

# Urteilsbesprechungen/Commentaires d'arrêts

## Betriebsübergang bei Arbeitsverhältnissen im Konzern

### Urteil des EuGH vom 21. Oktober 2010 Rs C-242/09 («Albron Catering») und die Rechtslage in der Schweiz

Thomas Pietruszak, lic. iur., Rechtsanwalt, Fachanwalt SAV Arbeitsrecht, Zürich

#### I. Einleitung

In Konzernen kommt es zuweilen vor, dass Arbeitnehmer bei einer Konzerngesellschaft angestellt, aber im Betrieb einer anderen Gesellschaft desselben Konzerns tätig sind. Dabei kann es sich um einen vorübergehenden Einsatz im Sinne eines Personalverleihs handeln. Es kommt aber auch vor, dass die Arbeitnehmer dauerhaft bei der anderen Konzerngesellschaft beschäftigt sind, beispielsweise wenn der Konzern so organisiert ist, dass eine Konzerngesellschaft als zentraler Arbeitgeber für die Betriebsgesellschaften fungiert. In einer solchen Konstellation fallen der rechtliche Arbeitgeber und der Betrieb, in den der Arbeitnehmer eingegliedert ist, dauerhaft auseinander.

Der Europäische Gerichtshof («EuGH») hatte kürzlich zu entscheiden, welche Folgen es für das Arbeitsverhältnis hat, wenn in einem solchen Fall der Betrieb an ein Drittunternehmen ausserhalb des Konzerns veräussert wird. Im Ergebnis entschied der EuGH, dass von einem Betriebsübergang auch Arbeitnehmer erfasst sein können, die dauerhaft im Betrieb des Veräusserers eingesetzt werden, jedoch vertraglich durch eine andere Gesellschaft desselben Konzerns angestellt sind.

Es handelt sich dabei um einen Leitentscheid, der auch für das Schweizer Recht relevant ist. Er wird im Folgenden zusammengefasst; anschliessend wird seine Bedeutung für das Schweizer Recht, namentlich die Art. 333 und 333a OR, dargelegt.

Der Einfachheit halber und zugunsten der besseren Lesbarkeit wird im Folgenden die Konzerngesellschaft, die Partei des Arbeitsvertrags ist (rechtliche Arbeitgeberin), als «Arbeitbergesellschaft» bezeichnet, während für diejenige Gesellschaft desselben

Konzerns, für die (bzw. in deren Betrieb) der Arbeitnehmer dauerhaft tätig ist, der Begriff «Einsatzgesellschaft» verwendet wird.

#### II. Das EuGH-Urteil in Sachen Albron Catering (Rs C-242/09)

##### 1. Sachverhalt

Im niederländischen Brauerei-Konzern Heineken ist das gesamte Personal bei der Heineken Nederlands Beheer B.V. («HNB») angestellt. HNB fungiert als zentraler Arbeitgeber, faktisch werden die Arbeitnehmer aber in den verschiedenen Betriebsgesellschaften des Heineken-Konzerns beschäftigt.

R. war bei HNB vom 17. Juli 1985 bis 1. März 2005 als Mitarbeiter der Abteilung «Lieferung von Mahlzeiten» angestellt. Wie ungefähr 70 weitere Mitarbeiter dieser Abteilung war er dauerhaft bei der Heineken Nederland B.V. («Heineken Nederland») beschäftigt, die an verschiedenen Orten die Lieferung von Mahlzeiten an Mitarbeiter des Heineken-Konzerns durchführte. Per 1. März 2005 gliederte Heineken Nederland ihre Cateringtätigkeiten an die Albron Catering BV («Albron»), die nicht zum Heineken-Konzern gehört, aus. Albron organisiert und erbringt in den gesamten Niederlanden gastronomische Dienstleistungen an private und staatliche Unternehmen. R. wurde ab 1. März 2005 von Albron als Kantinenmitarbeiter angestellt.

R. und die Gewerkschaft FNV erhoben in der Folge beim zuständigen niederländischen Gericht gegen Albron Klage auf Feststellung, dass es sich bei der Übertragung des Catering-Bereichs von Heineken Nederland auf Albron um einen Unternehmensübergang im Sinne der Richtlinie 2001/23/EG gehandelt

habe und dass demzufolge die bei HNB angestellten Arbeitnehmer, die dauerhaft bei Heineken Nederland beschäftigt waren, ab diesem Zeitpunkt von Rechts wegen Arbeitnehmer von Albron geworden seien. Demzufolge machten sie geltend, dass R.'s Lohnbedingungen unter HNB auch im Verhältnis zu Albron anwendbar seien; sie klagten deshalb auf Bezahlung der entsprechenden Lohndifferenz ab 1. März 2005.

Erstinstanzlich wurde die Klage weitgehend gutgeheissen. Die zweite Instanz setzte das Verfahren aus und wandte sich mit einem sog. Vorabentscheidungsersuchen betreffend die Auslegung der Richtlinie 2001/23/EG an den EuGH.

## 2. Erwägungen des EuGH

Der EuGH urteilt zugunsten der Kläger. Er kommt zum Ergebnis, dass die Richtlinie 2001/23/EG auch auf Arbeitnehmer anwendbar ist, die dauerhaft für die den Betrieb veräussernde Konzerngesellschaft arbeiten, vertraglich jedoch durch eine andere Gesellschaft desselben Konzerns angestellt sind.

Der EuGH stützt seine Argumentation auf den Wortlaut und den Zweck der Richtlinie 2001/23/EG:

Erstens sei Veräusserer im Sinne von Art. 2 Abs. 1 Bst. a der Richtlinie, wer aufgrund eines Übergangs (im Sinne von Art. 1 Abs. 1 der Richtlinie) die Arbeitgeberbereiensechaft verliere. Bei Heineken Nederland sei dies hinsichtlich ihrer Eigenschaft als nichtvertragliche Arbeitgeberin offenkundig der Fall, weshalb nicht auszuschliessen sei, dass ein solcher nichtvertraglicher Arbeitgeber als «Veräusserer» betrachtet werden kann.

Zweitens beziehe sich Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie auf den Übergang von Rechten und Pflichten aus einem Arbeitsvertrag oder aus einem Arbeitsverhältnis. Arbeitsvertrag und Arbeitsverhältnis würden alternativ genannt und seien somit gleichwertig. Es sei deshalb anzunehmen, dass nach dem Willen des Unionsgesetzgebers eine vertragliche Beziehung zum Veräusserer nicht unter allen Umständen erforderlich ist, damit den Arbeitnehmern der durch die Richtlinie gewährte Schutz zu Gute kommen kann.

Drittens setze die Definition des Übergangs in Art. 1 Abs. 1 Bst. b der Richtlinie einen Wechsel der juris-

tischen oder natürlichen Person voraus, die für die wirtschaftliche Tätigkeit der übertragenen Einheit verantwortlich ist und die in dieser Eigenschaft als Arbeitgeberin Arbeitsverhältnisse mit Arbeitnehmern dieser Einheit begründe, ungeachtet, ob vertragliche Beziehungen mit diesen Arbeitnehmern bestehen oder nicht. Als Veräusserer komme daher nicht automatisch nur die Arbeitgebergesellschaft in Frage, sondern auch und vor allem die Einsatzgesellschaft.

Letzteres werde auch bestätigt durch den Sinn und Zweck der Richtlinie 2001/23/EG, den Arbeitnehmer bei einem «Inhaberwechsel» zu schützen. Der Begriff des Inhaberwechsels könne in einem Kontext wie dem vorliegenden die Einsatzgesellschaft bezeichnen, die für die Durchführung des Arbeitsverhältnisses verantwortlich ist.

Der EuGH zieht daraus den folgenden Schluss:

*«Wenn in einem Konzern zwei Arbeitgeber nebeneinander bestehen, von denen der eine vertragliche Beziehungen und der andere nichtvertragliche Beziehungen zu den Arbeitnehmern dieses Konzerns unterhält, kann als «Veräusserer» im Sinne der Richtlinie 2001/23/EG auch der Arbeitgeber betrachtet werden, der für die wirtschaftliche Tätigkeit der übertragenen Einheit verantwortlich ist und der in dieser Eigenschaft Arbeitsverhältnisse mit den Arbeitnehmern dieser Einheit begründet, und zwar auch bei Fehlen vertraglicher Beziehungen zu diesen Arbeitnehmern.»*

Mit anderen Worten kann nach Ansicht des EuGH nicht nur die Arbeitgebergesellschaft, sondern auch die Einsatzgesellschaft Betriebsveräusserer im Sinne der Richtlinie 2001/23/EG sein, weshalb der Betriebsübergang auch die Arbeitnehmer erfasst, die nicht von der Einsatzgesellschaft angestellt, jedoch dauerhaft bei ihr beschäftigt sind.

## III. Bedeutung des EuGH-Urteils für das Schweizer Recht

### 1. Pflicht zur Berücksichtigung der EuGH-Rechtsprechung

Im Schweizer Recht sind die individualarbeitsrechtlichen Auswirkungen einer Betriebsübertragung in Art. 333 f. OR geregelt. Es handelt sich dabei um

einen autonomen Nachvollzug der Richtlinie 77/187 des EWG-Rates vom 14. Februar 1977, die in der Folge in der Richtlinie 2001/23/EG kodifiziert wurde. Es war die erklärte Absicht des schweizerischen Gesetzgebers, mit den Art. 333 f. OR das schweizerische Arbeitsrecht in diesem Punkt möglichst europakompatibel auszugestalten. In Lehre und Rechtsprechung ist daher anerkannt, dass für die Auslegung der Art. 333 f. OR auf die Rechtsprechung des EuGH zur Richtlinie 2001/23/EG zurückzugreifen ist. Demzufolge ist auch das vorliegende EuGH-Urteil für die hiesigen Verhältnisse zu beachten.

## 2. Europakonforme Auslegung von Art. 333 Abs. 1 OR

Art. 333 Abs. 1 OR lautet wie folgt:

*«Überträgt der Arbeitgeber den Betrieb oder einen Betriebsteil auf einen Dritten, so geht das Arbeitsverhältnis mit allen Rechten und Pflichten mit dem Tage der Betriebsnachfolge auf den Erwerber über, sofern der Arbeitnehmer den Übergang nicht ablehnt.»*

Der Wortlaut von Art. 333 Abs. 1 OR verlangt (auch in der französischen und italienischen Fassung) ausdrücklich eine Betriebsübertragung durch den Arbeitgeber («Überträgt der Arbeitgeber [...]»). Das Gesetz geht damit vom Regelfall aus, dass der Arbeitgeber mit dem Inhaber des Betriebs, in dem die Arbeitnehmer beschäftigt sind, identisch ist. Dieselbe Vorstellung liegt auch dem Mitwirkungsgesetz zugrunde. Dieses regelt die Informations- und Mitspracherechte der Arbeitnehmer in den Betrieben und die daraus ergebenden Pflichten des Arbeitgebers, wobei es nicht zwischen Betriebsinhaber und Arbeitgeber unterscheidet.

Soweit ersichtlich haben sich Lehre und Rechtsprechung in der Schweiz bislang aber nicht mit der Frage befasst, ob Art. 333 Abs. 1 OR auch anwendbar ist, wenn Arbeitgeber und Veräusserer des Betriebs, in den der Arbeitnehmer dauerhaft eingegliedert ist, nicht identisch sind. Auch die Materialien zu Art. 333 OR und zum Mitwirkungsgesetz enthalten diesbezüglich keine Hinweise.

Grundsätzlich muss gelten, dass mit «Arbeitgeber» in Art. 333 Abs. 1 OR der vertragliche Arbeitgeber gemeint ist, dass also Arbeitgeber und Betriebs-

veräusserer identisch sind. Andernfalls würden die arbeitsrechtlichen Folgen des Rechtsgeschäfts zwischen Veräusserer und Erwerber den Arbeitgeber treffen, der in dieses Rechtsgeschäft nicht involviert ist. Verträge zulasten Dritter sind dem Schweizer Vertragsrecht jedoch grundsätzlich fremd.

In Konzernverhältnissen gibt es jedoch überzeugende sachliche Argumente dafür, Art. 333 Abs. 1 OR über den eigentlichen Wortlaut hinaus zu interpretieren. Auszugehen ist vom Regelungsziel von Art. 333 Abs. 1 OR, das darin besteht, zum Schutz der Arbeitnehmer die Kontinuität der Arbeitsverhältnisse sicherzustellen, die im Rahmen einer wirtschaftlichen Einheit (Betrieb oder Betriebsteil) bestehen, wenn über den betreffenden Betrieb oder Betriebsteil rechtsgeschäftlich verfügt wird.

Den Arbeitnehmern wird dieser Schutz durch ihre Zugehörigkeit zur wirtschaftlichen Einheit vermittelt. Für diese Zugehörigkeit kann das formelle Kriterium, welche Konzerngesellschaft als vertragliche Arbeitgeberin auftritt, nicht entscheidend sein. Massgebend ist vielmehr, dass ein Arbeitnehmer, der nicht für die Arbeitgebergesellschaft, sondern dauerhaft für die Einsatzgesellschaft arbeitet, in die Struktur dieser Einsatzgesellschaft fest eingebunden ist. Die Einsatzgesellschaft profitiert vom Arbeitnehmer und seiner Erfahrung, die er in ihrem Betrieb fortlaufend erwirbt, wie wenn sie rechtlich seine Arbeitgeberin wäre. Der Arbeitnehmer steht also zu dieser Gesellschaft in einem faktischen Arbeitsverhältnis, das weitgehend mit dem vergleichbar ist, das bestünde, wenn er direkt von dieser Gesellschaft angestellt worden wäre.

Auf der anderen Seite sind Konzerngesellschaften untereinander nicht gänzlich unabhängig, sondern stehen begriffsnotwendig unter einer einheitlichen Leitung. Diese ist namentlich evident, wenn der Konzern so strukturiert ist, dass eine Konzerngesellschaft als zentraler Arbeitgeber fungiert, das Personal aber in den verschiedenen Betriebsgesellschaften beschäftigt wird. Unter diesen Umständen kann im Zusammenhang mit Art. 333 Abs. 1 OR nicht argumentiert werden, die Übertragung des Betriebs oder Betriebsteils der Einsatzgesellschaft betreffe einzig die Einsatzgesellschaft, die selbst über kein Personal verfügt. Hier hat vielmehr eine konzernweite Betrachtung Platz zu greifen: Infolge der einheitlichen Leitung sind sowohl die Einsatzgesellschaft als auch

die Arbeitgebergesellschaft als in die Transaktion involviert zu betrachten.

In dieser Konstellation sollte daher für die individualarbeitsrechtlichen Auswirkungen der Betriebsübertragung über die rechtliche Aufspaltung des Arbeitsverhältnisses zwischen Arbeitgeber- und Einsatzgesellschaft hinweggesehen werden. Entweder ist das Arbeitsverhältnis der Einsatzgesellschaft, die den Betrieb überträgt, zuzurechnen (womit diese dann Arbeitgeber im Sinne von Art. 333 Abs. 1 OR ist), oder aber die Übertragung des Betriebs durch die Einsatzgesellschaft wird der Arbeitgebergesellschaft zugerechnet (womit die rechtliche Arbeitgeberin indirekt einen ihrer Betriebe veräussert hat). So oder anders muss das Arbeitsverhältnis in Anwendung von Art. 333 Abs. 1 OR auf den Erwerber übergehen. Dieses Ergebnis entspricht dem referierten Urteil des EuGH.

Diese Auslegung von Art. 333 Abs. 1 OR drängt sich auch deshalb auf, weil andernfalls Konzerne mittels einer zentralen Arbeitgebergesellschaft die Anwendung von Art. 333 f. OR weitgehend unterlaufen könnten.

Zu betonen ist aber, dass die vorstehenden Ausführungen nur für Fälle gelten, in denen der Erwerber des Betriebs oder Betriebsteils nicht demselben Konzern angehört wie der Veräusserer. Bei konzerninternen Vorgängen besteht kein zwingender Grund, das Arbeitsverhältnis von der Arbeitgebergesellschaft im Konzern loszulösen und auf die erwerbende Konzerngesellschaft übergehen zu lassen. Art. 333 Abs. 1 OR ist auf solche Fälle nicht analog anzuwenden, weil davon ausgegangen werden kann, dass die Kontinuität der Arbeitsverhältnisse nicht gefährdet ist.

### 3. Keine Anwendung von Art. 333 Abs. 1 OR beim Personalverleih

Von der hier diskutierten Konstellation klar zu unterscheiden ist der Personalverleih. Dieser kommt zwar ebenfalls konzernintern vor. Kennzeichnend für ihn ist jedoch, dass der Leiharbeiter dem Einsatzbetrieb nur vorübergehend zur Verfügung gestellt wird. Zudem ist es typischerweise der Verleiher, der den Leiharbeiter aus seinem gesamten Personal im Hinblick auf seine Eignung auswählt, und nicht der Einsatzbetrieb. Der Leiharbeiter steht daher

nicht in einem vergleichbar festen Verhältnis zum Einsatzbetrieb, wie wenn er dort direkt angestellt wäre. Im Hinblick auf Art. 333 Abs. 1 OR sind Leiharbeiter deshalb nicht dem Einsatzbetrieb zuzuordnen, sondern dem Verleiher. Dies entspricht auch der Auffassung des EuGH im Urteil *Jouini et al.* (C-458/05). Eine Übertragung des Einsatzbetriebs hat deshalb generell keinen Übergang der Leiharbeitsverhältnisse auf den Erwerber zur Folge.

### 4. Informations- und Konsultationspflicht nach Art. 333a OR

Schliesslich stellt sich die Frage, wen in der hier diskutierten Konstellation die Informations- und Konsultationspflicht nach Art. 333a OR trifft. Der EuGH hatte diese Frage im referierten Entscheid nicht zu beantworten. Der Tatbestand von Art. 333a Abs. 1 OR ist mit demjenigen von Art. 333 Abs. 1 OR identisch («Überträgt ein Arbeitgeber den Betrieb oder einen Betriebsteil auf einen Dritten [...]»). Nach seinem Wortlaut ist er damit nicht erfüllt, wenn nicht die Arbeitgebergesellschaft, sondern die Einsatzgesellschaft den Betrieb überträgt. Dass in dieser Konstellation keine Informations- und Konsultationspflicht bestehen soll, befriedigt freilich nicht. Wie bei Art. 333 Abs. 1 OR ist auch hier von einer Gesetzeslücke im Sinne einer planwidrigen Unvollständigkeit auszugehen, die vom Gericht zu füllen ist. Aufgrund der engen Zusammengehörigkeit von Art. 333 Abs. 1 und Art. 333a Abs. 1 OR drängt es sich geradezu auf, diese Lücke in beiden Bestimmungen parallel zu schliessen, also entweder die Betriebsübertragung der Arbeitgebergesellschaft zuzurechnen oder die Arbeitsverhältnisse der Einsatzgesellschaft. Je nachdem ist die Arbeitgebergesellschaft oder die Einsatzgesellschaft informations- und konsultationspflichtig.

Welche Lösung den Vorzug verdient, hängt meines Erachtens von den konkreten Umständen im Konzern ab. Diese Frage erscheint aber eher theoretischer Natur, wenn man sich darüber einig ist, dass seitens der Arbeitnehmervertretung bzw. der Arbeitnehmer auch in dieser Konstellation ein Anspruch auf Information und gegebenenfalls Konsultation besteht. Die Konzernleitung wird in einem solchen Fall vorsichtigerweise unter Einschaltung beider Konzerngesellschaften dafür sorgen, dass die Mitwirkungsrechte der im betreffenden Betrieb beschäftigten Arbeit-

nehmer gewahrt werden, um nicht zu riskieren, dass von Seiten der Arbeitnehmer eine Handelsregister-sperre erwirkt und damit der Vollzug der Transaktion verhindert wird (s. Art. 28 Abs. 3, Art. 50 und 77 Abs. 2 FusG).

## 5. Fazit

Mit dem Urteil des EuGH in Sachen Albron Catering (Rs C-242/09) wurde eine wichtige Frage bei Konzernarbeitsverhältnissen geklärt. Der Entscheid überzeugt im Ergebnis. Dieses ist auch unter dem Schweizer Recht sachgerecht.

Wer einen Betrieb oder Betriebsteil einer Konzerngesellschaft erwirbt, muss damit rechnen, unter Umständen auch Arbeitnehmer übernehmen zu müssen, die rechtlich bei einer anderen Gesellschaft desselben Konzerns angestellt sind. Dem gilt es auch bei der Due Diligence Rechnung zu tragen, die sich nicht auf eine Prüfung der Arbeitsverträge der Zielgesellschaft beschränken darf. Abzuklären ist zusätzlich, ob in der Zielgesellschaft möglicherweise auch Arbeitnehmer tätig sind, die rechtlich bei einer anderen Konzerngesellschaft angestellt sind.