

Die Streitfrage um einen besonderen Kündigungsschutz bei Betriebsübergang

Dr. iur. Isabelle Wildhaber, LL.M. (Berlin/Zürich)*

Art. 333 OR, welcher den Betriebsübergang regelt, wurde mit einer am 1. Mai 1994 in Kraft getretenen Revision der europäischen Richtlinie 1977/187/EWG des Rates vom 14. Februar 1977 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten von Unternehmen, Betrieben oder Betriebsteilen angepasst¹, mit der die umfassende Wahrung der Interessen der betroffenen Arbeitnehmer beim Betriebsübergang angestrebt wird². Art. 333 Abs. 1 OR wurde dabei u.a. in

der Weise abgeändert, dass die im Zeitpunkt der Übertragung des Betriebs auf einen Dritten bestehenden Arbeitsverhältnisse ex lege auf den Erwerber übergehen, selbst wenn dies gegen dessen Willen geschehen sollte³. Es besteht also ein Übernahmewang des Erwerbers. Die Rechtsfolge dieses automatischen Übergangs der Arbeitsverhältnisse beim Betriebsübergang könnte durch Kündigungen der Arbeitsverhältnisse durch den Arbeitgeber (insbesondere vor dem Betriebsübergang) leicht umgangen werden. Aus diesem Grund stellt sich die Frage nach der Zulässigkeit betriebsübergangsbedingter Kündigungen, welche in der Schweiz umstritten ist. Das Ziel dieses Artikels ist es zu untersuchen, wie diese Streitfrage zu beantworten ist, und mittels eines Vergleichs mit Art. 4 Abs. 1 der Richtlinie 2001/23/EG sowie der Rechtsprechung des EuGH zu eruieren, wie gross deren Bedeutung wirklich ist. Dabei wird sich ergeben, dass zumindest Einigkeit darüber herrscht, dass einerseits Kündigungen aus wirtschaftlichen, technischen oder organisatorischen Gründen auch im schweizerischen Recht weiterhin zulässig sind und dass andererseits gesetzesumgehende Kündigungen unzulässig sind. Da kaum Kündigungen denkbar sind, die nicht durch wirtschaftliche, technische oder organisatorische Gründe gerechtfertigt sind, aber noch nicht als gesetzesumgehend gelten müssen, ist die

Die Autorin untersucht, welche Bedeutung dem Kündigungsschutz bei einem Betriebsübergang nach Schweizer Recht zukommt, und vergleicht die Regelungen in Art. 333 OR mit den Bestimmungen in der EU und der Rechtsprechung des EuGH. Dabei stellt sie fest, dass die schweizerische Rechtslage dem europäischen Recht ähnlich ist und somit eine Kündigung im Zeitpunkt eines Betriebsübergangs zulässig ist, sofern dieser ein unternehmerisches Konzept, namentlich wirtschaftliche, technische oder organisatorische Massnahmen zugrunde liegen. Unzulässig ist die Kündigung - wie in der EU auch -, wenn sie zum Zweck einer Gesetzesumgehung erfolgt oder der Betriebsübergang selbst das Motiv der Kündigung darstellt.

Zi.

L'auteure examine quelle importance le droit suisse accorde à la protection du travailleur contre le licenciement en cas de transfert d'entreprise. Elle compare la réglementation de l'art. 333 CO avec les dispositions de l'union Européenne et la jurisprudence de la CJCE. Elle constate ainsi que la situation juridique en Suisse est comparable à celle prévalant en Europe et que, partant, un licenciement au moment du transfert d'entreprise est licite pour autant qu'il repose sur un concept entrepreneurial concrétisé par des mesures économiques, techniques ou d'organisation. De même que dans l'UE, le licenciement est cependant illicite s'il constitue une fraude à la loi ou si le transfert d'entreprise constitue en tant que tel le motif du licenciement.

P.P.

* Lehrbeauftragte an der Humboldt-Universität zu Berlin. Ein herzliches Dankeschön an den Schweizerischen Nationalfonds für die Unterstützung meiner Forschung an der HU Berlin sowie an meine frühere Arbeitskollegin und Freundin Dr. Kara Preedy, LL.M., Lic. dr., Rechtsanwältin in Berlin, für die kritische Durchsicht dieses Manuskripts.

¹ ABI L 61 vom 5.3.1998, 26ff; modifiziert durch die Richtlinie 1998/50/EG des Rates vom 29.6.1998, ABI L 201 vom 17.7.1998, 88; ersetzt durch die Richtlinie 2001/23/EG des Rates, ABI L 82 vom 22.3.2001, 16.

² Siehe BGE 127 V 183, 186; Botschaft I über die Anpassung des Bundesrechts an das EWR-Recht (Zusatzbotschaft I zur EWR-Botschaft) vom 27.5.1992 («Eurolex»), BBI 1992 V 394 ff., 400 f.; Botschaft über das Folgeprogramm nach der Ablehnung des EWR-Abkommens vom 24.2.1993 («Swisslex»), BBI 1993 I 805 f., 880 f.

³ So BGE 129 III 335, 341.

Streitfrage um den besonderen Kündigungsschutz bei Betriebsübergang nur von geringer materieller Bedeutung.

I. Die Regelung in der europäischen Betriebsübergangs-Richtlinie

Art. 4 Abs. 1 der neuen, europäischen Betriebsübergangs-Richtlinie 2001/23/EG bestimmt, dass der Betriebsübergang als solcher keinen Grund zur Kündigung darstellt, weder für den bisherigen noch für den neuen Betriebsinhaber⁴. Vorbehalt bleibt das Recht, die Kündigung aus wirtschaftlichen, technischen oder organisatorischen Gründen, die Änderungen im Bereich der Beschäftigung mit sich bringen, auszusprechen. Dieses Kündigungsrecht steht sowohl dem bisherigen Betriebsinhaber als auch dem Erwerber zu⁵. Die Umstrukturierung eines Betriebs vor seinem Verkauf bleibt somit grundsätzlich möglich, wenn diese im Hinblick auf den Betriebsübergang und die Fortführung des Betriebs wirtschaftlich, technisch oder organisatorisch Sinn macht und deshalb gerechtfertigt ist.

Nach der Rechtsprechung des EuGH soll Art. 4 Abs. 1 der Richtlinie die Wahrung der Ansprüche der Arbeitnehmer dadurch erreichen, «dass sie den ihnen nach nationalem Recht gewährleisteten Schutz gegen Kündigungen durch den Arbeitgeber auch auf den Fall erstreckt, dass der Arbeitgeber im Rahmen eines Unternehmensübergangs wechselt. Diese Bestimmung ist somit auf jede Situation anwendbar, in der die von dem Übergang betroffenen Arbeitnehmer nach nationalem Recht irgendeinen, wenn auch nur eingeschränkten, Schutz geniessen, mit der Folge, dass dieser

Schutz gemäss der Richtlinie ihnen nicht allein aufgrund des Übergangs entzogen oder geschmälert werden kann⁶.» Die Richtlinie legt somit fest, dass der Betriebsübergang an sich keinen Grund zur Kündigung darstellt. Wo es nach nationalem Recht überhaupt keines Grundes für eine Kündigung bedarf, besteht aber auch bei einem Betriebsübergang keine Kündigungsbeschränkung. Das Ziel der Regelung in der europäischen Betriebsübergangs-Richtlinie besteht im Schutz des nationalen status quo des Kündigungsschutzes auch bei Betriebsübergang, nicht aber darüber hinaus – und dies scheint mir oft falsch verstanden zu werden – in einem besonderen Kündigungsschutz bei Betriebsübergang, der alle Kündigungen verbietet, welche sich nicht durch wirtschaftliche, technische oder organisatorische Gründe rechtfertigen lassen.

Bei der Beurteilung, ob die Kündigung allein durch den Betriebsübergang oder durch andere Gründe bedingt war, sind die objektiven Umstände zu berücksichtigen, unter denen die Kündigung erfolgt ist, z.B. die Tatsache, dass die Kündigung zu einem Zeitpunkt nahe dem des Übergangs wirksam geworden ist und dass die betroffenen Arbeitnehmer vom Erwerber wieder eingestellt worden sind⁷.

Wird einem Arbeitnehmer vor dem Betriebsübergang unter Verstoß gegen Art. 4 Abs. 1 der Betriebsübergangs-Richtlinie gekündigt, so gilt er zum Zeitpunkt des Übergangs als immer noch beim Unternehmen beschäftigt, so dass sein Arbeitsverhältnis von Gesetzes wegen auf den Erwerber übergeht⁸. Daher kann sich der Arbeitnehmer, dessen Arbeitsverhältnis kurz vor dem Betriebsübergang vom bisherigen Betriebsinhaber

gekündigt und vom Erwerber nicht übernommen wurde, gegenüber dem Erwerber auf die Rechtswidrigkeit der Kündigung berufen⁹. Im Ergebnis ist

⁴ Die Betriebsübergangs-Richtlinie sieht zwei weitere Ausnahmen von Art. 4 Abs. 1 vor: In Art. 5 Abs. 1 findet sich eine wichtige Ausnahme, indem Kündigungen im Rahmen von Konkursverfahren für zulässig erklärt werden; in Art. 4 Abs. 1 Unterabs. 2 wird es den Mitgliedstaaten erlaubt, einige abgegrenzte Gruppen von Arbeitnehmern, auf die sich die nationalen Rechtsvorschriften auf dem Gebiet des Kündigungsschutzes nicht erstrecken, vom Kündigungsschutz der Betriebsübergangs-Richtlinie auszunehmen.

⁵ Richtlinie 2001/23/EG des Rates vom 12.3.2001 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Wahrung von Ansprüchen der Arbeitnehmer beim Übergang von Unternehmen, Betrieben oder Unternehmens- oder Betriebsteilen, ABl L 82 vom 22.3.2001, 16–20; EuGH vom 12.3.1998, *Dethier Équipement*, Rs. C-319/94, Slg. 1998 I 1061.

⁶ EuGH vom 15.4.1986, *Kommission EG gegen Königreich Belgien*, Rs. C-237/84, Slg. 1986 1247, 1255, N 12 und 13.

⁷ EuGH vom 15.6.1988, *Bork*, Rs. C-101/87, Slg. 1988 I 3057, N 18; EuGH vom 24.1.2001, *Temco*, Rs. C-51/00, Slg. 2002 I 969, N 28.

⁸ EuGH vom 15.6.1988, *Bork* (Fn. 7) N 18; EuGH vom 24.1.2001, *Temco* (Fn. 7), N 28 («Auch der Umstand, dass das Personal des Veräusserers nur wenige Tage vor dem Zeitpunkt der Übernahme des Personals durch den Erwerber gekündigt wurde, woraus sich ergibt, dass Kündigungsgrund der Übergang der Tätigkeit war, kann die Arbeitnehmer nicht um ihren Anspruch auf Fortsetzung ihres Arbeitsvertrags mit dem Erwerber bringen. Infolgedessen ist dieses Personal als zum Zeitpunkt des Übergangs noch angestellt anzusehen.»); EuGH vom 12.3.1998, *Dethier Équipement* (Fn. 5) N 35.

⁹ EuGH vom 12.3.1998, *Dethier Équipement* (Fn. 5) N 42.

¹⁰ BGE 116 II 142 betreffend die fristlose Kündigung durch den Arbeitnehmer; *Brühwiler*, Kommentar zum Einzelarbeitsvertrag, 2. A., Bern 1996, Art. 333 N 1; *Holdermann*, Der Übergang des Arbeitsverhältnisses nach schweizerischem Arbeitsrecht, ArbR 1991 41 ff., 54; *Knus*, Betriebsübergang und Arbeitsverhältnis nach schweizerischem Recht, Winterthur 1978, 60; *Streiff/von Kaenel*, Arbeitsvertrag: Praxiskommentar zu Art. 319–362 OR, 6. A., Zürich 2006, Art. 333 N 10; *Vischer*, SPR VII/4, Der Arbeitsvertrag, 3. A., Basel 2005, 217; *Wylar*, Droit du travail, Bern 2002, 300. Vgl. auch BGer vom 23.12.1998, 4C.329/1998, sowie BBl 1992 V 402.

¹¹ *Wylar* (Fn. 10) 300; *Karagozi*, Les transferts d'entreprises en droit du travail, Zürich 2003, 106; *Lamanna Merkt*, Art. 333 OR Betriebsübergang: die Relevanz der Rechtsprechung des EuGH und des EFTA-Gerichtshofes bei der Auslegung des autonom nachvollzogenen europäischen Rechts, in: Baudenbacher (Hrsg.), Aktuelle Entwicklungen des europäischen und internationalen Wirtschaftsrechts, Band 8, Basel 2006, 407 ff., 459.

¹² *Aubert*, La nouvelle réglementation des licenciements collectifs et des transferts d'entreprises, in: *Aubert* (Hrsg.), Journée 1994 de droit du travail et de la sécurité sociale, Zürich 1995, 87 ff., 112; *ders.*, Insolvenze et transfert d'entreprise: à propos de l'art. 333 CO, in: *Föex* (Hrsg.), Insolvenze, désendettement et redressement: études réunies en l'honneur de Louis Dallèves, Basel 2000, 9 ff., 14; *ders.*, Die neue Regelung über Massentlassungen und den Übergang von Betrieben, AJP 1994 699 ff., 705; *Brunner/Bühler/Waeber/Bruchez*, Commentaire du contrat de travail (selon le Code des obligations), 3. A., Lausanne 2004, Art. 333 N 5; *Hirsiger*, Der Schutz der Gesellschafter, Gläubiger und Arbeitnehmer bei der Fusion von Kapitalgesellschaften nach schweizerischem und europäischem Fusionsrecht, Zürich 2006, 275.

¹³ CAPH GE vom 15.6.2000, JAR 2001 261; siehe auch CAPH GE vom 26.6.2000, SAE 2001 96; CAPH GE vom 15.8.2001, C/3993/2000–2, E. 3b.

¹⁴ CAPH GE vom 15.6.2000, JAR 2001 264.

¹⁵ Vgl. dazu die Kritik bei *Wylar* (Fn. 10) 295 Fn. 997, 300 f.

somit die Rechtsfolge der gegen Art. 4 Abs. 1 Betriebsübergangs-Richtlinie verstossenden, betriebsübergangsbedingten Kündigung deren Nichtigkeit.

II. Die Regelung in Art. 333 OR – die Meinungen sind geteilt

Die Zulässigkeit einer ausschliesslich mit dem Betriebsübergang begründeten Kündigung und die Rechtsfolgen einer solchen Kündigung sind in der Schweiz umstritten. Unstrittig dürfte lediglich sein, dass ein Betriebsübergang nicht Anlass für eine fristlose Vertragsbeendigung sein kann¹⁰.

A. Minderheitsmeinung: Bejahung eines besonderen Kündigungsschutzes bei Betriebsübergang

Ein Teil der Lehre leitet aus der Anordnung des automatischen Übergangs von Arbeitsverhältnissen gemäss Art. 333 Abs. 1 OR einen besonderen Kündigungsschutz der Arbeitnehmer bei Betriebsübergang ab. Dabei gibt es Autoren, welche eine ordentliche, einzig wegen des Betriebsübergangs erfolgende Kündigung als missbräuchlich im Sinne von Art. 336 Abs. 1 lit. c OR bezeichnen¹¹, während andere eine betriebsübergangsbedingte Kündigung als nichtig erachten¹². Der besondere Kündigungsschutz der Arbeitnehmer bei Betriebsübergang wird damit begründet, dass sich dies aus Sinn und Zweck von Art. 333 Abs. 1 OR implizit ergebe, und dass aus dem Übernahmewang des Betriebserwerbers folge, dass der Betriebsübergang als solcher nicht die Kündigung der Arbeitsverhältnisse rechtfertige. Die Betriebsübergangs-Richtlinie präzisiere zwar in Art. 4 Abs. 1, dass das Verbot, einzig aufgrund eines Betriebsüber-

gangs Kündigungen auszusprechen, Entlassungen aus wirtschaftlichen, technischen oder organisatorischen Gründen nicht im Wege stehe, der Betriebsübergang als solcher sei aber kein wirtschaftlicher Grund in diesem Sinne. Weder der bisherige noch der neue Betriebsinhaber dürften demnach Arbeitsverhältnisse wegen des Betriebsübergangs kündigen. In diesem Sinne entschied auch die Chambre d'appel des prud'hommes des Kantons Genf, dass der Veräusserer eines Betriebes rechtsmissbräuchlich handelte, als er aufgrund der bevorstehenden Betriebsübernahme der ganzen Belegschaft so kündigte, dass die Kündigungsfrist am Vorabend der Betriebsübernahme aufhörte zu laufen¹³. Dies ergebe sich aufgrund einer teleologischen Auslegung von Art. 333 OR im Lichte des Rechts der EU. Art. 333 OR verbiete implizit Kündigungen «prononcées par le cédant pour l'échéance de la veille du transfert de l'entreprise. De telles pratiques, dépourvues de finalité économique défendable (maximisation du prix de vente de l'entreprise), videraient la disposition de tout son sens et enlèveraient, du coup, à la révision entrée en vigueur le 1^{er} mai 1994, sa raison d'être¹⁴.» Die erfolgten Kündigungen seien nichtig, was sich ebenfalls teleologisch aus Sinn und Zweck von Art. 333 OR ergebe¹⁵.

B. Herrschende Meinung: Verneinung eines besonderen Kündigungsschutzes bei Betriebsübergang

Der andere (herrschende) Teil der Lehre geht davon aus, dass kein besonderer Kündigungsschutz bei Betriebsübergang besteht und dass eine betriebsübergangsbedingte Kündigung

somit zulässig ist¹⁶. Dieser Ansicht ist aus den folgenden Gründen zuzustimmen.

a. Prinzip der Kündigungsfreiheit und gesetzliche Grundlagen im OR

Wie wir gesehen haben (I.), besteht das Ziel der europäischen Betriebsübergangs-Richtlinie im Schutz des nationalen status quo des Kündigungsschutzes bei Betriebsübergang. Wo es nach nationalem Recht überhaupt keinen Grundes für eine Kündigung bedarf, besteht auch bei einem Betriebsübergang kein besonderer Kündigungsschutz. Das schweizerische Arbeitsrecht basiert auf dem Prinzip der Kündigungsfreiheit, an welchem auch die Einführung des revidierten Art. 333 OR nichts geändert hat. Das Prinzip der Kündigungsfreiheit gilt somit auch im Zusammenhang mit Betriebsübergängen, und ein besonderer sachlicher Kündigungsschutz beim Betriebsübergang scheitert an einer gesetzlichen Grundlage. Der Gesetzgeber hat in Art. 336 Abs. 3 OR explizit nur die Kündigung des bisherigen gewählten Arbeitnehmervertreters als missbräuchlich bezeichnet¹⁷. Es ergibt sich somit aus dem Prinzip der Kündigungsfreiheit sowie den gesetzlichen Grundlagen, dass die rein betriebsübergangsbedingte Kündigung, die einzig mit dem beabsichtigten Betriebsübergang und nicht mit sonstigen wirtschaftlichen, organisatorischen oder technischen Umständen begründet wird, nicht per se ungültig ist. Angesichts der in der Schweiz bestehenden Kündigungsfreiheit entspricht dies auch Art. 4 Abs. 1 Betriebsübergangs-Richtlinie sowie der oben zitierten EuGH-Rechtsprechung dazu.

b. Botschaft des Bundesrates zur Revision von Art. 333 OR

Der Anlass für die Revision des Art. 333 OR war die Absicht, die Rechts-

lage beim Betriebsübergang europakompatibel zu machen. So ist denn in der Botschaft I über die Anpassung des Bundesrechts an das EWR-Recht (Zusatzbotschaft I zur EWR-Botschaft) bezüglich der Streitfrage um einen besonderen Kündigungsschutz bei Betriebsübergang Folgendes zu lesen:

«Weiter schien es nicht nötig, Artikel 4 Absatz 1 der Richtlinie ins Obligationenrecht zu übernehmen. Die Bestimmung will verhindern, dass der nach nationalem Recht bestehende Kündigungsschutz durch eine Betriebsübertragung abgeschwächt wird. [...] Der Betriebsübergang führt somit zu keiner Einschränkung des nach schweizerischem Recht bestehenden Kündigungsschutzes, und unser Recht entspricht deshalb der Richtlinie und den Anforderungen der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften¹⁸.»

Der Bundesrat erachtete somit die Einführung einer sachlichen Kündigungsbeschränkung im Zusammenhang mit dem Betriebsübergang als nicht notwendig. Diese Auslegung von Art. 4 Abs. 1 Betriebsübergangs-Richtlinie entspricht der in der EuGH-Rechtsprechung vorgenommenen Interpretation¹⁹. Der in Art. 333 Abs. 1 OR verkörperte Grundsatz der Kontinuität erfüllt die Funktion, den rechtlichen status quo ante zu wahren. Dies bedeutet, dass in kündigungsschutzrechtlicher Hinsicht der Zweck des Art. 333 Abs. 1 OR lediglich darin liegt, den Arbeitnehmern den allgemein bestehenden Kündigungsschutz (Art. 335b, 335c und 336c OR) auch bei Betriebsübergängen zuzusichern²⁰.

c. Bundesgerichtliche Rechtsprechung

In BGE 123 III 466 hat das Bundesgericht in einem obiter dictum die Frage offen gelassen, ob eine Kündigung aus dem einzigen Grund des Betriebs-

übergangs gültig wäre (und somit Art. 333 OR einen besonderen sachlichen

¹⁶ Baumgartner, Basler Kommentar FusG, Basel 2004, vor Art. 27 N 13; Brändli, Outsourcing: Vertrags-, Arbeits- und Bankrecht, Bern 2001, 171ff; Brühwiler (Fn. 10) Art. 333 N 1; Denzler, Zur Tragweite von Art. 333 OR, recht 1998 66 ff., 73; Duc/Subilia, Commentaire du contrat individuel de travail: avec un aperçu du droit collectif et public du travail, Lausanne 1998, Art. 333 N 8; Geiser, Arbeitsrechtliche Fragen bei Sanierungen, in: Vito (Hrsg.), Sanierung der AG, 2. A., Zürich 2003, 145 ff., 170; Müller, Die neuen Bestimmungen über den Betriebsübergang, AJP 1996 149 ff., 158; Portmann, Individualarbeitsrecht, Zürich 2000, N 839; Reinert, Fusionsgesetz, Stämpfli Handkommentar, Bern 2003, Art. 27 N 4; von Salis, Fusionsgesetz, Zürich 08/2004, fusionsgesetz.ch, N 21.8; Staehelin, Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht Bd. V/2c, Der Arbeitsvertrag, 3. Aufl., Zürich 1996 (Art. 331-355), Art. 333 N 12; Stöckli, Schweizerisches Arbeitsrecht und europäische Integration, ZSR 1993 1 ff., 91; Streiff/von Kaenel (Fn. 10) Art. 333 N 10; Vischer (Fn. 10) 217 (implizit); Winkler, Unternehmensumwandlungen und ihre Auswirkungen auf Arbeitsverträge, Bern 2001, 109 f.; Zimmerli, Arbeitnehmerschutz bei Umstrukturierungen unter Berücksichtigung des Fusionsgesetzes, AJP 2005 771 ff., 778.

¹⁷ So auch Staehelin (Fn. 16) Art. 333 N 12; Brändli (Fn. 16) 171 Fn. 869; Lamanna Merkt (Fn. 11) 459. Die Bestimmungen über die Massenentlassungen in Art. 335d ff. OR sehen bei Verletzung der Konsultationspflicht ebenfalls ausdrücklich die Rechtsfolge der Missbräuchlichkeit vor, BBI 1992 V 406.

¹⁸ BBI 1992 V 402. Vgl. dazu Winkler (Fn. 16) 109 (erhöhter Bestandesschutz auch nicht über konforme Auslegung der Richtlinie zu erreichen); Brändli (Fn. 16) 173 Fn. 875 (verneint Europarechtskonformität).

¹⁹ Siehe dazu oben Fn. 6.

²⁰ Winkler (Fn. 16) 109; Brühwiler (Fn. 10) Art. 333 N 1; Streiff/von Kaenel (Fn. 10) Art. 333 N 10.

Kündigungsschutz enthält²¹. In BGE 127 V 183 hält das Bundesgericht fest, dass eine ausschliesslich im Hinblick auf einen Betriebsübergang ausgesprochene Kündigung nach der Rechtsprechung sowohl des Bundesgerichts als auch des Gerichtshofes der Europäischen Gemeinschaften nicht gültig sei, dass aber das Bundesgericht die Konsequenzen einer Kündigung mit

²¹ BGE 123 III 469 E. 3b. Offen geblieben ist die Frage auch in GSGE BS vom 5.4.2004, BJM 2005 228 ff. Aus dem Urteil des BGER vom 25.3.1999, 4C.37/1999, kann entgegen der Aussage von Aubert, in: Insolvenze (Fn. 12) 13 f., nichts in Bezug auf die Gültigkeit einer betriebsübergangsbedingten Kündigung entnommen werden, siehe dazu Lamanna Merkt (Fn. 11) 458; Karagjozi (Fn. 11) 105 f. Fn. 353.

²² Identisch in einem Urteil des EVG vom 20.4.2001, C.283/2000.

²³ BGE 127 V 183 ff., 194, mit Verweis auf nicht veröffentlichtes Urteil des BGER vom 7.1.1999, 4C.333/1998.

²⁴ BGER vom 7.1.1999, 4C.333/1998, 4-5, E. 1b.bb.

²⁵ Aus der Botschaft ergibt sich dies m.E. nicht, siehe BBI 1992 V 394, 397, 400-402.

²⁶ BGER vom 14.4.2005, 4P.299/2004, ARV 2005 179-180. Ähnlich auch GSGE vom 5.4.2004, BJM 2005 228 ff., 230 («Vorliegend brauchte die in Lehre und Rechtsprechung strittige Frage nicht entschieden zu werden. Es ergab sich nämlich, dass die Y. AG das Arbeitsverhältnis sowohl aus Gründen als auch in einem Zeitpunkt gekündigt hat, die nicht auf eine Umgehung des Rechtsschutzes hindeuteten.»); EVG vom 28.3.2006, C.9/04, E. 3.5 («Abgesehen davon kann sich auch die Frage stellen, ob sich eine Auflösung der Arbeitsverhältnisse durch den alten Betriebsinhaber im Hinblick auf den Betriebsübergang mit dem Schutzzweck von Art. 333 OR vereinbaren lässt oder nicht als Gesetzesumgehung zu beachten ist.»); BGER vom 23.10.2007, 4A.48/2007, E. 3.I.I («Demeure réservée la question, controversée, mais qui ne se pose pas en l'espèce, des conséquences de la résiliation d'un contrat de travail notifiée par l'employeur pour éluder la protection découlant de l'art 333 al. 1 CO.»).

dem Zweck, den Rechtsfolgen des Art. 333 OR zu entgehen, offen gelassen habe²². Dabei verweist das Bundesgericht auf ein nicht veröffentlichtes Urteil vom 7. Januar 1999²³. In diesem unveröffentlichten Urteil des Bundesgerichts vom 7. Januar 1999²⁴ ist Folgendes zu lesen:

«Les travaux préparatoires indiquent clairement que l'employeur ne peut faire table rase des contrats de travail en vue du transfert, à la seule fin d'éluider la protection des salariés et de soustraire à la règle impérative de l'art. 333 al. 1 CO (Message du Conseil fédéral sur l'adaptation du droit fédéral au droit de l'EEE, FF 1992 V 394²⁵; Brunner/Bühler/Waerber, Commentaire du contrat de travail, 2^e éd., n. 3 ad art. 333 CO; G. Aubert, La nouvelle réglementation des licenciements collectifs et des transferts d'entreprises, in: Journée 1994 de droit du travail et de la sécurité sociale, Zurich 1995, p. 87 ss, p. 111; contra: Staehelin, Commentaire zurichois, n. 12 ad art. 333 CO; Denzler, Zur Tragweite von Art. 333 OR, in: Recht 1998 p. 66 ss, p. 73). Cette solution est admise aussi par le droit européen – qu'il convient de prendre en considération dans l'interprétation de l'art. 333 CO (cf. G. Aubert, op. cit., p. 109/110; contra: Denzler, op. cit., p. 69) – en particulier dans le cas où le cessionnaire maintient les postes de travail et prend à son service des travailleurs licenciés. Les conséquences attachées à la résiliation des contrats de travail par l'employeur pour éluder la protection des travailleurs sont incertaines. La question se pose de savoir si le transfert des droits et des obligations s'opère malgré la résiliation ou si, à tout le moins, cette dernière doit être considérée comme abusive (cf. Brunner/Waerber/Bühler, ibidem; G. Aubert, op. cit., p. 111; Duc/Subilia, Commentaire du contrat individuel de travail, n. 14 ad art. 333 CO p. 337). On peut cependant en l'espèce laisser le point indécis, car le congé donné par l'employeur se

concilie de toute manière avec le droit fédéral.»

Aus diesem unveröffentlichten Bundesgerichtsentscheid ergibt sich, dass eine Kündigung des Arbeitgebers im Zusammenhang mit einem Betriebsübergang, welche den einzigen Zweck verfolgt, den Rechtsfolgen des Art. 333 OR zu entgehen, nicht gültig ist («l'employeur ne peut faire table rase des contrats de travail en vue du transfert, à la seule fin d'éluider la protection des salariés et de soustraire à la règle impérative de l'art. 333 al. 1 CO»). Es ergibt sich demgegenüber aus diesem Entscheid – entgegen der Aussage in BGE 127 V 183 E. 7 – nicht, dass eine ausschliesslich im Hinblick auf einen Betriebsübergang ausgesprochene Kündigung nicht gültig sei. Diese zweite Schlussfolgerung ist allgemeiner, beinhaltet sie doch keine Einschränkung im Hinblick auf die Absicht des Arbeitgebers bei der Kündigung. Das Urteil vom 7. Januar 1999 besagt lediglich, dass eine Kündigung durch den Arbeitgeber im Hinblick auf einen Betriebsübergang ungültig ist, wenn diese mit dem Zweck der Umgehung von Art. 333 OR erfolgt. Eine betriebsübergangsbedingte Kündigung ist gemäss dem unveröffentlichten Bundesgerichtsentscheid vom 7. Januar 1999 nicht per se ungültig.

Dieser Auslegung entsprechen die Erwägungen des Bundesgerichts in einem Urteil vom 14. April 2005²⁶, wo es dem basel-städtischen Appellationsgericht zustimmt, «dass eine Kündigung dann gegen Art. 333 OR verstiesse, wenn sie im Hinblick auf eine Betriebsübernahme zu dem Zweck ausgesprochen werde, dem Arbeitnehmer den gesetzlichen Schutz zu entziehen». Das Bundesgericht stimmt der Gültigkeit der Kündigung durch den Arbeitgeber zu, da diese durch Änderungen im Bereich der Beschäfti-

gung des Arbeitnehmers begründet sei (genauer: «wegen der bevorstehenden Beendigung des Mietverhältnisses mit der D. AG und den damit verbundenen Konsequenzen sowie dem fusionsbedingten Wegfall [des] Hauptkunden E. AG»). Es wird also differenziert, ob die betriebsübergangsbedingte Kündigung zur Umgehung von Art. 333 OR ausgesprochen wird, oder ob sie durch wirtschaftliche, organisatorische oder technische Umstände begründet ist. Die weiteren Aussagen des Bundesgerichts, dass die Kündigung nicht «übergangsbedingt» war und deshalb das Appellationsgericht die Gültigkeit der Kündigung zu Recht bejaht hatte, und dass die Kündigung «nicht im Hinblick auf eine Betriebsübernahme ausgesprochen wurde», unterstreichen lediglich die Feststellung, dass sich im vorliegenden Fall die Kündigung durch andere Gründe als den Betriebsübergang rechtfertigen liess. Diese Aussagen geben aber keine Antwort auf die Fragestellung, ob rein betriebsübergangsbedingte Kündigungen insgesamt ungültig oder gültig (solange sie nicht den Zweck verfolgen, die Rechtsfolgen von Art. 333 OR zu umgehen) sind.

d. Ergebnis: Grundsätzliche Zulässigkeit betriebsübergangsbedingter Kündigungen

Die Betriebsübergangs-Bestimmung in Art. 333 OR bringt den Arbeitnehmern auch nach der Revision von 1993 keinen erhöhten Bestandeschutz. Obwohl dies aus sozialpolitischer Sicht wünschenswert sein mag, ist ein besonderer Kündigungsschutz bei Betriebsübergang – abgesehen von demjenigen der Arbeitnehmervertreter in Art. 336 Abs. 3 OR – abzulehnen²⁷. Im Rahmen der genannten

Kündigungsschutzbestimmungen steht es deshalb dem bisherigen und dem neuen Betriebsinhaber frei, vor bzw. nach Betriebsübergang die Arbeitsverhältnisse aufzulösen, solange damit nicht bezweckt wird, den Rechtsfolgen des Art. 333 OR zu entgehen (siehe dazu nachfolgend III.). Die von den Genfer Richtern geäusserten Argumente, dass diese Sicht es unverständlich machen würde, warum der Cour d'appel des prud'hommes schon vier Mal Kündigungen im Hinblick auf einen Betriebsübergang nichtig erklärt habe, und warum das EJPD am 1. März 2000 die Parteien und interessierten Verbände um einen Vorentwurf für einen revidierten Art. 333 OR gebeten habe, überzeugen einen nicht vom Gegenteil²⁸.

III. Einschränkung der Gesetzesumgehung und deren Rechtsfolgen

Erfolgt eine betriebsübergangsbedingte Kündigung mit der Absicht, den Rechtsfolgen des Art. 333 Abs. 1 OR zu entgehen und den Übergang der Arbeitsverhältnisse zu verhindern, so liegt eine Gesetzesumgehung vor. Ein Indiz für eine Gesetzesumgehung ist es z.B., wenn die ganze Belegschaft auf den Tag vor dem Betriebsübergang entlassen wird und die Arbeitsplätze der entlassenen Arbeitnehmer mit Neuanstellungen wieder besetzt oder gar dieselben Arbeitnehmer kurze Zeit später wieder angestellt werden. Eine Gesetzesumgehung liegt dann nicht vor, wenn hinter der Kündigung ein unternehmerisches Konzept steht, wenn also die Kündigung einen wirtschaftlichen, technischen oder organisatorischen Grund hat²⁹.

Es stellt sich die Frage nach den Rechtsfolgen einer solchen gesetzesumgehenden Kündigung, welche das

Bundesgericht bis anhin explizit offen gelassen hat³⁰. Auch zu dieser Frage scheinen die Meinungen auf den ersten Blick geteilt zu sein. *Brändli* spricht sich dafür aus, dass eine im Zusammenhang mit einem Betriebsübergang ausgesprochene Kündigung, mit der gleichzeitig ein Angebot für ein Anstellungsverhältnis mit dem Betriebserber unterbreitet wird, als missbräuchlich eingestuft werden muss. Er begründet dies damit, dass «der in Art. 333 Abs. 1 OR verfolgte Schutzzweck umgangen» wird³¹. Andere Autoren wie *Lamanna Merkt* und *Karagjozi* unterscheiden zwischen der gesetzesumgehenden Kündigung, welche nichtig sein soll, und der Kündigung, die ausschliesslich wegen des Betriebsübergangs ausgesprochen wird und dem Arbeitnehmer den gesetzlichen Schutz von Art. 333 OR entzieht, welche missbräuchlich sein soll³². Ers-

tere ist die, um welche es hier geht, während weitere – wie oben dargelegt – hier als zulässige Kündigung behandelt wird, womit deren Rechtsfolgen gar nicht abgeklärt werden

³³ *Wylter* (Fn. 10) 300 («Si l'employeur résilie pour empêcher le transfert, il commet une résiliation abusive au sens de l'art. 336 al.1 let. c CO.»).

³⁴ *Wylter* (Fn. 10) 300 f.; so auch *Karagjozi* (Fn. 11) 106, und *Lamanna Merkt* (Fn. 11) 459.

³⁵ *Wylter* (Fn. 10) 300 f., weist auf Fälle von Pächterwechseln (siehe dazu BGE 123 III 466) hin, bei denen der Arbeitgeber im Hinblick auf die Aufgabe seiner Geschäftstätigkeit kündigt und sich über den bevorstehenden Betriebsübergang gar nicht im Klaren ist. Er schliesst aus diesem Hinweis aber keine klare Schlussfolgerung. M.E. kann es sich hier schon deshalb nicht um eine betriebsübergangsbedingte Kündigung handeln, weil ein Betriebsübergang, der als solcher nicht geplant ist, kein Motiv für die Kündigung sein kann.

³⁶ *Aubert*, in: *Journée* 1994 (Fn. 12) 111; *Brunner et al.* (Fn. 12) Art. 333 N 5 (vertreten die Meinung, dass jede betriebsübergangsbedingte Kündigung eine Gesetzesumgehung darstelle, welche gemäss Art. 20 OR verboten sei); *Duc/Subilia* (Fn. 16) Art. 333 N 5; *Geiser* (Fn. 16) 170; *Portmann*, Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR, 4. A., Basel 2007, Art. 333 N 10 (auch er scheint davon auszugehen, dass jede betriebsübergangsbedingte Kündigung gesetzesumgehend ist); *Streiff/von Kaenel* (Fn. 10) Art. 333 N 10; *Winkler* (Fn. 16), 110. Ebenso CAPH GE vom 15.6.2000, JAR 2001 261, II.B.a.4.

³⁷ Ausführlich *Kramer*, Berner Kommentar zum OR, 3. A., Bern 1991, Art. 19/20 N 262 ff.; *Deschenaux*, Le Titre préliminaire du Code civil, Traité de droit civil suisse, Tome II/1, Fribourg 1969, 148. In der arbeitsrechtlichen Literatur und Rechtsprechung wird die Gesetzesumgehung noch überwiegend als Anwendungsfall des Rechtsmissbrauchs behandelt, siehe BGE 129 III 618, BGE vom 20.7.1999, JAR 2000 105; anders KGer SG vom 12.12.2003, JAR 2004 536.

²⁷ So die herrschende Lehre, siehe Fn. 16. Vgl. dazu die Kritik bei *Suffert*, Schutz des Arbeitnehmers beim Betriebsübergang, Zürich 1999, 36 f., 155 f.

²⁸ CAPH GE vom 15.6.2000, JAR 2001 261, II.B.a.7 und 8.

²⁹ Siehe z.B. CAPH GE vom 15.8.2001, C/3993/2000-2, E. 3b (es handle sich um eine Kündigung aus organisatorischem Grund, wenn der Betrieb zwecks Renovation für drei Monate geschlossen werde und die Arbeitnehmer daran anschliessend wieder angestellt würden).

³⁰ BGE 127 V 183, 194, E. 7, mit Verweis auf BGE vom 7.1.1999, 4C.333/1998, E. 1.b.bb («Les conséquences attachées à la résiliation des contrats de travail par l'employeur pour éluder la protection des travailleurs sont incertaines. La question se pose de savoir si le transfert des droits et des obligations s'opère malgré la résiliation ou si, à tout le moins, cette dernière doit être considérée comme abusive.»).

³¹ *Brändli* (Fn. 16) 171.

³² *Lamanna Merkt* (Fn. 11) 459; *Karagjozi* (Fn. 11) 105 f.

müssen. *Wylter* wiederum qualifiziert die Kündigung «pour empêcher le transfert» als missbräuchlich im Sinne von Art. 336 Abs. 1 lit. c OR³³. Er begründet dies damit, dass gemäss der schweizerischen Rechtsordnung, von wenigen Ausnahmen (z.B. Art. 10 GIG) abgesehen, Kündigungen nicht nichtig, sondern gültig und entschädigungspflichtig sind, und dass die Rechtsfolge der Nichtigkeit ausdrücklich vom Gesetzgeber vorgesehen werden müsste³⁴. Allerdings wird aus der Begründung nicht klar, ob dies allgemein für betriebsübergangsbedingte Kündigungen oder ausschliesslich für gesetzesumgehende betriebsübergangsbedingte Kündigungen («pour empêcher le transfert», um den Betriebsübergang zu verhindern) gelten solle³⁵.

Die herrschende Lehre geht davon aus, dass eine gesetzesumgehende Kündigung nicht gültig ist; ansonsten könnte der in Art. 333 Abs. 1 OR statuierte automatische Übergang der Arbeitsverhältnisse leicht umgangen werden³⁶. Dieser Meinung ist aus fol-

³⁸ GSGE vom 5.4.2004, BJM 2005 228 ff., 230 («Wäre die Kündigung hingegen darauf angelegt gewesen, den Rechtsschutz nach Art. 333 OR auszuhebeln, hätte die Y. AG im Wissen darum kündigen müssen, dass der Beklagte den Betrieb übernehmen würde. Ebenso zu entscheiden wäre gewesen, wenn der Beklagte gleichzeitig mit der Kündigung durch die Y. AG den Angestellten ein Angebot zur Weiterbeschäftigung unterbreitet hätte.»). Vgl. auch Fn. 35.

³⁹ BGE 117 II 296 = Pra 1992 485; BGE 116 II 570 = Pra 1991 650; CAPH GE vom 15.6.2000, JAR 2001 261, II.B.c.4.; *Kramer/Schmidlin*, Berner Kommentar zum OR, 3. A., Bern 1986, Art. 18 N 145; *Kramer* (Fn. 37) Art. 19/20 N 264; *Engel*, Traité des obligations en droit suisse: dispositions générales du CO, 2. A., Bern 1997, 281; *Streiff/von Kaenel* (Fn. 10) Art. 334 N 7.

genden Gründen zuzustimmen. Wenn davon ausgegangen wird, dass eine betriebsübergangsbedingte Kündigung nicht allgemein unzulässig ist, sondern nur dann, wenn eine Gesetzesumgehung von Art. 333 Abs. 1 OR vorliegt, so muss die Frage nach den Rechtsfolgen einer unzulässigen Kündigung nach den Regeln der Gesetzesumgehung beantwortet werden. Bei einem Umgehungsgeschäft (in fraudem legis agere) wird versucht, dem Anwendungsbereich einer Norm zu entgehen, indem eine Gestaltungsmöglichkeit ausgenutzt wird, welche wirtschaftlich zum verpönten Erfolg führt³⁷. Dies setzt im Fall der betriebsübergangsbedingten Kündigung zum Zweck der Umgehung der Rechtsfolgen von Art. 333 OR voraus, dass die Kündigung im Wissen darum ausgesprochen wird, dass der Betrieb von einem neuen Betriebsinhaber überhaupt übernommen wird, was nicht in allen Konstellationen der Fall sein muss – man denke z.B. an den Pächterwechsel³⁸. Ergibt die Auslegung der umgangenen Norm, dass das Umgehungsgeschäft miterfasst sein soll, so ist dieses nach Massgabe der umgangenen Norm sanktionierbar³⁹. Wird eine Kündigung im Zusammenhang mit einem Betriebsübergang ausgesprochen, um den Rechtsfolgen von Art. 333 Abs. 1 OR zu entgehen, so muss dieses Rechtsgeschäft nach Massgabe des umgangenen Abs. 1 behandelt werden. Dies bedeutet in concreto, dass das bisherige Arbeitsverhältnis auf den neuen Betriebsinhaber übergeht und die Kündigung keine Wirkung entfaltet und somit nichtig ist. Dies entspricht auch dem europäischen Recht: Wird einem Arbeitnehmer vor dem Betriebsübergang unter Verstoß gegen Art. 4 Abs. 1 Betriebsübergangs-Richtlinie gekündigt, so gilt er zum Zeitpunkt des Über-

gangs als immer noch beim Unternehmen beschäftigt, so dass sein Arbeitsverhältnis von Gesetzes wegen auf den Erwerber übergeht⁴⁰.

IV. Geringe materielle Bedeutung der Streitfrage

Gemäss EuGH sind bei der Beurteilung, ob die in Frage stehende Kündigung allein durch den Betriebsübergang begründet war (und nicht auf wirtschaftlichen, technischen oder organisatorischen Gründen beruht), die objektiven Umstände zu berücksichtigen, unter denen die Kündigung erfolgt ist. Dabei nennt der EuGH ausdrücklich das Beispiel, dass die Arbeitsverhältnisse unmittelbar vor dem Betriebsübergang beendet wurden und der Erwerber die Arbeitnehmer wieder eingestellt hat⁴¹. Genau dies ist aber – wie wir gesehen haben – ein Indiz für eine gesetzesumgehende Kündigung im eben beschriebenen Sinn. Es drängt sich einem deshalb die Frage auf, ob es denn überhaupt Kündigungen gibt, welche nicht durch wirtschaftliche, technische oder organisatorische Gründe gerechtfertigt sind und somit nicht auf einem unternehmerischen Konzept beruhen, aber auch keine Gesetzesumgehung von Art. 333 Abs. 1 OR darstellen. Denn wenn man dies verneinen müsste, so ergäbe sich, dass zwischen dem europäischen und dem schweizerischen Recht kaum ein Unterschied besteht. Ausserdem wäre die ganze Debatte um einen besonderen sachlichen Kündigungsschutz beim Betriebsübergang nurmehr von geringem materiellem Interesse, da in der Schweiz Einigkeit darüber zu herrschen scheint, dass gesetzesumgehende Kündigungen unzulässig sind und dass die Möglichkeit bestehen bleibt, im Zu-

sammenhang mit Betriebsübergängen Kündigungen aus wirtschaftlichen, organisatorischen oder technischen Gründen vorzunehmen⁴².

Die Frage nach der Existenz von betriebsübergangsbedingten, aber nicht gesetzesumgehenden Kündigungen drängt sich einem umso mehr auf, wenn man bei *Willemsen* zum deutschen § 613a Abs. 4 BGB, einer Bestimmung, welche bekanntlich ein Verbot der Kündigung wegen Betriebsübergangs statuiert, liest:

«§ 613a Abs. 4 BGB hat gegenüber der Regelung des Abs. 1 Komplementärfunktion. Die Norm soll als spezialgesetzliche Regelung des allgemeinen Umgehungsverbots verhindern, dass der in § 613a Abs. 1 BGB angeordnete Bestandsschutz durch eine Kündigung unterlaufen wird. Das Kündigungsverbot schützt dagegen nicht vor Risiken, die sich jederzeit unabhängig von einem Betriebsübergang realisieren können und führt, richtig verstanden, nicht zur Lähmung notwendiger Umstrukturierungsprozesse.»⁴³

Oder bei *Picot/Schnitker*:

«Die Vorschrift des § 613a Abs. 4 BGB wird vom BAG auf Aufhebungsverträge und Befristungsvereinbarungen entsprechend angewandt, wenn diese mit dem Ziel abgeschlossen werden, den Bestandsschutz nach § 613a Abs. 1 BGB zu umgehen. Dies ist der Fall, wenn zugleich mit dem Aufhebungsvertrag ein neues Arbeitsverhältnis zu dem Betriebserwerber begründet oder zumindest verbindlich in Aussicht gestellt wird.»⁴⁴

Das europäische Recht steht der Möglichkeit des bisherigen und des neuen Betriebsinhabers, eine Unternehmensumstrukturierung vorzunehmen, nicht im Weg. Soweit nach nationalem Recht unabhängig vom Fall des Betriebsübergangs eine Kündigung ausgesprochen werden kann, wird diese Möglichkeit nicht allein dadurch ausgeschlossen, dass das Unternehmen

zwischenzeitlich übertragen worden ist oder eine Übertragung bevorsteht. Art. 4 Abs. 1 Betriebsübergangs-Richtlinie verbietet eine allein mit dem Betriebsübergang begründete Kündigung, nicht jedoch Kündigungen aus anderen, in der Bestimmung genannten Gründen. Leider liefert die Rechtsprechung des EuGH kaum Anhaltspunkte dafür, wann eine Kündigung wirtschaftlich und wann sie nur mit dem Betriebsübergang begründet werden kann. Der Hinweis, dass auf objektive Umstände abgestellt werden muss, hilft da kaum weiter. Problematisch wird die Abgrenzung insbesondere, wenn der bisherige Betriebsinhaber mit einem potenziellen Erwerber Verhandlungen aufnimmt und dieser von ihm verlangt, dass er Personal abbaue. Bei einer solchen Kündigung nach Massgabe des Erwerbers kann einerseits argumentiert werden, diese Kündigung stütze sich allein auf den Betriebsübergang und sei unzulässig, andererseits kann die Meinung vertreten werden, es handle sich um eine Kündigung, welche durch die Umstrukturierung des Betriebs gerechtfertigt sei und welche nicht aus dem Betriebsübergang selber resultiere⁴⁵.

⁴⁰ Vgl. Fn. 8.

⁴¹ EuGH vom 15.6.1988, *Bork* (Fn. 7) N 18; EuGH vom 24.1.2001, *Temco* (Fn. 7) N 28.

⁴² Vgl. *Portmann* (Fn. 36) Art. 333 N 10; *Streiff/von Kaenel* (Fn. 10) Art. 333 N 10; *Baumgartner* (Fn. 16) vor Art. 27 N 13; BGR vom 14.4.2005, 4P.299/2004, ARV 2005 179 f.

⁴³ *Willemsen/Hohenstatt/Schweibert/Seibt*, Umstrukturierung und Übertragung von Unternehmen, 2. A., München 2003, H N 89.

⁴⁴ *Picot/Schnitker*, Arbeitsrecht bei Unternehmenskauf und Umstrukturierung, München 2001, 128.

⁴⁵ So *Karagjozi* (Fn. 11) 97. Vgl. aber auch Fn. 50 zur «Veräussererkündigung auf Erwerberkonzept».

Wie in der Rechtsprechung des EuGH, so lassen sich auch in der Rechtsprechung des Bundesgerichts kaum Ansätze für eine Definition des Begriffs der betriebsübergangsbedingten Kündigung finden. Wie oben erläutert, wird der Begriff meist im gleichen Atemzug mit der Absicht, die Rechts-

⁴⁶ BGR vom 7.1.1999, 4C.333/1998, 4-5, E. 1b.bb («l'employeur ne peut faire table rase des contrats de travail en vue du transfert, à la seule fin d'éviter la protection des salariés et de soustraire à la règle impérative de l'art. 333 al. 1 CO»).

⁴⁷ BGR vom 7.1.1999, 4C.333/1998, 4-5, E. 1b.bb.

⁴⁸ Siehe *Portmann* (Fn. 36) Art. 333 N 10; *Picot/Schnitker* (Fn. 44) 129; *Willemsen et al.* (Fn. 43) H N 92 ff.; *Mengel*, Umwandlungen im Arbeitsrecht, Heidelberg 1997, 214.

⁴⁹ Vgl. dazu den Fall BAG vom 26.5.1983, AP Nr. 34 zu § 613a BGB mit Anm. *Grunsky* = BB 1983 2116 = DB 1983 2690 = NJW 1984 627 = ZIP 1983 1377. In diese Richtung geht auch die Aussage des CAPH GE vom 15.6.2000, JAR 2001 261, 265 (b.3. «Le souci de maximiser le prix de vente n'est pas un motif économique qui justifierait la résiliation des rapports de travail avant le transfert de l'entreprise.»).

⁵⁰ Während sich z.B. die Sanierungskündigung des Betriebsveräusserers oder die Kündigung des Betriebserwerbers nach Betriebsübergang wegen Synergie- und Rationalisierungseffekten durch wirtschaftliche Gründe rechtfertigen lassen (und somit auch bei der Annahme des Verbots betriebsübergangsbedingter Kündigungen zulässig sein müssen), ist es bei einer sog. «Veräussererkündigung auf Erwerberkonzept» streitig, ob es sich um eine betriebsübergangsbedingte Kündigung oder um eine Kündigung aus wirtschaftlichen Gründen handelt, vgl. dazu die Debatte im deutschen Recht *Picot/Schnitker* (Fn. 44) 134 ff.; *Willemsen et al.* (Fn. 43) H N 107 ff. Siehe auch *Lamanna Merkt* (Fn. 11) 457 (sie geht von einer betriebsübergangsbedingten Kündigung aus, «wenn diese vor dem Betriebsübergang nach Massgabe und unter Mitberücksichtigung der Betriebsstrukturen des Erwerbers» erfolgt).

folgen des Art. 333 OR zu umgehen, genannt⁴⁶, und sodann von anderen Kündigungsgründen, wie z.B. der Tatsache, dass der bisherige Betriebsinhaber dem Arbeitnehmer gar keine Arbeit mehr anzubieten hat⁴⁷, unterschieden. Eine betriebsübergangsbedingte Kündigung muss m.E. angenommen werden, wenn das Motiv der Kündigung im Wesentlichen der Betriebsübergang als solcher war. Dies ist stets dann anzunehmen, wenn es neben dem Betriebsübergang keinen anderen sachlichen Grund gibt, der die Kündigung rechtfertigen würde und der zur Folge hätte, dass sich der Betriebsübergang zwar als äusserer Anlass, nicht jedoch als tragender Grund darstellt⁴⁸. Dies ist z.B. dann der Fall, wenn es bei der Kündigung um nichts anderes geht als um eine negative Personalauslese nach den Wünschen eines bereits vorhandenen oder präsumtiven Betriebserwerbers⁴⁹. In einem solchen Fall liegt die Motivation für die Kündigung ausschliesslich in dem bevorstehenden Betriebsübergang. Die Drohung des potenziellen Erwerbers, den Betrieb überhaupt nicht zu erwerben, wenn es nicht zuvor zur Kündigung einzelner, namentlich benannter Arbeitnehmer kommt, stellt keinen selbständigen, anderen sachlichen Grund dar, der die Kündigung rechtfertigen würde. Eine solche personenbezogene Kündigung, welche nicht auf einem umfassenderen unternehmerischen Konzept beruht⁵⁰, stellt eine betriebsübergangsbedingte Kündigung dar. Meist wird es sich entweder um leitende Angestellte, deren Stelle der Betriebserwerber selber besetzen will, oder um ältere Arbeitnehmer, deren Gehälter für eine wirtschaftliche Fortführung des Betriebs als zu hoch erscheinen, handeln. Insbesondere bei der ersten Konstellation könnte die eingeplante Neube-

setzung der Stelle nach Betriebsübergang wiederum als Indiz für eine Gesetzesumgehung interpretiert werden.

Die Zone der betriebsübergangsbedingten Kündigungen, welche nicht aus wirtschaftlichen, technischen oder organisatorischen Gründen, die Änderungen im Bereich der Beschäftigung mit sich bringen, ausgesprochen werden (Art. 4 Abs. 1 Betriebsübergangs-Richtlinie), aber noch nicht als Gesetzesumgehung qualifiziert werden können, ist in der Tat schmal. Ein Vergleich des europäischen und schweizerischen Rechts zur Streitfrage um einen besonderen Kündigungsschutz bei Betriebsübergang ergibt somit, dass die in der Schweiz umstrittene Frage, ob rein betriebsübergangsbedingte Kündigungen zulässig sein sollen oder nicht, von geringerer materieller Bedeutung ist, als man zuerst annehmen könnte.

V. Ergebnis

Gemäss der Betriebsübergangs-Richtlinie und der dazu ergangenen Rechtsprechung sind betriebsübergangsbedingte Kündigungen nicht generell ausgeschlossen (siehe oben I.). Die Betriebsübergangs-Richtlinie legt lediglich fest, dass der Betriebsübergang an sich keinen Grund zur Kündigung darstellt und garantiert somit in kündigungsschutzrechtlicher Hinsicht die Wahrung des status quo auch bei Betriebsübergängen. Des Weiteren lässt Art. 4 Abs. 1 Betriebsübergangs-Richtlinie Kündigungen aus wirtschaftlichen, technischen oder organisatorischen Gründen zu.

Für das schweizerische Recht gelten folgende Grundsätze für die Streitfrage um einen besonderen Kündigungsschutz bei Betriebsübergang:

- Grundsätzlich sind betriebsübergangsbedingte Kündigungen zulässig (herrschende Meinung, siehe oben II.).
- Dieser Grundsatz gilt nicht, wenn eine Gesetzesumgehung vorliegt (siehe oben III.).
- Eine Gesetzesumgehung liegt dann nicht vor, wenn ein unternehmerisches Konzept besteht bzw. wirtschaftliche, technische oder organisatorische Gründe bestehen, welche die Kündigung rechtfertigen.
- Besteht kein unternehmerisches Konzept bzw. bestehen keine anderen, sachlichen Gründe für die Kündigung, so liegt eine betriebsübergangsbedingte Kündigung vor. Wird diese ausgesprochen in der Absicht, Art. 333 Abs. 1 OR zu umgehen, so ist sie unwirksam.

Da die Analyse der europäischen Betriebsübergangs-Richtlinie und der EuGH-Rechtsprechung ergeben hat, dass gegen Art. 4 Abs. 1 verstossende, betriebsübergangsbedingte Kündigungen unwirksam sind, es sei denn, sie würden auf wirtschaftlichen, technischen oder organisatorischen Gründen und somit auf einem unternehmerischen Konzept beruhen (siehe oben I.), ist die schweizerische Rechtslage dem europäischen Recht ähnlicher, als man auf den ersten Blick denken könnte⁵¹. Dies umso mehr, als – mangels eines Motivs für die Kündigung – kaum Kündigungen vorstellbar sind, welche nicht durch wirtschaftliche, technische oder organisatorische Gründe gerechtfertigt sind und somit auf einem unternehmerischen Konzept beruhen, aber auch

keine Gesetzesumgehung von Art. 333 Abs. 1 OR darstellen. Die Streitfrage um einen besonderen sachlichen Kündigungsschutz beim schweizerischen Betriebsübergang ist deshalb nur von geringer materieller Bedeutung. Die Annahme der Zulässigkeit bzw. Unzulässigkeit betriebsübergangsbedingter Kündigungen kann allerdings verfahrensrechtlich, insbesondere bezüglich der Beweislast, von Bedeutung sein.

⁵¹ So auch *Streiff/von Kaenel* (Fn. 10) Art. 333 N 10 («Damit nähert sich die schweizerische Rechtslage doch ein Stück weit der europäischen an, ...»).