs-

---

1796 Ianni, S. 12; Lorandi, AJP 2004, S. 1216; vgl. BSK SchKG II-Hardmeier, Art. 310 N 13 ff.

1797 Ianni, S. 12; Lorandi, AJP 2004, S. 1216; vgl. Amonn/Walther, § 55 N 33, BSK SchKG II-Hardmeier, Art. 310 N 18 ff.

1798 Ianni, S. 12. Dazu bereits oben § 2/III/3.

1799 Amonn/Walther, § 48 N 4 f.

1800 Amonn/Walther, § 48 N 3.

1801 Die Genehmigung eines Nachlassvertrages steht unter dem Vorbehalt der Sicherstellung aller Masseverbindlichkeiten (Art. 306 Abs. 2 Ziff. 2 SchKG, BSK SchKG II-Hardmeier, Art. 306 N 21b).

1802 Lorandi, AJP 2014, S. 299; vgl. BSK EB SchKG -Bauer, Art. 310 N 19 (Nachlassverfahren).

1803 Der Begriff der Insolvenzorgane wird als Oberbegriff für die Konkursverwaltung und die eingesetzten Liquidatoren im Konkursfall sowie die Sachwalter im Nachlassverfahren verwendet.

1804 Vgl. Botschaft Sanierungsrecht, 6472; BK OR-Rehbinder/Stöckli, Art. 337a N 7; BSK SchKG II-Lorandi, Art. 219 N 141; Staehelin, ArbR 2000, S. 82; ZK-Stae-

grund.[1805] Der Arbeitsvertrag bleibt zunächst unverändert bestehen.[1806] Auch ändert sich an der Person des Arbeitgebers nichts.[1807] Dies bedeutet aber nicht, dass das Arbeitsverhältnis tatsächlich bzw. im gewohnten Umfang fortbesteht. Die Arbeitsverhältnisse können gekündigt oder (partiell) fortgeführt werden. Im Konkursfall sieht Art. 211a Abs. 1 SchKG sodann neu explizit die Möglichkeit des Untätigbleibens seitens der Insolvenzorgane vor («Nichtstun»).[1808] Auch bei der Nachlassstundung ist ein Untätigbleiben seitens des Nachlassschuldners bzw. Sachwalters denkbar. Es handelt sich hier um ein *Wahlrecht* der Insolvenzorgane;

HELIN, Art. 337a N 11. Dies gilt grundsätzlich auch für die übrigen Dauerschuldverhältnisse. Es gibt einige wenige Ausnahmen von diesem Grundsatz, wo das Gesetz im Konkursfall einen materiellen Auflösungstatbestand sieht (z.B. Pachtvertrag [Art. 297*a* Abs. 1 OR]; einfache Gesellschaft [Art. 545 Abs. 1 Ziff. 3 OR], KUKO SchKG-BÜRGI, Art. 211a N 8 f.; vgl. auch MEIER/EXNER, BlSchK, S. 90). Ferner können die Parteien vorsehen, dass der Arbeitsvertrag automatisch mit Einleitung eines Insolvenzverfahrens über eine Vertragspartei aufgelöst wird (automatische Vertragsauflösung) oder den Parteien mit Eintritt eines solchen Ereignisses ein Kündigungsrecht eingeräumt wird (optionale Vertragsauflösung; Potestativbedingung, Expertenbericht I, S. 9; LORANDI, SJZ, S. 152).

1805 Vgl. BGE 102 V 156; PLENIO, S. 199 f. Der Arbeitnehmer ist zur ausserordentlichen Kündigung berechtigt, wenn der Arbeitgeber zahlungsunfähig ist (d.h. wenn über den Arbeitgeber der Konkurs eröffnet wurde, der Arbeitgeber ein Gesuch um Nachlassstundung stellt oder ein Nachlassvertrag bestätigt wird; eine bloss vorübergehende Illiquidität genügt nicht, vgl. STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 337a N 8; VISCHER/MÜLLER, § 26 N 1; ZK-STAEHELIN, Art. 337a N 3) und der Arbeitgeber ihm für seine Forderungen aus dem Arbeitsverhältnis nicht innert angemessener Frist Sicherheit leistet (Art. 337a OR, vgl. dazu z.B. BSK SchKG II-LORANDI, Art. 214 N 144; LORANDI, SJZ, S. 154 f.). Die dem Arbeitnehmer bei einer gerechtfertigten fristlosen Kündigung zustehenden Ansprüche (vgl. Art. 337b OR) sind privilegiert (LORANDI, SJZ, S. 157 f.; ZK-STAEHELIN, Art. 337a N 13). Wird indes hinreichend Sicherheit geleistet, kann auch der Arbeitnehmer nur ordentlich kündigen (LORANDI, SJZ, S. 156 f.).

1806 BACHMANN, Konkurs, S. 43 f.; IANNI, S. 18; LORANDI, SJZ, S. 152. Zur Frage, inwiefern im Konkurs einzelne Rechte und Pflichten aus dem Arbeitsverhältnis aufgrund der besonderen Umstände und der veränderten Interessen umgestaltet werden können: BACHMANN, 39 ff. (z.B. Übergang Weisungsrecht an Konkursbehörde, abgeschwächte Treuepflicht, Übergang der Fürsorgepflicht an Konkursbehörde).

1807 Vgl. BACHMANN, Konkurs, S. 3, 5 ff.; BSK SchKG II-VOLLMAR, Art. 298 N 3; vgl. auch IANNI, S. 22, 30 f.

1808 Vgl. Botschaft Sanierungsrecht, 6473 (Handlungsoptionen im Liquidationsfall); IANNI, S. 19 f.

eine Wahlpflicht trifft sie nicht.[1809] In der Regel bedarf es einiger Tage oder gar Wochen, um sich über den Sachverhalt ein Bild zu machen und einen Entscheid über das weitere Vorgehen fällen zu können. Die Insolvenzorgane sind an keine Frist gebunden, innert derer sie ihr Wahlrecht ausüben müssen.[1810] Die Ausübung des Wahlrechts kann formfrei, d.h. auch konkludent erfolgen.[1811] Der Entscheid ist nicht anfechtbar.[1812]

2. In der Nachlassstundung

a) Vertragsauflösung

Mit Art. 297a SchKG[1813] hat der Nachlassschuldner neu das Recht, ein Dauerschuldverhältnis mit (vorgängig eingeholter und konstitutiver) Zustimmung[1814] des Sachwalters – unabhängig davon, welches materielle Recht anwendbar ist[1815] – ausserordentlich zu kündigen, sofern sonst der Sanierungszweck vereitelt

---

1809 Mit Art. 211a Abs. 1 SchKG wurde die Möglichkeit des Untätigbleibens der Insolvenzorgane explizit vorgesehen, womit von keiner Wahlpflicht gesprochen werden kann (Ianni, S. 20). Dieser Ansicht schon vor der Revision: BGer 4C.252/2005, E. 5.2; 4C.239/2006, E. 2.2; Bachmann, Konkurs, S. 65; Lorandi, SJZ, S. 157; a.M. Plenio, S. 45 f. (in angemessener Frist auszuübende Amtspflicht).

1810 Amonn/Walther, § 42 N 35; Bachmann, Konkurs, S. 65; Ianni, S. 21 mit Hinweisen auf die frühere, gegenteilige Lehre.

1811 Amonn/Walther, § 42 N 35; Bachmann, Konkurs, S. 65; Ianni, S. 21.

1812 BGE 110 III 84; Bachmann, Konkurs, S. 64; Ianni, S. 21; Meier/Exner, BlSchK, S. 91 f.; a.M. BSK SchKG II-Schwob, Art. 211 N 11; Plenio, S. 72.

1813 Art. 297a SchKG wurde mit der Revision neu ins Gesetz aufgenommen. Die Botschaft Sanierungsrecht, 6488 bezeichnet diese Bestimmung als «unverzichtbares Kernstück der Revision».

1814 BSK SchKG EB-Bauer, Art. 297a N 15 f.

1815 Sog. lois d'application immédiate des Vollstreckungsrechts (Lorandi, BlSchK, S. 103; vgl. auch Botschaft Sanierungsrecht, 6467). Lorandi bezeichnet dieses ausserordentliche Kündigungsrecht des Schuldners sowohl als «Kuriosität» als auch einen «erheblichen Eingriff ins materielle Recht», bemerkt aber gleichzeitig, dass in der Praxis die meisten Dauerschuldverhältnisse realiter ohnehin nicht mehr erfüllt werden, weshalb Art. 297a SchKG nur eine (formelle) Liquidierung statuiert. Die Gegenpartei wird nun immerhin voll entschädigt (Art. 297a Abs. 1 SchKG), während unter der alten Ordnung dies für Forderungen, die erst nach Abschluss des Insolvenzverfahrens entstanden, nicht der Fall war, da solche grundsätzlich keine Insolvenzforderungen waren (Lorandi, AJP 2014, S. 298, 300); vgl. auch Bauer, ST, S. 56, der von

würde.[1816] Das Arbeitsverhältnis wurde davon jedoch explizit ausgenommen,[1817] da sonst der arbeitsvertragliche Kündigungsschutz leerlaufen würde.[1818] Damit sind Arbeitsverhältnisse weiterhin nur ordentlich unter Einhaltung der gesetzlichen bzw. vertraglichen Kündigungsfristen (unter Beachtung allfälliger Sperrfristen) bzw. bei Vorliegen wichtiger Gründe ausserordentlich kündbar.

Da während der provisorischen Nachlassstundung der Sachwalter prüft, ob eine Sanierung möglich ist,[1819] wird der betroffene Betrieb meist aufrechterhalten und es werden kaum Kündigungen ausgesprochen.[1820] Der Sachwalter wird höchstens Kündigungen in seinem Bericht an den Richter empfehlen.[1821] Auch während der definitiven Stundung besteht der Betrieb bis zum Ende der Stundung regelmässig fort. Soweit aber durch die Weiterbeschäftigung der Arbeitnehmer mehr Mittel abfliessen als eingenommen werden, weist der Sachwalter den Nachlassschuldner an, die notwendigen Kündigungen vorzunehmen.[1822] Widersetzt sich dieser der Weisung, wird ihm der Nachlassrichter die Geschäftsführungsbefugnis entziehen und diese auf den Sachwalter übertragen. Gleichzeitig kann der Nachlassrichter die Stundung widerrufen, womit die Konkurseröffnung unausweichlich wird (vgl. Art. 298 Abs. 4 SchKG).[1823] Da dem Nachlassschuldner in der Regel die Geschäftsführungsbefugnis nicht entzogen wird,[1824] kann er im Übrigen grundsätzlich auch ohne entsprechende Weisung des Sachwalters Arbeitsverhältnisse kündigen.[1825]

---

einem «nicht unbedeutenden, sanierungsfreundlichen Sündenfall» spricht, da das Vollstreckungsrecht mit dieser Regelung das materielle Recht ändert.

1816 Vgl. dazu BSK SchKG EB-Bauer, Art. 297a N 6, wonach sich die Einbindung des Schuldners in Dauerschuldverhältnisse in der Praxis regelmässig als sanierungsfeindlich herausstellte, da so eine Neuausrichtung des Unternehmens beeinträchtigt wurde und zu einem erheblichen Mittelabfluss führt; Lorandi, BlSchK, S. 103; Müller, AJP 2014, S. 198.

1817 Anders noch Art. 297a VE-SchKG (vgl. Begleitbericht, S. 20).

1818 Botschaft Sanierungsrecht, 6489.

1819 Dazu oben § 2/III/3.

1820 Possa/Kreutz, N 16.

1821 Possa/Kreutz, N 16.

1822 Possa/Kreutz, N 21.

1823 Ianni, S. 86; vgl. auch BSK SchKG II-Vollmar, Art. 298 N 5.

1824 Dazu oben § 2/III/3.

1825 Ianni, S. 86.

Die aus einer Kündigung resultierenden Forderungen der Arbeitnehmer sind Nachlassforderungen;[1826] es entstehen auch keine Masseschulden, wenn der Sachwalter der Kündigung zugestimmt hat.[1827] Für das Entstehen von Masseschulden während der Kündigungsfrist muss sich die Zustimmung des Sachwalters auf die (partielle) Beschäftigung des Arbeitnehmers beziehen und die Arbeitsleistung tatsächlich in Anspruch genommen werden.[1828]

b) (Partieller) Vertragseintritt durch den Nachlassschuldner

Art. 310 Abs. 2 SchKG bestimmt neu explizit, dass der Sachwalter dem Nachlassschuldner die ausdrückliche oder konkludente[1829] Zustimmung geben kann, Leistungen aus Dauerschuldverhältnissen bzw. dem Arbeitsvertrag in Anspruch zu nehmen.[1830] Diese Zustimmung kann er auch nur selektiv erteilen; sie kann sich zeitlich und/oder sachlich auf einige Vertragsinhalte beschränken.[1831] Die Bestimmung ist das Pendant zum im Konkurs geltenden Art. 211a Abs. 2 SchKG.[1832] Der Sachwalter selbst kann indes nicht in die bestehenden Arbeitsverträge «eintreten».[1833] Handelt der Nachlassschuldner den Weisungen des Sachwalters zuwider und überträgt der Nachlassrichter deshalb dem Sachwalter die Geschäftsführung (Art. 298 Abs. 4 SchKG), wird dieser hinsichtlich seiner Kompetenzen mit der Konkursverwaltung und dem Liquidator gleichgestellt, womit ihm das Recht zum «Vertragseintritt» analog Art. 211 Abs. 2 SchKG bzw. Art. 211a Abs. 2 SchKG zukommt.[1834]

1826 BSK SchKG II-Lorandi, Art. 219 N 145; Lorandi, AJP 2014, S. 301.

1827 BSK SchKG II-Lorandi, Art. 219 N 145; Ianni, S. 33; Lorandi, AJP 2014, S. 301.

1828 Lorandi, Jusletter, N 12; vgl. auch Ianni, S. 111. Zum (partiellen) Vertragseintritt sogleich.

1829 An die Annahme einer konkludenten Zustimmung des Sachwalters sind hohe Anforderungen zu stellen hinsichtlich aller Verbindlichkeiten, die nicht unmittelbar dem Verfahrensziel entsprechen (BSK SchKG II-Bauer et al., Art. 319 N 14).

1830 Ianni, S. 31; so bereits Lorandi, AJP 2004, S. 1220.

1831 KUKO SchKG-Hunkeler, Art. 310 N 19; Ianni, S. 31; Lorandi, AJP 2014, S. 301.

1832 Lorandi, AJP 2014, S. 301; zu Art. 211 Abs. 2 SchKG unten § 8/II/3/b.

1833 Ianni, S. 29 ff.; Lorandi, Jusletter, N 8; Lorandi, AJP 2004, S. 1210.

1834 Ianni, S. 31; Lorandi, AJP 2004, S. 1220 f. Der Begriff «Eintritt» in die bestehenden Arbeitsverträge ist nicht materiell-rechtlich sondern «verfahrenstechnisch» zu verstehen (vgl. Ianni, S. 22).

Die aus der Inanspruchnahme der Arbeitsleistung resultierenden Forderungen gelten als Masseverbindlichkeiten (Art. 310 Abs. 2 SchKG).[1835] Leistungen, die nicht in Anspruch genommen werden, sind Nachlassforderungen (Art. 310 Abs. 2 SchKG e contrario).[1836] Dasselbe gilt für vor der Nachlassstundung entstandene Forderungen.[1837] Nimmt der Schuldner ohne Einverständnis des Sachwalters Leistungen des Arbeitnehmers in Anspruch, sind die daraus resultierenden Forderungen zwar zivil- und betreibungsrechtlich gültig, begründen aber keine Masseverbindlichkeiten, sondern sind ebenfalls Nachlassforderungen (Art. 310 Abs. 2 SchKG e contrario).[1838] Unklar ist der Charakter einer Forderung, wenn der Sachwalter nicht sofort nach Bewilligung der Nachlassstundung interveniert und die Arbeitnehmer weiterhin Lohn erhalten, ohne dass der Sachwalter einen ausdrücklichen Vorbehalt betreffend Vertragsdauer oder Lohnhöhe zum Ausdruck bringt. Ohne gegenteilige Mitteilung dürfte das Dulden des Sachwalters, die Arbeitnehmer zu beschäftigen, nur als Zustimmung auf Zusehen hin zu deuten sein, womit er jederzeit gegenüber dem Schuldner eine anderslautende Weisung erteilen kann. Es liegen daher nur für die Dauer der Zustimmung des Sachverwalters, längstens für die Dauer der Nachlassstundung, Masseverbindlichkeiten vor.[1839] Der Arbeitnehmer sollte sich daher entweder vom Sachwalter bestätigen lassen, dass dieser der Weiterführung des Arbeitsverhältnisses zugestimmt hat oder gegenüber diesem festhalten, er werte dessen Dulden als Zustimmung.[1840] Protestiert der Sachwalter dagegen nicht, muss er sich darauf behaften lassen.[1841] Im Übrigen auch möglich sein muss die nachträgliche Zustimmung zu Rechtsgeschäften des Nachlassschuldners durch den Sachwalter.[1842]

1835 BSK SchKG EB-Bauer, Art. 310 ad N 19 ff.

1836 Lorandi, Jusletter, N 11. So gelten z.B. Lohnforderungen von freigestellten Arbeitnehmern nicht als Masseverbindlichkeiten (BSK SchKG II-Bauer et al., Art. 319 N 14).

1837 Lorandi, Jusletter, N 11.

1838 Amonn/Walther, § 54 N 44.

1839 Lorandi, Jusletter, N 11; Lorandi, AJP 2004, S. 1220; gl.M. Meier/Exner, BlSchK, S. 111.

1840 Lorandi, Jusletter, N 13.

1841 Lorandi, Jusletter, N 13. Ferner sollte der Sachwalter für klare Verhältnisse sorgen und festhalten, dass er seine Zustimmung für den Eintritt in ein Dauerschuldverhältnis nur schriftlich gibt (BSK SchKG II-Bauer et al., Art. 319 N 14; vgl. auch Ianni, S. 31 f.).

1842 KUKO SchKG-Hunkeler, Art. 298 N 9.

Der Eintritt in die Arbeitsverhältnisse gilt nur für die Dauer der Stundung. Wird danach ein Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung angenommen oder der Konkurs eröffnet, müssen die Liquidatoren erneut über das Schicksal der Arbeitsverhältnisse ab Bestätigung des Nachlassvertrages bzw. Konkurseröffnung entscheiden.[1843]

Während der Stundung kann das Arbeitsverhältnis nach den allgemeinen Regeln angepasst werden. Der Sachwalter kann im Rahmen seiner Weisungsbefugnis auch veranlassen, dass der Schuldner im Interesse der Gläubiger liegende vermögenserhaltende bzw. kostensenkende Massnahmen trifft, worunter auch Anpassungen der Arbeitsbedingungen fallen können.[1844]

c) «Nichtstun»

Nimmt der Nachlassschuldner die angebotene Arbeitsleistung einiger oder aller Arbeitnehmer nach Bewilligung der Nachlassstundung nicht in Anspruch bzw. stellt er die Arbeitnehmer frei,[1845] gerät er in Annahmeverzug und er bleibt zur Lohnzahlung verpflichtet (Art. 324 OR).[1846] Als eine konkludente Kündigung kann die Freistellung in der Regel nicht gewertet werden. Denn nicht jede Nachlassstundung endet mit der Liquidation des Arbeitgebers,[1847] womit die Wiederaufnahme des Betriebes durchaus möglich ist.[1848] Anders als im Konkursfall nach Art. 211a Abs. 1 SchKG[1849] ist in der Nachlassstundung die Forderungseingabe des Arbeitnehmers (vgl. Art. 300 Abs. 1 SchKG) in zeitlicher Hinsicht nicht auf den nächsten ordentlichen Kündigungstermin beschränkt.[1850] Damit kann der ungekündigte Arbeitnehmer alle Forderungen eingeben, die bis zum

---

1843 Staehelin, Dauerschuldverhältnisse, S. 113 f. Näher dazu unten § 8/II/3/b.

1844 BSK EB SchKG-Vollmar, Art. 298 N 5. Zur Vertragsanpassung oben § 4.

1845 Ob eine Kompensation des Ferienanspruchs während der Freistellung zu erfolgen hat, hängt vor allem vom Verhältnis der Freistellungsdauer zum offenen Ferienguthaben ab (BGE 128 III 271, E. 4); grundlegend zur Freistellung z.B. Streiff/von Kaenel/Rudolph, Art. 324 N 13 und ZK-Staehelin, Art. 324 N 22 (insbesondere zur Pflicht, Ferien- und Überstundenguthaben während der Freistellung zu kompensieren).

1846 Ianni, S. 147.

1847 Zu den möglichen Ausgängen eines Nachlassverfahrens oben § 2/III/3.

1848 Ianni, S. 147.

1849 Dazu unten § 8/II/3/c.

1850 Ianni, S. 148.

Abschluss der Nachlassstundung anfallen[1851] und allenfalls darüber hinaus (z.B. bei späterer Kündigung).[1852] Diese Forderungen sind in der ersten Klasse zu kollozieren (Art. 219 Abs. 5 SchKG).[1853]

3. Im Konkurs- bzw. Liquidationsfall[1854]

a) Vertragsauflösung

Das Konkursamt schliesst bei Konkurseröffnung meist den Betrieb (vgl. Art. 223 Abs. 1 SchKG),[1855] kündigt vorsorglich alle Arbeitsverhältnisse und stellt diese frei.[1856] So können namentlich die ständig anwachsenden, in der ersten Klasse zu kollozierenden Lohnansprüche eingedämmt werden.[1857] Da mit Konkurseröffnung dem Arbeitgeber die Verfügungsmacht über sein Vermögen entzogen wird,[1858] kann nur die Konkursverwaltung[1859] rechtgültig ordentliche (oder ausserordentliche)[1860] Kündigungen auf den nächsten zulässigen Kündigungstermin aussprechen (Art. 240 SchKG, Art. 319 Abs. 3 SchKG).[1861] Die Kündigung hat selbstverständlich unter Einhaltung der gesetzlichen bzw. vertraglichen Kündigungsfrist –

1851 Vgl. Lorandi, AJP 2004, S. 1218.

1852 Ianni, S. 148.

1853 Ianni, S. 148; vgl. auch Lorandi, Jusletter, N 43.

1854 Nachfolgend werden primär die Handlungsoptionen im Konkurs dargelegt. Sämtliche Ausführungen gelten indes auch für den Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung bzw. den Liquidationsvergleich (vgl. Expertenbericht II, S. 19; Botschaft Sanierungsrecht, 6473; vgl. auch Amonn/Walther, § 55 N 31, oben § 2/III/3).

1855 Auf Beschluss der Gläubigerversammlung hin (Art. 240 i.V.m. Art. 238 SchKG). Beim Liquidationsvergleich sind die Liquidatoren gestützt auf Art. 319 Abs. 3 SchKG zur Schliessung des Betriebes ermächtigt.

1856 BK OR-Rehbinder/Stöckli, Art. 337a N 7; BSK OR I-Portmann/Rudolph, Art. 337a N 2.

1857 ZK-Staehelin, Art. 337a N 13.

1858 Dazu oben § 2/III/4.

1859 Auf Beschluss der Gläubigerversammlung hin (Art. 240 i.V.m. Art. 238 SchKG, vgl. dazu Bachmann, Konkurs, S. 109 FN 349). Beim Liquidationsvergleich sind die Kündigungen vom Liquidator vorzunehmen (Ianni, S. 81).

1860 Eine fristlose Kündigung durch die Konkursverwaltung kommt kaum in Betracht, da der Konkurs und die dadurch ausgelöste Einstellung des schuldnerischen Betriebes nicht als wichtiger Grund i.S.v. Art. 337 OR gilt (ZK-Staehelin, Art. 337a N 13, Art. 337 N 25).

1861 Ianni, S. 81; ZK-Staehelin, Art. 337a N 13.

unter Beachtung allfälliger Sperrfristen – zu erfolgen.[1862] Selbstverständlich auch möglich ist der Abschluss von Aufhebungsverträgen.[1863]

Da die Kündigungserklärung an keine bestimmte Form gebunden ist, ist im Einzelfall zu prüfen, ob das Verhalten der Liquidationsorgane als konkludente Kündigungserklärung gewürdigt werden kann. M.E. grundsätzlich keine Kündigung ist die blosse Mitteilung, die Liquidationsorgane würden nicht in den Arbeitsvertrag eintreten bzw. diesen nicht anstelle des Gemeinschuldners erfüllen.[1864] Vielmehr liegt hier ein Fall von «Nichtstun» vor.[1865] Auch in der blossen Betriebsschliessung der Arbeitnehmer ist nach vorliegender Ansicht in der Regel keine konkludente Kündigung ersichtlich.[1866] Eine Kündigung hat stets klar und unmissverständlich zum Ausdruck zu kommen;[1867] es dürfen keine Zweifel darüber bestehen, dass der Betrieb nicht nur vorübergehend geschlossen wird, z.B. bis ein geeigneter Käufer gefunden wird oder die Konkursverwaltung in die Arbeitsverträge eintritt.[1868]

Bei der (ordentlichen und fristlosen) Kündigung durch das Konkursamt sind die Forderungen des Arbeitnehmers grundsätzlich gleich zu behandeln, wie wenn dieser selber gekündigt hätte:[1869] Forderungen, die innert der sechsmonatigen Frist vor Konkurseröffnung entstanden sind, sind in der ersten Klasse privilegiert (Art. 219 Abs. 4 Erste Klasse lit. a SchKG). Davor entstandene Forderungen gelten als Drittklassforderungen (Art. 219 Abs. 4 SchKG). Die aus einer Kündigung resultierenden Ansprüche der Arbeitnehmer sind privilegiert (Art. 219 Abs. 4 Erste Klasse lit. a SchKG).[1870] Soweit die Konkursverwaltung während der Kündigungsfrist die Arbeitnehmer nicht freistellt, sondern deren Arbeit in Anspruch nimmt bzw. für die Dauer der Kündigungsfrist in den Arbeitsvertrag eintritt, sind die dar-

---

1862 Ianni, S. 82.

1863 Vgl. ZK-Staehelin, Art. 337a N 13. Zum Aufhebungsvertrag oben § 5/III.

1864 So auch BSK SchKG II-Schwob, Art. 211 N 12; Ianni, S. 82; Lorandi, SJZ, S. 158; a.M. Bachmann, Konkurs, Art. 111, 277; Brönnimann, S. 35; Plenio, S. 201 f.

1865 Dazu unten § 8/II/3/c.

1866 So auch Bachmann, Konkurs, S. 109 f.; Ianni, S. 84; gl.M. wohl Lorandi, SJZ, S. 158.

1867 BSK OR I-Portmann/Rudolph, Art. 335 N 8; Brühwiler, Art. 335 N 6b.

1868 Vgl. Ianni, S. 84.

1869 Lorandi, SJZ, S. 158.

1870 BSK SchKG II-Lorandi, Art. 219 N 145; Lorandi, SJZ, S. 158; Plenio, S. 200; ZK-Staehelin, Art. 337a N 13.

aus entstehenden Forderungen des Arbeitnehmers Masseschulden zu qualifizieren.[1871]

b) (Partieller) Vertragseintritt durch die Konkursverwaltung

Die Konkursverwaltung kann als Vertreterin der Konkursmasse in das bestehende Arbeitsverhältnis eintreten bzw. dieses anstelle des Arbeitgebers erfüllen (Art. 211 Abs. 2 SchKG).[1872] Dies bewirkt indes keinen Parteiwechsel; die Konkursverwaltung übernimmt «einzig» die Erfüllung.[1873] Neu kann die Konkursverwaltung nach Art. 211a Abs. 2 SchKG[1874] in zeitlicher und sachlicher Hinsicht auch nur partiell Leistungen aus dem Arbeitsverhältnis in Anspruch nehmen («partieller Ver-

---

1871 Vgl. Lorandi, Jusletter, N 43 (s. tabellarische Übersicht); Lorandi, SJZ, S. 160 (s. tabellarische Übersicht).

1872 Mit dem Eintritt der Konkursverwaltung entfällt in der Regel eine Lohngefährdung und der Arbeitnehmer kann nicht mehr die Leistung einer Sicherheit verlangen bzw. bei deren Ausbleiben fristlos nach Art. 337a OR kündigen (dazu oben FN 1805), es sei denn, dass das mutmassliche Verwertungsergebnis nicht einmal zur Deckung der Masseschulden ausreicht. Hier wird die Konkursverwaltung indes kaum den Eintritt erklären, sondern die Einstellung des Konkursverfahrens mangels Aktiven nach Art. 230 SchKG beantragen (ZK-Staehelin, Art. 337a N 12).

1873 Bachmann, Konkurs, S. 67; Brönnimann, S. 52 f.; Plenio, S. 47 f.; vgl. auch KUKO SchKG-Bürgi, Art. 211 N 6. Der Begriff des «Verfahrenseintritts» ist etwas verwirrlich; der Vorgang des Vertragseintritts ist rein «verfahrenstechnisch» zu verstehen (Bachmann, Konkurs, S. 67). Mangels Rechtspersönlichkeit kann die Konkursmasse gar nicht Vertragspartei sein (Bachmann, Konkurs, S. 67). Die Weiterführung der Arbeitsverhältnisse durch die Konkursverwaltung ist daher auch nicht als Betriebsübergang nach Art. 333 OR zu qualifizieren (Staehelin, ArbR 2000, S. 79). Trotz Entzug der Verfügungsmacht über sein Vermögen, bleibt dem Arbeitgeber bei Konkurseröffnung – anders als bei Art. 333 OR – nämlich seine Stellung als Eigentümer und damit als (formellen) Arbeitgeber bestehen (BSK OR I-Portmann/Rudolph, Art. 333 N 8; Geiser, arbeitsrechtliche Fragen, S. 159).

1874 Art. 211a SchKG wurde im Rahmen der Revision des Sanierungsrechts neu eingefügt. Die Bestimmung statuiert, wie Forderungen aus dem Dauerschuldverhältnis zu behandeln sind, während Art. 211 Abs. 2 SchKG die Frage der Zulässigkeit eines Vertragseintritts beantwortet (vgl. Ianni, S. 23 f.) Das Schicksal der Dauerschuldverhältnisse in der Insolvenz beschäftigte die Expertenkommission besonders intensiv. Die Materie ist sehr komplex, was nicht zuletzt auch dazu führte, dass im geltenden Recht diverse Fragen umstritten waren. Die Neuerungen sollen nun Klarheit bringen (BSK SchKG EB-Staehelin, Art. 211a N 1).

tragseintritt», «cherry picking»).[1875] Wesensmässig ist die Inanspruchnahme von Leistungen nach Art. 211a Abs. 2 SchKG nichts anderes als der Vertragseintritt i.S.v. Art. 211 Abs. 2 SchKG.[1876] Damit gilt die zu Art. 211 Abs. 2 SchKG entwickelte Praxis auch für Art. 211a Abs. 2 SchKG, mit der Präzisierung, dass in Dauerschuldverhältnissen nun auch partiell eingetreten werden kann.[1877]

Die Konkursverwaltung wird ganz oder teilweise in die Arbeitsverhältnisse eintreten bzw. den Betrieb fortführen, sofern dies im Interesse der Konkursmasse ist.[1878] Eine zeitweise Weiterführung ist z.B. dort sinnvoll, wo grosse Mengen an Halbfabrikaten bestehen, die ohne Weiterverarbeitung praktisch wertlos sind, als Endprodukt aber leicht und gewinnbringend verkauft werde können und damit die Konkursmasse vergrössern.[1879] Eine Aufrechterhaltung des Betriebes ist ferner dann indiziert, wenn der Betrieb oder Teile davon veräussert werden bzw. durch eine Auffanggesellschaft übernommen werden sollen.[1880] Die Konkursverwaltung wird hier die Arbeitsverträge mit jenen Arbeitnehmern weiterführen wollen, die für den Fortbestand des Betriebes von zentraler Bedeutung sind. Nimmt die Konkursverwaltung Leistungen des Arbeitnehmers in Anspruch, ohne explizit den Vertragseintritt erklärt zu haben, bewirkt dies grundsätzlich nur einen konkludenten Vertragseintritt für den entsprechenden Zeitraum. Ein Vertragseintritt für die Zukunft ist darin meist nicht zu sehen.[1881]

Inhaltlich besteht der Arbeitsvertrag bei einem Eintritt der Konkursverwaltung unverändert fort.[1882] Der Konkursverwaltung steht es offen, die Verträge nach den all-

---

1875 Vgl. Botschaft Sanierungsrecht, 6473; Lorandi, AJP 2014, S. 300; Staehelin, Dauerschuldverhältnis, S. 108.

1876 Botschaft Sanierungsrecht, 6473; Lorandi, AJP 2014, S. 300; Staehelin, Dauerschuldverhältnisse, S. 108.

1877 Staehelin, Dauerschuldverhältnisse, S. 108.

1878 Die Betriebsweiterführung kann entweder auf Rechnung der Konkursmasse oder eines Dritten erfolgen (eingehend dazu Gmünder, N 125 ff., 133 ff.).

1879 Brönnimann, S. 38; Gmünder, N 121; Lorandi, SJZ, S. 153; Meier/Exner, BlSchK, S. 97; vgl. auch Staehelin, ArbR 2000, S. 78.

1880 Lorandi, Jusletter, N 6; Meier/Exner, BlSchK, S. 97; Staehelin, ArbR 2000, S. 77; ZK-Staehelin, Art. 337a N 11; vgl. auch Gmünder, N, 118 ff., N 120 wonach bereits eine relativ kurze Betriebseinstellung den Verkauf des Betriebes erschwert. Zum Betriebsübergang im Insolvenzfall unten § 9.

1881 Vgl. BSK SchKG EB-Staehelin, Art. 211a N 13 m.w.H.

1882 Bachmann, Konkurs, S. 38 m.w.H. (zum Übergang der einzelnen Pflichten des Arbeitnehmers, S. 40 ff.); Brönnimann, S. 44; KUKO SchKG-Bürgi, Art. 211 N 6.

gemeinen Regeln anzupassen.[1883] Sie können die bisherigen Verträge ordentlich kündigen oder einvernehmlich mit Aufhebungsvertrag auflösen und neue – befristete oder unbefristete – Arbeitsverträge abschliessen.[1884] Diese gelten als Masseverhältnis direkt gegenüber der Konkursmasse.[1885] Der Abschluss eines neuen Arbeitsvertrags verhindert indes den Eintritt in das bestehende Arbeitsverhältnis in der Regel nicht.[1886] Damit ist die Dauer des bisherigen Arbeitsverhältnisses grundsätzlich an das neue Arbeitsverhältnis anzurechnen.[1887] Ein neues Arbeitsverhältnis liegt nur dort vor, wo die Konkursverwaltung einen Arbeitnehmer des Schuldners zu völlig neuen Bedingungen (z.B. zur stundenweise Erledigung von Buchhaltungsarbeiten, Inkasso ausstehender Guthaben) beschäftigen möchte.[1888] Erhält der Arbeitnehmer unter den neu ausgearbeiteten Arbeitsbedingungen weniger Lohn, ist er berechtigt, die Differenz zwischen dem neuen Lohn und dem ursprünglichen Lohn, der bis zum Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist bzw. zum Ende der festen Vertragsdauer angefallen wäre, als Konkursforderung einzugeben.[1889]

Die bei einer Inanspruchnahme der Arbeitnehmerleistung nach der Konkurseröffnung entstehenden Arbeitnehmerforderungen gelten als Masseschulden (Art. 211a Abs. 2 SchKG). Massgebend dafür ist der Zeitpunkt der tatsächlichen Inanspruchnahme der Leistungen aus dem Arbeitsvertrag und nicht etwa – wie fälschlicherweise in den Materialien angenommen[1890] – das (frühere) Datum der Konkurs-

---

Relativiert wird dies aber insofern, als dass nicht mehr die gesamte Leistung bzw. diese nur für einen gewissen Zeitraum in Anspruch genommen werden kann.

1883 Zu den Anpassungsinstrumenten oben § 4/III.

1884 Bachmann, Konkurs, S. 75; ZK-Staehelin, Art. 337a N 14a. Die ordentliche Kündigung mit anschliessendem Abschluss eines neuen Vertrages steht einer Änderungskündigung nahe, was die analoge Anwendung der für die Änderungskündigung entwickelten Regeln über deren Missbräuchlichkeit rechtfertig (ZK-Staehelin, Art. 337a N 14a; dazu oben § 4/III/2/f).

1885 Bachmann, Konkurs, S. 75.

1886 Staehelin, ArbR, S. 79; gl.M. Meier/Exner, BlSchK, S. 98; a.M. Lorandi, SJZ, S. 153.

1887 Bachmann, Konkurs, S. 75.

1888 Staehelin, ArbR, S. 79.

1889 Ianni, S. 44; Plenio, S. 203 f.

1890 Expertenbericht II, S. 19; Botschaft Sanierungsrecht, 6473.

eröffnung.[1891] Arbeitnehmerforderungen, die vor der Konkurseröffnung und vor der Eintrittserklärung entstanden sind, sind gewöhnliche Konkursforderungen.[1892] Werden keine Arbeitnehmerleistungen mehr in Anspruch genommen, fallen nach dem klaren Gesetzeswortlaut (Art. 211a Abs. 2 SchKG) auch keine Massenschulden mehr an.[1893] Wird auf die weitere Inanspruchnahme von Arbeitsleistungen verzichtet, genügt eine entsprechende Mitteilung an den Arbeitnehmer; die Insolvenzorgane müssen das Arbeitsverhältnis nicht kündigen.[1894] Die nach Beendigung der Inanspruchnahme der Arbeitsleistung bis zum Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist bzw. bis zum Ende der festen Vertragsdauer anfallenden Forderungen sind Konkursforderungen (Art. 211a Abs. 1 SchKG).[1895] Massgebender Zeitpunkt für die Berechnung der verbleibenden Kündigungsfrist ist die Konkurseröffnung.[1896]

Der Arbeitnehmer kann sich der Weiterführung seines Arbeitsverhältnisses durch die Konkursverwaltung während des Konkursverfahrens nicht widersetzen; seine arbeitsrechtlichen Pflichten bestehen wie gewohnt.[1897] Er kann aber eine Sicherstellung für die Inanspruchnahme seiner künftigen und bereits erfolgten Arbeitsleistungen verlangen (Art. 211 Abs. 2 Satz 2 SchKG).[1898]

Da die Konkursregeln auf den Liquidationsvergleich analog anwendbar sind, steht auch dem Liquidator ein (partieller) Vertragseintritt nach Art. 211 Abs. 2 SchKG bzw. Art. 211a Abs. 2 SchKG analog zu.[1899]

1891 Bachmann, FS Stöckli, S. 18; Lorandi, AJP 2014, S. 300; Staehelin, Dauerschuldverhältnisse, S. 108.

1892 BSK EB SchKG-Staehelin, Art. 211a N 9; KUKO SchKG-Bürgi, Art. 211a N 26. Schon BGer 4C.252/2005 hielt fest, dass die vor Konkurseröffnung entstandenen Verbindlichkeiten keine Masseschulden werden; vgl. auch BGer 4C.239/2006, E. 2.

1893 Ianni, S. 34; Lorandi, BlSchK, S. 102 f.

1894 Ianni, S. 34.

1895 Ianni, S. 34; vgl. dazu näher unten.

1896 Ianni, S. 34.

1897 Staehelin, ArbR 2000, S. 79; Wildhaber, Umstrukturierungen, S. 459.

1898 Vgl. dazu Ianni, S. 39 ff.

1899 BSK EB-Staehelin, Art. 211a N 2; Ianni, S. 28; Lorandi, AJP 2014, S. 298 f.; Meier/Exner, BISchK, S. 110; vgl. auch Staehelin, ArbR, S. 85. Auch hier ist ein konkludenter Vertragseintritt möglich. Nicht anzunehmen ist ein solcher, wenn der Bereich, in dem der Arbeitnehmer tätig ist, nicht Teil des Nachlassvertrags ist (Staehelin, ArbR 2010, S. 86).

Vorbehalten bleibt ferner der Fall, bei welchem das Dauerschuldverhältnis durch den Schuldner persönlich weitergeführt wird (Art. 211a Abs. 3 SchKG). Dafür muss der Arbeitgeber eine natürliche Person sein.[1900]

c) «Nichtstun»

Häufig kommt es weder zu einer Kündigung noch einem ausdrücklichen Vertragseintritt (sog. «Nichtstun»[1901] oder «Verkümmernlassen» des Dauerschuldverhältnisses[1902]).[1903] Dies kann in der Regel nicht als konkludente Kündigungserklärung qualifiziert werden. Vielmehr «verhungert» das Arbeitsverhältnis, ohne dass es zivilrechtlich beendet wird.[1904] Schon vor der Revision galten nach einhelliger Ansicht Forderungen aus «verkümmerten» Dauerschuldverhältnissen, die vor Konkurseröffnung entstanden sind, als Konkursforderungen.[1905] Art. 211a SchKG hat daran nichts geändert.[1906] Vor der Revision indes unklar war, was für Forderungen gilt, die nach Konkurseröffnung entstanden sind.[1907] Art. 211a Abs. 1 SchKG stellt nun klar, dass die solvente Vertragspartei Forderungen aus dem verkümmerten Dauerschuldverhältnis bis zum nächsten möglichen Kündigungstermin (bei unbefristeten Verträgen) oder bis zum Ende der festen Vertragsdauer (bei befristeten Verträgen) als Konkursforderung geltend machen kann.[1908] Wurde ein vertraglicher Kündigungstermin vereinbart, ist dieser massgeblich, andernfalls gilt ein all-

---

1900 Natürlichen Personen soll es offenstehen, Leistungen, die für den persönlichen Gebrauch erforderlich sind, weiterhin auf eigene Rechnung zu beziehen (z.B. Zeitungsabonnement oder Wohnungsmiete, Botschaft Sanierungsrecht, 6474). Der Fall, bei dem Arbeitnehmer für den Arbeitgeber Leistungen zu dessen persönlichen Gebrauch ausrichten (z.B. Haushaltsführung des Privathaushalts), wird aber selten sein.

1901 Expertenbericht II, S. 19.

1902 KUKO SchKG-Bürgi, Art. 211a N 30.

1903 Botschaft Sanierungsrecht, 6473.

1904 Lorandi, AJP 2014, S. 300; vgl. auch Botschaft Sanierungsrecht, 6473; KUKO SchKG-Bürgi, Art. 211a N 30.

1905 BGE 124 III 41, E. 2; KUKO SchKG-Bürgi, Art. 211a N 31; Lorandi, AJP 2014, S. 300.

1906 KUKO SchKG-Bürgi, Art. 211a N 31.

1907 Botschaft Sanierungsrecht, 6473 f.; Lorandi, AJP 2014, S. 300; vgl. dazu auch Staehelin, Dauerschuldverhältnisse, S. 110.

1908 KUKO SchKG-Bürgi, Art. 211a N 32; Lorandi, AJP 2014, S. 300.

fällig gesetzlicher ordentlicher Kündigungstermin.[1909] Für die Zeit nach Ablauf der Kündigungsfrist können keine Ansprüche gestellt werden; solche wären bei der Kollokation abzuweisen.[1910]

Diese neue Regelung führt nicht dazu, dass das Arbeitsverhältnisse vollstreckungsrechtlich (fiktiv) aufgelöst wird;[1911] es gilt auch keine Vermutung zur ordentlichen Kündigung.[1912] Nur für die Frage, für welche Dauer Konkursforderungen geltend gemacht werden können, wird das Arbeitsverhältnis so gestellt, wie wenn es sofort nach der Konkurseröffnung (hypothetisch) auf den nächst möglichen Termin gekündigt worden wäre.[1913] Für die Konkursverwaltung macht es daher keinen Unterschied, ob sie das Arbeitsverhältnis kündigt oder nichts tut; beide Handlungsoptionen zeitigen dieselben Konsequenzen.[1914]

Der Arbeitnehmer hat sich allfällige Vorteile aus dem Umstand, dass die Masse seine Leistung nicht in Anspruch nimmt und er darüber anderweitig verfügen kann, anrechnen zu lassen (Art. 211a Abs. 1 letzter Satz SchKG).[1915] Diese Vorteilsanrechnung gilt unabhängig vom anwendbaren materiellen Recht; die Regeln des SchKG haben grundsätzlich Vorrang.[1916] Massgebend ist das materielle Recht indes für die Frage, ob für die Erbringung der Gegenleistung des Arbeitgebers die

---

1909 Bachmann, FS Stöckli, S. 19; BSK SchKG EB-Staehelin, Art. 211a N 18; Ianni, S. 138; Staehelin, Dauerschuldverhältnisse, S. 111; a.M. Vischer/Müller, § 26 N 6 (gesetzliche Kündigungsfristen).

1910 Lorandi, AJP 2014, S. 300.

1911 Lorandi, AJP 2014, S. 300; gl.M. BSK EB SchKG-Staehelin, Art. 211a N 23; Ianni, S. 133; a.M. Bachmann, FS Stöckli, S. 19, («eigentlicher Paradigmawechsel»).

1912 Lorandi, AJP 2014, S. 300.

1913 Lorandi, AJP 2014, S. 300 f. Massgebend ist primär ein ordentlicher vertraglicher Kündigungstermin und bei Fehlen eines solchen der gesetzlich ordentliche Kündigungstermin (BSK EB SchKG-Staehelin, Art. 211a N 18). Die Geltendmachung hat durch Eingabe im Konkurs innerhalb der üblichen Fristen zu erfolgen (Ianni, S. 137).

1914 Botschaft Sanierungsrecht, 6474; Lorandi, AJP 2014, S. 300 f.

1915 BSK EB SchKG-Staehelin, Art. 211a N 23; vgl. auch Lorandi, AJP 2014, S. 301 mit dem Hinweis, dass es sich dabei grundsätzlich um eine Regelung des materiellen Rechts handelt.

1916 Botschaft Sanierungsrecht, 6474; Lorandi, AJP 2014, S. 301. Gemäss Materialien würde die Vorteilsanrechnung formell ins IPRG gehören, aber sei sie im Sachzusammenhang des SchKG leichter auffindbar und besser verständlich (Expertenbericht II, S. 20).

Austausch- oder die Differenztheorie anzuwenden ist.[1917] Der Gesetzgeber hat dies bewusst der Praxis überlassen.[1918] Die Schadenminderungspflicht des Arbeitnehmers besteht u.a. in der Anrechnung eines anderweitig erzielten Verdienstes sowie bezüglich dem, was er infolge der Verhinderung an der Arbeitsleistung einspart (Fahrt, Verpflegung etc.).[1919] Grundsätzlich ist der Arbeitnehmer in diesem Zusammenhang auch verpflichtet, aktiv eine zumutbare Stelle zu suchen bzw. anzunehmen.[1920]

Je länger die Konkursverwaltung mit Bezug auf die Arbeitsverhältnisse keine Entscheidung fällt, desto weniger kann sie noch den Vertragseintritt erklären und die Bindung der Arbeitnehmer geltend machen; bei allzu spätem Eintritt ist ihr allenfalls die Einrede des Rechtsmissbrauchs entgegenzuhalten.[1921]

Art. 211a Abs. 1 SchKG ist auch auf den Liquidationsvergleich anwendbar.[1922] Wird somit das Arbeitsverhältnis bis zum Abschluss des Liquidationsvergleiches fortgeführt und erklärt der Liquidator keinen erneuten Vertragseintritt, kann der Arbeitnehmer die ab Genehmigung des Liquidationsvergleichs bis zum nächsten ordentlichen Kündigungstermin bzw. bis zum Ende der festen Vertragsdauer anfallenden Forderungen nachträglich als Nachlassforderungen eingeben (Art. 321 Abs. 2 SchKG i.V.m. Art. 251 SchKG).[1923]

4. Arbeitsleistung zwischen Eröffnung Insolvenzverfahren und Bekanntgabe Entscheid

Verrichten die Arbeitnehmer während der Zeitspanne, in der die Insolvenzorgane noch keine Entscheidung über ihr Schicksal getroffen haben, ihre Arbeitsleistung und werden diese auch effektiv in Anspruch genommen, sind die daraus resultie-

---

1917 Lorandi, AJP 2014, S. 301.

1918 Expertenbericht II, S. 20; Begleitbericht, S. 19. Gemäss Staehelin sei der Gesetzgeber zumindest bei Dauerschuldverhältnissen implizit von der Differenztheorie ausgegangen, da ein Vorteil des Vertragspartners nur dann entstehen könne, wenn er seine Leistung nicht mehr zur Verfügung stellen müsse (BSK SchKG EB-Staehelin, Art. 211a N 20; Staehelin, Dauerschuldverhältnisse, S. 111).

1919 Eingehend dazu Ianni, S. 140 ff.

1920 Eingehend dazu Ianni, S. 140 f., 142 ff.

1921 KUKO SchKG-Bürgi, Art. 211 N 1.

1922 BSK EB SchKG-Staehelin, Art. 211a N 2; Ianni, S. 149; Lorandi, AJP 2014, S. 299.

1923 Ianni, S. 149.

renden Forderungen als Masseschulden zu behandeln.[1924] Angebotene, indes (noch) nicht in Anspruch genommene Arbeitsleistungen sind gemäss Art. 211a Abs. 2 SchKG e contrario als Insolvenzforderung zu kollozieren.[1925] Daran ändert sich auch nichts, wenn die Insolvenzorgane später in den Vertrag eintreten; die vor Vertragseintritt entstandenen Arbeitnehmerforderungen sind zur Kollokation anzumelden (Art. 232 Abs. 2 Ziff. 2 SchKG).[1926] Dieselben Grundsätze gelten gleichermassen für das Nachlassverfahren (Art. 211a Abs. 2 SchKG analog, Art. 310 Abs. 2 SchKG).[1927]

III. Ansprüche des Arbeitnehmers nach AVIG[1928]

Wird über den Arbeitgeber der Konkurs oder eine Nachlassstundung eröffnet, hat der Arbeitnehmer Anspruch auf eine Insolvenzentschädigung, sofern er bei der Arbeitslosenversicherung beitragspflichtig war und offene Lohnforderungen gegenüber dem Arbeitgeber hat (Art. 51 Abs. 1 AVIG). Die Insolvenzentschädigung deckt gemäss Art. 52 Abs. 1 AVIG für das gleiche Arbeitsverhältnis Lohnforderungen für höchstens die letzten vier Monate vor Konkurseröffnung bzw. Nachlassstundung[1929] bis zum monatlichen Höchstbetrag nach Art. 3 Abs. 2 AVIG. Lohnforderungen aus nach der Konkurseröffnung geleisteter Arbeit sind durch die Insolvenzentschädigung nur ausnahmsweise gedeckt, wenn der Arbeitnehmende in guten Treuen nicht wissen konnte, dass der Konkurs eröffnet worden war, und es sich dabei nicht um Masseschulden handelt (Art. 52 Abs. 1bis AVIG). Die maximale Bezugsdauer von vier Monaten darf aber nicht überschritten werden (Art. 52 Abs. 1bis AVIG). Die Insolvenzentschädigung erfasst auch anteilsmässige Ansprüche auf den 13. Monatslohn, Gratifikationen, Überzeit, Ferien- und Feiertagsent-

---

1924 Ianni, S. 36, 110 FN 539 (in der Nachlassstundung ist für die Bindung der Masse die Zustimmung des Sachwalters notwendig, dazu oben § 8/II/2/b).

1925 Ianni, S. 36, 110; KUKO SchKG-Bürgi, Art. 211a N 27.

1926 Ianni, S. 36 ff.; Lorandi, BlSchK, S. 102 f.

1927 Ianni, S. 38; Lorandi, AJP 2014, S. 301.

1928 Zum Anspruch auf Insolvenzentschädigung eingehend z.B. Ianni, S. 151 ff.

1929 Der Zeitpunkt, von dem an die vier Monate zurückgerechnet werden, ist beim Konkurs das Datum des Konkurserkenntnisses (Art. 175 Abs. 2 SchKG; BGE 119 V 56), beim Pfändungsbegehren das Datum der Einreichung (BGE 126 V 140, E. 3b), im Falle einer Nachlassstundung oder beim richterlichen Konkursaufschub dasjenige der richterlichen Bewilligung (BSK SchKG I-Stöckli/Gächter, Art. 52 AVIG N 11).

schädigungen sowie weitere Zulagen.[1930] Nicht gedeckt werden Schadenersatz und die Entschädigung wegen ungerechtfertigter fristloser Entlassung nach Art. 337c OR sowie jener infolge missbräuchlicher Kündigung (Art. 336a OR).[1931]

Die Insolvenzentschädigung muss innerhalb von 60 Tagen seit Veröffentlichung des Konkurses im SHAB oder seit Vollzug der Pfändung bei der örtlich zuständigen öffentlichen Arbeitslosenkasse geltend gemacht werden (Art. 53 Abs. 1 AVIG). Sonst gilt der Anspruch als verwirkt (Art. 53 Abs. 2 AVIG).[1932]

Die Lohnansprüche gegenüber dem Arbeitgeber gehen im Umfang der ausgerichteten Insolvenzentschädigung samt Konkursprivileg auf die Arbeitslosenversicherung über (Art. 54 Abs. 1 AVIG). Letztere hat die Arbeitnehmerforderung beim Arbeitgeber geltend zu machen (Art. 54 Abs. 1 Satz 2 AVIG).

1930 BSK SchKG I-Stöckli/Gächter, Art. 52 AVIG N 4. Beim anteiligen 13. Monatslohn sowie bei der Ferien- und Überzeitentschädigung ist indes im Einzelnen zu prüfen, ob der Arbeitnehmende bei Fortdauer des Arbeitsverhältnisses mit dem zahlungsfähigen Arbeitgeber berechtigte Aussicht auf eine Auszahlung haben konnte (BSK SchKG EB-Bauer, Art. 52 AVIG N 4a).

1931 Brühwiler, Art. 337a N 3; ZK-Staehelin, Art. 337a N 14. Kritisch dazu Jäggi Martin, Zahlungsunfähigkeit des Arbeitgebers – einige Probleme für den Arbeitnehmer, in: ArbR 1987, S. 47 ff.

1932 Vgl. zum Ganzen BSK SchKG I-Stöckli/Gächter, Art. 53 AVIG N 1 ff.

§ 9 Betriebsübergang

I. Rechtslage vor der Revision

Bei der «Rettung» des konkursiten Unternehmens bzw. Teilen davon durch eine neu gegründete Auffanggesellschaft oder Drittunternehmen ist ein besonderes Augenmerk auf die bestehenden Arbeitsverhältnisse bzw. deren Verpflichtungen zu werfen. Oft ist der konkursite Arbeitgeber mit Lohnzahlungen in Verzug. Inwiefern die bestehenden Arbeitsverhältnisse übernommen werden müssen und für offene Lohnforderungen einzustehen ist, ist daher für den Übernahmeentscheid und für das Gelingen einer Sanierung zentral.[1933]

Da sich der Wortlaut von Art. 333 OR wie auch die Materialien über seine Anwendbarkeit im Insolvenzverfahren ausschweigen, war dessen Geltungsbereich in der Lehre lange heftig umstritten.[1934] Aufgrund unterschiedlicher Auslegungen bzw. Gewichtung der einzelnen Auslegungselemente haben sich in den Grundzügen drei Gruppen von Meinungen herausgebildet.[1935] Während einige Autoren eine uneingeschränkte Anwendung von Art. 333 OR im Insolvenzfall befürworteten,[1936] verneinten andere dessen Anwendung bei Übernahmen aus Konkurs- oder

---

1933 Vgl. Winkler, Unternehmensumwandlungen, S. 103.

1934 Vgl. Hofstetter, AJP 2003, S.153, der von einer regelrechten «Publikationsflut» spricht; Meier Kurt, Betriebsübergang im Nachlass und Konkurs, in: Plädoyer 2003, S. 26 («Art. 333 OR ist eine der spannendsten und umstrittensten Bestimmungen im Arbeitsvertragsrecht, [...]»); Streiff/von Kaenel/Rudolph, Art. 333 N 7; von Kaenel, Jusletter, N 2.

1935 Auf eine umfassende Auslegung von Art. 333 OR bzw. eine umfassende Darstellung der verschiedenen Lehrmeinungen wird nachfolgend verzichtet, da die Frage der Anwendbarkeit von Art. 333 OR im Insolvenzfall mit der Einführung von Art. 333b OR positivrechtlich geklärt wurde. Eine Darstellung der Lehrmeinungen bzw. deren Auslegung von Art. 333 OR findet sich bei Kradolfer, S. 295 ff.

1936 So z.B. Lorandi, Festschrift, S. 95 ff., S. 107 f.; Meier/Exner, ARV, S. 214 ff. Zum selben Ergebnis kam auch das Gutachten des Bundesamts für Justiz vom 12. Oktober 2001, Fragen der Anwendbarkeit von Art. 333 Abs. 1 OR in Insolvenzverfahren, Swissair (VPB 66.8), wonach weder die grammatikalische, historische noch systematische oder teleologische Auslegung eine eindeutige Antwort liefern würde, womit grundsätzlich Raum für die Nichtanwendung von Art. 333 OR in Insolvenzverfahren bestände. Zu einer kritischen Auseinandersetzung mit dem Gutachten vgl. Geiser, arbeitsrechtliche Fragen, S. 162 ff.

Nachlassverfahren (oder zumindest in gewissen Konkursverfahren)[1937] gänzlich.[1938] Geiser bejaht einen Übernahmezwang im Konkurs, verneint aber die solidarische Haftung des Erwerbers für Forderungen aus dem Arbeitsverhältnis, die vor Konkurseröffnung entstanden sind.[1939] Im Nachlassverfahren erachtet er Art. 333 OR hingegen für uneingeschränkt anwendbar.[1940] Für Klarheit zu den offenen Fragen konnte unser höchstes Gericht bis zur Revision[1941] nur teilweise sorgen.[1942] In BGE 129 III 335 sprach es sich gegen die Solidarhaftung des Erwerbers bei Übertragung eines Betriebes aus einem Konkurs aus. Der Entscheid liess aber offen, ob in solchen Fällen auch die Arbeitsverhältnisse als solche gemäss Art. 333 Abs. 1 OR automatisch auf den Erwerber übergehen.[1943] Unbeantwortet liess das Bundesgericht in BGE 134 III 102 ferner die Frage der Anwendbarkeit von Art. 333 OR in Bezug auf den Liquidationsvergleich.[1944] Anlässlich BGE 137 III 487 stellte es dagegen klar, dass im Rahmen eines Nachlassvertrages die Arbeitsverhältnisse gemäss Art. 333 OR ex lege auf den Erwerber übergehen.[1945] Die Frage der Haftung beantwortete das Bundesgericht jedoch nur dahingehend, dass Art. 333 Abs. 3 OR für den Veräusserer gelten müsse. Ob der Erwerber ebenfalls solidarisch haftet, liess es offen.

1937 So z.B. Subilia/Duc, Art. 333 N 28: keine Anwendung im Konkurs und bei Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung, aber während der Nachlassstundung.

1938 So z.B. BSK SchKG II-Vollmar, Art. 298 N 18; Vischer Frank, Der Arbeitsvertrag, 3. A., Basel, S. 221.

1939 Geiser, Gutachten, S. 17 ff.; gl.M. Bachmann, Konkurs, S. 101 ff.; Hofstetter, AJP 1998, S. 926 ff.

1940 Geiser, Betriebsübernahmen, S. 114; anders Hofstetter, AJP 1998, S. 931.

1941 Dazu sogleich.

1942 Ausführlich zur bundesgerichtlichen Rechtsprechung Wildhaber, Umstrukturierungen, S. 438 ff., und Kradolfer, S. 314 ff.

1943 BGE 129 III 340, E. 3. Klarer das OGer ZH, ZR 2004, Nr. 71, wonach Art. 333 OR – mit Ausnahme der in Abs. 3 statuierten Solidarhaftung – bei der Betriebsübernahme im Konkurs gelte.

1944 BGE 134 III 102, E. 2.2; vgl. zum Entscheid auch Koller Thomas/Graber Michael S., Die arbeitsrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahr 2008 veröffentlicht in Band 134 (BE), in: ZBJV 2010, S. 1082 ff.

1945 BGE 137 III 487, E. 4.2 ff.; vgl. zum Entscheid auch Koller, ZBJV, S. 705 ff., 710 ff.

II. Rechtslage nach der Revision: Art. 333b OR

1. Übersicht

Angesichts der unter Art. 333 OR bestehenden Rechtsunsicherheit empfand die zur Überprüfung des Revisionsbedarfs des Sanierungsrechts eingesetzte Expertengruppe eine legislatorische Klarstellung als besonders dringend.[1946] Die Einführung von Art. 333b OR sollte endgültig die notwendige gesetzliche Klarheit schaffen und die bestehende Kontroverse beenden.

Neu können Erwerber und Veräusserer gemäss Art. 333b OR bei der Betriebsübernahme während einer Nachlassstundung, im Konkurs oder bei einem Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung frei vereinbaren, welche Arbeitsverhältnisse übergehen. Der Arbeitnehmer ist weiterhin befugt, im Falle seiner vertraglichen Übernahme den Übergang abzulehnen. Die solidarische Haftung nach Art. 333 Abs. 3 OR wurde explizit ausgeschlossen (vgl. Art. 333b OR letzter Satz). Im Übrigen gelten Art. 333 und Art. 333a sinngemäss (vgl. Art. 333b OR letzter Satz).

2. Anwendungsbereich von Art. 333b OR

Art. 333b OR gilt gemäss Wortlaut nur während einer *Nachlassstundung* (Art. 293 ff. SchKG),[1947] im Rahmen eines *Nachlassvertrages mit Vermögensabtretung* (Art. 317 ff. SchKG) oder im *Konkurs* (Art. 197 ff. SchKG). Die blosse Zahlungsunfähigkeit des Arbeitgebers genügt damit nicht.[1948] Voraussetzung ist ein vollstreckbarer Entscheid des zuständigen Konkurs- oder Nachlassgerichts, der bis spätestens am Tag des Betriebsübergangs vorliegen muss.[1949] Die Nachlassstundung beginnt bereits mit der Bewilligung der provisorischen Stundung nach Art. 293a SchKG, womit Art. 333b OR ab diesem Zeitpunkt anwendbar ist.[1950]

1946 Expertenbericht I, S. 9; Expertenbericht II, S. 22.

1947 Nach VON KAENEL, Jusletter, N 7, öffnet die Ausdehnung der Anwendbarkeit von Art. 333b OR auf die Nachlassstundung das Tor zu Missbrauchsmöglichkeiten: Arbeitgeber könnten eine (insbesondere nicht öffentliche, provisorische) Nachlassstundung beantragen, nur um den Betriebsübergang nach den erleichternden Bedingungen von Art. 333b OR durchführen zu können.

1948 STAEHELIN, FS Stöckli, S. 575.

1949 STAEHELIN, FS Stöckli, S. 575, 579. Wird der Beschwerde gegen die Konkurseröffnung nach Art. 174 Abs. 3 SchKG aufschiebende Wirkung zugebilligt, muss der Beschwerdeentscheid abgewartet werden (STAEHELIN, FS Stöckli, S. 575).

1950 STAEHELIN, FS Stöckli, S. 576; ZK-STAEHELIN, Art. 333a N 8.

Nicht von der Ausnahmeregelung profitieren kann, wer einen Betrieb *vor* Konkurseröffnung oder Bewilligung einer (provisorischen) Nachlassstundung, während einer (privatrechtlichen) Liquidation (Art. 736 ff. OR) oder einer privatrechtlichen Sanierung übernimmt.[1951] Auch nicht in den Anwendungsbereich von Art. 333b OR fällt der ordentliche Nachlassvertrag (Art. 333b OR e contrario).[1952]

Der Wortlaut von Art. 333b OR umfasst den *Konkursaufschub* (Art. 725a OR) nicht. Ein «gesetzgeberisches Versehen» ist hier indes nicht auszuschliessen.[1953] Die Botschaft des Bundesrates zur Änderung des Sanierungsrechts sah nämlich vor, Art. 725a OR zu streichen und in das Nachlassverfahren des SchKG zu integrieren.[1954] Der Entwurf musste daher den Konkursaufschub in Art. 333b E-OR gar nicht erwähnen. Als Art. 725a OR dann doch nicht gestrichen wurde, vergass das Parlament wohl, Art. 333b OR entsprechend anzupassen bzw. zu ergänzen.[1955] Im Übrigen ist der Konkursaufschub mit der Nachlassstundung durchaus vergleichbar; beide werden jeweils nur gewährt, wenn Aussicht auf Sanierung besteht (Art. 725a Abs. 1 OR bzw. Art. 293a Abs. 3 SchKG e contrario).[1956] Vor diesem Hintergrund ist m.E. die Anwendbarkeit von Art. 333b OR auch beim Konkursaufschub angezeigt.[1957]

1951 VON KAENEL, Jusletter, N 7 m.w. H; gl.M. BSK OR I-PORTMANN/RUDOLPH, Art. 333b OR N 4.

1952 FHB Arbeitsrecht-BACHMANN, N 18.14; IANNI, S. 55; WYLER/HEINZER, S. 454; a.M. GMÜNDER, N 756 ff. (Gesetzeslücke), allerdings mit dem Hinweis, dass ein Betriebsübergang im Rahmen eines ordentlichen Nachlassvertrages untypisch sei (GMÜNDER, N 727; dazu auch FHB Arbeitsrecht-BACHMANN, N 18.15, wonach Betriebsübernahmen zu Sanierungszwecken meist während der Nachlassstundung oder im Rahmen eines Nachlassvertrages mit Vermögensabtretung erfolgen).

1953 BACHMANN, FS Stöckli, S. 16; vgl. auch STAEHELIN, AJP, S. 1737 mit dem Hinweis, dass durch die vom Bundesrat vorgeschlagene Streichung des Konkursaufschubes in der Botschaft an verschiedenen Stellen im Gesetz entsprechende Anpassungen vorgenommen und infolge der Beibehaltung von Art. 725a OR diese nicht oder nur teilweise rückgängig gemacht worden seien (insbesondere Art. 219 Abs. 5 Ziff. 2, Art. 288a Ziff. 2, Art. 331 Abs. 2 SchKG und Art. 679 Abs. 2 OR).

1954 Vgl. Botschaft Sanierungsrecht, 6461 und 6502.

1955 BACHMANN, FS Stöckli, S. 16.

1956 BACHMANN, FS Stöckli, S. 16; dazu auch oben § 2/III/2 und 3.

1957 So auch BACHMANN, FS Stöckli, S. 16; FHB Arbeitsrecht-BACHMANN, N 18.16; a.M. GMÜNDER, N 503; LORANDI, Sanierung, S. 50 (er weist zwar darauf hin, dass es der Gesetzgeber unterlassen hat, die vom Bundesrat vorgeschlagenen Änderungen, die mit der Abschaffung des Konkursaufschubs einhergingen, wieder rückgängig zu machen, nachdem das Parlament den Konkursaufschub dennoch beibehalten hat [vgl. Art. 219

3. Übergang der Arbeitsverhältnisse

a) Selektionsrecht des Betriebserwerbers

Kernpunkt von Art. 333b OR ist das Selektionsrecht des Erwerbers, frei zu wählen, welche Arbeitsverträge er übernehmen möchte.[1958] Im Sinne eines «cherry picking»[1959] kann er mit dem Veräusserer (bzw. den zuständigen Insolvenzorganen)[1960] – unter Vorbehalt des Verbots der Geschlechterdiskriminierung[1961] – die Übernahme nur jener Arbeitnehmer vereinbaren, die aus betriebswirtschaftlicher Sicht besonders rentabel oder wertvoll sind.[1962] Oft nicht übernommen werden damit ältere Arbeitnehmer[1963] oder solche, die z.B. infolge Krankheit, Unfall oder Schwangerschaft arbeitsunfähig sind.[1964] Der Übernahmevertrag hat damit genau zu bezeichnen, welche Arbeitsverhältnisse bzw. Arbeitnehmer – vorbehalten derer Ablehnung – auf den Erwerber übergehen.[1965] Enthält der Übernahmevertrag keine Vereinbarung betreffend die Übernahme der Arbeitsverhältnisse, ist – vorbehältlich einer gegenteiligen Vertragsauslegung – grundsätzlich davon auszugehen,

---

Abs. 5 Ziff. 2, Art. 288a Ziff. 2 und Art. 331 Abs. 1 SchKG sowie Art. 679 OR; dazu auch oben FN 1953]. Damit sei der vom Parlament verabschiedete Gesetzestext infolge eines Versehens offenkundig mangelhaft. Ein gesetzgeberisches Versehen möchte er nun aber gerade im Falle des Konkursaufschubs nicht gelten lassen), diesem anschliessend BSK OR I-Portmann/Rudolph, Art. 333b N 4; von Kaenel, Jusletter, N 7; Wyler/Heinzer, S. 456; wohl auch Fischer/Trost, S. 6 f.

1958 von Kaenel, Jusletter, N 8; vgl. auch Fischer/Trost, N 4, die von einer *«Offer and Acceptance» Jurisdiktion* sprechen. In rechtsvergleichender Hinsicht entspricht diese Bestimmung der Rechtslage in Belgien, den USA und Singapur (Botschaft Sanierungsrecht, 6468).

1959 Hunkeler, Jusletter 2013, N 11; Hunkeler/Leonova, S. 383.

1960 Staehelin, FS Stöckli, S. 573; Vischer/Müller, S. 291 f.

1961 Dazu oben § 4/II/4.

1962 Vgl. Bachmann, FS Stöckli, S. 13; s.a. Wyler/Heinzer, S. 455.

1963 Dabei zu berücksichtigen sind allenfalls anwendbare GAV, die Vorschriften zum Schutze älterer Arbeitnehmer enthalten.

1964 Vgl. auch Ianni, S.60.

1965 Zwischen Vertragsabschluss und tatsächlichem Betriebsübergang verstreicht in der Regel eine gewisse Zeit, innert derer sich die Belegschaft durch Kündigungen etc. durchaus noch ändern kann. Dies kann dazu führen, dass die im Übernahmevertrag ursprünglich bezeichneten Arbeitnehmer im Zeitpunkt des Betriebsübergangs gar nicht mehr vorhanden sind und damit nicht mehr übergehen können. Dies ist bei der Verfassung des Vertragstextes zu beachten.

dass keine Arbeitsverhältnisse übergehen.[1966] Nichtübernommene Arbeitnehmer verbleiben unverändert beim insolventen Arbeitgeber. Da die Nichtübernahme keine Kündigung darstellt, sind die Kündigungsschutzbestimmungen (Art. 336 ff. OR) nicht anwendbar. Auch eine sinngemässe Anwendung derselben ist abzulehnen, da Art. 333b OR dem Erwerber explizit eine uneingeschränkte Wahlmöglichkeit einräumt.[1967]

Art. 333b OR wurde nicht in den Katalog von Art. 362 OR aufgenommen. Da Art. 333b OR den Parteien betreffend die Übernahme der Arbeitsverhältnisse bereits grösstmögliche Freiheit einräumt, erübrigt sich ein zwingender Charakter.[1968]

b) Neuverhandlung der Arbeitsverhältnisse?

Einige Autoren sind der Ansicht, dass Art. 333b OR dem Erwerber das Recht einräumt, die zu übernehmenden Arbeitsverhältnisse neu auszuhandeln.[1969] Dies ist m.E. abzulehnen. Der Wortlaut von Art. 333 Abs. 1 OR (« [. . .], so geht das Arbeitsverhältnis *mit allen Rechten und Pflichten* auf den Erwerber über, [. . .]») ist unmissverständlich und lässt keinen Interpretationsspielraum offen. Auch den Materialien ist nichts anders zu entnehmen.[1970] Im Hinblick auf den Umfang der übergehenden Rechte und Pflichten sind die von der Lehre und Rechtsprechung entwickelten Grundsätze zu Art. 333 Abs. 1 OR weiterhin zu beachten.[1971] Wie unter Art. 333 OR kann der Erwerber selbstverständlich direkt nach der Übernahme die

---

1966 FHB Arbeitsrecht-Bachmann, N 18.22; Glanzmann, Sanierungsrecht, S. 228; vgl. auch Brühwiler, Art. 333b N 2. Dies ist dann sinnvoll, wenn der Erwerber nur am Anlagevermögen interessiert ist und dieses für seinen eigenen Geschäftsbetrieb verwenden will (Schenker, Sanierungsrecht, S. 274).

1967 Ianni, S. 59; gl.M. von Kaenel, Jusletter, N 16.

1968 Bäni, S. 101; BK OR-Rehbinder/Stöckli, Art. 333b N 11.

1969 Hari/Gmünder, S. 576; gl.M. Brühwiler, Art. 333b N 2; FHB Arbeitsrecht-Bachmann, N 18.25 ff.; Fischer/Trost, N 4; Staehelin, FS Stöckli, S. 574; Wildhaber, Umstrukturierungen, S. 451; wohl auch BK OR-Rehbinder/Stöckli, Art. 333b N 8 mit Hinweis auf Bianchi, S. 31.

1970 Vgl. Expertenbericht I, S. 35 («Soweit der Erwerber die Arbeitnehmer übernimmt, tritt er *vollumfänglich* in die Arbeitsverträge [. . .] ein»); ähnlich Expertenbericht II, S. 22 und Begleitbericht, S. 21, wobei diese zunächst missverständlich ausführen: «Ob und wieweit mit dem Betrieb auch die Arbeitsverträge übernommen werden, soll neu Gegenstand von Verhandlungen und Vereinbarungen zwischen den Beteiligten sein», dann aber klarstellen, dass, soweit der Erwerber die Arbeitnehmenden übernimmt, er *vollumfänglich* in die Arbeitsverträge eintritt.

1971 Dazu oben § 7/III/2.

Arbeitsbedingungen unter Beachtung der gesetzlichen und vertraglichen Schranken abändern.[1972]

Soweit der Erwerber zunächst keine Arbeitsverhältnisse übernehmen will, um dann aber im Anschluss an den Betriebsübergang mit den Arbeitnehmern neue – wohl schlechtere – Arbeitsverträge anzubieten, ist dies eine unzulässige Umgehung von Art. 333b OR bzw. Art. 333 OR und u.U. der Bestimmungen über die Massenentlassung und den Sozialplan.[1973] Auch jene Arbeitsverhältnisse, deren Übernahme der Erwerber direkt mit den einzelnen Arbeitnehmern zu neuen Bedingungen vereinbart hat, fallen daher unter Art. 333b OR i.V.m. Art. 333 OR.[1974]

4. Nichtanwendung von Art. 333 Abs. 3 OR

Ursprünglich stellte sich der Entwurf zum neuen Sanierungsrecht gegen die bundesgerichtliche Rechtsprechung[1975] und sah eine Solidarhaftung des alten und neuen Arbeitgebers bei Betriebsübernahmen vor.[1976] Davon sollten insbesondere die übernommenen Arbeitnehmer und die Arbeitslosenversicherung, welche in vielen Fällen im Rahmen der Insolvenzentschädigung einspringen mussten, profitieren. Das Parlament sah darin aber ein Sanierungshindernis und entschied sich gegen die Solidarhaftung des Erwerbers im Insolvenzfall (vgl. Art. 333b OR).[1977] Dies ist zu begrüssen. Neben den offenen Lohnforderungen gegenüber dem konkursiten Veräusserer sind oft auch zahlreiche nicht entschädigte Überstunden ausstehend. Da das Unternehmen diese normalerweise nicht als Passiven bilanziert, ist der offene Betrag für den Erwerber kaum abschätzbar. Mit dem Ausschluss der

---

1972 Dazu oben § 7/III/2/b und § 4.

1973 Dies galt gemäss h.L. bereits vor der Revision im Jahre 1994 (Geiser, arbeitsrechtliche Fragen, S. 169 f. m.w.H.; vgl. auch von Kaenel, Jusletter, N 18).

1974 von Kaenel, Jusletter, N 17 f.; gl.M. BSK OR I-Portmann/Rudolph, Art. 333b N 9.

1975 Vgl. BGE 129 III 335 und bereits oben § 9/I.

1976 Vgl. Botschaft Sanierungsrecht, 6496 und 6519; vgl. auch Expertenbericht I, S. 35 und Expertenbericht II, S. 22, die ebenfalls die solidarische Haftung des Erwerbers mit dem Veräusserer vorgesehen haben.

1977 «Wird der Betrieb oder der Betriebsteil während einer Nachlassstundung, im Rahmen eines Konkursverfahrens oder eines Nachlassvertrages mit Vermögensabtretung übertragen, so geht das Arbeitsverhältnis mit allen Rechten und Pflichten auf den Erwerber über, *wenn dies mit dem Erwerber so vereinbart wurde* und der Arbeitnehmer den Übergang nicht ablehnt. *Im Übrigen gelten die Artikel 333, ausgenommen dessen Absatz 3, und 333a sinngemäss*» (Art. 333b OR, Hervorhebungen durch die Autorin).

Solidarhaftung wird das Risiko des Erwerbers, nach einer Übernahme mit unbezahlten Lohn- und Ausgleichsforderungen[1978] konfrontiert zu werden,[1979] beseitigt. Dies erhöht nicht nur die Chance, einen Käufer zu finden,[1980] sondern auch jene einer erfolgreichen Sanierung.[1981]

1978 In sachlicher Hinsicht entfällt die Haftung des Erwerbers für sämtliche Forderungen aus dem Arbeitsverhältnis (Art. 333b i.V.m. Art. 333 Abs. 3 OR e contrario, dazu oben § 7/III/b/cc).

1979 Vgl. auch dazu bereits BGE 129 III 335.

1980 Glanzmann, Sanierungsrecht, S. 229, weist jedoch darauf hin, dass die Solidarhaftung bei Übernahmen während einer Nachlassstundung kaum Sanierungen verhindert hätte, denn eine Nachlassstundung konnte nur bewilligt werden, wenn Aussicht auf Abschluss eines Nachlassvertrags bestand (Art. 295 Abs. 1 aSchKG), was seinerseits die Befriedigung sämtlicher privilegierter Forderungen erforderte (Art. 306 Abs. 2 Ziff. 2 aSchKG); s.a. Geiser, Betriebsübernahme, S. 114.

1981 Brühwiler, Art. 333b N 3, erblickt im Haftungsausschluss des Erwerbers ein gewisses Missbrauchspotential. Ein Arbeitgeber könne versucht sein, sein Unternehmen in den Konkurs fallen zu lassen und die offenen Löhne – im Wissen, dass die letzten vier Monatslöhne vor der Konkurseröffnung ohnehin durch die Insolvenzentschädigung der ALV beglichen werden (Art. 52 Abs. 1 AVIG) – nicht mehr zu bezahlen. Schliesslich könne derselbe Arbeitgeber sein Unternehmen aus der Konkursmasse wieder aufkaufen und zwar – mangels Solidarhaftung – ohne für die ausstehenden Löhne aufkommen zu müssen (Brühwiler, Art. 333b N 3; vgl. auch Bachmann, FS Stöckli, S. 4 f. betreffend sog. *Kettenkonkurse*). Vor dieser Gefahr warnte neben dem Bundesrat auch eine Minderheit im Parlament (vgl. Voten von Bundesrätin Sommaruga AB 2013 S 446 f.; AB 2013 S 571 f.; AB 2013 N 621 f.; AB 2013 N 911 und AB 2013 N 1059 sowie statt vieler Nationalrätin Oberholzer, AB 2013 N 910, 1059, oder Nationalrat Vischer, AB 2013 N 911). Die Mehrheit des Parlaments gewichtete jedoch das Ziel der Revision, Unternehmenssanierungen zu erleichtern, höher als den Schutz der Arbeitslosenversicherung vor möglichen missbräuchlichen Belastungen. Im Übrigen hat sich das Bundesgericht bereits unter dem alten Recht in BGE 129 III 335, E. 5.7 mit dem möglichen Missbrauch der Arbeitslosenversicherung bei Ausschluss der Solidarhaftung von Art. 333 Abs. 3 OR beim Betriebsübergang auseinandergesetzt. Es kam zum Schluss, dass die befürchtete Gefahr einer «Sozialisierung» von Lohnkosten von Vornherein nur in Fällen bestände, in denen der Erlös aus den Betriebsaktiven nicht zur Deckung der offenen Lohnforderungen der übernommenen Arbeitnehmer ausreiche. Selbst wenn die Missbrauchsgefahr in solchen Fällen durch eine Solidarhaftung des Erwerbers gebannt werden könnte, würde dies jedoch zugleich bedeuten, dass in diesen Fällen sämtliche Übernahmen zum Scheitern verurteilt wären und zwar unabhängig davon, ob ein Missbrauchsfall vorläge. Mit dem Zweck von Art. 333 OR – der Verbesserung des Arbeitnehmerschutzes – sei dies unvereinbar. Zudem hätte der alte Betriebsinhaber im Konkursverfahren nur die Möglichkeit, eine Übernahmeofferte zu unterbreiten. Ob diese angenommen und der Betrieb entspre-

Die Umsetzung dieses Haftungsausschlusses ist dem Gesetzgeber allerdings missglückt.[1982] Bekanntermassen ist Art. 333 Abs. 3 OR für die Haftung des Erwerbers nur rein deklaratorisch; seine Haftung ergibt sich bereits aus Art. 333 Abs. 1 OR («[…] so geht das Arbeitsverhältnis *mit allen Rechten und Pflichten* […] auf den Erwerber über […]»).[1983] Die eigentliche und entscheidende Bedeutung von Art. 333 Abs. 3 OR liegt in der zusätzlichen Haftung des Veräusserers. Streng wörtlich genommen schliesst Art. 333b Satz 2 OR damit bloss die Haftung des Veräusserers und nicht jene des Erwerbers aus.[1984] Obschon m.E. der in Art. 333b OR verankerte Haftungsausschluss mit Blick auf seinen Sinn und Zweck so zu lesen ist, dass die Haftung des Erwerbers entfallen soll, sollte dieser Haftungsausschluss aus Rechtssicherheitsgründen daher vertraglich explizit festgehalten werden.

Die gleichzeitige Wegbedingung der Haftung des Veräusserers infolge der in Art. 333b OR statuierte Nichtanwendung von Art. 333 Abs. 3 OR ist als gesetzgeberisches Versehen zu qualifizieren.[1985] Der Verweis des Gesetzgebers war unre-

---

chend übertragen werde, entscheide einzig die Konkursverwaltung bzw. die Gläubigerversammlung.

1982 Vgl. KUKO OR-Pietruszak, Art. 333b N 3 («gesetzestechnisch ist dies jedoch nicht präzis, […]»); von Kaenel, Jusletter, N 19 FN 36; Ianni, S. 65.

1983 Dazu oben § 7/III/3/b/aa.

1984 Vgl. FHB Arbeitsrecht-Bachmann, N 18.43. Schon der Leitentscheid BGE 129 III 335 hat die Solidarhaftung des Erwerbers – m.E. zu Unrecht – aus Art. 333 Abs. 3 OR statt aus Abs. 1 von Art. 333 OR abgeleitet (vgl. dazu Streiff/von Kaenel/Rudolph, Art. 333 N 7, aber mit dem Hinweis, dass eine dogmatisch korrekte Lösung dieses Problems schwierig sei, denn Art. 333 Abs. 1 OR im Konkurs generell nicht anzuwenden, wäre weder im Sinne des angestrebten Arbeitnehmerschutzes noch im Sinne des Übernehmers. Auch erscheint es willkürlich, als Rechtsfolge aus Abs. 1 nur die Haftung für alte Arbeitnehmerforderungen anzunehmen; diese Auslegung findet auch im Wortlaut von Abs. 1 keinerlei Stütze).

1985 Bachmann, FS Stöckli, S. 14 f.; Koller, ZBJV, S. 712, der die in Art. 333b OR enthaltene Wendung «ausgenommen dessen Absatz 3» als «gesetzestechnisch verunglückt» bezeichnet. Auch kreisten die parlamentarischen Beratungen vornehmlich um den Ausschluss der Haftung des Erwerbers (vgl. statt aller etwa die diversen Voten im Nationalrat in der Vormittagssitzung vom 19. Juni 2013, AB 2013 N 909, 1059 ff. Einzig die Voten von Nationalrätin Schneider Schüttel (AB 2013 N 620) und von Bundesrätin Sommaruga (AB 2013 N 621) streiften die Thematik des Haftungsausschlusses des Veräusserers; im Hauptfokus stand aber auch hier das mit dem Haftungsausschluss des Erwerbers verbundene Missbrauchspotential, vgl. dazu unten); ähnlich Glanzmann, Sanierungsrecht, S. 230 und Ianni, S. 65 (beide Autoren verneinen dennoch mit Blick auf den Wortlaut von Art. 333b OR die Haftung des Veräusserers). Im Übrigen drehte sich auch vor der Revision betreffend die Anwendbarkeit von Art. 333

flektiert mit dem Bezug auf den Veräusserer und ist daher einschränkend zu interpretieren. Denn ein Ausschluss der Haftung des Veräusserers würde im Ergebnis bedeuten, dass der Arbeitnehmer seine offenen Forderungen, die vor Betriebsübergang entstanden sind, nicht mehr durchsetzen könnte. Am Tage des Betriebsübergangs wird der Veräusserer bekanntermassen von allen bestehenden Rechten und Pflichten der übergehenden Arbeitsverhältnisse befreit (vgl. Art. 333 Abs. 1 OR) und der Erwerber wird neuer und alleiniger Arbeitgeber bzw. Schuldner sämtlicher arbeitsvertraglicher Forderungen.[1986] Da aber die Haftung des Erwerbers für offene, vor Betriebsübergang entstandene[1987] Forderungen explizit wegbedungen wurde, könnte der Arbeitnehmer bei einem gleichzeitigen Ausschluss einer Haftung des Veräusserers für die ausstehenden Lohnzahlungen einzig bei der Arbeitslosenkasse Insolvenzentschädigung beantragen. Eine Subrogation in diese Ansprüche wäre der Arbeitslosenkasse mangels Haftung des Veräusserers jedoch verwehrt (Art. 54 AVIG).[1988] Dass die Arbeitslosenkasse für offene Arbeitnehmerforderungen einstehen muss, weil der konkursite Arbeitgeber den Betrieb auf einen Dritten übertragen konnte, kann nicht vom Gesetzgeber beabsichtigt gewesen sein.[1989] Stattdessen muss der Arbeitnehmer seine offenen Forderungen, die vor dem Tag der Betriebsübernahme entstanden sind, als Nachlass- und Konkursforderungen[1990] gegen den Veräusserer geltend machen können.[1991]

Anders als in Art. 333 OR ist im Anwendungsfall von Art. 333b OR betreffend die Haftung für offene Arbeitnehmerforderungen nicht auf deren Fälligkeit, sondern auf deren *Entstehung* abzustellen.[1992] Somit massgebend ist, ob eine Forderung

---

Abs. 3 OR im Insolvenzfall die Diskussion vorwiegend darum, ob die Haftung des Erwerbers für offene Forderungen auszuschliessen sei (vgl. STAEHELIN, ARV, S. 217; ZK-STAEHELIN, Art. 333 N 10a).

1986 Vgl. WINKLER, Unternehmensumwandlungen, S. 94 f. und oben § 7/III/3/b/aa.

1987 Zum Kriterium der *Entstehung* anstatt der *Fälligkeit* sogleich unten.

1988 BACHMANN, FS Stöckli, S. 14. Die Arbeitslosenkasse tritt durch gesetzliche Subrogation im Umfang der ausgerichteten Entschädigung in die Rechtsstellung des Arbeitnehmers gegenüber dem Arbeitgeber ein (BSK SchKG-STÖCKLI/GÄCHTER, Art. 54 AVIG N 1).

1989 BACHMANN, FS Stöckli, S. 15.

1990 Zum Schicksal der Arbeitnehmerforderungen bei Eröffnung eines Insolvenzverfahrens oben § 8/I.

1991 BACHMANN, FS Stöckli, S. 15.

1992 So auch BACHMANN, FS Stöckli, S. 14; FISCHER/TROST, N 9; VON KAENEL, Jusletter, FN 37; wohl auch BK OR-REHBINDER/STÖCKLI, Art. 333b N 10; BSK OR I-PORT-

vor dem *Tag des Betriebsübergangs*[1993] entstanden ist oder nicht. Den Betriebserwerber für Forderungen einstehen zu lassen, die erst nach dem Betriebsübergang fällig wurden, aber noch unter dem Veräusserer entstanden waren (z.B. Provisionen), kann nicht im Sinne des Gesetzgebers sein. Mit dem erklärten Ziel der Revision, Sanierungen zu erleichtern, ist eine solche Handhabung nicht vereinbar. Unter Art. 333b OR soll der Erwerber ausschliesslich für Forderungen haften, die am Tag der Betriebsnachfolge oder danach entstehen («clean break»). Vor allfälligen Altlasten soll er hingegen geschützt werden.[1994]

Zusammenfassend führt dies zum – m.E. einzig logischen und befriedigenden – Ergebnis, dass der Veräusserer für alle im Zeitpunkt des Betriebsübergangs offenen Forderungen seiner Arbeitnehmer haftet und umgekehrt der Erwerber ausschliesslich für Forderungen der übernommenen Arbeitsverhältnisse, die am Tag der Betriebsnachfolge oder danach entstehen, einzustehen hat.[1995]

MANN/RUDOLPH, Art. 333b N 7. Zur zeitlichen Begrenzung der Haftung nach Art. 333 Abs. 3 OR oben § 7/III/3/b/bb.

1993 Nach bisheriger Rechtslage war umstritten, ob der massgebliche Zeitpunkt der Haftungsbegrenzung jener der Konkurseröffnung (so z.B. GEISER, arbeitsrechtliche Fragen, S. 160; WILDHABER, Umstrukturierungen, S. 442 ff.) oder – m.E. richtigerweise – derjenige des Betriebsübergangs ist (so z.B. BGE 129 III 335, E. 5.6; BACHMANN, Konkurs, S. 103). Betreffend die Begrenzung der Haftung nach Art. 333b OR erscheint indes Einigkeit darüber zu herrschen, dass einzig der Tag des Betriebsübergangs massgebend ist (vgl. BSK OR I-PORTMANN/RUDOLPH, Art. 333b N 7; FHB Arbeitsrecht-BACHMANN, N 18.49, 18.51; FISCHER/TROST, N 9 [Zeitpunkt des Closings]; VON KAENEL, Jusletter, N 19 FN 37). Zu beachten ist allerdings, dass mit der Konkurseröffnung grundsätzlich sämtliche zu diesem Zeitpunkt bestehenden Forderungen fällig werden (Art. 208 Abs. 1 SchKG, dazu bereits oben § 2/III/4).

1994 Vgl. BACHMANN, FS Stöckli, S. 15 f. Nach (umstrittener) Lehre und Rechtsprechung ist der Arbeitnehmer berechtigt, trotz bestehender Vorleistungspflicht aufgrund von Art. 82 OR oder in Analogie zu dieser Bestimmung die Arbeit zu verweigern, wenn der Arbeitgeber mit Lohnzahlungen für eine frühere Lohnperiode in Verzug geraten ist (BGE 120 II 209, E. 6 m.w.H.). Bei einer Betriebsübernahme aus einer Konkursmasse steht dem Arbeitnehmer dieses Arbeitsverweigerungsrecht unter Berufung auf ausstehende Lohnzahlungen aus der Zeit vor der Übernahme nicht zu. Dazu fehlt es am erforderlichen Austauschverhältnis zwischen Arbeitsleistung und Lohn. Denn Gläubiger der Arbeitsleistung ist der Betriebserwerber, währenddem für vor der Übernahme fällig gewordene Lohnforderungen mangels Solidarhaftung des Erwerbers einzig der Veräusserer haftet (STAEHELIN, ARV, S. 218).

1995 So auch FHB Arbeitsrecht-BACHMANN, N 18.44; KOLLER, ZBJV, S. 712. Die Lehre ist bei der Beantwortung dieser Fragestellung teilweise nicht präzise. Meist wird nur darauf hingewiesen, dass Art. 333 Abs. 3 OR nicht zur Anwendung komme und damit die solidarische Haftung *des Erwerbers* entfalle. Auf die Haftung des Veräusserers

Zu beachten ist, dass der Ausschluss der Haftung des Erwerbers für offene Arbeitnehmerforderungen keinen Einfluss auf allfällig offene Ferien- und Überzeitforderungen hat.[1996] Diese gehen m.E. mit Blick auf das Abgeltungsverbot während der Dauer des Arbeitsverhältnisses (vgl. Art. 329d Abs. 2 OR)[1997] auf den Erwerber über und sind von diesem in Natura zu leisten.

5. Sinngemässe Anwendung von Art. 333 OR

Art. 333b OR erklärt bei der Betriebsübernahme aus der Konkursmasse, während einer Nachlassstundung oder im Rahmen eines Nachlassvertrages mit Vermögensabtretung Art. 333 OR – ausgenommen Abs. 3 – und Art. 333a OR für sinngemäss anwendbar.

a) Weitergeltung von Kollektivverträgen

Was die Weitergeltung von Kollektivverträge betrifft, wird auf die entsprechenden Ausführungen verwiesen.[1998] Soweit ein allfälliger auf das übertragene Arbeitsverhältnis anwendbarer Kollektivvertrag nicht auf anderer Grundlage mit Bezug auf die übergehenden Arbeitsverhältnisse fortbesteht, findet auch hier Art. 333 Abs. 1bis OR als «Auffangbestimmung» uneingeschränkt Anwendung.[1999]

---

bzw. deren allfälligen Ausschluss wird indes nicht weiter eingegangen (so z.B. BK OR-Rehbinder/Stöckli, Art. 333b N 10; Vischer/Müller, § 23 N 30). Ein Grossteil der Autoren spricht sich zwar ebenfalls dafür aus, dass unter Art. 333b OR der Veräusserer für alle Forderungen, die bis zum Betriebsübergang entstanden sind, und der Erwerber für alle ab diesem Zeitpunkt entstandenen Forderungen einzustehen habe, schliesst aber gleichzeitig die Haftung des Veräusserers explizit aus (so z.B. Brühwiler, Art. 333b N 3, wonach der Veräusserer nicht für *neue* Schulden des Erwerbers gegenüber dem Arbeitnehmer haften soll, allerdings offenlässt, was mit den noch offenen Arbeitnehmerforderungen geschehen soll; BSK OR I-Portmann/Rudolph, Art. 333b N 7; CHK OR-Emmel, Art. 333b N 3; vgl. auch Fischer/Trost, N 9, die bloss erwähnen, dass die solidarische Haftung im Rahmen von Art. 333b OR nicht anwendbar sei, aber auch zum obigen Ergebnis kommen).

1996 So bereits Hofstetter, AJP 1998, S. 931 (noch unter altem Recht).

1997 Der Übergang des Arbeitsverhältnisses bewirkt bekanntermassen «bloss» einen Schuldnerwechsel und keine Beendigung des Vertragsverhältnisses. Das übergehende Arbeitsverhältnis besteht mit allen Rechten und Pflichten fort (dazu oben § 9/II/5/a und oben § 7/III/2).

1998 Dazu oben § 7/IV.

1999 Die Botschaft Sanierungsrecht, 6496, spricht hier etwas verwirrlich von der Einhaltung «für den übernommenen Betrieb». Selbstverständlich erfasst die Einhaltungs-

b) Ablehnungsrecht des Arbeitnehmers: Wirkung

Mit dem Verweis auf Art. 333 OR ist das Ablehnungsrecht des Arbeitnehmers gleich mehrmals geregelt: Art. 333b OR wie auch Art. 333 Abs. 1 OR gewähren dem Arbeitnehmer das Recht, seinen Übergang abzulehnen.[2000] Für die Ausübung des Ablehnungsrechts kann entsprechend auf die obigen Ausführungen verwiesen werden.[2001] Betreffend die Frist zur Ausübung des Ablehnungsrechts ist zu ergänzen, dass diese infolge besonderer Dringlichkeit im Rahmen eines Konkurs- oder Nachlassverfahrens kürzer ausfallen kann.[2002] Adressat der Ablehnungserklärung ist ferner der Erwerber oder die zuständigen Insolvenzorgane bzw. der Nachlassschuldner.[2003]

Im Anwendungsbereich von Art. 333b OR nach vorliegender Ansicht nicht sachgerecht erscheint die Rechtsfolge von Art. 333 Abs. 2 OR, wonach das Arbeitsverhältnis des ablehnenden Arbeitnehmers bis zum Ablauf der gesetzlichen Kündigungsfrist auf den Erwerber übergeht (vgl. Art. 333 Abs. 2 OR).[2004] Unter Art. 333 OR ist diese Rechtsfolge insofern überzeugend, als dort sämtliche Arbeitsverhältnisse automatisch auf den Erwerber übergehen und beim Veräusserer keine Arbeitnehmer des betreffenden Betriebs(teils) verbleiben. Unter Art. 333b OR gehen dagegen nur jene über, deren Übernahme explizit vereinbart worden ist; die übrigen Arbeitnehmer verbleiben grundsätzlich beim bisherigen Arbeitgeber. Damit ist dort der kurzzeitige Übergang der ablehnenden Arbeitnehmer weder notwendig noch entspricht dies dem Sinn und Zweck von Art. 333b OR. Der Erwerber wird in der Regel wenig Interesse daran haben, einen Arbeitnehmer zu übernehmen, der kurz darauf wieder aus dem Betrieb ausscheidet und dessen Stelle anschliessend bereits wieder besetzt werden muss.[2005] Im Übrigen würden die ablehnenden Arbeitnehmer im Falle eines kurzzeitigen Übergangs gegenüber den nicht übernommenen

---

pflicht nur die vom GAV betroffenen, vom Betriebsübergang erfassten Arbeitsverhältnisse (VON KAENEL, Jusletter, N 21).

2000 Vgl. VON KAENEL, Jusletter, N 22.

2001 Dazu oben § 7/III/1/aa/i.

2002 IANNI, S. 61 («relativ kurzen Frist von maximal zwei Wochen»).

2003 IANNI, S. 62; vgl. auch GMÜNDER, N 149.

2004 So auch FHB Arbeitsrecht-BACHMANN, N 18.32 f.; WYLER/HEINZER, S. 455; a.M. BSK OR I-PORTMANN/RUDOLPH, Art. 333b N 7; GMÜNDER, N 149; IANNI, S. 63 f.; STAEHELIN, FS Stöckli, S. 580; VON KAENEL, Jusletter, N 22. Zur Wirkung der Ablehnung oben § 7/III/1/d/aa/iii.

2005 Ein Vorteil in einem kurzzeitigen Übergang liegt allerdings darin, dass damit das bestehende Konkurrenzverbot auf den Erwerber übergeht.

Arbeitnehmern bessergestellt. Denn diesfalls könnten sich Erstere vollumfänglich für die zwischen Übergang entstandenen und bis zum Ablauf der Kündigungsfrist auflaufenden (Lohn-)Forderungen an den solventen Erwerber halten, währenddem sich nicht übernommene Arbeitnehmer mit ihren Forderungen nur an die Insolvenzmasse halten könnten.[2006] Vor diesem Hintergrund erscheint es sachgerecht, dass die ablehnenden Arbeitnehmer bis zum Ablauf der gesetzlichen Kündigungsfrist beim Veräusserer verbleiben (Art. 333b OR i.V.m. Art. 333 Abs. 2 OR analog).[2007] Ferner zulässig ist die explizite Vereinbarung zwischen Erwerber und Veräusserer, wonach die betreffenden Arbeitsverhältnisse nur auf den Erwerber übergehen, sofern diese ihrem Übergang zustimmen (sog. *Suspensivbedingung*).[2008]

c) Keine Übertragung der Rechte des Arbeitgebers

Der Arbeitgeber ist auch unter Art. 333b OR nicht berechtigt, die Rechte aus dem Arbeitsverhältnis auf Dritte zu übertragen, sofern nichts anderes verabredet ist oder sich aus den Umständen ergibt (Art. 333 Abs. 4 OR). Die Konkursverwaltung kann bspw. jene Arbeitsverhältnisse, die nicht auf den Erwerber übergehen, nicht einfach an ein Drittunternehmen abtreten.[2009]

6. Sinngemässe Anwendung von Art. 333a OR

Das Gesetz erklärt Art. 333a OR im Rahmen von Art. 333b OR für sinngemäss anwendbar.[2010] Die Bestimmung gilt unabhängig davon, ob bzw. wie viele Arbeitsverhältnisse vom Erwerber übernommen werden.[2011]

2006 FHB Arbeitsrecht-Bachmann, N 18.33 (Verstoss gegen den insolvenzrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz).

2007 So auch FHB Arbeitsrecht-Bachmann, N 18.33; Wyler/Heinzer, S. 455.

2008 Wyler/Heinzer, S. 455.

2009 von Kaenel, Jusletter, N 23; zu den Handlungsmöglichkeiten der Insolvenzorgane oben § 8/II/1.

2010 Ursprünglich sah der Vorentwurf zum neuen Sanierungsrecht die Anwendung von Art. 333a OR nur beim Betriebsübergang während der provisorischen und definitiven Nachlassstundung vor, nicht aber im Rahmen eines Konkurses oder eines Nachlassvertrages mit Vermögensabtretung (Art. 333b Abs. 2 VE-OR). In diesen beiden letzteren Fällen würden die Arbeitnehmer keiner zusätzlichen (arbeitsrechtlichen) Informations- und Konsultationsrechte bedürfen. Als (gleichzeitige) Gläubiger besässen sie bereits weitreichende Einflussmöglichkeiten, die ohnehin über jene des Arbeitsrechts hinausreichen würden (Begleitbericht, S. 22 mit Hinweis auf BGE 130 III 102, E. 3.1; 123 III 176, E. 3a). Die Botschaft erachtete die Gläubigerrechte im Insolvenzverfahren jedoch

Die Information der Arbeitnehmer nach Art. 333a Abs. 1 OR ist im Anwendungsbereich von Art. 333b OR uneingeschränkt geboten und praktikabel.[2012] Ebenso ist – obschon in der Lehre teilweise umstritten[2013] – im Anwendungsbereich von Art. 333b OR die Arbeitnehmerschaft zu konsultieren. Beschliessen die Konkursverwaltung bzw. eingesetzten Liquidatoren Massnahmen,[2014] welche die Arbeitnehmer betreffen, müssen sie diesen die Möglichkeit zur Stellungnahme bzw. der Unterbreitung von Vorschlägen einräumen.[2015/2016] Obschon die Konkursverwaltung bzw. eingesetzten Liquidatoren im Interesse der Gläubigergesamtheit und nicht nur der Arbeitnehmer zu handeln haben, erscheint mir eine Konsultation

---

als zu wenig weitreichend und erklärte die Konsultation der Arbeitnehmervertretung nach Art. 333a OR sowohl bei der Liquidation des Betriebes (Konkurs, Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung) als auch beim ordentlichen Nachlassvertrag explizit für anwendbar (Botschaft Sanierungsrecht, 6496).

2011 BSK OR I-Portmann/Rudolph, Art. 333b N 8; von Kaenel, Jusletter, N 26.

2012 Ianni, S. 72; vgl. auch Gmünder, N 174.

2013 Dazu Gmünder, N 170 ff. mit Hinweis auf die verschiedenen Lehrmeinungen.

2014 In der Regel wird der Verkauf eines Unternehmens im Konkurs bereits vor der Konkurseröffnung durch das insolvente Unternehmen definitiv geplant (inkl. den damit verbundenen, die Arbeitnehmer betreffenden Massnahmen) und vorbereitet (z.B. durch Gründung einer Auffanggesellschaft, die dann das Unternehmen in eigenem Namen in Absprache und mit Zustimmung des Konkursamtes ohne Unterbruch weiterführt). In einem solchen Fall kann das Konsultationsrecht nur wirksam ausgeübt werden, wenn die Arbeitnehmer bereits vor Konkurseröffnung in die Entscheidungsfindung einbezogen werden (Meier/Exner, ARV, S. 221).

2015 Da dem Arbeitgeber im Liquidationsfall die Verfügungsmacht über sein Vermögen entzogen ist, ist es nicht an ihm, im Zusammenhang mit dem Betriebsübergang Massnahmen zu treffen, die die Arbeitnehmer betreffen könnten.

2016 Soweit im Rahmen solcher Massnahmen Kündigungen geplant sind, ist ferner zu prüfen, ob den Arbeitgeber bzw. die Insolvenzorgane eine Konsultationspflicht nach Art. 335f OR (Massenentlassung) und/oder eine Sozialplanpflicht treffen (vgl. dazu auch § 7/V/2/b/dd). Während des Konkurses und beim Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung nicht anwendbar sind die Bestimmungen über die Massenentlassungen wie auch jene über die Aufstellung eines Sozialplans. Bei einer Stundung ist das Massenentlassungsverfahren anwendbar, ebenso besteht eine Sozialplanpflicht bei einer Stundung, sofern diese bloss den Zweck eines Moratoriums hat. Beim ordentlichen Nachlassvertrag ist das Massenentlassungsverfahren anwendbar, die Sozialplanpflicht entfällt indes. Beim Konkursaufschub sind die Bestimmungen über die Massenentlassung und den Sozialplan anwendbar (zum Ganzen oben § 5/II/2/e/cc und § 6/IV/5).

nicht von vornherein als sinnlos.[2017] Nach «sinngemässer Anwendung» ist allerdings dort, wo die Zeit drängt (namentlich bei Notverkäufen), die Dauer bzw. der Umfang des Konsultationsverfahrens entsprechend anzupassen, womit bspw. den Arbeitnehmern eine kürzere Frist zur Stellungnahme gesetzt werden kann.[2018] Eine Konsultationspflicht trifft ferner den Arbeitgeber bzw. Nachlassschuldner während der Nachlassstundung, welcher entsprechende Massnahmen plant.[2019] Zu beachten ist allerdings, dass die Verfügungsmacht des Nachlassschuldners teilweise eingeschränkt ist und er insofern nicht frei über die Umsetzung sämtlicher Vorschläge der Arbeitnehmer entscheiden kann (vgl. Art. 298 SchKG).[2020]

Soweit der Erwerber Massnahmen plant, welche nach Art. 333a Abs. 2 OR die Arbeitnehmer betreffen, trifft ihn die entsprechende Konsultationspflicht.

7. Sonderfrage: Art. 333b OR und FusG

Art. 333b OR äussert sich nicht hinsichtlich seiner Anwendbarkeit auf *fusionsrechtliche Konstellationen.* Ebenso erhielten die Verweise des FusG auf Art. 333 und Art. 333a OR (Fusion [Art. 27 Abs. 1 FusG], Spaltung [Art. 49 Abs. 1 FusG] und Vermögensübertragung [Art. 76 Abs. 1 FusG]) im Zuge der Revision des Sanierungsrechts keine Anpassung. Bei einer streng wörtlichen Auslegung würde damit der Privilegierungstatbestand von Art. 333b OR bei einer Sanierung während einem der obengenannten Fälle – was in der Praxis allerdings wohl eher selten der Fall sein dürfte[2021] – im Zuge einer fusionsrechtlichen Übertragung nicht zur Anwendung gelangen.[2022] Da das erklärte Ziel der Revision die Erleichterung von Sanierungen war, kann diese Ungleichbehandlung von Übertragungsvorgängen

---

2017 So auch Meier/Exner, ARV, S. 221; im Ergebnis ebenso Gmünder, N 173; a.M. Ianni, S. 73.

2018 Gasser, S. 11 (spricht von einer gewissen Flexibilisierung im Umgang mit den Mitwirkungsrechten der Arbeitnehmer bei zeitlicher Dringlichkeit [z.B. «Notverkauf»]); Gmünder, N 173.

2019 So auch Gmünder, N 675; Ianni, S. 73. Gasser, S. 12, erachtet die Mitwirkungsrechte der Arbeitnehmer dort mit Blick auf die Gläubigerorgane (Gläubigerausschuss und -versammlung) «eigentlich für unverständlich».

2020 Ianni, S. 73; vgl. dazu auch oben § 2/III/3.

2021 BSK OR I-Portmann/Rudolph, Art. 333b N 5.

2022 Die Verweise des FusG sind keine Gesamtverweise – sonst wäre im Rahmen des Verweises auf Art. 333 OR auch dessen Einschränkung in Art. 333b OR automatisch anwendbar – sondern Sachnormverweise i.S. einer Rechtsfolgeverweisung (von Kaenel, Jusletter, N 28 m.w.H., dazu auch oben § 7/III/1/a).

nach FusG und dem normalen Betriebsübergang nach Art. 333 OR nicht im Sinne des Gesetzgebers gewesen sein. Im Sinne einer «teleologischen Expansion» sind daher die Verweise im Fusionsgesetz auf Art. 333 und 333a OR mit Einführung des neuen Sanierungsrechts grundsätzlich auch auf Art. 333b OR auszuweiten.[2023]

Die praktischen Konsequenzen der Anwendbarkeit von Art. 333b OR im Rahmen des FusG sind m.E. allerdings stark beschränkt.[2024] Von der durch Art. 333b OR gewonnenen Selektionsfreiheit[2025] profitieren die Verantwortlichen nur, wenn die Arbeitsverhältnisse arbeitsrechtlich nach Art. 333 Abs. 1 OR übergehen.[2026] Soweit Arbeitsverhältnisse fusionsgesetzlich übergehen, besteht bei der Spaltung und Vermögensübertragung – nicht jedoch bei der Fusion, wo infolge der umfassenden Universalsukzession m.E. weiterhin stets zwingend sämtliche Rechtsverhältnisse bzw. Arbeitsverhältnisse auf den erwerbenden Rechtsträger übergehen müssen[2027] – ohnehin eine Zuordnungsfreiheit. Keine Wirkung zeitigt sodann die in Art. 333b OR angeordnete Nichtanwendung von Art. 333 Abs. 3 OR.[2028] Das FusG ergänzt und konkretisiert die Haftungsfrage im Rahmen eines Betriebsübergangs bekanntermassen autonom;[2029] für eine Einschränkung der fusionsgesetzlichen Haftungs- bzw. Schutzbestimmungen fehlt es an einer gesetzlichen Grundlage.[2030] Art. 333 Abs. 3 OR findet bloss bei der Abspaltung Anwendung, womit

---

2023 VON KAENEL, Jusletter, N 28 («Es ist denn auch zu vermuten, dass entweder die Expertenkommissionen von einer Gesamtverweisung ausgingen oder dann die Revision des Fusionsgesetzes schlicht vergessen ging»); gl.M. BRÜHWILER, Art. 333b N 4 (Analogieschluss); BSK OR I-PORTMANN/RUDOLPH, Art. 333b N 5; GEISER/MÜLLER/PÄRLI, N 530b; GLANZMANN, Sanierungsrecht, S. 232; SHK FusG-REINERT, Art. 27 N 3b.

2024 In der Lehre findet – soweit ersichtlich – keine nähere Auseinandersetzung mit der Wirkung der Anwendung von Art. 333b OR auf fusionsgesetzliche Umstrukturierungen statt.

2025 Dazu oben § 9/II/3/a.

2026 Dazu oben § 7/III/1/a.

2027 Dazu oben § 7/III/1/c/bb.

2028 Im Ergebnis gl.M. GLANZMANN, Sanierungsrecht, S. 232.

2029 Dazu oben § 7/III/3/c.

2030 Vgl. auch GLANZMANN, Sanierungsrecht, S. 232, wonach Art. 333b OR keinen Einfluss auf die Solidarhaftung nach Art. 75 FusG bei der Vermögensübertragung hat; a.M. wohl BSK FusG-BAUMGARTNER/OERTLE, Vor Art. 27 N 18b, Art. 76 N 15a, wonach infolge Wegfalls der solidarischen Haftung auch die darauf beruhenden Sicherungsmassnahmen bei Spaltungen und Vermögensübertragungen in Bezug auf den Erwerber wegfallen würden (Art. 49 und 76 FusG).

einzig dort dieser Haftungsausschluss zum Tragen kommt. In diesem Fall können sich Arbeitnehmer m.E. aber in ihrer Eigenschaft als Gläubiger auf die subsidiäre Solidarhaftung nach Art. 47 FusG – sofern die entsprechenden Voraussetzungen gegeben sind – berufen.[2031] Dies schon deshalb, weil sich m.E. eine Ungleichbehandlung der Arbeitnehmer gegenüber den übrigen Gläubigern sachlich nicht rechtfertigen lässt.

[2031] Dazu oben § 7/III/3/c/bb/ii.

4. Kapitel: Schlussbetrachtung

§ 10 Zusammenfassung

Da der Produktionsfaktor Arbeit sehr kostenintensiv ist, konzentrieren sich die bei einer Unternehmenskrise[2032] notwendigen betrieblichen Sanierungsmassnahmen[2033] regelmässig auf eine effizientere und günstigere Gestaltung der Personalstruktur. Die dabei zur Verfügung stehenden Möglichkeiten sind vielfältig und vielschichtig und werfen je nach Art der Sanierungsmassnahme diverse und mitunter heikle arbeitsrechtliche Fragen auf.

1. Vertragsanpassungen:[2034]

Personalkosten können durch die *Anpassung von Arbeitsbedingungen* gesenkt werden. Bei der Einführung bzw. Umsetzung solcher Anpassungen sind diverse Schranken betreffend Inhalt *(Inhaltsschranken)*[2035] sowie Art und Weise der Vertragsanpassung *(Anpassungsinstrumente)*[2036] zu beachten:

– Inhaltliche Anpassungen sind nur innerhalb der *Schranken der Rechtsordnung* möglich (Art. 19 Abs. 1 OR).[2037] Die Inhaltsfreiheit wird im Arbeitsrecht besonders eingeschränkt durch die *zwingenden und teilzwingenden Vorschriften* des Arbeitsvertragsrechts (Art. 361 f. OR), des Arbeitsschutzrechts sowie der GAV und Betriebsordnungen, soweit sie Arbeitsbedingungen regeln. Neben dem *Verzichtsverbot* (Art. 341 OR)[2038] besonders hervorzuheben ist im Rahmen von Sanierungen die Schranke betreffend die *Tragung des Betriebsrisikos,* wonach das wirtschaftliche und betriebliche Unternehmensrisiko grundsätzlich vom Arbeitgeber zu tragen ist.[2039] Dies verunmöglicht zwar die Anpassung von Arbeitsbedingungen zu Lasten der Arbeitnehmer nicht, schützt den Arbeitnehmer aber davor, dass ihm das gesamte Unternehmensrisiko übertragen wird. Ebenso zu beachten ist das *Gleichbehandlungsgebot.*[2040]

2032 Dazu § 2/I/2.

2033 Dazu § 2/I/3.

2034 Dazu § 4.

2035 Dazu § 4/II.

2036 Dazu § 4/III.

2037 Dazu § 4/II/1.

2038 Dazu § 4/II/3.

2039 Dazu § 4/II/2.

2040 Dazu § 4/II/4.

– Eine Änderung der Arbeitsbedingungen kann grundsätzlich auf fünf Arten geschehen. Grundsätzlich jederzeit und formlos gültig ist die *einvernehmliche Vertragsanpassung.*[2041] Seinem Willen zur Vertragsanpassung zusätzlich Gewicht geben kann der Arbeitgeber, indem er seine Änderungsofferte für den Fall der Ablehnung mit einer Kündigung verbindet *(eigentliche Änderungskündigung)* oder zumindest mit einer solchen droht *(uneigentliche Änderungskündigung).*[2042] Innerhalb enger Grenzen grundsätzlich zulässig sind ferner *vertragliche Vorbehalte,* die den Arbeitgeber ohne weiteres Einverständnis der Arbeitnehmer zur Änderung von Arbeitsbedingungen berechtigen.[2043] Ferner kann der Arbeitgeber teilweise Änderungen der Arbeitsbedingungen via *Weisungsrecht* (Art. 321d OR) durchsetzen.[2044] Soweit die Voraussetzungen gegeben sind, ist grundsätzlich auch eine richterliche Anpassung des Arbeitsvertrags gestützt auf das Institut der clausula rebus sic stantibus möglich.[2045]
– Als Mittel zur Effizienzsteigerung zu nennen sind bspw. *Lohnkürzungen* sowie die *Kürzung bzw. Streichung* von *Gratifikationen.* Während Lohnkürzungen nicht einseitig vom Arbeitgeber durchgesetzt werden können,[2046] hängt die Zulässigkeit der Kürzung bzw. Streichung einer Gratifikation davon, ob inwiefern im Einzelnen ein verbindlicher Anspruch auf deren Auszahlung besteht.[2047] Grundsätzlich zulässig ist ferner eine Vereinbarung betreffend die *Lohnzahlung in Fremdwährung.*[2048] Hinsichtlich der Frage, ob solche Vereinbarungen nur auf Grenzgänger beschränkt werden dürfen, besteht derzeit eine relativ grosse Rechtsunsicherheit.[2049] Effizienzsteigernd sind regelmässig auch die Zuweisung *anderer Arbeiten* und/oder *neuer Arbeitsorte*[2050] (Versetzung) sowie die *Änderung der Arbeitszeit*[2051] (Lage und/oder Dauer). Zumindest vorübergehend geändert werden kann die Dauer der Arbeitszeit via *Anordnung von Überstun-*

2041 Dazu § 4/III/1.
2042 Dazu § 4/III/2.
2043 Dazu § 4/III/3.
2044 Dazu § 4/III/4.
2045 Dazu § 4/IV/5.
2046 Dazu § 4/IV/1.
2047 Dazu § 4/IV/2.
2048 Dazu § 4/IV/4/a.
2049 Dazu § 4/IV/4/b.
2050 Dazu § 4/IV/5.
2051 Dazu § 4/IV/6/a.

den durch den Arbeitgeber[2052] sowie im Rahmen von *Kurzarbeit,* wofür es allerdings der Zustimmung des einzelnen Arbeitnehmers bedarf.[2053] Auch die Anordnung von *Ferien* und *Kompensation von Überstunden* durch Freizeit kann sinnvoll sein.[2054] Zu beachten ist, dass der Arbeitnehmer, der mit Blick auf eine Unternehmenssanierung einer Vertragsverschlechterung zugestimmt hat, bei einer späteren Kündigung u.U. Anspruch auf die ursprüngliche bzw. zuvor verzichtete Leistung hat.[2055]

2. Beendigung von Arbeitsverhältnissen:

– Bei Sanierungen mitunter notwendig ist regelmässig ein Personalabbau. Einen solchen kann der Arbeitgeber entweder einseitig via *Kündigung*[2056] oder einvernehmlich mit dem Arbeitnehmer mittels *Aufhebungsvertrag*[2057] vornehmen. Zweiterer zeichnet sich durch seine gerade im Sanierungsfall wertvolle Planungssicherheit aus.

– Sind Kündigungen geplant, ist stets zu prüfen, ob der Tatbestand der *Massenentlassung* nach Art. 335d OR vorliegt[2058] und damit das gesetzlich vorgeschriebene Verfahren einzuhalten ist (Art. 335f und Art. 335g OR).[2059] Dieses umfasst eine Informations- sowie Konsultationspflicht gegenüber der Arbeitnehmerschaft[2060] sowie gewisse Informationspflichten gegenüber dem Arbeitsamt.[2061] Das Gesetz sanktioniert die Verletzung der einzelnen Verfahrensvorschriften unterschiedlich (Missbräuchlichkeit der Kündigungen, Aufschiebung der Wirksamkeit der Kündigungen).[2062]

2052 Dazu § 4/IV/6/b.

2053 Dazu § 4/IV/6/c.

2054 Dazu § 4/IV/7.

2055 Dazu § 4/IV/8.

2056 Dazu § 5/I.

2057 Dazu § 5/III.

2058 Dazu § 5/II/1.

2059 Dazu § 5/II/2.

2060 Dazu § 5/II/2/a.

2061 Dazu § 5/II/2/b.

2062 Dazu § 5/II/2/c.

3. Sozialplanpflicht:

- Im Zuge gross angelegter Kündigungen ist weiter zu prüfen, ob eine *Sozialplanpflicht* nach Art. 335h ff. OR besteht.[2063] Da das Gesetz die *quantitativen Kriterien* für das Vorliegen einer Sozialplanpflicht anders als für eine Massenentlassung definiert, muss indes nicht zwingend bei jeder Massenentlassung eine Pflicht zur Aufstellung eines Sozialplans bestehen.
- *Inhaltlich* soll ein Sozialplan gemäss Art. 335h Abs. 1 OR Massnahmen festlegen, mit denen Kündigungen vermieden, deren Zahl beschränkt sowie deren Folgen gemildert werden können.[2064] Regelmässig werden Sozialpläne primär finanzielle Leistungen vorsehen, da bis zur Aufstellung des Sozialplans die Arbeitsverhältnisse meist bereits beendet sein werden, womit Massnahmen zur Vermeidung von Kündigungen sowie diverse nicht monetäre Leistungen (z.B. Anpassung der Kündigungsfrist, Unterstützung bei der Stellensuche und Umschulungen) meist obsolet sind.
- Der vereinbarte Sozialplan hat den *Anspruch auf Gleichbehandlung* einzuhalten und darf den *Fortbestand des Betriebes nicht gefährden.*[2065] Offen lässt das Gesetz, ab wann letzteres vorliegt. Nach hier vertretener Ansicht liegt der Sinn und Zweck dieser Schranke darin, dass der Betrieb – nicht das Gesamtunternehmen – trotz Sozialplanpflicht seine Konkurrenzfähigkeit behält und wie gewohnt am Markt teilnehmen kann.
- Auszuhandeln hat der formelle Arbeitgeber den Sozialplan gemäss Art. 335i Abs. 3 lit. a–b OR mit dem gesetzlich vorgesehenen *Verhandlungspartner.*[2066] Scheitern die Verhandlungen – das Gesetz lässt allerdings offen, wann dies der Fall ist – müssen die Parteien ein *Schiedsgericht* anrufen (Art. 335j Abs. 1 OR), welches einen Sozialplan durch einen verbindlichen Schiedsspruch aufstellt (Art. 335j Abs. 2 OR).[2067] Indem den Parteien zwingend ein Schiedsverfahren über einen gesetzlich vorgeschriebenen Verfahrensgegenstand auferlegt wird, liegt im Ergebnis eine *Zwangsschiedsgerichtsbarkeit* vor. Der Gesetzgeber hat dafür keine besonderen Verfahrensregeln erlassen, sondern verweist auf die allgemeinen Regeln zum Schiedsverfahren in Art. 353 ff. ZPO.[2068] Keine gesetz-

---

2063 Dazu § 6/IV.

2064 Dazu § 6/V/1 und 2.

2065 Dazu § 6/V/3.

2066 Dazu § 6/VI/2.

2067 Dazu § 6/VII.

2068 Dazu § 6/VII/3.

lichen Vorschriften bestehen ferner betreffend *Inhalt des Schiedsspruchs,* womit der Ausgang des Schiedsverfahrens für die Arbeitgeber- wie auch Arbeitnehmerseite völlig offen ist. Vor diesem Hintergrund sollte der Arbeitgeber mit der Arbeitnehmerseite bereits einen *vorsorglichen Sozialplan* vereinbaren.[2069]

4. Betriebsübergang ausserhalb der Insolvenz:

– Führt eine Sanierung zur Veräusserung von Betrieben oder Teilen davon bzw. zu übertragenden Umstrukturierungen, kann diese rechtsgeschäftlich per *asset deal qua Singularsukzession* oder *nach FusG via (partieller) Universalsukzession* im Rahmen einer Fusion, Spaltung oder Vermögensübertragung erfolgen.[2070] Das OR wie auch das FusG enthalten diverse Schutzbestimmungen für die davon betroffenen Arbeitnehmer.[2071] Dabei entscheidend ist, ob ein *Betriebsübergang i.S.v. Art. 333 Abs. 1 OR* vorliegt.[2072] Sind die Tatbestandsvoraussetzungen von Art. 333 Abs. 1 OR erfüllt, gehen die Arbeitsverhältnisse – unabhängig davon, ob der Betriebsübergang via asset deal oder im Rahmen des FusG erfolgt – direkt nach Art. 333 Abs. 1 OR über *(arbeitsrechtlicher Übergang).* Dies führt zu einem zwingenden und automatischen Übergang der betriebszugehörigen Arbeitsverhältnisse.[2073] Die *Zuordnungsfreiheit der übergehenden Arbeitsverhältnisse* ist damit *eingeschränkt;* die Liste der übergehenden Arbeitsverhältnisse im Spaltungsvertrag/-plan oder Vermögensübertragungsvertrag hat bloss deklaratorische Wirkung. Der arbeitsrechtliche Übergang führt zum Fortbestand sämtlicher einzelvertraglich vereinbarten Rechte und Pflichten.[2074] Es besteht grundsätzlich die Möglichkeit, den Übergang einzelner Arbeitsverhältnisse durch rechtzeitige Kündigungen oder abweichende Vereinbarungen zu vermeiden.[2075]
– Liegt bei einer Umstrukturierung nach FusG kein Betriebsübergang i.S.v. Art. 333 OR vor, gehen die Arbeitsverhältnisse via (partieller) Universalsukzession über *(fusionsgesetzlicher Übergang).*[2076] Während bei der Fusion infolge Untergangs des übertragenden Rechtsträgers sämtliche Arbeitsverhältnisse auf den Erwerber übergehen, bedarf es bei der Spaltung und Vermögensübertragung

2069 Dazu § 7/VIII.

2070 Dazu § 7/I/1.

2071 Dazu § 7/I/2.

2072 Dazu § 7/II.

2073 Dazu § 7/III/1/c/aa.

2074 Dazu § 7/III/2/a.

2075 Dazu § 7/III/1/f/aa und g/aa.

2076 Dazu § 7/III/1/a.

für den Übergang der Arbeitsverhältnisse deren Aufnahme in die entsprechende Liste im Spaltungsvertrag/-plan oder im Vermögensübertragungsplan. Die Liste der übergehenden Arbeitsverhältnisse ist damit nicht rein deklaratorisch; es besteht die Möglichkeit, die Arbeitnehmer den an der Umstrukturierung beteiligten Rechtsträgern frei zuzuordnen.[2077] Der fusionsgesetzliche Übergang führt zum Fortbestand sämtlicher im Inventar aufgeführten Rechte und Pflichten zwischen Veräusserer und Arbeitnehmer.[2078] Die Parteien des Arbeitsvertrags können durch entsprechende Vereinbarung einen Übergang auf einen neuen Rechtsträger ausschliessen.[2079] Auch Kündigungen vor wie auch nach Vollzug der Umstrukturierung sind grundsätzlich zulässig.[2080]

– Art. 333 Abs. 1 OR wie auch die fusionsgesetzlichen Arbeitnehmerschutzbestimmungen schaffen allerdings *keinen verstärkten Inhaltsschutz.*[2081] Dem früheren Arbeitgeber bleibt es grundsätzlich unbenommen, das Arbeitsverhältnis innerhalb der üblichen Schranken mit den entsprechenden Instrumenten vor der Übernahme des Betriebes anzupassen. Dasselbe gilt für den Erwerber nach Übergang der Arbeitsverhältnisse.
– Der arbeitsrechtliche wie auch fusionsgesetzliche Übergang der Arbeitsverhältnisse steht immer unter dem Vorbehalt, dass der einzelne Arbeitnehmer nicht von seinem *Ablehnungsrecht* Gebrauch macht.[2082] Die Ablehnung des Übergangs führt mit Ablauf der gesetzlichen Kündigungsfrist zur Auflösung des Arbeitsverhältnisses.
– Ab Betriebsübergang *haftet* der Erwerber für sämtliche noch offenen und zukünftig entstehenden Forderungen aus den auf ihn übergegangenen Arbeitsverhältnissen.[2083] Daneben ergibt sich eine zeitlich und sachlich begrenzte Solidarhaftung nach Art. 333 Abs. 3 OR für den Veräusserer.[2084] Für Umstrukturierungen nach FusG bestehen für die Arbeitnehmer darüber hinaus weitere Schutzmechanismen.[2085]

2077 Dazu § 7/III/1/c/bb.

2078 Dazu § 7/III/2/a/bb.

2079 Dazu § 7/III/f/bb.

2080 Dazu § 7/III/g/bb.

2081 Dazu § 7/III/2/b.

2082 Dazu § 7/III/1/d.

2083 Dazu § 7/III/3/a und c.

2084 Dazu § 7/III/3/b.

2085 Dazu § 7/III/c.

– Zu prüfen ist ferner das Schicksal eines allfällig anwendbaren *GAV* oder einer *Betriebsvereinbarung*.[2086] Soweit der GAV oder die Betriebsvereinbarung nicht aufgrund der Regeln des Kollektivrechts kollektivrechtlich fortbestehen, kommt die Auffangregelung von Art. 333 Abs. 1bis OR zur Anwendung. Soweit im übernehmenden Betrieb bereits ein anderer Kollektivvertrag besteht, ist dessen Verhältnis zum fortbestehenden Kollektivvertrag der übergehenden Arbeitsverhältnisse zu klären (Tarifkonkurrenz).
– Den Arbeitnehmer kommen im Rahmen von geplanten Betriebsübergängen *Mitwirkungsrechte* zu.[2087] Diese umfassen ein Informationsrecht (Art. 333a Abs. 1 OR) sowie – soweit infolge des Betriebsübergangs Massnahmen beabsichtigt sind, die die Arbeitnehmer betreffen – ein Konsultationsrecht (Art. 333a Abs. 2 OR). Das FusG konkretisiert und ergänzt die Information und Konsultation der Arbeitnehmer in Art. 28 Abs. 1 für die Fusion, in Art. 50 für die Spaltung und in Art. 77 für die Vermögensübertragung.[2088]

5. Insolvenzverfahren: Arbeitsrechtliche Wirkungen

– Mit Einleitung eines Insolvenzverfahrens können die Arbeitnehmer ihre Forderungen nur noch nach den Regeln des Insolvenzrechts geltend machen, wobei entscheidend ist, ob eine Forderung eine *Insolvenzforderung* oder *Masseverbindlichkeit* darstellt.[2089] Betreffend das *Schicksal der Arbeitsverhältnisse* gibt es grundsätzlich drei mögliche Handlungsoptionen des Arbeitgebers bzw. der Insolvenzorgane:
– *Vertragsauflösung* nach Regeln des Obligationenrechts:[2090] Die Einleitung eines Insolvenzverfahrens führt weder zur automatischen Auflösung des Arbeitsverhältnisses noch gibt es dem Arbeitgeber bzw. den Insolvenzorganen einen ausserordentlichen Kündigungsgrund. Die aus einer Kündigung resultierenden Forderungen der Arbeitnehmer sind Insolvenzforderungen (Nachlass- oder Konkursforderungen).

2086 Dazu § 7/IV.

2087 Dazu § 7/V/1 und 2.

2088 Dazu § 7/V/3.

2089 Dazu § 8/I.

2090 Dazu § 8/II/2/a und § 8/II/3/a.

– *(Partieller) Vertragseintritt* (Art. 310 Abs. 2 SchKG [Nachlassstundung][2091] bzw. Art. 211 Abs. 2 und Art. 211a Abs. 2 SchKG [Konkurs][2092]) durch den Nachlassschuldner mit Zustimmung des Sachwalters bzw. durch die Konkursverwaltung: Durch den (partiellen) Vertragseintritt entstehen in dem Umfang Masseverbindlichkeiten, wie tatsächlich Leistungen des Arbeitnehmers in Anspruch genommen werden. Die übrigen Forderungen sind als Insolvenzforderungen zu behandeln. Zu einem (partiellen) Vertragseintritt kommt es regelmässig dann, wenn der sanierungsbedürftige Betrieb oder Teile davon auf einen neuen Rechtsträger übertragen werden soll. Es kommt diesfalls zu einem mit Art. 333b OR gesetzlich separat geregelten *Betriebsübergang im Insolvenzfall.*
– *«Nichtstun»* seitens des Arbeitgebers bzw. der Insolvenzorgane betreffend die bestehenden Arbeitsverhältnisse: Für die Insolvenz statuiert Art. 211a Abs. 1 SchKG neu, dass der Arbeitnehmer Forderungen aus dem verkümmerten Dauerschuldverhältnis bis zum nächsten möglichen Kündigungstermin (bei unbefristeten Verträgen) oder bis zum Ende der festen Vertragsdauer (bei befristeten Verträgen) als Konkursforderung geltend machen kann.[2093] Für das Nachlassverfahren fehlt eine entsprechende Bestimmung.[2094]

6. Betriebsübergang im Insolvenzfall

– Art. 333b OR regelt die Betriebsveräusserung während der Nachlassstundung, im Rahmen eines Konkurses, eines Nachlassvertrages mit Vermögensabtretung sowie – nach vorliegender Meinung – während eines Konkursaufschubes separat.[2095] Trotz fehlendem Verweis ist Art. 333b OR auch im Rahmen von Betriebsübergängen nach FusG grundsätzlich anwendbar, allerdings sind die Wirkungen dieser Bestimmung nach vorliegender Ansicht sehr gering.[2096]
– Die Bestimmung schliesst den automatischen Übergang der betriebszugehörigen Arbeitsverhältnisse auf den Erwerber aus. Dieser kann mit dem Veräusserer neu frei wählen, welche Arbeitsverhältnisse auf ihn übergehen sollen

2091 Dazu § 8/II/2/b.
2092 Dazu § 8/II/3/b.
2093 Dazu § 8/II/3/c.
2094 Dazu § 8/II/2/c.
2095 Dazu § 9/II/2.
2096 Dazu § 9/II/7.

(«cherry picking»).[2097] Ist ein Übergang vereinbart, geht das Arbeitsverhältnis als Ganzes mit allen Rechten und Pflichten über.[2098]

– Der in Art. 333b OR ausgeschlossene Ausschluss der Solidarhaftung ist m.E. wie folgt zu lesen:[2099] Der Erwerber haftet für sämtliche Forderungen der übernommenen Arbeitsverhältnisse, welche ab Zeitpunkt des Betriebsübergangs entstanden sind, während der Veräusserer für alle Arbeitnehmerforderungen einzustehen hat, welche vor diesem Zeitpunkt entstanden sind («clean break»).
– Das Schicksal allfälliger Kollektivverträge bestimmt sich gleich wie nach Art. 333 OR.[2100]
– Die Arbeitnehmer haben ein Ablehnungsrecht.[2101] Im Unterschied zum Betriebsübergang nach Art. 333 Abs. 1 OR geht m.E. der ablehnende Arbeitnehmer bis zum Ablauf der gesetzlichen Kündigungsfrist allerdings nicht auf den Erwerber über, sondern verbleibt für die verbleibende Vertragsdauer beim Veräusserer (Art. 333b OR i.V.m. Art. 333 Abs. 2 OR analog). Je nach Dringlichkeit kann die Frist zur Ausübung des Ablehnungsrechts im Rahmen eines Konkurs- oder Nachlassverfahrens kürzer ausfallen.
– Abgesehen von einer allfällig kürzeren Konsultationsfrist mit Blick auf eine erhöhte Dringlichkeit bei Betriebsveräusserungen besteht auch im Anwendungsbereich von Art. 333b OR eine umfassende Informations- und Konsultationspflicht nach Art. 333a OR.[2102] Sind im Rahmen von Betriebsübergängen Kündigungen geplant, ist zu prüfen, ob neben einer Konsultationspflicht nach Art. 333a Abs. 2 OR auch die Bestimmungen über die Massenentlassung anwendbar sind und/oder eine Pflicht zur Aufnahme von Verhandlungen über die Aufstellung eines Sozialplans besteht.

2097 Dazu § 9/II/3/a.
2098 Dazu § 9/II/3/b.
2099 Dazu § 9/II/4.
2100 Dazu § 9/II/5/a.
2101 Dazu § 9/II/5/b.
2102 Dazu § 9/II/6.

§ 11 Checklisten

I. Anpassung der Arbeitsverhältnisse

Im Allgemeinen

– Sind die beabsichtigten Anpassungen überhaupt zulässig *(Inhaltsschranken)?*[2103]

– Instrumente zur Anpassung von Arbeitsbedingungen *(Anpassungsinstrumente):*[2104]

- *Einvernehmliche Vertragsänderung*[2105]
  - ➢ Hinweis: Angemessene Überlegungsfrist setzen.[2106]
- *Änderungskündigung*[2107]
  - ➢ Hinweis:
    - Angemessene Überlegungsfrist setzen;[2108]
    - Vorsicht bei Änderungsofferten, die *kurzfristig* in Kraft treten sollen; Gefahr der Missbräuchlichkeit einer Kündigung, die infolge Ablehnung dieser Änderungsofferte ausgesprochen wird.[2109]
- *Vertraglicher Vorbehalt*[2110]
- *Weisungsrecht*[2111]
- *Richterliche Anpassung* (clausula rebus sic stantibus)[2112]

– *Allgemeines Vorgehen:* Sprengt die beabsichtigte Änderung das vertraglich Vereinbarte? *Wenn Nein:* Anpassung via Weisungsrecht oder durch Ausübung eines allfällig vereinbarten vertraglichen Vorbehalts; *wenn Ja:* Handelt es sich

---

2103 Dazu oben § 4/II.

2104 Dazu oben § 4/III.

2105 Dazu oben § 4/III/1.

2106 Dazu oben § 4/III/1/c.

2107 Dazu oben § 4/III/2.

2108 Dazu oben § 4/III/2/d.

2109 Dazu oben § 4/III/2/f/bb.

2110 Dazu oben § 4/III/3.

2111 Dazu oben § 4/III/4.

2112 Dazu oben § 4/III/5.

bloss um eine vorübergehende Vertragsanpassung und besteht dafür eine betriebliche Notwendigkeit? *Wenn Ja:* Vorübergehende Anpassung via Weisungsrecht zulässig? *Wenn Nein:* Zustimmung der Arbeitnehmer notwendig, d.h. via einvernehmliche Vertragsanpassung oder Änderungskündigung.

Im Besonderen: Ausgewählte betriebliche Sanierungsmassnahmen und ihre Umsetzung

– *Lohnkürzung:*[2113] Einvernehmlich oder einseitig via vertraglichen Vorbehalt
  - ➢ Hinweis: Vertraglicher Vorbehalt muss genügend konkret und Lohnhöhe muss aufgrund objektiver Kriterien bestimmbar sein.
– *Kürzung Gratifikation (Sondervergütung):*[2114]
  - *Echte Gratifikation:* Kürzung wie auch komplette Streichung einseitig zulässig.
    - ➢ Hinweis: Bei Auszahlung eindeutig auf Freiwilligkeit hinweisen und rechtzeitig eine Auszahlung auslassen, um Qualifikation als echte Gratifikation zu bewahren.[2115]
  - *Unechte Gratifikation:* Kürzung einseitig nach billigem Ermessen zulässig.
  - *Sondervergütung mit Lohncharakter:* Einvernehmlich oder einseitig via vertraglichen Vorbehalt.
– *Lohnzahlung in Fremdwährung:*[2116] Einvernehmlich oder einseitig durch vertraglichen Vorbehalt.
  - ➢ Hinweis: Vereinbarung betreffend Währung kann Lohnhöhe (Schuldwährung) und/oder Lohnauszahlung (Erfüllungswährung) betreffen;[2117] heikel, wenn Vereinbarung nur die Kategorie Grenzgänger betrifft.[2118]

[2113] Dazu oben § 4/IV/1.

[2114] Dazu oben § 4/IV/3.

[2115] Dazu oben § 4/IV/3/b.

[2116] Dazu oben § 4/IV/4.

[2117] Dazu oben § 4/IV/4/a.

[2118] Dazu oben § 4/IV/4/b.

– *Versetzung (Änderung Arbeitsort und/oder Aufgabenbereich):*[2119]
  - Fester Arbeitsort und Aufgabenbereich durch Vertrag oder betriebliche Übung:[2120] einvernehmliche Versetzung oder einseitig via vertraglichen Vorbehalt.
    - *Ausnahme bei dringenden betrieblichen Bedürfnissen:*[2121] vorübergehende Versetzung via Weisungsrecht, sofern für Arbeitnehmer zumutbar.
  - Kein fester Arbeitsort oder Aufgabenbereich:[2122] einseitige Versetzung via Weisungsrecht.
– *Änderung Lage der Arbeitszeit:*[2123]
  - Feste Lage der Arbeitszeit durch Vertrag oder betriebliche Übung: einvernehmlich oder via vertraglichen Vorbehalt.
    - *Ausnahme bei dringenden betrieblichen Bedürfnissen:* vorübergehende Änderung der Arbeitszeit, sofern für Arbeitnehmer zumutbar.
  - Keine feste Lage der Arbeitszeit: einseitige Bestimmung via Weisungsrecht.
– *Änderung Dauer der Arbeitszeit:*[2124]
  - Feste Dauer der Arbeitszeit: einvernehmlich oder einseitig via vertraglichen Vorbehalt.
    - *Ausnahme* zur vorübergehenden Verlängerung der Arbeitszeit bei betrieblichen Bedürfnissen: einseitige Anordnung zur vorübergehenden Leistung von *Überstunden,* sofern für den Arbeitnehmer zumutbar.
      - ➢ Hinweis: Abgeltung der Überstunden vertraglich vereinbaren; zwingende ArG-Bestimmungen betreffend Arbeitszeit- und Ruhezeit sind einzuhalten.

2119 Dazu oben § 4/IV/5.

2120 Dazu oben § 4/IV/5/a.

2121 Dazu oben § 4/IV/5/b.

2122 Dazu oben § 4/IV/5/a.

2123 Dazu oben § 4/IV/6/a.

2124 Dazu oben § 4/IV/6/b.

- *Ausnahme* zur vorübergehenden Kürzung der Arbeitszeit: Einführung von *Kurzarbeit*[2125] unter Zustimmung der Arbeitnehmer oder via vertraglichen Vorbehalt.
  - ➢ Hinweis: Prüfen, ob die Voraussetzungen auf KAE gegeben sind.[2126]

– *Anordnung von Ferien:*[2127]
  - Einseitige Anordnung zulässig, allerdings unter Rücksichtnahme der Arbeitnehmerinteressen und unter Einhaltung einer Ankündigungsfrist von mindestens drei Monaten.
    - *Ausnahme bei betrieblicher Notsituation:* kurzfristige Anordnung von Zwangsferien sowie Rückruf aus Ferien.

– *Kompensation von Überstunden durch Freizeit:*[2128] einvernehmlich oder einseitig aufgrund eines vertraglichen Vorbehalts.

II. Personalabbau

Im Allgemeinen

– *Was ist sinnvoller: Kündigung* oder die Vereinbarung von *Aufhebungsverträgen?*
  - Vorteile Aufhebungsverträge: Grösserer Spielraum in der Ausgestaltung der Beendigungsmodalitäten; Planungssicherheit.[2129]
    - ➢ Hinweis:
      - Einräumung einer genügend langen Bedenkzeit;[2130]
      - Erfordernis gegenseitiger Zugeständnisse.[2131]

[2125] Dazu oben § 4/IV/6/c.

[2126] Dazu oben § 4/IV/6/c/bb.

[2127] Dazu oben § 4/IV/7.

[2128] Dazu oben § 4/IV/7.

[2129] Dazu oben § 5/III/1.

[2130] Dau oben § 5/III/2/a.

[2131] Dazu oben § 5/III/2/b.

- Vorteil Kündigung: Zustimmung Arbeitnehmer nicht erforderlich.
  - ➢ Hinweis:
    - Kündigungen als betriebliche Sanierungsmassnahmen wirken stets *verzögert* (betriebliche Schwierigkeiten rechtfertigen keine fristlosen Entlassungen);
    - Prüfen, ob eine *Massenentlassung* (Art. 335d ff. OR) und/oder eine *Sozialplanpflicht* (Art. 335h ff. OR) vorliegt;
    - *Folgekosten* einkalkulieren.

Im Besonderen: Massenentlassung[2132]

Voraussetzungen[2133]

– Der Arbeitgeber plant *innert 30 Tagen* das Aussprechen folgender Anzahl Kündigungen/eigentlicher Änderungskündigungen aus *wirtschaftlichen, technischen* oder *organisatorischen Gründen:*
  - mind. 10 Arbeitnehmer in Betrieben mit mehr als 20 und weniger als 100 Beschäftigten;
  - 10% der Arbeitnehmer in Betrieben mit mindestens 100 und weniger als 300 Beschäftigten;
  - 30 Arbeitnehmer in Betrieben mit mehr als 300 Beschäftigten.
    - ➢ Hinweis: Eine *zeitliche Staffelung* der Kündigungen ist – vorbehalten einer unzulässigen Umgehung von Art. 335d ff. OR – grundsätzlich zulässig.
– *Nicht* gezählt werden Kündigungen, die in Zusammenhang mit der Person des Gekündigten stehen oder auf einer behördlichen Anordnung[2134] beruhen;
– *Ausnahme:*[2135] Bestimmungen über die Massenentlassungen haben im Konkurs und beim Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung keine Geltung;
– Liegt eine Massenentlassung nach Art. 335d OR vor, ist das *Verfahren über die Massenentlassung* einzuhalten (Art. 335g–f OR).[2136]

2132 Dazu oben § 5/II.

2133 Dazu oben § 5/II/1.

2134 Dazu oben § 5/II/2/e/cc.

2135 Dazu oben § 5/II/2/e/cc.

2136 Dazu oben § 5/II/2/e/bb.

Informations- und Konsultationsverfahren[2137]

- *Wesen und Zweck:*[2138] Möglichkeit arbeitnehmerseitiger Vorschläge zur Vermeidung der Kündigungen bzw. Milderung derer Folgen.
- *Zeitpunkt:*[2139] Bestehen einer konkreten Absicht einer Massenentlassung bzw. vor endgültigem Entschluss über die Kündigungen.
- *Adressat:*[2140] Arbeitnehmervertretung des betroffenen Betriebs, bei Fehlen einer solchen, gesamte Arbeitnehmerschaft des betroffenen Betriebs.
- *Gegenstand und Ablauf*[2141]
  - Schriftliche Mitteilung der *Mindestinformationen* an die Arbeitnehmerschaft (Gründe, Anzahl Betroffene, Anzahl Beschäftigte und Zeitraum der Entlassungen, Art. 335f Abs. 3 lit. a–d OR) sowie – auf entsprechende Anfrage hin – Erteilung aller zweckdienlichen Auskünfte (Art. 335f Abs. 3 OR); *Fristansetzung:* Angemessene Frist zur Vernehmlassung;
  - *Kopie* dieser Mitteilung an das kantonale Arbeitsamt (Art. 335f Abs. 4 OR).
- Nach Ablauf der angesetzten Frist zur Vernehmlassung:
  - Mündliche oder schriftliche *Konsultation* der Arbeitnehmerschaft; Prüfung der Vorschläge, Entscheidung und *Mitteilung dieser Entscheidung* and die Arbeitnehmerschaft;
    - ➢ Hinweis: Aus Praktikabilitätsgründen Konsultation mündlich durchführen (Betriebsversammlung), jedoch aus Beweisgründen mit Protokoll.
  - Mit Abschluss des Konsultationsverfahrens: Frühestmöglicher *Kündigungszeitpunkt;*
  - *Anzeige* an das Arbeitsamt Art. 335g OR; Beginn der 30-Tage-Frist, während der die Kündigungen nicht wirksam werden können (Art. 335g Abs. 4 OR) und *Kopie* der Anzeige an die Arbeitnehmerschaft;
    - ➢ Hinweis: Das Massenentlassungsverfahren gilt nur für die darin *bezeichneten Kündigungen;* bei jeder Kündigungswelle erneut prüfen, ob eine Massenentlassung vorliegt.

2137 Dazu oben § 5/II/2.

2138 Dazu oben § 5/II/2/a/aa.

2139 Dazu oben § 5/II/2/b/bb.

2140 Dazu oben § 5/II/2/a/aa.

2141 Dazu oben § 5/II/2/a/cc und dd.

III. Sozialplan[2142]

Voraussetzungen[2143]

– Eine Sozialplanpflicht besteht, wenn:
  - der *Arbeitgeber* beabsichtigt, innerhalb eines *Betriebes* mit *250 üblicherweise beschäftigten Arbeitnehmern;*
  - *30 Kündigungen innert 30 Tagen, die in keinem Zusammenhang mit der Person stehen,* auszusprechen.
    - ➢ Hinweis:
      - Voraussetzungen sind analog zur Bestimmung über die Massenentlassung auszulegen;
      - Keine zeitliche Staffelung möglich →Kündigungen aufgrund desselben betrieblichen Entscheides werden zusammengezählt.

– *Ausnahme:*[2144] *Keine Sozialplanpflicht* während eines Konkurs- oder Nachlassverfahrens, welches mit einem Nachlassvertrag abgeschlossen wird oder in einem Konkurs mündet.

– Besteht eine Sozialplanpflicht, hat der *Arbeitgeber* die Pflicht, mit der Arbeitnehmerseite *Verhandlungen* über den Sozialplan aufzunehmen.
  - ➢ Hinweis:
    - Soweit bereits ein Sozialplan besteht, prüfen, ob dieser den gesetzlichen Anforderungen entspricht bzw. dennoch eine Verhandlungspflicht besteht;[2145]
    - Besteht gleichzeitig eine Massenentlassung, allfällige Koordinationsmöglichkeiten mit dem dortigen Konsultationsverfahren prüfen.

[2142] Dazu oben § 6.

[2143] Dazu oben § 6/IV.

[2144] Dazu oben § 6/IV/5.

[2145] Dazu oben § 6/VIII.

Ausarbeitung des Sozialplans[2146]

– *Gegenstand:* Vereinbarung über Massnahmen zur Vermeidung von Kündigungen oder Milderung derer Folgen (z.B. Abgangsentschädigung, Umschulung etc.);[2147] *Schranke:* Gefährdung des Fortbestands des Betriebes und Gleichbehandlungsgebot.[2148]
  - ➢ Hinweis:
    - Fokus der Massnahmen in der Regel auf Massnahmen zur Milderung der Kündigungsfolgen und nicht Vermeidung von Kündigungen;[2149]
    - Zeitlichen, persönlichen und sachlichen *Geltungsbereich* des Sozialplans genau definieren.
– *Verhandlungspartner des Arbeitgebers:*[2150] (1.) die am GAV beteiligten Arbeitnehmerverbände, wenn der Arbeitgeber Partei dieses GAV ist (Firmenvertrag); (2.) Arbeitnehmervertretung; (3.) Arbeitnehmerschaft.[2151]
  - ➢ Hinweis:
    - Beizug von Sachverständigen ist zulässig (Art. 335i Abs. 4 OR);[2152]
    - Prüfen, ob auf Arbeitnehmerseite eine Delegation der Verhandlungspflicht sinnvoll ist; allenfalls Vorschlag an Arbeitnehmerseite, ad hoc Arbeitnehmervertretung zu bestellen.[2153]
– *Ablauf*[2154]
  - *Fristansetzung:* Angemessene Frist zur Konsultation bzw. Ausarbeitung von Vorschlägen setzen (analog Massenentlassung); Erteilung sämtlicher zweckmässiger *Auskünfte* (analog Massenentlassung).[2155]

2146 Dazu oben § 6/VI.

2147 Dazu oben § 6/V/1 und 2.

2148 Dazu oben § 6/V/3.

2149 Dazu oben § 6/V/1.

2150 Dazu oben § 6/VI/2/a.

2151 Dazu oben § 6/VI/2/b.

2152 Dazu oben § 6/VI/2/c.

2153 Dazu oben § 6/VI/2.

2154 Dazu oben § 6/VI/3. Hierbei handelt es sich um einen blossen Vorschlag; ein gesetzlich vorgeschriebener Verfahrensablauf besteht nicht.

2155 Dazu oben § 6/VI/1.

- Nach Ablauf der Konsultationsfrist: Mündliche oder schriftliche *Konsultation* des Verhandlungspartners; Studium der Vorschläge; Ausarbeitung Sozialplan; Vorschlag bzw. weitere Verhandlungen.
- *Abschluss Sozialplan:* Mehrheitsbeschluss auf Arbeitnehmerseite.
  - ➢ Hinweis: Wirksamkeit der Kündigungen hängt nicht vom Zustandekommen eines Sozialplans ab.
- *Scheitern der Verhandlungen:*[2156] Anrufung Schiedsgericht (Art. 335j OR); Schiedsverfahren nach Art. 353 ff. ZPO.
  - ➢ Hinweis:
    - Angesichts des äusserst ungewissen Ausgangs des Schiedsverfahrens Anrufung Schiedsgericht als *ultima ratio;*
    - Anwendbare Verfahrensregeln mit Arbeitnehmerseite vorab festlegen bzw. Einigung auf eine Schiedsordnung.

IV. Betriebsübergang[2157]

1. Ausserhalb der Insolvenz

Rechtsgrundlage Übergang Arbeitsverhältnisse

➢ Hinweis: Die Rechtsgrundlage des Übergangs des Arbeitsverhältnisses[2158] ist von jener der Umstrukturierung bzw. des Betriebsübergangs (ausserhalb des FusG qua Singularsukzession oder nach FusG qua Universalsukzession)[2159] zu unterscheiden.

– Ausgangspunkt: Liegt ein Betriebsübergang i.S.v. Art. 333 OR vor?[2160]
  - Wird ein Betrieb(steil) i.S. einer selbständig am Wirtschaftsleben teilnehmenden organisatorischen Einheit auf einen Dritten unter Wahrung der Betriebsidentität übertragen?
  - Welche Arbeitsverhältnisse sind dem übergehenden Betrieb(steil) zuordenbar?

2156 Dazu oben § 6/VII.

2157 Dazu oben § 7.

2158 Dazu oben § 7/III/1/a.

2159 Dazu oben § 7/I/1.

2160 Dazu oben § 7/II.

– Ausgehend davon, ob Tatbestandsvoraussetzungen von Art. 333 OR erfüllt sind, ergibt sich folgende rechtliche Grundlage für den Übergang der Arbeitsverhältnisse:[2161]
  - Tatbestandsvoraussetzungen erfüllt und Betriebsübergang ausserhalb oder innerhalb des FusG → *arbeitsrechtlicher Übergang;*
  - Tatbestandsvoraussetzungen *nicht* erfüllt und Betriebsübergang nach FusG → *fusionsgesetzlicher Übergang;*
  - Tatbestandsvoraussetzungen *nicht* erfüllt und kein Betriebsübergang nach FusG → *Übergang nur mittels dreiseitigen Vertrags.*

Bestimmung der übergehenden Arbeitsverhältnisse

– *Welche Arbeitsverhältnisse gehen auf Erwerber über?*[2162]
  - Arbeitsrechtlicher Übergang: *Zwingender* Übergang sämtlicher dem übergehenden Betrieb zuordenbaren Arbeitsverhältnisse,[2163] vorbehaltlich Ablehnung der Arbeitnehmer.[2164]
    - Spaltung und Vermögensübertragung: Liste der übergehenden Arbeitsverhältnisse (vgl. Art. 37 lit. i FusG, Art. 71 Abs. 1 lit. e FusG) hat *rein deklaratorische Bedeutung.*
    - ➢ Hinweis: *Vermeidung automatischer Übergang* durch rechtzeitige *Versetzung,* entsprechende *Vereinbarung* mit dem einzelnen Arbeitnehmer (Aufhebungsvertrag, Verzicht Übergang bzw. Fortführung des Arbeitsverhältnisses beim Veräusserer)[2165] oder Kündigung[2166]; im Übrigen: genaue Umschreibung des zu übertragenden Betriebes.
  - Fusionsgesetzlicher Übergang: Übergang der Arbeitsverhältnisse via (partielle) Universalsukzession auf den Rechtsträger,[2167] vorbehaltlich Ablehnung durch Arbeitnehmer.[2168]
    - Fusion: sämtliche, zum Zeitpunkt des Betriebsübergangs bestehende Arbeitsverhältnisse;

2161 Dazu oben § 7/III/1/a.

2162 Dazu oben § 7/III/1/c.

2163 Dazu oben § 7/III/1/c/aa.

2164 Dazu oben § 7/III/1/d/aa.

2165 Dazu oben § 7/III/1/f/aa.

2166 Dazu oben § 7/III/1/g/aa und cc.

2167 Dazu oben § 7/III/1/c/bb.

2168 Dazu oben § 7/III/1/d/bb.

- Spaltung und Vermögensübertragung: Übertragung nach der in der Liste vorgenommenen Zuordnung (vgl. Art. 37 lit. i FusG, Art. 71 Abs. 1 lit. e FusG).

➢ Hinweis: Vermeidung des fusionsgesetzlichen Übergangs durch Verknüpfung des Arbeitsvertrages mit einer Resolutivbedingung[2169] oder durch Kündigung[2170]

Wirkung des Übergangs der Arbeitsverhältnisse

– *Zeitpunkt* des Übergangs der Arbeitsverhältnisse:[2171]
  - *Ausserhalb des FusG:* Tag, ab dem Erwerber die Leitungsmacht ausüben kann und Willen hat, dies auch tatsächlich zu tun;
  - *Innerhalb des FusG:* Zeitpunkt der Eintragung der Umstrukturierung im Handelsregister.
– *Gegenstand* der übergehenden Arbeitsverhältnisse:
  - Arbeitsrechtlicher Übergang:[2172] Unveränderter Übergang sämtlicher Rechte und Pflichten bzw. Verbindlichkeiten aus dem Arbeitsverhältnis (Grundsatz der vollständigen Kontinuität), soweit diese einen direkten Bezug zum Arbeitsverhältnis aufweisen.
    ➢ Hinweis:
      - *Anpassung der Arbeitsverhältnisse* vor wie auch nach Betriebsübergang innerhalb der üblichen Schranken zulässig;[2173]
      - Im Besonderen prüfen bzw. regeln: *Schicksal des Konkurrenzverbots.*[2174]
  - Fusionsgesetzlicher Übergang:[2175] Grundsatz der Kontinuität des Arbeitsverhältnisses, allerdings nicht nur auf die arbeitsvertraglichen Rechte und Pflichten beschränkt (bei Fusion neben Arbeitsvertrag sämtliche weiteren Rechte und Pflichten zwischen den Parteien, bei Spaltung und Vermögensübertragung die zusätzlich im Inventar aufgeführten Rechte und Pflichten).

2169 Dazu oben § 7/III/1/f/bb.

2170 Dazu oben § 7/III/1/g/bb und cc.

2171 Dazu oben § 7/III/1/d/e.

2172 Dazu oben § 7/III/2/a.

2173 Dazu oben § 7/III/2/b.

2174 Dazu oben § 7/III/2/a/aa/ii.

2175 Dazu oben § 7/III/2/b.

– *Haftung* für übergehende Arbeitsverhältnisse:[2176]
  - Ausserhalb des FusG:[2177] unbeschränkte Haftung des Erwerbers (Art. 333 Abs. 1 OR); solidarische Haftung des Veräusserers (Art. 333 Abs. 3 OR).
  - Innerhalb des FusG:[2178]
    - Fusion: unbeschränkte Haftung des Erwerbers; Sicherstellungsrecht der Arbeitnehmer (Art. 27 Abs. 2 FusG); persönliche Haftung der Gesellschafter der übertragenden Gesellschaft (Art. 27 Abs. 3 FusG);
    - Spaltung: unbeschränkte Haftung des Erwerbers; Sicherstellung nach Art. 49 Abs. 2 FusG; persönliche Haftung Gesellschafter nach Art. 49 Abs. 3 FusG sowie bei:
      - Aufspaltung: subsidiäre Solidarhaftung aller beteiligten Gesellschaften nach Art. 47 Abs. 1 FusG; Solidarhaftung nach Art. 38 Abs. 3 FusG analog;
      - Abspaltung: arbeitsrechtliche Solidarhaftung nach Art. 333 Abs. 3 OR geht Art. 47 FusG als lex specialis vor;
    - Vermögensübertragung: unbeschränkte Haftung des Erwerbers; (ausnahmsweise) Sicherstellungsrecht nach Art. 75 Abs. 3 FusG; Solidarhaftung übertragende Gesellschaft (Art. 76 Abs. 2 i.V.m. Art. 75 FusG).
  - ➢ Hinweis:
    - Haftungsrisiken im Rahmen der Due Diligence genau eruieren;
    - Haftung im Innenverhältnis zwischen Veräusserer und Erwerber vertraglich genau vereinbaren.
– Schicksal von *Kollektivverträgen:*[2179]
  - Gilt der *GAV*[2180] nach allgemeinen Regeln nach Betriebsübergang *kollektivrechtlich* weiter? Dies gilt bei:
    - Verbandsvertrag: Bei selbstbegründeter Verbandsmitgliedschaft des Erwerbers; bei Allgemeinverbindlichkeit des GAV; bei statuarisch vorgesehener universalsukzessorischer Übertragung;

2176 Dazu oben § 7/III/3/a.

2177 Dazu oben § 7/III/3/b.

2178 Dazu oben § 7/III/3/c.

2179 Dazu oben § 7/IV.

2180 Dazu oben § 7/IV/1.

- Firmenvertrag: ausserhalb des FusG bei ausdrücklicher Übernahme oder Neuabschluss; innerhalb des FusG u.U. im Rahmen der (partiellen) Universalsukzession;
- Wenn nein: Zeitlich begrenzte *individualrechtliche* Fortgeltung nach Art. 333 Abs. 1bis OR;
- Stets prüfen: allfällige *Tarifkonkurrenz?*[2181]

- Gilt die *Betriebsvereinbarung*[2182] nach Betriebsübergang kollektivrechtlich fort?
  - Betriebsübergang via Singularsukzession: grundsätzlich keine kollektivrechtliche Fortgeltung; nach Art. 333 Abs. 1bis OR analog individualrechtliche Fortdauer der Bestimmungen, die beim GAV *den normativen Bestimmungen* zugeordnet würden.
  - Umstrukturierung nach FusG:
    - Unter Wahrung der betrieblichen Einheit: Kollektivrechtlicher Fortbestand im Rahmen der (partiellen) Universalsukzession (Fusion: automatischer Übergang der Parteistellung; Spaltung und Vermögensübertragung: Zuordnung der Parteistellung im Spaltungs- bzw. Vermögensübertragungsvertrag).
    - Unter Verlust der betrieblichen Einheit: Keine kollektivrechtliche Fortgeltung möglich; nach Art. 333 Abs. 1bis OR analog individualrechtliche Fortdauer der Bestimmungen, die beim GAV *den normativen Bestimmungen* zugeordnet würden.
  - Stets prüfen: allfällige *Tarifkonkurrenz?*[2183]

Informations- und Konsultationspflichten im Zuge eines Betriebsübergangs[2184]

– Informationspflicht nach Art. 333a Abs. 1 OR:[2185]
  - *Inhalt und Form:* Formlose Mitteilung über Grund des Übergangs sowie die rechtlichen, wirtschaftlichen und sozialen Folgen;
    - ➢ Hinweis: Mündliche Mitteilung aus Beweisgründen protokollieren.

2181 Dazu oben § 7/IV/1/e.

2182 Dazu oben § 7/IV/2.

2183 Dazu oben § 7/IV/2/c.

2184 Dazu oben § 7/V/1.

2185 Dazu oben § 7/V/2/a.

- *Informationspflichtig:*
  - Ausserhalb des FusG: Veräusserer;
  - Innerhalb des FusG: Veräusserer und Erwerber (in jeweils getrennten Verfahren).
    - ➢ Hinweis: Bei Fusion und Spaltung besteht auch Informationspflicht, wenn keine Arbeitsverhältnisse übertragen werden.
  - *Adressat:* Arbeitnehmervertretung, bei Fehlen dieser die Arbeitnehmerschaft.
- *Zeitpunkt:*
  - Ausserhalb des FusG: vor Vollzug des Übergangs, nicht zwingend vor Vertragsabschluss:
  - Innerhalb des FusG:
    - Fusion und Vermögensübertragung: vor Vollzug des Übergangs;
    - Spaltung: mind. 2 Monate vor dem Spaltungsbeschluss.

– Konsultationspflicht nach Art. 333a Abs. 2 OR:[2186]
  - *Inhalt und Form:* Formlose Konsultation betreffend Massnahmen, die infolge des Betriebsübergangs beabsichtigt sind und die Arbeitnehmer betreffen (z.B. Kündigungen, Versetzungen etc.).
    - ➢ Hinweis: Mündliche Konsultation aus Beweisgründen protokollieren.
  - *Informationspflichtig:* derjenige Arbeitgeber, der die betreffende Massnahme beabsichtigt.
  - *Adressat:* Arbeitnehmervertretung oder bei Fehlen einer solchen die Arbeitnehmerschaft des von der Massnahme betroffenen Betriebes.
    - *Zeitpunkt:* Rechtzeitig vor dem Entscheid über die geplanten Massnahmen;
    - Fusion und Spaltung: spätestens vor der Beschlussfassung der GV bzw. Gesellschafter;
    - Erleichterte Fusion: vor Abschluss des Fusionsvertrages.
      - ➢ Hinweis: Angemessene Frist zur Einbringung der Vorschläge setzen.
  - *Fusionsgesetzliche Sanktion bei Verletzung der Mitwirkungsrechte:* Klage auf Handelsregistersperre.

[2186] Dazu oben § 7/V/2/b.

2. Art. 333b OR: Sonderbestimmung für den Insolvenzfall[2187]

– Sonderbestimmung für den Betriebsübergang während der Nachlassstundung, im Rahmen eines Konkurses, eines Nachlassvertrages mit Vermögensabtretung sowie während eines Konkursaufschubes.

Besondere Wirkung des Übergangs nach Art. 333b OR

– Übergang nur jener Arbeitsverhältnisse, deren Übergang zwischen Veräusserer und Erwerber *vereinbart* ist («cherry picking»),[2188] vorbehalten: Ablehnung durch den Arbeitnehmer.
– Wirkung *Ablehnung:*[2189] Verbleib beim Veräusserer bis zum Ablauf der Kündigungsfrist.
– *Haftung:*[2190] Keine Anwendung von Art. 333 Abs. 3 OR; Erwerber haftet für Forderungen ab Betriebsübergang, Veräusserer für sämtliche Forderungen, die bis zu diesem Zeitpunkt entstanden sind.
– Im Übrigen richten sich die Folgen des Übergangs nach Art. 333 OR.

2187 Dazu oben § 9.

2188 Dazu oben § 9/II/3/a.

2189 Dazu oben § 9/II/5/c.

2190 Dazu oben § 9/II/4.

Lebenslauf

Marina Schwizer

Geboren am 4. März 1991 in Niederuzwil (SG)

1997–2003	Primarschule Degersheim
2003–2005	Katholische Kantonssekundarschule St. Gallen
2005–2009	Kantonsschule am Burggraben: Matura mit Schwerpunktfach Wirtschaft und Recht
2009–2012	Universität St. Gallen: Bachelor of Arts HSG in Rechtswissenschaften
2012–2014	Universität St. Gallen: Master of Arts HSG in Rechtswissenschaften
2014–2017	Schwizer Rechtsanwälte AG: juristische Mitarbeiterin (Teilzeit)
2017	Untersuchungsamt Gossau: Auditorin
2017–2018	Verwaltungsgericht St. Gallen: Auditorin
seit 2018	Schwizer Rechtsanwälte AG: juristische Mitarbeiterin (Teilzeit)