



Urteil vom 11. Januar 2018

Besetzung

Richterin Christine Ackermann (Vorsitz),
Richterin Kathrin Dietrich, Richter Jürg Steiger,
Gerichtsschreiber Benjamin Kohle.

Parteien

A. _____,
vertreten durch
Dr. iur. Fredi Hänni, Fürsprecher,
Beschwerdeführer,

gegen

Schweizerische Bundesbahnen SBB,
Recht & Compliance Human Resources,
Hilfikerstrasse 1, 3000 Bern 65 SBB,
Vorinstanz,

Gegenstand

Feststellungsverfügung betreffend rechtliche Verselbständi-
gung des (...).

Sachverhalt:**A.**

A._____, geb. am (...), arbeitete seit dem (...) mit einem Beschäftigungsgrad von 100 % als (...) in der Funktion eines (...) bei den Schweizerischen Bundesbahnen SBB (nachfolgend: SBB). Er war in dieser Funktion der Organisationseinheit (...) (nachfolgend: [...]) zugewiesen.

Per (...) reichte A._____ seinen vorzeitigen teilweisen Altersrücktritt ein und reduzierte seinen Beschäftigungsgrad auf 50 %.

B.

Im Jahr 2015 präsentierten die SBB den Organisationen des Personals (nachfolgend: Sozialpartner) eine Neuausrichtung des (Betriebsteil). Die Pläne sahen vor, anstelle des bisherigen (Betriebsteil) ein internes, personell stark verkleinertes Kompetenzzentrum für medizinische Dienstleistungen zu schaffen. Dieses würde sich auf die fachliche Führung, den Dienstleistungseinkauf, die Qualitätssicherung sowie bestimmte Beratungsaufgaben konzentrieren und seine Dienstleistungen neu ausschliesslich den SBB zur Verfügung stellen. Im Übrigen, d.h. in Bezug auf die operative Leistungsbereitstellung, sollte der (Betriebsteil) auf einen externen Dritten übertragen und medizinische Dienstleistungen wie etwa die Beurteilung der Tauglichkeit zur Berufsausübung und (arbeits-)medizinische Abklärungen alsdann von diesem bezogen werden.

C.

Im Februar 2016 informierten die SBB die Mitarbeitenden des (Betriebsteil) direkt über die geplante Neuausrichtung, die Betriebsübertragung und den damit verbundenen Übergang der bestehenden Arbeitsverhältnisse auf einen externen Dritten, der voraussichtlich per (Datum) stattfinden werde.

Mit Schreiben vom 20. Mai 2016 ersuchte A._____ die SBB sinngemäss um Erlass einer Feststellungsverfügung, wonach das bestehende öffentlich-rechtliche Arbeitsverhältnis mit den SBB auch nach dem (Datum) fortbestehe. Die SBB teilten A._____ daraufhin mit Schreiben vom 15. Juli 2016 mit, dass eine definitive Entscheidung über die Neuausrichtung des (Betriebsteil) noch nicht getroffen sei und mithin ein schutzwürdiges Interesse am Erlass einer Feststellungsverfügung (noch) nicht auszumachen sei.

Mit Schreiben vom 8. August 2016 hielt A._____ an seinem Begehren um Erlass einer Feststellungsverfügung fest und erhob, nachdem die SBB diese nicht erlassen hatten, mit Schreiben vom 12. Dezember 2016 eine

Rechtsverzögerungsbeschwerde beim Bundesverwaltungsgericht. Das betreffende Beschwerdeverfahren wurde am 28. Februar 2017 als gegenstandslos geworden abgeschrieben, nachdem die SBB am 16. Januar 2017 die nachgesuchte Verfügung erlassen hatten (Abschreibungsbeschluss A-7683/2016 vom 28. Februar 2017).

Bereits zuvor, am 19. Dezember 2016, hatten die SBB den Mitarbeitenden des (Betriebsteil) gestützt auf einen Beschluss des Verwaltungsrates der SBB vom 14. Dezember 2016 mitgeteilt, dass der (Betriebsteil) per (Datum) an die X._____ AG (nachfolgend: X._____) übertragen werde.

D.

Mit erwähnter Feststellungsverfügung vom 16. Januar 2017 hielten die SBB fest, dass das Arbeitsverhältnis mit A._____ nicht bei den SBB verbleibe, sondern per (Datum) von Gesetzes wegen auf die X._____ übergehen und dabei in ein privatrechtliches Arbeitsverhältnis überführt werde. A._____ werde nach dem Betriebsübergang nicht mehr bei den SBB angestellt sein.

Die SBB stützten sich in ihrer Verfügung im Wesentlichen auf das Fusionsgesetz vom 3. Oktober 2003 (FusG, SR 221.301) und die Bestimmung von Art. 333 des Obligationenrechts (OR, SR 220), die im vorliegenden Fall sinngemäss zur Anwendung kämen. Die gesetzlichen Voraussetzungen für einen Übergang des (Betriebsteil) auf die X._____ seien erfüllt. Das Arbeitsverhältnis mit A._____ werde somit von Gesetzes wegen per (Datum) auf die X._____ übergehen, wobei die Bestimmungen des GAV der Vorinstanz vom 9. Dezember 2014 (nachfolgend: GAV SBB 2015) während eines Jahres fortgelten würden. Im Übrigen stünden die konkreten Anstellungsbedingungen noch nicht fest, weshalb auch noch nicht beurteilt werden könne, ob aufgrund des besonderen Vertrauensverhältnisses zwischen den öffentlichen-rechtlich Angestellten und den SBB über Art. 333 OR hinausgehende Ansprüche bestünden. Entsprechendes sei erst aufgrund eines individuellen Vergleichs der Anstellungsbedingungen möglich. Ebenso werde A._____ erst nach Vornahme eines solchen Vergleichs entscheiden können, ob er den Übergang seines Arbeitsverhältnisses auf die X._____ ablehne.

E.

Mit Schreiben vom 20. Februar 2017 liess A._____ (nachfolgend: Beschwerdeführer) gegen die Verfügung der SBB (nachfolgend: Vorinstanz) vom 16. Januar 2017 Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht führen.

Er beantragt, es sei die angefochtene Verfügung aufzuheben und die Vorinstanz zu verpflichten, das öffentlich-rechtliche Anstellungsverhältnis mit ihm über den (Datum) hinaus unbefristet fortzusetzen. Eventualiter wird unter Aufhebung der angefochtenen Verfügung eine entsprechende Feststellung durch das Bundesverwaltungsgericht verlangt.

In seiner Begründung macht der Beschwerdeführer sinngemäss geltend, dass das öffentlich-rechtliche Arbeitsverhältnis mit der Vorinstanz nicht von Gesetzes wegen auf die X._____ übergegangen sei. Er verweist hierzu im Wesentlichen auf den GAV SBB 2015, welcher im Fall von Reorganisationen und der Verselbständigung von Nebenbereichen verlange, dass betroffenen Mitarbeitenden eine zumutbare bzw. gleichwertige Stelle angeboten werde. Die entsprechenden Bestimmungen gingen den privatrechtlichen Bestimmungen zum Betriebsübergang vor und seien auf den vorliegenden Sachverhalt anzuwenden. Den Anforderungen gemäss dem GAV SBB 2015 werde jedoch nicht Rechnung getragen. So brächten die Anstellungsbedingungen der X._____ für ihn verschiedene Nachteile etwa im Bereich des Kündigungsschutzes, der beruflichen Vorsorge und weiterer Vergünstigungen sowie Ansprüche mit sich, weshalb selbst unter Berücksichtigung der von der Vorinstanz in Aussicht gestellten zusätzlichen Leistungen nicht von gleichwertigen Anstellungsbedingungen gesprochen werden könne. Die angefochtene Verfügung verletze somit den GAV SBB 2015, welcher für dessen ganze Geltungsdauer fortgelten müsse.

F.

Am 29. März 2017 unterzeichnete der Beschwerdeführer unter nachfolgendem Vorbehalt einen Arbeitsvertrag mit der X._____:

Vorbehalt: Ich halte ausdrücklich fest, dass sämtliche arbeitsvertraglichen Leistungen aus meinem bisherigen öffentlich-rechtlichen Arbeitsvertrag gemäss GAV SBB während der Dauer des GAV SBB zu gewährleisten sind. Zudem bleibt das Ergebnis des Beschwerdeverfahrens gegen die Feststellungsverfügung der SBB vom 16. Januar 2017 vorbehalten.

G.

Die Vorinstanz schliesst mit Vernehmlassung vom 24. April 2017 auf Abweisung der Beschwerde. Zur Begründung verweist sie auf die sinngemäss anwendbaren Bestimmungen des FusG und des OR, gemäss welchen das Arbeitsverhältnis auf die X._____ übergehen werde, wenn der Beschwerdeführer den Übergang nicht ablehne. Dem besonderen Vertrauensverhältnis, welches dem öffentlich-rechtlichen Arbeitsverhältnis mit der

Vorinstanz zu Grunde gelegen habe, werde mit verschiedenen Massnahmen und Leistungen Rechnung getragen. Der individuelle Vergleich der Anstellungsbedingungen zeige schliesslich, dass diese insgesamt gleichwertig bzw. sogar vorteilhafter seien. Die Vorinstanz beantragt in diesem Zusammenhang zum Beweis die Edition des zwischen dem Beschwerdeführer und der X._____ geschlossenen Arbeitsvertrages sowie der von den betroffenen Pensionskassen durchgeführten Vergleichsrechnungen im Bereich der beruflichen Vorsorge.

H.

Mit Verfügung vom 3. Mai 2017 nimmt das Bundesverwaltungsgericht antragsgemäss das Dossier A-7683/2016 zu den Akten des vorliegenden Beschwerdeverfahrens.

I.

Der Beschwerdeführer hält mit Schlussbemerkungen vom 28. Juni 2017 an seinen Rechtsbegehren und seinen Ausführungen gemäss der Beschwerdeschrift vom 20. Februar 2017 fest. Ergänzend weist er auf den Kündigungsschutz gemäss GAV SBB 2015 hin, der eine Auflösung des Arbeitsverhältnisses allein aus wirtschaftlichen Gründen nicht zulasse. Dieses Kündigungsschutzes gehe er jedenfalls nach Ablauf eines Jahres nach Betriebsübergang verlustig, weshalb keine gleichwertigen Anstellungsbedingungen vorliegen würden. Die Vorinstanz habe zwar verschiedene Leistungen zugesichert für den Fall, dass die X._____ das Arbeitsverhältnis mit dem Beschwerdeführer innerhalb von zwei Jahren nach Betriebsübergang aus wirtschaftlichen Gründen auflöse. Diese Zusicherung sei jedoch nicht formgültig im Rahmen einer gesamtarbeitsvertraglichen Regelung, sondern formlos erfolgt, weshalb fraglich sei, ob er sich dereinst darauf berufen können.

J.

Die Vorinstanz reicht mit Schreiben vom 30. August 2017 eine Stellungnahme ein, wobei sie im Wesentlichen auf die angefochtene Verfügung vom 16. Januar 2017 und ihre Vernehmlassung vom 24. April 2017 verweist. Ergänzend führt sie aus, dass der GAV SBB 2015 einer Auslagerung des (Betriebsteil) nicht entgegenstehe. Die im Rahmen des öffentlich-rechtlichen Anstellungsverhältnisses erworbenen wohlerworbenen Rechte, die so nicht in das privatrechtliche Arbeitsverhältnis übernommen werden könnten, würden während einer bestimmten Übergangszeit mit zusätzlichen Leistungen abgegolten. So seien verschiedene finanzielle Leistungen zugesichert worden für den Fall, dass die X._____ das Arbeitsverhältnis

aus wirtschaftlichen Gründen kündige. Die Vorinstanz habe sich individuellrechtlich zu diesen Leistungen verpflichtet.

K.

Mit Schreiben vom 13. September 2017 reicht der Beschwerdeführer eine weitere Stellungnahme ein und teilt u.a. mit, er habe per 1. August 2017 seinen Beschäftigungsgrad im gegenseitigen Einvernehmen mit der X. _____ auf 80 % erhöhen können.

L.

Auf die weiteren Ausführungen der Parteien und die bei den Akten liegenden Schriftstücke ist – soweit für den vorliegenden Entscheid relevant – im Rahmen der nachfolgenden Erwägungen einzugehen.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.

1.1 Gemäss Art. 15 Abs. 1 des Bundesgesetzes über die Schweizerischen Bundesbahnen (SBBG, SR 742.31) gelten die Bestimmungen des Bundespersonalgesetzes (BPG, SR 172.220.1) auch für das Personal der Vorinstanz. Demnach können Verfügungen des Arbeitgebers mit Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht angefochten werden (Art. 36 Abs. 1 BPG und Ziff. 183 GAV SBB 2015). Bei der Vorinstanz handelt es sich um eine Arbeitgeberin im Sinne des BPG und somit um eine zulässige Vorinstanz (Art. 3 Abs. 1 Bst. d BPG).

Der angefochtene Entscheid wurde gestützt auf Art. 34 Abs. 1 BPG sowie Ziff. 181 Abs. 1 GAV SBB 2015 und somit gestützt auf öffentliches Recht des Bundes erlassen. Er stellt eine Verfügung i.S.v. Art. 5 Abs. 1 Bst. b des Verwaltungsverfahrensgesetzes (VwVG, SR 172.021) und somit ein taugliches Anfechtungsobjekt dar (Art. 31 des Verwaltungsgerichtsgesetzes [VGG, SR 173.32]). Da zudem kein Ausnahmegrund i.S.v. Art. 32 VGG vorliegt, ist das Bundesverwaltungsgericht zur Beurteilung der vorliegenden Beschwerde sachlich wie funktional zuständig. Das Verfahren richtet sich nach dem VwVG, soweit das VGG und das Bundespersonalrecht nichts anderes bestimmen (Art. 37 VGG und Ziff. 181 Abs. 2 GAV SBB 2015).

1.2 Zur Beschwerde ist berechtigt, wer vor der Vorinstanz am Verfahren teilgenommen hat, durch die angefochtene Verfügung besonders berührt ist und ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung

hat (Art. 48 Abs. 1 VwVG). Der Beschwerdeführer hat sich am vorinstanzlichen Verfahren beteiligt. Er hat zudem ein aktuelles schutzwürdiges Interesse an der Feststellung, ob auch nach dem (Datum) ein öffentlich-rechtliches Arbeitsverhältnis mit der Vorinstanz besteht oder – so die Feststellung in der angefochtenen Verfügung – dieses per (Datum) von Gesetzes wegen auf die X._____ übergegangen ist. Der Beschwerdeführer ist durch die angefochtene Verfügung vom 16. Januar 2017 somit formell wie materiell beschwert und folglich als zur Beschwerdeerhebung berechtigt anzusehen.

1.3 Auf die im Übrigen frist- und formgerecht erhobene Beschwerde (Art. 50 Abs. 1 und Art. 52 Abs. 1 VwVG) ist demnach einzutreten.

2.

Dem Bundesverwaltungsgericht kommt grundsätzlich eine uneingeschränkte Überprüfungsbefugnis zu. Es überprüft die angefochtene Verfügung auf Rechtsverletzungen – einschliesslich der unrichtigen und unvollständigen Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts und von Rechtsfehlern bei der Ausübung von Ermessen – sowie auf Angemessenheit hin (Art. 49 VwVG); die Überprüfungsbefugnis des Bundesverwaltungsgerichts ergibt sich aus den Beschwerdegründen, welche das Gesetz zulässt. Es stellt dabei den rechtserheblichen Sachverhalt unter Vorbehalt der Mitwirkungspflicht der Parteien von Amtes wegen fest (Art. 12 und Art. 13 VwVG) und wendet das Recht grundsätzlich frei an, ohne an die Anträge oder die rechtlichen Begründungen der Parteien gebunden zu sein (Art. 62 Abs. 4 VwVG).

3.

Die Vorinstanz hat den (Betriebsteil) per (Datum) auf die X._____ übertragen. Streitig und daher vorliegend zu prüfen ist, ob das bestehende öffentlich-rechtliche Arbeitsverhältnis zwischen der Beschwerdeführerin und der Vorinstanz als Folge dessen ebenfalls und zwar von Gesetzes wegen auf die X._____ übergegangen ist. Im Hinblick darauf ist im Folgenden zunächst zu prüfen, welche gesetzlichen Bestimmungen auf die Übertragung des (Betriebsteil) und die zum Zeitpunkt der Übertragung bestehenden Arbeitsverhältnisse anwendbar sind (nachfolgend E. 4). In einem zweiten Schritt wird sodann zu prüfen sein, welche Rechtsfolgen die anwendbaren gesetzlichen Bestimmungen im Fall eines Betriebsübergangs für die bestehenden Arbeitsverhältnisse vorsehen und was sich daraus für das Arbeitsverhältnis zwischen dem Beschwerdeführer und der Vorinstanz ergibt (nachfolgend E. 5). Schliesslich ist auf die Rüge des Beschwerdeführers

einzugehen, wonach die Vorinstanz im Rahmen der Zusicherung von (zusätzlichen) Leistungen nicht formgerecht gehandelt habe (nachfolgend E. 6).

4.

4.1 Die Vorinstanz ist eine spezialgesetzliche öffentlich-rechtliche Aktiengesellschaft mit eigener Rechtspersönlichkeit (Art. 2 und Art. 25 SBBG; vgl. BGE 138 I 274 E. 1.4 f.). Sie erbringt als Kernaufgabe Dienstleistungen im öffentlichen Verkehr und ist nach betriebswirtschaftlichen Kriterien zu führen (Art. 3 Abs. 1 und Abs. 3 SBBG). Für die Vorinstanz gelten, soweit das SBBG keine abweichenden Bestimmungen vorsieht, sinngemäss die Vorschriften des OR sowie des FusG mit Ausnahme der Art. 99–101 FusG (Art. 22 Abs. 1 SBBG); die Vorinstanz soll soweit möglich in Anlehnung an die Aktiengesellschaft des OR organisiert werden (Botschaft vom 13. November 1996 zur Bahnreform, BBl 1997 I 909, 938, nachfolgend: Botschaft Bahnreform). Die dynamische Verweisung in Art. 22 Abs. 1 SBBG ändert jedoch nichts an der öffentlich-rechtlichen Prägung der Rechtsform der Vorinstanz (BGE 132 III 470 E. 3.3 und E. 4.1). Entsprechend ist das Personal grundsätzlich öffentlich-rechtlich angestellt (Art. 15 SBBG; Botschaft Bahnreform, BBl 1997 I 909, 945).

Der sinngemässe Verweis auf die Bestimmungen des FusG bedeutet, dass diese ihrem Sinn und Zweck und nicht ihrem Wortlaut nach auf die Vorinstanz anzuwenden sind (Urteil des BVGer B-2702/2011 vom 6. Dezember 2011 E. 4.2.3). Der Gesetzgeber hat damit die Möglichkeit für abweichende Lösungen geschaffen, wo dies aufgrund der Unterschiede zwischen privatrechtlichen Rechtsträgern und der Vorinstanz als öffentlich-rechtliche Aktiengesellschaft sachgerecht ist. Es ist mithin im Einzelfall zu prüfen, ob die konkreten Umstände und insbesondere verfassungsrechtliche Grundsätze eine von der Zivilrechtspraxis abweichende Anwendung der Bestimmungen des FusG verlangen. Deren Sinn und Zweck bleibt jedoch in jedem Fall massgeblich, soweit nicht das SBBG Abweichungen vorsieht (Art. 22 Abs. 1 SBBG; vgl. betreffend den sinngemässen Verweis in Art. 6 Abs. 2 BPG BGE 132 II 161 E. 3.1 sowie PETER HELBLING, in: Portmann/Uhlmann [Hrsg.], Bundespersonalgesetz [BPG], Handkommentar, 2013, Art. 6 Rz. 21–25; betreffend den sinngemässen Verweis in Art. 100 Abs. 1 FusG VOGEL et al., Kommentar zum FusG, 3. Aufl. 2017, Art. 100 FusG Rz. 1 mit Hinweisen und BEATRICE WAGNER PFEIFER, Zürcher Kommentar zum FusG, 2. Aufl. 2012, Art. 100 Rz. 3, 10 und 16). Mit der sinngemässen Anwendung der Bestimmungen des FusG im Rahmen einer verwaltungsrechtlichen Rechtsbeziehung werden diese zu ergänzenden bzw.

subsidiären Bestimmungen des öffentlichen Rechts des Bundes (vgl. BGE 132 II 161 E. 3.1 und HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. Aufl. 2016, Rz. 251 mit Hinweisen).

4.2 Die Vorinstanz hat den (Betriebsteil) nach eigenen Angaben im Rahmen einer Vermögensübertragung gemäss den Art. 69 ff. FusG per (Datum) auf die X._____ übertragen. Die bestehenden Arbeitsverhältnisse und damit auch jenes mit dem Beschwerdeführer wurden von der Vorinstanz nicht gekündigt. Für den Übergang der über den (Datum) hinaus fortbestehenden Arbeitsverhältnisse findet somit grundsätzlich Art. 333 OR sinngemäss Anwendung (Art. 76 Abs. 1 FusG i.V.m. Art. 22 Abs. 1 SBBG; vgl. auch den Verweis in Art. 6 Abs. 2 BPG; zudem Urteile des BGer 4A_56/2015 vom 3. Juni 2015 E. 3.3 und 4A_399/2013 vom 17. Februar 2014 E. 3, insbes. E. 3.2). Demnach geht das Arbeitsverhältnis mit allen Rechten und Pflichten mit dem Tage der Betriebsnachfolge auf den Erwerber über, sofern der Arbeitnehmer den Übergang nicht ablehnt (Art. 333 Abs. 1 OR).

Der Tatbestand der Übertragung eines Betriebsteils auf einen Dritten findet sich weder im BPG noch im GAV SBB 2015 (abweichend) geregelt. Gemäss Art. 6 Abs. 2 BPG gelten für das Arbeitsverhältnis sinngemäss die Bestimmungen des OR und somit auch Art. 333 OR, soweit das Bundespersonalrecht nichts Abweichendes bestimmt. Der GAV SBB 2015 enthält zwar Bestimmungen zur beruflichen Neuorientierung für Mitarbeitende, die ihre Stelle aufgrund von Reorganisations- und Rationalisierungsprojekten verlieren und auch die Folgen einer Verselbständigung von Nebengebieten auf bestehende Arbeitsverhältnisse sind geregelt (Ziff. 162 ff. GAV SBB 2015). Vorliegend geht die Stelle des Beschwerdeführers jedoch gerade nicht verloren, sondern besteht – bei einem anderen Arbeitgeber – fort (vgl. zum Grundsatz der Kontinuität des Arbeitsverhältnisses nachfolgend E. 5.2). Ebenso wenig liegt eine Verselbständigung des (Betriebsteil) vor. Die Bestimmungen über die Folgen einer Stellenaufhebung gemäss den Ziff. 162 ff. GAV SBB 2015 sind daher auf den vorliegenden Sachverhalt nicht anwendbar.

4.3 Als Zwischenergebnis ist festzuhalten, dass auf die Übertragung des (Betriebsteil) auf die X._____ per (Datum) und die zu diesem Zeitpunkt bestehenden Arbeitsverhältnisse das FusG und somit auch die Bestimmung von Art. 333 OR sinngemäss anwendbar sind (Art. 76 Abs. 1 FusG i.V.m. Art. 22 Abs. 1 SBBG).

5.

5.1 Als nächstes ist zu prüfen, welche rechtlichen Folgen sich aus der sinn-gemässen Anwendung der Bestimmung von Art. 333 OR auf das Arbeits-verhältnis zwischen dem Beschwerdeführer und der Vorinstanz ergeben.

5.2 Überträgt der Arbeitgeber wie vorliegend 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 Arbeit-nehmer den Übergang nicht ablehnt (Art. 333 Abs. 1 OR). Bei Ablehnung des Übergangs wird das Arbeitsverhältnis auf den Ablauf der gesetzlichen Kündigungsfrist aufgelöst, wobei der Erwerber des Betriebsteils und der Arbeitnehmer bis dahin zur Erfüllung des Vertrages verpflichtet sind (Art. 333 Abs. 2 OR). Ist auf das übertragene Arbeitsverhältnis ein GAV an-wendbar, so muss der Erwerber diesen gemäss Art. 333 Abs. 1^{bis} OR wäh-rend eines Jahres einhalten, sofern er nicht vorher abläuft oder infolge Kün-digung endet. Der bisherige Arbeitgeber und der Erwerber haften sodann solidarisch für die Forderungen aus dem Arbeitsverhältnis, 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 Arbeitnehmer been-digt wird (Art. 333 Abs. 3 OR).

Der Sinn und Zweck von Art. 333 OR besteht darin, die Interessen der be-troffenen Arbeitnehmer beim Betriebs(teil)übergang zu wahren. Die zum Zeitpunkt der Übertragung bestehenden Arbeitsverhältnisse gehen (aus diesem Grund) gemäss Art. 333 Abs. 1 OR von Gesetzes wegen auf den neuen Arbeitgeber über, sofern der Arbeitnehmer den Übergang nicht ab-lehnt. Der Erwerber, dem ein solches Recht auf Ablehnung nicht zusteht, unterliegt auf der anderen Seite einem Übernahmepflicht (BGE 136 III 552 E. 3.1; BGE 132 III 32 E. 4.2, insbes. E. 4.2.1; PORTMANN/RUDOLPH, in: Basler Kommentar zum Obligationenrecht, Bd. I, 6. Aufl. 2015, Art. 333 Rz. 13). Das Hauptanliegen ist somit die Sicherung der Kontinuität des Ar-beitsverhältnisses (Grundsatz der Kontinuität des Arbeitsverhältnisses; BGE 137 III 487 E. 4.5 mit Hinweisen auf die Rechtsprechung); die gesetz-liche Regelung beruht auf der Konzeption, dass ein Wechsel des Arbeitge-bers den Weiterbestand des Arbeitsverhältnisses grundsätzlich nicht be-rührt und so die Rechtsstellung des Arbeitnehmers unverändert bleibt (Bot-schaft vom 25. August 1967 zum Entwurf eines Bundesgesetzes über die Revision des Zehnten Titels und des zehnten Titels^{bis} des Obligationen-rechts [Der Arbeitsvertrag], BBl 1967 II 241, 371). Es geht insbesondere

darum, dem Arbeitnehmer die von der Dauer des Arbeitsverhältnisses abhängigen Rechte zu erhalten (BGE 137 V 463 E. 5.2; BGE 136 III 552 E. 3.1 mit Hinweisen auf die Rechtsprechung); die Vertragsdauer mit dem alten Arbeitgeber wird zur Vertragsdauer mit dem neuen Arbeitgeber hinzugezählt, wenn es um dienstaltersabhängige Ansprüche geht. Dieser Besitzstand kann dem Arbeitnehmer auch nicht dadurch genommen werden, dass der Erwerber mit dem Arbeitnehmer einen neuen Arbeitsvertrag abschliesst (BGE 137 III 487 E. 7.2; REHBINDER/STÖCKLI, Berner Kommentar zum Obligationenrecht, Der Arbeitsvertrag, Art. 331–355 und Art. 362–362 OR, 2014, Art. 333 Rz. 9; zum Ganzen auch: ADRIAN STAEHELIN, in: Zürcher Kommentar zum Obligationenrecht, Teilband V 2c, Der Arbeitsvertrag, 4. Aufl. 2014, Art. 333 Rz. 9; zur [einvernehmlichen] Änderung des bestehenden Arbeitsvertrages vgl. sodann JÜRGEN BRÜHWILER, Einzelarbeitsvertrag, Kommentar zu den Art. 319–343 OR, 3. Aufl. 2014, Art. 333 Rz. 1 und DEAN ANDREAS KRADOLFER, Der Betriebsübergang – Auswirkungen auf das Individualarbeitsverhältnis, 2008, S. 90, 190 f. und 207; vgl. ferner BGE 135 III 1 E. 2.4).

Die Art. 333 OR und Art. 76 Abs. 2 FusG enthalten sodann weitere Bestimmungen zum Schutz der Arbeitnehmer bei der Übertragung eines Betriebs(teils). Ist wie vorliegend auf das übertragene Arbeitsverhältnis ein GAV anwendbar, so bestimmt Art. 333 Abs. 1^{bis} OR (als Auffangtatbestand) grundsätzlich die (individualrechtliche) Weitergeltung von dessen normativen Bestimmungen und ordnet insoweit einen (zeitlich beschränkten) Verschlechterungsschutz für die betroffenen Arbeitnehmer an (Botschaft I vom 27. Mai 1992 über die Anpassung des Bundesrechts an das EWR-Recht [Zusatzbotschaft I zur EWR-Botschaft], BBl 1992 V 1, 397–402 i.V.m. der Botschaft vom 24. Februar 1993 über das Folgeprogramm nach der Ablehnung des EWR-Abkommens, BBl 1993 I 805, 880 f.; vgl. zu den teils unterschiedlichen Lehrmeinungen hinsichtlich des Geltungsbereichs und der Rechtsfolgen der Bestimmung von Art. 333 Abs. 1^{bis} OR: BAUMGARTNER/OERTLE, in: Basler Kommentar zum Fusionsgesetz, 2. Aufl. 2015, Vor Art. 27 Rz. 19–23, BRÜHWILER, a.a.O., Art. 333 Rz. 3, STREIFF/VON KÄNEL/RUDOLPH, Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319–362 OR, 7. Aufl. 2012, Art. 333 N 9 und KRADOLFER, a.a.O., S. 89, 193–200 und 208–212, je mit Hinweisen). Zudem tritt mit dem Übergang des Arbeitsverhältnisses in einem zeitlich beschränkten Umfang zwingend eine solidarische Haftung des alten Arbeitgebers und des Erwerbers für Forderungen aus dem Arbeitsverhältnis ein (Art. 333 Abs. 3 OR bzw. Art. 75 i.V.m. Art. 76 Abs. 2 FusG; vgl. BGE 137 III 487 E. 5.2; BGE 132 III 32 E. 6.2; BGE 129 III 335 E. 5.4.1 und E. 5.5.5; BAUMGARTNER/OERTLE, a.a.O., Vor

Art. 27 Rz. 41; KRADOLFER, a.a.O., S. 249–258; zum Verhältnis von Art. 333 Abs. 3 OR und Art. 76 Abs. 2 FusG vgl. PORTMANN/RUDOLPH, a.a.O., Art. 333 Rz. 55).

5.3 Der Beschwerdeführer hat den Übergang des Arbeitsverhältnisses nicht – auch nicht konkludent – abgelehnt (vgl. PORTMANN/RUDOLPH, a.a.O., Art. 333 Rz. 26; ferner BGE 137 V 463 E. 4.4). Als eine solche Ablehnung kann auch nicht der im Arbeitsvertrag mit der X._____ angebrachte Vorbehalt verstanden werden. Vielmehr arbeitet der Beschwerdeführer seit dem (Datum) für die X._____. Gemäss der in diesem Fall sinngemäss anwendbaren Bestimmung von Art. 333 Abs. 1 OR ist das Arbeitsverhältnis der Beschwerdeführerin von Gesetzes wegen per (Datum) auf die X._____ übergegangen.

Der Beschwerdeführer ist der Ansicht, dass mit dem Übergang des Arbeitsverhältnisses auf die X._____ den Besonderheiten des öffentlich-rechtlichen Anstellungsverhältnisses mit der Vorinstanz nicht hinreichend Rechnung getragen worden sei und er in verschiedener Hinsicht schlechter gestellt werde. Daraus sucht er abzuleiten, dass sein Arbeitsverhältnis nicht (von Gesetzes wegen) auf die X._____ übergegangen ist. Auf die Fragestellungen und Probleme, die sich im Zusammenhang mit dem Übergang eines Arbeitsverhältnisses von einem öffentlich-rechtlichen auf einen privatrechtlichen Arbeitgeber im Zuge eines Betriebs(teil)übergangs ergeben können, wird auch in der Literatur hingewiesen. Es wird im Wesentlichen die Ansicht vertreten, dass in einem solchen Fall das öffentlich-rechtliche in ein privatrechtliches Arbeitsverhältnis zu überführen sei, wobei allfälligen Besonderheiten des öffentlich-rechtlichen Anstellungsverhältnisses wie einem besonderen Vertrauensverhältnis oder wohlerworbenen Rechten gesondert – etwa durch Festlegung von Übergangsfristen – Rechnung zu tragen sei (vgl. PATRICK FREUDIGER, Anstalt oder Aktiengesellschaft? Zur Bedeutung der Rechtsform bei Ausgliederungen, 2016, S. 308–310 und 312–314; MATTHIAS KUSTER, in: Basler Kommentar zum Fusionsgesetz, 2. Aufl. 2015, Art. 100 Rz. 5d; WAGNER PFEIFER, a.a.O., Art. 100 Rz. 23; ISABELLE WILDHABER, Das Arbeitsrecht bei Umstrukturierungen, 2011, S. 127 f., 128, 133–136 und 216 f.; im Zusammenhang mit der Zusage finanzieller Leistungen in einem Arbeitsverhältnis vgl. Urteil des BGer 2A.303/2000 vom 15. Februar 2001 E. 2–6). Konkrete Lösungsansätze – auch zur Frage nach der inhaltlichen Ausgestaltung der neuen privatrechtlichen Arbeitsverträge – lassen sich der Literatur jedoch nicht entnehmen und auch das Bundesverwaltungs- und das Bundesgericht haben sich soweit ersichtlich bisher nicht zu der Frage geäußert, wie im Einzelfall

ein öffentlich-rechtliches Arbeitsverhältnis gemäss dem sinngemäss anwendbaren Art. 333 OR (inhaltlich) in ein privatrechtliches Arbeitsverhältnis zu überführen ist. Wie nachfolgend zu zeigen ist, muss diese Frage auch vorliegend nicht beurteilt werden.

Der Bestimmung von Art. 333 Abs. 1 OR liegt der Grundsatz der Kontinuität des Arbeitsverhältnisses zu Grunde: Das Arbeitsverhältnis geht mit dem Tode der Betriebs(teil)nachfolge von Gesetzes wegen auf den Erwerber über. Damit sollen der Übergang von Unternehmen erleichtert und gleichzeitig die Interessen der betroffenen Arbeitnehmer möglichst umfassend gewahrt werden (vgl. auch BGE 129 III 335 E. 5, insbes. E. 5.1). Der Grundsatz der Kontinuität des Arbeitsverhältnisses ist Kraft des Verweises in Art. 22 Abs. 1 SBBG auch auf den Übergang des (Betriebsteil) auf die X. _____ und somit auf das Arbeitsverhältnis des Beschwerdeführers anwendbar. Ein Grund, von dieser gesetzgeberischen Wertung – der sinngemässen Anwendung der Bestimmung von Art. 333 OR auch auf öffentlich-rechtliche Arbeitsverhältnisse – abzuweichen, ist nicht ersichtlich. Insbesondere wäre es nicht sachgerecht, die (einzelvertragliche) Gleichwertigkeit der Anstellungsbedingungen zur Voraussetzung für den Übergang des Arbeitsverhältnisses auf den Erwerber zu machen; die Rechtssicherheit beim Übergang von Betrieben bzw. Betriebsteilen, welche Art. 333 OR schafft, würde in diesem Fall erheblich beeinträchtigt. Das öffentlich-rechtliche Arbeitsverhältnis des Beschwerdeführers ist somit per (Datum) auf die X. _____ übergegangen und diese ist neue und alleinige privatrechtliche Arbeitgeberin (vgl. KRADOLFER, a.a.O., S. 87). Zum Schutz der Beschwerdeführerin gilt jedoch insbesondere der GAV SBB 2015 fort und haftet die Vorinstanz solidarisch für Forderungen aus dem Arbeitsverhältnis (vgl. Art. 333 Abs. 1^{bis} und Abs. 3 OR bzw. Art. 75 i.V.m. Art. 76 Abs. 2 FusG).

5.4 Zusammenfassend ist somit festzuhalten, dass das Arbeitsverhältnis des Beschwerdeführers gemäss der sinngemäss anwendbaren Bestimmung von Art. 333 Abs. 1 OR per (Datum) von der Vorinstanz auf die X. _____ übergegangen ist und zu der Vorinstanz folglich keine arbeitsvertragliche Beziehung mehr besteht. Soweit die Vorinstanz in ihrer Verfügung vom 16. Januar 2017 Entsprechendes festhielt, verletzte sie kein Bundesrecht.

6.

Der Beschwerdeführer rügt, die Vorinstanz habe verschiedene Leistungen im Zusammenhang mit dem Risiko, dass die X. _____ das Arbeitsverhältnis aus wirtschaftlichen Gründen kündige, nicht formgültig im Rahmen

einer gesamtarbeitsvertraglichen Regelung zugesichert. Die Gleichwertigkeit der Anstellungsbedingungen und damit zusammenhängend die Frage nach der Gültigkeit von Zusicherungen muss jedoch, wie vorstehend erwo-gen, im vorliegenden Verfahren nicht geprüft werden (vgl. vorstehend E. 5.3) und geht im Übrigen über den Streitgegenstand hinaus. Aus den-selben Gründen sind sowohl der Beweisantrag des Beschwerdeführers auf Parteibefragung als auch die Beweisanträge der Vorinstanz abzuweisen.

7.

Die Beschwerde erweist sich somit insgesamt als unbegründet und ist ab-zuweisen.

8.

Es bleibt über die Kosten- und Entschädigungsfolgen zu entscheiden.

Das Feststellungsbegehren des Beschwerdeführers knüpft am vormals be-stehenden öffentlich-rechtlichen Arbeitsverhältnis mit der Vorinstanz an. Es ist aus diesem Grund von einem Beschwerdeverfahren in einer personal-rechtlichen Angelegenheit auszugehen. Dieses Verfahren ist grundsätzlich kostenlos (Art. 34 Abs. 2 BPG). Davon ist vorliegend nicht abzuweichen, weshalb keine Verfahrenskosten zu erheben sind.

Der unterliegende Beschwerdeführerin und die Vorinstanz haben keinen Anspruch auf eine Parteientschädigung (Art. 64 Abs. 1 i.V.m. Art. 7 ff. des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]).

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

Die Beschwerde wird abgewiesen.

2.

Es werden keine Verfahrenskosten erhoben.

3.

Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.

4.

Dieses Urteil geht an:

- den Beschwerdeführer (Gerichtsurkunde)
- die Vorinstanz (Gerichtsurkunde)

Für die Rechtsmittelbelehrung wird auf die nächste Seite verwiesen.

Die vorsitzende Richterin:

Der Gerichtsschreiber:

Christine Ackermann

Benjamin Kohle

Rechtsmittelbelehrung:

Entscheide des Bundesverwaltungsgerichts auf dem Gebiet der öffentlich-rechtlichen Arbeitsverhältnisse können beim Bundesgericht angefochten werden, sofern es um eine vermögensrechtliche Angelegenheit geht, bei welcher der Streitwert mindestens Fr. 15'000.– beträgt oder bei der sich eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung stellt (vgl. Art. 85 Abs. 1 Bst. b und Abs. 2 BGG). Bei einer nicht vermögensrechtlichen Angelegenheit ist die Beschwerde nur zulässig, wenn sie die Gleichstellung der Geschlechter betrifft (vgl. Art. 83 Bst. g BGG). Steht die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten offen, kann sie innert 30 Tagen nach Eröffnung dieses Entscheids beim Bundesgericht, Schweizerhofquai 6, 6004 Luzern, erhoben werden (Art. 82 ff., 90 ff. und 100 BGG). Die Rechtschrift ist in einer Amtssprache abzufassen und hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift zu enthalten. Der angefochtene Entscheid und die Beweismittel sind, soweit sie die beschwerdeführende Partei in Händen hat, beizulegen (Art. 42 BGG).

Versand: