



EuropaInstitut

AN DER UNIVERSITÄT ZÜRICH

Assoziiertes Institut der Universität Zürich & Kooperationspartner der ETH Zürich
RECHT BERATUNG WEITERBILDUNG

Herausgeber:

Hans-Jakob Diem, Matthias Wolf

M&A unter geänderten Vorzeichen

26. Zürcher Konferenz Mergers & Acquisitions
Tagungsband 2023

M&A und Arbeitsrecht – aktuelle Entwicklungen

Anja Affolter Marino*

Inhalt

I.	Arbeitsrechtliche Aspekte in M&A-Transaktionen	218
II.	Übersicht aktueller gesetzgeberischer Entwicklungen mit arbeitsrechtlicher Relevanz	218
III.	Dealstruktur	221
1.	Ausgangslage	221
2.	Betriebsübergang (Asset Deal)	222
a)	„Betrieb“ oder „Betriebsteil“	222
b)	Übergang der Arbeitsverhältnisse	223
c)	Kündigungen bei Betriebsübergang	224
d)	Informations- und Konsultationspflichten	225
IV.	Due Diligence	226
1.	Typische Prüfungsschwerpunkte	227
a)	Themen rund um die Vergütung	227
aa)	Boni	227
bb)	Beteiligungspläne	228
b)	Konkurrenzverbote	229
c)	Sachverhalte betreffend Kündigungen	230
aa)	Alterskündigungen	230
bb)	Arbeitsplatzbezogene Arbeitsunfähigkeit	231
V.	Zwischen Signing und Closing	232
VI.	Post-Acquisition Integration	232
1.	Anpassung der Arbeitsbedingungen	233
a)	Vorgehensweise	233
aa)	Weisungsrecht	233
bb)	Einvernehmliche Vertragsänderung	234
cc)	Änderungskündigung	235
b)	Anpassung und Ablösung von Incentive Plans	236
2.	Änderungen bei der Vorsorgeeinrichtung	236
VII.	Schlussbemerkung	238
	Literaturverzeichnis	238

* Die Autorin dankt Herrn Dr. Matthias Oertle für den wertvollen Input bei der Vorbereitung und Erstellung des vorliegenden Beitrags.

I. Arbeitsrechtliche Aspekte in M&A-Transaktionen

Arbeitsrechtliche Aspekte spielen bei jeder M&A-Transaktion eine bedeutende Rolle. Obwohl jede Transaktion einzigartig ist und Tragweite sowie Arten der arbeitsrechtlichen Themen im Einzelfall variieren, sind die sich ergebenden Fragestellungen oft ähnlich. Eine detaillierte Analyse der arbeitsrechtlichen Rahmenbedingungen bereits zu einem frühen Zeitpunkt im Transaktionsprozess ist dabei zentral, da nicht zuletzt die Mitarbeitenden und das Management der Zielgesellschaft für den erfolgreichen Abschluss der M&A-Transaktion entscheidend sind.

Der vorliegende Beitrag beleuchtet ausgesuchte Schnittstellen zwischen M&A und Arbeitsrecht anhand der jüngeren Entwicklungen in Gesetzgebung und Rechtsprechung. Dabei werden die sich stellenden Fragen in den Kontext einer typischen privaten M&A-Transaktion gesetzt und folgende Phasen unterschieden:

- Vorbereitung und Strukturierung der Transaktion;
- Due Diligence;
- Phase zwischen Signing und Closing;
- Post-Acquisition Integration.

Der Hauptfokus des vorliegenden Beitrags liegt auf den zahlreichen arbeitsrechtlichen Themen der ersten zwei Phasen, d.h. der Strukturierung der Transaktion sowie der Due Diligence.

II. Übersicht aktueller gesetzgeberischer Entwicklungen mit arbeitsrechtlicher Relevanz

Der Begriff des Arbeitsrechts umfasst in der Schweizer Rechtspraxis weit mehr als die arbeitsvertraglichen Bestimmungen gemäss Art. 319 ff. OR sowie die öffentlich-rechtlichen Schutzvorschriften des Arbeitsgesetzes. Eng verwandt sind insbesondere die Rechtsgebiete des Ausländer- und Sozialversicherungsrechts sowie der beruflichen Vorsorge. Sodann finden sich arbeitsrechtliche Regelungen im weitesten Sinne auch in anderen Erlassen, so z.B. im Gleichstellungsgesetz, Datenschutzgesetz, SchKG und im Aktienrecht.

Das liberale Arbeitsrecht der Schweiz ist gegenüber politischen und gesetzgeberischen Strömungen weitgehend resistent und daher vergleichsweise selten Gegenstand von weitreichenden Revisionen. Dennoch haben sowohl im Bereich des „klassischen“ Arbeitsrechts als auch bei weiteren Erlassen mit ar-

beitsrechtlicher Relevanz in den letzten Jahren diverse nennenswerte Entwicklungen stattgefunden. Im Sinne einer (nicht abschliessenden) Übersicht sind diesbezüglich folgende Neuerungen zu erwähnen:

- **Neues Aktienrecht:** Mit dem Inkrafttreten des neuen Aktienrechts¹ am 1. Januar 2023 wurden die Bestimmungen betreffend Vergütungen in börsenkotierten Gesellschaften („Minder-Regeln“) von der Verordnung gegen übermässige Vergütungen bei börsenkotierten Aktiengesellschaften (VegüV) ins Obligationenrecht überführt. Obwohl dabei nach Widerstand in der Vernehmlassung auf weitreichende Verschärfungen verzichtet wurde und gemäss Botschaft beabsichtigt war, diese Überführung „weitgehend unverändert“² bzw. „VegüV-nahe“³ vorzunehmen, enthalten die neuen Bestimmungen der Art. 732 ff. OR vereinzelt Abweichungen im Vergleich zur VegüV.⁴
- **Neues Datenschutzgesetz:** Datenschutzrechtlichen Fragestellungen kommt im Arbeitsrecht zunehmend eine erhebliche Bedeutung zu, zumal Art. 328b OR ausdrücklich auf die Bestimmungen des Datenschutzgesetzes verweist. Das am 1. September 2023 in Kraft getretene neue DSG sowie die dazugehörigen Ausführungsverordnungen werden entsprechend in den arbeitsrechtlichen Alltag Eingang finden. Von besonderer Relevanz sind dabei die Klarstellungen in Bezug auf datenschutzrechtliche Auskunftsbegehren, indem Art. 26 Abs. 1 lit. c SG neu ausdrücklich festhält, dass offensichtlich unbegründeten oder querulatorischen Auskunftsbegehren nicht stattgegeben werden muss. Dies gilt insbesondere für Begehren, die einen datenschutzwidrigen Zweck verfolgen – so z.B. die Beweisausforschung im Hinblick auf einen möglichen Zivilprozess („*fishing expedition*“), was vom Bundesgericht bereits unter dem alten Recht als rechtsmissbräuchlich qualifiziert wurde.⁵
- **Multilaterales Sozialversicherungsabkommen:** Bei grenzüberschreitenden Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern stellt sich immer wieder die Frage nach der Zuständigkeit im Bereich der Sozialversicherungen. Die zunehmende Verbreitung von sog. Telearbeit („Home Office“), insbesondere während und auch nach der COVID-Pandemie, führt zu komplexen Abgrenzungsschwierigkeiten. Infolgedessen hat die Schweiz mit bestimmten EU-

¹ BG vom 19. Juni 2020 (Aktienrecht), AS 2020, 4005 ff.

² Botschaft des Bundesrates zur Änderung des Obligationenrechts vom 23. November 2026, BBl 2017, 399 ff., 402.

³ BBl 2017, 447.

⁴ So z.B. in Bezug auf Offenlegung von Tätigkeiten in anderen Unternehmen; vgl. Gericke et al., 338 und Fischer, 18.

⁵ Urteil des Bundesgerichts 4A_277/2020 vom 18. November 2020 E. 5.3 ff.

und EFTA-Staaten (namentlich Deutschland, Frankreich und Österreich) eine multilaterale Vereinbarung unterzeichnet,⁶ um die Regelung im Bereich der Versicherungsunterstellung zu erleichtern. Zusammengefasst sieht diese Vereinbarung vor, dass Personen, die im Sitzstaat des Arbeitgebers arbeiten, unter gewissen Voraussetzungen bis zu 50% grenzüberschreitende Telearbeit (maximal 49.9 % der Arbeitszeit) im Wohnsitzstaat leisten dürfen und die Zuständigkeit für die Sozialversicherungen im Staat des Arbeitgebersitzes verbleibt.⁷ Dies stellt eine erhebliche Erleichterung im Vergleich zu den ordentlichen Unterstellungsregeln im Verhältnis zu den EU/EFTA-Staaten dar, wonach Telearbeit im Grundsatz nur im Umfang bis zu 25% (d.h. maximal 24.9% der Arbeitszeit) geleistet werden darf, ohne dass es zu einer Auswirkung auf die Sozialversicherungen kommt.

- *Flexibilisierung bei Arbeits- und Ruhezeitbestimmungen:* Das Arbeitsgesetz enthält zahlreiche Bestimmungen betreffend Arbeits- und Ruhezeiten, welche den Anforderungen unserer zunehmend digitalisierten und globalisierten Gesellschaft entgegenstehen. Die Thematik ist oft Gegenstand politischer Kontroversen. Im Versuch, in diesem Bereich für eine gewisse (wenn auch eingeschränkte) Flexibilisierung zu sorgen, hat der Bundesrat per 1. Juli 2023 beschlossen, die entsprechenden Vorschriften für Betriebe der Informations- und Kommunikationstechnologie sowie für Dienstleistungsbetriebe in den Bereichen Wirtschaftsprüfung, Treuhand und Steuerberatung zu lockern. Diese Lockerungen sehen unter anderem eine begrenzte Erhöhung der täglichen Arbeitszeit (Art. 32b ArGV 2) sowie die Einführung einer Jahresarbeitszeit vor (Art. 34a ArGV 2). Andere Branchen, so z.B. Dienstleister im Bereich der Rechts- und Unternehmensberatung, profitieren jedoch nicht von dieser Lockerung.
- *Lohngleichheitsanalyse:* Seit der Revision des Gleichstellungsgesetzes per 1. Juli 2020 sind Arbeitgebende mit 100 oder mehr Mitarbeitenden verpflichtet, eine Lohngleichheitsanalyse durchzuführen und diese von einer unabhängigen Stelle überprüfen zu lassen. Auf seiner Website stellt das eidgenössische Büro für die Gleichstellung von Frau und Mann ein entsprechendes Analysetool zur Verfügung.⁸

⁶ Text der Vereinbarung sowie die Signatarstaaten sind abrufbar unter <<https://socialsecurity.belgium.be/en/internationally-active/cross-border-telework-eu-eea-and-switzerland>>.

⁷ Siehe Ausführungen des Bundesamtes für Sozialversicherungen BSV, abrufbar unter <<https://www.bsv.admin.ch/bsv/de/home/sozialversicherungen/int/grundlagen-und-abkommen/telearbeit.html>>.

⁸ Abrufbar unter <<https://www.ebg.admin.ch/de/lohngleichheit-analysieren-mit-logib>>.

- *Betreuungsurlaube*: Unter dem Titel der Verbesserung der Vereinbarkeit von Erwerbstätigkeit und Angehörigenbetreuung wurden per 1. Januar 2021 verschiedene neue Urlaubsformen für Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen eingeführt. Es handelt sich dabei um den Vaterschaftsurlaub (Art. 329g OR und Art. 16i ff. EOG) sowie den Urlaub für die Betreuung von Angehörigen bzw. gesundheitlich schwer beeinträchtigten Kindern (Art. 329h/329i OR sowie Art. 16n ff. EOG). Zusätzlich wurde per 1. Januar 2023 ein zweiwöchiger Adoptionsurlaub eingeführt (Art. 329j OR und Art. 16t EOG).

III. Dealstruktur

i. Ausgangslage

Zu Beginn jeder Transaktion stellt sich die zentrale Frage nach der Struktur: *Share Deal* (Aktienkauf), *Asset Deal* (Vermögensübertragung), Transaktionen nach Fusionsgesetz oder Kombinationen davon (z.B. beim *Carve-Out*).

Aus arbeitsrechtlicher Sicht sind die Auswirkungen des *Share Deals* am geringsten, da es auf Ebene der Zielgesellschaft formell nicht zu einer Änderung des Arbeitgebers kommt und die Arbeitsverhältnisse unverändert weiterbestehen. Dies gilt oft (wenn doch nicht immer) auch für die Anschlussverträge mit dem Anbieter der beruflichen Vorsorge.

Anders demgegenüber der *Asset Deal*. Dieser führt typischerweise zu einem Betriebsübergang nach Art. 333 ff. OR und somit zu einem automatischen Übergang der mit dem betreffenden Betrieb oder Betriebsteil verbundenen Arbeitsverhältnisse. In arbeitsrechtlicher Hinsicht sind die mit *Asset Deals* verbundenen Fragestellungen daher in der Regel komplexer, wie im Folgenden (siehe unten, [III.2](#) ff.) ausführlicher erläutert wird.

Die Bestimmungen des Betriebsübergangs finden infolge des Verweises in Art. 27 Abs. 1 FusG auch auf fusionsrechtliche Transaktionen Anwendung. Zu beachten ist dabei, dass das FusG hinsichtlich Arbeitnehmerschutz strengere Vorschriften aufstellt als diese im Rahmen des „ordentlichen“ Betriebsübergangsregime gemäss Art. 333 ff. OR vorgesehen sind.

Zu erwähnen ist sodann, dass Art. 333 Abs. 3 OR eine solidarische Haftung für Käufer und Verkäufer für Arbeitnehmerforderungen vorsieht, die vor Übergang fällig geworden sind und die nachher bis zum Zeitpunkt fällig werden, auf den das Arbeitsverhältnis hätte beendet werden können bzw. bei Ablehnung

des Überganges beendet wird. Eine abweichende Regelung in der Transaktionsvereinbarung – in der Regel mit Abgrenzung per Datum des Vollzugs – ist mit Wirkung zwischen Parteien zwar möglich; die gesetzliche Solidarhaftung ist im Aussenverhältnis jedoch zwingend und kann vertraglich nicht wegbedungen werden.

2. Betriebsübergang (*Asset Deal*)

a) „Betrieb“ oder „Betriebsteil“

Damit Art. 333 ff. OR zur Anwendung gelangen, ist es erforderlich, dass ein Arbeitgeber einen *Betrieb* oder einen *Betriebsteil* auf einen Dritten überträgt. Obwohl zentral und in Art. 333 Abs. 1 OR ausdrücklich erwähnt, gibt es für den Begriff des Betriebs bzw. Betriebsteils keine Legaldefinition. Das Bundesgericht hat jedoch in ständiger Rechtsprechung eine Definition erarbeitet, wonach als Betrieb eine auf Dauer gerichtete, in sich geschlossene organisatorische Leistungseinheit zu verstehen ist, welche selbständig am Wirtschaftsleben teilnimmt.⁹ Fehlt die wirtschaftliche Selbständigkeit, handelt es sich um einen Betriebsteil.¹⁰

Sodann hält die Rechtsprechung fest, dass ein Betriebsübergang dann vorliegt, wenn die Identität eines Betriebs(-teils) und namentlich dessen Organisation und Zweck gewahrt bleiben. Damit ist gemeint, dass dieselbe oder eine gleichartige wirtschaftliche Geschäftstätigkeit vom Erwerber weitergeführt oder wieder aufgenommen wird.¹¹ So hatte das Bundesgericht in jüngerer Zeit Gelegenheit, diese Rechtsprechung zu bestätigen und zu konkretisieren.¹² Es hielt fest, dass die Identität auch dann gegeben ist – und somit ein Betriebsübergang gemäss Art. 333 vorliegt – wenn in einer Bar nach deren Übernahme neu anstelle von brasilianischen Cocktails Wein und Tapas und zum Mittagessen eine Selektion an Speisen angeboten wird.¹³

An dieser Stelle erwähnt sei ferner die Diskussion in der Lehre, ob die Anwendbarkeit von Art. 333 ff. OR voraussetzt, dass zwischen altem und neuem Arbeitgeber eine eigentliche rechtliche Beziehung besteht. Das Bundesgericht hat dies in seiner Rechtsprechung verneint,¹⁴ was in der Lehre jedoch ver-

⁹ So z.B. BGE 129 III 335 E. 2.1 S. 336 f.

¹⁰ BGE 129 III 335 E. 2.1 S. 337; ferner BSK OR I-Portmann/Rudolph, Art. 333, N 3.

¹¹ Vgl. BGE 136 III 552 E. 2.1; siehe auch BSK OR I-Portmann/Rudolph, Art. 333, N 5.

¹² Urteil des Bundesgerichts 4A_350/2018 vom 25. Oktober 2018.

¹³ BGer 4A_350/2018 E. 4.1 ff.

¹⁴ BGE 137 III 487 E. 4.4 S. 493 und BGE 123 III 466 E. 3 S. 468.

schiedentlich stark kritisiert wurde.¹⁵ Angesichts dieses Auseinanderfallens von Lehre und Rechtsprechung und der daraus resultierenden Rechtsunsicherheit sind Parteien auch in einem weiteren M&A-Kontext und auch ohne eine direkte Rechtsbeziehung gut beraten, zu prüfen, ob eine Übertragung von Vermögenswerten einen Betriebsübergang darstellt und somit die Rechtsfolgen der Art. 333 ff. OR nach sich zieht.

b) *Übergang der Arbeitsverhältnisse*

Kommt es zu einem Betriebsübergang, so gehen gemäss Art. 333 Abs. 1 OR die Arbeitsverhältnisse am Tag des Übergangs mit allen Rechten und Pflichten auf den Erwerber über, sofern ein Arbeitnehmer bzw. eine Arbeitnehmerin dies nicht ablehnt. Falls auf ein übertragenes Arbeitsverhältnis ein Gesamtarbeitsvertrag (GAV) anwendbar ist, so muss dieser gemäss Art. 333 Abs. 1^{bis} OR vom Erwerber während eines Jahres nach Vollzug des Übergangs eingehalten werden, selbst wenn der Käufer selbst nicht Partei ist und vom Anwendungsbereich des GAVs nicht erfasst ist.¹⁶ Falls der entsprechende GAV schon vor Ablauf eines Jahres infolge Ablauf oder Kündigung endet, ist er auch für den Käufer nicht mehr verbindlich.

Unter Umständen ist ein automatischer Übergang aller zum Betrieb bzw. Betriebsteil gehörenden Mitarbeitenden („*in-scope employees*“) vom Verkäufer an den Erwerber von den Parteien (einschliesslich der betroffenen Personen selbst) nicht gewollt. So ergeben sich oft Situationen, in denen die Parteien wünschen, dass bestimmte Mitarbeitende die Abwicklung der Transaktion auf Seiten des Verkäufers betreuen und entsprechend nicht oder erst zu einem späteren Zeitpunkt übergehen sollen. Angesichts des Wortlauts von Art. 333 Abs. 1 OR stellt sich jedoch die Frage, ob die Parteien davon abweichende Vereinbarungen treffen können oder ob dies der Parteidisposition entzogen ist.

Das Bundesgericht hatte bereits Gelegenheit, sich zu dieser Frage zu äussern und verneinte die Zulässigkeit von abweichenden Vereinbarungen.¹⁷ Gemäss seiner Auffassung ist die Situation, dass ein Arbeitnehmer bzw. eine Arbeitnehmerin bei der bisherigen Arbeitgeberin verbleiben und nicht auf den Erwerber übergehen will, anders zu lösen als durch einen vertraglichen Konsens zwischen den Beteiligten. Vielmehr verlangt das Bundesgericht, dass ein Ar-

¹⁵ So z.B. Denzler, 70 ff.; von Kaenel/Streiff/Rudolph, Art. 333, N 5. Ebenso kritisch das Obergericht des Kantons Bern, Urteil vom 30. Oktober 2008, JAR 2009, 471.

¹⁶ Statt vieler BSK OR I-Portmann/Rudolph, Art. 333, N 18.

¹⁷ BGE 132 III 32 E. 4.2 ff. S. 38 ff. und BGer 4A_350/2018 E. 3, wo es heisst, „[u]ne convention dérogatoire ne peut être passée entre l'employeur qui transfère l'entreprise et celui qui la reprend; [...]“.

beitnehmer diesfalls den Übergang nicht ablehnen, aber anschliessend sogleich das Arbeitsverhältnis mit dem Erwerber auflösen und einen neuen Arbeitsvertrag mit dem Erwerber – dem bisherigen Arbeitgeber – abschliessen soll.¹⁸

Dieses Vorgehen scheint unnötig kompliziert und wenig praktikabel.¹⁹ Im Gegenteil können die Interessen der Parteien und insbesondere auch der Arbeitnehmer – deren Schutz letztlich die *ratio legi* von Art. 333 ff. OR bildet – im Vergleich zu einer im Dreiparteienverhältnis erarbeiteten Vertragslösung weniger gut gewahrt werden. Zu denken ist dabei an die Anrechnung von Dienstjahren, Auszahlung von Ferien- und/oder Überstundenguthaben und Aktivierung von Konkurrenzverboten. Entsprechend ist der vom Bundesgericht vorgeschlagene *modus operandi* in der Praxis wenig verbreitet, während Dreiparteienvereinbarungen (*Tri-Partite Agreements*) vergleichsweise häufig anzutreffen sind.²⁰

c) Kündigungen bei Betriebsübergang

Wie bereits erwähnt (vgl. oben, [III.2.b](#)) ist der Erwerber beim Betriebsübergang infolge des automatischen Übergangs der Arbeitsverhältnisse faktisch gezwungen, sämtliche Arbeitnehmenden des übernommenen Betriebs oder Betriebsteils zu beschäftigen. Soweit der bisherige Arbeitgeber finanziell stabil ist und sich in keinem Insolvenzverfahren befindet (vgl. Art. 333b OR), erlaubt das Gesetz kein sog. „cherry-picking“, d.h. die Übernahme nur von bestimmten Arbeitnehmenden. Nicht explizit adressiert wird in Art. 333 ff. OR jedoch die Frage, ob und unter welchen Umständen Kündigungen im Rahmen eines Betriebsübergangs zulässig sind, zumal dadurch letztlich die Wirkungen eines cherry-picking auf andere Weise erzielt werden könnten.

Auch zu dieser Frage besteht eine jüngere bundesgerichtliche Rechtsprechung.²¹ Demnach stellen betriebsübergangsbedingte Kündigungen nicht in jedem Fall eine Umgehung von Art. 333 Abs. 1 OR dar, namentlich dann nicht, wenn sie durch wirtschaftliche, technische, organisatorische oder leistungsbedingte Gründe gerechtfertigt sind.²² Eine Kündigung ist jedoch dann unzulässig, wenn sie einzig den Zweck hat, den Übergang des Arbeitsverhältnisses

¹⁸ BGE 132 III 32 E. 4.2.2.4 S. 41 und BGer 4A_350/2018 E. 3.

¹⁹ Gl. M. Suter-Sieber/Tuor-Mäder, 446 f.

²⁰ Vgl. zu weiteren Handlungsoptionen Suter-Sieber/Tuor-Mäder, 446 ff.

²¹ Hierzu der Leitentscheid BGE 136 III 552 E. 3 S. 555.

²² BGE 136 III 552 E 3 S. 558 und Urteil des Bundesgerichts 4A_56/2015 vom 3. Juni 2015 E. 3.3.

oder seine Folgen zu verhindern und somit eine Gesetzesumgehung darstellt.²³ Solche Kündigungen mit Umgehungsabsicht sind gemäss herrschender Lehre nichtig.²⁴

Obwohl die Rechtsprechung des Bundesgerichts Kündigungen im Rahmen eines Betriebsübergangs grundsätzlich zulässt, ist diesbezüglich in der Praxis angesichts der möglichen Nichtigkeitsfolgen Vorsicht geboten. Soweit beabsichtigt ist, während der Transaktionsphase ohne Umgehungsabsicht Entlassungen auszusprechen, ist jedenfalls zu empfehlen, die jeweiligen Gründe organisatorischer, technischer oder wirtschaftlicher Natur bestmöglich zu dokumentieren. Gleiches gilt bei Kündigungen infolge mangelnder Leistung; hier empfiehlt sich die angemessene Dokumentierung ohnehin auch mit Blick auf allfällige Entschädigungsforderungen wegen Missbräuchlichkeit, selbst wenn die Kündigung nicht mit Nichtigkeit behaftet ist.

d) Informations- und Konsultationspflichten

Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer haben das Recht, den Übergang ihres Arbeitsverhältnisses auf den Erwerber abzulehnen. Damit sie in der Lage sind, dieses Recht zweckgemäss wahrzunehmen, steht ihnen gestützt auf Art. 333a Abs. 1 OR ein entsprechendes Informationsrecht zu. Konkret ist die Arbeitnehmerschaft rechtzeitig vor dem Übergang über dessen Grund sowie die rechtlichen, wirtschaftlichen und sozialen Folgen zu informieren. Das Gesetz äussert sich nicht dazu, ob die Informationspflicht den bisherigen Arbeitgeber, d.h. den Veräusserer, oder den Erwerber trifft. In der Lehre besteht weitgehend Einigkeit, dass diese Pflicht durch den Verkäufer wahrzunehmen ist.²⁵ In der Praxis ist jedoch häufig zu beobachten, dass der Erwerber bei der Zusammenstellung der erforderlichen Informationen zumindest mitwirkt und oftmals in der Kommunikation gegenüber den Mitarbeitenden gemeinsam mit dem Veräusserer auftritt.

Soweit mit dem Übergang Massnahmen beabsichtigt sind, welche die Arbeitnehmerschaft betreffen, kommt gemäss Art. 333a Abs. 2 OR zur Informationszusätzlich eine Konsultationspflicht hinzu. Dabei stellt sich regelmässig die Frage, bei welchen Massnahmen eine solche Pflicht ausgelöst wird bzw. welche Intensität eine solche Massnahme aufweisen muss, um sich im Sinne des Gesetzeswortlauts auf die Arbeitnehmer auszuwirken. Eine abschliessende

²³ BGer 4A_56/2015 E. 3.3.

²⁴ Siehe Suter-Sieber/Tuor-Mäder, 451, welche die einschlägige Lehre und Rechtsprechung zusammenfassen, sowie SHK-Facincani/Sutter, Art. 333, N 82.

²⁵ Siehe von Kaenel/Streiff/Rudolph, Art. 333, N 3; BSK OR I-Portmann/Rudolph, Art. 333, N 2.

Aufzählung oder Kategorisierung hierzu gibt es nicht; der Begriff wird vielmehr weit ausgelegt.²⁶ Unbestritten ist, dass der Begriff der „Massnahmen“ Änderungen von wichtigen arbeitsvertraglichen Bedingungen umfasst, so z.B. Lohnreduktionen, Entlassungen oder Versetzungen.²⁷

Ist geplant, im Rahmen des Übergangs eine hohe Zahl an Entlassungen durchzuführen, kann es zu einer Massentlassung gemäss den Art. 335d ff. OR kommen. Demnach gelten als Massentlassungen Kündigungen, die in einem Betrieb innert 30 Tagen aus nicht personenbezogenen Gründen ausgesprochen werden, sofern dabei die im Gesetz genannten, von Betriebsgrösse und Anzahl beabsichtigter Entlassungen abhängigen Schwellenwerte überschritten werden. Für die Definition des Betriebs wird dabei auf denselben Betriebsbegriff abgestellt, der auch Art. 333 OR zugrundeliegt (siehe oben, [III.2.a](#)).²⁸

Zum Betriebsbegriff bei der Massentlassung und dessen Tragweite hat das Bundesgericht im Juli 2022 einen Leitentscheid erlassen.²⁹ So äusserte es sich dazu, ob der Begriff des Betriebs ausgeweitet werden muss, wenn Betriebe so nahe beieinander liegen, dass sie einen einzigen Betriebsort bilden – eine Frage, die bisher höchstrichterlich offengelassen und in der Lehre uneinheitlich beurteilt wurde.³⁰ Das Bundesgericht hielt fest, dass eine einzelne Poststelle (die eine Filiale ist) einen „Betrieb“ im Sinne von Art. 335d OR bildet. Entsprechend sind Entlassungen, die in geografisch nahe gelegenen Betrieben ausgesprochen werden, *getrennt* zu zählen.³¹ Mit anderen Worten kommen die gesetzlichen Schwellenwerte für jeden Betrieb (im Falles des genannten Entscheids Poststellen) einzeln zur Anwendung, und es findet keine Zusammenrechnung der jeweiligen Mitarbeiterbestände und Anzahl Kündigungen statt. Damit hat das Bundesgericht nun in dieser Frage Klarheit geschaffen.

IV. Due Diligence

Der Begriff der Due Diligence bezieht sich im Zusammenhang mit M&A-Transaktionen in erster Linie auf ein Verfahren, in dem die Zielgesellschaft durch die Gegenpartei in Bezug auf eine Vielzahl an Sachverhalten einer Prüfung unter-

²⁶ Vgl. Suter-Sieber/Tuor-Mäder, 452 und von Kaenel/Streiff/Rudolph, Art. 333, N 6 m.w.H.

²⁷ Statt vieler: von Kaenel/Streiff/Rudolph, Art. 333, N 6 m.w.H.

²⁸ Vgl. Facincani/Sutter, 1256 und BSK OR I-Portmann/Rudolph, Art. 333, N 5.

²⁹ BGE 149 III 98, Pra 2023 Nr. 16.

³⁰ BGE 149 III 98 E. 5.5 S. 103, Pra 2023 Nr. 16.

³¹ BGE 149 III 98 E. 5.6 S. 104, Pra 2023 Nr. 16.

zogen wird.³² Die Durchführung einer Due Diligence ist in der Praxis Standard und zu einem unverzichtbaren Bestandteil des M&A-Prozesses geworden.³³

Auch zu dieser Thematik wird nachfolgend ein Überblick über ausgesuchte Themen gegeben, welche bei der Durchführung einer arbeitsrechtlichen Due Diligence von Relevanz sind. Diese werden insbesondere anhand der jüngeren Entwicklungen in Gesetzgebung und Rechtsprechung erläutert.

i. Typische Prüfungsschwerpunkte

a) Themen rund um die Vergütung

Ein zentraler Aspekt aus arbeitsrechtlicher Sicht sind bei jeder Transaktion unabhängig von ihrer Struktur Fragen rund um die Vergütung der Mitarbeiter und insbesondere des Managements. Von Interesse sind dabei nebst Angaben zu Fixlöhnen und Lohnsumme insbesondere die variablen Vergütungselemente und deren rechtliche Einordnung.

aa) Boni

Wie im nicht-transaktionellen arbeitsrechtlichen Alltag stellt sich auch im Rahmen einer Due Diligence oft die Frage, ob ein Vergütungselement eine Gratifikation im Sinne von Art. 322d OR darstellt oder als variabler Lohnbestandteil (Art. 322 OR) zu qualifizieren ist. Bekanntlich enthält das Obligationenrecht keine Legaldefinition des Begriffs „Bonus“ – es verwendet ihn nicht einmal. In der Gerichtspraxis wurde hierzu jedoch eine reiche Rechtsprechung entwickelt, die auch zahlreiche bundesgerichtliche Urteile zu der Thematik umfasst.

So hat das Bundesgericht auch in jüngerer Zeit verschiedentlich seine Rechtsprechung zusammengefasst.³⁴ Es hat dabei einmal mehr die verschiedenen Arten aufgezählt, die rechtlich als Bonus qualifiziert werden können: (1) variabler Lohn, (2) Gratifikation, auf welche der Arbeitnehmer Anspruch hat (echte Gratifikation) und (3) Gratifikation, auf die er keinen Anspruch hat (unechte Gratifikation).³⁵ Ohne an dieser Stelle im Detail auf diese im Einzelfall vorzunehmende rechtliche Prüfung einzugehen, kann die Rechtsprechung wie folgt zusammengefasst werden:

³² Tschäni/Diem/Wolf, 17.

³³ Winkler, 125; Tschäni/Diem/Wolf, 26.

³⁴ So z.B. Urteile des Bundesgerichts 4A_169/2021 vom 18. Januar 2022, 4A_155/2019 vom 18. Dezember 2019, 4A_230/2019 vom 20. September 2019 und BGE 142 III 381.

³⁵ BGer 4A_169/2021 E. 3.1.

- Um variablen Lohn handelt es sich, wenn ein bestimmter oder aufgrund objektiver Kriterien bestimmbarer Bonus vereinbart ist.³⁶
- Eine Gratifikation tritt zum (Fix-)Lohn hinzu und hängt immer in einem gewissen Masse vom Willen des Arbeitgebers ab. Sie ist unbestimmt bzw. nicht objektiv bestimmbar, wobei dem Arbeitgeber ein Ermessen zusteht. Eine Gratifikation wird entsprechend ganz oder zumindest teilweise freiwillig ausgerichtet.³⁷ Wie erwähnt, unterscheiden Lehre und Rechtsprechung überdies zwischen echter und unechter Gratifikation. Dies ist für die Zwecke des vorliegenden Beitrags jedoch nicht weiter zu erörtern.

Wie obenstehend gezeigt, ist die Unterscheidung zwischen variablem Lohn und Gratifikation eine wichtige: Ersterer ist ohne Ermessensausübung geschuldet, während letztere grundsätzlich freiwillig ist. Im Rahmen der arbeitsrechtlichen Due Diligence Prüfung kommt dieser Fragestellung erhebliche Bedeutung zu, da der Käufer Klarheit darüber haben möchte, inwieweit er bei der Ausrichtung von Boni tatsächlich ein Ermessen hat.

bb) Beteiligungspläne

Ebenfalls ein wichtiger Bestandteil der Vergütungsstruktur eines Targets sind sog. „Incentive Plans“, d.h. Mitarbeiterbeteiligungsprogramme. Im Einzelnen kann deren Ausgestaltung stark variieren, wobei in der Regel zwischen kurzfristigen (*short-term*) und langfristigen (*long-term*) Plänen unterschieden wird. *Short-term incentive plans* sehen dabei in der Regel eine Barvergütung vor, während bei *long-term incentive plans* typischerweise Options- oder Anteilsrechte zugeteilt werden.

Gleich wie bei anderen Bonusansprüchen (mit oder ohne separatem Regelwerk) stellt sich bei Mitarbeiterbeteiligungsplänen die Frage nach deren rechtlicher Qualifikation. Diese ist insbesondere mit Blick auf allfällige Verfalls- oder Rückforderungsklauseln relevant, wie sie in solchen Plänen häufig anzutreffen sind. Auch hierzu hat das Bundesgericht vor wenigen Jahren Position bezogen.³⁸ Konkret bezog sich der Sachverhalt auf einen Mitarbeiter, dem unter einem *Share Plan* gesperrte Aktien zugeteilt wurden, die jedoch im Kündigungsfall verfielen (infolge einer sog. „*Bad Leaver*“ Bestimmung). Letzteres trat ein, nachdem die Arbeitgeberin den Mitarbeiter infolge Vertrauensverlusts entliess. Das Bundesgericht gelangte zum Schluss, dass es sich beim

³⁶ BGer 4A_169/2021 E. 3.1.2 und BGer 4A_155/2019 E. 3.1, jeweils m.w.H.

³⁷ BGer 4A_169/2021 E. 3.1.2 und BGer 4A_155/2019 E. 3.2, jeweils m.w.H.

³⁸ Urteil des Bundesgerichts 4A_78/2018 vom 10. Oktober 2018.

streitgegenständlichen *Share Plan* um eine freiwillige Gratifikation handelte, und schützte die Kündigung sowie den Verlust der gesperrten Aktien infolge des *Bad Leaver Status*.³⁹

Zusätzlich zur Frage der rechtlichen Einordnung kommt Mitarbeiterbeteiligungsplänen, welche die Zuteilung von Optionen oder Beteiligungsrechten vorsehen, grosse Bedeutung zu. Dies gilt insbesondere mit Blick auf die Zusammensetzung des Aktionariats der Zielgesellschaft sowie mögliche Auswirkungen der Transaktion auf die Rechte der Teilnehmer unter dem jeweiligen Plan. Davon hängt auch ab, ob und in welcher Form geltende Pläne vom Erwerber abzulösen sind (vgl. hierzu unten, [VI.1.a.bb](#)).

b) *Konkurrenzverbote*

Konkurrenzverbote („*non-compete covenants*“) sind bei fast jeder arbeitsrechtlichen Due Diligence Prüfung ein wichtiges Thema. In der Regel geht es dabei um die nachvertraglichen Konkurrenzverbote gemäss Art. 340 ff. OR und insbesondere deren Tragweite und Durchsetzbarkeit.

Für arbeitsrechtliche, nachvertragliche Konkurrenzverbote gelten sowohl formelle als auch materielle Restriktionen, da eine solche Abrede eine erhebliche Einschränkung des Arbeitnehmers in der Nutzung seiner Fähigkeiten darstellt.⁴⁰ In formeller Hinsicht bedarf ein Konkurrenzverbot zur Gültigkeit der Schriftform (Art. 340 Abs. 1 OR). Materiell ist erforderlich, dass der Arbeitnehmer Einblick in Kundenkreis oder Fabrikations- und Geschäftsgeheimnisse des Arbeitgebers erhielt und die Nutzung dieser Kenntnis schädlich sein könnte (Art. 340 Abs. 2 OR). Schliesslich ist ein Konkurrenzverbot hinsichtlich des zeitlichen, örtlichen und gegenständlichen Anwendungsbereichs so zu begrenzen, dass damit das wirtschaftliche Fortkommen des Arbeitnehmers nicht unbillig erschwert wird.

Zur zwingenden Begrenzung von Konkurrenzverboten hat das Bundesgericht vor wenigen Jahren einen Leitentscheid erlassen und seine Praxis zu den Formvorschriften verschärft.⁴¹ So hielt es fest, dass der nach Art. 340a OR zu begrenzende Umfang des Konkurrenzverbots ein objektiv wesentliches Element darstellt, welches vom Schriftformerfordernis umfasst ist.⁴² Das Bundesgericht präzisiert ferner, „dass unter geltendem Recht ein Konkurrenzverbot, dessen zeitlicher, örtlicher sowie gegenständlicher Umfang weder tatsäch-

³⁹ BGer 4A_78/2018 E. 5.2.

⁴⁰ Statt vieler: von Kaenel/Streiff/Rudolph, Art. 340, N 3.

⁴¹ BGE 145 III 365.

⁴² BGE 145 III 365 E. 3.5.1 S. 371.

lich bestimmt ist noch durch Auslegung nach dem Vertrauensprinzip ermittelt werden kann, ebenso wie ein gesamtheitlich unbegrenztes Verbot, von vornherein keine Wirkung entfaltet⁴³. Gemäss dieser verschärften bundesgerichtlichen Praxis sind somit Konkurrenzverbotsklauseln, die sich zu einem oder mehreren der Begrenzungsfaktoren nicht (schriftlich) äussern, unwirksam. Entsprechend ist der Entscheid sowohl in der allgemeinen Arbeitsrechtspraxis wie auch für die Beurteilung von Konkurrenzverboten im Rahmen einer arbeitsrechtlichen Due Diligence Prüfung von grosser Bedeutung.

c) *Sachverhalte betreffend Kündigungen*

Sowohl bei der Due Diligence wie auch im Hinblick auf die Phase nach dem Vollzug der Transaktion (siehe unten, [VI](#)) ist die Thematik der Kündigungen eine bedeutende. Dabei stellt sich oft die Frage, ob eine Kündigung als rechtsmissbräuchlich im Sinne von Art. 336 OR zu qualifizieren ist oder in einer der zeitlichen Sperrfristen von Art. 336c OR fällt. Dies ist insbesondere auch in Bezug auf allfällige arbeitsrechtliche Streitigkeiten (*pending litigation*) bei der Zielgesellschaft und der Berechnung von damit einhergehenden finanziellen und prozessualen Risiken für den Käufer relevant.

aa) *Alterskündigungen*

In diesem Zusammenhang häufig anzutreffen sind Konstellationen, welche unter den Begriff der sog. „Alterskündigungen“ subsumiert werden. Das Bundesgericht hat hierzu in den letzten Jahren eine restriktive Rechtsprechung entwickelt.⁴⁴ Konkret soll nach Auffassung des Bundesgerichts für Arbeitnehmer im fortgeschrittenen Alter und mit langer Dienstzeit eine erhöhte Fürsorgepflicht des Arbeitgebers gelten. Daraus leitete es ab, dass Arbeitnehmer vor einer Kündigung zu informieren und anzuhören seien und der Arbeitgeber nach alternativen Lösungen zu suchen habe.⁴⁵ Dieses Urteil ist in der Lehre auf Kritik gestossen.⁴⁶ Obwohl sich das Bundesgericht nicht im Einzelnen mit dieser Kritik auseinander gesetzt hat, hat es seine restriktive Praxis in einem kürzlich ergangenen Entscheid erheblich relativiert.⁴⁷ Darin hielt es fest, dass bei älteren Arbeitnehmenden zwar der Art und Weise der Kündigung besondere Beachtung zu schenken sei. Entgegen der „etwas apodikti-

⁴³ BGE 145 III 365 E. 3.5.1 S. 371.

⁴⁴ Basierend insbesondere auf BGE 132 III 115, konkretisiert im Urteil des Bundesgerichts 4A_384/2014 vom 12. November 2014.

⁴⁵ BGer 4A_384/2014 E. 4.2.2.

⁴⁶ Urteil des Bundesgerichts 4A_117/2023 vom 15. Mai 2023 E. 3.4.2.

⁴⁷ Urteil des Bundesgerichts 4A_44/2021 vom 2. Juni 2021.

schen Formulierung im betreffenden Urteil⁴⁸ bestimme sich jedoch der Umfang dieser Fürsorgepflicht im Vorfeld zu einer Kündigung „auch hinsichtlich dieser Arbeitnehmerkategorie einzelfallbezogen aufgrund einer Gesamtwürdigung der jeweiligen Umstände“⁴⁹. Diese Einschränkung der bisherigen restriktiven Rechtsprechung bezieht sich insbesondere auf leitende Mitarbeiter, für die das Anbieten einer möglichen anderweitigen Beschäftigung innerhalb des Betriebs in der Regel schwierig (wenn nicht unmöglich) ist.⁵⁰

bb) Arbeitsplatzbezogene Arbeitsunfähigkeit

Eine ebenfalls regelmässig anzutreffende Thematik im Zusammenhang mit Kündigungen ist diejenige der krankheits- oder unfallbedingten Arbeitsunfähigkeit und den entsprechenden Sperrfristen. Praxis und Rechtsprechung bieten diesbezüglich eine reiche Auswahl an Fallbeispielen. In den letzten Jahren vermehrt zu beobachten ist dabei die sog. arbeitsplatzbezogene Arbeitsunfähigkeit. Diese wird insbesondere dadurch charakterisiert, dass ein Arbeitnehmer zwar (nur) hinsichtlich seiner Arbeitsstelle arbeitsunfähig ist, im Übrigen aber normal einsatz- bzw. arbeitsfähig und namentlich auch in der Freizeit kaum oder nicht eingeschränkt ist. Eine arbeitsplatzbezogene Arbeitsunfähigkeit ist häufig auf Konflikte oder Mobbing am Arbeitsplatz zurückzuführen.⁵¹

Angesichts der Tatsache, dass ein Arbeitnehmer bei Vorliegen einer arbeitsplatzbezogenen Arbeitsunfähigkeit eben gerade nicht umfassend arbeitsunfähig ist, stellt sich die (kontrovers beurteilte) Frage,⁵² inwiefern die Sperrfristen von Art. 336c zur Anwendung gelangen sollen.⁵³ Das Bundesgericht hat sich zu dieser Frage bis anhin nicht geäussert. Auf kantonaler Ebene hingegen haben die Gerichte bei arbeitsplatzbezogener Arbeitsunfähigkeit den zeitlichen Kündigungsschutz, mehrheitlich verneint.⁵⁴ So hielt z.B. das Berner Obergericht fest, dass das Vorliegen einer Arbeitsunfähigkeit nur für die aktuelle Arbeits-

⁴⁸ BGer 4A_44/2021 E. 4.3.2.

⁴⁹ BGer 4A_44/2021 E. 4.3.2.

⁵⁰ BGer 4A_44/2021 E. 4.3.3 und 4.3.4.

⁵¹ Anstelle vieler: Rudolph/von Kaenel, 361; Merker/Wittwer, 1156.

⁵² Vgl. z.B. Merker/Wittwer, 1160 m.w.H.

⁵³ Demgegenüber scheint in Bezug auf die Lohnfortzahlung gemäss Art. 324a OR in der Lehre Einigkeit zu bestehen, dass diese auch bei arbeitsplatzbezogener Arbeitsunfähigkeit zu leisten ist; siehe von Kaenel/Streiff/Rudolph, Art. 324a/b, N 10.

⁵⁴ So jüngst Urteil des Obergerichts des Kantons Bern ZK 21 131 vom 26. November 2021 E. 16.1 = JAR 2022, 561, Urteil des Arbeitsgerichts Zürich ANI20013 vom 19. September 2014 und Urteil des Obergerichts Luzern 11 08 74 vom 24. November 2018 (LGVE 2008 Nr. 17).

stelle grundsätzlich keine Sperrwirkung auslöst, da diese die Suche und Annahme einer neuen Anstellung nicht verhindert.⁵⁵

V. Zwischen Signing und Closing

Die Phase nach Unterzeichnung des Transaktionsvertrages (*Signing*) bis zum Vollzug der Transaktion (*Closing*) ist in arbeitsrechtlicher Hinsicht von praktischen und operativen Fragestellungen geprägt. Unabhängig von der Transaktionsstruktur findet zwischen Signing und Closing typischerweise die Mitarbeiterkommunikation statt. Während dieser Phase ist es besonders wichtig, die wichtigsten Mitarbeiter bei der Stange zu halten oder an das Unternehmen binden zu können (*Key Employee Retention*), damit diese die Zielgesellschaft nicht kurz vor oder nach dem Closing verlassen.⁵⁶ Um dieses Risiko zu mindern, sehen Verkäufer häufig vor, dass bestimmten Mitarbeitern mit Schlüsselfunktionen Transaktionsprämien gewährt werden (sog. *Retention Bonus*).^{57,58}

Im Rahmen der weiteren Vorbereitung des Closings wird in der Regel bereits kurz nach dem Signing die Post-Acquisition Phase vorbereitet (siehe unten, [VI](#)). Hinzu kommen praktische Aufgaben, so z.B. das Einholen der nötigen Bewilligungen. Zu denken ist dabei z.B. an die Bewilligung für Nacht-, Sonntags- oder Schichtarbeit oder Arbeitsbewilligungen für wichtige Mitarbeiter ohne Schweizer Staatsbürgerschaft, die nach dem Closing rasch eingesetzt werden sollen. Darauf wird vorliegend jedoch nicht im Detail eingegangen.

VI. Post-Acquisition Integration

Auch nach dem Vollzug einer Transaktion geht der dazugehörige „*Employment Workstream*“ nicht einfach zu Ende. Vielmehr stellen sich in dieser Phase – unabhängig von der Transaktionsstruktur – diverse Fragen im Zusammenhang mit der Integration der Mitarbeiter der Zielgesellschaft bzw. des übernommenen Betriebs in die Organisation des Käufers. In rechtlicher Hinsicht umfasst diese Integration insbesondere eine allfällige Harmonisierung der Arbeitsbe-

⁵⁵ OGer BE ZK 21 131 E. 16.1 = JAR 2022, 561.

⁵⁶ Schenker, 307.

⁵⁷ Schenker, 340 f.

⁵⁸ Zu beachten ist, dass solche *Retention Boni* bei privaten M&A-Transaktionen auftreten. Soweit die *Minder-Bestimmungen* gemäss Art. 732 ff. OR zur Anwendung gelangen, ist die Zahlung derartiger Boni in der Regel nicht möglich, da M&A Prämien eine unzulässige Vergütung darstellen (Art. 735c Ziff. 6 OR).

dingungen sowie, wo nötig oder gewünscht, einen Wechsel des Anbieters der beruflichen Vorsorge.

i. Anpassung der Arbeitsbedingungen

Die Arbeitsverträge bleiben nach Abschluss einer M&A-Transaktion und unter neuer Eigentümerschaft einstweilen unverändert. Dies gilt insbesondere für den *Share Deal*, bei dem es zu keiner Änderung des Arbeitgebers kommt (siehe oben, III.1). Aber auch beim *Asset Deal*, der zu einem Wechsel aufseiten des Arbeitgebers führt, bleiben die Arbeitsbedingungen infolge automatischer Übernahme des Arbeitsverhältnisses grundsätzlich unverändert (siehe oben, III.2.b).⁵⁹ Oftmals besteht seitens des Käufers jedoch das Bedürfnis, die Arbeitsbedingungen zu ändern und mit den bestehenden Bedingungen und Regelwerken innerhalb der neuen Gruppe zu harmonisieren. Soweit es sich dabei um Anpassungen handelt, die ausschliesslich zu Gunsten der Arbeitnehmenden ausfallen, sind damit keine Schwierigkeiten verbunden; diese können jederzeit vorgenommen werden. Typischerweise handelt es sich aber um Änderungen, die sich auch zu Lasten des Personals auswirken.

a) Vorgehensweise

Ob und wie Vertragsanpassungen zu Lasten der Mitarbeiter möglich sind, hängt von verschiedenen Faktoren ab. Zu beachten ist dabei auch, dass Transaktionsverträge den Käufer oft verpflichten, im Sinne einer Bestandeswahrung die arbeitsvertraglichen Bedingungen des Mitarbeiterbestandes während einer gewissen Mindestdauer beizubehalten. Selbst wenn dem Käufer diesbezüglich keine Restriktionen auferlegt wurden, stehen ihm für die Anpassung der arbeitsvertraglichen Bedingungen grundsätzlich nur drei Optionen zur Verfügung:⁶⁰ (i) Anpassung mittels Ausübung des Weisungsrechts gemäss Art. 321d OR, (ii) Vertragsänderung im gegenseitigen Einvernehmen und (iii) Änderungskündigungen.

aa) Weisungsrecht

Die Durchsetzung von Änderungen im Rahmen des Weisungsrechts ist nur in einem engen Rahmen möglich. Sie findet ihre Grenzen nicht nur im zwingenden Gesetzesrecht, sondern auch in der Persönlichkeit des Arbeitnehmers (Art. 328 OR) sowie den vertraglichen Rahmenbedingungen (Einzelarbeits-

⁵⁹ Siehe auch Schenker, 316.

⁶⁰ Vgl. Rudolph, 2.

und allfälliger Gesamtarbeitsvertrag).⁶¹ Der Anwendungsbereich des Weisungsrechts ist somit in Bezug auf allfällige Vertragsanpassungen limitiert und nur punktuell relevant. Zu denken ist dabei an die Anordnung von Ferien⁶², Kompensation von Überstunden⁶³, Änderung der Vorgesetzten bzw. der Instruktionskette (*Reporting Line*) oder temporäre Zuweisung von anderen Arbeiten. Entsprechend beschränkt sich die Möglichkeit zur Anpassung von vertraglichen Bedingungen in Ausübung des Weisungsrecht weitgehend auf punktuelle, kurzfristige Anordnungen und nicht auf dauerhafte Änderungen.⁶⁴

bb) Einvernehmliche Vertragsänderung

Anders als bei der einseitigen Ausübung des Weisungsrechts ist es im Rahmen von *einvernehmlichen Vertragsanpassungen* möglich, sämtliche vertraglichen Abreden zu ändern. Selbstverständlich müssen auch hier zwingendes Gesetzesrecht sowie allfällige gesamtarbeitsrechtliche Vorgaben eingehalten werden. Ferner sind auch einvernehmlichen Vertragsänderungen zum Schutz der Arbeitnehmenden gewisse Grenzen gesetzt. So darf es auch bei einvernehmlichen Änderungen nicht dazu kommen, dass ein Arbeitnehmer auf bereits bestehende, ihm zustehende Forderungen verzichtet (Verzichtsverbot gemäss Art. 341 OR). Zu denken ist dabei insbesondere an bereits aufgelaufene Ferien- und Überstunden- bzw. Überzeitanprüche.⁶⁵

Vorsicht ist auch bei Änderungen geboten, welche die arbeitsrechtlichen Schutzbestimmungen tangieren. Insbesondere stellt sich die Frage, inwiefern die (restriktive) bundesgerichtliche Rechtsprechung zu Aufhebungsvereinbarungen analog Anwendung finden soll.⁶⁶ Demnach sind Aufhebungsverträge nur dann zulässig, wenn sie nicht zu einer klaren Umgehung des zwingenden gesetzlichen Kündigungsschutzes führen.⁶⁷ Bei restriktiver Interpretation dieser Aussage ergeben sich auch für einvernehmliche Vertragsanpassungen Rechtsunsicherheiten, zumal diese oft sofort oder zumindest kurzfristig Wirk-

⁶¹ Siehe auch Pärli, 11 f. und Rudolph, 4 m.w.H.

⁶² Was aber einer Vorankündigung bedarf; ausgegangen wird von einer Vorlaufzeit von mindestens drei Monaten, so anstatt vieler SHK-Prinz/Geel, Art. 329c, N 6.

⁶³ Wozu der Arbeitnehmer gemäss Art. 321c Abs. 2 OR seine Zustimmung geben muss (bereits im Arbeitsvertrag oder ansonsten separat).

⁶⁴ Zum Ganzen auch Rudolph, 5.

⁶⁵ Vgl. Pärli, 16.

⁶⁶ So z.B. Urteil des Bundesgerichts 4A_103/2010 vom 16. März 2010 E. 2.2; siehe auch BSK OR I-Portmann/Rudolph, Art. 335, N 28 und Pärli, 16.

⁶⁷ BGer 4A_103/2010 E. 2.2.

samkeit entfalten sollen. In der Lehre wurde die analoge Anwendung der genannten Rechtsprechung bisher zutreffenderweise weitgehend verneint.⁶⁸

In jedem Fall ist bei einvernehmlichen Vertragsanpassungen zu empfehlen, dass diese vollständig und übersichtlich schriftlich festgehalten werden. In der Regel erfolgt dies mittels einer kurzen Änderungsvereinbarung, in welcher die Gültigkeit und Anwendbarkeit des bisherigen Arbeitsvertrages unter Berücksichtigung der vereinbarten Änderungen bestätigt wird.⁶⁹ Selbstverständlich können die Parteien auch einen neuen Vertrag abschliessen; dies ist namentlich nach Betriebsübergängen infolge Art. 333 ff. OR sinnvoll, zumal es dort auch zu einem Wechsel des Arbeitgebers kommt. Zu beachten ist dabei, dass infolge eines Schriftlichkeitsvorbehalts im Ursprungsvertrag Änderungen oft der Schriftform bedürfen. Gemeint ist damit die Schriftlichkeit im Sinne von Art. 13 OR, was erfordert, dass die Parteien den Vertrag eigenhändig (*wet ink*) unterzeichnen. Die Verwendung von elektronischen anstelle eigenhändiger Unterschriften ist nur möglich, wenn es sich dabei um solche handelt, die gemäss Art. 14 Abs 2^{bis} OR sowie der Gesetzgebung als qualifizierte elektronische Signatur anerkannt ist.

cc) Änderungskündigung

Gelingt es dem Arbeitgeber nicht, sich mit den Arbeitnehmenden einvernehmlich über Vertragsänderungen zu einigen, verbleibt nur noch der Weg der Änderungskündigung.⁷⁰ Änderungskündigungen bezwecken primär nicht die Beendigung des Arbeitsverhältnisses, sondern dessen Umgestaltung.⁷¹ Sie sind nach Lehre und Rechtsprechung grundsätzlich zulässig, unterstehen jedoch verschiedenen Einschränkungen.⁷² So ist einerseits die ordentliche Kündigungsfrist einzuhalten.⁷³ Sodann ist aufgrund der Rechtsprechung des Bundesgericht erforderlich, dass für eine Änderungskündigung betriebliche oder marktbedingte Gründe bestehen, wobei bei Fehlen solcher Gründe nach Auffassung des Bundesgerichtes Missbräuchlichkeit vorliegt.⁷⁴

Zumindest die Betriebsnotwendigkeit dürfte bei Unternehmensübernahmen und in diesem Zusammenhang vorgenommenen Anpassungen zwecks Angleichung von Arbeitsbedingungen regelmässig gegeben sein. Zu beachten ist je-

⁶⁸ Siehe Pärli, 16; Rudolph, 10 m.w.H.; von Kaenel/Streiff/Rudolph, Art. 335, N 10.

⁶⁹ So auch Rudolph, 13.

⁷⁰ Vgl. Müller, 248; Rudolph, 20.

⁷¹ Vgl. z.B. SHK-Prinz/Geel, Art. 335, N 27 und Pärli, 17.

⁷² Rudolph, 20 m.w.H.

⁷³ Anstatt vieler: von Kaenel/Streiff/Rudolph, Art. 335, N 3.

⁷⁴ BGE 123 III 246 E. 3 S. 250.

doch, dass auch bei grundsätzlich zulässigen Änderungskündigungen Missbräuchlichkeit ein Thema sein kann und die Sperrfristen gemäss Art. 336c OR greifen. Gleichermassen können auch Änderungskündigungen bei Überschreiten der einschlägigen Schwellenwerte zu Massenentlassungen im Sinne von Art. 335d ff. OR führen und die anwendbaren Regeln zur Anwendung gelangen.⁷⁵

b) *Anpassung und Ablösung von Incentive Plans*

Eine Sonderthematik bei der Anpassung von arbeitsvertraglichen Elementen stellt die Ablösung bzw. Anpassung allfälliger Bonusprogramme (*Incentive Plans*) dar (vgl. oben, [IV.1.a\)bb](#)).⁷⁶ Solche Programme basieren in der Regel auf Parametern, die sich auf die Zielgesellschaft als Teil der Gruppe des bisherigen Arbeitgebers beziehen. Entsprechend können die an dem Plan beteiligten Arbeitnehmer nach dem Vollzug der Transaktion solche Zielvorgaben regelmässig nicht mehr erfüllen.⁷⁷ Sodann können die *Incentive Plans* des Käufers sowohl inhaltlich als auch strukturell stark von den bestehenden Plänen abweichen.⁷⁸ Es empfiehlt sich daher für beide Parteien, bereits zu einem frühen Zeitpunkt in der Transaktion zu prüfen, ob und in welchem Umfang Ansprüche aus den verschiedenen *Incentive Plans* harmonisiert werden können, oder ob es hierzu allenfalls alternativer Kompensationslösungen bedarf.⁷⁹ Bestimmungen hierzu finden sich oft im entsprechenden Transaktionsvertrag.⁸⁰

2. **Änderungen bei der Vorsorgeeinrichtung**

Zu erwähnen ist an dieser Stelle auch die Frage eines möglichen Übergangs von Vorsorgeguthaben bzw. Wechsel des Vorsorgeanbieters (Pensionskasse). Ob, wann und in welcher Form es zu Änderungen in dieser Hinsicht kommt, ist von den Umständen der individuellen Transaktion abhängig.

Bei *Share Deals* erfolgt bekanntlich formell keine Änderung des Arbeitgebers. Dies bedeutet oft (wenn auch nicht immer), dass es auch auf Ebene der Vorsorgelösung und des Anschlussvertrages der Zielgesellschaft zu keinen Änderungen kommt⁸¹ – vor allem dann, wenn die Vorsorge durch eine Sammelstiftung

⁷⁵ Siehe hierzu auch oben, [III.2.d](#)) und Rudolph, 24.

⁷⁶ Vgl. hierzu (insbesondere im Zusammenhang mit Betriebsübergängen) im Detail Wildhaber, 19.

⁷⁷ Vgl. Schenker, 342 und Wildhaber, 19 ff.

⁷⁸ Müller, 244.

⁷⁹ Müller, 244.

⁸⁰ Tschäni/Diem/Wolf, 176.

⁸¹ Stutz, 319.

wahrgenommen wird. Falls jedoch die Zielgesellschaft einer betrieblichen oder gruppenweiten Pensionskasse angeschlossen ist, ist auch bei einem *Share Deal* eine Neuausrichtung der Vorsorgelösung erforderlich.⁸²

Anders präsentiert sich die Ausgangslage bei *Asset Deals*, d.h. überall dort, wo die Regeln des Betriebsübergangs gemäss Art. 333 ff. OR zur Anwendung gelangen. Art. 333 OR bewirkt zwar einen automatischen Übergang der arbeitsvertraglichen Rechte und Pflichten auf die Käuferin, nicht aber denjenigen des Vorsorgeverhältnisses.⁸³ In der Regel werden die übernommenen Arbeitnehmenden dabei in die betriebliche Vorsorgelösung des neuen Arbeitgebers integriert.⁸⁴ Sowohl in dieser Hinsicht (einschliesslich zur Frage der Übernahme des Rentnerkollektivs) wie auch für die Übertragung bestehender Vorsorgeguthaben (Einzelübertragung, Teil- oder Gesamtliquidation) sind verschiedene Optionen denkbar oder unter Umständen zwingend. Die Fragestellung ist komplex und wird vorliegend nicht im Detail erörtert; an dieser Stelle sei jedoch auf zwei aktuelle Publikationen verwiesen, die sich ausführlich mit der Thematik und auch der hierzu bestehenden Rechtsprechung auseinandersetzen.⁸⁵

Abschliessend sei zu dieser Thematik jedoch noch auf einen bedeutenden bundesgerichtlichen Leitentscheid verwiesen.⁸⁶ Darin hielt das Bundesgericht ausdrücklich fest, dass das Mitspracherecht des Personals bei der Kündigung eines bestehenden Anschlussvertrages und Wiederanschluss an eine neue Vorsorgeeinrichtung nach Art. 11 Abs. 3^{bis}BVG die Zustimmung der Arbeitnehmervertretung bzw. der Gesamtheit der Arbeitnehmerschaft erfordert.⁸⁷ So ist es insbesondere nicht ausreichend, wenn allein das paritätisch zusammengesetzte Verwaltungsorgan über die Auflösung des Anschlussvertrags entscheidet. Fehlt die Einwilligung des Personals, so ist die Auflösung des bestehenden Anschlussverhältnisses ungültig.⁸⁸ Soweit es zu einem Wechsel der Vorsorgeeinrichtung kommt, sollten die Beteiligten diesem Zustimmungserfordernis – welches auch mit Informationspflichten einhergeht – bereits frühzeitig Aufmerksamkeit schenken und dies entsprechend in die Zeitplanung der Transaktion integrieren.

⁸² Hsu/Widmer, 378 f.

⁸³ Siehe Müller, 244 f. m.w.H. und Stutz, 319 f.

⁸⁴ Siehe Müller, 244 f. m.w.H. und Stutz, 319 f.

⁸⁵ Siehe Stutz und Hsu/Widmer.

⁸⁶ BGE 146 V 169.

⁸⁷ BGE 146 V 169 E. 4.3.3 S. 180 f.

⁸⁸ BGE 146 V 169 E. 4.4 S. 184.

VII. Schlussbemerkung

Zwischen M&A und Arbeitsrecht bestehen zahlreiche Schnittstellen, die den Ablauf einer Transaktion massgeblich beeinflussen können. Entsprechend kommt der sorgfältigen Prüfung arbeitsrechtlicher Aspekte im Rahmen der Vorbereitung und Durchführung eines M&A Deals eine grosse Bedeutung zu. Dabei geht es nicht nur darum, rechtliche und daraus resultierende finanzielle Risiken zu erkennen und einzuschätzen. Vielmehr vereinfacht eine umfassende arbeitsrechtliche Begleitung der Parteien den Transaktionsprozess und adressiert das Bedürfnis der Parteien nach einer reibungslosen Integration des Personalbestandes in den neuen Betrieb bzw. in die neue Gruppe.

Die Beurteilung arbeitsrechtlicher Sachverhalte ist stark vom Einzelfall abhängig. Es ist daher in der anwaltlichen Praxis zentral, mit der fortdauernden Entwicklung, insbesondere der Rechtsprechung, Schritt zu halten. Dies gilt namentlich auch für den transaktionellen Bereich. Die Arbeit an der Schnittstelle zwischen Arbeitsrecht und M&A erlaubt es den Beteiligten, am wirtschaftlichen Gestaltungsprozess der Transaktion teilzunehmen und gleichzeitig einen breiten Erfahrungsschatz aufzubauen. Der vorliegende Beitrag soll zu dieser Erfahrungsbildung beitragen.

Literaturverzeichnis

- Basler Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I (Art. 1-529 OR), in: Widmer Lüchinger Corinne/Oser David (Hrsg.), 7. A., Basel 2020 (zit. BSK OR I-Bearbeiter/in, Art. XX, N YY).
- Denzler Beat, Zur Tragweite von Art. 333 OR, recht 1998, 66 ff.
- Facincani Nicolas/Sutter Reto, Der Betriebsbegriff bei der Massenentlassung / Besprechung von BGer, 4A_531/2021, AJP 2022, 1253 ff.
- Fischer Damian A., Neues Aktienrecht – Read for Take-Off?, AJP 2023, 3 ff.
- Gericke Dieter et al., Neues Aktienrecht: Tour d'Horizon, GesKR 2020, 323 ff.
- Hsu Peter/Widmer Laura, Pension Plan Structuring in Merger & Acquisitions Transactions, GesKR 2020, 369 ff.
- Merker Michael/Simone Wittwer, Kündigung bei arbeitsplatzbezogener Arbeitsunfähigkeit, AJP 2020, 1156 ff.
- Müller Martin L., Sonderprobleme des Betriebsübergangs, ARV 2022, 237 ff.
- Pärli Kurt, Möglichkeiten und Schranken der Anpassung von Arbeitsbedingungen als Reaktion auf die Frankenstärke, Jusletter, 11. Mai 2015.
- Suter-Sieber Irène/Tuor-Mäder Nadine, Das Arbeitsverhältnis beim Betriebsübergang, Zum Spielraum für Anpassungen des Personalbestands und Vertragsänderungen bei Betriebsübergängen nach Art. 333 OR, AJP 2021, 441 ff.

- Rudolph Roger, Vertragsänderungen, in: von Kaenel Adrian (Hrsg.), Unternehmenssanierung und Arbeitsrecht, Zürich 2010, 1 ff.
- Rudolph Roger/von Kaenel Adrian, Arbeitsplatzbezogene Arbeitsunfähigkeit – Eine rechtliche Auslegeordnung zu einem um sich greifenden Phänomen, SJZ 2010, 361 ff.
- Tschäni Rudolf/Diem Hans-Jakob/Wolf Matthias, M&A-Transaktionen nach Schweizer Recht, 2. A., Zürich 2013.
- Schenker Urs, Manager und leitende Angestellte in privaten M&A Prozessen, in: Tschäni Rudolf (Hrsg.), Mergers & Acquisitions XVI, Zürich 2014, 301 ff.
- SHK – Stämpflis Handkommentar, Arbeitsvertrag, in: Etter Boris/Facincani Nicolas/Sutter Reto (Hrsg.), Bern 2021 (zit. SHK-Bearbeiter/in, Art. XX, N YY).
- Stutz Christoph, Personalvorsorge im Kontext von M&A Transaktionen, SZW 2023, 317 ff.
- von Kaenel Adrian/Streiff Ullin/Rudolph Roger, Der Arbeitsvertrag, 7. A., Zürich/Basel/Genf 2012.
- Wildhaber Isabelle S., Aktienoptionen und deren Verfallsklauseln bei Betriebsübergang, SZW 2008, 17 ff.
- Winkler Markus, Datenschutz bei M&A Transaktionen: Neue Betrachtungen zwischen DSGVO und Digitalisierung, GesKR 2018, 124 ff.