

Wolfgang Portmann / Jean-Fritz Stöckli,

Kollektives Arbeitsrecht

Zürich 2004

INHALTSÜBERSICHT

1. KAPITEL: DIE VERFASSUNGSMÄSSIGEN GRUNDLAGEN UND IHRE PRIVATRECHTLICHEN AUSSTRAHLUNGEN	1
§ 1. Einleitung	1
I. Die Funktion des kollektiven Arbeitsrechts	1
II. Die verfassungsrechtliche Verankerung des kollektiven Arbeitsrechts	1
§ 2. Die Wirtschaftsfreiheit	1
I. Der Schutz im Allgemeinen	1
II. Der Schutz des Arbeitnehmers	1
§ 3. Die Koalitionsfreiheit	1
I. Die Koalitionsfreiheit im weiteren Sinn	1
II. Die Koalitionsfreiheit im engeren Sinn	1
III. Die Arbeitskampffreiheit	2
IV. Die Tarifautonomie	3
§ 4. Die Bundeskompetenz zur Regelung der Arbeit	3
I. Übersicht: Art. 110 BV	3
II. Die Regelung des Verhältnisses zwischen AG- und AN-Seite	3
III. Die Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen	3
§ 5. Die Bundeskompetenz zur Regelung des Zivilrechts	3
I. Übersicht	3
II. Die zivilrechtliche Natur der Regelung des Gesamtarbeitsvertrags	3
2. KAPITEL: DAS RECHT DES GESAMTARBEITSVERTRAGS	3
§ 6. Begriff, Entstehung und Form des Gesamtarbeitsvertrags	3
I. Der Begriff des Gesamtarbeitsvertrags	3
II. Die Entstehung des Gesamtarbeitsvertrags: nach Art. 1 OR	3
III. Die Form des Gesamtarbeitsvertrags	3
§ 7. Vertragsschliessende und beteiligte Subjekte des Gesamtarbeitsvertrags	4
I. Die vertragsschliessenden Kollektivparteien	4
II. Die beteiligten Einzelvertragsparteien	4
§ 8. Der Inhalt des Gesamtarbeitsvertrags	5
I. Der normative Inhalt des Gesamtarbeitsvertrags	5
II. Der indirekt-schuldrechtliche Inhalt des Gesamtarbeitsvertrags	6
III. Der schuldrechtliche Inhalt des Gesamtarbeitsvertrags	7
IV. Der sonstige Inhalt des Gesamtarbeitsvertrags	7
§ 9. Die Konkurrenz von Gesamtarbeitsverträgen	8
I. Problembewältigung	8
II. Gesetzliche Regeln: Art. 4 Abs. 2 AVEG	8
III. Vertragliche Regeln	8
IV. Regeln gemäss Lehre und Praxis	8
3. KAPITEL: DAS RECHT DER BETRIEBLICHEN MITWIRKUNG	8
§ 10. Mitwirkung der Arbeitnehmerschaft beim Erlass der Betriebsordnung	8
I. Die Betriebsordnung im Allgemeinen	8
II. Die einseitig erlassene Betriebsordnung	8
III. Die vereinbarte Betriebsordnung	9
§ 11. Mitwirkung der Arbeitnehmerschaft aufgrund des Mitwirkungsgesetzes	9
I. Allgemeines	9
II. Die Rechtsträgerschaft	9
III. Die Mitwirkungsrechte	9
IV. Die Zusammenarbeit	9
V. Gewillkürte Mitwirkungsordnungen	9

1. KAPITEL: DIE VERFASSUNGSMÄSSIGEN GRUNDLAGEN UND IHRE PRIVATRECHTLICHEN AUSSTRAHLUNGEN

§ 1. Einleitung

I. Die Funktion des kollektiven Arbeitsrechts

Art. 19 OR: Vertragsfreiheit; im AR faktisch überdurchschnittlich stark beschränkt aufgrund des Machtgefäl- len zwischen den Parteien. Funktion des KAR: Überwindung dieser faktischen Imparität; Mittel: GAV und überbetriebliche Normsetzungsbefugnis der Verbände (System der Gruppenmacht).

II. Die verfassungsrechtliche Verankerung des kollektiven Arbeitsrechts

Normen der BV, welche direkt oder indirekt die Arbeit betreffen: Arbeitsverfassung; Art. 8 Abs. 3, 27, 28, 41 Abs. 1 lit. d und Abs. 2, 63 Abs. 1, 100, 110, 114, 122 BV.

§ 2. Die Wirtschaftsfreiheit

I. Der Schutz im Allgemeinen

Individualrechtliche Funktion: Schutz der freien Konkurrenz im Wirtschaftsleben und der freien Berufswahl im privatwirtschaftlichen Bereich (Art. 27 BV). Schutz gegen Eingriffe von Privaten: indirekte Drittwirkung (Art. 35 Abs. 3 BV). Institutionelle Funktion: Art. 94 BV. Bundesstaatliche Funktion: Art. 95 ff. BV (→ BGBM).

II. Der Schutz des Arbeitnehmers

Auch unselbständig Erwerbende können sich auf Art. 27 BV berufen. Weiter: Art. 2-4 BGBM. Schutz gegen Eingriffe von Privaten: Art. 356a Abs. 2 und 3 OR. Zulässige Bestimmungen nach Abs. 3:

- Ausschluss ungelernter AN von gewissen Berufsarbeiten im Interesse der Qualitätssicherung
- Einschränkungen für Jugendliche, schwangere und stillende Frauen (Art. 29 ff., 35 Abs. 2 ArG).

§ 3. Die Koalitionsfreiheit

I. Die Koalitionsfreiheit im weiteren Sinn

Art. 28 BV: Koalitionsfreiheit i.e.S. (Abs. 1), Arbeitskampffreiheit (Abs. 2-4), Tarifautonomie. Koalition = Arbeitsverband = Vereinigung von AN (Gewerkschaft) oder von AG (AG-Verband).

II. Die Koalitionsfreiheit im engeren Sinn

1. ALLGEMEINES

Art. 28 Abs. 1 BV, Spezialfall von Art. 23 BV. Vgl. auch Art. 11 EMRK.

2. POSITIVE KOALITIONSFREIHEIT

a) Auf Einzelebene

Art. 28 Abs. 1 BV; auch Recht, in den Vereinigungen zu verbleiben und sich an deren Tätigkeiten zu betei- ligen. Indirekte Drittwirkung durch privatrechtliche Bestimmungen:

- Art. 27 Abs. 2 ZGB gegen koalitionsfeindliche Reverse (insbes. Verbotsklausel im EAV gegen Gewerk- schaft)
- Art. 28 ZGB gegen schwarze Listen
- Art. 328 OR gegen Benachteiligung bei Beförderungen, Aufgabezuweisungen, Weiterbildung
- Art. 328b OR gegen Frage nach Gewerkschaftszugehörigkeit bei der Bewerbung
- Art. 336 Abs. 2 lit. c OR gegen Kündigungen wegen Gewerkschaftszugehörigkeit.

b) Auf Verbandsebene

- Vereinigungsgarantie (Zusammenschluss von Verbänden)
 - Bestandesgarantie: Recht des Arbeitsverbandes auf Existenz
 - Betätigungsgarantie: Recht, die Interessen der Mitglieder zu verteidigen [BGE 129 I 113].
- Privatrechtliche Ausstrahlungen: Art. 28 ZGB [BGE 113 II 37], Art. 2 ff. UWG, Art. 356 Abs. 4 OR.

3. NEGATIVE KOALITIONSFREIHEIT

a) Auf Einzelebene

Art. 28 Abs. 1 BV; auch Recht, aus Arbeitsverbänden auszutreten [BGE 124 I 107]. Privatrechtlicher Schutz:

- Art. 28 ZGB
- Art. 70 Abs. 2 ZGB: zwingend erlaubter Austritt aus einem Verein
- Art. 336 Abs. 2 lit. a OR: missbräuchliche Kündigung
- Art. 356a Abs. 1 OR: Gültigkeit kollektivrechtlicher Abreden; unwirksam sind insbes.
 - Absperrklauseln:
 - Closed-shop-Klauseln: Pflicht des AG, nur Mitglieder der vertragsschliessenden Gewerkschaft

- als AN einzustellen;
- Union-shop-Klauseln: Pflicht des AG zur Entlassung von AN, die nicht innert Frist der Gewerkschaft beitreten;
- Maintenance-of-membership-Klauseln: Pflicht des AG zur Entlassung der aus der Gewerkschaft austretenden AN.
- Differenzierungsklauseln (teilweise):
 - Vorzugsklauseln: Pflicht des AG zur Gewährung höheren Lohns oder längerer Ferien an Gewerkschaftsmitglieder;
 - Ausschlussklauseln: Verbot für den AG, den Aussenseitern gewisse GAV-Leistungen zu erbringen. Zulässig, wenn
 - Aussenseiter nach Art. 356b OR sich uneingeschränkt dem GAV anschliessen können
 - Die den Verbandsmitgliedern eingeräumten Vorteile nicht übermässig sind.
- Exklusivvertragsklauseln: Verbot für den AG, mit anderen Gewerkschaften gleichlautende GAV abzuschliessen.

b) Auf Verbandsebene

Art. 28 Abs. 1 BV: Recht eines Verbandes, Vereinigungen fernzubleiben und aus solchen auszutreten.

III. Die Arbeitskampffreiheit

1. ARTEN DES ARBEITSKAMPFS

a) Streik

Kollektive Verweigerung der geschuldeten Arbeitsleistung zum Zweck der Durchsetzung von Forderungen nach bestimmten Arbeitsbedingungen gegenüber einem oder mehreren AG [BGE 125 III 283]. Zentrales Kampfmittel der AN-Seite.

b) Aussperrung

Kollektiver Ausschluss von AN von Arbeit und Lohn im Kampf um bestimmte Arbeitsbedingungen. Zentrales Kampfmittel der AG-Seite. Arten:

- Abwehraussperrung: Reaktion auf bereits begonnenen Streik
- Angriffsaussperrung
- Suspendierende Aussperrung: lässt die Hauptpflichten aus dem Arbeitsverhältnis ruhen
- Lösende Aussperrung: kollektivrechtliche Auflösung des Individualarbeitsverhältnisses.

c) Weitere Arten

Boycott, Pressekampagne.

2. RECHTMÄSSIGER ARBEITSKAMPF

a) Voraussetzungen

Art. 28 Abs. 3 BV [BGE 125 III 277], Prinzip der Kampfparität. 5 Voraussetzungen:

- Tariffähiges Subjekt; Tariffähigkeit: rechtliche Eigenschaft, GAV abschliessen zu können (AN/AG-Koalitionen, einzelne AG)
- Durch GAV regelbares Ziel
- Einhaltung der Friedenspflicht (z.B. aus Art. 357a Abs. 2 OR, aus GAV)
- Verhältnismässigkeit (Art. 28 Abs. 2 BV: Grundsatz der ultima ratio und der fairen Kampfführung) → insbes. Pflicht zur Arbeitsleistung in lebenswichtigen Betrieben, Verbot des Vernichtungskampfs
- Kein gesetzlicher Ausschluss (Art. 28 Abs. 4 BV): Schutz von Polizeigütern und anderen unentbehrlichen Funktionen.

b) Rechtsfolgen

Staat darf den Arbeitskampf nicht grunds. verbieten, sondern nur dessen Ablauf reglementieren; er ist zur strikten Neutralität verpflichtet. Privatrechtliche Auswirkungen des rechtmässigen Streiks:

- Auf Streikende: die Hauptpflichten aus dem EAV ruhen (auch kein Lohn, Art. 82 OR)
- Auf Arbeitswillige: kein Annahmeverzug nach Art. 324 OR, aber auch kein Lohn; AN darf unmittelbare Streikarbeit (ersatzweise zugewiesene Arbeit, weil der dafür vorgesehene AN streikt) ablehnen, nicht aber die indirekte Streikarbeit (Arbeit, die einen Streikbruch voraussetzt oder ermöglicht).

Auswirkungen der rechtmässigen Aussperrung:

- Auf suspendierend Ausgesperrte: wie auf Streikende
- Auf lösend Ausgesperrte: Beendigung des AV; nicht verloren gehen jedoch die Rechtspositionen, die von der Dauer des AV abhängen (Art. 324a Abs. 2, 335c Abs. 1, 339b Abs. 1 OR).

3. UNRECHTMÄSSIGER ARBEITSKAMPF

a) Erscheinungen

- Wilder Streik: nicht von tariffähigem AN-Verband, sondern von einer losen Mehrheit von AN organisiert
- Sympathiestreik, zur Erreichung fremder Ziele, also kein durch GAV regelbares Ziel
- Politischer Streik, gegen den Staat, somit auch kein durch GAV regelbares Ziel
- Streik zur Durchsetzung von Rechtsansprüchen, also kein Regelungs-, sondern Rechtsstreik; nur zulässig im Rahmen von Art. 82 OR
- Streik unter Verletzung der Friedenspflicht
- Unverhältnismässiger Streik [BGE 111 II 245]

- Angriffsaussperrung
- Lösende Aussperrung, wenn bereits in der Anfangsphase eines Arbeitskampfs.

b) Rechtsfolgen

Einstandspflicht der verantwortlichen Subjekte:

- Verband: Entrichtung der vereinbarten Konventionalstrafe und Haftung nach Art. 97 OR. Keine Haftung (auch nicht aus Delikt, mangelnde Widerrechtlichkeit: fehlt Verhaltensnorm) für Drittschaden
- Parteien des EAV: Haftung des AN aus Art. 321e OR, des AG nach Art. 97 OR bei vorhandenem Verschulden; rechtswidrige Aussperrung → Annahmeverzug des AG (Art. 324 OR), verschuldensunabhängig → Lohn muss entrichtet werden.

IV. Die Tarifautonomie

Rechtsmacht, durch GAV die Arbeitsbedingungen für die betroffenen EAV verbindlich zu regeln.

§ 4. Die Bundeskompetenz zur Regelung der Arbeit

I. Übersicht: Art. 110 BV

II. Die Regelung des Verhältnisses zwischen AG- und AN-Seite

Art. 110 Abs. 1 lit. b BV. Auf dieser Grundlage stützen sich namentlich:

- Mitwirkungswesen: AN-Mitwirkung auf betrieblicher Ebene; Regelung im MitwG, Art. 37-39 ArG
- Einigungswesen: EES, Art. 72 Abs. 2 lit. b ArG, Art. 30-34 FabG.

III. Die Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen

Grunds. gelten GAV nur für Mitglieder der vertragsschliessenden Verbände und für nach Art. 356b OR dem GAV angeschlossene AN/AG. Indessen: Bedürfnis der Ausdehnung auf Aussenseiter, anscheinend bei schwacher Konjunkturlage, in Wirklichkeit aber v.a. bei Wirtschaftszweigen mit vielen Kleinbetrieben. Zuständig für AVE: BR/Kanton mit Genehmigung des Bundes (Art. 7 und 13 AVEG); Kombination aus privater Normsetzung und staatlichem Mitwirkungsakt; AVE ist für die Vertragsparteien ein Vw.akt, für die Aussenseiter ein Erlass (→ StaBe ans BGer) [BGE 128 II 13]. Vorausss. der AVE: Art. 110 Abs. 2 BV, AVEG. Ab 1.6.2004: Art. 1a und 2 Ziff. 3^{bis} AVEG. Vgl. Tafeln S. 30 f.

§ 5. Die Bundeskompetenz zur Regelung des Zivilrechts

I. Übersicht

Art. 122 BV → Arbeitsrecht:

- EAV, Art. 319-343, 344-346a, 351-354 OR, Art. 68-81 SSG, Art. 19 AVG
- NAV, Art. 359-360f OR (Tafeln S. 34 f.)
- GAV, Art. 356-358 OR.

II. Die zivilrechtliche Natur der Regelung des Gesamtarbeitsvertrags

In allen Konstellationen mit einem GAV: Rechtsverhältnisse mit privaten Subjekten betroffen → Zivilrecht.

2. KAPITEL: DAS RECHT DES GESAMTARBEITSVERTRAGS

§ 6. Begriff, Entstehung und Form des Gesamtarbeitsvertrags

I. Der Begriff des Gesamtarbeitsvertrags

Vertrag auf überbetrieblicher Ebene zwischen AG oder AG-Verbänden einerseits und AN-Verbänden andererseits, der schuldrechtliche, normative oder indirekt-schuldrechtliche Bestimmungen enthält. Im Einzelnen:

- Vertragsparteien: AG oder AG-Verbände, AN-Verbände (also tariffähige Subjekte)
- GAV muss normative oder indirekt-schuldrechtliche Bestimmungen enthalten
- GAV betrifft überbetriebliche Ebene, d.h. die AN-Seite tritt als rechtlich selbständiger Verband auf.

II. Die Entstehung des Gesamtarbeitsvertrags: nach Art. 1 OR

III. Die Form des Gesamtarbeitsvertrags

Art. 356c Abs. 1 OR: Schriftlichkeit; Zweck: eindeutige Festlegung des Inhalts, aufgrund der fehlenden Publikations- und Informationspflicht des AG. Unzulässig: blosser Briefwechsel, Austausch von Vertragsdoppeln, dynamische Verweisung (d.h. auf den jeweiligen GAV / das jeweilige Gesetz).

§ 7. Vertragsschliessende und beteiligte Subjekte des Gesamtarbeitsvertrags

I. Die vertragsschliessenden Kollektivparteien

1. IM ALLGEMEINEN

Art. 356 Abs. 1 OR:

- **Verbandsvertrag:** GAV zwischen AN-Verband und AG-Verband
- **Firmenvertrag:** GAV zwischen AN-Verband und AG.

2. TARIFFÄHIGKEIT

Rechtliche Eigenschaft, GAV abschliessen zu können. Voraussetz. (erforderlich, um die entsprechende Verantwortung übernehmen zu dürfen):

- **Rechtsfähigkeit:** Verband als jur. Pers. (AG ist von Natur aus tariffähig)
- **Gegnerunabhängigkeit:** personell, finanziell, organisatorisch und ideell (zumindest die Verbandsleitung); Problem des Hausverbandes (d.h. Mitglieder sind nur AN eines bestimmten Betriebs): Mitgliederbestand hängt von den Anstellungen/Entlassungen des AG ab → zahlenmässige Mitgliederstärke oder Rückhalt eines Dachverbandes erforderlich
- **Unabhängigkeit von Dritten:** keine Weisungsgebundenheit und privatrechtliche Organisation (→ Verbände sind meistens Vereine oder Genossenschaften)
- **Freiwilligkeit der Vereinbarung** (sonst: Koalitionsfreiheit verletzt)
- **Gestaltung der Arbeitsbedingungen als Verbandszweck.**

3. TARIFZUSTÄNDIGKEIT

Befugnis, nach Statuten oder Observanz einen GAV in der Art des geplanten abzuschliessen.

4. MEHRHEIT VON VERTRAGSPARTEIEN

a) Mögliche Konstellationen

Auf jeder Seite des GAV: mehrere Parteien möglich, von Anfang an oder nachträglicher Beitritt.

b) Prinzip der Gleichberechtigung

Zwischen Parteien der gleichen GAV-Seite (d.h. „intern“): proportionale Gewichtung nach Anzahl Mitglieder, Bedeutung und finanzieller Leistungsfähigkeit. Zwischen den GAV-Seiten: Gleichberechtigung (Art. 356 Abs. 4 OR) → relative Gleichberechtigung.

c) Beitritts- und Verhandlungsanspruch

Jeder loyale und repräsentative Minderheitsverband hat einen Beitrittsanspruch [BGE 113 II 37, BGE 118 II 431]. Indessen macht ein Beitrittsanspruch wenig Sinn, wenn dem Verband dann nicht auch ein Verhandlungsanspruch zusteht [BGE 121 III 168].

II. Die beteiligten Einzelvertragsparteien

1. DIREKTE VERTRAGSBINDUNG

a) Begriff: Art. 357 Abs. 1 OR

AVE / Gesetz → für die betroffenen AN und AG, die nicht den vertragsschliessenden Parteien gehören, gelten die GAV-Bestimmungen normativ.

b) Verbandsmitgliedschaft

Grundtatbestand: AN und AG müssen Mitglieder eines GAV-schliessenden Verbandes sein, damit die entsprechenden GAV-Bestimmungen auf einen bestimmten EAV Anwendung finden. Vertragsbindung: solange, wie sich Laufdauer des GAV und Mitgliedschaft von AN und AG in ihren Verbänden überschneiden [a.M. BGer 13.6.2000].

c) Anschluss (Art. 356b Abs. 1 OR)

Vertrag zwischen GAV-Parteien und einzelner AN/AG, damit sich dieser unmittelbar einem GAV unterstellt; er wird keine GAV-Partei, wohl aber Beteiligter nach Art. 357 Abs. 1 OR → für ihn: normative Wirkung des GAV. Ablehnung des Antrags auf Anschluss nur bei schutzwürdigem Interesse zulässig. Nachträgliche zumutbare und vorhersehbare GAV-Änderungen finden auch auf den Angeschlossenen Anwendung. Form des Anschlusses: Schriftlichkeit (Art. 356c Abs. 1 OR). Solidaritätsbeiträge grunds. zulässig, dürfen aber die Koalitionsfreiheit nicht verletzen (sonst nichtig, Art. 356b Abs. 2 OR; z.B. wenn die Beiträge so hoch sind, dass sie einen Verbandsbeitritt anstelle des Anschlusses veranlassen [BGE 77 II 305]). Berechtigte der Solidaritätsbeiträge: beteiligte Verbände zur gesamten Hand; Verwendung: GAV-Durchführung oder andere gemeinsame Zwecke, nicht aber Auszahlungen an Verbandsmitglieder (Art. 356b Abs. 2 OR). Art. 356b Abs. 3 OR e contrario → Anschlusszwang i.d.R. erlaubt (d.h. Absperr- und Differenzierungsklauseln im GAV, sofern Angeschlossener und Verbandsmitglieder gleichermaßen gegenüber Aussenseitern bevorzugt).

d) Allgemeinverbindlicherklärung (Art. 1 und 4 AVEG)

Vertragsbindung für weder Beteiligte noch Angeschlossene AN/AG des betreffenden Wirtschaftszweigs [BGE 118 II 528, BGE 124 III 478].

e) Gesetz

Art 333 Abs. 1^{bis} OR: Betriebsübernahme; Normzweck: Schutz des AN → normative GAV-Bestimmungen gelten weiter, indirekt-schuldrechtliche nur, soweit sie dem Zweck von Art. 333 OR entsprechen.

2. INDIREKTE VERTRAGSBINDUNG**a) Begriff**

Gesetzliche, schuld- oder mitgliedschaftsrechtliche Pflicht der EAV-Parteien, GAV-Bestimmungen einzuhalten. In allen Fällen: keine normative Wirkung, AN/AG nicht „beteiligt“ nach Art. 357 Abs. 1 OR.

b) Gesamtarbeitsvertragliche Ausdehnungspflicht

Ausdehnungsklausel im GAV: beteiligte AG haben die GAV-Bestimmungen auch den nichtbeteiligten AN gegenüber einzuhalten. AN können daraus aber keine eigenen Rechte herleiten, es sei denn, der GAV sei im Einzelfall ein echter Vertrag zugunsten Dritter [BGE 123 III 129].

c) Statutarische Ausdehnungspflicht

Rein mitgliedschaftsrechtliche Verpflichtung des einzelnen AG gegenüber AG-Verband; auch hier: keine eigenen Rechte der AN.

d) Einzelarbeitsvertragliche Übernahme

Ausdrücklich oder stillschweigend; dynamische Verweisung wird vermutet [BGE 107 Ia 155].

e) Erklärung

- Verpflichtungserklärung: einseitiges Rechtsgeschäft, AG begründet gegenüber GAV-Parteien die Verpflichtung zur Einhaltung der GAV-Bestimmungen
- Unterstellungserklärung: AG soll durch den GAV nicht nur verpflichtet, sondern auch berechtigt werden (nichtförmlicher Anschlussvertrag); z.B. Aussenseiter unterzeichnet ein Exemplar des GAV.

f) Gesetz

Art. 322 OR, Art. 9 BVO, Art. 7 UWG [BGE 113 V 230].

§ 8. Der Inhalt des Gesamtarbeitsvertrags*I. Der normative Inhalt des Gesamtarbeitsvertrags***1. WESEN**

Ein GAV muss nicht unbedingt norm. Best. enthalten (i.S.v. Art. 356 Abs. 1, 357 Abs. 1 und 341 Abs. 1 OR). Abschluss zwischen AG(-Verband) und AN-Verband, Wirkung zwischen AG und AN. Rechtsnatur der norm. Wirkung: gesetzliche Verleihung privatautonomer Satzungsgewalt, die privaten Verbänden eine Normsetzungsbefugnis einräumt. Rechtliche Konsequenzen:

- Auslegung nach den Grundsätzen der Gesetzesauslegung [BGE 127 III 322]
- Ungültigkeit einer norm. Best. → restlicher Teil nicht hinfällig, Art. 20 Abs. 2 OR nicht anwendbar
- Ungültigkeit des GAV wegen Willensmängeln → norm. Best. nur ex nunc ungültig
- Keine Durchsetzung der norm. Best. von Amtes wegen, da privatrechtlicher Charakter
- Tariffähigkeit erforderlich, um Satzungsgewalt zu übernehmen
- Norm. Best. nur in den Schranken des Gesetzes (Art. 19 Abs. 1 OR) und dem Inhalt des GAV.

2. WIRKUNG**a) Unmittelbarkeit**

Art. 357 Abs. 1 OR, also unabhängig vom Konsens der EAV-Parteien.

b) Unabdingbarkeit

Art. 357 Abs. 1 und Abs. 2 Halbs. 1 OR. Ausnahmen:

- Öffnungsklausel: GAV sieht die Möglichkeit der Abweichung von seinen norm. Best. vor
- Günstigkeitsprinzip: Abweichende Abrede zugunsten des AN auch ohne ausdrücklicher Vorbehalt im GAV zulässig; blosse Übung reicht nicht aus. Prüfung der Günstigkeit nach Gruppenvergleich [BGE 116 II 153] mit objektivem Massstab. Folgen des Günstigkeitsprinzips:
 - GAV kann stets nur Mindestarbeitsbedingungen festsetzen
 - GAV darf (auch zugunsten des AN) nicht übermässig in die Freiheit des EAV im übertariflichen Bereich eingreifen.

Daher unzulässig:

- Verrechnungsklausel: Verrechnung eines übertariflichen Effektivlohns mit einer GAV-Lohnerhöhung
- Effektivgarantieklausel: GAV-Lohnerhöhung wird auf den individuellen übertariflichen Effektivlohn bezogen, wobei die Aufstockung des Effektivlohns für die ganze GAV-Dauer gesichert bleibt. Problem nicht erkannt in AGer BE JAR 1992, 127.

Hingegen zulässig:

- Begrenzte Effektivklausel: wie Effektivklausel, wirkt aber nur im Zeitpunkt des Inkrafttretens des neuen GAV [BGE 104 II 204]
- Verdienstsicherungsklausel: Höhe von Sondervergütungen (z.B. Gratifikation) nach Effektivlohn anstatt nach GAV-Mindestlohn zu bemessen

- Bestandsklausel: Schutz gegen Herabsetzung des Effektivlohns im EAV aus Anlass einer GAV-Lohnerhöhung.

c) Unverzichtbarkeit

Art. 341 Abs. 1 OR; unerlässliche Ergänzung der Unabdingbarkeit für einen wirksamen AN-Schutz [BGE 105 II 39, BGE 110 II 273].

3. GEGENSTAND

a) Abschlussnormen

Normative GAV-Bestimmungen, die sich auf den Abschluss des EAV beziehen; Arten: Formvorschriften, Abschlussgebote (z.B. Wiedereinstellungsklausel im Rahmen eines Streikabwicklungsabkommens) und -verbote (nur im Rahmen von Art. 356a Abs. 2 und 3 OR zulässig).

b) Inhaltsnormen

c) Beendigungsnormen

Z.T. auch Änderung der Kündigungsfristen (Art. 335c OR), stets unter Beachtung zwingenden Rechts (z.B. Art 335a, 337 OR).

4. AUSLEGUNG UND ERGÄNZUNG

Echte Lücke im GAV → Ergänzung [BGE 112 II 507]. Auslegungsbedürftig kann bereits die Rechtsnatur einer norm. Best. sein (d.h. fraglich, ob die Best. normativ ist) [JAR 1983, 173].

5. DURCHSETZUNG

a) Auf individueller Ebene

Wie wenn die norm. Best. im EAV vereinbart worden wäre (d.h. mit Zivilklagen) [BGE 115 II 251, BGE 124 III 133, BGE 127 III 326].

b) Auf kollektiver Ebene

Zivilklagen und weitere Möglichkeiten:

- Klagen aus gemeinsamer Durchführung (Art. 357b OR) [BGE 116 II 302]
- Klagen aus unlauterem Wettbewerb (Art. 10 Abs. 2 lit. a UWG) [BGE 125 III 82]
- (Feststellungs-)Klage aus einem Firmenvertrag [BGE wie oben]
- Allgemeine Verbandsklage [BGE wie oben]
- Einwirkung (Pflicht nach Art. 357a Abs. 1 OR).

6. SCHRANKEN

a) Zwingendes Gesetzesrecht

Art. 358 OR. Ausnahmen:

- Tarifdispositives Recht, z.B. Art. 335c Abs. 2 Halbs. 2 OR
- Günstigkeitsprinzip, soweit kein Fall insbes. von Art. 361 OR.

b) Weitere Schranken

- GAV darf nicht in fremde Zuständigkeiten eingreifen [BGE 120 V 340]
- GAV darf nicht das Privatleben der AN regeln
- GAV darf nicht überwiegend oder ausschliesslich ein politisches Ziel verfolgen.

II. Der indirekt-schuldrechtliche Inhalt des Gesamtarbeitsvertrags

1. WESEN UND DURCHSETZUNG

„Andere“ als norm. Best. (Art. 356 Abs. 2 OR). Verpflichten eine EAV-Partei, ohne die andere EAV-Partei zu berechnen. Berechtig sind vielmehr:

- Vertragsgemeinschaft (Art. 357b OR) gegenüber den beteiligten AG und AN; setzt die gemeinsame GAV-Durchführung voraus; Durchsetzung mit Klage der Vertragsgemeinschaft
- Eigener Verband gegenüber seinen Mitgliedern; Durchsetzung durch Einwirkung
- GAV-Parteien gegenüber den Angeschlossenen (Art. 356b Abs. 1 OR); Durchsetzung durch Klage der GAV-Parteien.

Eine indirekt-schuldrechtliche Best. kann zugleich norm. Charakter haben; durch Auslegung zu ermitteln.

2. GEGENSTAND

a) Solidarnormen

Regelung der Leistungen des AG zugunsten der Belegschaft, z.B. Verpflichtung zur Bereitstellung einer Klimaanlage; zugleich norm. Charakter, wenn AN unmittelbaren Erfüllungsanspruch hat, i.c. also auf Benutzung der Klimaanlage.

b) Ordnungsnormen

Regelung von Ordnung und Verhalten der AN im Betrieb (z.B. Rauchverbot).

c) Sonstige Normen

Z.B. Normen über AN-Mitwirkung im Betrieb, Anschluss, Friedenspflicht, Leistungen an Dritte, Kontrolle, Kauttionen, Konventionalstrafen, Schiedsabreden [BGE 125 I 389].

3. AUSLEGUNG UND ERGÄNZUNG

Wie bei norm. Best.; Grund: in beiden Fällen Pflichten zu Lasten von Personen, die nicht Vertragspartei sind.

4. SCHRANKEN

Wie bei norm. Best.; Grund: wie oben.

III. Der schuldrechtliche Inhalt des Gesamtarbeitsvertrags

1. WESEN

Gesetzliche und vertragliche Best. mit Wirkung für die GAV-Parteien (Art. 357a, 356 Abs. 3 OR); aber: Kollektivvertrag mit ausschliesslich schuldr. Best. ist kein GAV.

2. GEGENSTAND

a) Einhaltungspflicht

Art. 357a Abs. 1 Halbs. 1 OR. Konkretisierung: vgl. gleich unten b) - e).

b) Durchführungspflicht

Darin enthalten: Kontrollpflicht zur Sicherstellung der Einhaltung des GAV durch die EAV-Parteien. Mögliche Organe:

- Paritätische Kommission
- Rekursinstanz gegen Handeln der paritätischen Kommission, kann auch als Schiedsgericht handeln
- Kant. Einigungsamt (vgl. Art. 35 FabG).

c) Einwirkungspflicht (Art. 357a Abs. 1 Halbs. 2 OR)

- Auf Verbandsmitglieder: beruht auf dem verbandsrechtlichen Mitgliedschaftsverhältnis. I.d.R. statutarisches Sanktionssystem mit z.B. Abmahnung, Verweis, Vereinsstrafe, vorübergehende Einstellung, Ausschluss (Art. 72 ZGB). Nicht (richtige) Erfüllung der Einwirkungspflicht → Haftung des Verbandes gegenüber der anderen GAV-Partei aus Art. 97 OR
- Auf Angeschlossene: beruht auf Anschlussvertrag; Haftung wie oben
- Auf Aussenseiter: keine Einwirkungsmöglichkeit, auch nicht bei AVE oder Ausdehnungsklausel im GAV.

d) Friedenspflicht

- Aus Gesetz: Art. 357a Abs. 2 OR (relative Pflicht), Art. 6 Abs. 1 EES, Art. 28 Abs. 2 BV
- Mögliche weitergehende Regelungen im GAV:
 - Absolute Friedenspflicht (in praxi oft)
 - Friedenspflicht für die Zeit nach Beendigung des GAV, unter Einhaltung von Art. 27 ZGB
 - Individuelle Friedenspflicht, also Ausdehnung auf EAV.

e) Weitere Pflichten

Art. 356 Abs. 3 OR, z.B. Errichtung und Verwaltung gemeinsamer Einrichtungen, Schlichtungs- und Schiedswesen, Kautionen und Konventionalstrafen, Meistbegünstigungsklausel.

3. AUSLEGUNG UND ERGÄNZUNG

Nach den für Verträge geltenden Regeln, weil keine Interessen Dritter zu beachten sind [BGE 127 III 322].

4. DURCHSETZUNG

a) Mittel

Insbes. Unterlassungs-, Feststellungs- und Schadenersatzklage, Konventionalstrafe, Kaution, Urteilspublikation, ausserordentliche Kündigung, Strafverfolgung. Immer nur gegen die andere GAV-Partei.

b) Schlichtungs- und Schiedswesen

Schlichtung: Vermittlung durch einen Dritten zur Beendigung eines Konfliktes in einer Weise, welche die Zustimmung aller Beteiligten findet; überragende Bedeutung im KAR, v.a. bei Regelungsstreitigkeiten. Arten:

- private (primäre) Schlichtung: Einigungsstelle der GAV-Parteien
- staatliche (subsidiäre) Schlichtung: nach EES.

Auch grosse Bedeutung: Schiedsgerichtsbarkeit; schiedsfähig sind sowohl Regelungs- als auch Rechtsstreitigkeiten; nach KSG. Bestellung durch:

- Einsetzung von Privaten; Auswahl durch GAV-Parteien, unter Vorbehalt von KSG und jeweiliger ZPO
- Einsetzung einer Behörde (Art. 5 EES) [BGE 107 Ia 152].

IV. Der sonstige Inhalt des Gesamtarbeitsvertrags

1. ALLGEMEINES

Z.B. Präambel, Zweckbestimmung, Geltungsbereich...

2. GELTUNGSBEREICH

a) Grundsatz

Nach Parteiwillen bestimmt; nicht ausdrücklich im GAV → Ermittlung nach Statuten der GAV-Parteien.

b) Zeitliche Geltung

Beginn: formgerechter GAV-Abschluss oder nach Parteiwillen. Rückwirkung nur unter folgenden Vorausss.:

- Nur in Bezug auf Inhalts- und Beendigungsnormen
- Ausdrückliche Anordnung oder klarer Rückwirkungswille nach dem Sinn des Erlasses
- Zeitlich mässig
- Vermeidung stossender Rechtsungleichheiten
- Vorliegen triftiger Gründe
- Anerkennung vergangener Handlungen als geschehen
- Erfüllbarkeit einer Pflicht in der Gegenwart
- Kein Eingriff in wohlerworbene Rechte.

Beendigung des GAV durch: Zeitablauf, ordentliche/ausserordentliche Kündigung, Aufhebungsvertrag, Resolutivbedingung; vgl. Art. 356c Abs. 1 OR. I.d.R. auch keine Nachwirkung, vgl. aber [BGE 98 Ia 561].

c) Räumliche Geltung

[BGE 128 II 19]. Zur Beantwortung der Frage, ob ein konkreter EAV in räumlicher Hinsicht von einem GAV erfasst wird, ist auf den Ort der Betriebsstätte abzustellen.

d) Sachliche Geltung

Anknüpfung des GAV auf eine bestimmte Branche oder fachliche Tätigkeit:

- Branchenvertrag; bei gemischten Betrieben: Abstimmung auf die prägende Aktivität → Prinzip der Tarifeinheit: z.B. in einem Betrieb mit vorwiegend Gipserarbeitern werden Maurer dieses Betriebs vom GAV für das Gipsergewerbe ebenfalls erfasst
- Berufsvertrag, z.B. Erfassung des kaufmännischen Personals.

e) Persönliche Geltung

Geltung/Ausschluss nur für bestimmte Kategorien von Personen, z.B. Lehrlinge oder leitende Angestellte.

§ 9. Die Konkurrenz von Gesamtarbeitsverträgen

I. Problembewältigung

2 oder mehrere GAV beanspruchen Geltung für einen bestimmten EAV. Echte Konkurrenz eher selten, i.d.R. Scheinkonkurrenz (entweder verschiedene Geltungsbereiche oder fehlende Vertragsbindungen). Vertragspluralität: ein GAV ergänzt einen anderen.

II. Gesetzliche Regeln: Art. 4 Abs. 2 AVEG

III. Vertragliche Regeln

Konkurrenzregeln im GAV selbst: Subsidiaritätsbest. (unproblematisch) oder Prioritätsregel (unverbindlich, weil in die Tarifautonomie anderer Verbände eingegriffen würde).

IV. Regeln gemäss Lehre und Praxis

- Branchenvertrag vor Berufsvertrag
- Spezialitätsprinzip
- Anzahl unterstellter EAV.

3. KAPITEL: DAS RECHT DER BETRIEBLICHEN MITWIRKUNG

§ 10. Mitwirkung der Arbeitnehmerschaft beim Erlass der Betriebsordnung

I. Die Betriebsordnung im Allgemeinen

1. WESEN

Arbeitsrechtliche Rechtsquelle besonderer Art, Art. 37-39 ArG; Erlass entweder einseitig durch AG oder zusammen mit AN-Vertretung. Vorgeschrieben für industrielle Betriebe, die dem ArG unterstehen; freiwillig für nichtindustrielle Betriebe, unter Einhaltung von Art. 37 Abs. 4, 38, 39 ArG.

2. WIRKUNGEN

Bekanntmachung: gut sichtbare Anschlagung oder Aushändigung an den AN; Verbindlichkeit nach Bekanntgabe (Art. 39 Abs. 2 ArG) → norm. Wirkung (Art. 341 Abs. 1 OR, relativiert durch Günstigkeitsprinzip, Art. 357 Abs. 2 Halbs. 2 OR) → Geltendmachung der Ansprüche aus der BO durch Zivilklage. Hierarchie der BO innerhalb der AR-Rechtsquellen: Art. 38 Abs. 3 ArG.

3. KONTROLLE

Zustellung nach Art. 39 Abs. 1 ArG; Prüfung nicht konstitutiv; stellt die Behörde Widersprüche zum ArG fest → Verfahren nach Art. 51 ArG (Art. 39 Abs. 1 ArG).

II. Die einseitig erlassene Betriebsordnung

1. AUFSTELLUNG

Nach Anhören der AN (Art. 37 Abs. 4 ArG), auch bei Änderungen einer bestehenden BO; sonst unwirksam.

2. INHALT

- Obligatorischer Inhalt: Best. über Gesundheitsschutz, Unfallverhütung, (soweit notwendig) Ordnung und Verhalten der AN im Betrieb (Art. 6, 38 Abs. 1 ArG, Art. 81 ff. UVG)
- Fakultativer Inhalt: Best. über Ordnungsstrafen, wenn in der BO „angemessen“ geregelt (Art. 38 Abs. 1 ArG) [BGE 119 II 162]; Disziplinaratbestände und Sanktionen sind hinreichend genau zu umschreiben.

III. Die vereinbarte Betriebsordnung

1. AUFSTELLUNG

AG mit einer von den AN frei gewählten Vertretung (Art. 5-7 MitwG), schriftlich (Art. 37 Abs. 4 ArG).

2. INHALT

- Obligatorischer: wie oben
- Fakultativer: wie oben und andere Best. nach Art. 38 Abs. 2 ArG.

§ 11. Mitwirkung der Arbeitnehmerschaft aufgrund des Mitwirkungsgesetzes

I. Allgemeines

Art. 1 f. MitwG: grunds. einseitig zwingendes Recht, Günstigkeitsprinzip.

II. Die Rechtsträgerschaft

1. ARBEITNEHMERVERTRETUNG

Art. 3, 5-8 MitwG. Rechtsnatur der AN-Vertretung: nach neuerer Meinung Repräsentantin der AN → AN sind Vertragspartei der Betriebsvereinbarung und Klageberechtigte nach Art. 15 Abs. 2 MitwG.

2. EINZELNE ARBEITNEHMER

In Betrieben ohne AN-Vertretung (Art. 4 MitwG).

III. Die Mitwirkungsrechte

1. ALLGEMEINES INFORMATIONSRECHT: ART.9 MITWG

2. BESONDERE MITWIRKUNGSRECHTE

a) Arbeitsschutz

Art. 48, 6 Abs. 3 ArG. Mitspracherecht (Art. 48 Abs. 2 ArG): Anhörung, Beratung und Begründung des Entscheids.

b) Betriebsübernahme (Art. 333a Abs. 1 OR)

Informations- und Konsultationsrecht (wie oben beim Mitspracherecht).

c) Massenentlassung (Art. 335d, 335f OR)

Wie Betriebsübernahme.

d) Berufliche Vorsorge (Art. 10 lit. d MitwG, Art. 11 BVG)

Mitbestimmungsrecht bei Wahl und Wechsel der Vorsorgeeinrichtung. Keine Einigung → Entscheid eines Schiedsrichters.

IV. Die Zusammenarbeit

Art. 11-14 MitwG; Streitigkeiten: Art. 15 MitwG [BGE 123 III 176].

V. Gewillkürte Mitwirkungsordnungen

1. MITWIRKUNGSBESTIMMUNGEN IM GESAMTARBEITSVERTRAG

Schon vor erlass des MitwG weit verbreitet. Abweichungen vom MitwG: Art. 2 MitwG.

2. MITWIRKUNGSBESTIMMUNGEN IN BETRIEBSVEREINBARUNGEN

Betriebsvereinbarung: Vertrag zwischen Betriebsinhaber und AN-Vertretung des Betriebs. Kann beruhen auf: Art. 37 Abs. 4 ArG (Unterart der BO), GAV oder Einzelfallermächtigung der AN-Vertretung durch die AN.