



Betriebsnachfolge

Übergang der Arbeitsverhältnisse bei der Betriebsnachfolge

Das Arbeitsvertragsrecht sieht in den Art. 333 und Art. 333a OR besondere Regelungen für die Betriebsnachfolge vor. Zum Schutz der Arbeitnehmenden wird der Übergang des Arbeitsverhältnisses auf einen anderen Arbeitgebenden nur unter bestimmten Voraussetzungen und unter Anordnung besonderer Rechtsfolgen anerkannt.

Besondere Regelungen im Arbeitsvertragsrecht

Veräussernder wie Erwerbender eines Betriebes haben ein Interesse daran, dass die Arbeitnehmenden dem Betrieb ohne juristische Komplizierung erhalten bleiben. Der Arbeitnehmende ist ebenfalls daran interessiert, mit dem Übernehmenden keinen neuen Arbeitsvertrag abschliessen zu müssen. Es kann nicht übersehen werden, dass das Arbeitsverhältnis stark personenbezogen ist und ein Übergang des Vertragsverhältnisses ohne Zustimmung aller Parteien eigentlich wesensfremd ist. Die Gesetzgebung hat den Ausgleich der divergierenden Interessen

gefunden, indem sie zwar den automatischen Übergang des Arbeitsverhältnisses vorsieht, aber gleichzeitig dem Arbeitnehmenden ein Ablehnungsrecht einräumt.

Ein Wechsel des Arbeitgebenden infolge Übernahme eines Betriebes oder eines Betriebsteils berührt den Weiterbestand des Arbeitsverhältnisses in der Regel nicht. Die Betriebsnachfolge soll nicht einen Neuabschluss des Arbeitsvertrages zur Folge haben, da sonst eine Vielzahl von Ansprüchen, deren Umfang von der Dauer des Arbeitsverhältnisses abhängt (wie Krankenlohn, Feriendauer, Gratifikation, Dienstaltersgeschen-

ke oder Kündigungsschutz), gekürzt würden.

Eine Betriebsübernahme liegt vor, wenn eine *organisatorische Leistungseinheit* unter Wahrung ihrer Identität, das heisst des Betriebszwecks, der Organisation und des individuellen Charakters, übernommen wird. Entscheidend ist, dass dieselbe oder eine gleichartige Geschäftstätigkeit vom neuen Inhaber tatsächlich weitergeführt oder wieder aufgenommen wird. Hingegen ist nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung nicht erforderlich, dass zwischen dem alten und neuen Inhaber eine Rechtsbeziehung (beispielsweise Kauf, Tausch, Schenkung, Abtretung oder Pacht) besteht. Für die Betriebsnachfolge genügt die tatsächliche Weiterführung des Betriebes durch einen neuen Inhaber. Dies ist etwa der Fall, wenn die Eigentümerin eines Restaurants den Mietvertrag mit dem alten Pächter auflöst und das Restaurant einer neuen Betreiberin verpachtet. Auch ein kürzerer Betriebsunterbruch vermag den Betriebsübergang nicht

RECHT & UNTERNEHMUNG

zu verhindern, sofern die Betriebsidentität weiterhin gegeben ist. Kein Betriebsübergang ist dagegen die Änderung in den Besitzverhältnissen einer juristischen Person, da der juristische Betriebsinhaber (beispielsweise AG, GmbH oder Genossenschaft) dadurch nicht wechselt.

Übergang des Arbeitsverhältnisses

Der unterbrochlose Übergang des Arbeitsverhältnisses am Tag der Betriebsnachfolge erfolgt (zwingend) von Gesetzes wegen (Art. 333 Abs. 1 OR). Eine Zustimmung des neuen Arbeitgebenden ist nicht erforderlich; eine Ablehnung des Übergangs durch den Übernehmenden ist nicht möglich. Mit dem gesetzlichen Übergang tritt der Übernehmende in alle Rechte und Pflichten aus dem Arbeitsvertrag ein (dazu gehören auch Konkurrenzverbote, Vorruhestandszusicherungen und Datenbearbeitungsrechte). Der Erwerbende unterliegt einem *Übernahmewang*; will er bestimmte Arbeitnehmende (beispielsweise leitende Angestellte) nicht weiter beschäftigen, muss er deren Arbeitsverhältnis unter Einhaltung

der vertraglichen beziehungsweise gesetzlichen Kündigungsfrist auflösen. Bis zum Ablauf der Kündigungsfrist sind sowohl der Erwerbende als auch

der Arbeitnehmende zur Erfüllung des Arbeitsvertrages verpflichtet. Eine Änderung der arbeitsvertraglichen Bestimmungen ist nur im Einverständnis mit dem Arbeitnehmenden oder durch eine Änderungskündigung (das heisst durch eine Kündigung, die ausgesprochen wird, sofern der Empfänger der Kündigung nicht neuen Vertragsbestimmungen zustimmt) möglich.

Der Arbeitnehmende kann den *Übergang ablehnen*. Diesfalls wird das Arbeitsverhältnis auf den Ablauf der gesetzlichen (nicht der

vertraglich vereinbarten) Kündigungsfrist, frühestens aber auf den Zeitpunkt des Betriebsübergangs, aufgelöst (Art. 333 Abs. 2 OR). Für die Ausübung des Ablehnungsrechts ist dem Arbeitnehmenden eine angemessene, nach Treu und Glauben auf Grund des Einzelfalls festzusetzende Überlegungsfrist zuzugestehen. Die Erklärung ist gegenüber dem Arbeitgebenden abzugeben: Vor dem Betriebsübergang also gegenüber dem Veräussernden, nachher gegenüber dem Erwerbenden.

War auf das übertragene Arbeitsverhältnis ein *Gesamtarbeitsvertrag* (GAV) anwendbar, muss der Übernehmende diesen während eines Jahres einhalten, sofern der GAV nicht vorher abläuft oder infolge Kündigung endet (Art. 333 Abs. 1^{bis} OR). Der neue Arbeitgebende ist somit zur Einhaltung eines GAV auch dann verpflichtet, wenn er selbst nicht Vertragspartei eines GAV oder Mitglied eines vertragsschliessenden Verbandes ist. Zur Sicherung des Arbeitnehmenden *haften* der bisherige Arbeitgebende und der Erwerbende des Betriebes *solidarisch* für die Forderungen des Arbeitnehmenden, die vor dem Übergang fällig geworden sind und die nachher bis zum Zeitpunkt fällig werden, auf den das Arbeitsverhältnis ordentlicherweise beendet werden könnte oder bei Ablehnung des Übergangs durch den Arbeitnehmenden beendet wird (Art. 333 Abs. 3 OR).

Umstritten ist, ob *Kündigungen*, die im Rahmen eines Betriebsüberganges erfolgen, zulässig sind. Nach der wohl herrschenden Auffassung wird die Kündigungsfreiheit durch Art. 333 OR nicht eingeschränkt. Hingegen gelten wie bei jeder zwingenden Regelung die Schranken der Gesetzesumgehung. Kündigen Veräussernder oder Übernehmender, um den Übergang des Arbeitsverhältnisses zu verhindern, liegt eine Gesetzesumgehung vor. Ein starkes Indiz für

deren Vorliegen wäre, wenn die Belegschaft auf den Tag vor dem Betriebsübergang entlassen wird oder wenn die Arbeitsplätze der entlassenen Arbeitnehmenden mit Neuanstellungen wieder besetzt oder gar dieselben Arbeitnehmenden kurze Zeit später wieder angestellt werden. Unbestritten ist indessen, dass der Betriebsübergang allein weder für den Arbeitgebenden noch für den Arbeitnehmenden ein Grund für eine fristlose Kündigung ist.

Mitwirkungsrechte der Arbeitnehmenden (Art. 333a OR)

Damit der Arbeitnehmende seinen Entscheid über die Ausübung des Ablehnungsrechts sachkundig fällen kann, stehen ihm gesetzliche Mitwirkungsrechte zu. Der Arbeitgebende muss die Arbeitnehmendenvertretung oder, bei Fehlen einer solchen, die Arbeitnehmenden rechtzeitig vor dem Vollzug des Übergangs (nicht vor der Entscheidung) über den Grund des Übergangs und die rechtlichen, wirtschaftlichen und sozialen Folgen für die Arbeitnehmenden *informieren*. Sind infolge des Übergangs Massnahmen beabsichtigt, die die Arbeitnehmenden betreffen (zum Beispiel Lohnkürzungen, Versetzungen oder Entlassungen), ist die Arbeitnehmendenvertretung oder sind die Arbeitnehmenden rechtzeitig vor dem Entscheid (Minimalfrist in der Regel zwei Wochen) zu *konsultieren*. Der Übergang kann sowohl im Betrieb des Veräussernden als auch im Betrieb des Erwerbenden Massnahmen auslösen. Die Konsultationspflicht trifft denjenigen, der die Massnahme veranlassen will. Das Konsultationsrecht umfasst jedenfalls ein Recht auf Anhörung und Stellungnahme. Bevor die Arbeitnehmenden Stellung nehmen konnten, ist eine Entscheidung über die beabsichtigten Veränderungen unzulässig. Allerdings wird der Ar-

Bis zum Ablauf der Kündigungsfrist sind sowohl der Erwerbende als auch der Arbeitnehmende zur Erfüllung des Arbeitsvertrages verpflichtet.

beitgebende durch die Stellungnahme der Arbeitnehmenden in seiner Entscheidungsfreiheit nicht beschränkt, insbesondere besteht nach herrschender Auffassung keine Begründungspflicht, falls er Gegenvorschläge ablehnt.

Verletzt der Arbeitgebende seine Pflicht zur Information und Konsultation, kann er unter Strafanordnung zur Erfüllung angehalten werden und wird gegebenenfalls schadenersatzpflichtig. In Verletzung der Informations- und Konsultationspflicht ausgesprochene Entlassungen sind jedoch nicht missbräuchlich und lösen keine Pönalentschädigungen aus. Ausserdem bleiben der Betriebsübergang und die getroffenen Massnahmen selbst wirksam.

Übergang des Arbeitsverhältnisses bei Fusion, Spaltung und Vermögensübertragung

Art. 333 und Art. 333a OR sind auf die Einzelübertragung eines Betriebs oder Betriebsteils zugeschnitten. Im Falle einer Fusion, Spaltung und Vermögensübertragung finden die Vorschriften von Art. 333f. OR durch Verweisung im Fusionsgesetz (in Kraft seit 1. Juli 2004) Anwendung.

Bei Fusion, Spaltung und Vermögensübertragung werden die Arbeitnehmenden für ihre Forderungen gegenüber dem bisherigen Arbeitgebenden, die bis zu dem Zeitpunkt fällig werden, auf den das Arbeitsverhältnis ordentlichweise beendet werden könnte oder, bei Ablehnung des Übergangs vom Arbeitnehmenden beendet wird, zusätzlich geschützt. Die Arbeitnehmenden können die Sicherstellung ihrer Forderungen vor der Fusion verlangen; Gesellschafter der übertragenden Gesellschaft, die vor der Fusion persönlich für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft hafteten, bleiben für die Ansprüche aus Arbeitsvertrag bis zum genannten Zeitpunkt haftbar. Dasselbe gilt bei

Spaltungen. Bei der Vermögensübertragung gilt die solidarische Haftung des bisherigen und des neuen Schuldners für die Ansprüche aus Arbeitsvertrag, die bis zum genannten Zeitpunkt fällig werden.

Das Fusionsgesetz ordnet bei der Fusion, Spaltung und Vermögensübertragung die Konsultation der Arbeitnehmendenvertretung beziehungsweise – falls in einem Betrieb eine solche nicht existiert – jedes einzelnen Arbeitnehmenden nach Art. 333a OR an. Die Konsultation erstreckt sich sowohl auf die Arbeitnehmendenvertretung der übertragenden als auch der übernehmenden Gesellschaft. Die Konsultation hat bei der Fusion und Spaltung vor der Beschlussfassung der Generalversammlung zu erfolgen und diese ist über das Ergebnis der Konsultation zu informieren. Bei der Vermögensübertragung hat die Konsultation vor dem Beschluss des obersten Leitungs- oder Verwaltungsorgans stattzufinden. Wird die Konsultationspflicht nicht eingehalten, kann die Arbeitnehmendenvertretung (beziehungsweise der einzelne Arbeitnehmende) vom zuständigen Gericht verlangen, dass es den Eintrag der Fusion, Spaltung oder Vermögensübertragung im Handelsregister untersagt und somit den Vollzug verhindert (*Handelsregistersperre*).

Übergang des Arbeitsverhältnisses im Konkurs oder Nachlassverfahren

Das Bundesgericht hat in einem neueren Entscheid klargestellt, dass die nach Art. 333 Abs. 3 OR geltende Haftung des Übernehmenden für die vor der Übertragung fällig gewordenen Forderungen der Arbeitnehmenden bei einer Betriebsübernahme im Rahmen eines Konkurses keine Anwendung findet. Dies im Wesentlichen mit der Begründung, dass die Solidarhaft des Erwerbenden die Übernahme des Betriebes aus dem Konkurs er-

schweren, wenn nicht gar verunmöglichen würde, insbesondere wenn der konkursite Arbeitgebende mit Lohnzahlungen stark im Rückstand war. Damit würde die Absicht der Gesetzgebung, den Schutz des Arbeitnehmenden bei Betriebsübergang zu verstärken, ins Gegenteil verkehrt. Diese Rechtsprechung lässt sich wohl auch auf Betriebsübernahmen aus der Liquidationsmasse beim Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung, auf Betriebsübernahmen während der Nachlassstundung und während des Konkursaufschubes übertragen.

Ob auch den Absätzen 1, 1^{bis} und 2 von Art. 333 OR (Übergang der Arbeitsverhältnisse) bei einer Betriebsübernahme in einem Konkurs- oder Nachlassverfahren die Anwendung versagt ist, wird in der Lehre nach wie vor sehr kontrovers diskutiert; eine vernünftige Prognose darüber, wie ein zuständiges Gericht die Frage entscheiden würde, ist gegenwärtig ausgeschlossen.

Zurzeit bestehen Gesetzgebungsprojekte, die sich mit der Geltung von Art. 333 OR im Konkurs und ähnlichen Verfahren befassen und die Rechtslage hoffentlich weiter in die Richtung klären werden, dass arbeitsplatzzerhaltende Übernahmen nicht ausgerechnet durch Arbeitnehmendenschutzbestimmungen verhindert werden.

Fazit

Damit eine Betriebsübernahme reibungslos verläuft, ist es unumgänglich, auch den arbeitsrechtlichen Aspekten hinreichend Rechnung zu tragen. Nur so lassen sich Komplikationen, die zu unnötigen Verzögerungen und überraschenden finanziellen Folgen führen können, vermeiden und ein im Interesse aller Beteiligten liegender rascher und korrekter Vollzug garantieren. ■



lic. iur. Angela Hensch
Rechtsanwältin
St. Gallen

Bei Fusion, Spaltung und Vermögensübertragung werden die Arbeitnehmenden für ihre Forderungen gegenüber dem bisherigen Arbeitgebenden zusätzlich geschützt.