AJP

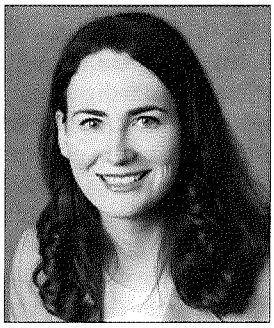
Dike Verlag AG St. Gallen (Schweiz)

Aktuelle JURISTISCHE Praxis

SONDERDRUCK
(nicht verkäuflich)

Verlag und Abonnementverwaltung:
Dike Verlag AG
Postfach 301, CH-8853 Lachen
Tel. 055/442 68 80, Fax 055/442 68 81
E-Mail: Bestellung@dike.ch
Internet: www.dike.ch

«Tarifflucht» – Wege des Arbeitgebers aus dem Gesamtarbeitsvertrag (GAV)



Isabelle Wildhaber
Dr. iur., LL.M. (Harvard), Lehrbeauftragte an der Humboldt-Universität zu Berlin

Inhaltsübersicht

I. Austritt eines Arbeitgebers aus dem Arbeitgeberverband
II. Abschluss eines Firmenvertrags
III. Ausgliederung eines Betriebs oder Betriebsteils
1. Anwendung des Art. 333 Abs. 1bis OR
2. Annahme einer Rechtsmissbräuchlichkeit bei Tarifflucht
3. Annahme einer Einwirkungspflicht im Konzern bei Tarifflucht
IV. Fazit

Die Globalisierung sämtlicher Märkte und die stetig härter werdende internationale Konkurrenz stellen auch schweizerische Unternehmen vor vielfältige Herausforderungen. Um wettbewerbsfähig zu sein, müssen laufend neue und bessere Technologien entwickelt, Produktionsabläufe stetig optimiert, Dienstleistungen immer schneller und möglichst kundennah angeboten und nicht selten Arbeitskosten reduziert werden. Zu den wichtigsten Kostenfaktoren zählen seit jeher Löhne und Arbeitszeiten. Diese sind oftmals kollektivrechtlich in Gesamtarbeitsverträgen («GAV») festgesetzt. Es ist deshalb nicht verwunderlich, dass gebundene Arbeitgeber teilweise die Flucht aus dem GAV, genauer dem Verbands-GAV («Verbandsvertrag»), anstreben, um so gewisse Arbeitsbedingungen ändern zu können. Im Vordergrund stehen dabei die Absenkung der Entlöhnung unter das GAV-Niveau, die Flexibilisierung der Lohngestaltung (Leistungsbezug), die dauerhafte Ausweitung der wöchentlichen Arbeitszeit, die Flexibilisierung der Arbeitszeit sowie die Verringerung des Jahresurlaubs. Bestimmungen, welche diese Arbeitsbedingungen regeln, sind allesamt als normative Inhaltsnormen des GAV zu qualifizieren.

Will nun der Arbeitgeber die Arbeitsbedingungen ändern und strebt er deshalb die Flucht aus der GAV-Bindung an, so stehen ihm dazu meist mehrere Wege offen. Im Folgenden werden einige Möglichkeiten, die sich dem Arbeitgeber zur Loslösung vom Verbandsvertrag bieten, näher analysiert[1].

I. Austritt eines Arbeitgebers aus dem Arbeitgeberverband

Lange Zeit herrschte die Meinung, dass der Verbandsaustritt eines Arbeitgebers, welcher Partei eines GAV ist, für den Arbeitgeber und seine Arbeitnehmer die Beendigung der Bindung an den GAV bewirkt[2]. Im Jahr 1997 hat Frank Vischer einen überzeugenden Aufsatz geschrieben, der eine Palette von Gründen dafür aufführte, weshalb der Verbandsaustritt nicht die Beendigung der GAV-Bindung bewirken könne[3]. Das Bundesgericht ist Vischers Auffassung in einem (amtlich nicht veröffentlichten) Entscheid vom 13. Juni 2000 gefolgt und hat entschieden, dass die normativen Bestimmungen eines GAV für den Arbeitgeber nach dessen

Ich danke dem Schweizerischen Nationalfonds für die Unterstützung meiner Forschung an der Humboldt-Universität zu Berlin sowie Prof. Frank Vischer für die kritische Durchsicht dieses Manuskripts.

1 Denkbare Formen der Tarifflucht sind des Weiteren ein Herauswachsen aus dem fachlichen Geltungsbereich des GAV infolge *Branchenwechsel,* vgl. Dieter Hold, Flucht aus dem Tarifvertrag, BuW 2003, 476 ff., 479 f., oder der *Wechsel des Arbeitgeberverbandes,* wenn der Betrieb eines Arbeitgebers in den Geltungsbereich zweier GAV fällt, vgl. Hans-Wolf Friedrich, Nachwirkender Tarifvertrag und seine Ablösung durch einen Tarifvertrag eines anderen Arbeitgeberverbandes mit einer anderen Gewerkschaft – eine Fallstudie –, in: Schlachter/Ascheid/Friedrich (Hrsg.), Festschrift für Günter Schaub, Tarifautonomie für ein neues Jahrhundert, München 1998, 193 ff.

2 Siehe Manfred Rehbinder, Schweizerisches Arbeitsrecht, 15. Aufl., Bern 2002, N 225; Otto Arregger, Die normativen Bestimmungen des GAV und ihr Verhältnis zum Einzelarbeitsvertrag, Zürich 1974, 19; frühere und revidierte Meinung von Frank Vischer, ZhKo OR 1983, Art. 356b N 2; Adrian Staehelin, ZhKo OR 1996, Art. 333 N 11; Edwin Schweingruber/F. Walter Bigler, Kommentar zum Gesamtarbeitsvertrag, 3. Aufl., Zürich 1985, Art. 357 N 6; René Schoop, Der Gesamtarbeitsvertrag, Flawil 1969, 28.

3 Frank Vischer, Wirkungen des Verbandsaustritts des Arbeitgebers auf die Geltung des Gesamtarbeitsvertrages, in: Hasenböhler/Schnyder (Hrsg.), Zivilprozessrecht, Arbeitsrecht: Kolloquium zu Ehren von Professor Adrian Staehelin, Zürich 1997, 89 ff.

Verbandsaustritt bis zur Beendigung des GAV fortgelten[4]. VISCHER hatte in seinem Aufsatz ausserdem präzisiert, dass der befristete GAV bis zum Ablauf seiner Dauer weitergelte, während der unbefristete GAV in analoger Anwendung von Art. 356c Abs. 2 OR durch den austretenden Arbeitgeber jederzeit auf sechs Monate gekündigt werden könne[5].

Nach dem Ablauf der – weiterhin auf Art. 357 Abs. 1 OR beruhenden – normativen Fortgeltungsdauer des GAV nach Verbandsaustritt gelten die Inhaltsnormen des GAV bis auf weiteres individualrechtlich weiter[6]. Ein Weg der Tarifflucht besteht demnach darin, unter Einhaltung der relevanten Bestimmungen der Verbandsstatuten, insbesondere der dort vorgesehenen Kündigungsfrist, aus dem Arbeitgeberverband auszutreten, den (nicht allgemeinverbindlich erklärten) GAV daraufhin mit einer sechsmonatigen Frist zu kündigen, um nach Ablauf der Kündigungsfrist die individualrechtlich nachwirkenden Bestimmungen durch Änderungsvereinbarungen oder durch (Massen-)Änderungskündigungen[7] abzulösen. Die Änderungskündigungen können schon während der Dauer des GAV – d. h. vor Ablauf der Kündigungsfrist – auf einen Zeitpunkt nach Beendigung des GAV ausgesprochen werden[8].

II. Abschluss eines Firmenvertrags

Die Bestimmungen eines Verbandsvertrags können auch dadurch abgelöst werden, dass ein Firmenvertrag mit der entsprechenden Gewerkschaft geschlossen wird[9]. Bei dieser Option bleibt der Arbeitgeber normales Mitglied in seinem Verband, nimmt aber Verhandlungen mit einer Gewerkschaft auf und schliesst mit dieser einen Firmenvertrag ab, der nur für sein Unternehmen gültig ist. Die Gewerkschaft kann er dabei prinzipiell frei wählen, wobei sie allerdings für seinen Betrieb zuständig sein muss. Soweit Verbands- und Firmenvertrag gleichzeitig gelten, verdrängt zweiterer generell die Bestimmung des ersteren, weil er den räumlich spezielleren Geltungsbereich hat[10]. Der Arbeitgeberverband kann allerdings in seinen Statuten den Abschluss von zusätzlichen Firmenverträgen verbieten, sodass bei diesem Vorgehen Verbandsstrafen drohen können.

III. Ausgliederung eines Betriebs oder Betriebsteils

Die bedeutsamste Möglichkeit einer Tarifflucht durch den Arbeitgeber ist die Ausgliederung eines Betriebs oder Betriebsteils im weiteren Sinn. Mit einer Abspaltung gemäss Art. 29 FusG oder einer Vermögensübertragung gemäss Art. 69 FusG können einzelne Betriebe oder Betriebsteile des Unternehmens in selbständige Tochtergesellschaften überführt werden. Dieser Vorgang der rechtlichen Verselbständigung von einzelnen Betrieben und Betriebsteilen kann auch im Weg der Einzelrechtsnachfolge erfolgen. Das Tor zur Tarifflucht wird dabei geöffnet, weil die Mitgliedschaft im Arbeitgeberverband weder durch Umstrukturierung im Weg der Einzel- noch der Gesamtrechtsnachfolge auf den Rechtsnachfolger übertragen werden kann. So ist es denn relativ häufig, dass grosse Arbeitgeberfirmen und Partner eines GAV sich ihrer längerfristigen Verpflichtungen aus einem laufenden Verbandsvertrag durch konzerninterne Abspaltungen gewisser Betriebe oder Betriebsteile zu entziehen versuchen.

Der bekannteste Fall ist wahrscheinlich derjenige der *Roche,* auf den deshalb im Folgenden detailliert eingegangen werden und der als Anschauungsbeispiel dienen soll. Die Roche hat im Jahr 1988 ihr Personalrestaurant in die 100%-ige Tochtergesellschaft Tavero AG überführt. Den bisherigen Arbeitnehmern wurde gekündigt, sie wurden aber zu denselben Bedingungen von der Tochtergesellschaft wieder eingestellt. Neueintretende Arbeitnehmer wurden zu den Bedingungen des allgemeinverbindlich erklärten Landes-GAV für das Gastgewerbe eingestellt. Gegen diesen Entscheid rief die Gewerkschaft Textil Chemie Papier das Schiedsgericht des GAV für die Basler Chemische Industrie an[11]. Dabei

---

4 BGer vom 13.6.2000, 4C.7/1999, E. 4 = SemJud 2001 I, 49; bestätigt in BGer vom 13.9.2005, 4C.422/2004, E. 4.5.3 («changement complet par rapport à la jurisprudence rendue en 1938 [ATF 64 I 16 consid. 8 p. 32]»).

5 VISCHER (FN 3), 99; vgl. auch JEAN-FRITZ STÖCKLI, BeKo OR 1999, Art. 356b N 31.

6 Sog. individualrechtliche Nachwirkung, siehe dazu FRANK VISCHER, SPR VII/4, Der Arbeitsvertrag, 3. Aufl., Basel 2005, 369; FRANK VISCHER/ANDREAS C. ALBRECHT, ZhKo OR 2006, Art. 356c N 46; STÖCKLI (FN 5), Art. 356c N 33; EUGEN X. 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., E. 3.1.

7 Bei breitflächigen Änderungskündigungen können die Vorschriften betreffend Massenentlassungen (Art. 335d–335g) anwendbar werden, siehe THOMAS GEISER, Die Änderungskündigung im schweizerischen Arbeitsrecht, AJP 1999, 60 ff., 65; LIENHARD MEYER, Die Massenentlassung, Basel 1999, 102 ff.; ROLAND A. MÜLLER, Die neuen Bestimmungen über Massenentlassungen (Art. 335d OR ff.), ArbR 1995, 105 ff., 114; ULLIN STREIFF/ADRIAN VON KAENEL, Arbeitsvertrag: Praxiskommentar zu Art. 319–362 OR, 6. Aufl., Zürich 2006, Art. 335d N 5.

8 Siehe dazu VISCHER (FN 6), 369 (betr. Nachwirkung von GAV-Kündigungsregeln).

9 Zu den Begriffen siehe VISCHER/ALBRECHT (FN 6), Art. 356 N 27 und 33.

10 Zur sog. Tarifkonkurrenz, insbesondere dem Spezialitätsgrundsatz, siehe VISCHER/ALBRECHT (FN 6), Art. 356 N 130 ff.; STÖCKLI (FN 5), Art. 356 N 67 ff.; ROLAND A. MÜLLER, Die neuen Bestimmungen über den Betriebsübergang, AJP 1996, 149 ff., 155; REHBINDER (FN 2), N 229.

11 Siehe dazu den Entscheid des SGer des GAV für die Basler Chemie vom 13.4.1989, JAR 1990, 388 ff.

stellte sich die Frage, ob die Ausgliederung des Personalrestaurants in eine Tochterfirma der Roche einen Verstoss gegen den GAV darstellte, und ob somit das Personal, das bis anhin dem im Unternehmen geltenden GAV für die Basler Chemische Industrie mit seinem relativ hohen Lohnniveau unterstand, weiterhin unter den vom GAV erfassten Personenkreis falle, oder ob allenfalls der allgemeinverbindlich erklärte Landes-GAV im Gastgewerbe mit seinen tieferen Lohnansätzen massgeblich sei. Das Schiedsgericht urteilte, dass die Ausgliederung des Personalrestaurants keine unzulässige Umgehung der GAV-Bestimmungen darstelle[12].

Die bisherige, zumindest vorherrschende Meinung, dass die betriebliche Ausgliederung während der Dauer des GAV den Wegfall der GAV-Bindung bewirke, wenn der Übernehmer des Betriebs nicht zum Kreis der an den GAV gebundenen Arbeitgeber (sog. beteiligte Arbeitgeber im Sinne von Art. 356 Abs. 1 OR) gehöre[13], soll nachfolgend unter Berücksichtigung der heutigen Gesetzeslage und neueren Entwicklungen in Lehre und Rechtsprechung näher beleuchtet werden.

1. Anwendung des Art. 333 Abs. 1bis OR

Eine Ausgliederung kann je nach Sachverhalt die Tatbestandsvoraussetzungen der am 1. Mai 1994 in Kraft getretenen Betriebsübergangs-Bestimmung in Art. 333 Abs. 1 OR erfüllen[14]. Die Vorschrift von Art. 333 OR verfolgt den Zweck, den Fortbestand der Arbeitsverhältnisse der Arbeitnehmer und ihren sozialen Besitzstand zu sichern. Liegt ein Betriebsübergang vor, so kommt Art. 333 Abs. 1bis OR zur Anwendung, wonach der Erwerber des Betriebs den auf das übertragene Arbeitsverhältnis anwendbaren GAV während eines Jahres einzuhalten hat, sofern dieser nicht vorher abläuft oder infolge Kündigung endet. Diese Bestimmung sorgt für eine Ausdehnung der GAV-Bindung insofern, als ein an sich nicht-beteiligter Erwerber eines Betriebs während begrenzter Zeit von Gesetzes wegen zur Einhaltung des GAV verpflichtet ist. Die Anwendung von Art. 333 Abs. 1bis OR auf Ausgliederungen zum Zweck der Tarifflucht bedeutet, dass der neue Betriebsinhaber zumindest während eines Jahres an die arbeitsvertraglichen GAV-Bestimmungen gebunden ist. Die Arbeitsbedingungen des GAV werden dabei Bestandteile der individuellen Arbeitsverträge der übergegangenen Arbeitnehmer des ausgegliederten Betriebs. Will das Tochterunternehmen die Arbeitsbedingungen ändern, so muss es gemäss Art. 333 Abs. 1bis OR eine Karenzfrist von einem Jahr abwarten. Nach Ablauf der Karenzfrist kann das Tochterunternehmen Neuregelungen der Arbeitsbedingungen vornehmen. Somit kann durch die Ausgliederung und rechtliche Verselbständigung von Betrieben oder Betriebsteilen in einigen Fällen die Fortgeltung von GAV-Bestimmungen mit langer Laufzeit deutlich verkürzt werden.

Ein Teil der Lehre geht nun aber davon aus, dass eine Weitergeltung von Art. 333 Abs. 1bis OR nicht besteht, wenn ein Betriebsteil ausgegliedert wird, der ohnehin ausserhalb der eigentlichen Geschäftstätigkeit liegt, wie eben die Betriebskantine bei der Roche[15]. Auch Art. 333 Abs. 1bis OR könne hier keine Weitergeltung bewirken, liege doch der ausgegliederte Betriebsteil ausserhalb des sachlichen Geltungsbereichs des für den Betrieb massgeblichen GAV, da eine Kantine nicht zum eigentlichen Geschäftsbereich des Chemieunternehmens gehöre[16]. Ausserdem ergebe sich die Geltung des primären GAV vor der Ausgliederung für die Arbeitnehmer in der Betriebskantine überhaupt nur gestützt auf den Grundsatz der Tarifeinheit, der wiederum nur für die Zeit bestehe, während der eine berufsfremde Abteilung zum Unternehmen gehöre; die ausgegliederte Betriebskantine des Chemieunternehmens könne somit nur bis zu ihrer Ausgliederung von der Tarifeinheit im Bereich der Chemieunternehmung erfasst werden[17].

Aus verschiedenen Gründen stimme ich dieser Ansicht nicht zu. Der *sachliche Geltungsbereich des GAV* nach dem Branchenverbandsprinzip und das massgebliche Zuordnungskriterium der Tätigkeit, die dem Betrieb das Gepräge gibt, dienen der Bestimmung, ob ein GAV auf einen bestimmten Betrieb anwendbar ist[18]. Es ist zwar richtig, dass das Personalrestaurant nicht per se in den sachlichen Geltungsbereich des GAV für die Basler Chemische Industrie fiel, da das Personalrestaurant innerhalb der Roche einen eigenen Betrieb darstellte und dieser Betrieb nicht überwiegend der Branche der chemischen Industrie angehörte. Im Schiedsgerichtsurteil vom 13. April 1989 ist denn auch nachzulesen, dass die Angestellten des Personalrestaurants im Oktober 1971 – leitende Angestellte ausgenommen – explizit dem GAV für die Basler Chemische Industrie unterstellt wurden, wobei zwei Abweichungen bezüglich der Arbeitszeiten vorbehalten wurden. Die Angestellten des Personalrestaurants sind «nicht

---

[12] SGer vom 13.4.1989 (FN 11), 395, E. 4b.

[13] So Frank Vischer, Fragen aus dem Kollektivarbeitsrecht, AJP 1995, 547 ff., 551; Gabriel Aubert, La nouvelle réglementation des licenciements collectifs et des transferts d'entreprises, in: Aubert (Hrsg.), Journée 1994 de droit du travail et de la sécurité sociale, Zürich 1995, 87 ff., 109.

[14] Siehe dazu Isabelle Wildhaber, Der Tatbestand des Betriebs(teil)übergangs gemäss Art. 333 Abs. 1 OR, ZSR 2007 I, 463 ff.

[15] Siehe Stöckli (FN 5), Art. 356b N 29, mit Verweis auf SGer vom 13.4.1989 (FN 11), 388; sich anschliessend Manfred Rehbinder/Wolfgang Portmann, BaKo OR 2003, Art. 333 N 8; Wolfgang Portmann, BaKo OR 2007, Art. 333 N 20; Urs L. Baumgartner, BaKo FusG 2005, vor Art. 27 N 21.

[16] Stöckli (FN 5), Art. 356 N 53.

[17] Stöckli (FN 5), Art. 356 N 54.

[18] Siehe z.B. BGer vom 15.5.1996, JAR 1997, 265; BGer vom 11.7.2002, 4C.45/2002, E. 2.1; Thomas Geiser, Probleme des Gesamtarbeitsvertragsrechts in der Schweiz, ARV 2004, 137 ff., 139.

ohne weiteres, sondern erst durch die spezielle Vereinbarung von 1970 dem GAV [freiwillig] unterstellt worden»[19]. Genau dies war denn auch der Grund, weshalb eine Umstrukturierung anno 1988 als notwendig erachtet wurde. So erläuterte PIERRE JACCOUD, früherer Sekretär der Konzernleitung, in einem Interview mit dem Tages-Anzeiger:

> «Früher war unsere Küche dem Gesamtarbeitsvertrag der Chemie unterstellt. Die Chemie zahlte weltweit die höchsten Löhne. Der Gesamtarbeitsvertrag lag massivst über den Grundlöhnen des Gastgewerbes. Die Kritik kam aus dem lokalen Gastgewerbe, wir – und alle andern chemisch-pharmazeutischen Unternehmen – würden das Gastgewerbe zerstören, weil wir die besten Leute holten. Lohn, Arbeitszeit, Sozialleistungen, Lohnnebenleistungen waren auf einem Niveau, das mit jenem des Gastgewerbes nicht vergleichbar war. Wir subventionierten damals mit Beiträgen in mehrfacher Millionenhöhe.»[20]

Wenn nun aber die Arbeitnehmer eines Betriebs zum Zeitpunkt des Betriebsübergangs unbestrittenerweise dem in Frage stehenden GAV kollektivrechtlich unterstehen, so darf die Anwendung von Art. 333 Abs. 1bis OR auf diese Arbeitnehmer nicht deshalb verneint werden, weil deren Unterstellung auf einer speziellen Vereinbarung beruht. Der Schutzzweck der Norm besteht gerade darin, dem Arbeitnehmer bei Betriebsübergang die Wahrung der Arbeitsbedingungen kollektivrechtlicher Natur für die Dauer eines Jahres zu gewährleisten[21], unabhängig davon, aufgrund welchen tarifrechtlichen Prinzips der GAV auf den betreffenden Arbeitnehmer ursprünglich anwendbar wurde. Wortlaut und ratio des Art. 333 Abs. 1bis OR ergeben, dass der GAV weiterhin und unverändert für alle Arbeitsverhältnisse gilt, für die er schon beim bisherigen Arbeitgeber gegolten hat. Lehnt man dies ab, so spielt die Frage nach der Rechtsmissbräuchlichkeit (2.) eine umso grössere Rolle.

In Bezug auf einen bestimmten Betrieb besagt der *Grundsatz der Tarifeinheit*, dass ein Branchenvertrag in der Regel für alle beteiligten Mitarbeiter eines der betreffenden Branche angehörenden Betriebs gilt, unabhängig von der konkreten Tätigkeit des einzelnen Mitarbeiters[22]. Auch der Grundsatz der Tarifeinheit ergibt im Hinblick auf eine Beurteilung, ob der (anno 1988 noch nicht existierende) Art. 333 Abs. 1bis OR auf einen Fall wie den des ausgegliederten Personalrestaurants der Roche Anwendung finden muss, keine Erkenntnisse. Denn das Personalrestaurant stellte einen eigenen Betrieb innerhalb der Roche dar, der insgesamt nicht überwiegend der Branche der chemischen Industrie angehörte. Das Prinzip der Tarifeinheit kommt in dieser Konstellation gar nicht zum Zug.

2. Annahme einer Rechtsmissbräuchlichkeit bei Tarifflucht

Es stellt sich des Weiteren die Frage, ob in der Ausgliederung eines Betriebs oder Betriebsteils zwecks Tarifflucht selbst dann eine rechtsmissbräuchliche Gestaltung liegen kann, wenn man – wie hier – von der Annahme ausgeht, dass auf diesen Fall zumindest Art. 333 Abs. 1bis OR anwendbar ist.

Das Schiedsgericht des GAV für die Basler Chemie untersuchte im Roche-Fall, ob das Vorgehen der Roche nicht eine unzulässige Umgehung der Bestimmungen des GAV darstellte, indem das Personalrestaurant wie bisher nur durch die neugegründete Tochtergesellschaft weitergeführt wurde, aber den Mitarbeitern nun nicht mehr die Löhne gemäss GAV-Tarifen ausbezahlt wurden[23]. Dabei berücksichtigte das Schiedsgericht, dass das Personalrestaurant nicht per se in den sachlichen Geltungsbereich des GAV für die Basler Chemie fiel[24], sondern dass dessen Angestellte vielmehr freiwillig durch die spezielle Vereinbarung von 1970 dem GAV unterstellt worden sind. Des Weiteren berücksichtigte das Schiedsgericht, dass die Roche den Betrieb des Personalrestaurants mit einem klassischen Outsourcing einem aussenstehenden Unternehmen hätte übertragen können, mit der Folge, dass die Mitarbeiter ebenfalls nicht mehr nach dem GAV für die Basler Chemische Industrie, sondern dem Landes-GAV für das Gastgewerbe entlöhnt worden wären. Dann wären aber auch den bisherigen Angestellten des Personalrestaurants ab sofort tiefere Löhne ausbezahlt worden, da ihnen in diesem Fall der Betriebsschliessung keine Besitzstandgarantie gewährt worden wäre[25]. Da der Roche ein Outsourcing an ein unabhängiges Unternehmen nicht hätte verwehrt werden können und die damit verbundene Betriebsschliessung zu berechtigten Kündigungen Anlass gegeben hätte, erachtete das Schiedsgericht das gewählte Vorgehen als zulässig. Damit seien die wirtschaftlichen Nachteile für die bisherigen Arbeitnehmer in der Personalkantine wesentlich verringert worden. Es liege in diesem Fall keine Umgehungsabsicht

---

19 SGer vom 13.4.1989 (FN 11), 395.

20 Siehe PAUL IMHOF, Täglich eine Stunde Ferien im Betrieb, Tages-Anzeiger vom 28.6.2003, 57.

21 Gl.M. STREIFF/VON KAENEL (FN 7), Art. 333 N 9. Auch das deutsche Recht geht in solchen Fällen von der Anwendung von § 613a BGB aus, siehe z.B. BAG vom 1.4.1987, NZA 1987, 593 (Ausgliederung einer Restaurantabteilung aus Einzelhandelsbetrieben von Warenhäusern); MARTIN HENSSLER, Aufspaltung, Ausgliederung und Fremdvergabe, NZA 1994, 294 ff., 300; MICHAEL E. REICHEL, Tarifflucht durch Outsourcing?, AuA 2002, 550 ff.; GÜNTER SCHAUB, Wege und Irrwege aus dem Flächentarifvertrag, NZA 1998, 617 ff., 620.

22 Z.B. BGer vom 27.2.1996, JAR 1997, 269; BGer vom 12.3.2001, 4C.350/2000, E. 3a; sowie VISCHER/ALBRECHT (FN 6), Art. 356 N 134 ff.

23 SGer vom 13.4.1989 (FN 11), 395.

24 SGer vom 13.4.1989 (FN 11), 395 («Dazu ist festzustellen, dass in bezug auf das Personalrestaurant insofern eine besondere Situation besteht, als dieses *nicht zum eigentlichen Geschäftsbetrieb der H. AG als Chemieunternehmen gehört,* für welchen der GAV für die Basler Chemische Industrie in erster Linie Geltung beansprucht, sondern der sozialen Wohlfahrt dient und von der H.AG subventioniert wird.» – Hervorhebung durch die Autorin).

25 SGer vom 13.4.1989 (FN 11), 395.

hinsichtlich der Bestimmungen des GAV vor, da das Vorgehen der Roche auch bezwecke, finanzielle Härten für die betroffenen bisherigen Mitarbeiter der Personalkantine zu vermeiden. Somit kam das Schiedsgericht zur Schlussfolgerung, dass im «besonderen Fall des Personalrestaurants, welches im Gegensatz zu den chemischen Produktionsstätten ohne Schmälerung des eigentlichen Geschäftsbetriebs an ein aussenstehendes Unternehmen übertragen werden könnte, somit davon auszugehen [ist], dass das Vorhaben der H.AG keine unzulässige Umgehung der Vorschriften des GAV für die Basler Chemische Industrie darstellt»[26].

Die Bemerkung des Schiedsgerichts, dass das gleiche Vorgehen der Roche im angestammten Geschäftsbereich einer unzulässigen Aushöhlung des GAV gleichkommen würde[27], ist im Kontext des spezifischen Falls zu sehen. Das Schiedsgericht nahm in seinen Erwägungen insbesondere Bezug auf Annex 1 zum GAV, wonach die im Arbeitgeberverband zusammengefassten Firmen ihre Absicht bekundeten, den Anwendungsbereich des GAV nicht zu schmälern. Die Entstehungsgeschichte dieses Annexes zeige, dass die Parteien mit dieser Bestimmung eine Aushöhlung des GAV verhindern wollten (E. 4b und E. 5). Aufgrund des Schiedsgerichtsurteils kann geschlossen werden, dass im konkreten Fall die Ausgliederung eines typisch chemischen Betriebs zu einer Schmälerung des eigentlichen Geschäftsbetriebs geführt hätte und deshalb gemäss GAV und seiner zahlreichen Annexe restriktiver zu beurteilen gewesen wäre. Die eben zitierte Bemerkung des Schiedsgerichts ist jedoch nicht zu verallgemeinern und es darf daraus nicht geschlossen werden, dass jede zwecks Tarifflucht vorgenommene Ausgliederung eines Betriebs, welche in den sachlichen Geltungsbereich eines GAV («Industrietarif») fällt, rechtsmissbräuchlich wäre.

Die durch Art. 27 BV geschützte Möglichkeit des Arbeitgebers, unternehmerische Entscheidungen frei zu treffen, umfasst das Recht, sein Unternehmen durch Ausgliederung umzustrukturieren. Die Ausübung dieses Rechts muss grundsätzlich auch dann nicht durch andere, sachliche Gründe gerechtfertigt werden, wenn sie zum Zweck der zukünftigen Vermeidung tariflicher Bindung geschieht. Es gibt im Tarifrecht kein Verbot, Unternehmensstrukturen gerade wegen der damit verbundenen wirtschaftlichen Vorteile für den Arbeitgeber zu verändern[28]. Es ist durchaus nicht sachwidrig und kann aus Wettbewerbsgründen sogar notwendig sein, einzelne fachfremde Tätigkeitsbereiche des Betriebs aus dem Geltungsbereich des für diesen Betrieb massgebenden GAV herauszunehmen. Dies spricht gegen die Annahme eines Rechtsmissbrauchs, selbst dann, wenn eine konzerninterne Betriebs(teil)ausgliederung ausschliesslich der Tarifflucht dient. Die Möglichkeit des Arbeitgebers, Betriebe oder Betriebsteile auszugliedern und zu übertragen, kommt des Weiteren in Art. 333 OR zum Ausdruck, der den Schutz des Arbeitnehmers in diesen Situationen bezweckt. Die Anwendung von Art. 333 Abs. 1bis OR auf Ausgliederungen zum Zweck der Tarifflucht bedeutet, dass der neue Betriebsinhaber zumindest während eines Jahres an die arbeitsvertraglichen GAV-Bestimmungen gebunden ist. Dies spricht ebenfalls gegen die Annahme eines Rechtsmissbrauchs. Art. 333 Abs. 1bis OR würde sonst nicht zur Anwendung kommen können, da die Rechtsfolge einer rechtsmissbräuchlichen, konzerninternen Umstrukturierung wäre, dass die umgangenen, vor der Umstrukturierung anwendbaren GAV-Bestimmungen weiterhin kollektivrechtlich anwendbar blieben[29]. Auch abgesehen von Art. 333 Abs. 1bis OR sind die Gewerkschaft und ihre Mitglieder als unmittelbar Betroffene nach der Ausgliederung zwecks Tarifflucht nicht völlig schutzlos gestellt. Aufgrund der Tariffähigkeit des neuen Arbeitgebers kann die Gewerkschaft den GAV bei der Tochtergesellschaft regelmässig neu erkämpfen, was ein weiteres Argument gegen die Annahme eines Rechtsmissbrauchs ist.

3. Annahme einer Einwirkungspflicht im Konzern bei Tarifflucht

In Deutschland hat das BAG im sog. *Goethe-Institut*-Urteil vom 11. September 1991[30] bei einer Ausgliederung eine Einwirkungspflicht des tarifgebundenen Mutterunternehmens auf ihre tariffreie Tochter bejaht, wenn die Ausgliederung zum Zweck der Tarifflucht erfolgt. Das Goethe-Institut wollte in dem zugrunde liegenden Fall die Löhne für deutsche Ortskräfte in Mexiko denen der mexikanischen Ortskräfte angleichen, da die unterschiedliche Behandlung gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz nach mexikanischem Recht verstiess. Dazu hob es die Arbeitsverhältnisse der deutschen Arbeitnehmer auf und begründete sie neu mit einer mexikanischen Tochter des Goethe-Instituts e.V. zu «nach unten angeglichenen Bedingungen». Das Tochterunternehmen war weder Partei des Firmenvertrags noch Mitglied eines entsprechenden Arbeitgeberverbands.

Das BAG anerkannte, dass abhängige, rechtlich selbständige Unternehmen nicht tarifgebunden werden, weil die Muttergesellschaft tarifgebunden ist und ging davon aus, dass das Tochterunternehmen nicht tarifgebunden sei (N 39). Es entschied aber, dass sich ein Unternehmen, das an einen Firmenvertrag gebunden ist, nicht ohne weiteres durch Ausgliederung von Betrieben der Geltung des Firmenvertrags entziehen können solle. Vielmehr bestehe eine schuldrecht-

---

[26] SGer vom 13.4.1989 (FN 11), 396.

[27] SGer vom 13.4.1989 (FN 11), 395.

[28] Vgl. auch HEINZ JOSEF WILLEMSEN/KLAUS-STEFAN HOHENSTATT/ULRIKE SCHWEIBERT/CHRISTOPH H. SEIBT, Umstrukturierung und Übertragung von Unternehmen – Arbeitsrechtliches Handbuch, 2. Aufl., München 2003, B 132.

[29] Siehe zum ähnlichen Fall des rechtsmissbräuchlichen Verbandsaustritts OTTO LANG, Kommentar zum Dienstvertrag, Aarau 1930, Art. 323 N 8; PHILIPPE BOIS, Etudes de droit social, Zürich 1991, 13.

[30] BAG vom 11.9.1991, 4 AZR 71/91 = DB 1992, 98 = BB 1991, 2390.

liche Einwirkungspflicht des ausgliedernden Unternehmens (als Vertragspartei) auf die Tochtergesellschaft, wenn jene nur aus Gründen des internationalen Rechts verselbständigt wurde, aber tatsächlich von der Haustarifvertragspartei ideell, wirtschaftlich und verwaltungsmässig abhänge und die Ausgliederung nicht zur Verwirklichung eigener Unternehmensziele des Tochterunternehmens erfolgte. Aus der tarifvertraglichen Dauerrechtsbeziehung folge die Verpflichtung des an einen Firmenvertrag gebundenen Unternehmens, «alles zu unterlassen, durch das die tarifvertraglichen Regelungen leerlaufen können und die Existenz des Tarifpartners ausgehöhlt wird» (N 44). Der Arbeitgeber dürfe die Flucht aus dem Tarifvertrag nicht fördern. In der geschilderten Konstellation müsse daher das ausgliedernde Unternehmen auf die Tochtergesellschaft einwirken, damit jene den abgeschlossenen Firmentarifvertrag weiterhin anwende. Rechtlich selbständige Tochterunternehmen eines tarifgebundenen Arbeitgebers müssten die Tarifverträge anwenden, wenn die rechtliche Verselbständigung nur aus Gründen des internationalen Rechts erfolgt sei und das Tochterunternehmen tatsächlich wie eine unselbständige Unternehmensabteilung beherrscht werde (N 42).

Diese Rechtsprechung wird in der deutschen Literatur höchst unterschiedlich bewertet[31]. Eine Übernahme dieser Rechtsprechung ins schweizerische Recht ist aus folgenden Gründen *abzulehnen*. Wenn das BAG in der Goethe-Institut-Entscheidung davon ausgeht, dass das rechtlich selbständige Tochterunternehmen einer tarifgebundenen Konzernmutter den für sie nicht geltenden Tarifvertrag anwenden müsse, soweit die Ausgliederung nur zum Zweck der Tarifflucht erfolgt sei und das Tochterunternehmen tatsächlich wie eine unselbständige Unternehmensabteilung beherrscht werde (N 42), dann verletzt diese Entscheidung die tarifrechtliche Selbständigkeit der Tochtergesellschaft und damit auch einen Grundsatz des schweizerischen GAV-Rechts[32]. Grundsätzlich werden nur die beteiligten Arbeitgeber im Sinne von Art. 356 Abs. 1 OR von den normativ wirkenden Bestimmungen des GAV erfasst. Jeder rechtlich selbständige Arbeitgeber entscheidet privatautonom über seine GAV-Beteiligung durch Vertragsunterzeichnung, Verbandsmitgliedschaft oder Anschluss gemäss Art. 356b. Dies bedeutet, dass alle Konzerntöchter privatautonom im Rahmen der Rechtsordnung selbst und eigenständig darüber bestimmen, ob sie sich gemäss Art. 356 Abs. 1 OR an einem GAV beteiligen. Anders ist die Situation, wenn die Konzernmutter die Geltung der GAV-Bestimmungen bei der Tochtergesellschaft anstrebt – dann handelt es sich aber genau nicht um einen Fall der Tarifflucht. So kann die Muttergesellschaft, die selbst auch Arbeitgeberin ist[33], im Rahmen der Verhandlungen über einen GAV entweder ihre Tochtergesellschaften vertreten (normative Geltung des GAV auch für die Tochtergesellschaft) oder sie kann den GAV auf die Tochtergesellschaften ausdehnen bzw. eine vertragliche Einwirkungspflicht auf die Tochtergesellschaft festlegen (Ausweitung des faktischen GAV-Geltungsbereichs ohne normative Wirkung)[34].

Es kommt hinzu, dass die Goethe-Institut-Entscheidung vom BAG nur deshalb «konstruiert» wurde, weil es sich um die einzige Möglichkeit handelte, den betroffenen Arbeitnehmern einen Anspruch zuzusprechen, da die in Mexiko beschäftigten Arbeitnehmer eine individualrechtliche Fortgeltung des Firmenvertrags nicht auf der Grundlage der deutschen Betriebsübergangs-Norm § 613a Abs. 1 BGB verlangen konnten[35]. Eine entsprechende Notwendigkeit besteht aber dann nicht, wenn sich die Übertragung von Betrieben unter Anwendung von § 613a Abs. 1 BGB bzw. in der Schweiz von Art. 333 Abs. 1bis OR vollzieht und damit eine einzelvertragliche (und für die Dauer eines Jahres zwingende) Sicherung des tarifrechtlichen Status zur Verfügung steht. Diese Regelung würde umgangen, wollte man über das Vehikel der Einwirkungspflicht eine quasi-kollektivrechtliche Fortgeltung eines Firmenvertrags innerhalb eines nicht am Vertragsabschluss beteiligten Unternehmens herbeiführen[36]. Die Goethe-Institut-Entscheidung bietet daher keine geeignete Grundlage, um die nur noch einzelvertragliche Fortgeltung eines Firmenvertrags zugunsten einer kollektivrechtlichen Fortgeltung zu verdrängen. Eine Anwendung der vom BAG entwickelten Grundsätze auf schweizerische

---

31 Zustimmend HENSSLER (FN 21), 300 f; MICHAEL BACHNER/ROLAND KÖSTLER/VOLKER MAATHIESSEN/WOLFGANG TRITTIN, Handbuch Arbeitsrecht bei Unternehmensumwandlung und Betriebsübergang, 2. Aufl., Baden-Baden 2003, 264 ff.; KARL RIESENHUBER, Tarifbindung und Ausgliederung von Unternehmensteilen, BB 1993, 1001 ff.; WOLFGANG TRITTIN, Tarifflucht durch Unternehmensteilung?, AiB 1994, 12 f. Kritisch MEINHARD HEINZE, Tarifzuständigkeit von Gewerkschaften und Arbeitgebern/Arbeitgeberverbänden, DB 1997, 2122 ff., 2124 f.; HERBERT BUCHNER, Abschied von der Einwirkungspflicht der Tarifvertragsparteien, DB 1992, 572 ff., 573.

32 Vgl. im deutschen Recht HEINZE (FN 31), 2124 f; WILLEMSEN/HOHENSTATT/SCHWEIBERT/SEIBT (FN 28), E N 89. Allgemein zur Tariffähigkeit VISCHER/ALBRECHT (FN 6), Art. 356 N 35 ff.; STÖCKLI (FN 5), Art. 356 N 29 ff.

33 Siehe STÖCKLI (FN 5), Art. 356 N 42. Damit kommt die reine Holdinggesellschaft für den Abschluss eines GAV nicht in Frage.

34 Siehe dazu MARKUS METZ, Risiken im kollektiven Arbeitsrecht, in: SUTTER-SOMM/HAFNER/SCHMID/SEELMANN (Hrsg.), Risiko und Recht, Festgabe zum Schweizerischen Juristentag 2004, Basel 2004, 129 ff., 144 («Die Tochtergesellschaften haben in letzterem Fall die konzernrechtliche Pflicht, die normativen Bestimmungen anzuwenden; zu Parteien des Gesamtarbeitsvertrages werden sie dadurch aber nicht.»). Allgemein STÖCKLI (FN 5), Art. 356 N 62, Art. 356b N 16 zur Ausdehnungsklausel; Art. 357a N 9 ff. zur Einwirkungspflicht; BGE 132 III 32 = BGer vom 22.3.2006, 4C.396/2004 = JAR 2007, 233 zur direkten Stellvertretung im Konzern.

35 Ähnlich WILHELM MOLL, Kollektivvertragliche Arbeitsbedingungen nach einem Betriebsübergang, RdA 1996, 275 ff., 285.

36 So auch die Argumentation von BJÖRN GAUL, Das Arbeitsrecht der Betriebs- und Unternehmensspaltung, Köln 2002, 899.

Ausgliederungen zwecks Tarifflucht erscheint mir deshalb als ausgeschlossen.

IV. Fazit

Für den Arbeitgeber bestehen verschiedene Möglichkeiten, die Fortgeltung von GAV-Bestimmungen mit langer Laufzeit deutlich zu verkürzen. Eine wichtige Form dieser sog. «Tarifflucht» ist die Ausgliederung eines Betriebs(teils), welche je nach Sachverhalt einen Betriebsübergang im Sinne von Art. 333 Abs. 1 OR darstellen kann. Die Anwendung von Art. 333 Abs. 1bis OR hat zur Folge, dass der neue Betriebsinhaber während eines Jahres von Gesetzes wegen an die arbeitsvertraglichen GAV-Bestimmungen gebunden ist. Damit bleibt i.d.R. kein Platz mehr für die Annahme eines Rechtsmissbrauchs, selbst dann nicht, wenn die ausgegliederten Betriebe oder Betriebsteile in den sachlichen Geltungsbereich des GAV («Industrietarif») fallen und die vorgenommene Ausgliederung ausschliesslich der Tarifflucht dient.

Sowohl der Verbandsaustritt als auch die Ausgliederung eines Betriebs(teils) sind keine Möglichkeiten, welche es dem Arbeitgeber erlauben, sich kurzfristig aus dem geltenden GAV zu lösen. Die vom Arbeitgeber angestrebten Änderungen im Bereich der Inhaltsnormen bleiben dem Arbeitgeber in beiden Fällen auch für eine gewisse Zeit nach dem Austritt aus seinem Verband bzw. der Ausgliederung verwehrt. Gleichzeitig sieht der Arbeitgeber sich eventuell mit Streiks konfrontiert. Die Friedenspflicht, welche den Gewerkschaften Arbeitskampfmassnahmen während der Laufzeit eines GAV verbietet, endet nämlich schon zum Zeitpunkt des Austritts bzw. mit dem Tag der Betriebsnachfolge im Rahmen der Ausgliederung, weil sie im schuldrechtlichen Teil des GAV geregelt ist[37]. Aus diesem Grund kann eine Strategie der Tarifflucht kurzsichtig sein, da sie das Verhandlungsklima mit der Gewerkschaft erheblich belasten dürfte und gewünschte Änderungen des GAV möglicherweise besser in Nachverhandlungen hätten erreicht werden können.

Eine effektive Möglichkeit zur Änderung geltender verbandsvertraglicher Regelungen kann im Abschluss eines Firmenvertrags bestehen. Dann muss das Unternehmen allerdings den damit verbundenen Zeit- und Personalaufwand einkalkulieren.

La CCT peut, si elle contient des dispositions à valeur normative sur le salaire et le temps de travail, déboucher sur une non-flexibilité de l'aménagement des contrats individuels de travail. Dès lors, il n'est pas étonnant que des employeurs liés par une CCT tentent d'échapper en partie à la CCT de leur secteur, afin de pouvoir modifier certaines conditions de travail. L'une des méthodes utilisées à cet effet par l'employeur consiste à sortir de l'association d'employeurs et à résilier la CCT. Un autre procédé consiste à conclure une CCT d'entreprise qui, vu le principe de spécialité, va restreindre la portée de la CCT de l'association. Quant à la principale méthode, elle se caractérise par la scission d'une entreprise ou d'une partie d'entreprise. Scission qui peut déboucher sur la perte de toute force obligatoire de la CCT, si l'acquéreur de l'entreprise ne fait pas partie du cercle des employeurs intéressés au sens de l'art. 356 al. 1 CO. Toutefois, l'art. 333 al. 1bis CO sera applicable en règle générale, de sorte que le nouveau propriétaire de l'entreprise sera lié par les dispositions de la CCT relevant du droit du travail pendant une année au moins. C'est pour ce motif qu'il convient de partir du principe que la scission pour fuite conventionnelle n'est pas constitutive d'un abus de droit. Le droit suisse ne doit pas s'inspirer de la jurisprudence allemande, selon laquelle la filiale indépendante sur le plan juridique doit appliquer la convention tarifaire qui lie la société-mère, même si cette convention ne la concerne pas, dans la mesure où la scission n'a été motivée que par une fuite conventionnelle et que la filiale est effectivement gérée comme une section de l'entreprise.

(trad. LT LAWTANK, Fribourg)

[37] Siehe Müller (FN 10), 151 f.; Streiff/von Kaenel (FN 7), Art. 333 N 9.