

KAPITEL 20

Umstrukturierungen

ISABELLE WILDHABER*

Inhaltsübersicht

I.	Umstrukturierungen und ihre arbeitsrechtliche Relevanz	821
A.	Welche Form von Umstrukturierung ist geplant?	821
B.	Vorgehensweise zur Bestimmung der arbeitsrechtlichen Relevanz einer Umstrukturierung	824
C.	Strategische Aspekte des Arbeitsrechts bei der Planung von Umstrukturierungen	825
II.	Betriebsübergänge	826
A.	Der Anwendungsbereich des Betriebsübergangs gemäss Art. 333 OR	826
B.	Betriebsübergänge bei öffentlichen Unternehmen	831
C.	Übergang der Arbeitsverhältnisse	834
D.	Inhalt der übergegangenen Arbeitsverhältnisse	838
E.	Haftungsschutz	840
F.	Kündigungsschutz	845
G.	Auswirkungen von Umstrukturierungen auf GAV	848
H.	Im Konkurs- und Nachlassverfahren	854
III.	Massenentlassungen	854
A.	Begriffe und Geltungsbereich	855
B.	Verfahren	858
C.	Sozialplan	860
D.	Sanktionen und Prozessuales	869
E.	Im Konkurs- und Nachlassverfahren	870
IV.	Arbeitnehmervertretungen	870
A.	Schweizerische Betriebsverfassung	870
B.	Information und Konsultation	872
C.	Europäische Betriebsräte	885

Spezialliteratur

BAISCH RAINER, Arbeitnehmerschutz bei M&A-Transaktionen und Sanierungen, Jusletter vom 20. Juni 2011; BÄNI EVA-MARIA, Sozialplanpflicht und weitere Auswirkungen des Sanierungsrechts auf das Arbeitsrecht, ArbR 2013, 79 ff.; BAUMGARTNER URS L./WILDHABER ISABELLE, Ausgewählte arbeitsrechtliche Fragestellungen im Fusionsgesetz, AJP 2008, 1085 ff.;

* Ich danke Dr. BALZ GROSS, Dr. ROGER ZUBER, Prof. Dr. RÉMY WYLER und Dr. URS L. BAUMGARTNER für ihre Hinweise aus der Praxis. Meiner Assistentin BIRGIT ALLENSPACH bin ich für die Unterstützung bei der Aktualisierung des Kapitels 20 seit der ersten Fertigstellung 2014 dankbar. Das Kapitel befindet sich nun auf dem Stand von Ende Juni 2017.

BLESİ ALFRED, Wie lange ist eine Kündigung bei unterlassener Anzeige der Massentlassung an das Arbeitsamt (Art. 335g Abs. 2 OR) unwirksam? – Kommentar zu BGE 132 III 606, Jusletter vom 30. Oktober 2006; BLESİ ALFRED/PIETRUSZAK THOMAS, Sozialplanpflicht bei Massentlassungen: Verhandlungspflicht trotz bestehendem Sozialplan?, in: Bani Eva-Maria/Obrist Angela (Hrsg.), FS Jean-Fritz Stöckli, Zürich/St. Gallen 2014, S. 47 ff.; BORTOLANI SERGIO, Auslagerung von Aufgaben (Outsourcing): Betriebsübergang im Sinn von Art. 333 OR, SJZ 2017, 49 ff.; BRÜHWILER JÜRIG, Konsultationsverfahren bei Massentlassungen: Gedanken zu einigen ausgewählten Rechtsproblemen, in: FS Straumann, Solothurn 2013, 731 ff.; CARRUZZO PHILIPPE, Licenciements collectifs: comparaison entre le droit suisse et la directive 98/59/CE du Conseil du 20 juillet 1998, in: Wyler Rémy (Hrsg.), Panorama II en droit du travail, Bern 2012, 715 ff. (zit. CARRUZZO, Licenciements collectifs); CIRIGLIANO LUCA, Ausgewählte Fragen des neuen Sanierungsrechts – Inhalte von Sozialplänen, staatliche Schlichtungsstellen als Schiedsgerichte, GAV und Sozialplan, Jusletter vom 29. September 2014; DENZLER BEAT, Zur Tragweite von Art. 333 OR – BGE 123 III 466 ff., recht 1998, 66 ff.; FISCHER ALEXANDER/TROST ANDREA, Auswirkungen des neuen Sanierungsrechts auf das Arbeitsrecht – Anpassungen im Bereich von Betriebsübernahmen sowie Einführung einer Sozialplanpflicht, Jusletter vom 19. Mai 2014; FRITZ MAX/SCHULER CARLA, Die Mitwirkung im Arbeitsverhältnis, 2. Aufl., Zürich 2012; FULD STÉPHANIE/DEPIERRE OLIVIER, Condensé de la nouvelle institution du plan social en droit du travail (art. 335h à 335k CO), Jusletter vom 29. September 2014; GEISER THOMAS, Die Änderungskündigung im schweizerischen Arbeitsrecht, AJP 1999, 60 ff.; GEISER THOMAS, Massentlassung, in: Münch Peter/Metz Markus (Hrsg.), Stellenwechsel und Entlassung, 2. Aufl., Basel 2012, 77 ff. (zit. GEISER, Massentlassungen); GEISER THOMAS, Probleme des Gesamtarbeitsvertragsrechts in der Schweiz, ARV 2004, 137 ff.; GEISER THOMAS/EHRENZELLER BERNHARD/FURER HANS (Hrsg.), Die Mitwirkung in den Betrieben, St. Gallen 2010; GLOOR WERNER, Le congé-modification et l'acceptation de l'offre modificative abusive, ARV 2008, 249 ff.; GNÄDINGER ANDREAS, Sozialplan und berufliche Vorsorge, Expert Focus 2016, 168 ff.; IANNI SARA, Die Stellung des Arbeitnehmers in der Insolvenz des Arbeitgebers nach der Revision des Sanierungsrechts, Diss. Basel, Basel 2014; KAMBER MARCO, Die Änderungskündigung im Arbeitsvertragsrecht, insbesondere die Rechtsprechung zur Missbräuchlichkeit, Diss. Bern, Bern 2014; KARAGJOZI ENDRIT, Les transferts d'entreprises en droit du travail, Zürich 2003; KELLER STEFAN, Der Gesamtarbeitsvertrag im Sozios des Betriebsübergangs, in: FS Amstutz, Zürich/St. Gallen 2012, 113 ff.; KOLLER THOMAS, Die Überführung öffentlichrechtlicher in privatrechtliche Arbeitsverhältnisse, in: Wiegand Wolfgang (Hrsg.), Rechtliche Probleme der Privatisierung, Bern 1998, 121 ff.; KRADOLFER DEAN ANDREAS, Der Betriebsübergang, Zürich 2008; KUNZ PETER V., Arbeitsrecht – Neuerungen aufgrund des Fusionsgesetzes, in: von Kaenel Adrian (Hrsg.), Aktuelle Probleme des Arbeitsrechts, Zürich 2005, 71 ff.; LICCI SARA, Arbeitnehmerschutz bei Betriebsübergang und Massentlassungen, in: Pärli Kurt et al. (Hrsg.), Arbeitsrecht im internationalen Kontext, Zürich 2017, 769 ff.; MEYER LIENHARD, Die Massentlassung, Basel 1999; MEYER LIENHARD, Massentlassung: Informations- und Konsultationspflichten des Arbeitgebers, in: von Kaenel Adrian (Hrsg.), Unternehmenssanierung und Arbeitsrecht, Zürich 2010, 61 ff. (zit. MEYER, Massentlassung 2010); MÜLLER MARTIN L., Sozialplanpflicht (Art. 335h–335k OR), ARV 2014, 231 ff.; MÜLLER MARTIN L., Sozialpläne bei Umstrukturierungen, AJP 2009, 939 ff.; 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 (Art. 333 I^{bis}), AJP 1996, 149 ff.; MÜLLER ROLAND A., Rechtsnatur und Auslegung eines Sozialplans, ARV 2007, 156 ff.; 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, Jusletter vom 26. März 2012; PIETRUSZAK THOMAS, Betriebsübergang bei Arbeitsverhältnissen im Konzern – Urteil des EuGH vom 21. Oktober 2010 Rs C-242/09 («Albron Catering») und die Rechtslage in der Schweiz, ARV 2011, 23 ff.; PORTMANN WOLFGANG, Information und Konsultation der Arbeitnehmerschaft – Anwendung, Umsetzung und Weiterentwicklung der Richtlinie zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Unterrichtung und Anhörung der Arbeitnehmer in der Europäischen Gemeinschaft, in: FS Weber, Bern 2011, 167 ff.; REITER MATTHEW/WIDMER LAURA, Schweizerisches Bundesgericht, Urteil vom 17. März 2011 (4A_483/2010) i.S. Gewerkschaft X. c. A. AG, sowie Obergericht des Kantons Solothurn, Urteil vom 16. Juli 2010 (ZKAPP.2009.74), AJP 2011, 1103 ff.; SCHENKER URS, Unternehmenskauf: Rechtliche und steuerliche Aspekte, Bern 2016; SCHWAAB JEAN CHRISTOPHE, Les nouvelles règles sur les plans sociaux obligatoires (art. 335h-k CO), ARV 2013, 281 ff.; SCHWAAB JEAN CHRISTOPHE, Les règles de l'OIT sur la protection contre le licenciement, Jusletter vom 20. Juni 2011; STÖCKLI JEAN-FRITZ, Das Kündigungsrecht als Hindernis für betriebliche Strukturveränderungen, ArbR 2007, 191 ff.; STÖCKLI JEAN-FRITZ, Sozialplanpflicht mit Zwangsschiedsgerichtsbarkeit, ArbR 2010, 99 ff.; SUBLIA OLIVIER, Quelques cas atypiques de transferts d'entreprises – Le transfert d'activités de ou vers une collectivité publique à l'épreuve des art. 333 s. CO et de la LFus, in: FS Stöckli, Zürich/St. Gallen 2014; TROILLET ANNE, Plans sociaux: quelques questions pratiques liées à la mise en œuvre des articles 335h à 335k CO, in: FS Gabriel Aubert, Genf 2015, 321 ff.; VON KAENEL ADRIAN, Grundlagen der Massenentlassung und des Sozialplans, in: Sprecher Thomas (Hrsg.), Sanierung und Insolvenz von Unternehmen, Zürich/Basel/Genf 2011, 1 ff.; WIDMER LAURA, Die Sozialplanverhandlungspflicht nach Art. 335h ff. OR – oder vom Kuhhandel mit der Zwangsschiedsgerichtsbarkeit, Jusletter vom 29. September 2014; WILDHABER ISABELLE, Die neue Sozialpflicht – für die Praxis ein Buch mit sieben Siegeln, AJP 2015, 427 ff.; WILDHABER ISABELLE, «Tarifflicht» – Wege des Arbeitgebers aus dem Gesamtarbeitsvertrag (GAV), AJP 2008, 413 ff.; WILDHABER ISABELLE, Aktioptionen und deren Verfallsklauseln bei Betriebsübergang, SZW 2008, 17 ff.; WILDHABER ISABELLE, Das Arbeitsrecht bei Umstrukturierungen, Habil. Zürich, Zürich/Basel/Genf 2011 (zit. WILDHABER, Umstrukturierungen); WILDHABER ISABELLE, Der Tatbestand des Betriebs(teil)übergangs gemäss Art. 333 Abs. 1 OR – unter Berücksichtigung europarechtlicher Vorgaben, insbesondere der Grundsätze der Funktionsnachfolge (Outsourcing), ZSR 2007 I, 463 ff. (zit. WILDHABER, ZSR 2007 I); WILDHABER ISABELLE, Der Übergang von Arbeitsverhältnissen bei Umstrukturierungen unter Beteiligung öffentlicher Unternehmen (Privatisierungen, verwaltungsinterne Umstrukturierungen, Verstaatlichungen), ZBJV 2008, 525 ff. (zit. WILDHABER, ZBJV 2008); WILDHABER ISABELLE, Die Änderung von Arbeitsbedingungen bei Umstrukturierungen, Jusletter vom 21. April 2008 (zit. WILDHABER, Jusletter vom 21. April 2008); WILDHABER ISABELLE, Die Streitfrage um einen besonderen Kündigungsschutz bei Betriebsübergang, SJZ 2008, 185 ff.; WILDHABER ISABELLE, Die Weitergeltung von GAV bei Umstrukturierungen (asset deals, Fusionen, Spaltungen, Vermögensübertragungen), ARV 2008, 165 ff.; WILDHABER ISABELLE, Entwicklungen im europäischen Arbeitsrecht: Zur Neufassung der Richtlinie über Europäische Betriebsräte 2009/38/EG und zu deren Auswirkungen für die schweizerische Praxis, ArbR 2009, 11 ff.; WILDHABER ISABELLE, Kündigung von Arbeitnehmervertretern aus wirtschaftlichen Gründen, Bemerkungen zum Urteil des Bundesgerichts vom 19. März 2012, 4A.415/2011, I. Zivilabteilung, Jusletter vom 2. Juli 2012; WILDHABER ISABELLE/TANNER ANDRÉ, Behandlung von Aufhebungsverträgen bei Massenentlassungen, Europäischer Gerichtshof (EuGH), Pujante Rivera, RS. C-422/14, Urteil vom 11. November 2015, Erste Kammer, AJP 2016, 250 ff.; WINKLER MARKUS, Der Betriebsübergang nach Art. 333 Abs. 1 OR, Jusletter 16. Januar 2017; WINKLER MICHAEL E., Arbeitnehmerschutz nach dem Entwurf zum neuen Fusionsgesetz, SJZ 2001, 477 ff.; WINKLER

MICHAEL E., Unternehmensumwandlungen und ihre Auswirkungen auf Arbeitsverträge, Bern 2001 (zit. WINKLER, Unternehmensumwandlungen); WYLER RÉMY, L'étendue des pouvoirs de la représentation des travailleurs, in: Tappy Denis/Kahil-Wolff Bettina/Bruchez Léonard (Hrsg.), 300 ans d'enseignement du droit à Lausanne, Genf 2010, 403 ff. (zit. WYLER, représentation); WYLER RÉMY, Le droit du travail à l'épreuve de la LFus – Analyse de quelques points controversés, in: Peter Henry/Dutoit Nicolas (Hrsg.), Les restructurations en droit des sociétés, du travail et international privé, Genf 2010, 223 ff. (zit. WYLER, Analyse); WYLER RÉMY, Loi sur la fusion et protection des travailleurs, SZW 2004, 249 ff.; ZIMMERLI CHRISTOPH, Arbeitnehmerschutz bei Umstrukturierungen unter besonderer Berücksichtigung des Fusionsgesetzes, AJP 2005, 771 ff.

I. Umstrukturierungen und ihre arbeitsrechtliche Relevanz

A. Welche Form von Umstrukturierung ist geplant?

Es gibt verschiedenste Formen von Umstrukturierungen, welche unterschiedliche arbeitsrechtliche Implikationen entstehen lassen. Die folgende **Kategorisierung** verfolgt den Zweck, die arbeitsrechtliche Relevanz verschiedener Gestaltungsformen von Umstrukturierungen darzustellen. 20.1

1. Rein arbeitsrechtliche Vorgänge

Umstrukturierungen, welche sich **auf der Ebene des Betriebs** innerhalb ein und desselben Unternehmens vollziehen, sind rein arbeitsrechtliche Vorgänge. Sie ereignen sich auf der Ebene des Betriebs als arbeitstechnischer Organisationseinheit und berühren die gesellschaftsrechtlichen Verhältnisse des Unternehmens nicht. Rein arbeitsrechtliche Vorgänge sind allein mit den Mitteln des Individual- und Kollektivarbeitsrechts abzuwickeln. Es liegt jeweils **kein Fall eines Betriebsübergangs** im Sinn von Art. 333 OR vor. 20.2

Zu ihnen gehören folgende Vorgänge: 20.3

– Personalabbau;

Je nach Anzahl der betroffenen Arbeitsverhältnisse in Relation zur Gesamtzahl der Arbeitnehmer im Betrieb können die Bestimmungen zu Massentlassungen in Art. 335d ff. OR zur Anwendung kommen.

– Organisationsänderungen auf betrieblicher Ebene;

Sie sind fast untrennbar mit der Änderung von Arbeitsbedingungen des einzelnen Arbeitnehmers verbunden.¹

– Zusammenschluss, Teilung oder Verlegung von Betrieben und Betriebsteilen innerhalb eines Unternehmens;

Kollektivrechtlich ist zu prüfen, ob Auswirkungen auf bestehende Betriebsvereinbarungen oder GAV entstehen.

– Betriebsschliessung;

Die Bestimmungen zu Massentlassungen in Art. 335d ff. OR kommen zur Anwendung.

– Einführung von Kurzarbeit gemäss Art. 31 ff. AVIG.

1 Siehe dazu WILDHABER, Jusletter 21. April 2008.

2. Rein gesellschaftsrechtliche Vorgänge

20.4 Es gibt Umstrukturierungen **auf der Ebene des Unternehmens**, welche die Rechtsverhältnisse der Gesellschafter und ihrer Organe untereinander sowie das rechtliche Verhältnis des Unternehmens zu anderen Rechtsträgern betreffen. Diese rein gesellschaftsrechtlichen Vorgänge sind nur dann arbeitsrechtlich relevant, wenn sie gleichzeitig die betriebliche Organisation des Unternehmens berühren. Rein gesellschaftsrechtliche Vorgänge sind mit den Mitteln des allgemeinen Zivil-, Gesellschafts- und Steuerrechts abzuwickeln. Es liegt jeweils **kein Fall eines Betriebsübergangs** im Sinne von Art. 333 OR vor. Diese Umstrukturierungen sind dem Zugriff arbeitsrechtlicher Beteiligungsrechte entzogen, weil die Identität des Unternehmens als Arbeitgeber unberührt bleibt.

– Share deal;²

Ein share deal kann indirekte arbeitsrechtliche Auswirkungen haben, wenn Arbeitsverträge eine sog. Change-of-control-Klausel enthalten.

– Neubesetzung von Unternehmensorganen;

Personelle Veränderungen innerhalb des gesetzlichen Vertretungsorgans können in bestimmten Fällen Reflexwirkungen auf der individualarbeitsrechtlichen Ebene erzeugen.

– Umwandlung nach Art. 53 ff. FusG;

Eine bestehende persönliche Haftung der Gesellschafter besteht auch nach Vollzug der Umwandlung weiter (Art. 68 Abs. 2 i.V.m. Art. 27 Abs. 3 FusG).

– Gründung und Erwerb von Tochtergesellschaften und sonstigen Beteiligungen;

Keine arbeitsrechtliche, insb. betriebsverfassungsrechtliche Relevanz.

– Änderung von Konzernverhältnissen.

Keine arbeitsrechtliche Relevanz, solange sich Konzernbildung nicht auf der Ebene des Betriebs auswirkt; hingegen kann die Konzernbildung Einfluss auf die Zusammensetzung des Europäischen Betriebsrats haben.

3. Arbeits- und gesellschaftsrechtliche Vorgänge

20.5 Es gibt Umstrukturierungen, bei denen gesellschaftsrechtliche und arbeitsrechtliche Vorgänge im Sinne einer einheitlichen Massnahme miteinander verzahnt sind. Bei diesen Umstrukturierungen am Unternehmen mit zwingenden arbeitsrechtlichen Implikationen erfolgen die arbeitsrechtlichen Massnahmen als direkte Folge des gesellschaftsrechtlichen Umstrukturierungsprozesses. Neben der Berücksichtigung des allgemeinen Zivil-, Gesellschafts- und Steuerrechts sollte eine **erweiterte Prüfung des jeweiligen Projekts aus arbeitsrechtlicher und aus strategischer Sicht** vorgenommen werden.

2 BGer, Urteil 4A.37/2012 vom 2. April 2012.

a) Umstrukturierungen ausserhalb des FusG

Auch nach Inkrafttreten des FusG spielt die **Einzelrechtsnachfolge** in der Praxis 20.6 eine grosse Rolle. Bei der Einzelrechtsnachfolge werden sämtliche Teile einer Vermögensmasse einzeln übertragen. Es gibt u.a. folgende Formen:

- Fusion mittels Singularsukzession;
- Zweistufige Spaltung mittels Singularsukzession;
- Asset Deal – Vermögensübertragungen mittels Singularsukzession.

Entscheidend bei Umstrukturierungen ausserhalb des FusG ist, ob ein **Betriebsübergang** im Sinne von Art. 333 OR vorliegt. Es ist auf der Grundlage der Rechtsprechung des Bundesgerichts und mit Blick auf die EuGH-Rechtsprechung zu prüfen, ob ein Betriebsübergang vorliegt, denn nicht jede Übertragung von Betriebsmitteln stellt einen solchen dar. Sind die Tatbestandsvoraussetzungen von Art. 333 OR nicht erfüllt, so kommt eine analoge Anwendung der auf Art. 333 OR basierenden Schutzbestimmungen oder der Arbeitnehmerschutzbestimmungen des FusG nicht in Betracht. 20.7

b) Umstrukturierungen innerhalb des FusG

Das schweizerische Umstrukturierungsrecht erfuhr durch das FusG eine **umfassende Neuordnung**. Mit dem FusG sollten Umstrukturierungen erleichtert, neue Transaktionsformen ermöglicht, bisherige rechtliche Schranken abgebaut und der Schutz der an der Umstrukturierung beteiligten Parteien ausgebaut werden. Dies geschah einerseits durch eine starke Formalisierung des Transaktionsablaufs und andererseits durch umfassende Schutzvorschriften (Art. 1 Abs. 2 FusG). Folgende Umstrukturierungen fallen in diese Kategorie: 20.8

- Fusion gemäss Art. 3 ff. FusG;
- Spaltung gemäss Art. 29 FusG;
- Vermögensübertragung gemäss Art. 69 FusG.

Das FusG **verweist** bei der Fusion (Art. 27 Abs. 1 FusG), bei der Spaltung (Art. 49 Abs. 1 FusG) sowie bei der Vermögensübertragung (Art. 76 Abs. 1 FusG) deklaratoren **auf Art. 333 OR**.³ Ebenso verweisen die Art. 28, 50 und 77 FusG bezüglich der Informations- und Konsultationspflichten **auf Art. 333a OR**. 20.9

Umstrukturierungen nach FusG führen hinsichtlich der Betriebe und Betriebsteile, welche von der Übertragung erfasst sind, zu einem **Arbeitgeberwechsel**, da die Arbeitsverhältnisse ebenso wie alle sonstigen Dauerschuldverhältnisse auf den übernehmenden Rechtsträger übergehen. Es stellt sich deshalb immer die Frage nach der Anwendbarkeit von Art. 333 OR. Je nach Bedrohungssituation für die Arbeitnehmer enthalten die verschiedenen Umstrukturierungsarten des FusG einen unterschiedlich ausgestalteten Spezialschutz. 20.10

3 WINKLER, Unternehmensumwandlungen, 23 ff., 35 ff., 43 ff.

20.11 Sind bei einer Umstrukturierung nach FusG die Tatbestandsvoraussetzungen von Art. 333 OR nicht erfüllt, so gehen die Arbeitsverhältnisse aufgrund einer **partiellen Universalsukzession** auf die übernehmende Gesellschaft über. Die auf Art. 333, 333a und 336 Abs. 2 lit. b OR basierenden Schutzbestimmungen kommen direkt (bei Annahme eines Sachnormverweises), mindestens aber analog (bei Annahme eines Gesamtnormverweises) zur Anwendung.⁴

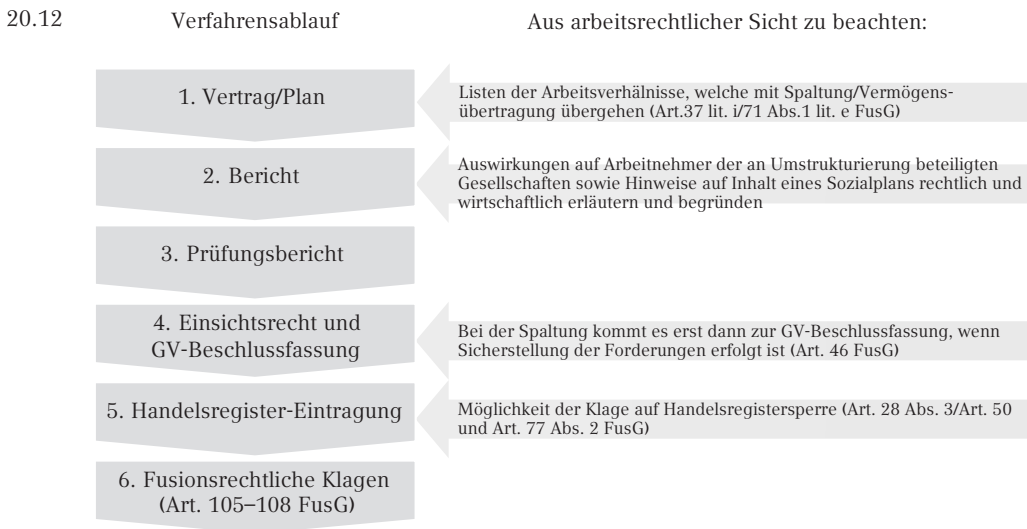


Abb. 20.1. Quelle: Isabelle Wildhaber.

B. Vorgehensweise zur Bestimmung der arbeitsrechtlichen Relevanz einer Umstrukturierung

- 20.13 **Erstens:** Handelt es sich um eine Umstrukturierung auf der Ebene des Betriebs oder um eine Umstrukturierung auf der Ebene des Unternehmens? Umstrukturierungen auf der Ebene des Betriebs können nach rein arbeitsrechtlichen Grundsätzen abgewickelt werden. Zu beachten sind allenfalls die Bestimmungen über die Massenentlassung gemäss Art. 335d ff. OR.
- 20.14 **Zweitens:** Bei Umstrukturierungen auf der Ebene des Unternehmens ist zu unterscheiden. Umstrukturierungen auf rein gesellschaftsrechtlicher Ebene, welche die Identität des Unternehmens nicht verändern, werden mittels des allgemeinen Zivil-, Gesellschafts- und Steuerrechts abgewickelt.
- 20.15 **Drittens:** Umstrukturierungen, bei denen die gesellschaftsrechtliche und die arbeitsrechtliche Ebene zwingend miteinander verknüpft sind, bedürfen einer

⁴ WILDHABER, Umstrukturierungen, 148 ff.; PORTMANN/RUDOLPH, Basler Komm. OR, Art. 333, N 41, 46, 54.

Bestimmung aller arbeitsrechtlichen Normen des OR und des FusG, welche relevant sein können. Insbesondere ist zu prüfen, ob ein Betriebsübergang im Sinne von Art. 333 OR vorliegt.



Abb. 20.2. Quelle: Isabelle Wildhaber.

C. Strategische Aspekte des Arbeitsrechts bei der Planung von Umstrukturierungen

Es besteht eine erhebliche Spannweite zwischen rein gesellschaftsrechtlichen und rein arbeitsrechtlichen Umstrukturierungen. Diese Spannweite demonstriert die **Erheblichkeit des Gestaltungsspielraums**, der den Unternehmen und ihren Organen in Bezug auf die Folgewirkungen von Umstrukturierungen verbleibt. Mit dem Gestaltungsinstrumentarium bei Erwerb und Umstrukturierung von Unternehmen kann in vielfältiger Weise gespielt werden.⁵ Damit kann Einfluss auf die Anwendbarkeit von Art. 333 OR und die Pflicht der Information und Konsultation genommen werden.

20.17

Es gilt Folgendes zu bedenken:⁶

20.18

- Eine deutliche Weichenstellung, ob eine Umstrukturierung arbeitsrechtlich relevant ist, besteht in der **Entscheidung zwischen asset deal und share deal**, weil bei letzterem weder Art. 333 Abs. 1 und 2 OR betreffend Übergang der Arbeitsverhältnisse und Ablehnungsrecht, Abs. 1^{bis} betreffend der einjährigen individu-

5 Vgl. z.B. für das deutsche Recht FUHLROTT MICHAEL/SALAMON ERWIN, Vermeidungsstrategien und Gestaltungsmöglichkeiten bei Betriebsübergängen, BB 2012, 1793 ff.; MEYER CORD, Aktuelle Gestaltungsfragen beim Betriebsübergang, NZA-RR 2013, 225 ff.

6 Zu den strategischen Aspekten siehe ausführlich WILDHABER, Umstrukturierungen, 475 ff.

alrechtlichen Weitergeltung von GAV, Abs. 3 betreffend solidarischer Haftung noch Art. 333a OR betreffend Information und Konsultation zur Anwendung kommen.

- Entscheidet man sich für einen asset deal und stellt die Weiterbeschäftigung von Mitarbeitern mit Schlüssel-Know-how («**key persons**») einen wichtigen Erfolgsfaktor dar, so muss im Rahmen der Vertragsgestaltung für den Fall vorgesorgt werden, dass wichtige Know-how-Träger den Übergang des Arbeitsverhältnisses ablehnen, bzw. es müssen Anreize für das Verbleiben gesetzt werden.⁷ Des Weiteren sollte strategisch überlegt werden, wie der Veräusserer einen Mitarbeiter behalten kann, der zum übertragenen Betriebsteil gehört; oder umgekehrt, wie der Erweber einen Mitarbeiter übernehmen kann, der nicht zum übertragenen Betriebsteil gehört.
- Bei der **Entscheidung zwischen klassischen Umstrukturierungen mittels Singularsukzession** wie dem asset deal **und Umstrukturierungen nach FusG** gilt es u.a. zu bedenken: Handelsregister-Publizität bei Umstrukturierungen nach FusG; strengere Haftungs- und Sicherstellungsvorschriften des FusG; quasi-konstitutive Bedeutung der Liste im Inventar zur Zuordnung von Arbeitsverhältnissen bei Umstrukturierungen nach FusG, solange die Tatbestandsvoraussetzungen des Art. 333 Abs. 1 OR nicht erfüllt sind.
- Die **richtige Kommunikation** der vorgesehenen Umstrukturierungen sowohl nach innen (Arbeitnehmer, Arbeitnehmervertretung, Gewerkschaft) wie auch nach aussen (Geschäftspartner, Öffentlichkeit, Presse) ist ein mitentscheidender Faktor für den Erfolg jeder Unternehmensumstrukturierung.

II. Betriebsübergänge

A. Der Anwendungsbereich des Betriebsübergangs gemäss Art. 333 OR

- 20.19 Art. 333 Abs. 1 OR regelt den Fall eines gesetzlichen Vertragsübergangs, mithin eine Singularsukzession kraft Gesetzes, kommt aber auch bei Umstrukturierungen durch Universalsukzession nach FusG zur Anwendung. Sein **Regelungsziel** ist im Kern die Sicherung der Kontinuität der Arbeitsverhältnisse beim Betriebsübergang. Funktionales Ziel von Art. 333 OR ist aus Arbeitnehmersicht der Gleichlauf von Arbeitsplatz und Arbeitsverhältnis.⁸ Damit wird berücksichtigt, dass es dem Arbeitnehmer in der Regel mehr auf seinen Arbeitsplatz als auf seinen Arbeitgeber ankommt. Aus Arbeitgebersicht stellen die Arbeitsverhältnisse eine quasi-dingliche Belastung des Betriebs/Unternehmens dar, da Betriebe nur um den Preis einer

7 WYLER, Analyse, 230, 243 f.; SCHENKER, 570 ff.

8 WILDHABER, ZSR 2007 I, 465.

gewissen Haftung aus Arbeitsverhältnissen veräussert werden können, und der neue Betriebsinhaber einem Übernahmehzwang gewisser Arbeitsverhältnisse unterliegt.⁹

1. Tatbestandsvoraussetzungen nach Art. 333 OR

Nach schweizerischem Recht liegt der Tatbestand von Art. 333 Abs. 1 OR vor, wenn ein Betrieb oder Betriebsteil durch den Arbeitgeber auf einen Dritten übertragen wird. Dazu müssen folgende **vier Voraussetzungen** erfüllt sein. 20.20

a) Betrieb oder Betriebsteil

Der primäre Zweck von Art. 333 OR, bestehende Arbeitsverhältnisse bei einem Betriebsinhaberwechsel zu schützen, trifft auf jeden **Betrieb** zu, egal was dessen Grösse oder arbeitstechnischer Zweck ist, und auch im Rahmen von Konzernsachverhalten bei einer einheitlichen Leitung der beteiligten Konzerngesellschaften.¹⁰ Für einen Betrieb braucht es eine zielorientierte Verknüpfung von bestimmten Faktoren zu einem bestimmten, auf Dauer angelegten Zweck. 20.21

Ein **Betriebsteil** ist die abgrenzbare organisatorische Untergliederung eines Gesamtbetriebs, die in einer organisierten Gesamtheit von Personen und Sachen besteht, und mit der innerhalb des betrieblichen Gesamtzwecks ein Teilzweck verfolgt wird. Er muss bereits vor dem Betriebsübergang hinreichend strukturiert und selbständig gewesen sein.¹¹ Nicht relevant ist die Grösse des Betriebsteils und ob er in einem notwendigen Zusammenhang mit dem Unternehmenszweck steht. 20.22

b) Übertragung durch den Arbeitgeber auf einen Dritten

In der Regel wird der Betrieb vom Arbeitgeber **durch Rechtsgeschäfte** auf einen Dritten übertragen. Der Erwerber erhält infolge einer obligatorischen Übertragung das Nutzungs- und Gebrauchsrecht an den Betriebsmitteln.¹² Auf die Wirksamkeit des Rechtsgeschäfts kommt es nicht an, es sei denn, es liege Geschäftsunfähigkeit vor. 20.23

Eine Übertragung des Betriebs auf einen Dritten durch ein unmittelbares Rechtsgeschäft ist nicht immer erforderlich, und Art. 333 OR kommt auch dann zur Anwendung, wenn zwischen dem ehemaligen und neuen Betriebsinhaber **keine neue** 20.24

⁹ WILDHABER, ZSR 2007 I, 466.

¹⁰ PIETRUSZAK, ARV 2011, 23 ff.; WILDHABER, ZSR 2007 I, 466 f.

¹¹ EuGH *Klarenberg* vom 12. Februar 2009, C-466/07; EuGH *Amatori et al.* vom 6. März 2014, C-458/12. Siehe auch SALAMON ERWIN, Der Betriebsteilbegriff des § 613a BGB – Justierungen des BAG im Fall «Klarenberg», NZA 2012, 482 ff.

¹² BGE 129 III 335, E. 2.1; WILDHABER, ZSR 2007 I, 467 f.

Rechtsbeziehung besteht.¹³ Es genügt, wenn der Betrieb vom neuen Betriebsinhaber tatsächlich weitergeführt oder wiederaufgenommen wird.¹⁴ Wichtig ist m.E., dass die Übertragung sich nicht völlig unabhängig vom Willen des betroffenen Betriebsinhabers automatisch vollzieht. Die tatsächliche Übernahme der Leitungsmacht durch den neuen Betriebsinhaber muss mit Willen des bisherigen Betriebsinhabers geschehen.¹⁵ Das ist auch bei einer Kettenübertragung, z.B. über einen Sicherungseigentümer, möglich. Auch der Rückfall eines zeitweise überlassenen Betriebs, sei es durch Beendigung eines Pachtvertrags oder einer eingetretenen Resolutivbedingung, kann in diesem Sinne eine Übertragung und damit einen Betriebsübergang darstellen.

Merke:

Es ist für den Verpächter zu empfehlen, klare Rückabwicklungsvereinbarungen für den Fall der Beendigung des Vertragsverhältnisses zu treffen.

- 20.25 Als Arbeitgeber im Sinne von Art. 333 Abs. 1 OR muss diejenige Person gelten, welche die **betriebliche Leitungsmacht tatsächlich innehat**, d.h. zur Verfolgung eigener wirtschaftlicher Zwecke die betriebliche Organisation leitet.¹⁶ Dafür muss der Betriebsinhaber die Leitungsmacht auch gegenüber den Arbeitnehmern in Anspruch nehmen. Bei Betriebsführungsverträgen ist allein auf die Ausübung der arbeitgeberseitigen Leitungsmacht im Aussenverhältnis abzustellen.

c) Wahrung der Betriebsidentität

- 20.26 Bei einem Betriebsübergang muss es dem Betriebserwerber darum gehen, eine funktionsfähige Organisationseinheit zu übernehmen und von der bereits vorhandenen Betriebsorganisation zu profitieren. Ein Betriebsübergang liegt nur vor, wenn der Betrieb oder Betriebsteil seine Betriebsidentität bewahrt. Dies ist aufgrund **sämtlicher den Vorgang kennzeichnenden Tatsachen oder Umstände** zu beurteilen.¹⁷ Die für den Betriebsübergang notwendige Identität kann sich je nach Branche aus den Betriebsmitteln, dem Personal, den Führungskräften, der Arbeitsorganisation, den Dienstleistungskonzepten oder den Betriebsmethoden ergeben. Identitätsbildend ist die auf Dauer angelegte Koordination von Wirtschaftsfaktoren zu einem bestimmten wirtschaftlichen Zweck. Entscheidend ist bei der Prüfung der Wahrung der Betriebsidentität die tatsächliche Weiternutzung einer vorgefundenen, vom bisherigen Betriebsinhaber geschaffenen, auf Dauer angelegten

13 BGE 123 III 466; vielfach kritisiert, statt vieler DENZLER, recht 1998, 70 ff.; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 333, N 5.

14 BGE 137 III 487, E. 4.4; BGE 132 III 32, E. 4.1; BGer, Urteil 4A.676/2016 vom 20. April 2017, E. 3.1.

15 So WILDHABER, ZSR 2007 I, 469; zustimmend PIETRUSZAK, KuKo OR, Art. 333, N 7.

16 WILDHABER, ZSR 2007 I, 469 ff.

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

und auf einen bestimmten Betriebszweck ausgerichteten Arbeitsorganisation durch den Erwerber.¹⁸

Erstens muss also festgestellt werden, welches die identitätsprägenden Merkmale eines Betriebs oder Betriebsteils sind, und zweitens ist zu prüfen, ob der Inhaberwechsel die identitätsprägenden Merkmale unberührt belassen hat.¹⁹ Plastisch ausgedrückt muss sich der Erwerber **ins gemachte Nest legen** und darf kein neues bauen. 20.27

Merke:

Die Betriebsidentität kann durch Änderungen des Betriebszwecks, der Betriebsmethoden, der Konzepte oder der Betriebsorganisation durchbrochen werden.

d) Betriebsbezogenheit des Arbeitsverhältnisses

Die Betriebsbezogenheit des Arbeitsverhältnisses ist ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal von Art. 333 OR, welches besagt, dass sich das Arbeitsverhältnis überhaupt einem bestimmten Betrieb oder Betriebsteil zuordnen lassen muss. Entscheidend ist, in welchem Betrieb oder Betriebsteil der Arbeitnehmer **objektiv überwiegend tätig** war. Ein Arbeitnehmer geht nur dann mit einem Betrieb oder Betriebsteil auf den Erwerber über, wenn er **in** und nicht lediglich **für** diesen Betrieb oder Betriebsteil gearbeitet hat. 20.28

Erhebliche Probleme bereitet die Zuordnung von Arbeitnehmern, die wechselnd in verschiedenen Betriebsabteilungen oder gar verschiedenen Betrieben des Veräusserers eingesetzt werden (sog. Springer), von Arbeitnehmern mit überbetrieblichen Leitungsfunktionen und von Arbeitnehmern in Stabsfunktionen (z.B. EDV, HR, Kantine). Kann ein Arbeitsverhältnis nicht zugeordnet werden, so findet hinsichtlich dieses Arbeitsverhältnisses kein Betriebsübergang gemäss Art. 333 OR statt. 20.29

Merke:

Vor Herauslösung einzelner Betriebsteile können die in dem zu übertragenden Betriebsteil angesiedelten Funktionen in separaten Stabsabteilungen zentralisiert werden. Die Stabsabteilungen können umgekehrt aufgeteilt und einzelnen Fachbereichen zugeordnet werden.

18 BGE 136 III 552, E. 2 ff.; BGE 129 III 336.

19 WILDHABER, ZSR 2007 I, 473.

2. Europarechtliche Vorgaben

- 20.30 Wie in BGE 129 III 335 festgehalten, muss Art. 333 OR als autonom nachvollzogenes Recht **europarechtskonform ausgelegt** werden, d.h., dass die europarechtlichen Vorgaben berücksichtigt werden müssen.²⁰ Der EuGH gibt den Gerichten durch die Betonung der Gesamtbewertung die Bewertungsprärogative für den zu entscheidenden Fall.
- 20.31 Zur Beurteilung, ob ein Betriebsübergang gegeben ist, verlangt die Rechtsprechung des EuGH eine Gesamtbewertung aller Umstände anhand eines **Sieben-Punkte-Katalogs**, welcher folgende, nicht isoliert zu sehende Punkte umfasst:
1. die Art des bisherigen Unternehmens oder Betriebs;
Produktionsbetriebe sind betriebsmittelgeprägt, während Dienstleistungsbetriebe i.d.R. betriebsmittellarm und durch die Belegschaft und immaterielle Betriebsmittel geprägt sind.²¹
 2. der etwaige Übergang materieller Betriebsmittel;
Die Übertragung von Betriebsmitteln ist für die Annahme eines Betriebsübergangs bei betriebsmittellarmen Betrieben nicht notwendig;²² die Übertragung einzelner Wirtschaftsgüter nur dann, wenn diese im Hinblick auf den Betriebszweck eine funktionsfähige Einheit darstellen, deren Identität fortbesteht.
 3. der Wert der immateriellen Aktiva im Zeitpunkt des Übergangs;
 4. die etwaige Übernahme der Hauptbelegschaft durch den neuen Inhaber;
Entscheidend ist der Übergang einer Arbeitsorganisation, welche in einer Gesamtheit der Arbeitnehmer verkörpert ist.
 5. der etwaige Übergang der Kundschaft;
 6. der Grad der Ähnlichkeit zwischen den vor und nach dem Übergang verrichteten Tätigkeiten;
 7. die Dauer einer eventuellen Unterbrechung der Tätigkeiten.
Bei einer Betriebsstilllegung kann kein Betriebsübergang stattfinden, längere Unterbrechungsperioden sind ein Indiz gegen einen Betriebsübergang.
- 20.32 Die Bewertung der Bedeutung der einzelnen Indizien, welche für oder gegen die Annahme eines Betriebsübergangs sprechen, hat sich an den **Umständen des Einzelfalls** – case by case – zu richten. Nur eine umfassende Abwägung und Bewertung anhand des Sieben-Punkte-Katalogs kann zur Annahme eines Betriebsübergangs berechtigen, nicht aber die Bejahung einzelner Faktoren.

20 So auch BGE 130 III 182, E. 5.1.1; BGE 136 III 552, E. 3.3; BGE 137 III 487, E. 4.6; BGE 137 II 199, E. 4.3.1; WILDHABER, ZSR 2007 I, 475.

21 EuGH *Carlito Ablor* vom 20. November 2003, C-340/01. In der Luftverkehrsbranche ist der Übergang von Material wesentlich, EuGH *Ferreira da Silva e Brito et al.* vom 9. September 2015, C-160/14.

22 EuGH *Ayse Sützen* vom 11. März 1997, C-13/95.

Eines der komplexesten und zugleich praxisrelevantesten Probleme ist die Abgrenzung des Betriebsübergangs von der blossen **Funktionsnachfolge** (Auftragsnachfolge, Outsourcing). Bei einem Outsourcing werden betriebliche Aufgaben nicht mehr durch die eigenen Arbeitnehmer, sondern durch ein fremdes Unternehmen wahrgenommen. Ein Betriebsübergang kann nur vorliegen, wenn das, was übernommen wird, ohne die sofortige Eingliederung in die Betriebsorganisation des Erwerbers und bei Weiterführung des bisherigen Teilzwecks bei diesem als eigener Betriebsteil hätte qualifiziert werden können. Es können folgende **zwei Grundsätze** festgehalten werden:²³ 20.33

1. Eine reine Funktionsnachfolge ist kein Betriebsübergang.
2. Eine Funktionsnachfolge, gekoppelt mit der Übernahme von Mitarbeitern und/oder Betriebsmitteln, kann gegebenenfalls einen Betriebsübergang gemäss Art. 333 OR darstellen.

Praxishinweise:

20.34

Es gibt verschiedene Faktoren, die dazu beitragen, dass bei einer Gesamtbewertung die Tatbestandsvoraussetzungen des Betriebsübergangs als *nicht* erfüllt gelten müssen. Folgende Faktoren können das Vorliegen eines Betriebsübergangs negativ beeinflussen:

- Einhaltung längerer Unterbrechungsphasen;
 - Verzicht auf Übernahme von Personal;
 - Bei Gebrauchsüberlassung auf Zeit der Abschluss von Miet- anstelle von Pachtverträgen;
 - Änderungen des Betriebskonzepts, der Betriebsmethoden oder des Betriebszwecks zur Zerstörung der Betriebsidentität;
 - Ausweichen auf Arbeitnehmerüberlassung (Leiharbeit).
-

B. Betriebsübergänge bei öffentlichen Unternehmen

Dem Gemeinwesen steht eine **ganz erhebliche Freiheit** in der Vollzugsorganisation und in deren Umstrukturierung zu. Die arbeitsrechtlichen Folgen einer Privatisierung, verwaltungsinternen Umstrukturierung oder Verstaatlichung sind im systematischen Zusammenhang des jeweils gewählten Gestaltungsinstruments – ausschliessliche gesetzliche Regelung des Bundes oder der Kantone, share deal, asset deal oder Strukturanpassung nach Art. 99–101 FusG – zu bestimmen.²⁴ Art. 333 OR ist auf Unternehmen des öffentlichen Rechts nicht direkt anwendbar. Die Anwend-

 20.35

23 WILDHABER, ZSR 2007 I, 490 ff.

24 WILDHABER, ZBJV 2008, 526 ff.

barkeit kann sich aber aus anderen Gesetzen ergeben, z.B. Art. 99–101 FusG, welche Umstrukturierungen unter Beteiligung von Instituten des öffentlichen Rechts regeln und dabei indirekt Art. 333 OR für sinngemäss anwendbar erklären.

1. Art. 333 OR bei Privatisierungen

- 20.36 Die Privatisierung der Arbeitsverhältnisse ist einer der Kernpunkte für die Verwirklichung der notwendigen Flexibilität privatisierter Betriebe. Eine sinngemässe Anwendung der zivilrechtlichen Vorschriften des FusG schützt die bisher öffentlich-rechtlich Angestellten oftmals nur unzureichend, und auch die sinngemässe Anwendung von Art. 333 OR vermag nicht zu verhindern, dass allfällige Schutzbestimmungen des öffentlichen Personalrechts ihre Wirksamkeit verlieren. Diese rechtlichen Lücken können freiwillig durch **Personalüberleitungsverträge** geschlossen werden.
- 20.37 Erfolgt die **Privatisierung mit den Mitteln des FusG**, so ergibt sich aus Art. 100 Abs. 1 FusG die sinngemässe Anwendung der Art. 27, 46 und 76 FusG und somit des Art. 333 OR. Allerdings müssen die Tatbestandsvoraussetzungen von Art. 333 Abs. 1 OR gegeben sein.²⁵ Der bisherige Inhaber eines Betriebs kann somit durchaus eine Person des öffentlichen Rechts sein.²⁶ Der Umstand, dass die Privatisierung auf einseitigen Entscheidungen der staatlichen Stellen und nicht auf einer Willensübereinstimmung beruht, schliesst die Anwendung von Art. 333 OR nicht aus.
- 20.38 Die sinngemässe Anwendung von Art. 333 OR auf Umstrukturierungen öffentlicher Unternehmen hat zur Folge, dass das Arbeitsverhältnis – soweit möglich nach dem Grundsatz der inhaltlichen Kontinuität – durch den privatisierten Betriebsinhaber fortgeführt werden muss. Aufgrund des Wechsels vom öffentlich-rechtlichen zum privatrechtlichen Arbeitgeber ergeben sich dabei etliche **Probleme bei der Überführung der Arbeitsverhältnisse** der jeweiligen öffentlich-rechtlichen angestellten Arbeitnehmer. Aufgrund des Primats des öffentlichen Rechts in Art. 100 Abs. 1 Satz 2 FusG sowie des Prinzips des Vertrauensschutzes sind z.B. bezüglich der Beendigung öffentlicher Anstellungs- und Beamtenverhältnisse die öffentlichen Regelungen zu berücksichtigen.²⁷
- 20.39 Nach dem Betriebsübergang auf einen privaten Rechtsträger ist das **Personalvertretungsrecht** nicht mehr anwendbar; es gilt stattdessen das Betriebsverfassungsrecht. Vor der Privatisierung geltende **Dienstvereinbarungen** können inhaltsgleich als Betriebsvereinbarung neu abgeschlossen werden.
- 20.40 Bestand zwischen den ehemaligen öffentlich-rechtlichen Angestellten und dem bisherigen öffentlich-rechtlichen Institut ein Vertrauensverhältnis, so können sich u.U.

25 WILDHABER, Umstrukturierungen 80 ff., 130; DIES., ZBJV 2008, 534 ff.

26 EuGH *Collino* vom 14. September 2000, C-343/98, Ziff. 32 f.; EuGH *Scattolon* vom 6. September 2011, C-108/10, N 53.

27 WAGNER PFEIFER/GELZER, Zürcher Komm. FusG, Art. 100, N 22; WILDHABER, ZBJV 2008, 539 ff.

Ansprüche aus **Vertrauensschutz** aktualisieren, welche über die Schutzvorschriften des Art. 333 OR hinausgehen.²⁸ So wirkt das öffentliche Recht in privatisierten Betrieben im Sinne eines Korrektivs nach. Insbesondere kann sich ein Anspruch auf eine angemessene Übergangsregelung ergeben.

2. Art. 333 OR bei verwaltungsinternen Umstrukturierungen

Art. 333 OR ist für Personen in einem öffentlich-rechtlichen Anstellungsverhältnis **grundsätzlich nicht anwendbar**.²⁹ Stattdessen kommen das BPG, kantonale Personalgesetze und kommunale Personalreglemente zur Anwendung. Art. 333 OR ist weder direkt noch via FusG analog anwendbar. Öffentlich-rechtliche Anstellungsverhältnisse lehnen sich aber heutzutage stark an die Regelung des OR an (so z.B. Art. 6 BPG oder aber der GAV der Post). Für eine subsidiäre sinngemässe Anwendung von Art. 333 OR auf einen Betriebsübergang zwischen zwei Instituten des öffentlichen Rechts genügt ein Verweis in der Personalordnung des bisherigen Arbeitgebers.³⁰ 20.41

Aus Gründen des **Vertrauensschutzes** müssen auch bei verwaltungsinternen Umstrukturierungen bei der Überführung der Arbeitsverhältnisse gewisse Nachwirkungen des vor dem Betriebsübergang relevanten öffentlichen Dienstrechts im Sinne eines Korrektivs zu Art. 333 OR angenommen werden.³¹ 20.42

3. Art. 333 OR bei Verstaatlichungen

Art. 333 OR ist auf die Verstaatlichung **direkt anwendbar**.³² Zwingendes öffentliches Dienstrecht kann allerdings Art. 333 OR vorgehen, sodass die Aufrechterhaltung der zum Zeitpunkt des Betriebsübergangs bestehenden Arbeitsbedingungen bei Verstaatlichungen keinen absoluten oder unantastbaren Grundsatz darstellt.³³ Damit sind gewisse Einschränkungen des Prinzips der Kontinuität zulasten der Arbeitnehmer im schweizerischen Recht möglich, wenn diese durch zwingendes öffentliches Recht bedingt sind und der Gleichstellung der Arbeitnehmer des betreffenden öffentlich-rechtlichen Rechtsträgers dienen sollen.³⁴ 20.43

28 KOLLER, 152 (zwingende Wahrung der wohlverworbenen Rechte).

29 WILDHABER, ZBJV 2008, 543; für den Übergang kommunaler Polizeiangestellter auf den Kanton vgl. BGer, Urteil 8C.191/2010 vom 12. Oktober 2010.

30 WILDHABER, ZBJV 2008, 546.

31 A.a.O.

32 STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 333, N 3; WYLER/HEINZER, 491; Trib. Adm. GE, Urteil ATA/413/2003 vom 27. Mai 2003, E. I.B.10; EuGH *Mayeur* vom 26. September 2000, C-175/99.

33 Vgl. auch EuGH *Delahaye* vom 11. November 2004, C-425/02; EuGH *Scattolon* vom 6. September 2011, C-108/10, Ziff. 80 ff.

34 WILDHABER, ZBJV 2008, 551; WYLER/HEINZER, 491.

C. Übergang der Arbeitsverhältnisse

1. Vom Betriebsübergang erfasste Arbeitsverhältnisse

- 20.44 Vom Betriebsübergang erfasst werden Arbeitsverhältnisse, welche auf einem privatrechtlichen Vertrag gemäss Art. 319 OR beruhen und welche **zum Zeitpunkt des Übergangs mit dem bisherigen Arbeitgeber** bestehen,³⁵ auch wenn sie fehlerhaft begründet sind, suspendierte Hauptleistungspflichten haben oder gekündigt sind, solange sie noch nicht beendet sind.³⁶ Besteht das formelle Arbeitsverhältnis im Konzern nicht mit der von der Umstrukturierung betroffenen Gesellschaft, so kann das Arbeitsverhältnis dennoch auf den konzernexternen Arbeitgeber übergehen, wenn der Arbeitnehmer im übergehenden Betrieb seinen Arbeitsplatz und sein faktisches Arbeitsverhältnis hat.³⁷
- 20.45 Verhältnisse mit pensionierten Arbeitnehmern und somit Pensionsverpflichtungen des Arbeitgebers bleiben beim übertragenden Unternehmen.³⁸ Vom Betriebsübergang ebenfalls **nicht erfasst** werden Vertragsverhältnisse von freien Mitarbeitern, Werkvertragsnehmern und selbständigen Handelsvertretern sowie die Rechtsverhältnisse von Organmitgliedern juristischer Personen und Leiharbeitnehmer.

2. Zuordnung der Arbeitsverhältnisse

- 20.46 Solange Art. 333 Abs. 1 OR anwendbar ist, gilt die Regel der zwingenden Beachtung der Betriebsbezogenheit der Arbeitsverhältnisse. Zusätzlich wird die Zahl der erfassten Arbeitsverhältnisse ergänzt durch die Liste der Arbeitsverhältnisse, die mit der Spaltung übergehen (Art. 37 lit. i FusG), im Spaltungsvertrag, bzw. solcher, die mit der Vermögensübertragung übergehen (Art. 71 Abs. 1 lit. e FusG), im Übertragungsvertrag. Dieser Liste kommt nur **deklaratorische Bedeutung** zu, sodass eine fehlerhafte Zuordnung im Spaltungsvertrag/-plan bzw. im Übertragungsvertrag keinen Einfluss auf den Übergang des Arbeitsverhältnisses hat.³⁹ Arbeitgeber, die irrtümlich nicht auf der Liste aufgeführte Arbeitsverhältnisse übernehmen müssen, können für die daraus resultierenden wirtschaftlichen Folgen Ersatzansprüche gegen die abtretenden Arbeitgeber haben.

35 BGE 136 III 552, E. 3; BGE 134 III 106; BGer, Urteil 4A.56/2015 vom 3. Juni 2015, E. 3.3.

36 BGE 136 III 552, E. 3.1; BGer, Urteil 4A.56/2015 vom 3. Juni 2015, E. 3.3.

37 EuGH *Albron Catering* vom 21. Oktober 2010, C-242/09; PIETRUSZAK, ARV 2011, 23 ff.; BAUMGARTNER/WILDHABER, AJP 2008, 1089. Kritisch STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 333, N 5.

38 BGer, Urteil 4A.48/2007 vom 23. Oktober 2007 = BGE 134 III 102 (*Swissair/SAir Group*); PORTMANN/RUDOLPH, Basler Komm. OR, Art. 333, N 10.

39 BAUMGARTNER/WILDHABER, AJP 2008, 1090; WYLER/HEINZER, 461.

Merke:

Vor der Spaltung können Arbeitnehmer gezielt in auf- oder abzusplittende Betriebs-
teile versetzt werden.

Wenn Art. 333 Abs. 1 OR keine Anwendung findet, weil das Arbeitsverhältnis kei- 20.47
nem bestimmten Betrieb zugeordnet werden kann, so muss die Lösung des Zuord-
nungsproblems ausserhalb von Art. 333 OR gefunden werden. In diesem Fall kommt
der Klarstellungsfunktion der Liste des Spaltungsvertrags/-plans durchaus **quasi-
konstitutive Bedeutung** zu.⁴⁰ Die Spaltungspartner können somit über die Liste
gemäss Art. 37 lit. i FusG vorbehaltlich des Ablehnungsrechts des Arbeitnehmers
frei über die Zuordnung von Arbeitsverhältnissen entscheiden, die sich keinem
Betrieb oder Betriebsteil zuordnen lassen. Auch der Liste gemäss Art. 71 Abs. 1
lit. e FusG im Übertragungsvertrag kann quasi-konstitutive Bedeutung zukommen.

3. Ablehnungsrecht der Arbeitnehmer

Sind die Tatbestandsvoraussetzungen des Art. 333 Abs. 1 OR erfüllt, so steht dem 20.48
Arbeitnehmer ein **Ablehnungsrecht gemäss Art. 333 Abs. 1 und 2 OR** zu. Wenn
aber das Arbeitsverhältnis im Zeitpunkt des Betriebsübergangs besteht, so geht es
selbst bei erklärter Ablehnung des Arbeitnehmers von Gesetzes wegen erst einmal
auf den Erwerber über.

Diese Ablehnung kann grundsätzlich **formlos** und **unbegründet** erfolgen. Still- 20.49
schweigen gilt als Zustimmung zum Übergang.

Durch die Ausübung des Ablehnungsrechts wird das Arbeitsverhältnis **auf den** 20.50
Ablauf der gesetzlichen Kündigungsfrist auf ein Monatsende hin aufgelöst
(Art. 333 Abs. 2 OR i.V.m. Art. 335c Abs. 1 OR). Kündigungsfristen gemäss Einzel-
arbeitsvertrag, GAV oder Personalreglement sind nicht massgeblich und die Sperr-
fristen gemäss Art. 336 ff. OR finden keine Anwendung. Die gesetzliche Kündi-
gungsfrist beginnt mit dem Zugang der Ablehnungserklärung und nicht mit dem
Betriebsübergang. Das Ablehnungsrecht ist eine Auflösung kraft Gesetzes, keine
Kündigung.

Die **Frist**, innert der die Arbeitnehmer ihr Recht auf Ablehnung ausüben müssen, 20.51
bestimmt sich nach Treu und Glauben.⁴¹ Sie beginnt, wenn die Arbeitnehmer vom
Betriebsübergang Kenntnis erlangen. Es wird von dieser Kenntnis ausgegangen,
sobald der neue Arbeitgeber erste Verfügungen trifft.⁴² Lässt der Arbeitnehmer

40 BAUMGARTNER/WILDHABER, AJP 2008, 1090 f.

41 SUBILIA/DUC, Art. 333, N 3; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 333, N 11; WILDHABER,
Umstrukturierungen, 172. Für eine Frist von einem Monat PORTMANN/RUDOLPH, Basler
Komm. OR, Art. 333, N 28; WYLER/HEINZER, 462; CHENAUX/MARTIN, CS contrat de travail,
Art. 333 N 21.

42 BGE 137 V 463, E. 4.4; BGer, Urteil 4A.616/2011 vom 21. März 2012, E. 3.3.

die ihm gewährte Bedenkfrist unbenutzt verstreichen, ist stillschweigender Verzicht auf das Ablehnungsrecht anzunehmen. In der Regel kann das Ablehnungsrecht nur bis zum Zeitpunkt des Betriebsübergangs ausgeübt werden, es sei denn, es sei nicht rechtzeitig und ausreichend über den bevorstehenden Betriebsübergang informiert worden. Dann kann der Arbeitnehmer auch noch nach dem Zeitpunkt des eingetretenen Betriebsübergangs sein Ablehnungsrecht ausüben, muss dies aber unverzüglich, d.h. ohne schuldhaftes Zögern, tun.

Merke:

Der Arbeitgeber sollte dem Arbeitnehmer eine Frist ansetzen, innert welcher dieser seine Erklärung abzugeben hat.

- 20.52 **An wen** die Ablehnungserklärung zu richten ist, ist umstritten.⁴³ Meines Erachtens sollte der Arbeitnehmer seine Ablehnungserklärung alternativ an den bisherigen oder an den neuen Betriebsinhaber richten dürfen.⁴⁴
- 20.53 Die Ablehnung des Betriebsübergangs durch den Arbeitnehmer für sich allein bewirkt nicht automatisch, dass ein **nachvertragliches Konkurrenzverbot** dahinfällt.⁴⁵ Der Betriebsübergang kann dem Arbeitnehmer begründeten Anlass geben, sein Recht zur Ablehnung des Übergangs des Arbeitsverhältnisses auszuüben, muss es aber nicht. Der begründete Anlass muss materiell vorliegen, er ergibt sich nicht bereits aus der formellen Tatsache des Betriebsübergangs.

Merke:

Es empfiehlt sich, bestehende Wettbewerbsverbote zu überprüfen und eine eindeutige Regelung für diesen Fall vorzusehen.

- 20.54 Sind die Tatbestandsvoraussetzungen von Art. 333 Abs. 1 OR nicht erfüllt und gehen die Arbeitsverhältnisse kraft (partieller) Universalsukzession auf den neuen Betriebsinhaber über, stellt sich die Frage, ob die Zuordnung von Arbeitsverhältnissen der rechtsgeschäftlichen Zuordnungsfreiheit der an der Umstrukturierung beteiligten Parteien unterliegt, oder ob sie nur mit Zustimmung der betroffenen Arbeitnehmer erfolgen darf. Dies ist umstritten. Meines Erachtens braucht es weder bei der Spaltung noch bei der Vermögensübertragung einer Zustimmung der betroffenen Arbeitnehmer.⁴⁶ Die Parteien können also **zusätzliche Arbeitsverhältnisse in die Liste** im Spaltungsvertrag/-plan (Art. 37 lit. i FusG) oder im Übertragungs-

43 Siehe die Übersicht bei WILDHABER, Umstrukturierungen, 174; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 333, N 11.

44 So auch PORTMANN/RUDOLPH, Basler Komm. OR, Art. 333, N 27.

45 STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 340c, N 10; BAUMGARTNER/WILDHABER, AJP 2008, 1091 f.; BGer, Urteil 4A.261/2013 vom 1. Oktober 2013.

46 BAUMGARTNER/WILDHABER, AJP 2008, 1090; PIETRUSZAK, KuKo OR, Art. 333, N 11; PORTMANN/RUDOLPH, Basler Komm. OR, Art. 333, N 45, N 53.

vertrag (Art. 71 Abs. 1 lit. e FusG) verbindlich aufnehmen. Den Arbeitnehmern steht dann ein direktes, mindestens aber ein analoges Ablehnungsrecht zur Verfügung. Hingegen können Arbeitsverhältnisse, die zu einem anderen Betrieb gehören, nur mit Zustimmung der betroffenen Arbeitnehmer durch Aufnahme in die Liste im Spaltungsvertrag/-plan bzw. im Übertragungsvertrag übertragen werden.⁴⁷

Das Ablehnungsrecht im Sinne von Art. 333 Abs. 1 und 2 OR ist **dispositiver Natur**.⁴⁸ 20.55

4. Zeitpunkt des Übergangs der Arbeitsverhältnisse

Sind die Tatbestandsvoraussetzungen des Art. 333 Abs. 1 OR erfüllt, so geht das Arbeitsverhältnis **mit dem Tag des Betriebsübergangs** auf den Erwerber über. Dieser Zeitpunkt des Betriebsübergangs ist der Tag, an dem der Erwerber die rechtlich begründete Leitungsmacht über den Betrieb erlangt, unabhängig davon, welche Einzelheiten die Parteien hierzu vereinbart haben.⁴⁹ Der Zeitpunkt kann grundsätzlich nicht retroaktiv festgelegt werden.⁵⁰ 20.56

Bei einem Übergang der Arbeitsverhältnisse im Rahmen einer Universalsukzession nach FusG gilt hingegen, dass der Betrieb und damit die Arbeitsverhältnisse auf den **Zeitpunkt der Eintragung der Umstrukturierung im Handelsregister** übergehen. 20.57

5. Abweichende Vereinbarungen

Der in Art. 333 Abs. 1 OR vorgesehene automatische Übergang der Arbeitsverhältnisse gemäss BGE 132 III 32 (SR Technics) kann weder durch eine abweichende Vereinbarung noch durch einen Personalverleihvertrag ausgeschlossen werden.⁵¹ 20.58

Merke:

Der automatische Übergang der Arbeitsverhältnisse auf den Betriebserwerber kann aber durch rechtzeitige Kündigung, Versetzung oder Aufhebungsvertrag vor dem Betriebsübergang vermieden werden.

Beim Übergang der Arbeitsverhältnisse mittels einer Universalsukzession nach FusG stellt sich die Frage nach der Dispositivität von Art. 333 Abs. 1 OR nicht. 20.59

47 BAUMGARTNER/OERTLE, Basler Komm. FusG, Art. 76, N 11.

48 STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 333, N 11.

49 EuGH *Celtec* vom 26. Mai 2005, C-478/03.

50 BGE 137 V 463.

51 Dazu kritisch WILDHABER, Umstrukturierungen, 190 f. M.E. müsste der Verzicht des Arbeitnehmers auf den automatischen Übergang des Arbeitsverhältnisses bzw. eine einvernehmliche Auflösung des Arbeitsverhältnisses im Zeitpunkt eines konkreten und unmittelbar bevorstehenden Betriebsübergangs zulässig sein.

Merke:

Der (partiell) universalsukzessorische Übergang von Arbeitsverhältnissen kann grundsätzlich vermieden werden, indem die Parteien entweder ihren Arbeitsvertrag an eine Resolutivbedingung knüpfen, welche im Fall einer Umstrukturierung eintritt, oder indem sie dem Ex-lege-Übergang der Arbeitsverhältnisse mittels eines Aufhebungsvertrags zuvorkommen.

D. Inhalt der übergebenen Arbeitsverhältnisse

1. Grundsatz der vollständigen Kontinuität

- 20.60 Es gilt gemäss Art. 333 Abs. 1 OR der Grundsatz der **vollständigen Kontinuität** einzelvertraglich vereinbarter Rechte und Pflichten nach Betriebsübergang. Dazu gehören Arbeitsbedingungen aufgrund von
- Einzelarbeitsverträgen,
 - Formulararbeitsverträgen,
 - allgemeinen, einseitig vom Arbeitgeber aufgestellten Arbeitsbedingungen,
 - individualrechtlich wirkenden Betriebsvereinbarungen oder GAV,
 - betrieblicher Übung, oder
 - der Anwendung des arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes.
- 20.61 Der Erwerber wird Schuldner aller **Verbindlichkeiten aus dem Arbeitsverhältnis**, auch wenn sie vor dem Betriebsübergang entstanden sind. Hingegen muss der Erwerber gegenüber den zuständigen Einzugsstellen für rückständige Sozialversicherungsbeiträge und Steuern nicht einstehen.
- 20.62 Alle aus dem arbeitsrechtlichen Besitzstand erwachsenden Rechte und Anwartschaften, namentlich sämtliche an die bisherige Betriebszugehörigkeit anknüpfenden Rechtspositionen werden durchgängig ermittelt, d.h. unter Zugrundelegung der sowohl beim bisherigen wie auch beim Erwerber des Betriebs zurückgelegten Dienstzeiten (sog. **«Besitzstandswahrung»**).⁵²
- 20.63 Der Betriebserwerber muss die Arbeitsverhältnisse grundsätzlich nur nach dem zwischen dem Veräusserer und dem Arbeitnehmer vereinbarten Standard fortsetzen, ist also nicht verpflichtet, in seinem Unternehmen bereits bestehende Arbeitsbedingungen auf die gemäss Art. 333 Abs. 1 OR übernommene Belegschaft anzuwenden (**keine «Angleichung nach oben»**). Ein Anspruch auf Teilhabe an Leistungen, die ausschliesslich beim Erwerber gelten, folgt auch nicht aus dem arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz.

52 BGE 129 III 335; BGE 127 I 183.

Berechtigungen und Verpflichtungen, die **nur anlässlich des bestehenden Arbeitsverhältnisses** durch besonderen Rechtsakt entstanden sind, werden nicht automatisch mit übertragen. Das gilt z.B. für Vollmachten und Prokuren des bisherigen Arbeitgebers oder für ausserhalb des Arbeitsvertrags geschlossene gesonderte Vertragsbeziehungen (Mietvertrag, Darlehensvertrag, Aktienoptionsvertrag etc.). 20.64

2. Sonderprobleme

Die Fortgeltung der individualrechtlich begründeten Rechte und Pflichten nach Betriebsübergang kann Schwierigkeiten bereiten, wenn deren Fortsetzung angesichts **veränderter tatsächlicher Verhältnisse im übernehmenden Unternehmen** nicht oder nur unter erschwerten Bedingungen möglich ist. 20.65

Praktische Schwierigkeiten treten in den folgenden Fällen auf: 20.66

- Arbeitgeberdarlehen;
- vom Arbeitnehmer gemietete Wohnung;
- Unternehmensspezifische Vergütungsregelungen (insb. Mitarbeiterbeteiligungen wie z.B. Aktienoptionen);⁵³
- nachvertragliches Konkurrenzverbot;⁵⁴
- Ferienansprüche;
- berufliche Vorsorge.⁵⁵

Merke:

Diese Punkte sollten geregelt werden.

In der Praxis hat der potenzielle Erwerber oft das Bedürfnis, die **Arbeitsbedingungen** der zu übernehmenden Arbeitnehmer schnell **denjenigen seines Unternehmens anzugleichen**, um Ungleichbehandlungen der Arbeitnehmer im gemeinsamen Betrieb zu vermeiden. Die Zulässigkeit der Abänderung des bestehenden Arbeitsvertrags wird anerkannt.⁵⁶ Änderungskündigungen bleiben auch nach dem Betriebsübergang zulässig, sodass die Anstellungsbedingungen durch den bisherigen wie durch den neuen Arbeitgeber unter Einhaltung der anwendbaren Kündigungsfristen zuungunsten der Arbeitnehmer angepasst werden können. Es besteht kein Anspruch der Arbeitnehmer auf Besitzstandswahrung oder Inhaltsschutz. 20.67

53 WILDHABER, SZW 2008, 17 ff.; SCHENKER, 591 ff.

54 BAUMGARTNER/WILDHABER, AJP 2008, 1091 ff.

55 EuGH *Beckmann* vom 4. Juni 2002, C-164/00; EuGH *Serene Martin* vom 6. November 2003, C-4/01.

56 BGE 114 II 349, E. 3; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 333, N 8.

- 20.68 Es gibt verschiedene Möglichkeiten, um bei Umstrukturierungen im Betrieb eine **Änderung und Anpassung der Arbeitsbedingungen** des Arbeitnehmers vorzunehmen.⁵⁷ Diese sind im folgenden Schema zusammengefasst:

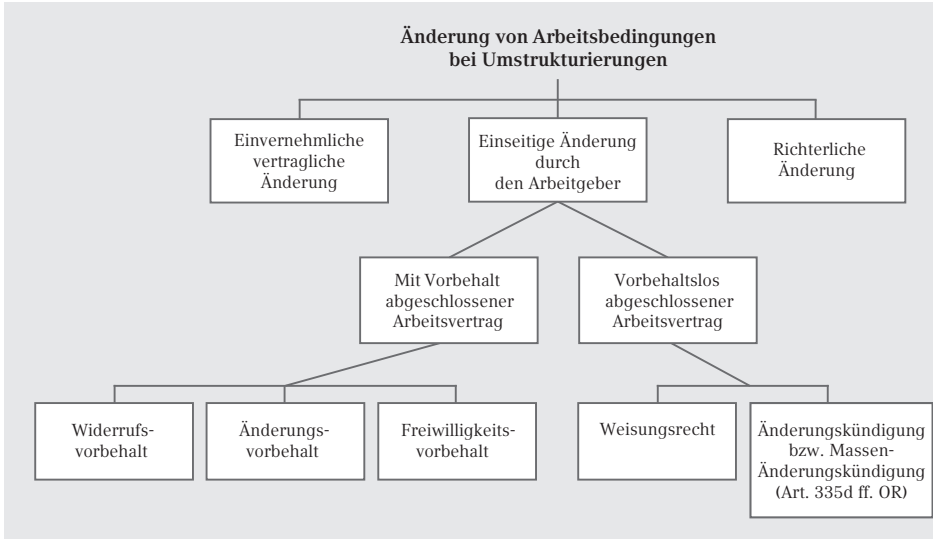


Abb. 20.3. Quelle: Isabelle Wildhaber.

E. Haftungsschutz

1. Haftung nach Art. 333 OR

- 20.69 Durch den Betriebsübergang wird der bisherige Arbeitgeber im Weg der Einzelrechtsnachfolge kraft Gesetzes durch den neuen Arbeitgeber ersetzt. Es kommt zu einem **Austausch der Vertragspartei auf Arbeitgeberseite**. Die Haftung des Betriebserwerbers für sämtliche Forderungen des Arbeitnehmers, und zwar unabhängig von Fälligkeit und Entstehungsdatum, ergibt sich deshalb schon aufgrund von Art. 333 Abs. 1 OR. Der Betriebserwerber übernimmt alle arbeitsrechtlichen Altlasten, was bei der Due Diligence bedacht werden muss.
- 20.70 Der bisherige Arbeitgeber würde hingegen ohne die spezielle Haftungsregelung von Art. 333 Abs. 3 OR von sämtlichen Forderungen aus dem Arbeitsverhältnis befreit. Sinn und Zweck von Art. 333 Abs. 3 OR besteht in der **zeitlich begrenzten Forthaftung des bisherigen Arbeitgebers** und im Schutz des Arbeitnehmers vor einem neuen Vertragspartner, dessen Bonität er nicht kennt.

57 WILDHABER, Jusletter vom 21. April 2008; vgl. auch KAMBER, 80 ff.

Merke:

Im Kauf- oder Übernahmevertrag sollte die Haftung im Innenverhältnis ausdrücklich geregelt werden.

Da die solidarische Haftung eine Rechtsfolge des Betriebsübergangs im Sinne von Art. 333 Abs. 1 OR ist, müssen dessen **Tatbestandsvoraussetzungen erfüllt** sein. 20.71

Die Haftung gemäss Art. 333 Abs. 3 OR ist **relativ zwingend** (Art. 362 Abs. 2 OR), sodass von der Solidarhaftung nicht zuungunsten des Arbeitnehmers abgewichen werden kann. 20.72

a) Zeitliche Begrenzung der Haftung gemäss Art. 333 Abs. 3 OR

Zur Begrenzung der Forderungen, für die eine solidarische Haftung gemäss Art. 333 Abs. 3 OR besteht, ist der **Fälligkeitszeitpunkt** entscheidend. Für Forderungen mit Fälligkeit nach dem Tag des Betriebsübergangs ist die Solidarhaftung zeitlich beschränkt und endet mit dem Zeitpunkt, «auf den das Arbeitsverhältnis ordentlicherweise beendet werden könnte oder bei Ablehnung des Überganges durch den Arbeitnehmer beendet wird». Unter ordentlicher Beendigung ist die Auflösung des Arbeitsverhältnisses gemäss Art. 334 bis 336d OR zu verstehen, nicht allerdings eine mögliche Bedenkfrist zur Ablehnung des Übergangs nach Art. 333 Abs. 1 OR.⁵⁸ 20.73

Bei **Ablehnung des Übergangs** durch den Arbeitnehmer ist die Haftung des bisherigen Arbeitgebers gemäss Art. 333 Abs. 3 OR auf diejenigen Forderungen beschränkt, die bis zum Zeitpunkt der Beendigung des Arbeitsverhältnisses aufgrund der Ablehnungserklärung fällig werden. Die gesetzliche Kündigungsfrist wird mit Zugang der Ablehnungserklärung des Arbeitnehmers beim jeweiligen Arbeitgeber in Lauf gesetzt; es ist also die Bedenkfrist des Arbeitnehmers zu berücksichtigen. 20.74

Nach dem klaren Wortlaut von Art. 333 Abs. 3 OR ist der Zeitpunkt der **Fälligkeit massgebend**, nicht jener, in dem die Forderung entstanden ist.⁵⁹ 20.75

b) Sachliche Begrenzung der Haftung gemäss Art. 333 Abs. 3 OR

Welchen Rechtsgrund und welchen Gegenstand kann eine Forderung nach Art. 333 Abs. 3 OR haben? Es fallen nur solche Forderungen unter Art. 333 Abs. 3 OR, welche ihren **Rechtsgrund im Arbeitsvertrag** haben. 20.76

58 BGE 135 III 349, E. 4.1; BGE 137 III 487, E. 6; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 333, N 13; PORTMANN/RUDOLPH, Basler Komm. OR, Art. 333, N 34.

59 PIETRUSZAK, KuKo OR, Art. 333, N 23; PORTMANN/RUDOLPH, Basler Komm. OR, Art. 333, N 43, 48 f.; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 333, N 13; offengelassen in BGE 132 III 32, E. 6.2.1.

20.77 **Folgende Forderungen fallen unter Art. 333 Abs. 3 OR:**

- Lohnforderungen inkl. Gewinn- und Umsatzbeteiligung, Entschädigungen für Überstunden und Überzeit, Gratifikationen, 13. Monatslohn, Provisionen und Zulagen;
- Ansprüche des Arbeitnehmers auf Auslagenersatz;
- Ferienentgelt, Ansprüche auf Rückgabe der gestellten Kautions;
- Ansprüche auf Abgangsentschädigung im Sinne von Art. 339b–d OR;
- Vergütung für im Rahmen des Arbeitsverhältnisses geschaffene Immaterialgüter;
- Entschädigung wegen missbräuchlicher Kündigung und ungerechtfertigter fristloser Entlassung;
- Schadenersatz wegen gerechtfertigter fristloser Kündigung des Arbeitnehmers;
- Entschädigung wegen sexueller Belästigung gestützt auf Art. 5 GIG;
- Forderungen aus dem Sozialplan;
- Ansprüche auf Rentenleistungen infolge Frühpensionierung, wenn der Arbeitnehmer freigestellt ist und noch ein Arbeitsverhältnis besteht;
- Beiträge der Arbeitgeber aus freiwilliger Versicherung (Art. 44 ff. BVG);
- Naturallohn, evtl. umgewandelt in eine Forderung auf Ersatzvergütung;
- Ansprüche des Arbeitnehmers aus Art. 328b OR und aus dem DSG;
- Zeugnisanspruch des Arbeitnehmers aus Art. 330a OR.

20.78 **Folgende Forderungen fallen nicht unter Art. 333 Abs. 3 OR:**

- Forderungen aus unerlaubter Handlung (Art. 41 ff. OR);
- Forderungen aus ungerechtfertigter Bereicherung (Art. 62 ff. OR);
- unbezahlte AHV-Beiträge;⁶⁰
- unbezahlte ALV-Beiträge;
- unbezahlte BVG-Beiträge.

2. Haftung nach FusG

a) Fusion

20.79 Art. 333 Abs. 3 OR findet bei der Fusion nach FusG keine Anwendung, da die übertragenden Gesellschaften mit Eintragung der Fusion im Handelsregister untergehen.⁶¹ Zur Sicherung der Ansprüche sind **allein die im FusG vorgesehenen Schutzregelungen massgebend.**

20.80 Bei Fusionen tritt an die Stelle der Solidarhaftung ein **Sicherstellungsrecht** der Arbeitnehmer (Art. 27 Abs. 2 FusG). Adressat des Sicherstellungsrechts ist infolge des Untergangs der übertragenden Gesellschaft immer zwingend die überneh-

60 KRADOLFER, 237 ff.; WILDHABER, Umstrukturierungen, 229.

61 BAUMGARTNER/OERTLE, Basler Komm. FusG, Art. 27, N 5; KRADOLFER, 264; ZIMMERLI, AJP 2005, 776.

mende bzw. neu gegründete Gesellschaft.⁶² Der Gegenstand der Sicherstellung bildenden Arbeitnehmerforderungen deckt sich mit den Forderungen, welche Gegenstand einer Solidarhaftung i.S. von Art. 333 Abs. 3 OR darstellen.

Gemäss Art. 27 Abs. 3 FusG bleiben **Gesellschafter** der übertragenden Gesellschaft, die vor der Fusion für deren Verbindlichkeiten hafteten, für alle Verbindlichkeiten aus Arbeitsvertrag haftbar, die bis zum Zeitpunkt fällig werden, auf den das Arbeitsverhältnis ordentlicherweise beendet werden könnte oder, bei Ablehnung des Übergangs, vom Arbeitnehmer beendet wird. Die Verjährungsfrist von drei Jahren gemäss Art. 26 Abs. 2 FusG ab Rechtswirksamkeit der Fusion ist für Anwendungsfälle von Art. 27 Abs. 3 FusG analog anwendbar.⁶³ 20.81

b) Spaltung

Der übernehmende Rechtsträger haftet bei der Spaltung kraft Universalsukzession bzw. kraft Art. 49 Abs. 1 FusG i.V.m. Art. 333 Abs. 1 OR für bereits bestehende Ansprüche aus den auf ihn übergegangenen Arbeitsverhältnissen. Neben dieser **primären Haftung** kann die übernehmende Gesellschaft nach Art. 47 Abs. 1 FusG als an der Spaltung beteiligte Gesellschaft **subsidiär und solidarisch haften**. Wo ausnahmsweise Verbindlichkeiten der übertragenden Gesellschaft den übernehmenden Rechtsträgern nicht zugeordnet werden konnten, haften die beteiligten Gesellschaften für diese gemäss Art. 38 Abs. 3 FusG solidarisch. Die übernehmende Gesellschaft haftet u.U. für Verbindlichkeiten aus Arbeitsverträgen anderer als ihrer eigenen Mitarbeiter. 20.82

Die **subsidiäre Solidarhaftung nach Art. 47 FusG** gilt für diejenigen an der Spaltung beteiligten Gesellschaften, denen die unerfüllt gebliebenen Verbindlichkeiten im Spaltungsplan oder Spaltungsvertrag nicht zugeordnet worden waren. Sie kommt erst zum Zug, wenn die Voraussetzungen von Art. 47 Abs. 2 FusG erfüllt sind. Gehaftet wird für diejenigen Arbeitnehmerforderungen, die im Zeitpunkt der Inventarisierung gemäss Art. 37 lit. b FusG bestanden haben und einer der beteiligten Gesellschaften zugeordnet werden konnten. Die von der Subsidiärhaftung betroffenen Verbindlichkeiten sind gemäss Art. 48 i.V.m. Art. 26 FusG einzugrenzen.⁶⁴ 20.83

Gemäss Art. 49 Abs. 2 FusG sind Träger des **Sicherstellungsrechts** bei der Spaltung alle Arbeitnehmer der an der Spaltung beteiligten Gesellschaften. Die Pflicht auf Sicherstellung richtet sich an den bisherigen Arbeitgeber.⁶⁵ Die Forderungen der Gläubiger müssen sichergestellt werden, wenn die Gläubiger innerhalb von zwei Monaten, nachdem sie auf die Sicherungsmöglichkeit hingewiesen worden sind (Art. 45 FusG), die Sicherstellung verlangen (Art. 46 Abs. 1 FusG). Die Spal- 20.84

62 TRUFFER, Basler Komm. FusG, Art. 25, N 16; WYLER, SZW 2004, 255.

63 BAUMGARTNER/OERTLE, Basler Komm. FusG, vor Art. 27, N 43; KRADOLFER, 269.

64 KÄGL/EHRAT, Basler Komm. FusG, Art. 47, N 8; KRADOLFER, 274.

65 BAUMGARTNER/OERTLE, Basler Komm. FusG, Art. 49, N 5; WILDHABER, Umstrukturierungen, 239.

tion darf nach Art. 43 Abs. 1 FusG nur vollzogen werden, wenn die Forderungen der Arbeitnehmer sichergestellt sind, es sei denn, die Sicherstellungspflicht entfällt. Anders als bei der Fusion muss demnach bei der Spaltung das Verfahren zur Sicherstellung der Forderungen – soweit erforderlich – abgeschlossen sein, bevor die Mitgliederversammlungen definitiv über die Spaltung beschliessen. Der Verlust des Sicherstellungsanspruchs (Art. 46 FusG) infolge unterlassener Anmeldung hat auf die übrigen Haftungsansprüche keinen Einfluss.

- 20.85 Art. 49 Abs. 3 FusG erklärt für die **persönliche Haftung von Gesellschaftern** im Fall der Spaltung die Regelung für die Fusion von Art. 27 Abs. 3 FusG für anwendbar.
- 20.86 Die **Solidarhaftung von Art. 333 Abs. 3 OR** ist aufgrund des Verweises in Art. 49 Abs. 1 FusG auch bei der Spaltung grundsätzlich anwendbar. Im Vergleich zur Solidarhaftung nach Art. 47 FusG bedeutet sie eine Privilegierung der vom Übergang erfassten Arbeitsverhältnisse gegenüber den gewöhnlichen Gläubigern.⁶⁶ Die Solidarhaftung von Art. 47 FusG vermag hingegen auch gegenüber Gesellschaften eine Haftung zu begründen, welche keinen Arbeitgeberstatus aufweisen. Die Solidarhaftung von Art. 333 Abs. 3 OR geht als *lex specialis* der Spaltungshaftung von Art. 47 FusG vor.⁶⁷ Hingegen ist sie mit der Sicherstellung der Arbeitnehmerforderungen von Art. 49 Abs. 2 und der Kontinuität der persönlichen Haftung der Gesellschafter von Art. 49 Abs. 3 FusG kumulativ anwendbar.⁶⁸

c) Vermögensübertragung

- 20.87 Der **übernehmende Rechtsträger**, auf den Arbeitsverhältnisse übertragen werden, haftet uneingeschränkt für sämtliche Forderungen aus dem übernommenen Arbeitsverhältnis. Der **übertragende Rechtsträger** haftet gemäss Art. 76 Abs. 2 FusG während drei Jahren solidarisch für alle Verbindlichkeiten aus der Vermögensübertragung, die bis zum Zeitpunkt fällig werden, auf den das Arbeitsverhältnis ordentlicherweise beendet werden könnte, oder bei Ablehnung des Übergangs vom Arbeitnehmer beendet wird. Art. 76 Abs. 2 FusG ist eine auf die Vermögensübertragung angepasste Neufassung von Art. 333 Abs. 3 OR und findet ausschliessliche Anwendung.
- 20.88 Im Unterschied zur Fusion und Spaltung sind die an der Vermögensübertragung beteiligten Rechtsträger **nur ausnahmsweise** verpflichtet, die betreffenden Forderungen **sicherzustellen** (Art. 75 Abs. 3 FusG).

66 BAUMGARTNER/OERTLE, Basler Komm. FusG, Art. 49, N 6; KRADOLFER, 275; WILDHABER, Umstrukturierungen, 237.

67 WINKLER, SJZ 2001, 483; BAUMGARTNER/OERTLE, Basler Komm. FusG, Art. 49, N 6.

68 BAUMGARTNER/OERTLE, Basler Komm. FusG, Art. 49, N 7; PORTMANN/RUDOLPH, Basler Komm. OR, Art. 333, N 47; WINKLER, SJZ 2001, 483 f.

F. Kündigungsschutz

Bei Umstrukturierungen von Unternehmen und Betrieben ergibt sich in zahlreichen Fällen die **Notwendigkeit, den Personalbestand** vor oder nach einem derartigen Schritt den veränderten betriebswirtschaftlichen Notwendigkeiten **anzupassen**. In der Schweiz gilt das in Art. 335 OR statuierte Prinzip der Kündigungsfreiheit unbestimmter Arbeitsverhältnisse. Dieses wird eingeschränkt durch die Bestimmungen über den sachlichen (Art. 336 OR) und zeitlichen Kündigungsschutz (Art. 336c OR), Kündigungsfristen und -termine (Art. 335c OR), der Schutz vor fristloser Kündigung (Art. 337 OR) wie auch die Bestimmungen über Massenentlassungen (Art. 335d OR). 20.89

Zu den Massenentlassungen siehe N 20.125 ff. 20.90

1. Kündigungsschutz der Arbeitnehmervertreter

Gemäss Art. 336 Abs. 2 lit. b OR geniessen die Mitglieder der Arbeitnehmervertretung einen **ausdrücklichen Kündigungsschutz**. Die Kündigung des Arbeitsverhältnisses durch den Arbeitgeber ist missbräuchlich, wenn sie ausgesprochen wird, während der Arbeitnehmer gewählter Arbeitnehmervertreter in einer betrieblichen oder dem Unternehmen angeschlossenen Einrichtung ist, und der Arbeitgeber nicht beweisen kann, dass er einen begründeten Anlass zur Kündigung hatte (sog. Kündigungsverbot mit Erlaubnisvorbehalt). **Als Arbeitnehmervertreter gelten** u.a. Vertreter in folgenden Gremien: 20.91

- Betriebs- oder Personalkommissionen;
- Pensionskassen;
- Personalvorsorgeeinrichtungen.

Die Kausalität zwischen dem Mandat und der Kündigung und somit der Missbrauch wird vermutet. Es ist nicht entscheidend, dass die Betriebskommission nie getagt hat oder der betroffene Arbeitnehmer überhaupt keine Aktivitäten im Zusammenhang mit seinem Mandat entwickelt hat.⁶⁹ Ein **begründeter Anlass für eine Kündigung** kann in der Person des Arbeitnehmers liegen, oder es können rein objektive Gründe – z.B. wirtschaftliche Probleme des Unternehmens – vorliegen, welche die Kündigung eines Arbeitnehmervertreters zu rechtfertigen vermögen.⁷⁰ Der Arbeitgeber darf Optimierungsmassnahmen treffen, ohne dass er einen schlechten Geschäftsgang abwarten muss.⁷¹ 20.92

Diese Strukturveränderungsfreiheit des Arbeitgebers hat die ILO im November 2004 dazu veranlasst, den Kündigungsschutz von Arbeitnehmervertretern in der 20.93

69 BGer, Urteil vom 12. August 1997, in: JAR 1998, 199 ff.

70 BGE 130 III 353, E. 2.2.1; BGE 133 III 512, E. 6.2 ff.; BGE 135 III 512, E. 6.2; BGer, Urteil 4A.415/2011 vom 19. März 2012, E. 6; BGE 138 III 359, E. 4.

71 BGer, Urteil 4C.77/2007 vom 26. Juni 2007 = BGE 133 III 512, E. 6.3; BGer, Urteil 4C.89/2007 vom 10. Juli 2007; Stöckli, ArbR 2007, 200.

schweizerischen Rechtspraxis zu kritisieren.⁷² Sie genüge nicht den **Anforderungen von Art. 1 des Übereinkommens Nr. 98 der ILO** über die Anwendung des Vereinigungsrechts und des Rechts zur Kollektivverhandlung.⁷³ Gemäss ILO dürften wirtschaftliche Gründe nur mit Zurückhaltung als begründeter Anlass für eine Kündigung gegenüber Arbeitnehmervertretern zugelassen werden, weil gerade bei Umstrukturierungen und Personalabbau die Arbeitnehmervertreter eines besonderen Kündigungsschutzes bedürften, um die Interessen der Belegschaft wirkungsvoll zu vertreten.

- 20.94 Es ist in der Tat so, dass der schweizerische Kündigungsschutz von Arbeitnehmern, welche gewerkschaftliche Rechte wahrnehmen, sehr beschränkt ist. Deshalb wurde im September 2010 ein **revidierter Art. 336 Abs. 2 lit. b E-OR** mit einem verbesserten Kündigungsschutz der Arbeitnehmervertreter vorgeschlagen.⁷⁴ Er sah aber – anders als die ILO-Rechtsprechung – keine Möglichkeit der Wiedereinstellung wie im Gleichstellungsgesetz vor, sondern lediglich eine Erhöhung der Entschädigung bei missbräuchlicher Kündigung gemäss Art. 336a OR. Angesichts der sehr kontroversen Stellungnahmen im Vernehmlassungsverfahren hat der Bundesrat am 21. November 2012 beschlossen, das Gesetzgebungsprojekt zu Art. 336 Abs. 2 lit. b E-OR zu sistieren.
- 20.95 Gemäss **Art. 336 Abs. 3 OR** besteht der Schutz eines Arbeitnehmervertreters, dessen Mandat aufgrund von Art. 333 OR endet, so lange weiter, als das Mandat gedauert hätte, falls das Arbeitsverhältnis nicht übertragen worden wäre. Analog gilt dies für andere Arbeitnehmervertreter des bisherigen Betriebsinhabers, die vor dem Betriebsübergang in einen anderen Betrieb versetzt werden. Diese Bestimmung gilt direkt, mindestens aber analog, für Betriebsübergänge mittels Universalsukzession im Rahmen des FusG.

2. Besonderer Kündigungsschutz bei Betriebsübergang

- 20.96 Die Zulässigkeit einer mit dem Betriebsübergang begründeten Kündigung und die Rechtsfolgen einer solchen Kündigung waren in der Schweiz in der **Lehre** seit jeher umstritten.⁷⁵ Ein besonderer Kündigungsschutz wird damit begründet, dass sich dies aus Sinn und Zweck von Art. 333 Abs. 1 OR implizit ergibt, und dass aus dem Übernahmehzwang des Betriebserwerbers folgt, dass der Betriebsübergang als solcher nicht die Kündigung der Arbeitsverhältnisse rechtfertigt.

72 Bureau International du Travail, 335^e rapport de Comité de la liberté syndicale, November 2004, 388 ff.

73 Übereinkommen Nr. 98 der IAO über die Anwendung des Vereinigungsrechtes und des Rechtes zur Kollektivverhandlung (SR 0.822.719.9). Siehe WILDHABER, Jusletter vom 19. März 2012, N 19 ff. m.w.H.

74 Erläuternder Bericht und Vorentwurf zu einer Revision des Kündigungsschutzes 2010, BBl 2010, 6905 ff.; WILDHABER, Jusletter vom 19. März 2012, N 21 ff.

75 Siehe dazu ausführlich WILDHABER, SJZ 2008, 185 ff.

Das **Bundesgericht** hat ausdrücklich festgehalten, dass eine betriebsübergangsbedingte Kündigung nur gegen Art. 333 Abs. 1 OR verstosse, wenn sie ausschliesslich bezwecke, den Übergang des Arbeitsverhältnisses zu verhindern, nicht aber, wenn sie durch wirtschaftliche Gründe, z.B. wegen einer Umstrukturierung des zu übertragenden Betriebs, gerechtfertigt sei.⁷⁶ 20.97

Eine betriebsübergangsbedingte Kündigung **wegen wirtschaftlicher, organisatorischer oder technischer Umstände** ist grundsätzlich **zulässig**, weil der Arbeitgeber sich in finanziellen Schwierigkeiten befindet. Eine betriebsübergangsbedingte Kündigung ist aber dann unzulässig und ungültig, wenn sie rechtsmissbräuchlich und mithin eine Umgehung des Schutzes von Art. 333 OR bezweckt.⁷⁷ Auch ein Aufhebungsvertrag, der einzig im Interesse des Arbeitgebers geschlossen wird, um die Anwendung von Art. 333 OR auszuschliessen, kann eine Gesetzesumgehung darstellen.⁷⁸ Bei hinreichender Begründung seiner Kündigungsgründe kann der Arbeitgeber Arbeitnehmer auch in der Phase des Betriebsübergangs entlassen. Allerdings kann dies eine Konsultationspflicht nach Art. 333a Abs. 2 oder Art. 335f OR auslösen. 20.98

Dies entspricht auch den **europäischen Vorgaben**. Das Ziel von Art. 4 Abs. 1 der europäischen Betriebsübergangsrichtlinie besteht im Schutz des nationalen Status quo des Kündigungsschutzes auch bei Betriebsübergang, nicht aber darüber hinaus in einem besonderen Kündigungsschutz bei Betriebsübergang. In kündigungsschutzrechtlicher Hinsicht dient Art. 333 Abs. 1 OR dazu, den Arbeitnehmern den allgemeinen bestehenden Kündigungsschutz (Art. 335b, 335c und 336c OR) auch bei Betriebsübergängen zuzusichern. 20.99

3. Änderungskündigungen

Vor oder nach einer Umstrukturierung ist die **Harmonisierung der Anstellungsbedingungen** möglich (Rz. 20.68). Eine der Möglichkeiten zur Anpassung der Anstellungsbedingungen zuungunsten der Arbeitnehmer ist die Änderungskündigung durch den bisherigen oder neuen Arbeitgeber. 20.100

Die **Änderungskündigung** ist eine unbedingte Kündigung des gesamten Vertrags bei gleichzeitigem Angebot eines neuen zu geänderten Bedingungen oder eine bedingte Kündigung des Vertrags für den Fall, dass der Arbeitnehmer die vorgeschlagene Änderung der Bedingungen ablehnt.⁷⁹ Die Annahme des Arbeitnehmers 20.101

76 BGE 136 III 552, E. 3.3; BGE 137 III 487, E. 4.5.2; BGer, Urteil 4A.56/2015 vom 3. Juni 2015, E. 3.3; BGer, Urteil 4A.399/2013 vom 17. Februar 2014, E. 3.1; OPPLIGER/MIRRA, Jusletter vom 26. März 2012.

77 WILDHABER, SJZ 2008, 185 ff.; BAUMGARTNER/OERTLE, Basler Komm. FusG, vor Art. 27, N 13; PORTMANN/RUDOLPH, Basler Komm. OR, Art. 333, N 10; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 333, N 10.

78 OGer BE, Urteil APH-08 541 vom 30. Oktober 2008, E. 5.

79 GEISER, AJP 1999, 60 f.; GLOOR, ARV 2008, 251 ff.; KAMBER, 10 ff.

kann ausdrücklich oder in engen Grenzen stillschweigend oder durch konkludentes Verhalten erfolgen.

- 20.102 Eine Änderungskündigung ist **grundsätzlich zulässig**, kann aber gemäss (häufig kritisiert)⁸⁰ bundesgerichtlicher Rechtsprechung dann missbräuchlich sein, wenn der Arbeitgeber eine für den Arbeitnehmer ungünstige Vertragsänderung herbeiführen will, die «sich sachlich nicht rechtfertigen lässt».⁸¹ Eine Rechtfertigung durch betriebliche Gründe ist gegeben, wenn z.B. nachgewiesen werden kann, dass die Änderung auf eine Umstrukturierung des Betriebs, eine schlechte Ertragslage oder Umsatzrückgang zurückzuführen ist. Eine Rechtfertigung durch marktbedingte Gründe kann bei Auftragsmangel, allgemein fehlender Nachfrage, schlechter Wirtschaftslage oder Veränderungen auf dem Arbeitsmarkt gegeben sein. Ordentliche Änderungskündigungen werden i.d.R. «sachlich gerechtfertigt» sein, wenn diese im Hinblick auf eine Umstrukturierung des Betriebs oder Unternehmens erfolgen.⁸²
- 20.103 Bei breitflächigen Änderungskündigungen (sog. **Massen-Änderungskündigungen**) sind die Bestimmungen zu Massenentlassungen im Sinne von Art. 335d ff. OR anwendbar. Änderungskündigungen sind unabhängig von der Reaktion des Arbeitnehmers als Kündigungen im Sinne von Art. 335d Abs. 1 OR anzusehen.⁸³ Es spielt keine Rolle, ob die Kündigungen die Arbeitsverhältnisse tatsächlich beenden.⁸⁴ Allerdings werden die Bestimmungen zur Massenentlassung bei Änderungskündigungen in der Praxis oft nicht beachtet.

G. Auswirkungen von Umstrukturierungen auf GAV

- 20.104 Die Fortgeltung von Kollektivverträgen⁸⁵ ist von **hoher Bedeutung**, weil Arbeitsbedingungen häufig kollektivrechtlich geregelt sind. Kollektivverträge werden von Art. 333 Abs. 1 OR nicht erfasst, da sie nicht Bestandteil des Arbeitsverhältnisses sind. Deshalb ordnet Art. 333 Abs. 1^{bis} OR an, dass der Erwerber einen auf das übertragene Arbeitsverhältnis anwendbaren GAV während eines Jahres einhalten muss, sofern er nicht vorher abläuft oder infolge Kündigung endet. Bei Art. 333 Abs. 1^{bis} OR handelt es sich um eine zwingende Rechtsnorm, was sich aus einer richtlinienkonformen und teleologischen Auslegung ergibt.

80 GEISER, AJP 1999, 64; STÖCKLI, ArbR 2007, 199 f.; KAMBER, 308 ff. Anders GLOOR, ARV 2008, 258 f.

81 BGE 123 III 246; BGE 130 III 19, E. 3.1.2.

82 BAUMGARTNER/OERTLE, Basler Komm. FusG, vor Art. 27, N 14; ZIMMERLI, AJP 2005, 778; BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, Art. 333, N 6.

83 GEISER, AJP 1999, 65; GLOOR, ARV 2008, 255 f.; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 335d, N 5; WILDHABER, Jusletter vom 21. April 2008, Rz. 16. Anders die Lösungsansätze bei KAMBER, 357 ff.

84 EuGH *Junk* vom 27. Januar 2005, C-188/03 (Entlassung = arbeitgeberseitige Kündigungserklärung).

85 Zu Auswirkungen von Umstrukturierungen auf Betriebsvereinbarungen siehe WILDHABER, Umstrukturierungen, 341 ff.

Zu GAV und Betriebsvereinbarungen im Allgemeinen siehe Kapitel 13 von JEAN-FRITZ STÖCKLI. 20.105

1. Fortgeltung von in GAV geregelten Rechten und Pflichten

Sind die Tatbestandsvoraussetzungen von Art. 333 Abs. 1 OR erfüllt, so kommt Art. 333 Abs. 1^{bis} OR zur Anwendung. Die einjährige Weitergeltungsdauer beginnt mit dem **Tag der Betriebsnachfolge**, d.h. mit dem Tag, an dem der Erwerber die rechtlich begründete Leitungsmacht über den Betrieb erlangt.⁸⁶ Dieser Zeitpunkt kann schwierig zu bestimmen sein. 20.106

Bei **Fusionen, Spaltungen und Vermögensübertragungen nach FusG** kommt Art. 333 Abs. 1^{bis} OR ebenfalls zur Anwendung (integraler Verweis in Art. 27 Abs. 1, Art. 49 Abs. 1 und Art. 76 Abs. 1 FusG). Auch bei Nichtvorliegen der Tatbestandsvoraussetzungen von Art. 333 Abs. 1 OR ist Art. 333 Abs. 1^{bis} OR direkt, mindestens aber analog, anwendbar.⁸⁷ Die einjährige Weitergeltungsdauer beginnt dann mit dem Zeitpunkt der Eintragung der Umstrukturierung im Handelsregister. 20.107

Wenn Tarifnormen beim Veräusserer durch **individualrechtliche Bezugnahme** in den individuell abgeschlossenen Arbeitsverträgen gelten, so gelten sie beim Erwerber individualrechtlich nach Art. 333 Abs. 1 OR weiter. Gelten Tarifnormen beim Veräusserer hingegen kraft Verbands- oder Firmenvertrags, so kommt Art. 333 Abs. 1^{bis} OR zur Anwendung. Die Fortgeltung der Tarifnormen kann kollektivrechtlich oder individualrechtlich erfolgen. 20.108

Für die praktische Handhabung ist wichtig, dass es sich bei Art. 333 Abs. 1^{bis} OR um eine **Auffangregelung** handelt, welche nur dann zur Anwendung kommt, wenn die bisherigen Tarifnormen nicht sowieso normativ fortgelten.⁸⁸ Gelten also die Regelungen eines GAV oder einer Betriebsvereinbarung bereits nach allgemeinen Grundsätzen auf kollektivrechtlicher Grundlage weiter, so kommt Art. 333 Abs. 1^{bis} OR nicht zur Anwendung. 20.109

a) Kollektivrechtliche Fortgeltung von Rechten und Pflichten

Eine kollektivrechtliche **Fortgeltung des Verbandsvertrags** ist nur in gewissen Konstellationen möglich. Ein Verbandsvertrag gilt als Kollektivnorm weiter, wenn sowohl der alte als auch der neue Rechtsträger dem Geltungsbereich des bisherigen Verbandsvertrags unterliegen.⁸⁹ Folgende Konstellationen sind möglich: 20.110

- Der neue Arbeitgeber begründet selbst eine Verbandsmitgliedschaft.

⁸⁶ WILDHABER, ARV 2008, 168.

⁸⁷ BAUMGARTNER/OERTLE, Basler Komm. FusG, vor Art. 27, N 19; WILDHABER, ARV 2008, 168.

⁸⁸ BAUMGARTNER/OERTLE, Basler Komm. FusG, vor Art. 27, N 19 ff.; WILDHABER, ARV 2008, 166 ff.; BAUMGARTNER/WILDHABER, AJP 2008, 1093; GEISER, AJP 2004, 866.

⁸⁹ WILDHABER, ARV 2008, 170 f.

- Grundsätzlich ist eine Übertragung der mitgliedschaftsrechtlichen Position des übertragenden Rechtsträgers im Weg der (partiellen) Universalsukzession zwar ausgeschlossen,⁹⁰ sie kann aber gültig sein, wenn sie im Arbeitgeberverband statutarisch vorgesehen ist.
 - Es hat eine Allgemeinverbindlicherklärung stattgefunden.
- 20.111 Eine kollektivrechtliche **Fortgeltung des Firmenvertrags** ist ebenfalls nur in gewissen Konstellationen möglich. Grundsätzlich kommt es zu einer kollektivrechtlichen Fortgeltung von in Firmenverträgen geregelten Rechten und Pflichten, wenn der übernehmende bzw. neugegründete Rechtsträger im Weg der (partiellen) Universalsukzession in die Rechtsstellung des übertragenden Rechtsträgers eintritt und Partei des Firmenvertrags wird.⁹¹ Bei Fusionen gilt dies immer,⁹² bei Spaltungen nur dann, wenn dem aufnehmenden bzw. neugegründeten Rechtsträger die Parteistellung im Spaltungsvertrag oder -plan zugeordnet wird.⁹³
- 20.112 Eine kollektivrechtliche Fortgeltung entfällt, wenn der Firmenvertrag durch organisatorische Auflösung des übertragenden Betriebs bzw. durch Verlust der betrieblichen Einheit **gegenstandslos** wird.
- 20.113 Bei Umstrukturierungen im Weg der **Einzelrechtsnachfolge** (ausserhalb des FusG) ist eine kollektivrechtliche Fortgeltung des **Firmenvertrags** nur möglich, wenn der Betriebserwerber den Firmenvertrag im Betriebsübernahmevertrag ausdrücklich übernimmt oder einen neuen Firmenvertrag abschliesst.⁹⁴

Merke:

Eine Umstrukturierung nach FusG ist vorteilhafter als eine ausserhalb des FusG, wenn die kollektivrechtliche Aufrechterhaltung eines bestimmten Firmenvertrags des übertragenden Rechtsträgers angestrebt wird.

b) Individualrechtliche Fortgeltung von Rechten und Pflichten

- 20.114 Scheidet eine kollektivrechtliche Fortgeltung aus, kommt **Art. 333 Abs. 1^{bis} OR als Auffangregelung zur Anwendung**. Die GAV-Bestimmungen, welche nach Betriebsübergang während eines Jahres einzuhalten sind, **wirken individualrechtlich und lediglich personenbezogen weiter**.⁹⁵ Sie sind nicht anwendbar auf neu

90 BAUMGARTNER/OERTLE, Basler Komm. FusG, vor Art. 27, N 20; VISCHER/ALBRECHT, Zürcher Komm. OR, Art. 356c, N 58; WYLER, Analyse, 239.

91 BAUMGARTNER/OERTLE, Basler Komm. FusG, vor Art. 27, N 20; KRADOLFER, 212.

92 GEISER, AJP 2004, 866; VISCHER/ALBRECHT, Zürcher Komm. OR, Art. 356c, N 57; WILDHABER, ARV 2008, 172 f.

93 WINKLER, Unternehmensumwandlungen, 76 f.; BAUMGARTNER/OERTLE, Basler Komm. FusG, vor Art. 27, N 20.

94 WILDHABER, ARV 2008, 172.

95 BAUMGARTNER/OERTLE, Basler Komm. FusG, vor Art. 27, N 21; KRADOLFER, 195 f.; WINKLER, Unternehmensumwandlungen, 75.

eintretende Arbeitnehmer oder auf Arbeitnehmer, die bereits im Betrieb des Erwerbers angestellt waren.⁹⁶

Die sog. **schuldrechtlichen Bestimmungen des GAV** gelten gestützt auf Art. 333 Abs. 1^{bis} OR nicht weiter, die **normativen** Bestimmungen des GAV hingegen schon.⁹⁷ Die Verbindlichkeit von **indirekt-schuldrechtlichen** GAV-Bestimmungen für den Erwerber muss im Einzelfall anhand der jeweiligen Bestimmung geprüft werden.⁹⁸ Bestimmungen, die nicht allgemeinverbindlich erklärt werden können, gelten nicht weiter. Auch eine Fortgeltung betriebsverfassungsrechtlicher Normen kommt regelmässig nicht in Betracht.⁹⁹ 20.115

Die durch den Betriebsübergang ausgelöste individualrechtliche Fortgeltung erstreckt sich auf die zwischen dem Veräusserer und dem Arbeitnehmer privatautonom vereinbarte Klausel, wonach sich ihr Arbeitsverhältnis nicht nur nach dem zum Zeitpunkt des Übergangs geltenden Kollektivvertrag, sondern auch nach den diesen nach dem Übergang ergänzenden, ändernden und ersetzenden Kollektivverträgen richtet (sog. **dynamische Bezugnahme Klausel**). Der nicht tarifgebundene Erwerber ist somit vertraglich an eine dynamische Bezugnahme Klausel gebunden, sofern das nationale Recht sowohl einvernehmliche als auch einseitige Anpassungsmöglichkeiten für den Erwerber vorsieht.¹⁰⁰

Die durch den Betriebsübergang ausgelöste individualrechtliche Fortgeltung wirkt **statisch**, nicht dynamisch. Alle nach dem Betriebsübergang vom Veräusserer veranlassten Änderungen der Kollektivnormen betreffen die übergebenen Arbeitnehmer nicht mehr.¹⁰¹ 20.116

Mit dem Betriebsübergang verlieren die Rechtsnormen des GAV ihre Qualität als Kollektivnormen und gelten individualrechtlich während eines Jahres weiter, sofern der GAV nicht vorher abläuft oder infolge Kündigung endet. Es besteht somit eine **einjährige Änderungssperre** zugunsten der Arbeitnehmer. Danach muss m.E. die einseitige Willensäusserung einer Partei genügen, um individualrechtlich weitergeltende GAV-Normen ausser Kraft zu setzen.¹⁰² Eine einverständliche Aufhebung 20.117

96 PORTMANN/RUDOLPH, Basler Komm. OR, Art. 333, N 23; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 333, N 9.

97 KRADOLFER, 196; PORTMANN/RUDOLPH, Basler Komm. OR, Art. 333, N 19; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 333, N 9; WILDHABER, ARV 2008, 173 f.; WYLER, Analyse, 240.

98 MÜLLER, AJP 1996, 152 f.; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 333, N 9; PORTMANN/RUDOLPH, Basler Komm. OR, Art. 333, N 19; STÖCKLI, Berner Komm. OR, Art. 356, N 28.

99 WILDHABER, ARV 2008, 175.

100 EuGH *Asklepios* vom 27. April 2017, C-680/15 und C-681/15; kritisch Anm. WISSMANN/NIKLAS, NZA 2017, 697 ff.; vgl. auch EuGH *Alemo-Herron* vom 18. Juli 2013, C-426/11; Anm. WILLEMSSEN/GRAU, NJW 2014, 12 ff.

101 Vgl. auch EuGH *Alemo-Herron* vom 18. Juli 2013, C-426/11 (eine arbeitsvertragliche Vereinbarung, die dynamisch auf die beim Betriebsveräusserer anwendbaren Tarifverträge verweist, bindet den nicht tarifgebundenen Erwerber nicht an die Tarifdynamik). Siehe dazu WILLEMSSEN HEINZ JOSEF/GRAU TIMON, Zurück in die Zukunft – Das europäische Aus für dynamische Bezugnahme Klauseln nach Betriebsübergang, NJW 2014, 12 ff.

102 Siehe dazu m.w.H. WILDHABER, ARV 2008, 176 f.; ähnlich STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 333, N 9.

des GAV durch die Sozialpartner, insb. bei Firmenverträgen, ist weiterhin möglich.¹⁰³ Der neue Arbeitgeber kann die Kündigung eines individualrechtlich fortgeltenden Firmenvertrags mit Wirkung vor Ablauf eines Jahres herbeiführen, sofern der bisherige Arbeitgeber dies aufgrund der Kündigungsbestimmungen ebenfalls hätte tun können.¹⁰⁴

- 20.118 Art. 333 Abs. 1^{bis} OR kommt **in der Praxis nur eine beschränkte Schutzwirkung** zu, weil ein Grossteil der Arbeitnehmer nicht organisiert ist und diese nicht in den Genuss der einjährigen Änderungssperre kommen, sodass deren Arbeitsbedingungen nach dem Betriebsübergang ohne Karenzfrist mittels Änderungskündigung geändert werden können.¹⁰⁵
- 20.119 Art. 333 Abs. 1^{bis} OR lässt die Ablösung eines GAV durch einen anderen GAV nicht zu und sieht somit einen **Verschlechterungsschutz** vor.¹⁰⁶

103 STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 333, N 9; PORTMANN/RUDOLPH, Basler Komm. OR, Art. 333, N 18.

104 KRADOLFER, 195 Fn. 603; PORTMANN/RUDOLPH, Basler Komm. OR, Art. 333, N 18; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 333, N 9.

105 WILDHABER, Umstrukturierungen, 327; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 333, N 9.

106 PORTMANN/RUDOLPH, Basler Komm. OR, Art. 333, N 21; WINKLER, Unternehmensumwandlungen, 73; MÜLLER, AJP 1996, 156.

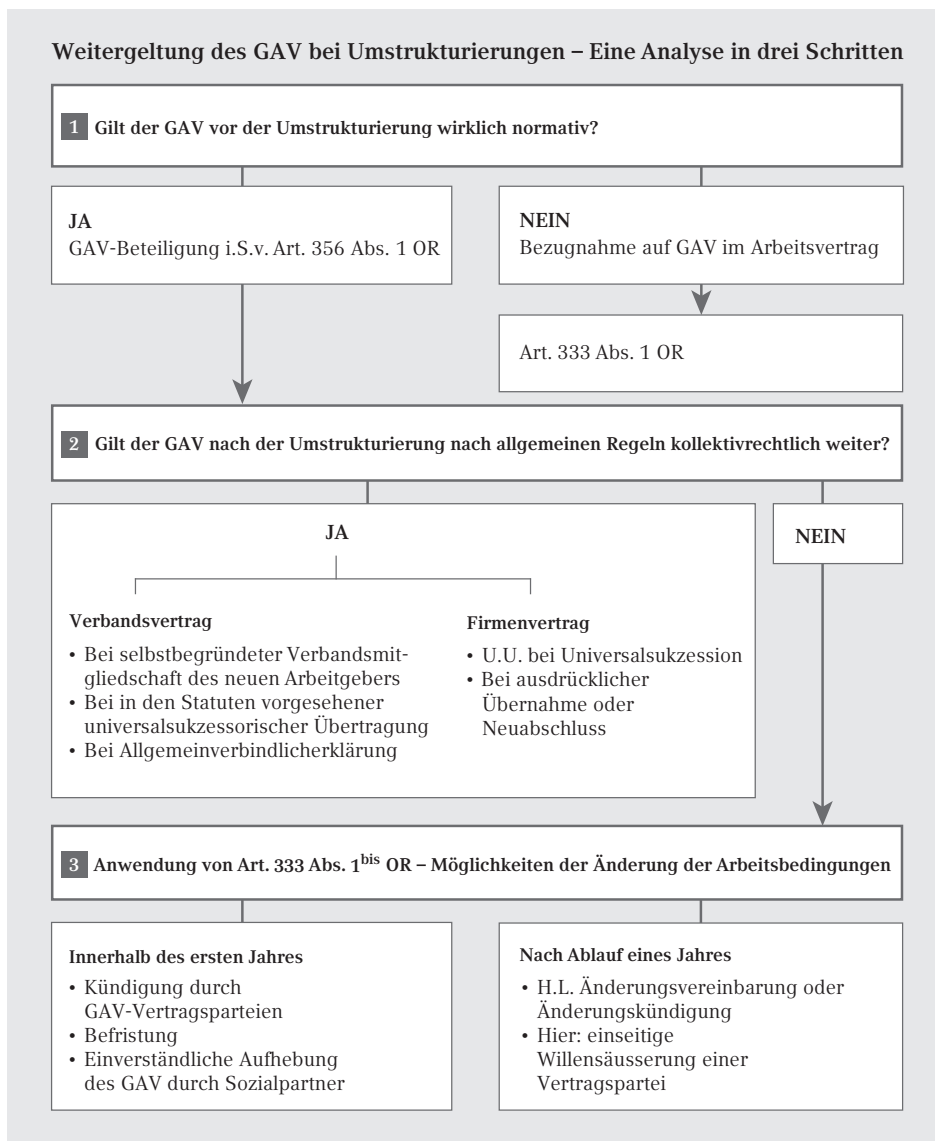


Abb. 20.4. Quelle: Isabelle Wildhaber.

2. Wirkungen eines Verbandsaustritts

Wenn der Übernehmer dem gleichen GAV untersteht wie der bisherige Betriebsinhaber, so stellt sich beim Verbandsvertrag die Frage, ob der Übernehmer die Anwendbarkeit des GAV durch Verbandsaustritt beenden kann. Gemäss **Rechtspre-**

chung des Bundesgerichts¹⁰⁷ gelten die normativen GAV-Bestimmungen nach Austritt des Arbeitgebers aus dem Verband kollektivrechtlich weiter; der ausgetretene Arbeitgeber kann aber der normativen Wirkung (in Analogie zum Kündigungsrecht des Angeschlossenen in Art. 356c Abs. 2 OR in fine) durch Kündigung ein Ende setzen,¹⁰⁸ sofern der GAV nicht auf bestimmte Zeit abgeschlossen wurde.

20.122 **Nicht beendet** wird die Vertragsbindung durch die Auflösung des vertragsschliessenden Verbands, dessen Verlust der Tariffähigkeit oder bei Gewerkschaftsfusionen.

3. Tariffucht

20.123 Die bedeutsamste Möglichkeit einer Tariffucht durch den Arbeitgeber ist die Ausgliederung und somit **rechtliche Verselbständigung eines Betriebs oder Betriebsteils**.¹⁰⁹ Dabei kann die Mitgliedschaft im Arbeitgeberverband weder durch Singular- noch durch Universalsukzession auf den Rechtsnachfolger übertragen werden. Art. 333 Abs. 1^{bis} OR kommt zur Anwendung, m.E. und entgegen der herrschenden Lehre selbst dann, wenn ein Betriebsteil ausgegliedert wird, welches ausserhalb der eigentlichen Geschäftstätigkeit des GAV-gebundenen Arbeitgebers liegt.¹¹⁰ Der neue Betriebsinhaber ist somit zumindest während eines Jahres an die arbeitsvertraglichen GAV-Bestimmungen gebunden.

H. Im Konkurs- und Nachlassverfahren

20.124 Zur Anwendung von Art. 333 OR in Konkurs- und Nachlassverfahren, insbesondere auch zum neuen, am 1. Januar 2014 in Kraft getretenen Art. 333b OR zum Betriebsübergang bei Insolvenz, siehe Kapitel 18 von ROLAND BACHMANN.

III. Massenentlassungen

20.125 Ein Personalabbau im Rahmen von Umstrukturierungen ist gemäss Art. 335d–g OR zu beurteilen, welche Sonderregelungen für den Fall vorsehen, dass der Arbeitgeber Entlassungen in einem grösseren Umfang vornimmt. **Sinn und Zweck** des

107 BGer, Urteil 4C.7/1999 vom 13. Juni 2000, E. 4; BGer, Urteil 4C.422/2004 vom 13. September 2005, E. 4.6.

108 Kritisch STÖCKLI, Berner Komm. OR, Art. 356b, N 31 (plädiert für eine Begrenzung der Fortdauer auf ein Jahr, in Anlehnung an Art. 333 Abs. 1^{bis} OR); kritisch auch STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 356, N 13.

109 WILDHABER, AJP 2008, 413 ff.

110 Ausführlich WILDHABER, AJP 2008, 415 f.; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 333, N 9. Anders STÖCKLI, Berner Komm. OR, Art. 356b, N 29; BAUMGARTNER/OERTLE, Basler Komm. FusG, vor Art. 27, N 21; PORTMANN/RUDOLPH, Basler Komm. OR, Art. 333, N 20.

angeordneten Verfahrens ist es, dem Arbeitgeber die Möglichkeit zur Vorbereitung der bevorstehenden Massentlassungen und der dadurch verursachten Beunruhigung des Arbeitsmarktes zu geben und die Arbeitnehmer frühzeitig zu informieren, damit sie Vorschläge zur Linderung oder Verhinderung der geplanten Abbaumassnahmen machen können.

Die **öffentlich-rechtlichen Vorschriften** des Anzeigeverfahrens an das kantonale Arbeitsamt nach Art. 335g OR und der Meldepflichten nach Art. 29 AVG sind absolut **unabänderlich**. Soweit die Bestimmungen hingegen die privatrechtlichen Folgen einer Massentlassung regeln, sind sie relativ zwingend. Ein nachträglicher Verzicht des Arbeitnehmers ist zulässig. Auch die 30-Tage-Frist von Art. 335g Abs. 4 OR ist relativ zwingend. 20.126

Wie in BGE 129 III 335 festgehalten, muss autonom nachvollzogenes Recht **europarechtskonform** ausgelegt werden, d.h., dass die europarechtlichen Vorgaben berücksichtigt werden müssen. Dies gilt auch für die Bestimmungen zu Massentlassungen (Art. 335d ff. OR). Leider verzichtete der schweizerische Gesetzgeber bei den Massentlassungen auf die Regelung von Einzelheiten und die Präzisierung von Begriffen.¹¹¹ 20.127

A. Begriffe und Geltungsbereich

Als **Massentlassung im Sinne von Art. 335d OR** gelten Kündigungen, die der Arbeitgeber innert 30 Tagen in einem Betrieb aus Gründen ausspricht, die in keinem Zusammenhang mit der Person des Arbeitnehmers stehen, und von denen betroffen werden: 20.128

1. Mindestens 10 Arbeitnehmer in Betrieben, die i.d.R. mehr als 20 und weniger als 100 Arbeitnehmer beschäftigen;
2. Mindestens 10% der Arbeitnehmer in Betrieben, die i.d.R. mindestens 100 und weniger als 300 Arbeitnehmer beschäftigen;
3. Mindestens 30 Arbeitnehmer in Betrieben, die i.d.R. mindestens 300 Arbeitnehmer beschäftigen.

1. Betrieb

Die Bestimmungen gelten für alle privaten Betriebe, öffentlichen Verwaltungen und sonstigen Einrichtungen des öffentlichen Rechts, sofern die Arbeitnehmer in einem **privatrechtlichen Arbeitsverhältnis** stehen,¹¹² und sofern der Betrieb eine Minimalgrösse von mehr als 20 Arbeitnehmern aufweist.¹¹³ 20.129

111 STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 335d, N 1.

112 Siehe dazu GEISER, Massentlassungen, Rz. 3.13 ff.

113 BGE 137 III 27, E. 3.2; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 335d, N 7.

- 20.130 Innerhalb welcher Einheit muss die erforderliche Zahl an entlassenen Arbeitnehmern gezählt werden? Der **Begriff Betrieb** muss so ausgelegt werden, dass er nach Massgabe der Umstände die Einheit bezeichnet, der die von der Entlassung betroffenen Arbeitnehmer zur Erfüllung ihrer Aufgabe angehören.¹¹⁴ Konkret ist das eine unterscheidbare Einheit von einer gewissen Dauerhaftigkeit und Stabilität, die zur Erledigung einer oder mehrerer bestimmter Aufgaben bestimmt ist und über eine Gesamtheit von Arbeitnehmern sowie über technische Mittel und die organisatorische Struktur zur Erfüllung dieser Aufgabe verfügt.¹¹⁵ Der Betrieb muss weder rechtliche noch wirtschaftliche, finanzielle, verwaltungsmässige oder technologische Autonomie besitzen. Die Zahl der gekündigten Arbeitnehmer muss in jedem einzelnen solchen Betrieb separat gezählt werden.¹¹⁶ Im Konzern muss jede Gruppengesellschaft für sich betrachtet werden.¹¹⁷

2. Arbeitnehmer

- 20.131 Entscheidend für die Qualifikation als Arbeitnehmer im Sinne von Art. 319 OR ist das **Merkmal der rechtlichen Unterordnung**. Arbeitnehmer sind alle Personen, die ihre Tätigkeit in Erfüllung eines Arbeitsvertrags dauerhaft im Betrieb oder einem Betriebsteil erbringen, unabhängig von ihrer Funktion oder ihrer hierarchischen Stellung.¹¹⁸ Auch zu berücksichtigen sind befristet angestellte Arbeitnehmer, Teilzeitbeschäftigte, lernende Personen, Volontäre, öffentlich-rechtlich angestellte Personen und arbeitnehmerähnliche Personen, soweit ihre Abhängigkeit die analoge Anwendung arbeitsrechtlicher Schutzvorschriften verlangt.¹¹⁹

- 20.132 **Nicht zu den Arbeitnehmern zählen:**

- selbständige Unternehmer;
- geschäftsführende Organmitglieder einer juristischen Person;¹²⁰
- mitarbeitende Gesellschafter eines Unternehmens;
- Personen, die aufgrund einer körperschaftlichen Verpflichtung Arbeit leisten;
- Besatzungen von Seeschiffen unter Schweizer Flagge (Art. 68 Abs. 2 SSG).

114 EuGH *Rockfon* vom 7. Dezember 1995, C-449/93; EuGH *Agorastoudis et al.* vom 7. September 2006, C-187/05 – C-190/05; EuGH *USDW and Wilson* vom 30. April 2015, C-80/14; EuGH *Lyttle et al.* vom 13. Mai 2015, C-182/13; EuGH *Rabal Cañas* vom 13. Mai 2015, C-392/13.

115 EuGH *Athinäiki Chartopoiia* vom 15. Februar 2007, C-270/05.

116 MEYER, 64 ff.; PORTMANN/RUDOLPH, Basler Komm. OR, Art. 335d, N 6; STREIFFE/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 335d, N 8; WYLER/HEINZER, 544. Anders GEISER, Massenentlassungen, Rz. 3.53 (mehrere Betriebe des gleichen Arbeitgebers sollen als Einheit betrachtet werden, wenn sie geografisch beieinander liegen und sich von ihrer Art her entsprechen).

117 BGE 137 III 27, E. 3.3.

118 BGer, Urteil 4A.173/2011 vom 21. Mai 2011, E. 4.2.

119 PORTMANN/RUDOLPH, Basler Komm. OR, Art. 335d, N 8.

120 Vgl. aber EuGH *Balkaya* vom 9. Juli 2015, C-229/14 (sowohl Fremd-Geschäftsführer einer deutschen GmbH als auch mit öffentlichen Mitteln geförderte Praktikanten sind Arbeitnehmer im Sinne des Massenentlassungsrechts). Dazu kritisch HOHENSTATT KLAUS-STEFAN/NABER SEBASTIAN, Organmitglieder und Massenentlassungen – Die Balkaya-Entscheidung des EuGH und ihre Folgen, EuZA 2016, 22 ff.

«**In der Regel beschäftigte Arbeitnehmer**» stellt auf die Zahl der Arbeitnehmer bei regelmässigem Gang der Geschäfte ab, d.h. die für den Betrieb im Allgemeinen kennzeichnende Zahl beschäftigter Arbeitnehmer, exklusive kurzfristige Aus- hilfen und Vertretungen. Dabei sind die bisherige und die zukünftig zu erwartende Personalentwicklung zu berücksichtigen. Relevant ist die durchschnittliche Anzahl Beschäftigter im letzten Kalenderjahr.¹²¹ 20.133

3. Kündigung

Als Kündigungen gelten **alle ordentlichen und ausserordentlichen Kündigungen des Arbeitgebers bzw. des beherrschenden Unternehmens, welche wirtschaftlich bedingt sind**. Die Differenzierung zwischen der wirtschaftlich bedingten Kündigung und der Kündigung im Zusammenhang mit der Person des Arbeitnehmers ist allerdings nicht immer einfach.¹²² Änderungskündigungen sind mitzuzählen,¹²³ wenngleich das in der Praxis selten so gehandhabt wird (siehe die Kritik in Rz. 20.157). 20.134

Ausgenommen von den im Hinblick auf die Schwellenwerte mitzuzählenden Kündigungen sind Eigenkündigungen der Arbeitnehmer sowie Beendigungen des Arbeitsverhältnisses durch Aufhebungsvertrag. Wenn diese aber vom Arbeitgeber veranlasst worden sind – z.B. vom Arbeitgeber initiierte Aufhebungsverträge und vom Arbeitgeber provozierte Eigenkündigungen – so gelten sie als mitzuzählende Kündigungen im Sinne von Art. 335d Abs. 1 OR.¹²⁴ 20.135

Ausgenommen sind auch Arbeitsverhältnisse, welche aufgrund von Fristablauf, Eintritt der auflösenden Bedingung oder Zweckerreichung, Tod des Arbeitnehmers oder vorzeitiger Pensionierung enden.¹²⁵ 20.136

121 GEISER, Massenentlassungen, Rz. 3.50; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 335d, N 7; WYLER/HEINZER, 542.

122 WILDHABER, 279 f.; GEISER, Massenentlassungen, Rz. 3.32 ff., 3.47 ff.

123 GEISER, Massenentlassungen, Rz. 3.38 ff.; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 335d, N 5.

124 Richtlinie 98/59/EG E. 8 und Art. 1 Abs. 1 in fine; GEISER, Massenentlassungen, Rz. 3.30; PORTMANN/RUDOLPH, Basler Komm. OR, Art. 335d, N 4; BRUCHEZ, in: Dunand/Mahon, Art. 335d, N 17; EuGH *Pujante Rivera* vom 11. November 2015, C-422/14 (es handelt sich um eine Entlassung, sofern ein Arbeitgeber einseitig und zulasten des Arbeitnehmers aus nicht in dessen Person liegenden Gründen eine erhebliche Änderung der wesentlichen Bestandteile des Arbeitsvertrages vornimmt); Anm. WILDHABER/TANNER, AJP 2016, 250 ff.; anders VON KAENEL, 10.

125 Ausführlich GEISER, Massenentlassungen, Rz. 3.22 ff. (ausserdem zum Kündigungsgrund des Streikes Rz. 3.33 ff.); siehe EuGH *Rabal Cañas* vom 13. Mai 2015, C-392/13 (befristete Arbeitsverhältnisse, die durch Zeitablauf oder durch Erfüllung der Tätigkeit enden, sind keine Entlassungen).

4. Zeitraum von 30 Tagen

20.137 Der massgebliche Zeitraum von 30 Tagen betrifft Kalender- und nicht Arbeitstage. Als **Fristbeginn** gilt jeder jeweilige Tag, an dem eine Kündigung abgesendet wird,¹²⁶ sodass die Frist immer neu mit dem Tag beginnt, an dem Kündigungen ausgesprochen werden.

20.138 **Merke:**

Kündigungswellen, die jeweils unter den Schwellenwerten liegen, sind zulässig. Die Pflichten von Art. 335d ff. OR treffen den Arbeitgeber auch dann nicht, wenn er die Schwelle nur knapp unterschreitet.¹²⁷ Vorbehalten bleibt die Gesetzesumgehung, d.h. eine Staffelung ohne betrieblichen Sinn oder arbeitsmarktpolitische Zielsetzung.¹²⁸

5. Geltungsbereich (Art. 335e OR)

20.139 Die Bestimmungen zu Massentlassungen gelten auch für **befristete Arbeitsverhältnisse**, wenn diese vor Ablauf der vereinbarten Dauer fristlos gekündigt oder ordentlich gekündigt werden (Art. 335e Abs. 1 OR).

20.140 Sie gelten nicht für Betriebseinstellungen infolge gerichtlicher Entscheide¹²⁹ sowie bei Massentlassungen im Konkurs oder bei einem Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung (Art. 335e Abs. 2 OR, in Kraft in dieser Fassung seit 1. Januar 2014). Siehe dazu Kapitel 18 von ROLAND BACHMANN sowie Rz. 20.166 und 20.170.

B. Verfahren

20.141 Art. 335d–g OR setzen voraus, dass ein **bestimmtes Verfahren eingehalten** worden ist; dieses umfasst Informations- und Konsultationspflichten (Art. 335f OR) und Anzeigepflichten (Art. 335g OR). Diese Pflichten kosten Zeit und Geld, sodass sie die Kündigungen im Rahmen einer Massentlassung verzögern und deren Aufwand erhöhen.

126 BGer, Urteil 4A.348/2010 vom 8. Oktober 2010, E. 6.2, nicht publiziert in BGE 136 III 552. Siehe GEISER, Massentlassung, Rz. 3.12, 3.55; WYLER/HEINZER, 543; anders PORTMANN/RUDOLPH, Basler Komm. OR, Art. 335d, N 14 (Zugang).

127 MEYER, 148 f.; PORTMANN/RUDOLPH, Basler Komm. OR, Art. 335d, N 16; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 335d, N 9; WYLER/HEINZER, 543 f. Anders CARUZZO, Licenciements collectifs, 730.

128 STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 335d, N 9; PORTMANN/RUDOLPH, Basler Komm. OR, Art. 335d, N 16.

129 GEISER, Massentlassungen, Rz. 3.15 ff.

20.142

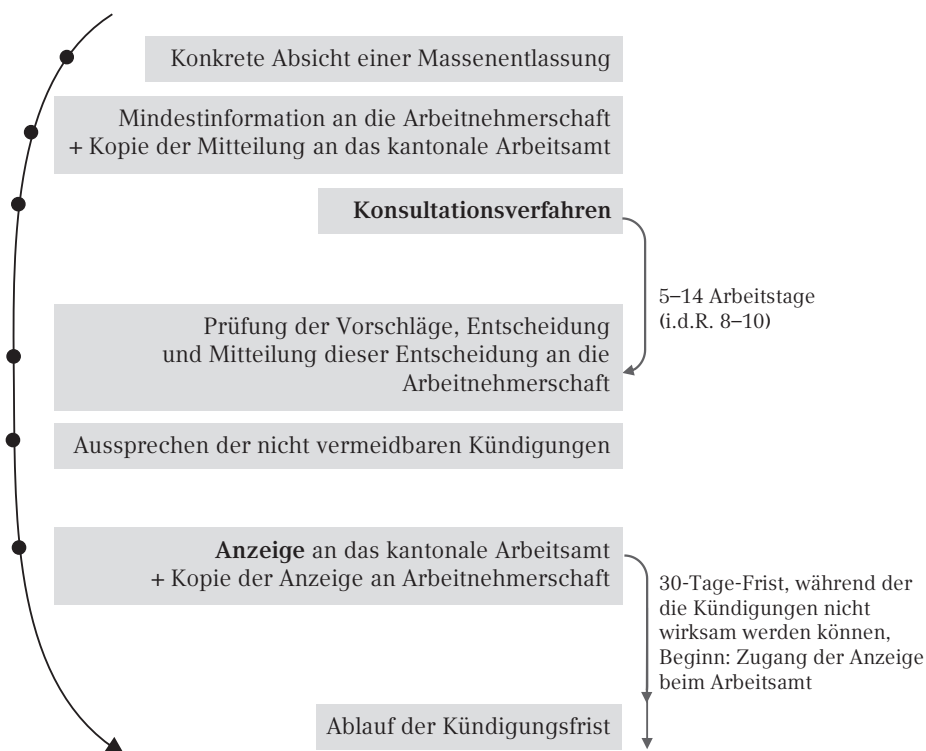


Abb. 20.5. Quelle: Isabelle Wildhaber.

Zum Informations- und Konsultationsverfahren siehe Rz. 20.176 ff.

20.143

Art. 335g OR sichert im Wesentlichen die **Information des kantonalen Arbeitsamts** ab: Der Arbeitgeber hat dem kantonalen Arbeitsamt jede beabsichtigte Massenentlassung schriftlich anzuzeigen und den Arbeitnehmern eine Kopie dieser Anzeige zuzustellen. Die Anzeige muss die Ergebnisse der Konsultation sowie alle zweckdienlichen Angaben über die beabsichtigte Massenentlassung enthalten, d.h.

20.144

- Vorschläge der Arbeitnehmerschaft;
- Stellungnahme des Arbeitgebers zu den Vorschlägen der Arbeitnehmerschaft;
- Auskünfte gemäss Art. 335f Abs. 3 OR;
- andere Daten, über die im Konsultationsverfahren Auskunft erteilt werden muss.

Der Arbeitgeber kann es auch beim Hinweis bewenden lassen, es habe sich an den gemäss Art. 335f Abs. 4 OR dem Arbeitsamt zugestellten Angaben nichts geändert.

Hat der Arbeitgeber die **Anzeige erstattet**, so kann er – ohne eine Wartefrist einhalten zu müssen – die **Kündigung aussprechen**. Umgekehrt kann der Arbeitgeber

20.145

nach neuerer Lehrmeinung die Kündigung auch schon vor der Anzeige (aber nach Abschluss der Konsultation) aussprechen.¹³⁰

- 20.146 Der Zugang der Anzeige an das kantonale Arbeitsamt löst den **Lauf einer 30-tägigen Frist** gemäss Art. 335g Abs. 4 OR aus, während der eine Kündigung nicht wirksam ist.¹³¹ Endigt also die Kündigungsfrist vor dem Ablauf dieser 30-Tage-Frist, so verlängert sich das Arbeitsverhältnis bis zum Ablauf der 30-Tage-Frist.¹³²
- 20.147 Nach Art. 29 AVG muss der Arbeitgeber die Entlassung einer grösseren Anzahl von Arbeitnehmern sowie Betriebsschliessungen dem **zuständigen Arbeitsamt** möglichst frühzeitig, spätestens aber mit Aussprechen der Kündigungen, **melden**.

C. Sozialplan

- 20.148 Der Sozialplan soll mithelfen, die mit einer Rationalisierung des Arbeitsplatzes verbundene menschliche und wirtschaftliche Härte für betroffene Mitarbeiter zu vermeiden oder zu mildern.¹³³ In Art. 335h Abs. 1 OR wird der Sozialplan definiert als «Vereinbarung, in welcher der Arbeitgeber und die Arbeitnehmer die Massnahmen festlegen, mit denen Kündigungen vermieden, deren Zahl beschränkt sowie deren Folgen gemildert werden.» Der Sozialplan ist eine **Massnahme zum Schutz der Arbeitnehmer** bei Massenkündigungen und ist ein Institut des Betriebsverfassungsrechts. Die Gewerkschaften handeln als quasi-betriebsverfassungsrechtliche Organe.¹³⁴
- 20.149 Es gibt **verschiedenste Erscheinungsformen des Sozialplans** und keinen einheitlichen Vertragstypus des Sozialplans. Lehre und Rechtsprechung qualifizieren den Sozialplan unterschiedlich, je nach Inhalt, Parteien und Art des Zustandekommens.¹³⁵ Es können verschiedene Typen von Sozialplänen unterschieden werden:
- Die Vereinbarung zwischen dem Arbeitgeber und einer Gewerkschaft bzw. einem Hausverband stellt eine besondere Art eines GAV nach Art. 356 OR dar und wirkt normativ.¹³⁶ Das ist der Fall bei einer Vereinbarung nach Art. 335i Abs. 3 lit. a OR.

130 MEYER, 198 f.; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 335g, N 4; 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, 412.

131 STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 335g, N 8; WYLER/HEINZER, 553.

132 BGer, Urteil 4A.238/2009 vom 3. September 2009, E. 5.

133 BGE 133 III 213, E. 4.3; BGE 132 III 32, E. 6.1; BGE 130 V 18, E. 2.3; BGer, Urteil 4A.335/2016 vom 30. November 2016, E. 3.1; BGer, Urteil 4A.610/2012 vom 28. Februar 2013, E. 2.4.

134 Zur Rolle der Gewerkschaften beim Abschluss von Sozialplänen WILDHABER, Umstrukturierungen, 352 ff.

135 VON KAENEL, 34 f. und Grafik auf S. 36; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 335f, N 11; WYLER/HEINZER, 564 ff.; PORTMANN/RUDOLPH, Basler Komm. OR, Art. 335h, N 5 ff.; BVGer, Urteil A-5358/2016 vom 1. Mai 2017, E. 2.3.2.

136 BGE 133 III 213, E. 4.3.1; BGer, Urteil 4A.335/2016 vom 30. November 2016, E. 3.1.

- Die Vereinbarung zwischen dem Arbeitgeber und einer Arbeitnehmervertretung nach Art. 5 ff. MitwG stellt keinen GAV dar.¹³⁷ Eine solche Vereinbarung ist ein bilateraler Vertrag gemäss Art. 335i Abs. 3 lit. b OR, der auf alle Arbeitnehmer Anwendung findet, welche in seinen zeitlichen und materiellen Anwendungsbereich fallen.¹³⁸ Diese können sich direkt auf ihre Rechte aus dem Sozialplan berufen, welche somit normativ wirken.
- Die vereinbarte Betriebsordnung im Sinn von Art. 38 Abs. 2 ArG zwischen dem Arbeitgeber und der Arbeitnehmervertretung kommt gestützt auf eine GAV-Delegationsnorm zustande und wirkt daher ebenfalls normativ.¹³⁹
- Wenn der Sozialplan nach Art. 335i Abs. 3 lit. c OR direkt mit der Arbeitnehmererschaft geschlossen wird, so findet er auf alle betroffenen Arbeitnehmer Anwendung. Es handelt sich ebenfalls um einen bilateralen Vertrag, der zum integrierenden Bestandteil des Arbeitsvertrags wird.
- Der einseitig vom Arbeitgeber aufgestellte Sozialplan wird bei Annahme durch den Arbeitnehmer zum integrierenden Bestandteil des Arbeitsvertrags und wirkt nicht normativ.¹⁴⁰

Bis Ende Dezember 2013 waren der Sozialplan sowie die mit ihm zusammenhängenden Fragen gesetzlich nicht geregelt. Lediglich das FusG sah vor, dass Hinweise auf einen bestehenden Sozialplan im Fusions- und Spaltungsbericht aufzunehmen sind.¹⁴¹ Deshalb gab es immer wieder Forderungen nach einer allgemeinen Sozialplanpflicht.¹⁴² Eine Pflicht zur Erstellung eines Sozialplans war bis Ende Dezember 2013 nur teilweise in GAV und im BPG¹⁴³ vorgesehen. Abgesehen davon bestand keine Pflicht zur Verhandlung über den Inhalt eines abzuschliessenden Sozialplans, geschweige denn eine Pflicht zum Abschluss eines Sozialplans. Die den Arbeitnehmern aus Massentlassungen zustehenden Leistungen wurden mittels kollektivvertraglichen Verhandlungen, allenfalls durch vertragliche Schlichtungen, freiwillige Schiedsgerichte und als letztes Mittel durch Arbeitskämpfe durchgesetzt.¹⁴⁴ 20.150

Seit dem 1. Januar 2014 besteht eine **Sozialplanpflicht in Art. 335h–335k OR**, welche der Wandlung der Wirtschaftswelt Rechnung tragen soll. Während dem Management regelmässig vertraglich fixierte Abgangsentschädigungen zustehen (unter Vorbehalt der Minder-Gesetzgebung), könnten die übrigen Arbeitnehmer 20.151

137 Anders als BGE 132 III 32, E. 6.1; nicht wiedergegeben in BGer, Urteil 4A.610 vom 28. Februar 2013, E. 2.2.

138 WYLER/HEINZER, 565.

139 BGE 133 III 213, E. 4.3.2; BVGer, Urteil A-5358/2016 vom 1. Mai 2017, E. 2.3.2; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 335f, N 11; WYLER/HEINZER, 565.

140 BGer, Urteil 4A.138/2008 vom 30. Mai 2008; BGE 133 III 213, E. 4.3.3; BGer, Urteil 4A.610/2012 vom 28. Februar 2013; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 335f, N 11.

141 Art. 14 Abs. 3 lit. i FusG (Fusion) und Art. 39 Abs. 3 lit. g FusG (Spaltung).

142 Motion 99.3633, eingereicht von Jost Gross am 22. Dezember 1999; Motion 97.3095, eingereicht von Paul Rechsteiner am 12. März 1997.

143 Anders für öffentlich-rechtliche Angestellte Art. 31 Abs. 4 BPG.

144 STÖCKLI, ArbR 2010, 102 ff.; WILDHABER, AJP 2015, 428.

nach Meinung des Bundesrates im Fall eines Stellenverlusts leer ausgehen.¹⁴⁵ Die neue Sozialplanpflicht hat zur Konsequenz, dass selbst eine gerechtfertigte Kündigung zu Entschädigungen führen und somit kosten kann. Gemäss Art. 335h Abs. 1 OR sollen mit dem Sozialplan Massnahmen festgelegt werden, mit denen Kündigungen vermieden, deren Zahl beschränkt sowie deren Folgen gemildert werden können.¹⁴⁶ Die Sozialplanpflicht ist relativ zwingend.

- 20.152 Unglücklicherweise ist die neue Sozialplanpflicht so formuliert, dass sich eine **Pandorabüchse von rechtlichen Fragezeichen** öffnet, zu deren Lösung weder das Gesetz selbst noch die Materialien Hinweise geben. Angesichts der ungewissen finanziellen und betrieblichen Folgen erscheinen selbst an sich wünschenswerte Veränderungen im Betrieb als riskant.¹⁴⁷
- 20.153 Der Sozialplan darf gemäss Art. 335h Abs. 2 OR den **Fortbestand des Betriebs** nicht gefährden, was die Freiheit der Parteien und das Ermessen des Schiedsgerichts einschränkt. Es wird aber nicht festgelegt, wann der Fortbestand des Betriebes gefährdet ist. Es handelt sich um eine sehr unbestimmte Regelung, mit der eine **grosse Rechtsunsicherheit** bewirkt wurde.¹⁴⁸ Es ist am Arbeitgeber, zu beweisen, dass sein Fortbestand durch die Kosten für den Sozialplan gefährdet ist (Art. 8 ZGB).¹⁴⁹ Der Sinn und Zweck von Art. 335h Abs. 2 OR besteht darin, dass keine weiteren Arbeitsplätze gefährdet werden sollen. Die Berücksichtigung von Eigenkapital oder Liquidität greift deshalb zu kurz, die Konkurrenzfähigkeit muss erhalten bleiben.¹⁵⁰
- 20.154 Was sind die **Tatbestandsvoraussetzungen für die Sozialplanpflicht**? Die Verhandlungspflicht betrifft Arbeitgeber, die üblicherweise mindestens 250 Arbeitnehmer beschäftigen (Art. 335i Abs. 1 lit. a OR) und eine Kündigung von mindestens 30 Arbeitnehmern innert 30 Tagen beabsichtigen, die in keinem Zusammenhang mit ihrer Person stehen (Art. 335i Abs. 1 lit. b OR). Es fällt auf, dass die quantitativen Kriterien der Sozialplanpflicht nicht mit den Voraussetzungen für das Vorliegen einer Massenentlassung übereinstimmen! Grundsätzlich betrifft jede Sozialplanpflicht eine Massenentlassung, nicht jede Massenentlassung beinhaltet aber die Pflicht, einen Sozialplan auszuhandeln. Die Idee dahinter war, dass nur Unternehmen einer gewissen Grösse einer Sozialplanpflicht unterliegen sollen. Konkret sind nur knapp 0,4% aller Privatbetriebe von der Sozialplanpflicht erfasst,¹⁵¹ dafür aber

145 Botschaft zur Änderung des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs (Sanierungsrecht) vom 8. September 2010, BBl 2010 6455, 6497.

146 So auch vorher die Rechtsprechung in BGE 132 III 32; BGE 130 V 18.

147 BÄNI, ArbR 2013, 100; WILDHABER, AJP 2015, 428.

148 STÖCKLI, ArbR 2010, 109; FISCHER/TROST, Rz. 15; BÄNI, 92; BLES/PIETRUSZAK, 50; WILDHABER, AJP 2015, 433.

149 Ausführlich SCHWAAB, ARV 2013, 283 ff. (welcher dies streng handhaben will); siehe auch WYLER/HEINZER, 562.

150 Ausführlich MÜLLER M., ARV 2014, 241 f. Vgl. auch Sentence Arbitrale du 24 février 2015 de la Chambre des Relations Collectives de Travail du Canton de Genève, consid. 3.3.3.

151 BBl 2010 6455, 6499; AB N 2013, 600 (Susanne Leutenegger Oberholzer); AB S 2012, 352, 357 (Pirmin Bischof).

fast 40% aller Arbeitsplätze in der Schweiz.¹⁵² Bei Betrieben einer gewissen Grösse war das Aufstellen eines Sozialplanes schon vor Einführung der Sozialplanpflicht aus Reputationsgründen oder gestützt auf gesamtarbeitsvertragliche Bestimmungen die Regel.

Um zu wissen, ob bei einer konkreten Massenentlassung nebst dem Informations- und Konsultationsverfahren auch das Sozialplan-Verfahren eingehalten werden muss, müssen also die Voraussetzungen von Art. 335i OR gegeben sein. Leider fehlt in dieser Bestimmung – im Gegensatz zu Art. 335d OR¹⁵³ – der Bezug zum Betriebsbegriff (es ist vielmehr vom **Arbeitgeber** die Rede), sodass unklar ist, ob die quantitativen Kriterien in einem **Einzelbetrieb** erfüllt sein müssen oder auch betriebsübergreifend vorliegen können.¹⁵⁴ Um eine einheitliche Rechtsanwendung zu gewährleisten, sollte das Erfordernis der «Arbeitgeber» analog zu der Bestimmung über die Massenentlassung nach Art. 335d OR ausgelegt werden. Entgegen dem Wortlaut, aber nach systematischer, teleologischer und historischer Auslegung ist von einem Einzelbetrieb auszugehen.¹⁵⁵

Auch die sonstigen Erfordernisse von Art. 335i Abs. 1 OR (250 üblicherweise beschäftigte Arbeitnehmer, 30 Kündigungen innert 30 Tagen, die in keinem Zusammenhang mit der Person stehen) sollten **analog** zu der Bestimmung über die Massenentlassung nach Art. 335d OR ausgelegt werden. Für die **Definitionen** von «Arbeitnehmern» (Rz. 20.131), «üblicherweise beschäftigt» (Rz. 20.133), «Kündigungen» (Rz. 20.134 ff.), «beabsichtigt» (Rz. 20.213), «innert 30 Tagen» (Rz. 20.137 f.), und «in keinem Zusammenhang mit ihrer Person» (Rz. 20.134) kann somit grundsätzlich auf die Bestimmungen für Massenentlassungen im Allgemeinen verwiesen werden.

Zur Analyse, ob eine zur Massenentlassung führende Kündigung im Sinne von Art. 335d OR vorliegt, sind – wie in Rz. 20.134 erwähnt – **Änderungskündigungen** mitzuzählen,¹⁵⁶ wenngleich das in der Praxis selten so gehandhabt wird. Im Zusammenhang mit der Sozialplanpflicht führt das Mitzählen von Änderungskündigungen zu gravierenden und aus Praktikersicht unerwünschten Umsetzungsproblemen. Wie genau Änderungskündigungen im Kontext der Sozialplanpflicht zu bewerten sind, ist ein Buch mit sieben Siegeln. Grundsätzlich gilt auch im Verhältnis zwischen Änderungskündigung und Sozialplanpflicht, dass Änderungskündigungen als Kündigungen mitzuzählen sind, falls es sich um eigentliche Änderungs-

152 AB S 2012, 358 (Bundesrätin Simonetta Sommaruga).

153 Vgl. hierzu auch BGE 137 III 27, worin bestätigt wurde, dass sich die Anzahl oder der Prozentsatz der Kündigungen nicht auf der Grundlage der Unternehmensgruppe als Ganzes, sondern für jedes Mitglied der Unternehmensgruppe einzeln berechnet.

154 MÜLLER M., ARV 2014, 234; STÖCKLI, ArbR 2010, 100; TROILLET, 322 f.; WIDMER, Rz. 28 ff.; WILDHABER, AJP 2015, 432.

155 AB N 2013, 625/BO 2013, 625 (Schwaab); WYLER/HEINZER, 559; STÖCKLI, ArbR 2010, 100; FISCHER/TROST, Rz. 13; SCHWAAB, ARV 2013, 286; WILDHABER, AJP 2015, 432; zum Begriff siehe BGE 137 III 27, E. 3.2.

156 GEISER, Massenentlassungen, Rz. 3.38 ff.; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 335d, N 5; WILDHABER, AJP 2015, 433.

kündigungen handelt, d.h., wenn die Kündigung nicht nur angedroht, sondern auch ausgesprochen worden ist.

Es gilt aber zu bedenken, dass es oftmals Änderungskündigungen geben wird, bei denen niemand die Stelle verlieren wird und ein Sozialplan und die Inanspruchnahme des Arbeitsamts keinen Sinn machen. Werden z.B. den Arbeitnehmern eines Betriebs die Generalabonnemente mittels einer Änderungskündigung gestrichen, so **widerspricht es m.E. Sinn und Zweck** der Massenentlassungsbestimmungen (Art. 335d ff. OR) und der Sozialplanbestimmungen (Art. 335h ff. OR), für diese Änderung ein Konsultationsverfahren zu organisieren, das Arbeitsamt zu benachrichtigen und einen Sozialplan zu verhandeln.¹⁵⁷ Es gibt nicht viel zu verhandeln. Der Sozialplan soll gemäss Art. 335h OR Massnahmen festlegen, mit denen Kündigungen vermieden und deren Folgen gemildert werden können. Mit der Streichung des GA und ähnlichen Massnahmen werden aber vielleicht genau Kündigungen vermieden. Die Grenze zwischen Änderungskündigungen, welche es «verdienen», mitgezählt zu werden (z.B. eine Versetzung von Zürich nach Freiburg) und solchen, welche nach Sinn und Zweck nicht mitgezählt werden sollten, ist natürlich fließend.

Die reine Offerte, das Arbeitsverhältnis zu geänderten Arbeitsbedingungen weiterzuführen, stellt für sich noch kein Angebot für einen Sozialplan dar. Ein Sozialplan muss im Sinne von Art. 335i OR **«verhandelt»** worden sein. Es ist aber denkbar, dass über die Weiterführung eines Arbeitsverhältnisses zu geänderten Bedingungen verhandelt wird und die Weiterführung deshalb als Sozialplan qualifiziert werden kann. Fraglich ist dann, welche Arbeitnehmer diesen Sozialplan annehmen müssen.¹⁵⁸ Was ist, wenn mehr als die Hälfte der Betroffenen die neuen Bedingungen angenommen hat? Gelten die Änderungskündigungen dann als Sozialplan, der angenommen worden ist? Tritt er in Kraft, wenn nur bei einigen wenigen das Arbeitsverhältnis beendet wird?

- 20.158 Zeigt sich, dass der Arbeitgeber durch eine **zeitliche Staffelung der Kündigungen** diese über eine Dauer von mehr als 30 Tagen verteilen will, obwohl sie auf dem gleichen betrieblichen Entscheid beruhen, sind die betroffenen Kündigungen zusammenzuzählen, sodass die Sozialplanpflicht dennoch zur Anwendung kommt (Art. 335i Abs. 2 OR).¹⁵⁹ Grundsätzlich gilt es hier zu bedenken, dass im Rahmen von Massenentlassungen Kündigungswellen, die jeweils unter den Schwellenwerten liegen, zulässig sind (Rz. 20.138). Es kann somit eine Sozialplanpflicht vorliegen, ohne dass die Kündigungen eine Massenentlassung darstellen.
- 20.159 Auch die **Verhandlungspflicht** wirft viele Fragen auf; das Gesetz regelt weder wann, mit wem, noch wie lange verhandelt werden muss. Das Gesetz sieht Folgendes vor: Der Arbeitgeber hat die Pflicht, mit den am GAV beteiligten Arbeitnehmerverbänden (wenn er Partei des GAV ist), der allfälligen Arbeitnehmervertretung oder direkt mit

157 WILDHABER, AJP 2015, 433; ähnlich MÜLLER M., ARV 2014, 237.

158 WILDHABER, AJP 2015, 433 f.

159 BBl 2010 5871, 5913; ausführlich WYLER/HEINZER, 559 f. (Vermutung, dass zwei Kündigungswellen im Abstand von 6 Monaten nicht auf einem einheitlichen wirtschaftlichen Entscheid beruhen).

dem Personal im Hinblick auf die Vereinbarung eines Sozialplans Verhandlungen zu führen (Art. 335i Abs. 3 OR). Die Bestimmung in Abs. 3 bringt dabei einige Unsicherheiten mit sich. Warum haben die Arbeitnehmer keine Verhandlungspflicht?¹⁶⁰ Geht man davon aus, dass sie immer zwingend an Verhandlungen interessiert sind, oder soll der Arbeitgeber einen Sozialplan präsentieren, den die Arbeitnehmer dann akzeptieren, ablehnen oder verhandeln können? Das bleibt unklar.

Der Arbeitgeber soll mit den am GAV beteiligten Arbeitnehmerverbänden verhandeln, **wenn er Partei des GAV ist**. Bei **Firmen-GAV** ist der Arbeitgeber grundsätzlich Partei des GAV und hat mit den beteiligten Arbeitnehmerverbänden zu verhandeln.¹⁶¹ Bei **Verbands-GAV** ist unklar, ob die Bestimmung auch zur Anwendung gelangt, wenn der Arbeitgeber gemäss Art. 356 OR nicht Partei des GAV ist, sondern an den GAV gebunden ist, weil er Mitglied des unterschreibenden Arbeitgeberverbandes ist, weil der Geltungsbereich gemäss Art. 4 AVEG ausgedehnt wurde, oder weil er sich gemäss Art. 356b OR dem GAV angeschlossen hat. Dann ist der Arbeitgeber nicht Partei des GAV und er unterhält nicht eine privilegierte, präexistierende und persönliche sozialpartnerschaftliche Beziehung mit der unterschreibenden Gewerkschaft.¹⁶² Dies hat zur Folge, dass bei den grossen, allgemeinverbindlichen Branchenverträgen die Gewerkschaften nicht Verhandlungspartner der Arbeitgeber für Sozialpläne sind (ausser als Sachverständige gemäss Art. 335i Abs. 4 OR).¹⁶³

Folgt man dem Wortlaut der Bestimmung («oder»), stellt sich die Frage, **ob der Arbeitgeber die Wahl hat**, z.B. beim Firmen-GAV alternativ mit den Arbeitnehmerverbänden oder mit der Arbeitnehmervertretung zu verhandeln.¹⁶⁴ Die Botschaft ist der Auffassung, dass nur diejenigen Arbeitgeber, die nicht Partei eines GAV sind, mit der Arbeitnehmervertretung verhandeln können.¹⁶⁵ Unbestritten ist, dass der Arbeitgeber, falls keine GAV und keine Arbeitnehmervertretung vorhanden sind, direkt mit den Arbeitnehmern verhandeln muss.¹⁶⁶ Dies erweist sich aber bereits bei wenigen Angestellten als schwierig. Die Bestellung einer Ad-hoc-Arbeitnehmervertretung nach MitwG, damit die Verhandlungen über den Sozialplan in einem geordneten Verfahren ablaufen können, kann einige Wochen in Anspruch nehmen und somit zu schwerfällig sein. Denkbar ist aber ein Sprechersystem, wo einige Arbeitnehmer die anderen für die Verhandlungen vertreten, oder eine Repräsentation durch eine Gewerkschaft oder durch eine Anwaltskanzlei.¹⁶⁷ Die zu den Ver-

160 Sentence Arbitrale du 24 février 2015 de la Chambre des Relations Collectives de Travail du Canton de Genève, consid. 2.1.3.4.

161 STÖCKLI, ArbR 2010, 101; WILDHABER, AJP 2015, 434.

162 MÜLLER M., ARV 2014, 237; WYLER/HEINZER, 560 f. Vgl. PORTMANN/RUDOLPH, Basler Komm. OR, Art. 356, N 1.

163 Ebenso WYLER/HEINZER, 561; IANNI, 187; MÜLLER M., ARV 2014, 237; WILDHABER, AJP 2015, 434; kritisch STÖCKLI, ArbR 2010, 101.

164 STÖCKLI, ArbR 2010, 100; verneinend IANNI, 186.

165 BBl 2010 6455, 6499.

166 STÖCKLI, ArbR 2010, 100; WILDHABER, AJP 2015, 434.

167 WILDHABER, AJP 2015, 434; WYLER/HEINZER, 974; BRUCHEZ, CS contrat de travail, Art. 335f, N 37; BGer, Urteil 4A.145/2013 vom 4. September 2013, E. 2.3.

handlungen herangezogenen Sachverständigen sind gegenüber betriebsfremden Personen zur Verschwiegenheit verpflichtet (Art. 335i Abs. 4 OR).

- 20.161 Des Weiteren ist unklar, **ob mit allen Arbeitnehmern eines Betriebs verhandelt werden muss**, auch wenn nur ein Bruchteil davon entlassen werden soll. Da alle Arbeitnehmer im betroffenen Betrieb konsultiert werden müssen und nicht nur diejenigen, deren Entlassung beabsichtigt ist (Rz. 20.211), sollte auch mit allen verhandelt werden müssen. Sonst müsste der Verhandlungspartner gewechselt werden, wenn die Verhandlungen während der Konsultation in Gang kommen.¹⁶⁸ Meines Erachtens würde es aber oftmals Sinn machen, nur mit denjenigen Arbeitnehmern zu verhandeln, welche die Kündigung auch betrifft, da diese Empfänger der ausgehandelten Rechte sein werden. Bei Stillschweigen der Arbeitnehmer ist wohl von einem Akzept des vom Arbeitgeber unterbreiteten Sozialplans auszugehen, falls durch den Arbeitgeber Verhandlungsbereitschaft angeboten worden ist. Wenn die Arbeitnehmer einem Vorschlag des Arbeitgebers nicht zustimmen, dann wird es wohl kaum ohne Delegation der Verhandlungspflicht an eine Gewerkschaft oder einen Ad-hoc-Arbeitnehmervertreter und nachträgliche Genehmigung des verhandelten Sozialplans durch die Arbeitnehmer gehen.
- 20.162 Die Verhandlungen müssen – wie beim Konsultationsverfahren bei Massenentlassungen auch – nach dem Prinzip von **Treu und Glauben** geführt werden, z.B. müssen die notwendigen Informationen zur Verfügung gestellt werden, das «Sich-Organisieren» der Arbeitnehmer muss vom Arbeitgeber nach Treu und Glauben unterstützt werden, es muss eine genügende Frist für die Verhandlungen zur Verfügung stehen, die Verhandlungen dürfen nicht unnötigerweise verlängert werden, indem unrealistische Forderungen gestellt werden, und die konkrete Situation des Unternehmens muss berücksichtigt werden.¹⁶⁹ Eine harte Verhandlungsführung allein stellt noch keine Verletzung des Prinzips von Treu und Glauben dar.¹⁷⁰ Eine Verletzung der Verhandlungspflicht kann auch gleichzeitig eine Verletzung des Massenentlassungsverfahrens im Sinne von Art. 336 Abs. 2 lit. c OR darstellen, sodass als **Sanktion** die Kündigungen als missbräuchlich zu bewerten sind.¹⁷¹ Wenn nicht gleichzeitig eine Verletzung des Massenentlassungsverfahrens im Sinne von Art. 336 Abs. 2 lit. c OR vorliegt, so kommt nur eine Sanktion im Rahmen des Schiedsverfahrens (z.B. volle Kostentragung) infrage.
- 20.163 Was das **Verhältnis zwischen der Informations- und Konsultationspflicht und der Sozialplanpflicht** anbelangt, so sollten diese beiden Pflichten voneinander losgelöst betrachtet werden. Beabsichtigt der Arbeitgeber, 30 Arbeitnehmern zu kündigen, so sollte er mit der Verhandlung eines Sozialplanes beginnen, sowie gleichzeitig mit der Konsultation gemäss Art. 335f OR. Führt die Verhandlung nicht zum Ziel,

168 MÜLLER M., ARV 2014, 238 f.; TROILLET, 324; Sentence Arbitrale du 24 février 2015 de la Chambre des Relations Collectives de Travail du Canton de Genève, Art. 335i.

169 SCHWAAB, ARV 2013, 286 ff. Siehe auch BGE 137 III 162, E. 2.1.

170 Sentence Arbitrale du 24 février 2015 de la Chambre des Relations Collectives de Travail du Canton de Genève, Remarques finales.

171 WYLER/HEINZER, 560, 568; WILDHABER, AJP 2015, 435.

so hindert Art. 335i OR den Arbeitgeber aber nicht daran, die Kündigungen auszusprechen, und die Frage des Sozialplanes erst nach den Kündigungen zu regeln.¹⁷²

Wenn bei einer beabsichtigten Massenentlassung im Sinn von Art. 335i Abs. 1 OR bereits ein «**vorsorglicher**» **Sozialplan** mit der verhandlungsberechtigten Partei vereinbart wurde, der den inhaltlichen Anforderungen von Art. 335h ff. OR genügt, so sollte dies ausreichen.¹⁷³ Die Verhandlungspflicht kann also schon vorsorglich erfüllt und ein Sozialplan mit einer bestimmten Laufzeit vereinbart werden. Die Sozialpartner können ein legitimes Interesse daran haben, schon vor einer konkreten, beabsichtigten Massenentlassung einen dauerhaft gültigen Sozialplan zu vereinbaren, der zur Planbarkeit von Prozess und Kosten einer zukünftigen Restrukturierung beiträgt. Es ist keine gesetzgeberische Absicht erkennbar, dass derartige Sozialpläne verhindert werden sollen. Es entsteht grundsätzlich kein Neu- oder Nachverhandlungsanspruch, ausser evtl. bei geänderten Verhältnissen.

Können sich die Parteien in ihren Verhandlungen nicht auf einen Sozialplan einigen, so muss gemäss Art. 335j OR ein **Schiedsgericht** bestellt werden. Das Verfahren und die Zuständigkeit für die Bestellung dieses Schiedsgerichts sind im Gesetz nicht ausdrücklich geregelt.¹⁷⁴ Deshalb stellen sich hier unzählige Fragen: 20.164

- **Wer?** Es stellen sich zur **Aktivlegitimation** ähnliche Fragen wie bei der Handelsregister-Sperre (Rz. 20.201 ff.). Grundsätzlich wird die Schiedsgerichtsbarkeit durch Art. 353 ff. ZPO geregelt.¹⁷⁵ Die Aktivlegitimation steht dem Arbeitgeber sowie dem Ansprechpartner gemäss Art. 335i Abs. 3 OR zu, d.h. der Arbeitnehmervvertretung oder der Arbeitnehmerschaft, welche in diesem Sinne über eine Prozessfähigkeit verfügt,¹⁷⁶ nicht aber jedem einzelnen Arbeitnehmer. Die Arbeitnehmerschaft des Betriebs (nicht nur diejenigen, denen gekündigt worden ist) kann so ihre Mitwirkungsrechte kollektiv wahrnehmen. Wenn die Arbeitnehmer gar kein Schiedsverfahren anstreben, so hat der Arbeitgeber wenig Interesse daran, zu klagen.
- **Wann?** Es findet sich keine Regelung, wann das Schiedsverfahren eingeleitet werden soll und wann der Schiedsspruch vorliegen soll. Es besteht die Gefahr, dass ein Schiedsspruch erst dann feststeht, wenn die Massenentlassungen schon längst abgeschlossen sind.
- **Auf wessen Kosten?** Es findet sich keine Sondernorm in den neuen Bestimmungen, sodass die üblichen Schiedsgerichts-Regelungen der ZPO zur Anwendung

172 So auch IANNI, 186; MÜLLER M., ARV 2014, 240.

173 BLES/PIETRUSZAK, 54 ff.; IANNI, 194 ff.

174 SCHWAAB, ARV 2013, 290 ff.; MÜLLER M., ARV 2015, 242 f.; Botschaft zur Änderung des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs (Sanierungsrecht) vom 8. September 2010, BBl 2010 6455, 6500. So auch Sentence Arbitrale du 24 février 2015 de la Chambre des Relations Collectives de Travail du Canton de Genève, consid. 2.1.3.9.

175 Botschaft (Fn. 165), 6500; MÜLLER M., ARV 2014, 243; vgl. aber BLES/PIETRUSZAK, 52, die von einem Schiedsgutachten durch einen Schiedsgutachter und damit von der Anwendung von Art. 189 ZPO ausgehen.

176 WYLER/HEINZER, 562 m.w.H.; vgl. auch TROILLET, 326 f.; WIDMER, Rz. 47.

kommen. Ein Schiedsverfahren nach Art. 335j OR kann sich zu einem kostenintensiven Verfahren entwickeln, was eine Rechtswegbarriere darstellen mag. Die Kosten eines Experten nach Art. 335i Abs. 4 OR werden in der Praxis umstritten sein.¹⁷⁷ Ob die Arbeitnehmerseite den Kostenvorschuss zu tragen vermag bzw. zu tragen bereit ist, kann fraglich sein.¹⁷⁸

- **Sitz des Schiedsgerichts?** Als Sitz des Schiedsgerichts wäre mangels ausdrücklicher Parteivereinbarung am ehesten der Betriebsort, allenfalls der Sitz des Arbeitgebers anzunehmen (Art. 355 Abs. 1 und 2 i.V.m. Art. 34 Abs. 1 ZPO).¹⁷⁹ Daraus ergäbe sich das für das weitere Verfahren zuständige staatliche Gericht (Art. 356 ZPO). Dieses Gericht hätte mangels Einigung der Parteien die Ernennung des Schiedsgerichts vorzunehmen (Art. 362 Abs. 1 und 2 ZPO).
- **Minimalinhalt eines Sozialplans?** Das Schiedsgericht stellt einen Sozialplan durch verbindlichen Schiedsspruch auf. Es ist sehr schwierig abzuschätzen, welche Rechte den Arbeitnehmern zugestanden werden müssen, da detailliertere Ausführungen zum Minimalinhalt eines Sozialplans fehlen. Es ist zwar selbstverständlich, was Inhalt eines Sozialplanes sein kann (Teilzeitmodelle, verlängerte Kündigungsfristen gegenüber dem Arbeitsvertrag, Umschulungen, interne Versetzung inkl. Zuschüsse, Stellenvermittlung/Outplacement, vorzeitige Pensionierung, pro rata Boni, paritätische Kommission, Härtefallfonds, Abfindungen), aber nicht, ob und **was Inhalt sein sollte**. Konkrete Massnahmen zur Vermeidung von Kündigungen bzw. zur Beschränkung von deren Zahl sind durch einen Schiedsspruch kaum denkbar, weshalb v.a. Massnahmen zur Linderung der Folgen der Kündigungen infrage kommen werden. Wie diese gestaltet werden sollen, ist weitgehend ein Billigkeitsentscheid. Wer ist berechtigt? Wer übernimmt die Verwaltung der Leistungsvergabe? Was bringen überhaupt Leistungen «im Nachhinein»? Im Schiedsspruch vom 24. Februar 2015 hält die *Chambre des Relations Collectives de Travail* des Kantons Genf fest, dass der Inhalt des Sozialplans in der Optik festgelegt werden muss, einen Sozialplan zu erstellen, und nicht, den einen oder anderen Anspruch der Parteien zu genehmigen. «Sans être dans la maxime d'office, le litige n'est pas tranché en pure maxime des débats» (E. 2.4.3.3). Dabei nehme das Gericht nicht die mittlere Position zwischen den zwei Stellungen der Parteien ein, sondern berücksichtige, Punkt für Punkt und auf globale Weise, die einzelnen Elemente, um einen Sozialplan festzustellen (*Remarques finales*). Dabei solle das Gericht keinen Sozialplan festlegen, der besser als der verlangte und schlechter als der verteidigte Sozialplan sei (E. 2.4.3.1). Diese letzte Einschätzung ist kritisierbar.

177 Vgl. *Sentence Arbitrale du 24 février 2015 de la Chambre des Relations Collectives de Travail du Canton de Genève*, consid. 3.6 (der Arbeitgeber muss die Anwaltskosten der Arbeitnehmervertretung in casu nicht übernehmen).

178 WIDMER, Rz. 51 ff., 58; WILDHABER, AJP 2015, 436. Vgl. auch MÜLLER M., ARV 2014, 246; TROILLET, 327 f.

179 IANNI, 189; MÜLLER M., ARV 2014, 244; WILDHABER, AJP 2015, 436.

Aus **Praxissicht** ist zu empfehlen, entweder schon «vorsorglich» einen Sozialplan zu verhandeln¹⁸⁰, den Ablauf eines Schiedsverfahrens für den Erlass eines Sozialplans z.B. in den allgemeinen Arbeitsbedingungen, welche Teil des Individualvertrages werden, oder im Reglement der Arbeitnehmervertretung zu regeln, oder aber auf jeden Fall rasch erfolgreiche Verhandlungen anzustreben und vorzubereiten (evtl. Arbeitnehmervertretung oder Sprechersystem bestimmen, ersten Entwurf eines Sozialplans bereithalten, Datenmaterial zusammenstellen, verschiedene «Modelle» vor Verhandlungen durchrechnen, ALV-Leistungen berücksichtigen). Wichtig ist ausserdem, bei der Ausformulierung des Sozialplans genau zu definieren, welche Kategorien von Arbeitnehmern welche Ansprüche haben sollen, bzw. wann die Anspruchsberechtigung gemäss Sozialplan verloren gehen soll. Die Kriterien, nach welchen ein Anspruch auf Leistungen besteht, müssen objektiv definiert werden und Arbeitnehmer, welche sich in einer ähnlichen Lage befinden, auch gleich behandelt werden.¹⁸¹ Die Vertragsfreiheit ist stärker als das Gleichbehandlungsgebot, solange die Kriterien weder willkürlich noch unerlaubt sind.

Gemäss Art. 335k OR gelten die Bestimmungen über den Sozialplan nicht bei Masssenentlassungen, die während eines **Konkurs- oder Nachlassverfahrens** erfolgen, das mit einem Nachlassvertrag abgeschlossen wird. Siehe dazu Kapitel 18 von ROLAND BACHMANN.

D. Sanktionen und Prozessuales

Eine Masssenentlassung, bei der das Konsultationsverfahren gegenüber den Arbeitnehmern bzw. ihrer Vertretung nicht eingehalten worden ist, ist zwar gültig, aber **missbräuchlich** im Sinne von Art. 336 Abs. 2 lit. c OR.¹⁸² Gemäss Art. 336a Abs. 3 OR ist aufgrund der Missbräuchlichkeit eine Entschädigung geschuldet, die für jeden Arbeitnehmer nicht mehr als den Lohn für zwei Monate betragen darf.¹⁸³ Verletzt der Arbeitgeber seine Konsultationspflichten gegenüber einem Teil der Arbeitnehmer, so sind dennoch alle im Rahmen der Masssenentlassung ausgesprochenen Kündigungen missbräuchlich.

Wird die Masssenentlassung **dem Arbeitsamt nicht angezeigt**, so ist die Kündigung vorerst unwirksam, aber gültig und nicht missbräuchlich.¹⁸⁴ Da das Arbeitsverhältnis frühestens 30 Tage nach Anzeige beendet werden kann, wird die Kündigungs-

180 MÜLLER M., ARV 2014, 234.

181 BGer, Urteil 4A.610/2012 vom 28.2.2013, E. 2.4; BGE 130 V 18, E. 5.4; WYLER/HEINZER, 558; WILDHABER, Umstrukturierungen, 356.

182 PORTMANN/RUDOLPH, Basler Komm. OR, Art. 335f, N 14, Art. 336, N 20; WYLER/HEINZER, 539 f.; ausführlich GEISER, Masssenentlassungen, Rz. 3.81 ff.

183 BGer, Urteil 4A.238/2009 vom 3. September 2009, E. 6; BGer, Urteil 4A.236/2009 vom 3. September 2009, E. 4; BGer, Urteil 4A.173/2011 vom 31. Mai 2011, E. 5; BGE 130 III 102; BGE 134 III 67.

184 BGE 132 III 406, 410; MEYER, 210; GEISER, Masssenentlassungen, Rz. 3.92 ff.

frist verlängert bzw. die Beendigung des Arbeitsvertrags hinausgeschoben.¹⁸⁵ Wird die Anzeige gar nicht erstattet, so wird das Arbeitsverhältnis vorerst nicht beendet. Das Ende der Arbeitsverträge ist mit Rücksicht darauf festzulegen, wann allfällige Tätigkeiten des kantonalen Arbeitsamtes nach dem Zweck von Art. 335g OR nicht mehr sinnvoll durchgeführt werden können, wobei der Endtermin der Arbeitsverträge der Arbeitnehmer spätestens bis zum Antritt ihrer neuen Stellen verlängert wird.¹⁸⁶

Merke:

Dem Arbeitnehmer ist zu empfehlen, sich auf den Fortbestand des Arbeitsverhältnisses explizit zu berufen.

- 20.169 Zur Geltendmachung von Ansprüchen s. GEISER, Massentlassungen, Rz. 3.101 ff.

E. Im Konkurs- und Nachlassverfahren

- 20.170 Zur Anwendung von Art. 335d ff. OR in Konkurs- und Nachlassverfahren siehe Kapitel 18 von ROLAND BACHMANN sowie Rz. 20.140 und 20.166.¹⁸⁷

IV. Arbeitnehmervertretungen

A. Schweizerische Betriebsverfassung

- 20.171 Die Betriebsverfassung ist die **grundlegende Ordnung der Zusammenarbeit** zwischen dem Arbeitgeber und der von den Arbeitnehmern gewählten betrieblichen Interessenvertretung. Ihr Grundanliegen ist es, den Arbeitnehmern in den betrieblichen Entscheidungen, die ihr tägliches Dasein nachhaltig gestalten, Mitwirkungs-befugnisse zu gewähren. Die Mitwirkung der Arbeitnehmer auf betrieblicher Ebene wird gesetzlich einerseits durch Art. 37–39 ArG (sowie Art. 67–68 ArGV 1) betreffend Betriebsordnung und andererseits durch das 1994 in Kraft getretene MitwG geregelt. Das MitwG räumt den Arbeitnehmern Informations- und Konsultationsrechte und unter gewissen Voraussetzungen einen Anspruch auf eine Arbeitnehmervertretung ein.

185 BGer, Urteil 4A.238/2009 vom 3. September 2009, E. 5; BGer, Urteil 4A.236/2009 vom 3. September 2009, E. 3; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 335g, N 9; WYLER/HEINZER, 552; GEISER, Massentlassungen, Rz. 3.91 ff.

186 BGE 132 III 406, E. 2.5 und 2.6; BLESIG, Jusletter vom 30. Oktober 2006; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 335g, N 9.

187 Siehe auch WILDHABER, Umstrukturierungen, 459 ff.

Das MitwG regelt nur die **Mitwirkung auf betrieblicher Ebene**. Es ist einerseits ein Rahmengesetz, welches im Wesentlichen die institutionellen Voraussetzungen der betrieblichen Mitwirkung normiert. In welchen Bereichen und in welchem Umfang Mitwirkungsrechte bestehen, wird in den entsprechenden Spezialgesetzen (OR, ArG, UVG) festgesetzt. Es stellt andererseits eine blosse Minimalordnung dar, welche zugunsten der Arbeitnehmer formlos, zuungunsten der Arbeitnehmer nur durch GAV oder in den in Art. 2 MitwG genannten Fällen abgeändert werden darf. Trotz Inkrafttreten des MitwG ist die Gesetzgebung im Bereich der Mitwirkung der Arbeitnehmer im Betrieb immer noch lückenhaft. Diese Lücken können durch Kollektivverträge über die Mitwirkung der Arbeitnehmer und Betriebsordnungen geschlossen werden, eine Möglichkeit, die bisher nur zurückhaltend genutzt wird. 20.172

Terminologie Mitwirkung

20.173

CH	EU dt.	EU engl.
Information	Unterrichtung	information
Konsultation	Anhörung	consultation
Mitbestimmung (→ gibt es nicht)	Mitbestimmung	participation

Abb. 20.6. Quelle: Isabelle Wildhaber.

Organe der Betriebsverfassung sind auf der einen Seite der Arbeitgeber, vertreten durch die Geschäftsleitung, und auf der anderen Seite die Arbeitnehmer, oftmals repräsentiert durch eine Arbeitnehmervertretung, sowie deren Ausschüsse. Gemäss Art. 3 MitwG besteht ein Anspruch auf eine Arbeitnehmervertretung in Betrieben mit mindestens 50 Arbeitnehmern. Ansonsten werden sie gemäss Art. 4 MitwG von den Arbeitnehmern direkt wahrgenommen. Der Arbeitnehmervertretung sollte Partei- und Prozessfähigkeit oder gar partielle Rechtsfähigkeit zustehen, damit praktikable Lösungen im Hinblick auf eine effiziente Mitwirkung der Arbeitnehmerschaft gefunden werden können.¹⁸⁸ 20.174

Das schweizerische Recht sieht **weder im OR noch im MitwG Bestimmungen** zum Erhalt der Rechtsstellung und der Funktion der Arbeitnehmervertretung oder deren Ausschüsse oder zu einem Übergangsmandat bei Betriebsübergang vor. 20.175

Merke:

Die Auswirkungen von Umstrukturierungen auf die Organe der Betriebsverfassung sollten explizit geregelt werden.

B. Information und Konsultation

20.176

Konsultationspflicht

<p>1. Betriebsübergang Art. 333a OR</p> <p>→ Keine Sanktionen</p>	<p>2. Fusionsgesetz Fusion: Art. 28 FusG Spaltung: Art. 50 FusG Vermögensübertragung: Art. 77 FusG</p> <p>Auch bei Nichtvorliegen der Tatbestandsvoraussetzungen des Betriebsübergangs (h.L.)</p> <p>→ Sanktion: Klage auf Handelsregistersperre</p>	<p>3. Massenentlassungen Art. 335f OR</p> <p>→ Sanktionen: – Wird Konsultation unter- lassen, so sind die Kündi- gungen missbräuchlich – Wird Mitteilung unterlassen, so kann die Kündigung das Arbeitsverhältnis nicht beenden</p>
---	--	---

Abb. 20.7. Quelle: Isabelle Wildhaber.

1. Information und Konsultation bei Betriebsübergängen (Art. 333a OR)

20.177 Die Informations- und Konsultationsrechte des Art. 333a OR verfolgen sowohl einen **kollektivrechtlichen als auch einen individualrechtlichen Zweck**. Die Arbeitnehmervertretung soll in die Lage versetzt werden, ihren Aufgaben nachzukommen und den Arbeitnehmern soll es ermöglicht werden, die Konsequenzen des Betriebsübergangs zu ermessen und ihre Rechte dank der Informationen wahrnehmen zu können. Art. 333a Abs. 1 OR ergänzt den Art. 333 Abs. 2 OR, indem er dem Arbeitnehmer ermöglicht, sein Ablehnungsrecht in Kenntnis der massgebenden Umstände auszuüben oder verfallen zu lassen.

a) Information

20.178 Das **Recht auf Information** enthält das Recht auf Übermittlung von Informationen durch den Arbeitgeber an die Arbeitnehmerschaft, um dieser Gelegenheit zur Kenntnisnahme und Prüfung der behandelten Fragen zu geben. Darin inbegriffen ist das Recht, Fragen, die sich im inhaltlichen Rahmen des gesetzlichen Informationsanspruchs bewegen, zu stellen und diese beantwortet zu erhalten (Auskunftsrecht). Die Information kann die Folgen für die Arbeitnehmer kollektiv umschreiben, wobei eine Differenzierung nach bestimmten Arbeitnehmergruppen notwendig ist, wo der Übergang zu unterschiedlichen Folgen führt oder wo verschiedene Massnahmen hinsichtlich der Arbeitnehmer geplant sind.

Die Information soll den Arbeitnehmern eine ausreichende **Grundlage für die Ausübung ihres Ablehnungsrechts** verschaffen. Die vollständige und zutreffende Information ist Voraussetzung, damit die Frist für die Ausübung des Ablehnungsrechts in Gang gesetzt wird.¹⁸⁹ Ein fehlerhaftes Informationsschreiben bringt deshalb ein finanzielles Risiko mit sich. Wird der Arbeitnehmer nicht ordnungsgemäss informiert, so kann der Arbeitnehmer bis zur Grenze der Verwirkung dem Übergang des Arbeitsverhältnisses widersprechen, da keine Frist in Gang gesetzt wird.

Informationspflichtig ist nach Art. 333a Abs. 1 OR nur der betriebsübertragende Arbeitgeber. Den Betriebserwerber trifft u.U. eine Informationspflicht nach Art. 9 MitwG. **Informationsberechtigt** ist die Arbeitnehmervertretung des übergehenden Betriebs, wenn eine solche gültig gewählt wurde, ansonsten die Arbeitnehmerschaft.

Wo die Grenze der **zutreffenden und ordnungsgemässen Information** zu ziehen ist, ist im schweizerischen Recht noch weitgehend ungeklärt. Einerseits muss der Arbeitnehmer möglichst umfassend informiert werden, andererseits muss die Informationspflicht des Arbeitgebers auf ein praxistaugliches Mass begrenzt werden. Grundsätzlich kann die Information über komplexe Rechtsfragen bereits dann als ordnungsgemäss und zutreffend angesehen werden, wenn der zur Information Verpflichtete bei angemessener Prüfung der Rechtslage, die gegebenenfalls die Einholung von Rechtsrat beinhaltet, eine vertretbare Position kundtut.

Art. 333a OR verlangt, dass der Arbeitnehmer über den **Grund des Übergangs** zu unterrichten ist, d.h. der Rechtsgrund für den Betriebsübergang als das Rechtsgeschäft zwischen dem bisherigen und dem neuen Betriebsinhaber (bzw. die Rechtsgeschäfte, welche einen Übergang im Sinne von BGE 123 III 466 begleiten), welches die Anwendung der Vorschriften über den Betriebsübergang auslöst. Was die jeweiligen **Motive** zum Grund für den Übergang anbelangt, so sollte m.E. eine stichwortartige Schilderung der dem Betriebsübergang zugrunde liegenden Transaktion und gegebenenfalls eine Einordnung der Transaktion in den wirtschaftlichen Kontext der beteiligten Unternehmen ausreichen.¹⁹⁰

Die Arbeitnehmer sind auch über die **rechtlichen, wirtschaftlichen und sozialen Folgen des Übergangs** zu informieren. Die Information muss Folgendes enthalten:¹⁹¹

- Arbeitsverhältnisse gehen mit allen Rechten und Pflichten auf den neuen Inhaber über, Nennung des übernehmenden Rechtsträgers, dessen Rechtsform, Adresse und Organe;
- Nennung der übergehenden Betriebsteile und Zuordnung der Arbeitnehmer;
- Bestehen eines Ablehnungsrechts und Ausübungsmodalitäten;
- Angaben zur Fortgeltung gesamtarbeitsvertraglich geregelter Arbeitsbedingungen;

189 BGer, Urteil 4A.616.2011 vom 21. März 2012, E. 3.3.

190 WILDHABER, Umstrukturierungen, 377 f.

191 WILDHABER, Umstrukturierungen, 378 ff.; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 333a, N 4.

- Information, dass bestehende Betriebsvereinbarungen und Betriebsordnungen fortgelten und Schilderung der abstrakten Fallkonstellationen;
- Ansprüche aus einem Sozialplan;
- Information über Haftung des übertragenden und des übernehmenden Rechtsträgers;
- Sicherstellungsrecht der Arbeitnehmer im Fall der Fusion (Art. 27 Abs. 2 FusG), der Spaltung (Art. 49 Abs. 2 FusG) und bei der Vermögensübertragung (Art. 75 Abs. 3 FusG);
- weitere rechtliche Folgen wie die Unterstellung unter das Bankengesetz etc.;
- erhebliche Auswirkungen für die Arbeitnehmer in finanzieller Hinsicht;
- Information über wirtschaftliche Folgen eines Betriebsübergangs nur, soweit sie unmittelbare oder mittelbare Folgen für die Arbeitnehmer haben;
- Information über soziale Folgen des Übergangs.

20.184 Die Information erfolgt **formlos**. Aufgrund der Beweisbarkeit empfiehlt sich eine schriftliche Dokumentation der Information. Die Information nach Art. 333a Abs. 1 OR hat vor dem Vollzug des Übergangs zu erfolgen. Die Information kann auch erst nach dem Beschluss über den Betriebsübergang und nach Vertragsunterzeichnung mit dem Erwerber erfolgen, d.h. zwischen Signing und Closing. Bis zum Zeitpunkt des Vollzugs besteht eine Ergänzungspflicht bei wesentlichen Änderungen.

b) Konsultation

20.185 Die Informations- wird zur Konsultationspflicht, wenn infolge des Betriebsübergangs **Massnahmen** beabsichtigt sind, **welche die Arbeitnehmer betreffen**, z.B.

- Kündigungen;
- Versetzungen;
- Umschulungen;
- Kurzarbeit;
- Lohnreduktionen;
- Arbeitszeitausweitungen;
- Betriebsverlegung;
- wesentliche Umorganisationen;
- Änderung der Stundenpläne;
- Aufhebung von betrieblichen Sozialeinrichtungen und -leistungen;
- Vertragsänderungen;
- Fringe Benefits (z.B. Generalabo, Mitgliedschaft Fitness-Club);
- Änderungen in der beruflichen Vorsorge und weiteren Versicherungen.

20.186 **Verpflichtet zur Konsultation** ist derjenige Arbeitgeber, der die betreffenden Massnahmen beabsichtigt.¹⁹² **Adressaten der Konsultation** sind sowohl die Arbeitnehmerschaft des übergehenden Betriebs als auch die Arbeitnehmerschaft des übernehmenden Betriebs, sofern die Massnahmen die Arbeitnehmer des überneh-

192 PORTMANN/RUDOLPH, Basler Komm. OR, Art. 333a, N 9; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 333a, N 6.

menden Betriebs ebenso betreffen können. Wird nur ein Betriebsteil übertragen und besteht keine Arbeitnehmervertretung, so sind dennoch alle Arbeitnehmer im Gesamtbetrieb zu konsultieren.¹⁹³

Konsultation bedeutet, dass die Arbeitnehmer dem Arbeitgeber Vorschläge unterbreiten können, wie die unbeabsichtigten Massnahmen vermieden oder gemildert werden können, und dass der Arbeitgeber sich mit solchen Vorschlägen ernsthaft auseinandersetzt und darüber mit den Arbeitnehmern in einen Dialog tritt und mit ihnen die Vorschläge berät. Dabei wird ein **Recht auf Anhörung** der Arbeitnehmerschaft unbestrittenermassen zugestanden. Umstritten ist, ob es auch ein Recht auf Beratung mit dem Arbeitgeber (gemeinsames Erörtern und wechselseitiges Abwägen von Gründen) und ein Recht auf Begründung umfasst, für den Fall, dass Gegenanschläge abgelehnt werden.¹⁹⁴ Meines Erachtens sollte ein **Recht auf Beratung** bejaht werden, ein **Recht auf Begründung** aber verneint werden.¹⁹⁵ 20.187

Die Konsultation kann **mündlich oder schriftlich** erfolgen, z.B. in einem Informationsschreiben oder an einer Sitzung oder einem «Townhall Meeting» (Präsenzliste nicht vergessen), wobei für die Beratung Mündlichkeit vorzuziehen ist. Es empfiehlt sich aber in jedem Fall, eine Anlaufstelle für Fragen und Anregungen zu definieren, den Ablauf des Konsultationsverfahrens und das Ergebnis der Konsultation schriftlich genau zu dokumentieren, sowie den Abschluss des Informations- bzw. Konsultationsverfahrens festzustellen. 20.188

Die Arbeitnehmerschaft soll durch die Konsultation **Einfluss auf die Entscheidung** nehmen können. Sie muss über alle Umstände, welche für die Stellungnahme im Rahmen der Konsultationspflicht von Bedeutung sind, rechtzeitig, umfassend, wahrheitsgetreu und unaufgefordert informiert werden.¹⁹⁶ 20.189

Die Konsultation nach Art. 333a Abs. 2 OR muss **rechtzeitig** vor dem Entscheid über diese Massnahmen erfolgen, d.h. so rechtzeitig, dass der Zweck des Konsultationsverfahrens erreicht werden kann, die Arbeitnehmer also genügend Zeit haben, um die erhaltenen Informationen zu verarbeiten, deren Konsequenzen zu ermitteln, allenfalls den Rat von Experten beizuziehen und eigene Vorschläge auszuarbeiten, anschliessend müssen diese noch in das Entscheidungsverfahren des Arbeitgebers einfließen können.¹⁹⁷ Die angemessene Frist hängt stark von der Komplexität des wirtschaftlichen und rechtlichen Sachverhalts ab. Zwei Wochen dürften der Normalfall sein, allerdings sind noch ein paar Tage für die Feststellung des Ergebnisses 20.190

193 PORTMANN/RUDOLPH, Basler Komm. OR, Art. 333a, N 10; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 333a, N 9.

194 Siehe dazu die Literaturangaben in WILDHABER, Umstrukturierungen, 384, Fn. 1498 und 1499.

195 WILDHABER, Umstrukturierungen, 385 f.; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 333a, N 7.

196 STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 333a, N 7.

197 PORTMANN/RUDOLPH, Basler Komm. OR, Art. 333a, N 1; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 333a, N 8; ähnlich BGE 130 III 102, E. 4.3; BGE 137 III 162, E. 1.2.

einzurechnen, sodass der benötigte Zeitraum eher drei Wochen (ab Bereitstehen der erforderlichen Informationen) beträgt.¹⁹⁸

- 20.191 Das OR sieht **keine Sanktionen** für die Verletzung der Konsultationspflichten des Arbeitgebers bei Betriebsübergängen vor. Das Fehlen einer Sanktion stellt eine vom Gesetzgeber beabsichtigte Gesetzeslücke dar. Eine analoge Anwendung der für die Massentlassungen vorgesehenen Sanktionen ist abzulehnen.¹⁹⁹ Denkbar, aber eher theoretisch, ist u.a. eine Klage auf Information oder Anhörung oder eine Klage auf Schadenersatz.²⁰⁰

2. Information und Konsultation gemäss FusG

- 20.192 Für die Information und Konsultation der Arbeitnehmer bei einer Umstrukturierung erklärt das FusG – in Art. 28 Abs. 1 für die Fusion, in Art. 50 für die Spaltung, in Art. 77 Abs. 1 für die Vermögensübertragung – die arbeitsrechtliche Vorschrift von **Art. 333a OR für anwendbar**. Die h.L. geht davon aus, dass die Rechtsfolgen von Art. 333a OR stets zur Anwendung gelangen, selbst wenn kein Betriebsübergang im Sinne von Art. 333 Abs. 1 OR vorliegt.²⁰¹

a) Vorschriften im FusG

- 20.193 Das FusG enthält auch eigene, **Art. 333a OR konkretisierende und ergänzende Vorschriften** zur Information und Konsultation.
- 20.194 Das FusG regelt den **Zeitpunkt der Konsultation** bei der ordentlichen Fusion (Art. 28 Abs. 2 FusG) und Spaltung (Art. 50 i.V.m. Art. 28 Abs. 2 FusG) selber: Die Konsultation muss vor der Beschlussfassung des obersten Leitungs- und Verwaltungsorgans erfolgen. Die Konsultation muss abgeschlossen sein, bevor der Fusionsvertrag bzw. der Spaltungsvertrag verbindlich wird, aber nicht schon zwingend vor Vertragsabschluss.
- 20.195 In den Fällen der **erleichterten Fusion** nach Art. 23 FusG besteht ebenfalls eine zwingende Verpflichtung, die Arbeitnehmerschaft zu konsultieren, sofern Massnahmen beabsichtigt sind, welche die Arbeitnehmer betreffen. Da die Fusion im erleichterten Verfahren bereits mit dem Abschluss des Fusionsvertrages definitiv wird, ist es folgerichtig, dass die Konsultation vor diesem Zeitpunkt zu erfolgen hat, entweder vor Abschluss des Fusionsvertrages oder durch Aufnahme einer Suspensivbedingung in den Fusionsvertrag oder in den Genehmigungsbeschluss des obersten Leitungs- oder Verwaltungsorgans, dass die Beschlussfassung des ober-

198 Vgl. PORTMANN/RUDOLPH, Basler Komm. OR, Art. 333a, N 13; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 333a, N 8; WILDHABER, Umstrukturierungen, 387; WYLER/HEINZER, 457.

199 ArbG ZH, Urteil vom 27. Januar 1999, in: ZR 2001, Nr. 79; WYLER/HEINZER, 470 f.; SUBILIA/DUC, Art. 333a, N 5.

200 Siehe dazu STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 333a, N 10.

201 PORTMANN/RUDOLPH, Basler Komm. OR, Art. 333a, N 30; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 333, N 15; WILDHABER, Umstrukturierungen, 388.

ten Leitungs- oder Verwaltungsorgans erst erfolgt, nachdem die Ergebnisse der Konsultation vorliegen.²⁰²

Bei der **Vermögensübertragung** hängt der richtige Zeitpunkt der Konsultation einzig vom Zeitpunkt des Entscheids über die Arbeitnehmer betreffenden Massnahmen ab. Sofern derartige Massnahmen bereits Bestandteil des Übertragungsvertrags sind, hat eine Konsultation schon im Stadium der Vertragsverhandlungen und somit vor Abschluss des Übertragungsvertrags zu erfolgen.²⁰³ Erfolgt hingegen der Entscheid über arbeitsrechtliche Massnahmen ausnahmsweise erst nach Abschluss des Übertragungsvertrags, darf auch das Konsultationsverfahren nachher stattfinden.²⁰⁴ 20.196

Zum **Zeitpunkt der Konsultation** ist allerdings die **Umstrukturierung oft derart weit fortgeschritten**, dass Verwaltungsrat und Geschäftsleitung kaum mehr bereit sein werden, die wesentlichen Punkte einer sorgfältig vorbereiteten Transaktion zu überdenken, insbesondere, wenn der Fusions-, Spaltungs- oder Übertragungsvertrag bereits unterzeichnet ist und nur noch die Zustimmung der GV erforderlich ist.²⁰⁵ 20.197

Im FusG wird nicht geregelt, **wann die Information zu erfolgen hat**. Bei der blossen Information, wenn keine die Arbeitnehmer betreffenden Massnahmen geplant sind (Art. 333a Abs. 1 OR), gilt Folgendes: 20.198

- Fusion: Die Information kann auch noch nach der Beschlussfassung der GV bzw. der Gesellschafter erfolgen, spätestens aber vor dem Vollzug der Transaktion.²⁰⁶
- Spaltung: Das Sicherstellungsverfahren ist vorausgeschaltet, sodass es zwingend ist, dass die Arbeitnehmer bereits vor der Beschlussfassung informiert werden. Die Information muss deshalb zwei Monate vor dem Spaltungsbeschluss (Art. 49 Abs. 2 i.V.m. Art. 46 Abs. 1 FusG) erfolgen.²⁰⁷
- Vermögensübertragung: Die Information kann auch noch nach Abschluss des Übertragungsvertrags, aber vor dem Vollzug der Transaktion erfolgen.

Nach Art. 50 i.V.m. Art. 28 Abs. 2 FusG hat das oberste Leitungs- und Verwaltungsorgan die GV anlässlich der Beschlussfassung über das Ergebnis der Konsultation zu informieren. Die **Berichterstattung an die GV** muss zwingend vor deren Beschlussfassung erfolgen. Das Konsultationsergebnis muss aber nicht im Fusions- bzw. Spaltungsbericht im Sinne von Art. 14 Abs. 3 lit. i und Art. 39 Abs. 3 lit. g FusG enthalten sein.²⁰⁸ Zur Erfüllung der Informationspflicht kann bei der Fusion und der 20.199

202 BAUMGARTNER/OERTLE, Basler Komm. FusG, Art. 28, N 5; WYLER/HEINZER, 475.

203 STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 333, N 1.

204 STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 333, N 15; WYLER, SZW 2004, 252.

205 BAUMGARTNER/OERTLE, Basler Komm. FusG, Art. 28, N 10.

206 WILDHABER, Umstrukturierungen, 391.

207 BAUMGARTNER/OERTLE, Basler Komm. FusG, Art. 50, N 2; HUBSCHMID, Zürcher Komm. FusG, Art. 50, N 3; WILDHABER, 392.

208 BAUMGARTNER/OERTLE, Basler Komm. FusG, Art. 28, N 5; HUBSCHMID, Zürcher Komm. FusG, Art. 28, N 14.

Spaltung in der Praxis weitgehend auf den zuhanden der Gesellschafter zu erstellenden Fusions- bzw. Spaltungsbericht – sofern ein solcher vorhanden ist – zurückgegriffen werden.

- 20.200 Die Informations- und Konsultationspflicht bei der Fusion, Spaltung und Vermögensübertragung wird **auf den übernehmenden Rechtsträger ausgedehnt**, weil die Folgen einer Umstrukturierung beide treffen können. Dies kann schon aufgrund von Art. 9 MitwG und Art. 333a Abs. 2 OR geboten sein.

b) Gerichtliche Untersagung der Handelsregistereintragung

- 20.201 Das FusG führte ein **neues Institut** bei Verletzungen der Informations- und Konsultationspflicht ein, die Klage auf Handelsregistersperre gemäss Art. 28 Abs. 3, Art. 50 und Art. 77 Abs. 2 FusG. Sie ist – neben weiteren Gründen wie der Publizität – oftmals einer der Gründe dafür, dass Transaktionen oftmals nicht nach FusG vorgenommen werden.
- 20.202 Einen **materiellen Grund für eine Klage** auf Untersagung der Eintragung im Handelsregister können darstellen:²⁰⁹
- inhaltlich unzutreffende oder nicht umfassende Informationen über den Grund oder die rechtlichen, wirtschaftlichen und sozialen Folgen des Betriebsübergangs für die Arbeitnehmer, oder über die geplanten Massnahmen, nicht aber dann, wenn der Informationspflichtige die Rechtslage gewissenhaft geprüft und einen vertretbaren Rechtsstandpunkt eingenommen hat;
 - die der Arbeitnehmerschaft für die Konsultation angesetzte Frist ist unzureichend;
 - das Konsultationsverfahren wurde nicht rechtzeitig begonnen, nicht innert nützlicher Frist durchgeführt, oder es wurde nicht vor der Genehmigung des Fusions- oder Spaltungsvertrags durch die GV abgeschlossen;
 - die GV wurde über das Ergebnis der Konsultation nicht korrekt in Kenntnis gesetzt;
 - die Arbeitnehmervertretung wird als Empfänger der Informationen bzw. als Repräsentant der Belegschaft nicht anerkannt.
- 20.203 Heisst der Richter den privatrechtlichen Einspruch gegen die Eintragung im Sinne von Art. 32 HRegV gut und untersagt damit die Eintragung der Fusion bzw. der Spaltung im Handelsregister, so müssen die Gesellschaften die Konsultation nachholen und eine **erneute Beschlussfassung zur Genehmigung des Fusions- oder Spaltungsvertrags durch die Mitgliederversammlung** erwirken.

209 WILDHABER, Umstrukturierungen, 394.

Es ist in der schweizerischen Lehre sehr umstritten, wem die **Klagebefugnis** zukommen soll.²¹⁰ Will man dem engen Gesetzeswortlaut der Vorschriften in Art. 28 Abs. 3 und Art. 77 Abs. 2 FusG, welcher die Aktivlegitimation nur der Arbeitnehmervertretung zusteht, nicht folgen, so muss gestützt auf eine systematische und teleologische Auslegung Folgendes gelten:

- Bei Vorhandensein einer Arbeitnehmervertretung ist stets nur diese legitimiert, nicht jedoch die Arbeitnehmerschaft allgemein und schon gar nicht ein einzelner Arbeitnehmer. Verzichtet die Arbeitnehmervertretung auf ihr Klagerecht, können die Arbeitnehmer nicht an ihrer Stelle Klage einreichen.
- Gibt es hingegen gar keine Arbeitnehmervertretung, so ist die Arbeitnehmerschaft des jeweils betroffenen Rechtsträgers als Kollektiv legitimiert, nie jedoch ein einzelner Arbeitnehmer.²¹¹
- Für die Legitimation der Arbeitnehmerschaft als Kollektiv muss der Wille der Mehrheit der betroffenen Arbeitnehmer genügen, ermittelt durch eine ausdrückliche und nachweisbare Beschlussfassung.²¹² Der Belegschaft kommt so eine zivilprozessuale Parteifähigkeit zu.

Bei Missachtung der Konsultationsrechte der Arbeitnehmer muss die Arbeitnehmervertretung vor Gericht verlangen, dass es die Eintragung ins Handelsregister untersagt (Art. 28 Abs. 3 und Art. 77 Abs. 2 FusG). Das FusG enthält aber **keine Vorschrift**, bei welchem Gericht (sachliche und funktionelle Zuständigkeit) und in welchem Verfahren zu entscheiden ist.

Die **örtliche Zuständigkeit** bei Klagen auf Handelsregistersperre richtet sich nach Art. 42 ZPO, d.h. wahlweise am Sitz einer der an der Umstrukturierung beteiligten Gesellschaften (nicht nach Art. 34 Abs. 1 ZPO).²¹³

Die **sachliche Zuständigkeit** ist umstritten.²¹⁴ Aufgrund der wesentlichen gesellschaftsrechtlichen Tragweite des Problems sind m.E. jeweils, entsprechend dem kantonalen Prozessrecht, die ordentlichen oder die Handelsgerichte zuständig.²¹⁵ Das Recht, die gerichtliche Untersagung der Handelsregistereintragung zu verlangen, ist eine spezifisch fusionsrechtliche Massnahme, die nicht auf einem Verweis auf das OR oder das MitwG beruht.

210 Ausführlich dazu (mit Begründung und m.w.H.) WILDHABER, Umstrukturierungen, 394 ff.; BAUMGARTNER/WILDHABER, AJP 2008, 1086 ff.; vgl. auch PORTMANN/RUDOLPH, Basler Komm. OR, Art. 333a, N 15 ff.; WYLER, Analyse, 234 ff.

211 BAUMGARTNER/OERTLE, Basler Komm. FusG, vor Art. 27, N 34; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 333a, N 11; WYLER, Analyse, 236.

212 BAUMGARTNER/OERTLE, Basler Komm. FusG, vor Art. 27, N 34; SUBILIA/DUC, Art. 4 Lpart, N 4; VISCHER, Arbeitsvertrag, 151; WYLER, Commentaire LFus, Art. 28, N 12.

213 BAUMGARTNER/OERTLE, Basler Komm. FusG, vor Art. 27, N 40; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 333, N 20; WYLER, SZW 2004, 253; ZIMMERLI, AJP 2005, 780.

214 Siehe dazu die Übersicht bei STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 333, N 20; siehe auch WYLER, Analyse, 232.

215 BAUMGARTNER/WILDHABER, AJP 2008, 1088 f.; BAUMGARTNER/OERTLE, Basler Komm. FusG, vor Art. 27, N 40.

3. Information und Konsultation bei Massentlassungen (Art. 335f OR)

- 20.208 Sind die **Tatbestandsvoraussetzungen einer Massentlassung erfüllt** (Rz. 20.128 ff.), so kommt das Verfahren der Information und Konsultation gemäss Art. 335f OR i.V.m. Art. 10 lit. c MitwG zur Anwendung.
- 20.209 Das gesetzliche Konsultationsverfahren wird dadurch eingeleitet, dass der Arbeitgeber der Arbeitnehmerschaft die **gesetzlich vorgeschriebenen Mindestinformationen** schriftlich mitteilt (Gründe der Massentlassung, Zahl der Arbeitnehmer, denen gekündigt werden soll, Zahl der i.d.R. beschäftigten Arbeitnehmer, Zeitraum). Der Arbeitgeber muss sodann **alle zweckdienlichen Auskünfte** erteilen (Angaben über Versetzungsmöglichkeiten, Möglichkeiten der Reorganisation der Arbeitsverteilung, Ursachen des Stellenabbaus, Angaben über die betroffenen Berufsgruppen, über die verfügbaren Mittel, um die Folgen mildern zu können, mögliche Kurzarbeit, vorzeitige Pensionierungen, Angaben über freie Mittel der Vorsorgeeinrichtung). Gemäss Bundesgericht erfasst die Pflicht zur Auskunftserteilung jedoch nicht alle Informationen, welche ex ante betrachtet theoretisch zweckdienlich sein könnten. Vielmehr werden die Mitwirkungsrechte nur verletzt, falls zurückgehaltene Informationen konkret zur Ausarbeitung weiterer oder zur Verbesserung bestehender Vorschläge hätten dienen können.²¹⁶
- 20.210 Der Arbeitgeber hat der Arbeitnehmerschaft gemäss Art. 335f Abs. 2 OR die Möglichkeit einzuräumen, Vorschläge zu unterbreiten, wie die Kündigungen vermieden oder deren Zahl beschränkt sowie ihre Folgen gemildert werden können (durch Vorlegen eines Sozialplans). Der Arbeitgeber muss sich mit diesen Vorschlägen ernsthaft auseinandersetzen, darüber mit der Arbeitnehmerschaft in einen Dialog treten und sie zusammen mit ihr beraten. Er bleibt aber frei, die beabsichtigte Massentlassung vorzunehmen, denn Art. 335g OR verpflichtet ihn weder zur Berücksichtigung der Vorschläge der Arbeitnehmervertreter noch zur Einholung einer Bewilligung des kantonalen Arbeitsamtes.²¹⁷ Es besteht also eine **Pflicht zur Beratung**, aber keine zur Erlangung einer Einigung und keine **zur Begründung** der Ablehnung. Der **Grundsatz von Treu und Glauben** muss stets berücksichtigt werden, d.h., der Arbeitgeber hat die Vorschläge der Arbeitnehmer zu prüfen und darf das Verfahren nicht bloss formell in Gang setzen, obwohl für ihn bereits feststeht, dass er auf Vorschläge der Gegenseite nicht eintreten wird.²¹⁸ Die verzögerte und wenig aussagekräftige Beantwortung von Fragen der Arbeitnehmervertretung begründet nicht ohne Weiteres einen Verstoss des Arbeitgebers gegen die Mitwirkungsrechte (Art. 335f OR i.V.m. Art. 10 lit. c MitwG).²¹⁹

216 BGE 137 III 162, E. 2.1.1; siehe dazu kritisch BRÜHWILER, in: FS Straumann, 737; befürwortend REITER/WIDMER, AJP 2012, 1107 f.

217 STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 335f, N 3.

218 BGE 137 III 27, E. 5.3 und E. 5.4 (Urteil des BGer 4A.449/2010 vom 2. Dezember 2010, E. 5.2); BGE 137 III 162, E. 1.1.

219 BGE 137 III 162.

Adressat der Konsultation ist grundsätzlich die Arbeitnehmervertretung im Sinne von Art. 5–7 MitwG. Es müssen alle Mitglieder der Arbeitnehmervertretung konsultiert werden. Gibt es im Betrieb keine Arbeitnehmervertretung, so sind die Arbeitnehmer zu konsultieren. Alle Arbeitnehmer im betroffenen Betrieb müssen konsultiert werden und nicht nur diejenigen, deren Entlassung beabsichtigt ist. Die Informations- und Konsultationsrechte dienen der kollektiven Verteidigung der gemeinsamen Interessen der Arbeitnehmer; auch wenn diese ihre Rechte direkt ausüben, weil keine Arbeitnehmervertretung existiert, hat nicht jeder von ihnen das individuelle Recht, über seine eigene Kündigung in Kenntnis gesetzt zu werden, um seine besonderen Interessen wahren zu können.²²⁰ Besteht keine Arbeitnehmervertretung, so kann eine solche für die Konsultation auch ad hoc gegründet werden.²²¹ 20.211

Verpflichtet zur Konsultation ist der Arbeitgeber, d.h. diejenige rechtliche Einheit, welche die beabsichtigten Kündigungen rechtlich verbindlich aussprechen wird. Im **Konzern** bedeutet dies, dass eine Konsultationspflicht besteht, auch wenn Entscheidungen eines anderen Arbeitgebers im Konzern die Vorschläge der Arbeitnehmer beeinflussen können.²²² Der schweizerische Arbeitgeber kann sich der Konsultationspflicht nicht entziehen, indem er geltend macht, er erhalte vom Konzern die Informationen nicht oder habe keinen Einfluss auf die Kündigungen.²²³ 20.212

Gemäss Art. 335f Abs. 1 OR hat der Arbeitgeber die Arbeitnehmerschaft zu konsultieren, sobald er eine **Massenentlassung beabsichtigt**. Als beabsichtigt gilt eine Massenentlassung, wenn sie konkret in Aussicht genommen wird oder wenn sie konkret geplant ist für den Fall, dass andere Sanierungsvarianten scheitern sollten.²²⁴ Die Konsultationspflicht wird also mit der genügend konkreten Beabsichtigung fällig und theoretisch durchsetzbar. Wartet der Arbeitgeber trotz bestehender Absicht mit der Eröffnung des Konsultationsverfahrens zu, so vermag dies allein die nachfolgenden Kündigungen noch nicht missbräuchlich werden zu lassen.²²⁵ Das Bundesgericht hält denn auch fest, dass im Gesetz der Zeitpunkt, in dem der Arbeitgeber das Konsultationsverfahren einleiten muss, nicht präzise geregelt sei.²²⁶ Der Arbeitgeber muss die Konsultation so frühzeitig einleiten, dass sie abgeschlossen werden kann, bevor er sich endgültig entschliessen muss, ob und in welcher Form er die in Aussicht genommene Massenentlassung vornimmt.²²⁷ 20.213

220 BGer, Urteil 4A.173/2011 vom 31. Mai 2011, E. 4.2.

221 BGer, Urteil 4A.145/2013 vom 4. September 2013, E. 2.3.

222 EuGH *Akavan* vom 10. September 2009, C-44/08.

223 AUBERT, CR CO, Art. 335f, N 7; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 335f, N 6; OGer ZH, in: ZR 2004, Nr. 5; AGer ZH, in: ARV 2003, 26.

224 BGE 130 III 102; PORTMANN/RUDOLPH, Basler Komm. OR, Art. 335f, N 1; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 335f, N 2.

225 STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 335f, N 2.

226 BGE 130 III 102, E. 4.1.

227 BGE 123 III 176; BGer, Urteil 4A.449/2010 vom 2. Dezember 2010, E. 5.2; MEYER, Massenentlassung 2010, 67.

Merke:

Die Konsultation muss vor der definitiven Beschlussfassung oder dem Aussprechen der Kündigungen abgeschlossen sein.²²⁸

- 20.214 Die **Frist**, die der Arbeitnehmervertretung für die Formulierung von Vorschlägen gesetzt wird, kann vom Arbeitgeber (nach den Regeln von Treu und Glauben) festgesetzt werden. Als Regelfrist im Sinne einer groben Richtlinie für die Konsultationsfrist sollten 5 Arbeitstage für einfache Fälle, 14 Tage für komplexe Fälle, und 8–10 Tage für den Regelfall vorgesehen werden.²²⁹ Die Konsultationsfrist beginnt mit der Information der Arbeitnehmerschaft nach Art. 335f OR.²³⁰
- 20.215 Eine **sanktionswürdige Verletzung der Informations- und Konsultationspflicht** liegt vor,²³¹ wenn
- die Mindestinformationen nach Art. 335f Abs. 3 OR nicht, nicht schriftlich²³² oder an den falschen Konsultationspartner abgegeben worden sind;
 - wesentliche Gründe für die Massentlassung unterschlagen oder falsch dargestellt wurden;²³³
 - die Konsultation zu spät oder unter Einräumung einer zu kurzen Frist durchgeführt wurde;
 - Informationen oder zweckdienliche Auskünfte, welche für den Konsultationspartner zur Wahrnehmung seiner Konsultationsrechte von Bedeutung gewesen wären, nicht, falsch, wesentlich unvollständig, irreführend oder spät erteilt wurden;²³⁴
 - sich die Zahl der von der Massentlassung betroffenen Arbeitnehmer wesentlich erhöht hat, ohne dass der Konsultationspartner darüber und auch über die Gründe dafür schriftlich und rechtzeitig informiert worden wäre;
 - sich der Arbeitgeber mit den Vorschlägen der Arbeitnehmerschaft nicht ernsthaft befasst hat;²³⁵
 - die Arbeitnehmerschaft auf die Entscheidungsfindung gar nicht mehr einwirken kann, weil der definitive Entscheid längst gefällt ist.²³⁶

228 OGer ZH, *Metropol*, in: ZR 2004, Nr. 5; AGer ZH, *Metropol*, in: ARV 2003, 26.

229 Ausführlich STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 335f, N 7 m.w.H.; ZIMMERLI, AJP 2005, 780; MEYER, Massentlassung 2010, 72; vgl. auch WYLER/HEINZER, 551; BRÜHWILER, in: FS Straumann, 735; PORTMANN/RUDOLPH, Basler Komm. OR, Art. 335f, N 11.

230 BGer, Urteil 4A.571/2008 vom 5. März 2009, E. 3.1.

231 So die hilfreiche Liste bei VON KAENEL, 51 f.; siehe auch PORTMANN/RUDOLPH, Basler Komm. OR, Art. 335f, N 13.

232 KGer GR, in: JAR 2007, 442; BGer, Urteil 4D.57/2009 vom 13. Juli 2009.

233 BGer, Urteil 4D.57/2009 vom 13. Juli 2009.

234 BGer, Urteil 4A.173/2011 vom 31. Mai 2011, E. 4.1 und 4.3.

235 BGE 130 III 102, E. 4.3.

236 BGer, Urteil 4A.449/2010 vom 2. Dezember 2010, E. 5.4; BGer, Urteil 4A.348/2010 vom 8. Oktober 2010, E. 6.

4. Vertraulichkeit

Informations- und Konsultationsrechte bringen das Problem mit sich, dass sie die bevorstehende Umstrukturierung und damit auch die **Arbeitsplätze in erheblichem Mass gefährden**. Wenn die Arbeitnehmer von den geplanten Massnahmen erfahren, werden es viele vorziehen, angesichts der unsicheren Zukunft die Stelle zu wechseln. Damit gehen dem Unternehmen erfahrungsgemäss meist gerade die besten Arbeitnehmer verloren. Dazu kommt, dass Arbeitnehmer vertrauliche Informationen im Zusammenhang mit einer bevorstehenden Transaktion **an die Presse weiterleiten** können. Ein solches «Leck» kann den Deal gefährden und wirtschaftlich teuer zu stehen kommen.²³⁷ 20.216

Nach **Art. 14 Abs. 2 lit. a MitwG** besteht die Möglichkeit, dass die Arbeitgeberseite Verschwiegenheit der Arbeitnehmervertretung gegenüber allen Personen ausdrücklich verlangen kann. Voraussetzung ist ein **berechtigtes Interesse**, was nach objektiven Kriterien zu entscheiden ist (z.B. wenn bei Weitergabe der Information objektiv die Gefahr einer Schädigung des Betriebs droht).²³⁸ Dies kann im Zusammenhang mit Umstrukturierungen oft bejaht werden. Bei Betrieben mit Arbeitnehmervertretung kann das Problem der Vertraulichkeit im Zusammenhang mit Umstrukturierungen (wenn ein berechtigtes Interesse besteht) somit dadurch entschärft werden, dass die Möglichkeit besteht, der Arbeitnehmervertretung Stillschweigen gegenüber den Arbeitnehmern aufzuerlegen. In der Regel kann aber nicht mit einer absoluten Geheimhaltungspflicht belegt werden, was im Konsultationsverfahren Gegenstand zweckdienlicher Auskünfte des Arbeitgebers (Art. 335f Abs. 3 OR) sein kann.²³⁹ Eine 100% vertrauliche Planung einer Transaktion ist aber nicht möglich.²⁴⁰ Nach dem neuen **Art. 335i Abs. 4 OR** können die Arbeitnehmerverbände, die Arbeitnehmervertretung oder die Arbeitnehmer zu den Sozialplan-Verhandlungen Sachverständige heranziehen, welche gegenüber betriebsfremden Personen ebenfalls zur Verschwiegenheit verpflichtet sind. 20.217

Der Arbeitgeber kann die Arbeitnehmervertreter oder Arbeitnehmer **vertragliche Vertraulichkeitserklärungen** unterschreiben lassen, welche Sanktionen vorsehen. Daneben kann die Verletzung der Geheimhaltungspflichten gestützt auf Art. 14 MitwG und Art. 321a Abs. 4 OR zu Schadenersatzansprüchen und bei Geschäftsgeheimnissen gar zu strafrechtlichen Folgen (Art. 162 StGB) führen. Die Verletzung der Verschwiegenheitspflicht stellt ferner einen begründeten Anlass zur Kündigung gemäss Art. 336 Abs. 2 lit. b OR dar, wenn nicht gar einen wichtigen Grund zur fristlosen Kündigung im Sinne von Art. 337 OR. 20.218

Für die Praxis ist zu empfehlen, den **Deal chronologisch** so zu **strukturieren**, dass Arbeitnehmer betreffende Massnahmen gemäss Art. 333a Abs. 2 OR erst in einem Zeitpunkt getroffen werden, in dem die Information und Konsultation und damit 20.219

237 Siehe dazu die Interview-Ergebnisse bei WYLER, Analyse, 228.

238 SUBILIA/DUC, Art. 14 LPart, N 9 ff.; BRÜHWILER, in: FS Straumann, 740 ff.

239 BRÜHWILER, in: FS Straumann, 741.

240 WILDHABER, 409.

die Schaffung einer gewissen Publizität nicht mehr schaden. Dieser Zeitpunkt wäre dann gegeben, wenn die Aktionäre ohnehin orientiert werden müssen.²⁴¹

20.220 Da bei einem share deal kein Betriebsübergang erfolgt, löst ein blosser Wechsel im Aktionariat keine Informations- und Konsultationspflichten aus. Erst die nachfolgenden Umstrukturierungsmassnahmen führen zu solchen Pflichten. Eine **Möglichkeit der chronologischen Dealstrukturierung** besteht deshalb darin, den Erwerb einer Gesellschaft und deren anschliessende Umstrukturierung zu trennen und dabei keine Umstrukturierungsmassnahmen bereits im Share Purchase Agreement vorwegzunehmen und verbindlich zu vereinbaren. Wo dies nicht möglich ist, weil der Käufer auf gewissen Massnahmen gemäss Art. 333a Abs. 2 OR, z.B. Personalabbau, beharrt, sollte die im Hinblick auf die Veräusserung der Gesellschaft geforderte Umstrukturierung vorab vom Verkäufer vollzogen werden, inklusive Information und Konsultation.

20.221

Umstrukturierungen

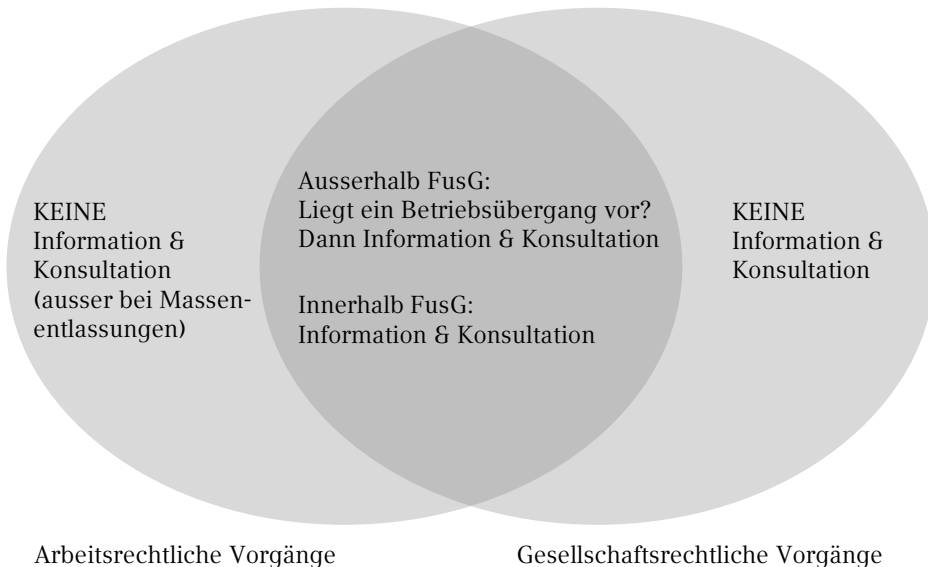


Abb. 20.8. Quelle: Isabelle Wildhaber.

241 Art. 53 Kotierungsreglement der SWX Swiss Exchange vom 12. November 2010; Richtlinie betreffend Ad-hoc-Publizität vom 29. Oktober 2008.

C. Europäische Betriebsräte

- Bei Umstrukturierungen ist gegebenenfalls auch die Europäische **Richtlinie 2009/38/EG** über die Einsetzung eines Europäischen Betriebsrats oder die Schaffung eines Verfahrens zur Unterrichtung und Anhörung der Arbeitnehmer in gemeinschaftsweit operierenden Unternehmen und Unternehmensgruppen zu beachten. Der schweizerische Gesetzgeber hat diese Richtlinie zwar nicht nachvollzogen, schweizerische Unternehmen(sgruppen) können aber ebenfalls von der Richtlinie betroffen sein. Die faktische Bedeutung der Richtlinie ist für schweizerische Unternehmen enorm, nicht aber für die Schweizer Arbeitnehmer.²⁴² 20.222
- Die Rechte der Arbeitnehmer beinhalten Unterrichtung und Anhörung (bzw. in der schweizerischen Terminologie: Information und Konsultation) zu **grenzüberschreitenden Themen**. Die Arbeitnehmerschaft bzw. die Betriebsräte haben ausserdem einen Anspruch auf Informationen, die zur Gründung eines Europäischen Betriebsrates überhaupt erst erforderlich sind, wie dies der EuGH bereits mehrfach bestätigt hat.²⁴³ 20.223
- Für Details zu Europäischen Betriebsräten wird auf die **Spezialliteratur** zu dem Thema verwiesen.²⁴⁴ 20.224

242 WILDHABER, ArbR 2009, 11 ff.

243 Erstmals EuGH *bofrost** vom 29. März 2001, C-62/99.

244 WILDHABER, Umstrukturierungen, 410 ff.; DIES., ArbR 2009, 11 ff.