



Urteil vom 11. Januar 2018

Besetzung

Richter Christoph Bandli (Vorsitz),
Richterin Christine Ackermann,
Richter Maurizio Greppi,
Gerichtsschreiber Benjamin Kohle.

Parteien

A. _____,
vertreten durch die
Gewerkschaft des Verkehrspersonals (SEV),
Steinerstrasse 35, Postfach, 3000 Bern 6,
Beschwerdeführerin,

gegen

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

Gegenstand

Übergang des Arbeitsverhältnisses, Feststellungsverfügung.

Sachverhalt:**A.**

A._____, geb. am (...), arbeitete seit dem (...) in verschiedenen Funktionen bei den Schweizerischen Bundesbahnen SBB (nachfolgend: SBB) bzw. der Schweizerischen Bundesbahnen SBB Cargo AG. Am (...) ist sie als Mitarbeiterin (...) in den Organisationsbereich (...) (nachfolgend: [...]) der SBB übergetreten.

Seit dem (...) ist A._____ infolge Krankheit zu 100 % an ihrer Arbeitsleistung verhindert.

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.

Die Sozialpartner nahmen im Rahmen der Konsultation mit Schreiben vom 2. November 2015 Stellung zu der geplanten Neuausrichtung und beantragten aus verschiedenen Gründen, es sei darauf jedenfalls in der vorgesehenen Form – der Übertragung des (Betriebsteil) auf einen Dritten – zu verzichten. Mit Antwortschreiben vom 9. Dezember 2015 begründeten die SBB (erneut) die geplante Neuausrichtung und gaben Antwort auf verschiedene von den Sozialpartnern aufgeworfene Fragen.

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. Gestützt auf einen Beschluss des Verwaltungsrates der SBB vom 14. Dezember 2016 teilten die SBB den Mitarbeitenden des (Betriebsteil) sodann am 19. Dezember 2016 mit, dass der (Betriebsteil)

per (Datum) auf die X. _____ AG (nachfolgend: X. _____) übertragen werde.

Bereits mit Schreiben vom 20. Mai 2016 hatte A. _____ die SBB sinngemäss um Erlass einer Feststellungsverfügung ersucht, wonach das bestehende öffentlich-rechtliche Arbeitsverhältnis mit den SBB auch nach dem (Datum) fortbestehe. Mit Schreiben vom 28. März 2017 stellte sie erneut einen entsprechenden Antrag. Gleichentags unterzeichnete A. _____ 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 [Gesamtarbeitsvertrag] SBB 2015, insbesondere diejenigen zum «contrat social» und der separat vereinbarten Berufsinvalidität während der Dauer des GAV SBB 2015 und seinem Nachfolgevertrag vollumfänglich zu gewährleisten sind.

D.

Am 22. Mai 2017 erliessen die SBB die nachgesuchte Feststellungsverfügung. Sie hielten 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 und A. _____ habe den Übergang ihres Arbeitsverhältnisses auf die X. _____ nicht abgelehnt. Dem besonderen Vertrauensverhältnis, das dem öffentlich-rechtlichen Arbeitsverhältnis zu Grunde liege, sei zudem mit verschiedenen zusätzlichen Leistungen Rechnung getragen worden und die X. _____ habe den betroffenen Mitarbeitenden gleichwertige privatrechtliche Arbeitsverträge unterbreitet. 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.

E.

Mit Schreiben vom 20. Juni 2017 liess A. _____ (nachfolgend: Beschwerdeführerin) gegen die Verfügung der SBB (nachfolgend: Vorinstanz) vom 22. Mai 2017 Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht führen. Sie beantragt, es sei die angefochtene Verfügung aufzuheben und die Vorinstanz zu verpflichten, das öffentlich-rechtliche Arbeitsverhältnis mit ihr auch nach dem (Datum) unbefristet weiterzuführen. Entsprechendes sei während der Dauer des Beschwerdeverfahrens vorsorglich anzuordnen.

In ihrer Begründung verweist die Beschwerdeführerin im Wesentlichen auf den GAV SBB 2015, welcher im Fall von Reorganisationen und der Ver selbständigung von Nebenbereichen verlange, dass betroffenen Mitarbeitenden eine zumutbare bzw. gleichwertige Stelle angeboten werde. Dieses Erfordernis sei vorliegend nicht erfüllt. Die Anstellungsbedingungen der X. _____ brächten für sie verschiedene Nachteile etwa im Bereich des Kündigungsschutzes und der beruflichen Vorsorge mit sich, weshalb selbst unter Berücksichtigung der von der Vorinstanz in Aussicht gestellten zusätzlichen Massnahmen nicht von gleichwertigen Anstellungsbedingungen gesprochen werden könne. Die angefochtene Verfügung verletze somit den GAV SBB 2015. Die Vorinstanz habe sich ferner ungenügend mit ihren Vorbringen auseinandergesetzt und sie hinsichtlich der angebehrten Feststellungsverfügung wiederholt vertröstet. Damit sei ihr Anspruch auf rechtliches Gehör verletzt worden.

F.

Die Vorinstanz schliesst mit Vernehmlassung vom 25. August 2017 auf Abweisung der Beschwerde. Zur Begründung führt sie zusammenfassend aus, dass vor der Übertragung des (Betriebsteil) auf die X. _____ die Sozialpartner konsultiert worden seien und die angefochtene Verfügung hinreichend begründet sei. Sie verweist erneut auf die sinngemäss anwendbaren Bestimmungen des FusG und des OR, nach welchen das Arbeitsverhältnis mangels Ablehnung des Übergangs durch die Beschwerdeführerin von Gesetzes wegen auf die X. _____ übergegangen sei. Ein individueller Vergleich der Anstellungsbedingungen zeige schliesslich, dass diese insgesamt gleichwertig seien.

G.

Die Beschwerdeführerin hält mit Schlussbemerkungen vom 28. September 2017 an ihren Rechtsbegehren und an ihren Ausführungen gemäss der Beschwerdeschrift vom 20. Juni 2017 fest. Ergänzend macht sie geltend, der GAV SBB 2015 enthalte weitergehendere Schutzbestimmungen zu

Gunsten der Arbeitnehmenden als das FusG und das OR. Die Frage, welche Folgen die Übertragung des (Betriebsteil) auf die X. _____ für die bestehenden Arbeitsverhältnisse habe, sei daher nach dem GAV SBB 2015 und nicht gemäss den Bestimmungen des FusG und des OR zu beurteilen. Mangels Gleichwertigkeit der Anstellungsbedingungen sei ihr Arbeitsverhältnis nicht von Gesetzes wegen per (Datum) auf die X. _____ übergegangen.

H.

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 SBB. 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). Die Beschwerdeführerin hat sich am vorinstanzlichen Verfahren beteiligt. Sie hat zudem ein 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 (vgl. Urteil des BVerG A-5326/2015 vom 24. August 2016 E. 1.1). Die Beschwerdeführerin ist durch die angefochtene Verfügung vom 22. Mai 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 Bundesverwaltungsgericht 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. 5). 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 der Beschwerdeführerin und der Vorinstanz ergibt

(nachfolgend E. 6). Im Folgenden ist vorab auf die von der Beschwerdeführerin gerügte Gehörsverletzung einzugehen.

4.

Die Parteien haben im Verwaltungs- und verwaltungsgerichtlichen Verfahren Anspruch auf rechtliches Gehör (Art. 29 Abs. 2 BV und Art. 29 ff. VwVG). Dazu gehört, dass die Behörde ihren Entscheid in nachvollziehbarer Weise begründet, so dass er sachgerecht angefochten und von der Beschwerdeinstanz überprüft werden kann (Art. 35 Abs. 1 VwVG). Die Behörde darf sich dabei auf die für den Entscheid wesentlichen Punkte beschränken, muss jedoch zumindest kurz und unter Bezugnahme auf den konkret zu beurteilenden Sachverhalt die Überlegungen nennen, von denen sie sich hat leiten lassen und auf die sich ihr Entscheid stützt. Welchen Anforderungen eine Begründung zu genügen hat, ist im Einzelfall anhand der konkreten Umstände und der Interessen der Betroffenen festzulegen (Urteil des BVGer A-7981/2015 vom 21. März 2017 E. 3.4.2)

Aus der angefochtenen Verfügung ergeben sich die für den Entscheid wesentlichen Punkte. Die Vorinstanz hielt fest, dass das Arbeitsverhältnis mit der Beschwerdeführerin aufgrund der sinngemäss anwendbaren Bestimmung von Art. 333 OR von Gesetzes wegen auf die X. _____ übergegangen ist. Damit hat sie sinngemäss auch dargelegt, dass ihrer Ansicht nach für eine abweichende Anwendung des GAV SBB 2015 kein Raum besteht. Für die fachkundig vertretene Beschwerdeführerin war somit in hinreichendem Mass ersichtlich, auf welche Überlegungen die Vorinstanz ihren Entscheid stützt. Diese hat daher vorliegend ihre Begründungspflicht nicht verletzt.

5.

5.1 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. Sinn und Zweck der Bestimmungen bleiben 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).

5.2 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 der Beschwerdeführerin 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 sodann 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 Nebenbereichen auf bestehende Arbeitsverhältnisse sind geregelt (Ziff. 162 ff. GAV SBB 2015). Vorliegend geht die Stelle der Beschwerdeführerin jedoch gerade nicht verloren, sondern besteht – bei einem anderen Arbeitgeber – fort (vgl. zum Grundsatz der Kontinuität des Arbeitsverhältnisses nachfolgend E. 6.2). Die Bestimmungen über die Folgen einer Stellenaufhebung gemäss den Ziff. 162 ff. GAV SBB 2015 sind daher auf den vorliegenden Sachverhalt nicht anwendbar.

5.3 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).

6.

6.1 Als nächstes ist zu prüfen, welche rechtlichen Folgen sich aus der sinngemässen Anwendung der Bestimmung von Art. 333 OR auf das Arbeitsverhältnis zwischen der Beschwerdeführerin und der Vorinstanz ergeben.

6.2 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 Arbeitnehmer 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 anwendbar, so muss der Erwerber diesen gemäss Art. 333 Abs. 1^{bis} OR während eines Jahres einhalten, sofern er nicht vorher abläuft oder infolge Kündigung 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 beendet wird (Art. 333 Abs. 3 OR).

Der Sinn und Zweck von Art. 333 OR besteht darin, die Interessen der betroffenen 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 ablehnt. 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 Arbeitsverhältnisses (Grundsatz der Kontinuität des Arbeitsverhältnisses; BGE 137 III 487 E. 4.5 mit Hinweisen auf die Rechtsprechung); die gesetzliche Regelung beruht auf der Konzeption, dass ein Wechsel des Arbeitgebers den Weiterbestand des Arbeitsverhältnisses grundsätzlich nicht berührt und so die Rechtsstellung des Arbeitnehmers unverändert bleibt (Botschaft vom 25. August 1967 zum Entwurf eines Bundesgesetzes über die Revision des Zehnten Titels und des zehnten Titels^{bis} des Obligationenrechts [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. 361–362 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. 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).

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], BBI 1992 V 1, 397–402 i.V.m. der Botschaft vom 24. Februar 1993 über das Folgeprogramm nach der Ablehnung des EWR-Abkommens, BBI 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 KANENEL/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).

6.3 Die Beschwerdeführerin 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; aus der Beschwerdeschrift der Beschwerdeführerin ergibt sich, dass sie nicht ohne Anstellungsverhältnis dastehen wollte und aus diesem Grund – wenn auch unter Vorbehalt – den Arbeitsvertrag mit der X. _____ unterzeichnet hat. 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.

Die Beschwerdeführerin 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 sie in verschiedener Hinsicht schlechter gestellt werde. Daraus sucht sie abzuleiten, dass ihr 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 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 etwa einem besonderen Vertrauensverhältnis oder wohlerworbenen Rechten gesondert – etwa durch Festlegung von Übergangsfristen – Rechnung zu tragen sei (vgl. 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. 133–136 und S. 216 f.; im Zusammenhang mit der Zusicherung 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 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 Tage 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 der Beschwerdeführerin 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

schaft, würde in diesem Fall erheblich beeinträchtigt. Das öffentlich-rechtliche Arbeitsverhältnis der Beschwerdeführerin 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).

6.4 Zusammenfassend ist somit festzuhalten, dass das Arbeitsverhältnis der Beschwerdeführerin 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. Die angefochtene Verfügung verletzt somit kein Bundesrecht, weshalb die Beschwerde abzuweisen ist. Bei diesem Ergebnis erübrigt es sich, auf die angebehrte vorsorgliche Massnahme einzugehen.

7.

Es bleibt über die Kosten- und Entschädigungsfolgen zu entscheiden.

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

Die 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:

- die Beschwerdeführerin (Gerichtsurkunde)
- die Vorinstanz (Gerichtsurkunde)

Für die Rechtsmittelbelehrung wird auf die nächste Seite verwiesen.

Der vorsitzende Richter:

Der Gerichtsschreiber:

Christoph Bandli

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: