Arbeitsrecht
Droit du travail

Zeitschrift für Arbeitsrecht und Arbeitslosenversicherung
Revue de droit du travail et d'assurance-chômage

Herausgegeben von / Publié par

Prof. Dr. Wolfgang Portmann (Vorsitz/Présidence),
Prof. Dr. Gabriel Aubert, Prof. Dr. Jean-Philippe Dunand,
Dr. Adrian von Kaenel, Prof. Dr. Roland A. Müller,
Dir. Dr. Serge Gaillard

In Zusammenarbeit mit / En collaboration avec

SECO (Staatssekretariat für Wirtschaft /
Secrétariat d'Etat à l'économie)

ARV
DTA

3/2008

Das Thema/Doctrine
Die Weitergeltung des GAV bei Umstrukturierungen (asset deals, Fusionen, Spaltungen, Vermögungsübertragungen)

Gesetzgebung/Législation

Rechtsprechung/Jurisprudence
Urteilsbesprechungen/Commentaires d'arrêts
Urteilsauszüge/Extraits d'arrêts

Literatur/Bibliographie
Buchbesprechungen/Recensions
Hinweise auf Bücher und Beiträge/Livres et articles

Mitteilungen/Nouvelles
Aus Europa/Europe
Aus der ILO/OIT

Offizieller Teil des SECO/Partie officielle du SECO

Schulthess §

Impressum

Zeitschrift für Arbeitsrecht und Arbeitslosenversicherung / Revue de droit du travail et d'assurance-chômage
ISSN 1660-0339

Herausgeber / Editeurs
Prof. Dr. iur. Wolfgang Portmann (Vorsitz / Présidence), Ordinarius für Privat- und Arbeitsrecht an der Universität Zürich

Prof. Dr. iur. Gabriel Aubert, Professeur ordinaire au Département de droit du travail et de la sécurité sociale à l'Université de Genève, juge suppléant au Tribunal fédéral

Prof. Dr. iur. Jean-Philippe Dunand, Professeur ordinaire de droit romain, d'histoire du droit et du droit du travail à l'Université de Neuchâtel

Dr. iur. Adrian von Kaenel, Rechtsanwalt in Wetzikon, Lehrbeauftragter an der Universität Zürich

Prof. Dr. iur. Roland A. Müller, Titularprofessor für Obligationen-, Arbeits- und Sozialversicherungsrecht an der Universität Zürich, Rechtsanwalt und nebenamtlicher Richter am Arbeitsgericht Zürich, Mitglied der Geschäftsleitung beim Schweizerischen Arbeitgeberverband

Dir. Dr. oec. Serge Gaillard, Staatssekretariat für Wirtschaft (SECO), Bern, Direktion für Arbeit / Secrétariat d'Etat à l'économie (SECO), Berne, Direction du travail

Korrespondenzadressen / Adresses de correspondance
Prof. Dr. iur. Wolfgang Portmann, Universität Zürich, Rechtswissenschaftliche Fakultät, Rämistr. 74/16, CH-8001 Zürich, Tel. + 41 (0)44 634 21 80
lst.portmann@rwi.uzh.ch

Offizieller Teil des seco: Lic. iur. René Seewer, c/o seco, Effingerstrasse 31, CH-3003 Bern, Tel. +41 (0)31 322 29 49/
lic. iur. C. Alain Vuissoz, c/o SECO, Effingerstrasse 31, CH-3003 Bern, + 41 (0)31 322 28 66

Erscheinungsweise / Parution
4x jährlich im März, Juni, September und Dezember

Abonnementspreise / Prix de l'abonnement
Jahresabonnement: CHF 98.00
Jahresabonnement für Studierende: CHF 69.00

Einzelheft: CHF 25.00

Anzeigenverkauf und -Beratung:
Publicitas Publimag AG, Mürtschenstrasse 39, 8010 Zürich, Tel. 044 250 31 31, Fax 044 250 31 32

Verlag und Abonnementsverwaltung / Edition et administration
Schulthess Juristische Medien AG
Zwingliplatz 2, Postfach, CH-8022 Zürich,
Tel. 044 200 29 19, Fax 044 200 29 08
www.schulthess.com, zs.verlag@schulthess.com

Inhaltsübersicht / Sommaire

Das Thema / Doctrine 165

Die Weitergeltung des GAV bei Umstrukturierungen (asset deals, Fusionen, Spaltungen, Vermögensübertragungen) (Dr. iur. Isabelle Wildhaber) 165

Gesetzgebung / Législation 181

Rechtsprechung / Jurisprudence 191

Urteilsbesprechungen/Commentaires d'arrêts 191

Kurzkrankheit: Rechtsmissbrauch bei einer Berufung auf die Sperrfrist des Art. 336c OR?
(Dr. iur. Adrian von Kaenel) 191

Urteilsauszüge / Extraits d'arrêts 194

Literatur / Bibliographie 208

Buchbesprechungen / Recensions 208

Keller, Stefan: Der flexible Altersrücktritt im Bauhauptgewerbe 208

Hinweise auf Bücher und Beiträge / Livres et articles .. 210

Mitteilungen / Nouvelles 220

Aus Europa / Europe 220

Aus der ILO / OIT 222

Offizieller Teil des SECO / Partie officielle du SECO 224

Die Weitergeltung des GAV bei Umstrukturierungen (asset deals, Fusionen, Spaltungen, Vermögensübertragungen)

Dr. iur. Isabelle Wildhaber, LL.M.*

Der Beitrag befasst sich mit der Frage nach dem Schicksal von GAV bei asset deals, Fusionen, Spaltungen sowie Vermögensübertragungen. Dabei ist primär zu beachten, dass es sich bei Art. 333 Abs. 1bis OR (auch im Rahmen des Fusionsgesetzes) um eine Auffangregelung handelt, welche nicht zur Anwendung kommt, wenn der GAV bereits anderweitig normativ weitergilt. Als erstes muss deshalb die normative Weitergeltung des Verbands- oder Firmenvertrags nach den allgemeinen Regeln des Kollektivrechts geprüft werden. Scheidet eine solche aus, so gelten die normativen und gewisse indirekt-schuldrechtliche Bestimmungen für den Erwerber personenbezogen, statisch und individualrechtlich während eines Jahres weiter. Nach Ablauf des einen Jahres können individualrechtlich weitergeltende GAV-Normen nach der hier vertretenen Meinung einseitig ausser Kraft gesetzt werden.

Cette étude traite du devenir de la convention collective en cas de «asset deal», de fusion, de scission et de cession de patrimoine. L'article 333 al. 1bis CO constitue une disposition enveloppante (également dans le cadre de la loi sur les fusions) qui, toutefois, ne s'applique pas lorsque la convention collective, pour d'autres motifs, continue de déployer ses effets normatifs. Il faut donc examiner d'abord, selon les principes du droit collectif, si la convention collective de branche ou d'entreprise continue de s'appliquer. Dans la négative, l'acquéreur devra respecter les dispositions normatives et certaines dispositions indirectement constitutives d'obligations, à raison de la personne, sans discontinuité et individuellement, pendant une année. Après l'écoulement de cette année, à l'avis de l'auteur, ces normes peuvent être écartées unilatéralement.

Inhaltsübersicht

I. Einleitung
II. Wesentliches zum GAV
III. Anwendungsbereich der Bestimmung Art. 333 Abs. 1bis OR
IV. Weitergeltung von in GAV geregelten Rechten und Pflichten
  1. Das Verhältnis von kollektivrechtlicher und individualrechtlicher Weitergeltung – Art. 333 Abs. 1bis OR als Auffangregelung
  2. Kollektivrechtliche Weitergeltung von Rechten und Pflichten
    a) Kollektivrechtliche Weitergeltung des Verbandsvertrags
    b) Kollektivrechtliche Weitergeltung des Firmenvertrags
  3. Individualrechtliche Weitergeltung von Rechten und Pflichten
    a) Individualrechtliche Weitergeltung
    b) Personenbezogene Weitergeltung
    c) Beschränkung der Weitergeltung auf bestimmte Normen
    d) Statische Weitergeltung
    e) Änderungssperre für die Dauer eines Jahres – und was geschieht danach?
V. Tarifkonkurrenz
VI. Zusammenfassung

* Dieser Beitrag ist im Rahmen meiner vom *SNF* geförderten Forschung zum Projekt PA001-109004/3 an der HU Berlin entstanden. Herzlichen Dank an Herrn *Dr. Urs L. Baumgartner,* Partner bei Lenz & Staehelin, für seine konstruktiven Anregungen zu diesem Manuskript, sowie an *Stephanie Pfenninger,* Spiekermann Partners, für die graphische Hilfe.

I. Einleitung

Bei Umstrukturierungen sind Fragen nach der Weitergeltung von Gesamtarbeitsverträgen («GAV») immer wieder aktuell. Die Frage nach dem Schicksal bestehender GAV stellt sich sowohl im Zusammenhang mit einem Betriebsübergang gemäss Art. 333 OR ausserhalb des Fusionsgesetzes («FusG»), d.h. bei einem *asset deal*, wie auch bei Umstrukturierungen nach FusG. Die Weitergeltung von GAV-Normen bei Umstrukturierungen ist von hoher Bedeutung, weil Arbeitsbedingungen häufig kollektivrechtlich geregelt sind. Teilweise werden Umstrukturierungsmassnahmen nur deshalb ergriffen, um sich der GAV-Bindung zu entziehen[1]. Es ist demzufolge essenziell zu wissen, ob und für wie lange GAV-Normen nach einer Umstrukturierung weitergelten, und ob auf individualrechtlicher oder kollektivrechtlicher Ebene.

Sind bei einer Umstrukturierung die Tatbestandsvoraussetzungen des Betriebsübergangs gemäss Art. 333 OR erfüllt, so stellt sich die Frage nach der Anwendung von Art. 333 Abs. 1bis OR. Diese Bestimmung ordnet an, dass der Erwerber einen auf das übertragene Arbeitsverhältnis anwendbaren GAV während eines Jahres einhalten muss, sofern er nicht vorher abläuft oder infolge Kündigung endet. Sie wurde mit Wirkung per 1. Mai 1994 in Anlehnung an die europäische Betriebsübergangs-Richtlinie 77/187/EWG vom 14. Februar 1977 ins schweizerische Recht aufgenommen[2] und gibt Anlass zu zahlreichen Zweifelsfragen, welche von Roland A. Müller in einem grundlegenden Aufsatz anno 1996 erörtert worden sind[3].

Die Einführung des FusG hat nun zu neuen Konfusionen geführt. Der integrale Verweis auf Art. 333 OR in den Art. 27, 49 und 76 FusG umfasst auch Art. 333 Abs. 1bis OR. Bei Fusionen, Spaltungen und Vermögensübertragungen im Rahmen des FusG kann deshalb Art. 333 Abs. 1bis OR zur Anwendung kommen. Dieser Verweis im FusG auf Art. 333 Abs. 1bis OR ist in der Lehre teilweise als Versehen des Gesetzgebers bezeichnet worden[4]. In der Tat wird die Anwendung des Art. 333 Abs. 1bis OR durch das fusionsgesetzliche Prinzip der (partiellen) Universalsukzession noch weiter kompliziert. Das Ziel dieses Beitrages ist es deshalb, zur Klärung der Frage nach der Weitergeltung von GAV bei Umstrukturierungen beizutragen, indem klargestellt wird, dass es sich bei Art. 333 Abs. 1bis OR lediglich um eine Auffangregelung handelt. Bestimmt sich die Weitergeltung des bisherigen GAV-Systems bereits anderweitig normativ, so findet Art. 333 Abs. 1bis OR keine Anwendung. Aus diesem Grund handelt es sich beim fusionsgesetzlichen Verweis auf diese Bestimmung denn auch nicht um ein Versehen des Gesetzgebers[5].

II. Wesentliches zum GAV

Das Spezielle am GAV liegt in dessen normativ wirkenden Bestimmungen, welche sich vom allgemeinen Vertragsverständnis abheben. Mittels der normativen Bestimmungen setzen die Vertragsparteien wie ein Gesetzgeber verbindliche Normen für Dritte, nämlich für die Mitglieder der vertragsschliessenden Verbände und für die durch Anschlussvertrag gebundenen Arbeitnehmer und Arbeitgeber[6]. Dazu bedarf es einer ausdrücklichen gesetzlichen Grundlage, wie sie Art. 357 OR darstellt, da es echte Verträge zulasten Dritter nicht gibt. Die normative Wirkung vertraglicher Bestimmungen lässt sich nur durch die gesetzliche Verleihung privatautonomer Satzungsgewalt erklären, die privaten Verbänden eine Normsetzungsbefugnis einräumt[7]. Die Rechtsetzungsgewalt privater Parteien mit unmittelbar bindender Wirkung für Dritte ist eine rechtliche Besonderheit des kollektiven Arbeitsrechts. Sie ist der Grund dafür, dass Verbände qualifizierte Anforderungen erfüllen müssen, damit

1 Für Beispiele dafür siehe *Wildhaber*, «Tarifflucht» – Wege des Arbeitgebers aus dem Gesamtarbeitsvertrag (GAV), AJP 2008, 413 ff.
2 AS 1994, 804, 807; BBl 1993 I 805.
3 *Müller*, Die neuen Bestimmungen über den Betriebsübergang, AJP 1996, 149 ff., 151.
4 Z.B. *Reinert*, in: Baker & McKenzie (Hrsg.), Stämpflis Handkommentar Fusionsgesetz, Bern 2003, Art. 27 N 5.
5 So auch in der konzisen Darstellung von *Baumgartner*, in: Basler Kommentar Fusionsgesetz, Basel 2004, vor Art. 27 N 19 ff.
6 Siehe dazu *Vischer*, Fragen aus dem Kollektivarbeitsrecht, AJP 1995, 547 ff., 547; *Portmann/Stöckli*, Kollektives Arbeitsrecht, Zürich 2004, 58 N 178; ausführlich *Stöckli*, Berner Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, VI/2/2/2, Der Einzelarbeitsvertrag, Art. 356–360 OR, Bern 1999, Art. 356 N 4 ff.
7 Sog. Gesetzestheorie, siehe *Vischer*, Schweizerisches Privatrecht VII/4, Der Arbeitsvertrag, 3. Aufl., Basel 2005, 326 f.; *Geiser*, Probleme des Gesamtarbeitsvertragsrechts in der Schweiz, ARV 2004, 137 ff., 138; *Streiff/von Kaenel*, Arbeitsvertrag: Praxiskommentar zu Art. 319–362 OR, 6. Aufl., Zürich 2006, Art. 356 N 8; BGE 40 II 509; BBl 1954 I 125, 131.

sie die privatautonome Satzungsgewalt in Anspruch nehmen können («Tariffähigkeit»). Sie ist ebenfalls der Grund dafür, dass GAV von Art. 333 Abs. 1 OR nicht erfasst werden. GAV sind nicht Bestandteil des Arbeitsverhältnisses; sie wirken vielmehr wie Gesetze von aussen ein[8].

Der GAV ist ein Vertrag auf überbetrieblicher Ebene zwischen Arbeitgebern oder deren Verbänden einerseits und Arbeitnehmerverbänden andererseits. Er nimmt eine wichtige Funktion im arbeitssozialen Machtgefüge insgesamt und beim Ausgleich des Machtungleichgewichtes zwischen Arbeitgebern und einzelnen Arbeitnehmern ein. Vertragspartei kann auf Arbeitnehmerseite nur ein Arbeitnehmerverband sein, während auf Arbeitgeberseite sowohl ein einzelner Arbeitgeber als auch ein Arbeitgeberverband in Betracht kommen. Dies ist denn auch das Unterscheidungskriterium zwischen Verbandsverträgen und Firmenverträgen. Unter einem *Verbandsvertrag* wird der zwischen einem Arbeitgeberverband auf der einen und einem Arbeitnehmerverband auf der anderen Seite geschlossene GAV verstanden. Er gilt entweder regional oder national für eine Vielzahl von Unternehmen einer bestimmten Branche (z.B. in der Bauindustrie, Stahlindustrie oder chemischen Industrie) oder für einen Berufsstand (z.B. Bauhandwerker). Den *Firmenvertrag* vereinbart ein einzelner Arbeitgeber, der mit einem Arbeitnehmerverband einen GAV verhandelt und abschliesst. Sein Geltungsbereich kann das gesamte Unternehmen des Arbeitgebers oder nur einzelne Personengruppen bzw. einzelne Betriebe des Unternehmens erfassen.

GAV enthalten im Wesentlichen drei Regelungsbereiche. Die Einteilung des Inhalts des GAV in die vom Gesetz festgelegten drei Kategorien der normativen Bestimmungen (Abs. 1), der indirekt-schuldrechtlichen (Abs. 2) und der schuldrechtlichen (Abs. 3) Bestimmungen ist erforderlich, da insbesondere für die Durchsetzung der Bestimmungen unterschiedliche Rechtsfolgen entstehen. Die Zuordnung einer Klausel zu einer der drei Kategorien ergibt sich durch Auslegung hinsichtlich der berechtigten und verpflichteten Parteien[9]. Der sog. *normative Teil* bezieht sich auf die individuellen Arbeitsverträge und enthält Normen, welche den Abschluss, den Inhalt und die Beendigung von einzelnen Arbeitsverhältnissen ordnen. Die normativen Bestimmungen des GAV wirken ohne weitere Bezugnahme oder Vereinbarung wie ein Gesetz unmittelbar und zwingend auf das Arbeitsverhältnis, ohne selbst zu seinem Inhalt zu werden. Sie berechtigen und verpflichten die Einzelvertragsparteien untereinander. Der sog. *schuldrechtliche Teil* regelt die Rechte und Pflichten zwischen den GAV-Vertragsparteien, also zwischen dem Arbeitgeberverband oder einzelnen Arbeitgebern auf der einen Seite und Arbeitnehmerverbänden auf der anderen Seite, sowie die Kontrolle und Durchsetzung der GAV-Bestimmungen. Zwischen den schuldrechtlichen und normativen Bestimmungen des GAV steht die Kategorie der *indirekt-schuldrechtlichen Bestimmungen*, welche sich auf das Verhältnis zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern beziehen, ihrer Natur nach aber nicht normativ sein können. Ausgangspunkt ist die Überlegung, dass Verpflichtungen, die solche Normen mit sich bringen, nur von den Mitgliedern der vertragsschliessenden Verbände, nicht aber von den Verbänden selbst erfüllt werden können. Da die Verbände den GAV in eigenem Namen und nicht als rechtliche Vertreter ihrer Mitglieder schliessen und ein Vertrag zulasten Dritter nicht möglich ist, erwachsen den Mitgliedern der vertragsschliessenden Verbände keine direkten schuldrechtlichen Verpflichtungen gegenüber den Mitgliedern der Gegenseite. Indirekt-schuldrechtliche Bestimmungen zeichnen sich also dadurch aus, dass sie eine Einzelvertragspartei den GAV-Parteien gegenüber berechtigen und verpflichten, ohne den jeweiligen Partner aus dem Einzelarbeitsvertrag zu berechtigen und zu verpflichten[10]. Zu den indirekt-schuldrechtlichen Bestimmungen gehören *Solidarnormen*, die im Interesse zumindest eines Teils der Belegschaft aufgestellt sind, z.B. Bestimmungen über Betriebseinrichtungen, über besondere Kassen oder über die Weiterbildung, und betriebsverfassungsrechtliche Bestimmungen, sowie *Ordnungsnormen*, welche das Verhalten der Arbeitnehmer im Betrieb und deren Einordnung in die Betriebsorganisation regeln.

8 So auch *Müller* (Fn. 3), 150.
9 Siehe dazu *Stöckli* (Fn. 6), Art. 356 N 75, Art. 356 N 76 ff.
10 Siehe *Vischer* (Fn. 7), 350 ff.; *Vischer/Albrecht*, Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht Bd. V/2c, Der Arbeitsvertrag Art. 356–360 OR, 4. Aufl., Zürich 2006, Art. 356 N 95; *Stöckli* (Fn. 6), Art. 356 N 102, Art. 357 N 22; *Streiff/von Kaenel* (Fn. 7), Art. 356 N 9; Botschaft GAV, BBl 1954 I 125.

III. Anwendungsbereich der Bestimmung Art. 333 Abs. 1bis OR

Bei Unternehmenskäufen im Wege des *asset deals* qua Singularsukzession können die Tatbestandsvoraussetzungen des Betriebsübergangs gemäss Art. 333 Abs. 1 OR gegeben sein. Liegt ein Betriebsübergang vor, so kommt Art. 333 Abs. 1bis OR zur Anwendung, soweit die Regelungen eines GAV nicht bereits nach allgemeinen Grundsätzen auf kollektivrechtlicher Grundlage weitergelten. Gemäss Art. 333 Abs. 1bis OR muss der Betriebserwerber die Normen eines GAV während eines Jahres nach einem Betriebsübergang einhalten, sofern er nicht vorher abläuft oder infolge Kündigung endet. Die einjährige Weitergeltungsdauer beginnt mit dem Tag der Betriebsnachfolge im Sinne von Art. 333 Abs. 1 OR zu laufen. Der Tag der Betriebsnachfolge ist der Zeitpunkt der Betriebsübergabe[11]. Für den Zeitpunkt der Betriebsübergabe kann auf den Tag abgestellt werden, an dem der Erwerber die rechtlich begründete Leitungsmacht über den Betrieb erlangt[12], wobei entscheidend ist, dass der Erwerber nach den bestehenden und vertraglichen Vereinbarungen in der Lage ist, die Leitungsmacht im Betrieb auszuüben, und dass er den Willen hat, dies auch tatsächlich zu tun[13]. Der Zeitpunkt der Übernahme der Leitungsmacht und damit der Beginn der einjährigen Frist von Art. 333 Abs. 1bis OR kann allerdings sehr schwierig zu bestimmen sein, wenn die Parteien den Übergang der Arbeitsverhältnisse vermeiden wollen und deshalb den Betriebsübergang verschleiern[14].

Bei *Fusionen, Spaltungen und Vermögensübertragungen nach FusG* qua (partieller) Universalsukzession kommt Art. 333 Abs. 1bis OR als Auffangregelung ebenfalls zur Anwendung. Der integrale Verweis auf Art. 333 OR in den Art. 27 Abs. 1, Art. 49 Abs. 1 und Art. 76 Abs. 1 FusG umfasst auch Art. 333 Abs. 1bis OR. Zu diesem Resultat kommt man sowohl, wenn man die Verweise auf Art. 333 OR im FusG als Sachnormverweisungen sieht, sodass auch bei Nichtvorliegen der Tatbestandsvoraussetzungen von Art. 333 Abs. 1 OR dessen Rechtsfolgen direkt anwendbar sind[15], als auch, wenn man von einer Gesamtnormverweisung und bei Nichtvorliegen der Tatbestandsvoraussetzungen von einer analogen Anwendung von Art. 333 OR ausgeht[16]. Die (direkte oder analoge) Anwendung von Art. 333 Abs. 1bis OR auf gesellschaftsrechtliche Übergänge von Arbeitsverhältnissen gemäss FusG entspricht den europarechtlichen Vorgaben[17]. Bei einem Übergang der Arbeitsverhältnisse im Rahmen des FusG gilt, dass der Betrieb auf den Zeitpunkt der Eintragung der Umstrukturierung im Handelsregister übergeht[18]. Bei einem Übergang der Arbeitsverhältnisse mittels einer Fusion, einer Spaltung oder einer Vermögensübertragung ist deshalb der Zeitpunkt der Eintragung der Umstrukturierung im Handelsregister für den Beginn der einjährigen Änderungssperre von Art. 333 Abs. 1bis OR entscheidend[19].

Bei der *Umwandlung* nach Art. 53 FusG handelt es sich um eine Änderung der Rechtsform einer einzelnen Gesellschaft unter Fortbestand aller vermögens-

11 JAR 1988, 337; *Rehbinder*, Berner Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Bd. VI/2/2/2: Der Einzelarbeitsvertrag, Art. 331–355 OR, 2. Aufl., Bern 1992, Art. 333 N 6; *Streiff/von Kaenel* (Fn. 7), Art. 333 N 8; *Staehelin*, Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht Bd. V/2c, Der Arbeitsvertrag, 3. Aufl., Zürich 1996, Art. 333 N 9.

12 Siehe dazu *Wildhaber*, Die Tatbestandsvoraussetzungen des Betriebs(teils)übergangs gemäss Art. 333 Abs. 1 OR, ZSR 2007 I, 463 ff.

13 Auch der EuGH stellt bei der Festlegung des Zeitpunkts des Übergangs der Arbeitsverhältnisse auf den Zeitpunkt ab, zu dem die Inhaberschaft, mit der die Verantwortung für den Betrieb der übertragenen Einheit verbunden ist, vom Veräusserer auf den Erwerber übergeht, unabhängig davon, welche Einzelheiten die Parteien hierzu vereinbart haben, siehe EuGH vom 26.5.2005, Rs. C-478/03, *Celtec*, Slg. 2005 I 4389 = NZA 2005, 681 = ZIP 2005, 1377.

14 So *Geiser*, Aus der neueren bundesgerichtlichen Rechtsprechung zum Arbeitsrecht, AJP 2007, 1514 ff., 1524.

15 So z.B. *Streiff/von Kaenel* (Fn. 7), Art. 333 N 14; *Bauer*, Der Arbeitnehmerschutz im Fusionsgesetz, Diss. Basel 2007, 16 ff.

16 So z.B. *Winkler*, Unternehmensumwandlungen und ihre Auswirkungen auf Arbeitsverträge, Bern 2001, 74, 77.

17 Siehe Art. 11 der Sechsten Richtlinie 82/891/EWG des Rates vom 17.12.1982 gemäss Art. 54 Abs. 3 lit. g des Vertrages betreffend die Spaltung von Aktiengesellschaften, ABl Nr. L 378 vom 31.12.1982, 47 ff., welcher hinsichtlich der Wahrung der Ansprüche der Arbeitnehmer der an der Spaltung beteiligten Gesellschaften auf die Betriebsübergangs-Richtlinie verweist, welche wiederum die Mitgliedstaaten in Art. 3 anweist, die Weitergeltung kollektivvertraglich normierter Arbeitsbedingungen landesrechtlich vorzusehen.

18 Art. 22 Abs. 1 FusG (Fusion), Art. 52 FusG (Spaltung), Art. 73 Abs. 2 FusG (Vermögensübertragung), Art. 83 Abs. 4 FusG (Fusion von Stiftungen), Art. 87 Abs. 3 und 4 (Vermögensübertragung von Stiftungen), Art. 95 Abs. 5 (Fusion von Vorsorgeeinrichtungen).

19 *Baumgartner* (Fn. 5), vor Art. 27 N 15; vgl. aber *Kradolfer*, Der Betriebsübergang – Auswirkungen auf das Individualarbeitsverhältnis, Zürich 2008, 126 f., 211 f. (erster Werktag nach Veröffentlichung im SHAB).

und mitgliedschaftsrechtlichen Beziehungen[20], welche als blosser Rechtskleidwechsel im Sinne einer rechtsformändernden Umwandlung ausgestaltet ist. Die Zusammensetzung der Gesellschafter bleibt unverändert, während sich ihre Rechte nach der neuen Rechtsform richten[21]. Weil die Umwandlung die rechtliche und wirtschaftliche Identität des Arbeitgebers nicht berührt, werden auch die Arbeitsverträge nicht auf einen Dritten übertragen. Dem Schutz der Gläubiger und Arbeitnehmer kommt bei der Umwandlung nicht die gleiche Bedeutung zu, die ihm bei einer Fusion, Spaltung oder Vermögensübertragung beizumessen ist. Selbst bei der Umwandlung einer Kollektiv- oder Kommanditgesellschaft in eine juristische Person, bei der die Arbeitsverträge formell auf das neue Rechtssubjekt übergehen, sind die Vorschriften von Art. 333 und 333a OR nicht einzuhalten. Bei der Umwandlung ist demnach Art. 333 Abs. 1bis OR nicht anwendbar. Allerdings ist infolge der Beibehaltung der Unternehmensidentität die fortwirkende GAV-Bindung beim Rechtsformwechsel gegeben und der kollektivrechtliche Besitzstand der Arbeitnehmer gewährleistet[22].

IV. Weitergeltung von in GAV geregelten Rechten und Pflichten

1. Das Verhältnis von kollektivrechtlicher und individualrechtlicher Weitergeltung – Art. 333 Abs. 1bis OR als Auffangregelung

Für die Art und Weise der Weitergeltung kommt es darauf an, ob die tariflichen Arbeitsbedingungen beim Veräusserer originär kraft Verbands- oder Firmenvertrags gelten, oder ob die Tarifnormen nur durch individualrechtliche Bezugnahme in den individuell abgeschlossenen Arbeitsverträgen gelten. Diese Differenzierung stellt die erste Weichenstellung in der Analyse dar, entscheidet sie doch darüber, ob Art. 333 Abs. 1 oder Abs. 1bis OR für die Weitergeltung anwendbar ist.

In der ersten Konstellation gelten die Kollektivbedingungen des GAV auch beim Erwerber gestützt auf Art. 333 Abs. 1 OR immer nur individualrechtlich weiter[23]. Der übernehmende Rechtsträger ist in diesem Fall an die in Bezug genommenen GAV-Bestimmungen gebunden und Art. 333 Abs. 1bis OR erlangt keine unmittelbare Bedeutung. Bei einer solchen Bezugnahmeregelung steht es den Parteien frei, entweder den aktuell gültigen Inhalt des GAV in den Einzelarbeitsvertrag zu übernehmen (statische Verweisung) oder den GAV mit allen seinen künftigen Verweisungen zum Inhalt des Einzelarbeitsvertrages zu erklären (dynamische Verweisung). Bei einer dynamischen Verweisung erlangen die Normen des GAV des übernehmenden Rechtsträgers für den nicht tarifgebundenen Arbeitnehmer unmittelbar Geltung, da die Verweisungsabrede gestützt auf Art. 333 Abs. 1 OR auf den übernehmenden Rechtsträger übergeht[24].

Nur die zweite Konstellation bildet Inhalt dieses Beitrags. Es stellt sich die Frage, ob die Weitergeltung der GAV-Bestimmungen gemäss Art. 333 Abs. 1bis OR kollektivrechtlich oder individualrechtlich erfolgt. *Kollektivrechtliche Weitergeltung* bedeutet, dass die beim Veräusserer unmittelbar und zwingend geltenden Tarifverträge auch beim Erwerber normativ wirken, d.h. nicht eigens zwischen den Arbeitsvertragsparteien vereinbart werden müssen und auch nicht Bestandteil des Arbeitsvertrags werden, sondern wie Gesetze in ihrer jeweiligen Fassung auf den Arbeitsvertrag einwirken. Bei der *individualrechtlichen Weitergeltung* hingegen verliert der GAV diese normative Wirkung und die Arbeitsbedingungen gelten als Bestandteil des Einzelarbeitsvertrags weiter.

Für das Verständnis und die praktische Handhabung ist wichtig, dass es sich bei dem auch im Rahmen des FusG anwendbaren Art. 333 Abs. 1bis OR lediglich um eine *Auffangregelung* handelt. Eine solche ist erforderlich, weil die Mitgliedschaft des (bisherigen)

20 Botschaft zum Bundesgesetz über Fusion, Spaltung, Umwandlung und Vermögensübertragung (Fusionsgesetz; FusG) vom 13.6.2000, BBl 2000 V 4337-4530, 4357; *Morscher*, in: BaKo FusG (Fn. 5), Art. 1 N 42; *Saupper/Müller*, in: BaKo FusG (Fn. 5), vor Art. 53 N 1.

21 Vgl. dazu Botschaft zum FusG (Fn. 20), 4357; *Glanzmann*, Umstrukturierungen: Eine systematische Darstellung des schweizerischen Fusionsgesetzes, Bern 2006, 49 ff.

22 Vgl. *Henssler*, Unternehmensumstrukturierung und Tarifrecht, in: Schlachter/Ascheid/Friedrich (Hrsg.), Tarifautonomie für ein neues Jahrhundert – FS für Günter Schaub zum 65. Geburtstag, München 1998, 311 ff., 314 f.

23 *Müller* (Fn. 3), 151; *Brändli*, Outsourcing: Vertrags-, Arbeits- und Bankrecht, Bern 2001, 162; *Winkler* (Fn. 16), 64 f.; *Stöckli* (Fn. 6), Art. 356 N 77, Art. 356b N 20; *Schweingruber/Bigler*, Kommentar zum Gesamtarbeitsvertrag, 3. Aufl., Bern 1985, 31 f.; *Vischer/Albrecht* (Fn. 10), Art. 356b N 20.

24 Dies kann bedeuten, dass die ungünstigeren GAV-Normen des neuen Betriebsinhabers unmittelbar Geltung erlangen, siehe *Winkler* (Fn. 16), 65.

Arbeitgebers in einem Arbeitgeberverband und damit auch die Bindung an einen Verbandsvertrag nicht automatisch kraft (partieller) Universalsukzession auf den neuen Rechtsträger übergeht und auch Art. 333 Abs. 1bis OR bei einem Betriebsübergang keinen Wechsel der GAV-Partei vorsieht[25]. Somit gelten derartige GAV – auch in Anbetracht der negativen Koalitionsfreiheit[26] – nicht ohne Weiteres kollektivrechtlich weiter. Daraus folgt aber umgekehrt, dass es der Regelung des Abs. 1bis nicht bedarf, wenn die bisherigen GAV kollektivrechtlich weitergelten. Dies kann insbesondere dann der Fall sein, wenn es sich um einen Firmenvertrag handelt oder – im Fall des Verbandsvertrages – wenn der neue Rechtsträger demselben Arbeitgeberverband wie der bisherige Rechtsträger angehört oder beitritt. Bestimmt sich die Weitergeltung des bisherigen GAV-Systems bereits anderweitig normativ, so findet Art. 333 Abs. 1bis OR keine Anwendung[27]. Es ist mithin vor Anwendung des subsidiären Art. 333 Abs. 1bis OR stets vorrangig zu prüfen, ob die Regelungen eines GAV bereits nach allgemeinen Grundsätzen auf kollektivrechtlicher Grundlage weitergelten. Nur wenn dies *nicht* der Fall ist, weil der übernehmende Rechtsträger nicht derselben GAV-Bindung unterliegt wie der bisherige Rechtsträger oder der Arbeitnehmer nach der Umstrukturierung nicht mehr demselben Betrieb angehört wie zuvor, findet die Regelung des Art. 333 Abs. 1bis OR Anwendung[28].

2. Kollektivrechtliche Weitergeltung von Rechten und Pflichten

Eine kollektivrechtliche Weitergeltung des GAV ist sowohl beim Verbandsvertrag als auch beim Firmenvertrag nur in gewissen Konstellationen möglich. Ob ein GAV kollektivrechtlich weitergilt, bestimmt sich nach den allgemeinen Regeln des Kollektivrechts.

a) Kollektivrechtliche Weitergeltung des Verbandsvertrags

Ein Verbandsvertrag gilt als Kollektivnorm normativ weiter, wenn sowohl der alte als auch der neue Rechtsträger dem Geltungsbereich des bisherigen Verbandsvertrags unterliegen. Dies ist insbesondere der Fall bei *selbstbegründeter Verbandsmitgliedschaft des neuen Arbeitgebers*[29], wenn also der neue Rechtsträger Mitglied desselben Arbeitgeberverbands wie der übertragende Rechtsträger war oder es mit einer Umstrukturierung wird. Bei GAV-Gebundenheit auch der Arbeitnehmer hat dies die unmittelbare und zwingende Weitergeltung gesamtarbeitsvertraglicher Rechte und Pflichten zur Folge[30].

Eine Übertragung der mitgliedschaftsrechtlichen Position des übertragenden Rechtsträgers im Wege der (partiellen) Universalsukzession ist grundsätzlich ausgeschlossen, da es sich bei der Mitgliedschaft ihrer Natur nach um ein höchstpersönliches Recht handelt, welches von der (partiellen) Universalsukzession nicht automatisch erfasst wird[31]. Bei der Bindung an einen Verbandsvertrag kollidiert das Postulat der kollektivrechtlichen Weitergeltung von GAV-Normen mit der negativen Koalitionsfreiheit des neuen Rechtsträgers und der persönlichkeitsrechtlichen Struktur der Verbandsmitgliedschaft. Der Erwerber kann gestützt auf die negative Koalitionsfreiheit den Beitritt zum Arbeitgeberverband verweigern bzw. seinen Verbandsaustritt erklären[32]. Ausnahmsweise jedoch, wenn die universalsukzessorische *Übertragung der Mitgliedschaft im Arbeitgeberverband statutarisch vorgesehen* ist, tritt der übernehmende Rechtsträger automatisch in die mitgliedschaftsrechtliche Position des untergehenden Rechtsträgers ein[33]. In einem solchen Fall kommt es zu einer kollektivrechtlichen Weitergeltung der GAV-Bestimmungen.

Zum Teil besteht ein Bedürfnis, die Vertragsbindung von Verbandsverträgen über die Mitglieder der vertragsschliessenden Verbände und die angeschlossenen Arbeitgeber und Arbeitnehmer (Art. 356b OR) hinaus auch auf Aussenseiter des betreffenden Wirtschaftszweigs oder Berufs auszudehnen. Dies geschieht durch *Allgemeinverbindlicherklärung*[34]. Zuständig für die Allgemeinverbindlicherklärung ist der Bundesrat bzw. der betroffene Kanton mit Genehmigung des Bundes (Art. 7 und 13 AVEG). Ein Verbandsvertrag gilt normativ auch für Nichtmitglieder, wenn er für allgemeinverbindlich erklärt wurde (Art. 1 Abs. 2, Art. 4 Abs. 1 AVEG). In diesem Fall erfassen die Rechtsnormen des Verbandsvertrags auch nichtbeteiligte Arbeitgeber und Arbeitnehmer. Auf diese Weise können tarifvertragliche Ansprüche auch für einen am Umstrukturierungsvorgang beteiligten alten und neuen Rechtsträger unabhängig von einer Verbandsmitgliedschaft massgebend werden, wenn diese Rechtsträger auch nach einer Umstrukturierung in den persönlichen, sachlichen und räumlichen Geltungsbereich dieses Verbandsvertrags fallen.

Anders als im deutschen und österreichischen Recht enthält das OR keine gesetzlichen Bestimmungen zur Rechtslage im vertragslosen Zustand nach Ablauf eines GAV. Mit Beendigung des GAV endet deshalb die normative Wirkung der GAV-Bestimmungen. Für eine zeitlich begrenzte Nachwirkung der normativen Wirkung des GAV fehlt eine gesetzliche Grundlage. Nach herrschender Lehre und Praxis wird aber eine *individualrechtliche Nachwirkung* der normativen GAV-Bestimmungen angenommen, die ihre Grundlage im Willen der Einzelvertragsparteien hat[35].

b) Kollektivrechtliche Weitergeltung des Firmenvertrags

Im Unterschied zu Verbandsverträgen ergibt sich die Tarifbindung bei Firmenverträgen unmittelbar aus der Stellung als Vertragspartei. Diese Rechtsposition ist nicht höchstpersönlich und ohne Weiteres übertragbar. Im Fall des Firmenvertrags steht die verfassungsrechtlich garantierte negative Koalitionsfreiheit des übernehmenden bzw. neugegründeten Rechtsträgers einer Nachfolge in die gesamtarbeitsvertraglichen Rechte und Pflichten nicht entgegen. Zu einer kollektivrechtlichen Weitergeltung von in Firmenverträgen geregelten Rechten und Pflichten kommt es immer dann, wenn der übernehmende bzw.

25 Siehe *Winkler* (Fn. 16), 69 m.w.H.; *Müller* (Fn. 3), 154; *Brändli* (Fn. 23), 161; *Lamanna Merkt,* Art. 333 OR Betriebsübergang: die Relevanz der Rechtsprechung des EuGH und des EFTA-Gerichtshofes bei der Auslegung des autonom nachvollzogenen europäischen Rechts, in: Baudenbacher (Hrsg.), Aktuelle Entwicklungen des europäischen und internationalen Wirtschaftsrechts, Band 8, Basel 2006, 407 ff., 450.

26 Art. 28 Abs. 1 und Art. 110 Abs. 2 BV; *Portmann/Stöckli* (Fn. 6), 16 N 63; *Stöckli* (Fn. 6), Art. 356a N 2 ff.

27 Ebenso *Winkler* (Fn. 16), 68 (mit Verweis auf AmtlBull NR 1992, 1577 ff.; AmtlBull NR 1993, 1715 ff. zu Diskussionen unter dem Gesichtspunkt der Nichtmitgliedschaft des Erwerbers); *Baumgartner* (Fn. 5), vor Art. 27 N 19 ff.; *Bauer* (Fn. 15), 69; *Kradolfer* (Fn. 19), 195, 209; wohl auch *Stöckli* (Fn. 6), Art. 356b N 31. Anders offenbar *Brühwiler*, Kommentar zum Einzelarbeitsvertrag, 2. Aufl., Bern 1996, Art. 333 N 3.

28 Anders *Metz*, Risiken im kollektiven Arbeitsrecht, in: Sutter-Somm/Hafner/Schmid/Seelmann (Hrsg.), Risiko und Recht, Festgabe zum Schweizerischen Juristentag 2004, Basel 2004, 129 ff., 140; *Reinert* (Fn. 4), Art. 27 N 5; *von Salis*, Fusionsgesetz (Zürich 08/2004) – www.fusionsgesetz.ch, N 21.7; *Zimmerli*, Arbeitnehmerschutz bei Umstrukturierungen unter besonderer Berücksichtigung des Fusionsgesetzes, AJP 2005, 771 ff., 775.

29 Der nachträgliche Beitritt ist gemäss Gesetz den Verbänden vorbehalten. Ein einzelner Arbeitgeber kann somit allenfalls einen Parallelvertrag abschliessen, siehe Bundesrats-Entscheid vom 24.10.1963, ARV 1963, 106; *Stöckli* (Fn. 6), Art. 356 N 154. Allerdings spricht kaum etwas dagegen, einem einzelnen Arbeitgeber den nachträglichen Beitritt zum GAV zu ermöglichen, siehe *Tschudi*, Gesamtarbeitsvertrag und Aussenseiter, WuR 1953, 43 Fn. 3; *Stöckli* (Fn. 6), Art. 356b N 7. Auch in der Botschaft GAV, BBl 1954 I 156, wurde der nachträgliche Beitritt einzelner Arbeitgeber erwähnt.

30 Ebenso *Knus*, Betriebsübergang und Arbeitsverhältnis nach schweizerischem Recht, Winterthur 1978, 70 f.; *Müller* (Fn. 3), 151; *Winkler* (Fn. 16), 68; *Kradolfer* (Fn. 19), 194, 209. Siehe auch *Schweingruber/Bigler* (Fn. 23), 69; *Holdermann*, Der Übergang des Arbeitsverhältnisses nach schweizerischem Arbeitsrecht, ArbR 1991, 41 ff., 61.

31 Ebenso *Vischer/Albrecht* (Fn. 10), Art. 356c N 58; *Baumgartner* (Fn. 5), vor Art. 27 N 20; *Bauer* (Fn. 15), 65; *Kradolfer* (Fn. 19), 195; im Ergebnis gleich, aber mit anderer Begründung *Hubschmid*, in: Zürcher Kommentar zum Fusionsgesetz, Zürich 2004, Art. 27 N 13; *Winkler* (Fn. 16), 69; *Henssler* (Fn. 22), 314 m.w.H. Anders *Wyler/Heinzer*, La protection des partenaires contractuels dans la loi sur la fusion, in: Blanc/Dallèves (Hrsg.), Coopération et fusion d'entreprises, Lausanne 2005, 167 ff., 212; *Reinert* (Fn. 4), Art. 27 N 5, Art. 49 N 5; *Metz* (Fn. 28), 140.

32 Zur Frage, ob der Verbandsaustritt die Anwendbarkeit des GAV beenden kann, siehe *Vischer*, Wirkungen des Verbandsaustritts des Arbeitgebers auf die Geltung des Gesamtarbeitsvertrages, in: Hasenböhler/Schnyder (Hrsg.), Zivilprozessrecht, Arbeitsrecht: Entwicklungen im kantonalen, nationalen und internationalen Recht: Kolloquium zu Ehren von Professor Adrian Staehelin, Zürich 1997, 89 ff.; BGer vom 13.6.2000, 4C.7/1999, E. 4 = SJ 2001 I, 49 = deutsch in SAE 2001, 126; bestätigt in BGer vom 13.9.2005, 4C.422/2004, E. 4.5.3; kritisch zur geänderten BGer-Rechtsprechung *Streiff/von Kaenel* (Fn. 7), Art. 356 N 13.

33 Die Anordnung der statutarischen Übertragbarkeit ist sowohl beim Verein als auch bei der Genossenschaft möglich, siehe *Riemer*, Berner Kommentar, Die Vereine: Systematischer Teil und Kommentar zu Art. 60–79 ZGB, 3. Aufl., Bern 1990, Art. 70 N 314; *Forstmoser*, Berner Kommentar, Die Genossenschaft: Erwerb der Mitgliedschaft, Verlust der Mitgliedschaft: Art. 839–851 OR, Bern 1974, Art. 847 N 10. Ein Verstoss gegen die negative Koalitionsfreiheit ist nicht gegeben, da der übernehmende Rechtsträger der Mitgliedschaft bereits im Rahmen des Fusions- oder Spaltungsvertrags zustimmt. Ebenso *Winkler* (Fn. 16), 70; *Bauer* (Fn. 15), 65 f.

34 Siehe dazu ausführlich *Stöckli* (Fn. 6), Art. 356b N 51 ff.; *Vischer* (Fn. 7), 362 ff.

35 Siehe dazu ausführlich *Geiser* (Fn. 7), 144 ff.; sowie *Vischer/Albrecht* (Fn. 10), Art. 356c N 45 f.; *Vischer* (Fn. 7), 369 (betr. Nachwirkung von GAV-Kündigungsregeln); *Stöckli* (Fn. 6), Art. 356c N 33; *Haener*, Das Arbeitsverhältnis nach der ersatzlosen Beendigung des Gesamtarbeitsvertrages, Basel 1984, 114 f., 168 ff.; BGE 98 Ia 561 ff., E. 1 und 2; ausführlich BGE 130 III 19 ff., 24, E. 3.1.

neugegründete Rechtsträger *im Wege der (partiellen) Universalsukzession in die Rechtsstellung des übertragenden Rechtsträgers eintritt* und auf diese Weise Partei des Firmenvertrages wird[36]. Für eine kollektivrechtliche Weitergeltung ist bei Umstrukturierungen mittels Universalsukzession somit weder ein rechtsgeschäftlicher Eintritt in die Parteistellung (durch Übernahme im Betriebsübernahmevertrag) noch ein Neuabschluss des Firmenvertrages nötig. Für die übernommenen, tarifgebundenen Arbeitnehmer gelten die im Firmenvertrag geregelten Rechte und Pflichten kollektivrechtlich fort, ebenso für neu eintretende Arbeitnehmer, sofern diese Arbeitnehmer als Gewerkschaftsmitglieder oder aufgrund eines Anschlussvertrags am GAV beteiligt sind.

Während es bei *Fusionen* angesichts des einheitlichen Übergangs sämtlicher Rechte und Pflichten auf den übernehmenden bzw. neugegründeten Rechtsträger stets zu einer kollektivrechtlichen Weitergeltung der Firmenverträge für die übergegangenen Arbeitsverhältnisse kommt[37], geht die firmenvertragliche Parteistellung bei *Spaltungen* nur dann auf den aufnehmenden bzw. neugegründeten Rechtsträger über, wenn diesem die firmenvertragliche Parteistellung im Spaltungsvertrag oder -plan zugeordnet worden ist[38]. Unterbleibt die Zuordnung, verbleibt die Parteistellung beim sich spaltenden Rechtsträger und es kommt nur eine individualrechtliche Weitergeltung in Frage.

Schwierigkeiten ergeben sich, wenn vor der Umstrukturierung in mehreren, nunmehr zusammengeführten Unternehmen unterschiedliche Firmenverträge bestanden haben. Will man die Ausweitung des Geltungsbereichs auf bisher nicht erfasste Vertragsbeziehungen vermeiden, führt die Nachfolge in die Firmenverträge im Fall der Fusion zu einer Mehrheit von GAV im Unternehmen des übernehmenden bzw. neugegründeten Rechtsträgers. Eine Lösung dieses Tarifwirrwarrs können die *Grundsätze der Tarifkonkurrenz* bieten (nachfolgend V.).

Eine kollektivrechtliche Weitergeltung entfällt freilich stets dann, wenn der Firmenvertrag durch organisatorische Auflösung des übertragenen Betriebs bzw. durch Verlust der betrieblichen Einheit *gegenstandslos* wird, z.B. weil von vornherein nur ein Teil des bisherigen Betriebs übertragen wird oder weil der bisherige Betrieb beim Übernehmer in einer neuen arbeitstechnischen Organisationseinheit aufgeht[39]. Gleiches muss gelten, wenn infolge einer Produktionsumstellung der Hauptzweck des Betriebs eine Neuausrichtung erfährt.

Bei *Umstrukturierungen im Wege der Singularsukzession*, d.h. bei einem *asset deal*, tritt der erwerbende Rechtsträger grundsätzlich nicht als Rechtsnachfolger in die bestehenden Rechte und Pflichten des Firmenvertrags ein. Die Bestimmung des Art. 333 Abs. 1bis OR ordnet keinen GAV-Parteiwechsel von Gesetzes wegen an. Eine kollektivrechtliche Weitergeltung des Firmenvertrags ist deshalb nur dann möglich, wenn der Betriebserwerber den Firmenvertrag im Betriebsübernahmevertrag ausdrücklich übernimmt oder einen neuen Firmenvertrag abschliesst[40]. Wird also die kollektivrechtliche Aufrechterhaltung eines bestimmten Firmenvertrags des übertragenden Rechtsträgers angestrebt, dürfte – zumindest aus arbeitsrechtlicher Sicht – einer Strukturanpassung nach FusG der Vorzug vor der Einzelübertragung der betreffenden Betriebe einzuräumen sein.

3. Individualrechtliche Weitergeltung von Rechten und Pflichten

Scheidet eine normative Weitergeltung des GAV aus, weil keine der oben erwähnten Konstellationen vorliegt, so sorgt Art. 333 Abs. 1bis OR als Auffangnorm dafür, «dass der Erwerber einen auf das übertragene Arbeitsverhältnis anwendbaren GAV während eines Jahres einhalten muss, sofern er nicht vorher abläuft oder infolge Kündigung endet». Der Erwerber ist so während einer gewissen Zeit auch dann an den (nicht allgemeinverbindlich erklärten) GAV gebunden, wenn er weder Vertragspartei, noch Mitglied bei einem vertragsschliessenden Arbeitgeberverband noch Angeschlossener im Sinne von Art. 356b OR ist. Im Folgenden sollen Wesen und Inhalt der Weitergeltung gemäss Art. 333 Abs. 1bis OR näher betrachtet werden.

a) Individualrechtliche Weitergeltung

Die GAV-Bestimmungen, welche nach Betriebsübergang während eines Jahres einzuhalten sind, *wirken individualrechtlich weiter*[41]. Die europäische Betriebsübergangs-Richtlinie würde zwar sowohl eine individualrechtliche als auch eine kollektivrechtliche Weitergeltung erlauben, Art. 333 Abs. 1bis OR hält aber fest, dass die weitergeltenden GAV-Bestimmungen nur auf die übertragenen Arbeitsverhältnisse Anwendung finden und legt damit eine individualrechtliche Weitergeltung nahe. Würde es sich um eine kollektivrechtliche Weitergeltung handeln, wären die Bestimmungen auch auf neueintretende Arbeitnehmer anwendbar, was ausdrücklich ausgeschlossen wurde[42]. Ausserdem normiert Art. 333 Abs. 1bis OR keinen GAV-Parteienwechsel von Gesetzes wegen, so dass ein gesetzlicher oder rechtsgeschäftlicher Eintritt in die Parteistellung infolge der durch die BV geschützten (negativen) Koalitionsfreiheit für eine normative Wirkung Voraussetzung wäre[43]. Die zwingende individualrechtliche Weitergeltung verwirklicht die Grundsätze des sozialstaatlichen Bestandesschutzes von Arbeitnehmeransprüchen sowie des rechtsstaatlichen Vertrauensschutzes, die auch im kollektiven Arbeitsrecht Geltung beanspruchen.

b) Personenbezogene Weitergeltung

Die Bestimmung von Art. 333 Abs. 1bis OR gilt nur bei Anwendbarkeit eines GAV auf das zu übertragende Arbeitsverhältnis und die Weitergeltung der GAV-Bestimmungen ist somit lediglich personenbezogen. Der Kreis der Mitarbeiter, die sich auf die normativen und einzelvertraglich fortgeltenden Bestimmungen berufen können, ändert mit dem Betriebsübergang nicht[44]. Der GAV ist deshalb nicht anwendbar auf neu eintretende Arbeitnehmer oder auf Arbeitnehmer, die bereits im Betrieb des Erwerbers angestellt waren[45]. Auch auf der Grundlage des Gleichbehandlungsgrundsatzes kommt man nicht zu einem anderen Resultat, da eine Ungleichbehandlung im Hinblick auf die vom Betriebsübergang betroffene Belegschaft als gerechtfertigt erscheint. Entgegen einem Teil der Lehre bedeutet die personenbezogene Weitergeltung ferner, dass es keine Rolle spielt, ob der übernehmende Betrieb dem Geltungsbereich des GAV ebenfalls untersteht oder der ausgegliederte Betriebsteil ihm unterstehen würde[46].

c) Beschränkung der Weitergeltung auf bestimmte Normen

Es stellt sich die Frage, welche GAV-Bestimmungen der Erwerber während eines Jahres zwingend einhalten muss. Die sog. *schuldrechtlichen Bestimmungen* des GAV, wie z.B. die Friedenspflicht oder Einwirkungspflicht[47], verpflichten lediglich die Vertragsparteien des GAV und haben keine unmittelbaren Wirkungen auf am GAV nicht beteiligte Dritte. Sie gelten gestützt auf Art. 333 Abs. 1bis OR nicht wei-

---

36 So auch *Baumgartner* (Fn. 5), vor Art. 27 N 20; *Geiser*, Die Stellung des Arbeitnehmenden nach dem Fusionsgesetz, AJP 2004, 863 ff., 866; *Bauer* (Fn. 15), 66; *Kradolfer* (Fn. 19), 212; *Reinert* (Fn. 4), Art. 27 N 5 (allerdings für alle GAV); *Winkler* (Fn. 16), 74; *Rehbinder* (Fn. 11), Art. 333 N 11.

37 Im Ergebnis gleich *Vischer* (Fn. 7), 371; klarer dann *Vischer/Albrecht* (Fn. 10), Art. 356c N 57 («Die Anwendung von Art. 333 Abs. 1bis OR erübrigt sich in dieser Konstellation.»); *Reinert* (Fn. 4), Art. 27 N 5 (allerdings – anders als hier – auch für Verbandsverträge); *Geiser* (Fn. 36), 866. Anders *Hubschmid* (Fn. 31), Art. 27 N 13.

38 Siehe *Winkler* (Fn. 16), 76 f.; ausführlich *Bauer* (Fn. 15), 67 f.; ähnlich *Baumgartner* (Fn. 5), Art. 27 N 20. Anders *Reinert* (Fn. 4), Art. 49 N 5 (kollektivrechtliche Fortgeltung bei Verbands- und Firmenverträgen); *Wyler/Heinzer* (Fn. 31), 213 (wie Reinert, aber auf Aufspaltung beschränkt; wenden bei Abspaltungen und Vermögensübertragungen die Grundsätze der Vertragsübertragungen an).

39 *Bauer* (Fn. 15), 68.

40 Siehe *Müller* (Fn. 3), 154 (macht darauf aufmerksam, dass dem Erwerber mit Parteistellung ein allenfalls im Firmenvertrag normiertes Kündigungsrecht zusteht); *Brändli* (Fn. 23), 161 Fn. 805 (vertritt die Meinung, dass die Übernahme des Firmenvertrages durch Parteiwechsel die Zustimmung der anderen GAV-Vertragspartei voraussetzt).

41 So *Müller* (Fn. 3), 153 f.; *Brändli* (Fn. 23), 162; *Winkler* (Fn. 16), 75; *Baumgartner* (Fn. 5), vor Art. 27 N 21; *Kradolfer* (Fn. 19), 195 f.; ähnlich *Brühwiler* (Fn. 27), Art. 333 N 3. Anders *Vischer* (Fn. 6), 551.

42 *Müller* (Fn. 3), 154; *Brühwiler* (Fn. 27), Art. 333 N 3; *Winkler* (Fn. 16), 71.

43 *Müller* (Fn. 3), 154; *Winkler* (Fn. 16), 71.

44 *Von Salis* (Fn. 28), N 21.7.

45 Bezüglich Neueinstellungen Zusatzbotschaft I zur EWR-Botschaft, BBl 1992 V 397, unter Berufung auf EuGH vom 17.12.1987, *Ny Mølle Kro*, Slg. 1987 I 5465, 5486 f.; *Müller*, Die Betriebsvereinbarung, ArbR 1998, 153 ff., 169; *Geiser*, Arbeitsrechtliche Fragen bei Sanierungen, in: Vito (Hrsg.), Sanierung der AG, 2. Aufl., Zürich 2003, 145 ff., 171; *Streiff/von Kaenel* (Fn. 7), Art. 333 N 9; *Baumgartner* (Fn. 5), vor Art. 27 N 21.

46 Siehe dazu ausführlich *Wildhaber* (Fn. 1), 415 f.

47 Art. 357a Abs. 2 OR: Friedenspflicht; Art. 357a Abs. 1 Hs. 2: Einwirkungspflicht; Art. 357a Abs. 1 Hs. 1: Durchführungspflicht; Art. 356 Abs. 3 OR: weitere Selbstpflichten wie Errichtung, Verwaltung und Beitragsleistung an gemeinsame Einrichtungen, Pflicht zur Anrufung von Schlichtungsinstanzen oder Bestimmungen über die Kontrolle und Durchsetzung des Vertrages von Verbands wegen.

ter[48]. Hingegen hat der Erwerber die *normativen Bestimmungen* des GAV, d.h. die Bestimmungen, welche den Inhalt, den Abschluss und die Beendigung des Arbeitsverhältnisses regeln, einzuhalten[49].

Unklar ist, inwieweit *indirekt-schuldrechtliche Bestimmungen* eines GAV, z.B. Bestimmungen über die Betriebsverfassung und Mitwirkung, über Verpflichtungen zu Leistungen an Ausgleichskassen, Solidaritätsbeiträge, Bildungsurlaub oder Streiterledigung[50], bei einem Betriebsübergang weitergelten. Das Gesetz bezeichnet indirekt-schuldrechtliche Bestimmungen – in Abgrenzung zu den normativen Bestimmungen – als «andere Bestimmungen», die «das Verhältnis zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern betreffen» (Art. 356 Abs. 2 OR). Kennzeichnend für diese Bestimmungen ist, dass sie den jeweiligen Partner des Einzelarbeitsverhältnisses weder berechtigen noch verpflichten[51].

Die Materialien in Bezug auf die Weitergeltung von indirekt-schuldrechtlichen Bestimmungen sind nicht eindeutig[52]. Im europäischen Recht sieht Art. 3 Abs. 3 der Betriebsübergangs-Richtlinie die Weitergeltung von in einem Kollektivvertrag vereinbarten Arbeitsbedingungen vor. Auch dieser Begriff gibt aber keine klare Antwort, wird er doch teilweise dahingehend verstanden, dass indirekt-schuldrechtliche Bestimmungen eingeschlossen sind, da diese wenigstens mittelbar die Arbeitsbedingungen regeln[53]. Ausländische Regelungen beschränken sich oft auf den Begriff der «Anwendbarkeit kollektivvertraglicher Arbeitsbedingungen»[54], während Art. 333 Abs. 1bis OR klar von «Einhaltung des Gesamtarbeitsvertrages» spricht, also weitergefasst ist. Es ergibt sich, dass sich weder aus dem schweizerischen noch dem europäischen Recht eine generelle Anwendbarkeit oder Nichtgeltung indirekt-schuldrechtlicher Bestimmungen herleiten lässt.

Die Verbindlichkeit von indirekt-schuldrechtlichen GAV-Bestimmungen für den Erwerber muss deshalb, wie es Roland A. Müller schon früh und differenziert festgehalten hat, *im Einzelfall anhand der jeweiligen Bestimmung geprüft werden*[55]. Dabei können der Arbeitnehmerschutzgedanke der Richtlinie und der Normzweck von Art. 333 OR, einschlägige verfassungsmässige Rechte sowie die Praxis und Gesetzgebung zur Allgemeinverbindlicherklärung von GAV Massstab für die Prüfung der Möglichkeit und Zulässigkeit der Weitergeltung sein[56]. In gewissen Fällen steht die negative Koalitionsfreiheit einer Weitergeltung indirekt-schuldrechtlicher Bestimmungen unmittelbar entgegen, indem sie verhindert, dass der Betriebserwerber an Bedingungen gebunden ist, welche aufgrund von Gesetz, GAV oder Statuten die Zugehörigkeit zu einem Arbeitgeberverband voraussetzen. Sobald z.B. der Besuch von Weiterbildungseinrichtungen von der entsprechenden Arbeitgeber-Verbandszugehörigkeit abhängig gemacht wird (entweder im GAV selbst oder in den Statuten der Einrichtung oder nach Gesetz), so muss die Pflicht zur Beitragsleistung und das Recht auf Besuch aus Gründen der fehlenden Verbandszugehörigkeit entfallen[57]. Steht aber z.B. der Besuch von Ausbildungseinrichtungen nicht nur Verbandsmitgliedern offen, so ist dies während eines Jahres weiterhin möglich.

[48] *Müller* (Fn. 3), 151 f.; *Brändli* (Fn. 23), 159; *Lamanna Merkt* (Fn. 25), 451; *Suffert*, Schutz des Arbeitnehmers beim Betriebsübergang, Zürich 1999, 32; *Streiff/von Kaenel* (Fn. 7), Art. 333 N 9; *Portmann*, in: Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR, 4. Aufl., Basel 2007, Art. 333 N 19; *Kradolfer* (Fn. 19), 196; ähnlich StenBull NR 1992, 1577 (es handelt sich nicht um eine Weiterführung des GAV an sich und aller seiner Bestimmungen). Anders *Geiser* (Fn. 45), 171; *Staehelin* (Fn. 11), Art. 333 N 11.

[49] *Müller* (Fn. 3), 153; *Vischer* (Fn. 7), 218; *Brändli* (Fn. 23), 159 f.; *Lamanna Merkt* (Fn. 25), 451; *Portmann* (Fn. 48), Art. 333 N 19; *Streiff/von Kaenel* (Fn. 7), Art. 333 N 9.

[50] Siehe dazu *Stöckli*, Der Inhalt des Gesamtarbeitsvertrages, Bern 1990, 92 ff.; *Vischer* (Fn. 7), 351.

[51] Siehe *Portmann/Stöckli* (Fn. 6), 69 f.; *Vischer/Albrecht* (Fn. 10), Art. 356 N 86; *Rehbinder*, Schweizerisches Arbeitsrecht, 15. Aufl., Bern 2002, N 220; *Stöckli* (Fn. 6), Art. 356 N 102.

[52] StenBull NR 1992, 1577; StenBull NR 1993, 1715 f.

[53] So *Seiter*, Tarifverträge und Betriebsvereinbarungen beim Betriebsinhaberwechsel, DB 1980, 881.

[54] Für Deutschland noch eingrenzender in § 613a BGB «Rechte und Pflichten des Arbeitsverhältnisses»; für Österreich in § 4 Abs. 1 AVRAG (Arbeitsvertrags-Anpassungsgesetz): «im Kollektivvertrag vereinbarte Arbeitsbedingungen».

[55] Siehe ausführlich *Müller* (Fn. 3), 152 f.; sowie *Brändli* (Fn. 23), 160 f.; *Streiff/von Kaenel* (Fn. 7), Art. 333 N 9. Für eine Fortgeltung der indirekt-schuldrechtlichen Bestimmungen siehe AmtlBull NR 1992, 1577 ff.; *Stöckli*, Schweizerisches Arbeitsrecht und europäische Integration, ZSR 1993 II, 1 ff., 92; *Staehelin* (Fn. 11), Art. 333 N 11; *Geiser* (Fn. 45), 171; *Suffert* (Fn. 48), 32.

[56] Siehe insbesondere *Müller* (Fn. 3), 152 f.; aber auch *Portmann/Stöckli* (Fn. 6), 52 N 158; *Portmann* (Fn. 48), Art. 333 N 19; *Stöckli* (Fn. 6), Art. 356 N 28.

[57] Siehe dazu *Müller* (Fn. 3), 153; *Brändli* (Fn. 23), 160 f.; ARV 1980, 33, Nr. 17.

Bestimmungen, die nicht allgemeinverbindlich erklärt werden können, wie Bestimmungen über die Beurteilung von Streitigkeiten durch Schiedsgerichte (Art. 1 Abs. 3 AVEG) oder über die Erhebung von Solidaritätsbeiträgen, gelten auch im Rahmen von Art. 333 Abs. 1bis OR nicht weiter[58].

Betriebsverfassungsrechtliche Normen gelten notwendigerweise einheitlich im gesamten Betrieb und können daher nicht auf lediglich diejenigen Arbeitsverhältnisse Anwendung finden, die gemäss Art. 333 Abs. 1bis OR übergehen. Ihre Weitergeltung im Weg des Art. 333 Abs. 1bis OR kommt deshalb regelmässig nicht in Betracht. Obwohl betriebsverfassungsrechtliche Normen zugleich Rechte und Pflichten aus übernommenen Arbeitsverhältnissen regeln können (wenn z.B. die Normen den gewählten Arbeitnehmervertretern einen besonderen Schutz gewähren oder besondere Rechte zubilligen, wie etwa Bestimmungen über die Stellung gewählter Arbeitnehmervertreter[59]), welche gemäss Art. 333 Abs. 1bis OR fortgelten, so kann diese individualrechtliche Weitergeltung durch den Verlust der betrieblichen Einheit anlässlich des Betriebsübergangs eingeschränkt sein. Verliert der Betrieb durch Zusammenlegungen, Aufspaltungen oder Ausgliederungen von Betriebsteilen seine Gesamtstruktur, so können u.U. die betriebsverfassungsrechtlichen Bestimmungen aus Gründen der Unmöglichkeit nicht weitergelten, je nachdem, ob z.B. ein gesamter Vertretungsbereich abgespalten wurde oder nicht[60]. Grundsätzlich gilt, dass primär die Organisationsstruktur des Erwerbers vorgeht, wobei allenfalls ein neues Organisations- und Wahlreglement zu erlassen bzw. der übernommene Bereich in die bestehende Mitwirkungsorganisation zu integrieren sein wird[61].

d) Statische Weitergeltung

Art. 333 Abs. 1bis OR bewirkt die mittelbare Weitergeltung der GAV-Inhalte beim Rechtsnachfolger. Sie werden mit demjenigen Inhalt Bestandteil der Arbeitsverhältnisse, den sie im Zeitpunkt des Übergangs hatten. Die durch den Betriebsübergang ausgelöste individualrechtliche Weitergeltung wirkt statisch, nicht dynamisch[62]. Daher betreffen alle nach dem Betriebsübergang vom Veräusserer veranlassten Änderungen der Kollektivnormen die übergegangenen Arbeitnehmer nicht mehr. Die Normen werden in der juristischen Sekunde des Betriebsübergangs «eingefroren». Eine andere Lösung würde auf verfassungsrechtliche Bedenken unter dem Gesichtspunkt der negativen Koalitionsfreiheit stossen, wenn der Betriebserwerber faktisch an künftige GAV-Entwicklungen in den kraft Betriebsübergangs übergegangenen Arbeitsverhältnissen gebunden wäre, ohne die Möglichkeit, sich hiervon durch Verbandsaustritt oder Kündigung des Firmenvertrags zu lösen[63].

e) Änderungssperre für die Dauer eines Jahres – und was geschieht danach?

Mit dem Betriebsübergang verlieren die Rechtsnormen des GAV ihre Qualität als Kollektivnormen und gelten individualrechtlich «während eines Jahres» weiter, sofern der GAV nicht vorher abläuft oder infolge Kündigung endet. Es besteht somit eine *einjährige Änderungssperre* zugunsten der Arbeitnehmer. Diese Änderungssperre kann als gesetzliches Verbot qualifiziert werden, im Ursprung kollektivvertragliche Regelungen zu ändern, wobei das Günstigkeitsprinzip gilt. Daraus folgt, dass die Arbeitsbedingungen auch nicht durch eine einvernehmliche Abänderung des Einzelarbeitsvertrages zuungunsten des Arbeitnehmers unter das Niveau des GAV abgeändert werden können[64]. Hingegen ist eine einver-

[58] Siehe dazu *Müller* (Fn. 3), 152 f.; *Stöckli* (Fn. 6), Art. 356b N 28; *Portmann* (Fn. 48), Art. 333 N 19.

[59] *Müller* (Fn. 3), 153. Vgl. auch *Gussen/Dauck*, Die Weitergeltung von Betriebsvereinbarungen und Tarifverträgen bei Betriebsübergang und Umwandlung, 2. Aufl., Berlin 1997, 140 ff.; Art. 6 Abs. 1 der Betriebsübergangs-Richtlinie 2001/23/EG.

[60] *Müller* (Fn. 3), 156.

[61] Siehe aber Art. 336 Abs. 3 OR; *Müller* (Fn. 3), 156.

[62] Siehe *Müller* (Fn. 3), 151 Fn. 19; *Streiff/von Kaenel* (Fn. 7), Art. 333 N 9; *Brändli* (Fn. 23), 163 («Wird der GAV während der Geltung gemäss Art. 333 Abs. 1bis OR geändert, muss dies als Erneuerung oder Ersetzung interpretiert werden, was zum Ende der (individualrechtlichen) Weitergeltung führt.»); *Staehelin* (Fn. 11), Art. 333 N 11; *Baumgartner* (Fn. 5), vor Art. 27 N 21; *Winkler* (Fn. 16), 72 (Gründe: Wegfall der normativen Wirkung des GAV schliesst eine derartige Nachwirkung aus; Interessen des Betriebserwerbers wird so ebenfalls Rechnung getragen); *Kradolfer* (Fn. 19), 196. Vgl. dazu auch AmtlBull NR 1993, 1717 (Erfolgen während der GAV-Laufzeit, aber nach der Betriebsübernahme, Änderungen durch die Vertragsparteien, so ist dies i.d.R. einer Vertragskündigung gleichzusetzen.).

[63] Vgl. die Begründung in BAG vom 20.6.2001, I.2.b)dd), NZA 2002, 517, 519 = ZIP 2002, 583, 586; BAG vom 29.8.2001, DB 2002, 431, 432 = NZA 2002, 513, 515.

[64] Vgl. Art. 357 OR; *Müller* (Fn. 3), 154; *Brändli* (Fn. 23), 162; *Geiser* (Fn. 45), 171. Anders *Brühwiler* (Fn. 27), Art. 333 N 3.

ständliche Aufhebung des GAV durch die Sozialpartner, welche insbesondere bei Firmenverträgen Bedeutung hat, weiterhin möglich[65].

Die einjährige Veränderungssperre, welche faktisch einer zeitlich begrenzten individualrechtlichen Weitergeltung gleichkommt, entfällt gemäss Abs. 1bis, wenn der GAV «vorher abläuft oder infolge Kündigung endet». Die *Bezugnahme auf die Kündigung* ist rechtlich so zu verstehen, dass der jeweilige Tarifpartner, der aufgrund seiner Stellung als Vertragspartei zur Kündigung des GAV berechtigt ist, von seinem Kündigungsrecht Gebrauch macht und die individualrechtliche Weitergeltung mit dem Ablauf der Kündigungsfrist ihr Ende findet[66]. Es stellt sich die Frage, ob der neue Arbeitgeber die Kündigung eines gemäss Art. 333 Abs. 1bis OR individualrechtlich fortgeltenden Firmenvertrages mit Wirkung vor Ablauf eines Jahres herbeiführen darf. Dies sollte bejaht werden, sofern der bisherige Arbeitgeber dies aufgrund der Kündigungsbestimmungen ebenfalls hätte tun können[67].

Eine aus praktischer Sicht ausserordentlich wichtige Frage, welche bis anhin kaum explizit diskutiert wurde, ist die, welche Möglichkeiten der *Änderung der Arbeitsbedingungen nach Ablauf der einjährigen Änderungssperre* bestehen. Die Lehre, soweit sie sich des Themas überhaupt annimmt, scheint davon auszugehen, dass dies nur durch eine Änderungsvereinbarung oder eine Änderungskündigung möglich ist[68]. Nach Ablauf des einen Jahres könnten die individualrechtlich geltenden GAV-Normen demnach ausschliesslich durch Änderungsvereinbarungen oder durch Änderungskündigungen (individuelle und Massenänderungskündigungen) verändert, eingeschränkt oder abgelöst werden. Diese Ansicht scheint davon auszugehen, dass die bislang kollektivrechtlich geltenden GAV-Normen durch Art. 333 Abs. 1bis OR zum Inhalt des Arbeitsverhältnisses mit dem Erwerber werden. Auch nach Ablauf eines Jahres wäre somit die Veränderung der in individualrechtliche Ansprüche transformierten GAV-Bestimmungen nur unter Anwendung des allgemeinen arbeitsrechtlichen Instrumentariums möglich[69]. Es bestünde dann kein grosser Unterschied mehr zwischen einer Weitergeltung nach Abs. 1 und einer Weitergeltung nach Abs. 1bis, ausser dass bei bislang individualrechtlich begründeten Ansprüchen im Sinne von Art. 333 Abs. 1 OR die Arbeitsbedingungen grundsätzlich auch innerhalb des ersten Jahres nach Betriebsübergang einvernehmlich oder durch Änderungskündigung beschränkt oder beseitigt werden können.

Eine derartige Relativierung der einjährigen Weitergeltung gemäss Art. 333 Abs. 1bis OR erscheint mir aus mehreren Gründen bedenklich. Anders als in Deutschland, wo § 613a Abs. 1 Satz 2 BGB vorschreibt, dass Rechte und Pflichten, die sich aus Rechtsnormen eines Tarifvertrags beim Veräusserer ergeben, «Inhalt des Arbeitsverhältnisses zwischen dem neuen Inhaber und dem Arbeitnehmer» werden[70], ist eine solche «Transformation» in den individuellen Arbeitsvertrag im schweizerischen Recht nicht vorgesehen. Art. 333 Abs. 1bis OR schreibt lediglich die Einhaltung des GAV durch den Erwerber während eines Jahres, nicht jedoch eine «Transformation» vor. Ausserdem sieht die Schweiz – anders als die europäische Betriebsübergangs-Richtlinie und § 613a Abs. 1 Satz 3 BGB – keine Ablösung des GAV durch einen anderen Kollektivvertrag des neuen Inhabers vor. Wäre eine Änderungskündigung oder eine Änderungsvereinbarung zur Änderung der Arbeitsbedingungen nach Ablauf eines Jahres nötig, so wäre die Weitergeltung de facto nicht auf ein Jahr beschränkt, sondern wäre eben – wie bei Abs. 1 – unbeschränkt (bis zur Änderung des Vertrags). Der Wortlaut und Zweck der Norm («muss der Erwerber diesen während eines Jahres einhalten») spricht gegen eine derartige unbeschränkte Weitergeltung. Aus diesen Gründen muss die einseitige Willensäusserung einer Vertragspartei genügen, um individual-

65 *Geiser* (Fn. 45), 171 f.; *Streiff/von Kaenel* (Fn. 7), Art. 333 N 9; *Portmann* (Fn. 48), Art. 333 N 18. Anders *Brühwiler* (Fn. 27), Art. 333 N 3 (gesetzliche Weitergeltung entzieht den Sozialpartnern das Verfügungsrecht über die Anwendbarkeit).

66 So *Winkler* (Fn. 16), 73 zur Kündigung des GAV, 85 f. zur Kündigung der Betriebsvereinbarung; *Baumgartner* (Fn. 5), vor Art. 27 N 21; *Kradolfer* (Fn. 19), 198. Anders *Müller* (Fn. 3), 154 (scheint die Möglichkeit einer Kündigung nur bei Parteieintritt des Erwerbers annehmen zu wollen; m.E. gelten aber in diesem Fall die GAV-Bestimmungen normativ weiter und Art. 333 Abs. 1bis OR kommt nicht zur Anwendung). Von einer *vorzeitigen* Kündigung kann keine Rede sein, so aber *Reinert* (Fn. 4), Art. 27 N 3.

67 Siehe *Streiff/von Kaenel* (Fn. 7), Art. 333 N 9; *Kradolfer* (Fn. 19), 195, Fn. 603; *Portmann* (Fn. 48), Art. 333 N 18. Anders *Wyler*, Droit du travail, Bern 2002, 315.

68 *Kradolfer* (Fn. 19), 198; *Brühwiler*, (Fn. 27), Art. 333 N 3; *Wyler* (Fn. 67), 315; *Vischer* (Fn. 6), 551 i.V.m. 550.

69 Siehe dazu den Überblick bei *Wildhaber*, Die Änderung der Arbeitsbedingungen bei Umstrukturierungen, Jusletter vom 21.4.2008, N 18.

70 Vgl. dazu für das deutsche Recht *Meyer*, Arbeitsvertragsänderungen bei Betriebsübergang, NZA 2002, 246 ff., 249.

rechtlich weitergeltende GAV-Normen ausser Kraft zu setzen[71]. Dabei kann es zu ähnlichen Problemen wie im Fall des vertragslosen Zustands nach Ablauf eines GAV kommen und es kann unklar sein, welche Regelung an die Stelle der dahingefallenen GAV-Regelung treten soll. Anders als im Fall des vertragslosen Zustands nach Ablauf eines GAV wird es aber beim Betriebsübergang oftmals Kollektivverträge beim neuen Betriebsinhaber geben, welche die dahingefallenen GAV-Regelungen abzulösen vermögen. So kann es – ein Jahr nach Betriebsübergang – im schweizerischen Recht doch noch zu der in Art. 3 Abs. 3 Betriebsübergangs-Richtlinie vorgesehenen Ablösung eines GAV durch einen anderen kommen. Ist dies nicht der Fall, so können in der Praxis oftmals Personalreglemente oder Personalhandbücher einen tauglichen Beitrag leisten, um die durch das Dahinfallen der GAV-Regelung entstandenen Lücken zu füllen.

V. Tarifkonkurrenz

Ist der Betrieb des Erwerbers einem GAV unterstellt, kann die Weitergeltung des GAV des Veräusserers dazu führen, dass zwei unterschiedliche GAV zur Anwendung gelangen. Diese Situation, wenn mehrere GAV auf ein Arbeitsverhältnis in einem Betrieb anzuwenden sind und dadurch derselbe Regelungsgegenstand mehrfach tarifvertraglich geregelt ist, nennt sich Tarifkonkurrenz[72]. Beispiele dafür sind die Kollision zwischen Berufs- und Branchenvertrag oder zwischen Verbands- und Firmenvertrag[73]. Das Problem der Tarifkonkurrenz stellt sich auch bei Betriebsübergängen unter Verlust der betrieblichen Einheit, bei denen der Betrieb nicht als Ganzes übergeht. Es handelt sich dabei um Tatbestände, wo ein Betrieb, z.B. durch Zusammenlegungen oder Eingliederungen von Betriebsteilen, seine Gesamtstruktur verliert[74]. Dabei können verschiedene GAV zusammentreffen, womit sich im Einzelfall die Frage der innerbetrieblichen Geltung unterschiedlichen Rechts stellt. Dabei ist – je nach dem, ob der GAV kollektivrechtlich oder individualrechtlich fortgilt – zwischen der echten und der unechten Tarifkonkurrenz zu differenzieren.

In Fällen, in denen der bisherige GAV kollektivrechtlich fortgilt und zugleich bereits ein GAV im übernehmenden Betrieb gilt, liegt eine *echte Tarifkonkurrenz* vor. Da diese konkurrierenden GAV-Normen auch in einem nicht von einer Umstrukturierung betroffenen Unternehmen nebeneinander anwendbar sein können, besteht kein Grund, warum die allgemeinen Regeln über die echte Konkurrenz von GAV nicht auch für diese Konstellation gelten sollten. Danach soll für einen Betrieb bzw. für ein einzelnes Arbeitsverhältnis möglichst nur ein GAV anwendbar sein (Prinzip der Tarifeinheit) und zwar derjenige, welcher nach dem Spezialitätsgrundsatz oder dem Prinzip der grössten Zahl ermittelt wird[75]. Ausnahmsweise können ohne Nachteil mehrere GAV für dasselbe Arbeitsverhältnis anwendbar sein, soweit sie einander ergänzen[76]. Aus dieser allgemeinen Regel folgt, dass

71 Ähnlich die Argumentation im Zusammenhang mit der Nachwirkung von GAV-Normen bei *Stöckli* (Fn. 6), Art. 356c N 33 («Anzunehmen ist die Weitergeltung aufgrund des präsumtiven Parteiwillens der Einzelvertragsparteien (...). Daher kann die Geltung jederzeit durch Beseitigung der Vermutung einseitig verhindert werden. [... Somit bedarf es] keines Konsenses der Einzelvertragsparteien zur Änderung des Einzelarbeitsverhältnisses nach Ablauf des Gesamtarbeitsvertrages. Vielmehr genügt die einseitige Willensäusserung einer Vertragspartei.»); siehe auch *Brändli* (Fn. 23), 162 («Da in Art. 333 Abs. 1 OR jedoch keine Befristung auf ein Jahr enthalten ist, *gelten die Normen des GAV darüber hinaus nur für den Aussenseiter weiter*, was u.U. eine unerwünschte Besserstellung dieser Arbeitnehmer gegenüber allen anderen beim Betriebsübernehmer tätigen Personen zur Folge haben kann.» – Hervorhebung durch die Autorin.).

72 Siehe dazu *Vischer/Albrecht* (Fn. 10), Art. 356 N 118; *Stöckli* (Fn. 6), Art. 356 N 67; *Streiff/von Kaenel* (Fn. 7), Art. 356 N 4. Hiervon zu unterscheiden ist die *Tarifpluralität*. Dieser Begriff wird uneinheitlich verwendet: wenn (1) für einen Betrieb mehrere Tarifverträge gelten, die aber jeweils unterschiedliche Arbeitnehmergruppen erfassen, oder (2) wenn mehrere GAV für dasselbe Arbeitsverhältnis anwendbar sind und diese sich ausnahmsweise ergänzen, oder (3) wenn sich die Geltungsbereiche zweier GAV überdecken, für das einzelne Arbeitsverhältnis aber dennoch nur jeweils ein GAV zur Anwendung kommt, weil der Arbeitnehmer nur Mitglied eines der beiden Verbände ist.

73 Siehe dazu *Stöckli* (Fn. 6), Art. 356 N 67; *Streiff/von Kaenel* (Fn. 7), Art. 356 N 4.

74 *Müller* (Fn. 3), 151, 155.

75 Siehe dazu *Vischer/Albrecht* (Fn. 10), Art. 356 N 120 ff.; *Stöckli* (Fn. 6), Art. 356 N 67 ff.; *Stöckli* (Fn. 50), 23 f.; *Streiff/von Kaenel* (Fn. 7), Art. 356 N 4; *Müller* (Fn. 3), 155; *Rehbinder* (Fn. 51), N 229; *Brändli* (Fn. 23), 166.

76 Z.B. Mantelvertrag auf Landesebene und regionaler GAV mit ergänzenden Bestimmungen, siehe *Stöckli* (Fn. 6), Art. 356 N 67; *Streiff/von Kaenel* (Fn. 7), Art. 356 N 4.

die GAV die Frage der Konkurrenz regeln können, oder dass der eine spezieller als der andere sein kann, so dass er vorgeht, auch wenn dadurch Art. 333 Abs. 1bis OR wirkungslos bleibt.

In der Regel gelten die bisherigen GAV-Normen lediglich individualvertraglich weiter, so dass der Betriebsübergang nicht zu einer echten, sondern zu einer *unechten Tarifkonkurrenz* führt[77]. Handelt es sich um zwei GAV, welche nur wegen der Umstrukturierung und des Betriebsübergangs gleichzeitig anwendbar sein können, was namentlich bei Firmenverträgen regelmässig zutreffen wird, so können vertragliche Kollisionsnormen nicht zur Anwendung gelangen. Stattdessen stellt Art. 333 Abs. 1bis OR die zwingende Regel auf, dass der Betriebserwerber den bisherigen GAV während eines Jahres einhalten muss, wenn er nicht vorher abläuft oder infolge Kündigung endet. Im Gegensatz zu Art. 3 Abs. 3 Betriebsübergangs-Richtlinie[78] lässt Art. 333 Abs. 1bis OR die Ablösung eines GAV durch einen anderen GAV nicht zu und sieht einen Verschlechterungsschutz vor[79]. Da keine Übertragung der günstigeren Arbeitsbedingungen des weitergeltenden GAV auf den gesamten Betrieb stattfindet, kann dieser Verschlechterungsschutz gegenüber den übrigen Arbeitnehmern des (übernehmenden) Betriebs in einer Besserstellung resultieren, was – wie Roland A. Müller zu Recht beschreibt – personalpolitisch schwierig sein und potenzielle Erwerber von einer Übernahme abhalten kann[80].

Die in Art. 333 Abs. 1bis OR angeordnete einjährige Änderungssperre kann nur durch das sich auf Art. 357 Abs. 2 OR in fine abstützende *Günstigkeitsprinzip* durchbrochen werden[81]. Es kann dabei weder auf die einzelne Norm noch auf die beiden GAV als Ganzes ankommen. Vielmehr sind Gruppenvergleiche vorzunehmen[82]. Die einzelnen Regelungskomplexe sind miteinander zu vergleichen, woraus sich ergeben kann, dass für die eine Frage der eine GAV, für die andere Frage aber der andere GAV anwendbar ist. Ausserdem bleiben abweichende Abreden vom GAV-Recht durch Einzel- oder Betriebsvereinbarung zugunsten der Arbeitnehmer auch ohne entsprechenden Vorbehalt im GAV zulässig[83].

Aus dem Gesagten folgt, dass wenn im übernehmenden Betrieb ein GAV gilt, welcher nach der Betriebsübernahme grundsätzlich auch auf den übernommenen Betrieb(steil) Anwendung findet, davon auszugehen ist, dass die normativen Bestimmungen des bis anhin für den übergehenden Betrieb geltenden GAV personenbezogen individualrechtlich fortgelten, es sei denn, die neuen GAV-Bestimmungen wären günstiger (Art. 357 Abs. 2 OR analog). Somit wird der normative Teil des neuen GAV für die Dauer eines Jahres suspendiert, während der schuldrechtliche und der indirekt-schuldrechtliche Teil des neuen GAV durchaus schon gelten können. Das ist praktikabel, weil es sich um eine alternative GAV-Anwendung gleichartiger Bestimmungen handelt (unechte GAV-Konkurrenz), und aufgrund der Ordnungsfunktion des GAV auch wünschenswert[84].

[77] Siehe *Müller* (Fn. 3), 155 f.; *Winkler* (Fn. 16), 73; *Lamanna Merkt* (Fn. 25), 451.

[78] Art. 3 Abs. 3 sieht vor, dass die in einem Kollektivvertrag vereinbarten Arbeitsbedingungen bis zur Kündigung oder dem Ablauf des Kollektivvertrags *bzw. bis zum Inkrafttreten oder bis zu der Anwendung eines anderen Kollektivvertrags aufrechtzuerhalten sind*. In einem neuen Kollektivvertrag können somit für den Arbeitnehmer nachteiligere Arbeitsbedingungen verabredet werden. Siehe dazu *Schima*, Kollektivvertragsgeltung und Betriebsübergang, RdW 1993, 188; *Wachter*, Die neue österreichische Regelung der arbeitsrechtlichen Folgen des Betriebsübergangs, ArbR 1994, 107; *Feudner*, Ablösung kollektiver Regelungen bei Betriebsübergang, DB 2001, 1250 ff.; *Henssler* (Fn. 22), 318 ff.

[79] Siehe *Müller* (Fn. 3), 155 f.; *Brändli* (Fn. 23), 167; *Winkler* (Fn. 16), 73; *Aubert*, Die neue Regelung über Massenentlassungen und den Übergang von Betrieben, AJP 1994, 699 ff., 704; *Portmann* (Fn. 48), Art. 333 N 21; AmtlBull NR 1992, 1579. Anders *Staehelin* (Fn. 11), Art. 333 N 11; *Hubschmid* (Fn. 31), Art. 27 N 13 («sofern der GAV nicht ausläuft, von den Parteien gekündigt oder durch einen neuen GAV ersetzt wird»).

[80] *Müller* (Fn. 3), 156.

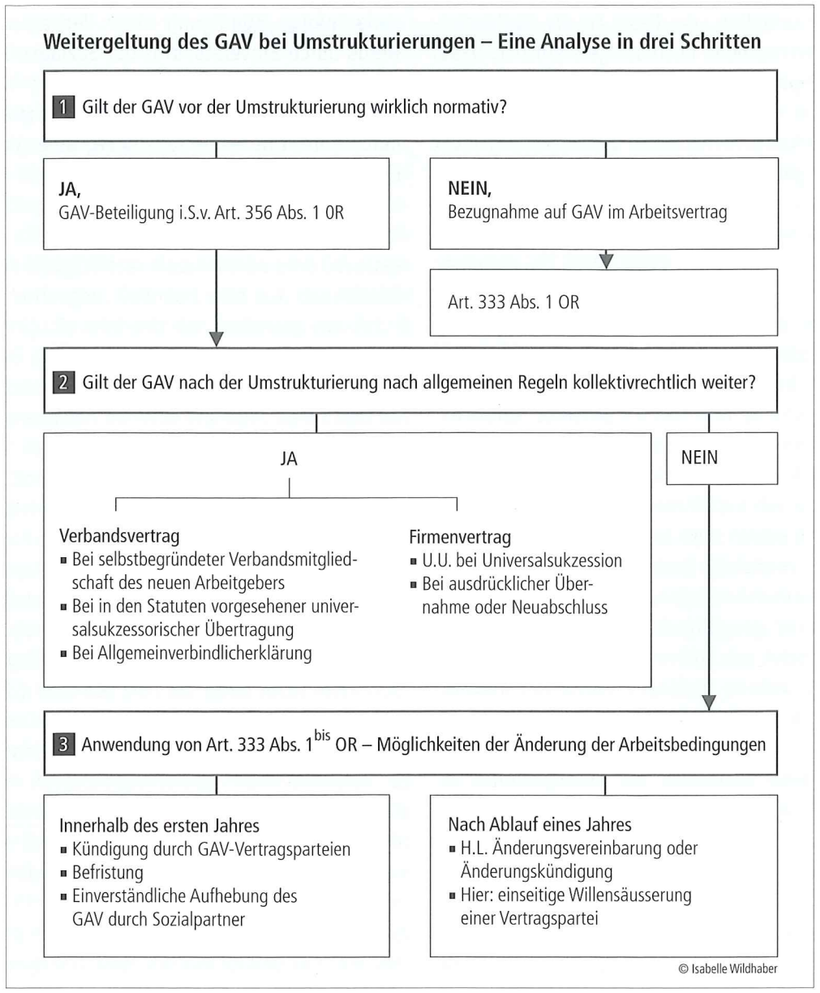
[81] Vgl. *Vischer/Albrecht* (Fn. 10), Art. 356 N 122; *Geiser* (Fn. 45), 172; *Portmann/Stöckli* (Fn. 6), 59 N 189; *Müller* (Fn. 3), 156; *Streiff/von Kaenel* (Fn. 7), Art. 333 N 9; *Kradolfer* (Fn. 19), 199. Anders *Winkler* (Fn. 16), 73 f.; *Suffert* (Fn. 48), 32; *Portmann* (Fn. 48), Art. 333 N 22 (für ein Günstigkeitsprinzip im modifizierten Sinn, d.h. freie Wahl des Arbeitnehmers, welchem der beiden GAV er sich unterstellen will).

[82] Siehe *Vischer/Albrecht* (Fn. 10), Art. 357 N 23 ff.; *Portmann/Stöckli* (Fn. 6), 59 N 190; BGE 116 II 153, E. 2.a und b. Anders offenbar *Müller* (Fn. 3), 156; *Brändli* (Fn. 23), 166; *Winkler* (Fn. 16), 73 f.; *Brunner/Bühler/Waeber/Bruchez*, Commentaire du contrat de travail (selon le Code des obligations), 3. Aufl., Lausanne 2004, Art. 333 N 7.

[83] Art. 357 Abs. 2 in fine OR.

[84] So auch *Müller* (Fn. 3), 156.

VI. Zusammenfassung



Sind bei einem *asset deal*, einer Fusion, einer Spaltung oder einer Vermögensübertragung die Tatbestandsvoraussetzungen des Betriebsübergangs gemäss Art. 333 Abs. 1 OR erfüllt, so kommt Art. 333 Abs. 1bis OR zur Anwendung, soweit die Regelungen eines GAV nicht bereits nach allgemeinen Grundsätzen auf kollektivrechtlicher Grundlage weitergelten. Für das Verständnis und die praktische Handhabung ist es wichtig zu wissen, dass es sich bei Art. 333 Abs. 1bis OR lediglich um eine Auffangregelung handelt. Bestimmt sich die Weitergeltung des bisherigen GAV-Systems bereits anderweitig normativ, so findet Art. 333 Abs. 1bis OR keine Anwendung.

Bei einem *asset deal* (Singularsukzession) gelten GAV nach einem Betriebsübergang für tarifgebundene Mitarbeiter kollektivrechtlich weiter, wenn der neue Arbeitgeber demselben Arbeitgeberverband angehört oder mit der Gewerkschaft eine «Übernahme» des Firmenvertrags vereinbart hat.

Bei Gestaltungen nach dem FusG kommt es wiederum bei Verbandsmitgliedschaft des neuen Arbeitgebers zur kollektivrechtlichen Weitergeltung von Verbandsverträgen. Verbandsverträge gehen i.d.R. infolge der negativen Koalitionsfreiheit des Betriebserwerbers nicht automatisch im Weg der (partiellen) Universal-

sukzession auf diesen über. Anders ist es hingegen bei Firmenverträgen, welche im Fall der (partiellen) Universalsukzession beim Betriebserwerber kollektivrechtlich weitergelten, da dieser in die Rechtsstellung des übertragenden Rechtsträgers eintritt. Dabei kann es zu Problemen der Tarifkonkurrenz kommen.

Kommt eine kollektivrechtliche Weitergeltung nicht in Frage, so gilt Folgendes: Die normativen und teilweise die indirekt-schuldrechtlichen Bestimmungen des GAV gelten während eines Jahres individualrechtlich weiter, es sei denn, der GAV laufe vorher ab, ende infolge Kündigung einer Vertragspartei oder werde durch Einverständnis der Sozialpartner aufgehoben. Nach Ablauf des einen Jahres können die individualrechtlich weitergeltenden GAV-Normen durch einseitige Willensäusserung einer Vertragspartei abgeändert werden.