



# **STUDIE ZUM SCHUTZ BEI RECHTMÄSSIGEM STREIK**

Studie  
erstellt auf Anfrage und im Auftrag  
des Staatssekretariats für Wirtschaft (SECO) und  
des Bundesamts für Justiz (BJ)

vom 11. April 2016

**Antworten und allgemeine Zusammenfassung (Teil IV der Studie)**

## Antworten und allgemeine Zusammenfassung

### A. Einleitung

1. Gemäss dem uns erteilten Auftrag sind wir in dieser Studie der folgenden Hauptfrage nachgegangen: «Welchen Schutz gewährt das Schweizer Recht Arbeitnehmenden, die einen rechtmässigen Streik durchführen?». Ferner ging es darum, ob dieser Schutz «die effektive Ausübung des Streikrechts gewährleistet, wenn man berücksichtigt, dass dieses einen verfassungsmässigen Stellenwert besitzt und an die Koalitionsfreiheit anknüpft und somit unter dem Gesichtspunkt der kollektiven Arbeitsbeziehungen betrachtet werden kann».
2. In dieser Zusammenfassung werden zunächst die sich aus der uns gestellten Hauptfrage ergebenden fünf Unterfragen kurz beantwortet (Buchstabe B). In einem zweiten Schritt werden verschiedene Lösungsansätze und mögliche Verbesserungen präsentiert (Buchstabe C).

### B. Antworten auf die fünf Unterfragen

#### 1. Frage 1

***a. Beschreibung des Streikrechts nach Massgabe der Garantie von Artikel 28 BV: Begriff des Streiks, Rechtsträger, Voraussetzungen und Rechtsfolgen.***

***In diesem Zusammenhang sind zwei Punkte von besonderem Interesse, die nachfolgend im Gesamtzusammenhang der Studie, aber ohne ausführliche Abhandlung behandelt werden. Es geht einerseits um Dritte, die sich als Betriebsfremde am Streik beteiligen, ohne Forderungen geltend machen zu können und andererseits, um die allfällige Pflicht zur Information der Arbeitnehmenden über die gesetzlichen oder vertraglichen Voraussetzungen des Streikrechts.***

***b. Garantien, wie sie sich im Lichte der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) aus der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) ergeben.***

***c. Elemente der Auslegung der Übereinkommen C 87 und C 98 im Zusammenhang mit dem Streikrecht.***

**Beschreibung des Streikrechts nach Massgabe der Garantie von Artikel 28 BV (Begriff des Streiks, Rechtsträger, Voraussetzungen und Rechtsfolgen)**

3. In der Praxis werden verschiedene Arten des Streiks unterschieden (der «klassische» Streik, bei dem «einfach» die Arbeit niedergelegt wird, der Bummelstreik, der Flackerstreik, der rotierende Streik, der Bleistiftstreik, der Abrechnungstreik, der Papierstreik, der Solidaritätsstreik, der wilde Streik, der politische Streik usw.). Auch wenn alle diese Streikformen in «einer gemeinsamen, abgesprochenen Arbeitsniederlegung durch die Arbeitnehmenden» bestehen, sind sie nicht alle rechtlich gleichermassen geschützt. In der Schweiz ist nur der rechtmässige Streik geschützt.  
Streik und Aussperrung können folgendermassen definiert werden. Dem Streik liegt eine gemeinsame, abgesprochene Verweigerung der Arbeitsleistung durch die

Arbeitnehmenden zugrunde, welche meistens zum Ziel hat, Druck auf den Arbeitgeber auszuüben, um eine Vereinbarung über die Arbeitsbedingungen zu erzwingen. Die meist kollektive Aussperrung, auch Lockout genannt, ist demgegenüber ein Druckmittel des Arbeitgebers, welches als Reaktion auf den Streik darauf abzielt, die Streikenden zur Aufgabe ihrer Streikposition zu veranlassen.

Das Bundesgericht seinerseits definiert den Streik als «kollektive Verweigerung der geschuldeten Arbeitsleistung zum Zwecke der Durchsetzung von Forderungen nach bestimmten Arbeitsbedingungen gegenüber einem oder mehreren Arbeitgebern».<sup>1</sup>

4. Damit ein Streik bzw. Lockout rechtmässig ist und damit unter den Schutz der Koalitionsfreiheit nach Artikel 28 Absätze 2 und 3 BV fällt, müssen folgende drei *Voraussetzungen* erfüllt sein:
- Der Streik oder Lockout muss das Arbeitsverhältnis (im weiten Sinn) betreffen: Mit anderen Worten und gemäss einigen Autoren müssen mit dem Streik als Kampfmittel Ziele verfolgt werden, die in einem Gesamtarbeitsvertrag (GAV) geregelt werden können;
  - Die bestehende Verpflichtung zur Wahrung des Arbeitsfriedens muss eingehalten werden;
  - Streik oder Lockout dürfen nur dann eingesetzt werden, wenn alle Mittel der Verhandlung und der Vermittlung erschöpft sind (Idee des Streiks als «*ultima ratio*», vgl. Art. 28 Abs. 2 BV oder gemäss einigen Autoren als „Prinzip der Verhältnismässigkeit“).

Nach einem Teil der Lehre, die auch vom Bundesgericht übernommen wurde, besteht eine vierte Voraussetzung darin, dass der Streik von einer Arbeitnehmervereinigung organisiert oder unterstützt wird.

5. Die Frage der *Trägerschaft* des Streikrechts, die eng mit der oben erwähnten vierten Voraussetzung verknüpft ist, gibt am häufigsten Anlass zu Diskussionen. Dabei geht es weniger um die Frage, wer sich an einem Streik *beteiligen* kann, die Probleme bereitet (es ist unbestritten, dass die einzelne Arbeitnehmerin bzw. der einzelne Arbeitnehmer und selbst nicht gewerkschaftlich organisierte Arbeitnehmende das Recht auf Teilnahme an einem rechtmässigen Streik haben); vielmehr stellt sich die Frage, wer ermächtigt ist, einen Streik *auszurufen*.

In der Lehre besteht weder betreffend die Notwendigkeit noch die Verhältnismässigkeit oder die Bedeutung dieser vierten Voraussetzung für die Zulässigkeit eines rechtmässigen Streiks Einigkeit. Gemäss einigen Autoren bedeutet diese Voraussetzung, dass lediglich eine Gewerkschaft oder zumindest eine den Kriterien des Vereins i.S.v. Art. 60 ff. des Zivilgesetzbuches (ZGB) oder einer anderen juristischen Person entsprechenden Organisation der Arbeitnehmenden ermächtigt ist, zum Streik bzw. zu dessen Unterstützung aufzurufen. Andere Autoren befürworten demgegenüber eine weniger formalistische Konzeption, wonach es vor allem wichtig sei, dass die Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer im Konfliktfall über eine minimale Organisation verfügen, die betroffene Arbeitnehmende bei Verhandlungen mit dem Arbeitgeber als Ansprechpartner vertreten könne.

Der Ansatz, wonach lediglich den Gewerkschaften das Recht zum Streikaufruf zusteht, erscheint aus mehreren Gründen fraglich. Zunächst ist darauf hingewiesen, dass die Bundesversammlung (namentlich und explizit der Nationalrat) nach entsprechender

---

<sup>1</sup> BGE 125 III 277, E. 3a. Vgl. auch BGE 134 IV 216, E. 5.1; BGE 132 III 122, E. 4.3.

Diskussion offenbar absichtlich darauf verzichtete, eine solche Voraussetzung in Artikel 28 BV aufzunehmen.

Zudem handelt es sich zwar beim Streikrecht wie bei zahlreichen anderen Grundrechten (etwa der Vereinigungsfreiheit oder der Versammlungsfreiheit) um ein Recht, das nur gemeinsam ausgeübt werden muss und auch nur gemeinsam ausgeübt werden kann, was aber nichts daran ändert, dass jede beschäftigte Person individuell Trägerin des Streikrechts ist oder sein könnte.

Im Hinblick auf den *Zweck* dieses Erfordernisses ist es unseres Erachtens zentral, dass Akteure vorhanden sind, welche die Arbeitnehmenden im Streikfall und deren Forderungen in den Verhandlungen mit der Gegenpartei vertreten können, sei es als Gesprächspartner oder Wortführer. Der Kern dieser vierten Voraussetzung besteht unseres Erachtens somit darin, dass die Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer *organisiert* sind. Es ist dabei unerheblich, dass der Streik von einer Gewerkschaft getragen wird.

Dabei ist ein weiterer Punkt zu beachten: Würde das Erfordernis, dass ein Streik von einer Gewerkschaft ausgerufen werden muss, absolut und strikt gehandhabt, würde den Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern gewisser, nicht gewerkschaftlich organisierter Branchen faktisch das Streikrecht entzogen.

Es stellt sich somit die Frage, ob das Recht zum Streikaufruf nicht zumindest in den Branchen ohne Gewerkschaftsvertretung den gewählten Arbeitnehmervertreterinnen und -vertretern im Sinne des Mitwirkungsgesetzes zugestanden werden sollte. Für Kleinbetriebe (weniger als 50 Beschäftigte, siehe Art. 3 des Mitwirkungsgesetzes), die über keine gewählte Arbeitnehmervertretung verfügen, wäre es sogar denkbar, dass die Arbeitnehmenden zur Bestellung einer *ad hoc* Vertretung zusammentreten könnten.

Aus verfassungsrechtlicher Sicht nicht weniger wichtig ist sodann folgender Punkt: Würde das Recht zum Streikaufruf ausschliesslich den Gewerkschaften, mithin den gewerkschaftlich organisierten Personen zugestanden, würde die *negative* Koalitionsfreiheit, also das Recht, sich keiner Gewerkschaft anzuschliessen, erheblich beeinträchtigt. Denn die betroffenen Arbeitnehmenden wären praktisch gezwungen, sich entweder für den Beitritt zu einer Gewerkschaft oder für den Verzicht auf ihr «Recht» auf Streik zu entscheiden. Diesbezüglich erinnert auch der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) daran, dass Artikel 11 Absatz 1 EMRK auch die *negative* Versammlungs- und Vereinigungsfreiheit garantiert, mit dem Ziel, die Arbeitnehmenden vor einem erzwungenen Gewerkschaftsbeitritt zu schützen. Die Praxis des Ausschusses für wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte (UNO-Pakt I) geht in die gleiche Richtung. Auch Artikel 22 Absatz 1 des UNO-Pakts II über bürgerliche und politische Rechte gewährleistet die negative Koalitionsfreiheit.

6. Bezüglich der *Rechtsfolgen* der Teilnahme von Arbeitnehmenden an einem Streik ist zu unterscheiden, ob es sich um einen rechtmässigen Streik handelt oder nicht.

Die Teilnahme an einem *unrechtmässigen Streik* stellt eine Verletzung des Arbeitsvertrags und insbesondere einen Verstoss gegen die Treuepflicht (Art. 321a OR) dar. Sie wird als Verzug der Arbeitnehmerin oder des Arbeitnehmers durch die anhaltende ungerechtfertigte Verweigerung der Arbeitsleistung betrachtet. Die Arbeitgeberin bzw. der Arbeitgeber ist während der Dauer der Abwesenheit infolge eines unrechtmässigen Streiks von der Lohnzahlungspflicht befreit.

Arbeitnehmende, die ihre Arbeitsleistung nicht anbieten, verstossen gegen den Arbeitsvertrag, was der Arbeitgeberin bzw. dem Arbeitgeber das Recht gibt, das Arbeitsverhältnis unter Einhaltung der ordentlichen Kündigungsfristen (Art. 335a ff. OR)

aufzulösen. Die ordentliche Kündigung infolge eines unrechtmässigen Streiks ist nicht missbräuchlich. Der Arbeitgeber kann den Beschäftigten aufgrund ihrer Teilnahme an einem unrechtmässigen Streik auch fristlos kündigen, sofern die folgenden Voraussetzungen gemäss Artikel 337 OR erfüllt sind: Vorliegen eines wichtigen Grundes, umgehende Reaktion und Verwarnung je nach der Schwere des Verstosses. Als wichtiger Grund i.S.v. Artikel 337 Absatz 2 OR gilt «namentlich jeder Umstand, bei dessen Vorhandensein dem Kündigenden nach Treu und Glauben die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nicht mehr zugemutet werden darf». Im Streitfall entscheidet das Gericht unter Würdigung der gesamten Umstände «frei» über das Vorhandensein wichtiger Gründe (siehe Art. 337 Abs. 3 OR). Es berücksichtigt dabei insbesondere die Rolle des Arbeitnehmenden beim Streikaufruf und bei der Durchführung des Streiks.

Da die Abgrenzung zwischen einem rechtmässigen und einem unrechtmässigen Streik im Einzelfall selbst für einen erfahrenen Juristen schwierig ist, wird in der Lehre zu Recht die Meinung vertreten, dass bei der Würdigung allfälliger wichtiger Gründe zu berücksichtigen ist, ob der Arbeitnehmende die Möglichkeit hatte, die Unrechtmässigkeit des Streiks zu erkennen oder nicht.

Zudem kann die Vertragsverletzung durch Arbeitnehmende dazu führen, dass diese dem Arbeitgeber für den zugefügten Schaden haften (nach Massgabe von Art. 321e OR), jedenfalls, wenn sie die Unrechtmässigkeit des Streiks kennen mussten. Hat eine Gewerkschaft den Streik unterstützt, kann sie aufgrund von Artikel 41 ff. OR aus deliktischer Haftung ebenfalls schadenersatzpflichtig werden. Schreibt ein GAV die Friedenspflicht vor, so kann sie ferner auch aufgrund von Artikel 97 ff. OR haftbar werden. Für solche Situationen enthalten die GAV häufig Vertragsstrafen.

7. Wenn der *Streik rechtmässig* ist, gilt das Arbeitsverhältnis für die Streikdauer als teilweise suspendiert (Suspensionstheorie oder Einheitstheorie). Diese Suspendierung gilt dabei für die effektive Dauer des Streiks unabhängig davon, ob dieser länger oder kürzer ist als angekündigt.

In einem solchen Fall ruhen die arbeitsvertraglichen Hauptpflichten der Parteien (Art. 82 OR), während dem die Nebenpflichten weiterhin bestehen. Dementsprechend sind einerseits die streikenden Arbeitnehmenden nicht verpflichtet, ihre Arbeitsleistung zu erbringen, und die Arbeitgeber andererseits sind nicht zur Lohnzahlung verpflichtet. In der Praxis werden die Arbeitnehmenden, die einer Gewerkschaft beigetreten sind, für ihren Lohnausfall vielfach (zu einem Teil) durch diese entschädigt. Arbeitnehmende, die nicht gewerkschaftlich organisiert sind, haben grundsätzlich keinen Anspruch auf Entschädigung. Es ist jedoch nicht ausgeschlossen, dass sie sich im Zeitpunkt des Streiks noch einer Gewerkschaft anschliessen.

Auch wenn die Hauptpflicht der Arbeitnehmenden – die Erbringung der Arbeitsleistung – während der Dauer des Streiks ruht, gilt dies nicht für die Nebenpflichten, insbesondere nicht für die Sorgfalts- und Treuepflicht (Art. 321a OR). So sind die Arbeitnehmenden beispielsweise nicht befugt, während der Dauer des Streiks eine Erwerbstätigkeit bei einem anderen Arbeitgeber auszuüben.

Umgekehrt versteht sich von selbst, dass die Arbeitnehmenden keine Haftung trifft (Art. 321e OR) und dass sie für den wirtschaftlichen Schaden, der den Arbeitgebern aus einem rechtmässigen Streik erwächst nicht aufkommen müssen (entgangener Gewinn des Arbeitgebers infolge Arbeitsniederlegung durch die Arbeitnehmenden). Dieser Schaden ist eben gerade der Zweck des Streiks und soll den Arbeitgeber dazu bewegen, die Forderungen der Arbeitnehmenden als weniger belastend als den Streik zu betrachten.

Der rechtmässige Streik beendet das Arbeitsverhältnis nicht; die berufliche Wiedereinstellung der Streikenden ist gewährleistet. Wenn ein Arbeitgeber wegen eines zulässigen Streiks zur Massnahme der ordentlichen Kündigung greift, wird diese nach Art. 336 OR als missbräuchlich betrachtet. Und umso mehr gilt eine fristlose Kündigung von Arbeitnehmenden wegen Teilnahme an einem rechtmässigen Streik *a fortiori* als ungerechtfertigt (Art. 337c OR). Auf diese beiden letzten Punkte wird bei der Beantwortung von Frage 3 genauer eingegangen.

### **Situation von Dritten, die sich als Betriebsfremde am Streik beteiligen, ohne Forderungen geltend machen können**

8. In Bezug auf die Frage des Zutritts zum Unternehmen im Fall eines Streiks sind zwei Konstellationen zu unterscheiden: diejenige der Gewerkschaften und deren Vertreterinnen und Vertreter sowie diejenige der Arbeitnehmenden, die aufgrund ihrer Teilnahme an einem Streik mutmasslich entlassen wurden. Allgemein wird im Völkerrecht und nach einem Teil der Lehre ein solches Zutrittsrecht direkt aus der Koalitionsfreiheit abgeleitet, weil ein solches für die effektive Wahrnehmung der Koalitionsfreiheit «wesentlich» sei. Demgegenüber qualifizieren das Bundesgericht und ein anderer Teil der Lehre das Zutrittsrecht nicht als «unentbehrlichen Bestandteil» der Koalitionsfreiheit. Diese zwei Sichtweisen stehen sich diametral gegenüber.

Es versteht sich, dass ein Zutrittsrecht Ausfluss der Koalitionsfreiheit ist und auch sein muss, wenn die Aushöhlung des Streikrechts vermieden werden soll. Jede andere Auslegung würde nämlich bedeuten, dass es bei Ausbleiben einer späteren Wiedereinstellung «genügt», die Streikenden allenfalls sogar zu entlassen und, sei es unrechtmässig oder missbräuchlich, um sie vom Betrieb fernzuhalten und ihnen somit jegliche Zutrittsrechte zu entziehen, mithin das Recht auf Streik illusorisch zu machen. Nichtsdestotrotz steht dem betrieblichen Zutrittsrecht der Arbeitnehmenden ein Grundrecht auf Arbeitgeberseite entgegen: die Eigentumsgarantie (oder die Wirtschaftsfreiheit).

Es besteht hier somit eine Grundrechtskollision, die mittels der vom Bundesgericht in konstanter und erst jüngst wieder in Erinnerung gerufenen Rechtsprechung entwickelten Methode aufzulösen ist: «Ist eine Grundrechtskollision aufzulösen (sofern sie nicht vorgängig oder vollständig durch den Gesetzgeber mittels einer normativen Harmonisierung [...] geregelt worden ist), obliegt es dem Gericht zu überprüfen, ob eine strittige Entscheidung einen gerechten Ausgleich zwischen den verschiedenen Verfassungsgrundsätzen schafft [...], wobei festzuhalten ist, dass die Bundesverfassung ihrerseits keinerlei Hierarchie zwischen den Grundrechten vorsieht. Um einen Ausgleich zu schaffen, [...] wird sich das Gericht in der Regel durch die in Art. 36 BV enthaltenen Grundsätze leiten lassen, indem es diese allenfalls den spezifischen Bedürfnissen [...] anpasst»<sup>2</sup>.

Die Frage nach dem Zutrittsrecht kann somit nicht allgemein und abstrakt beantwortet werden. Die Frage muss vielmehr aufgrund der Würdigung der konkreten Umstände im Einzelfall gelöst werden (Welcher Betriebsteil ist durch das Zutrittsrecht betroffen? Zu welchem Zweck wird dieses Recht beansprucht? usw.). Geht man davon aus, dass der Gesetzgeber den vorliegenden Konflikt nicht selbst «vorgängig oder umfassend geregelt» hat, ist es allenfalls denkbar, dass die Sozialpartner die Möglichkeit erhalten, diesen Konflikt entweder im Wege eines GAV oder eventuell im Rahmen von Verhandlungen bei Ausbruch eines Streiks beizulegen.

---

<sup>2</sup> BGE 140 I 201, E. 6.7 = Pra 6 (2015) Nr. 53.

---

### **Pflicht zur Information der Arbeitnehmenden über die gesetzlichen oder vertraglichen Voraussetzungen des Streikrechts**

9. Obwohl das Gesetz an verschiedenen Stellen, so vorab im Obligationenrecht und im Mitwirkungsgesetz, spezifische Informationspflichten des Arbeitgebers ausdrücklich vorschreibt, ist der Arbeitgeber unseres Erachtens von Gesetzes wegen nicht zur Information der Arbeitnehmenden über das Streikrecht und die Voraussetzungen zu dessen rechtmässiger Ausübung verpflichtet.

Umgekehrt scheint es nicht ausgeschlossen, dass ein GAV oder ein Betriebsreglement eine solche Pflicht enthält, auch wenn dies in der Praxis unwahrscheinlich ist.

Die Information der Arbeitnehmenden – wie auch der Arbeitgeber – über die Voraussetzungen des Streikrechts und dessen Ausübung dürfte wahrscheinlich zu einer Verbesserung des Dialogs zwischen den Sozialpartnern führen, solange diese Auskünfte sachgerecht und wertneutral sind. Da jedoch die Voraussetzungen für die Rechtmässigkeit eines Streiks nicht klar festgelegt sind, sondern in der Lehre – wie übrigens auch unter den Sozialpartnern – unterschiedlich interpretiert werden, ist die Gefahr von Fehlinformationen nicht auszuschliessen. Unter diesen Umständen ist zu erwägen, ob die Pflicht zur Information – die sich sowohl an die Arbeitgeber als auch an die Arbeitnehmenden richtet – nicht als gemeinschaftliche Aufgabe der Sozialpartner, bzw. unter Einbezug staatlicher Stellen sogar als tripartite Aufgabe zu verstehen ist.

### **Garantien, wie sie sich im Lichte der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) aus der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) ergeben**

10. Konventionsrechtlich ist die Regelung von Artikel 11 EMRK zur Vereinigungs- und Versammlungsfreiheit einschlägig. Dieser Bestimmung kommt insoweit besondere Bedeutung zu, als sie in der Schweiz direkt anwendbar ist und die von ihr gewährleisteten Rechte somit durch ihre Regelung sowohl auf nationaler als auch internationaler Ebene doppelt geschützt werden.
11. Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) hat zunächst anerkannt, dass das Streikrecht eines der wirksamsten Handlungsinstrumente der Gewerkschaften ist, gleichzeitig hat er aber auch die Möglichkeit anderer Massnahmen festgehalten. In der Folge hat er unter Berücksichtigung der besonderen Umstände in der Sache *Enerji Yapı-Yol Sen vs. Türkei* das Recht auf Streik in einem gewissen Umfang bzw. indirekt anerkannt. Sodann entschied der Gerichtshof im Jahr 2014, dass das Recht auf Streik im Rahmen von Artikel 11 EMRK geschützt ist und er hat dies im Jahr 2015 nochmals bestätigt. Nunmehr ist das Streikrecht somit unter Artikel 11 EMRK anerkannt und geschützt.
12. Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs steht es den Staaten grundsätzlich frei, welche Massnahmen sie zum Schutz der Koalitionsfreiheit nach Artikel 11 ergreifen. Mit anderen Worten haben die Mitgliedsstaaten somit bei der Regelung der Ausübungsmodalitäten der Koalitionsfreiheit, darunter namentlich das Recht zu kollektiven Massnahmen, einen Ermessensspielraum. Die Mitgliedsstaaten haben jedoch die Pflicht, die gemäss der Rechtsprechung des Gerichtshofs als wesentlich erachteten Elemente mitzuberücksichtigen.

---

**Elemente der Auslegung der Übereinkommen C 87 und C 98 im Zusammenhang mit dem Streikrecht.**

13. Im Rahmen der IAV wird das Streikrecht weder im Übereinkommen Nr. 87 noch im Übereinkommen Nr. 98 der IAO explizit erwähnt. Der Ausschuss für Koalitionsfreiheit vertritt jedoch seit langem die Ansicht, dass das Streikrecht aus dem Übereinkommen Nr. 87 abzuleiten ist. Wie in der Lehre betont wird, betrachtet der Ausschuss dieses Recht «als wesentlichen Aspekt der Betätigungsfreiheit der Gewerkschaften und damit als legitimes Instrument zur Wahrung der wirtschaftlichen und sozialen Interessen der Arbeitnehmenden»<sup>3</sup>, weil das Übereinkommen Nr. 87 «im Sinne einer Mindestgarantie fordere, dass das Streikrecht als kollektives Recht der Gewerkschaften garantiert wird»<sup>4</sup>.
14. Der gewährleistete Schutz des Streikrechts gemäss Übereinkommen Nr. 87 ist ein sehr weitgehender, vor allem aufgrund der sehr weiten Formulierung von Artikel 10, der die Förderung und den Schutz der Interessen der Arbeitnehmenden bezweckt. Das Streikrecht beschränkt sich daher nicht zwingend auf die Verfolgung gesamtarbeitsvertraglich geregelter Ziele. Vielmehr darf die Beteiligung an einem rechtmässigen Streik für die Arbeitnehmenden keine zivil- oder strafrechtlichen Sanktionen zur Folge haben.
15. Die Praxis des Ausschusses lässt es jedoch zu, dass das Streikrecht im nationalen Recht von bestimmten Voraussetzungen wie der Pflicht zu vorgängigen Verhandlungen oder Schlichtungsverfahren abhängig gemacht wird. Auch scheint der Ausschuss die Auffassung, dass das Recht zum Streikaufruf den Arbeitnehmerorganisationen vorzubehalten sei, mit den Normen des Übereinkommens Nr. 87 für vereinbar zu halten, jedenfalls solange sich die Arbeitnehmenden gewerkschaftlich organisieren können, ohne mit gewerkschaftsfeindlichen Massnahmen konfrontiert zu sein.

**2. Frage 2****Stellung, Funktion und Grenzen des Streikrechts in den kollektiven Arbeitsbeziehungen, insbesondere gemäss der Untersuchung der GAV und im Kontext der Rechte und Pflichten gemäss Art. 28 Abs. 2 und 3 BV**

16. Die Studie konnte aufzeigen, dass zwischen dem Streikrecht und dem kollektiven Arbeitsrecht bzw. gemäss der Fragestellung den kollektiven Arbeitsbeziehungen in verschiedener Hinsicht ein enger sachlicher Zusammenhang besteht. Dies zeigt sich bereits daran, dass das Streikrecht häufig – wenn auch nicht unumstrittenermassen – als ein überwiegend, wenn nicht ausschliesslich kollektives Recht einer Gruppe und als Recht der Gewerkschaften und nicht als Grundrecht des Einzelnen wahrgenommen wird. So gelten als Inhaber des Streikrechts die (kollektiv) organisierten Arbeitnehmer und nicht der einzelne Arbeitnehmende – unabhängig von der ebenfalls diskutierten Frage nach den Anforderungen an die «Organisation» der Arbeitnehmenden.

Zum anderen zeigt sich der Zusammenhang zwischen dem Streikrecht und dem kollektiven Arbeitsrecht beim Instrument des Gesamtarbeitsvertrages. Bereits das Vorhandensein eines Gesamtarbeitsvertrages hat nämlich für die vertragschliessenden

---

<sup>3</sup> KUSTER ZÜRCHER, S. 64, N 18.

<sup>4</sup> KUSTER ZÜRCHER, S. 64, N 18.



Parteien und für die betroffenen Arbeitgeber und Arbeitnehmenden eine *relative* Friedenspflicht zur Folge. Es besteht mithin eine Verpflichtung, auf einen Streik oder ein anderes Kampfmittel zu verzichten, soweit die betreffende Frage im GAV geregelt ist. Dieser Friedenspflicht liegt die Vorstellung zugrunde, dass es bei Meinungsverschiedenheiten zwischen den Parteien über Regelungen des GAV Aufgabe des Gerichts ist, im Rahmen einer Klage eine Entscheidung zu treffen. Diese «Institutionalisierung» der Friedenspflicht in verschiedenen Branchen ist gerade auf das Bestehen und die regelmässige Erneuerung von Gesamtarbeitsverträgen zurückzuführen.

Die (relative) Friedenspflicht, welche die Parteien von Gesetzes wegen (Art. 357a OR) trifft, kann von den Parteien im GAV zu einer absoluten Friedenspflicht erweitert werden, sodass sich die Pflicht, auf einen Streik oder andere Kampfmassnahmen zu verzichten, für die gesamte Vertragsdauer des GAV auf alle Fragen erstreckt, egal ob diese im GAV geregelt sind. Die Einhaltung dieser – relativen oder absoluten – Friedenspflicht ist wiederum eine von vier Voraussetzungen für die verfassungsmässige Garantie des Streikrechts gemäss Artikel 28 BV. Mit anderen Worten bewirkt die Nichtbeachtung oder Verletzung einer Friedenspflicht, dass ein Streik unrechtmässig ist und keinen verfassungsmässigen Schutz genießt.

Umgekehrt besteht ausserhalb eines Gesamtarbeitsvertrages keine Pflicht zur Wahrung des Arbeitsfriedens im engeren Sinn, abgesehen von gesetzlichen Verboten oder Einschränkungen für gewisse Berufsgruppen (z. B. Personen, die wesentliche Dienstleistungen erbringen).

Es besteht somit ein unmittelbarer Zusammenhang zwischen dem Streikrecht und dem kollektiven Arbeitsrecht, so dass dem GAV als Instrument des kollektiven Rechts entscheidende Bedeutung in Fragen des Streiks und dessen Regelung zukommt oder zukommen kann.

17. Paradoxe Weise zeigt jedoch eine – nicht vollständige – Untersuchung von Gesamtarbeitsverträgen, dass diese kaum Bestimmungen zum Streik oder zum Recht auf Streik, geschweige denn zu den Voraussetzungen seiner Ausübung enthalten.

Zwar enthält eine Reihe von Gesamtarbeitsverträgen Klauseln über die *relative* Friedenspflicht, die sich wie gezeigt bereits aus dem Gesetz ergibt (Art. 357a Abs. 2 OR). Diese GAV wiederholen somit lediglich die Friedenspflicht. Andere Verträge enthalten Klauseln, die den Einsatz eines Streiks absolut verbieten und damit die Friedenspflicht ausdehnen.

Doch abgesehen von diesen Klauseln zur Wahrung des relativen oder absoluten Arbeitsfriedens enthalten Gesamtarbeitsverträge offenbar kaum Regelungen zu weiteren Punkten und Fragen des Streiks und/oder der Ausübung bzw. den Modalitäten des Streikrechts und dies notabene trotz der in der Studie aufgezeigten Vielfalt offener und heikler Fragen im Bereich des Streikrechts.

Teilweise, wenn auch eher selten, finden sich in Gesamtarbeitsverträgen Bestimmungen, die sich mehr oder weniger explizit auf einen Streik beziehen. Wiederum unter Ausklammerung der Klauseln zum relativen oder absoluten Arbeitsfrieden finden sich mitunter Regelungen zur Suspendierung oder Aufhebung der Friedenspflicht, aber auch Bestimmungen zum Verhalten der Parteien bei einem (möglichen) Streik oder zu den Voraussetzungen, unter welchen die Arbeitnehmenden rechtmässig von diesem Kampfmittel Gebrauch machen dürfen oder für die Ausübung des Streikrechts (beispielsweise Regelungen, die dem Arbeitgeber den Einsatz von «Streikbrechern» verbietet). Darin könnte in gewisser Weise eine «präventive»

Schutzmassnahme gegen die Entlassung von Arbeitnehmenden, die das Streikrecht ausüben oder ausüben wünschen, gesehen werden.

Allgemein enthalten gewisse Gesamtarbeitsverträge vielfach ohne expliziten Verweis auf den Streik Schutzmassnahmen gegen die Entlassung von Arbeitnehmenden, denen mutmasslich aufgrund einer (rechtmässigen) gewerkschaftlichen Tätigkeit gekündigt wurde. Ebenso beinhalten einige GAV Bestimmungen, die Kündigungen aufgrund gewerkschaftlicher Tätigkeit (dazu gehört die rechtmässige Ausübung des Streikrechts) für missbräuchlich erklären oder diese sogar verbieten.

18. Dagegen sehen Gesamtarbeitsverträge für solche Fälle der Entlassung gewerkschaftlich engagierter Personen selten härtere Sanktionen vor als das Obligationenrecht, namentlich was die Entschädigung gemäss Artikel 336a Absatz 2 OR betrifft.

In diesem Kontext stellt sich die Frage, ob und in welchem Ausmass es nach geltendem Recht, *de lege lata*, möglich ist, den obligationenrechtlichen Kündigungsschutz durch Gesamtarbeitsverträge oder individuelle Arbeitsverträge auszudehnen oder zu verbessern, namentlich für den Fall der missbräuchlichen Kündigung.

Diese Frage, der in der Studie nachgegangen wird (siehe Teil III, Buchstabe F, Nr. 238 ff.), überschneidet sich mit der Frage Nr. 4, weshalb weiter hinten auf sie einzugehen ist (Nr. 28 ff.).

19. Unabhängig von diesem im Kontext dieser Studie wichtigen Punkt stellt sich die Frage, ob dem kollektiven Arbeitsrecht oder, genauer gesagt, den Gesamtarbeitsverträgen beim Streikrecht und der Regelung seiner Voraussetzung und Ausübung nicht eine grössere Rolle zugewiesen werden könnte bzw. von diesen übernommen werden sollte.

Auf diese Weise könnten die Sozialpartner unseres Erachtens wie gesehen zum Beispiel entsprechende Regelungen zu den heiklen Fragen und Überlegungen betreffend die Problematik des Zutrittsrechts von Gewerkschaften und möglicherweise entlassenen Arbeitnehmenden im Streikfall in die Gesamtarbeitsverträge aufnehmen.

Ebenso wäre es denkbar, dass im Rahmen eines GAV die Informationspflicht als gemeinsame Aufgabe der Sozialpartner geregelt und diesen, allenfalls sogar in Zusammenarbeit mit Behördenvertretern, überlassen würde. Die entsprechenden Informationen würden sich sowohl an die Arbeitgeber als auch die Arbeitnehmenden richten und die Voraussetzungen des Streikrechts und dessen rechtmässige Ausübung bzw. Voraussetzungen für die Zulässigkeit eines Streiks beinhalten, die aber wie gesehen nicht genau definiert und Gegenstand kontroverser Auslegung in der Doktrin wie auch zwischen den Sozialpartnern sind.

### 3. Frage 3

#### **Erfordernisse für eine effektive Ausübung des Streikrechts**

20. Damit das Streikrecht effektiv ausgeübt werden kann, müssen die an einem (rechtmässigen) Streik teilnehmenden Personen mithilfe wirksamer und abschreckender Mittel gegen alle Sanktionen von Seiten des Arbeitgebers geschützt

werden.<sup>5</sup> Unter den verschiedenen Massnahmen, die vom Arbeitgeber ergriffen werden können, ist die Entlassung gegenüber anderen diskriminierenden Sanktionen abzugrenzen.

### **Kündigungsschutz**

21. Im Schweizer Recht sind Arbeitnehmende, die sich an einem rechtmässigen Streik beteiligt haben, nur begrenzt vor Entlassung geschützt. Denn sowohl die ordentliche Kündigung, die im Streikfall als missbräuchlich gilt (vgl. Art. 336 ff. OR), als auch die fristlose Kündigung, die in einem solchen Fall ungerechtfertigt ist (vgl. Art. 337c OR), sind uneingeschränkt gültig und entfalten ihre volle Rechtswirkung. In beiden Fällen können die betroffenen Arbeitnehmenden weder die Aufhebung der Kündigung noch die Wiedereinstellung verlangen. Sie müssen sich darauf beschränken, von ihrem Arbeitgeber die Zahlung einer Entschädigung zu fordern, die den Betrag von sechs Monatslöhnen nicht übersteigen darf (Art. 336a Abs. 2 und 337c Abs. 3 OR). Die Bestimmung über die Kündigung zur Unzeit (Art. 336c OR) bietet entlassenen Streikenden kaum Schutz.
22. Dass der Schutz im Fall der rechtmässigen Ausübung des Streikrechts nur fragmentarisch ist, erklärt sich unseres Erachtens auch damit, dass der Begriff des rechtmässigen Streiks selbst, wie bereits aufgezeigt, noch nicht restlos geklärt ist. Daraus resultiert eine unvermeidliche Ungewissheit für die Streikenden, die deren Streikwillen beeinflussen dürfte.
23. Am Schweizer Recht wird unter anderem – insbesondere vom SBG und dem Schweizerischen Verband des Personals öffentlicher Dienste (VPOD) in ihrer, bei der IAO anhängigen Klage – bemängelt, dass eine Entschädigung von maximal sechs Monatslöhnen bei missbräuchlicher (vgl. Art. 336a OR) oder ungerechtfertigter (Art. 337c Abs. 3 OR) Kündigung nicht abschreckend genug wirke. Tatsächlich riskieren Beschäftigte, die sich an einem rechtmässigen Streik beteiligen, die Kündigung und somit ihre Anstellung zu verlieren und lediglich eine Entschädigung von einigen wenigen (höchstens sechs) Monatslöhnen zu erhalten. Daher fragt es sich in der Tat, ob ein derartiger Schutz effektiv die tatsächliche Ausübung des Streikrechts zu garantieren vermag.
24. Der Bundesrat hat in verschiedenen Vorlagen vorgeschlagen, die Entschädigung auf zwölf Monatslöhne zu erhöhen, entweder für alle Arbeitnehmenden oder zumindest für sog. Whistleblower. Die abschreckende Wirkung der Entschädigung könnte durch einen solchen, vom Gericht unter Berücksichtigung aller Umstände festgelegten Höchstbetrag sicherlich erhöht und damit der Kündigungsschutz verbessert werden. Damit könnte das Schweizer Recht als konform mit dem die Schweiz verpflichtenden Völkerrecht betrachtet werden, indem mit einer angemessenen Entschädigung eine glaubwürdige Alternative zur Wiedereinstellung missbräuchlich entlassener Personen bestünde. Diese Frage sollte unseres Erachtens daher erneut geprüft werden, sei es hinsichtlich der Regelung für alle Arbeitnehmenden, sei es ausschliesslich für Arbeitnehmende, die sich an einem rechtmässigen Streik beteiligen. Eine weitere denkbare Möglichkeit bestünde darin, eine Regelung oder auch lediglich punktuelle Lösungen für bestimmte Kategorien von Unternehmen vorzusehen, z. B. für

---

<sup>5</sup> Selbstverständlich dürfen auch strafrechtliche Sanktionen die effektive Ausübung des Streikrechts nicht behindern. Dieser Punkt wurde im Rahmen der vorliegenden Studie allerdings nicht eingehend untersucht.

Unternehmen, die eine grössere Anzahl Arbeitnehmende beschäftigen oder die einen bestimmten Jahresumsatz erreichen.

### **Weitere Schutzbestimmungen**

25. Im privaten Arbeitsrecht werden Arbeitnehmende nicht durch besondere Normen gegen diskriminierende Massnahmen des Arbeitgebers geschützt, mit Ausnahme der Kündigung. Opfer von Diskriminierungen können sich also lediglich auf einige allgemeine Rechtsgrundsätze und Sonderregeln berufen und dabei hoffen, dass ein Gericht diese Regeln im konkreten Fall anwendet. Als allgemeine Normen kommen die Grundsätze des Rechtsmissbrauchsverbots (Art. 2 Abs. 2 ZGB), von Treu und Glauben (Art. 3 ZGB) sowie der Billigkeit (Art. 4 ZGB) in Betracht. Als besondere Regelung kommt die Pflicht des Arbeitgebers, die Persönlichkeit seiner Angestellten zu schützen, in Betracht (Art. 328 OR).
26. Insgesamt finden diese verschiedenen Bestimmungen selten zum Schutz diskriminierter Arbeitnehmender Anwendung, vielleicht mit Ausnahme von Artikel 328 OR für gewisse Fällen von Diskriminierungen. Wenn der Arbeitgeber kollektive Massnahmen ergreift, können sich daher Arbeitnehmende nach geltendem Recht auf diese Gesetzesbestimmung berufen, die insbesondere ihre Würde und ihr gesellschaftliches Ansehen schützt, und unter Vorbehalt besonderer Rechtfertigungsgründe eine nicht diskriminierende Behandlung verlangen.

Nach der Rechtsprechung verbietet Artikel 328 OR dem Arbeitgeber die Diskriminierung von Arbeitnehmenden, wenn diese als Ausdruck einer verletzenden Geringschätzung der Persönlichkeit des Arbeitnehmenden erscheint. Eine solche Geringschätzung der Persönlichkeit ist jedoch nur bei einer Schlechterstellung gegenüber einer Vielzahl anderer Arbeitnehmenden gegeben, und nicht bereits dann, wenn der Arbeitgeber lediglich einzelne Arbeitnehmende besserstellt. Es steht dem Arbeitgeber frei, kollektive Massnahmen zu ergreifen und dabei Einschluss- oder Ausschlusskriterien für gewisse Kategorien von Arbeitnehmenden festzulegen oder zu vereinbaren, solange diese Kriterien nachvollziehbar und nicht willkürlich sind, nicht gegen die Achtung der Persönlichkeit verstossen und auch sonst nicht unzulässig sind. Der Umstand, dass der Arbeitgeber einzelne seiner Angestellten begünstigt, kann aber zur Folge haben, dass andere Angestellte, die von dieser Begünstigung nicht profitieren, nach Treu und Glauben auf eine stillschweigende Vertragsänderung zu ihren Gunsten schliessen dürfen. In einem solchen Fall muss der Arbeitgeber die nur einzelnen Beschäftigten zgedachte begünstigende Behandlung auch den anderen Arbeitnehmenden gewähren, weil diese Behandlung nach dem Grundsatz von Treu und Glauben als vertraglich vereinbart gilt. Die wichtigsten Anwendungsfälle davon sind Gratifikationen und Sozialpläne.

27. Aus den bisherigen Ausführungen wird deutlich, dass Arbeitnehmende, die wegen ihrer Teilnahme an einem (rechtmässigen oder unrechtmässigen) Streik diskriminiert werden, im privaten Arbeitsrecht nicht auf echte Schutzmassnahmen zurückgreifen können. Lediglich im Fall einer kollektiven Massnahme könnten die Arbeitnehmenden eine Verletzung ihrer Persönlichkeit geltend machen. Der Schutz ist demnach weitgehend lückenhaft und zufällig.

#### 4. Frage 4

##### **Sind günstigere vertragliche Abmachungen möglich oder bedarf es zur Verbesserung des Schutzes der Arbeitnehmenden einer Gesetzesänderung?**

28. Viele Gesamtarbeitsverträge enthalten Regeln zum Kündigungsschutz von gewerkschaftlich tätigen Arbeitnehmenden. In einigen Gesamtarbeitsverträgen wird der missbräuchliche Charakter einer Kündigung wegen gewerkschaftlicher Tätigkeit explizit erwähnt und andere sehen in diesem Zusammenhang sogar ein Entlassungsverbot vor. Die Rechtslage und die Gültigkeit derartiger Vertragsklauseln sind nach wie vor ungeklärt. Ob die Sozialpartner im Rahmen von Gesamtarbeitsverträgen die Möglichkeit haben, für Arbeitnehmende eine günstigere Regelung bei missbräuchlicher Kündigung vorzusehen, beispielsweise die Nichtigkeit einer solchen Kündigung, ist in der Tat eine höchst komplexe und umstrittene Frage.

Nach Artikel 358 OR geht das «zwingende Recht des Bundes und der Kantone [...] den Bestimmungen des Gesamtarbeitsvertrages vor; jedoch können zugunsten der Arbeitnehmenden abweichende Bestimmungen aufgestellt werden, wenn sich aus dem zwingenden Recht nichts anderes ergibt». Es wird angenommen, dass Artikel 358 OR zweiter Satzteil *in fine* auf absolut zwingende Bestimmungen hinweist, also in erster Linie auf die Aufzählung in Artikel 361 OR.

Das Gesetz enthält drei Normen zur missbräuchlichen Kündigung: Artikel 336 (Grundsatz), Artikel 336a (Sanktionen) und Artikel 336b (Verfahren). Nach dem Wortlaut des Gesetzes (vgl. Art. 361 und 362 OR) handelt es sich bei Artikel 336 Absatz 1, Artikel 336a und Artikel 336b um absolut zwingendes Recht, während Artikel 336 Absatz 2 OR relativ zwingend ist. Nach Artikel 358 OR wäre eine Abweichung von den Vorschriften über die missbräuchliche Kündigung, mit Ausnahme von Artikel 336 Absatz 2 OR, daher nicht möglich.

Entgegen dem klaren Wortlaut (vgl. Art. 336a, 358 und 361 OR) nehmen ein Teil der Lehre und gewisse Gerichte eine nuanciertere teleologische Auslegung vor, welche Unterscheidungen nach dem Zweck der Normen erlaubt und abweichende vertragliche Lösungen zulässt.

Das Bundesgericht hat die Frage bislang, soweit ersichtlich, nicht klar und endgültig entschieden, was sich namentlich aus zwei jüngeren Entscheidungen ergibt, die beide die Anwendung des Rahmen-GAV für den Genfer Detailhandel (gültig für den Zeitraum 2008–2010) zum Gegenstand hatten. Eine Arbeitnehmerin und die Gewerkschaft machten geltend, dass es nach Schweizer Recht zulässig sei, den gesetzlichen Arbeitnehmerschutz nach Artikel 336 ff. OR durch GAV zu verbessern. Darüber hinaus lasse sich auch die Forderung nach Aufhebung einer Kündigung oder das Recht auf Wiedereinstellung aus einer gesamtarbeitsvertraglichen Regelung herleiten.

Im ersten Urteil von 2010 befand das Bundesgericht, es sei «nicht notwendig, auf die Einwände in Zusammenhang mit den dem Rechtsstreit zugrunde liegenden Vorbringen einzutreten» und liess die Frage folglich offen, weil das Kantonsgericht der Gewerkschaft die Klageberechtigung zu Recht abgesprochen habe.<sup>6</sup>

Bemerkenswerter ist der zweite Entscheid von 2012: Nach Ansicht des Bundesgerichts kann nämlich die umstrittene GAV-Klausel nicht als Grundlage für die Aufhebung oder Anfechtbarkeit der Kündigung herangezogen werden, weil der GAV «keine besondere Regelung für den Fall der Verletzung der Norm» enthalte. So sei «mangels einer

<sup>6</sup> BGer 4A\_248/2010 vom 12. Juli 2010, E. 5, übersetzt aus dem Französischen.

besonders vorgesehenen Sanktion davon auszugehen, dass die betreffende Bestimmung [nur] eine Ergänzung oder Präzisierung des bereits in Artikel 336 Absatz 2 Buchstabe a und b OR verankerten gesetzlichen Schutzes bezweckt. [...]. Wenn es also lediglich darum geht, den gesetzlichen Schutz zu ergänzen, ohne das Verfahren oder die Sanktionen zu präzisieren, ist davon auszugehen, dass Artikel 336b OR ebenfalls anwendbar ist»<sup>7</sup>.

Soweit der umstrittene GAV keine besonderen Sanktionen vorsah, musste nach Ansicht des Bundesgerichts vom Grundsatz ausgegangen werden, dass der GAV der Logik der geltenden Rechtsordnung folgt und sie ergänzt, ohne von ihr abzuweichen. Aus dieser Rechtsprechung kann unseres Erachtens *e contrario* der Schluss gezogen werden, dass es den Sozialpartnern möglich gewesen wäre, ein anderes von Artikel 336a OR abweichendes Sanktionssystem vorzusehen. Auf alle Fälle hat sich das Bundesgericht zu keinem Zeitpunkt auf die Artikel 358 und 361 OR gestützt. Ob die Aufnahme von Regeln zur Verbesserung des Kündigungsschutzes der Arbeitnehmenden in Gesamtarbeitsverträgen möglich ist, ist somit weiterhin offen.

29. Angesichts des relativ zwingenden Charakters von Artikel 336 Absatz 2 OR und der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, wonach die Rechtsordnung neue Fälle von missbräuchlicher Kündigung anerkennen kann, soweit sie eine ähnliche Schwere wie die in der nicht abschliessenden Aufzählung von Artikel 336 OR aufgeführten Fälle haben, erscheint es naheliegender, den Sozialpartnern die Möglichkeit zuzuerkennen, in einem GAV ausdrücklich festzuhalten, dass eine Kündigung aufgrund der Beteiligung an einem rechtmässigen Streik missbräuchlich ist.
30. *De lege ferenda* würde die vom Bundesrat angeregte Gesetzesänderung, wonach auf den absolut zwingenden Charakter der Artikel 336 und 336a OR verzichtet würde, die Situation klären und die Sozialpartner dazu ermutigen, sich im Rahmen eines GAV um bedarfsgerechte Lösungen zu bemühen. Auf diese Weise wäre es möglich, den Arbeitnehmerschutz in Fällen eines rechtmässigen Streiks auszudehnen, indem beispielsweise die Nichtigkeit derartiger Kündigungen oder die Möglichkeit der gerichtlichen Festlegung von Entschädigungen von mehr als sechs Monatslöhnen (beispielsweise von 12 Monaten) vereinbart würde.

## 5. Frage 5

***Welche Rolle spielt das Streikrecht in Branchen oder Berufen ohne Arbeitgeber- bzw. Arbeitnehmervertretung; besteht in diesen Raum für günstigere vertragliche Regelungen und gibt es im Rahmen des geltenden Systems der kollektiven Arbeitsbeziehungen alternative Lösungen?***

### **Rolle des Streikrechts in Branchen und Berufsverbänden ohne Arbeitgeber- und Arbeitnehmervertretung**

31. Neben der allgemeinen Überlegung, dass die Bedeutung des Streiksrechts mutmasslich grösser ist, soweit Gewerkschaften bestehen (vor allem aus organisatorischen Gründen, aber auch aufgrund der Handlungsmacht), stellt sich in

---

<sup>7</sup> BGer 4A\_316/2012 vom 1. November 2012, E. 2.2, übersetzt aus dem Französischen.

diesen Fällen hauptsächlich die Frage nach der Trägerschaft des Rechts zum Streikaufruf.

32. Wie bereits weiter vorne gezeigt, würde den Arbeitnehmenden in gewissen, nicht gewerkschaftlich organisierten Branchen faktisch das Streikrecht entzogen, wenn absolut und strikt vorausgesetzt würde, dass nur eine Gewerkschaft rechtmässig einen Streik ausrufen könne.

Insofern stellt sich daher die Frage, ob nicht zumindest in den Branchen ohne Gewerkschaften den gewählten Arbeitnehmervertreterinnen und -vertretern im Sinne des Mitwirkungsgesetzes das Recht zum Streikaufruf zukommen müsste. Für Kleinbetriebe (weniger als 50 Beschäftigte, siehe Art. 3 Mitwirkungsgesetz), in denen keine gewählte Arbeitnehmervertretung besteht, wäre es sogar denkbar, dass die Arbeitnehmenden zur Bestellung einer *ad hoc* Vertretung zusammentreten könnten.

33. Würde das Recht zum Streikaufruf ausschliesslich den Gewerkschaften und somit nur gewerkschaftlich organisierten Personen zugestanden, könnte dies zu einer Verletzung der *negativen* Koalitionsfreiheit der Arbeitnehmenden aus Branchen oder Berufen ohne Arbeitnehmervertretung führen, weil solche Arbeitnehmende zuerst einer Gewerkschaft beitreten müssten, um einen Streik ausrufen zu können (oder aber auf ihr Streikrecht verzichten müssten).

### **Raum für günstigere vertragliche Regelungen in Branchen oder Berufen ohne Arbeitgeber- bzw. Arbeitnehmervertretung**

34. Gemäss Wortlaut von Artikel 356 Absatz 1 OR wird ein Gesamtarbeitsvertrag durch «Arbeitgeber oder deren Verbände [einerseits] und Arbeitnehmerverbände [andererseits]» geschlossen. In Branchen und Berufen ohne Arbeitgeber- bzw. Arbeitnehmervertretung ist es mithin kaum denkbar, einen Gesamtarbeitsvertrag abzuschliessen.

### **C. Lösungsansätze**

35. Angesichts der sowohl in der Schweiz als auch innerhalb der verschiedenen Organe der IAO geführten Diskussionen über das Streikrecht sowie der Schwierigkeiten, einen Konsens zu finden, erscheint es schwierig, an dieser Stelle Vorschläge für neue (jedoch in anderen Rechtsordnungen praktizierte<sup>8</sup>) Lösungen zu präsentieren, die aktuell in der Schweiz auf Zustimmung stossen und sich realistischerweise in das derzeitige System integrieren lassen. Zudem sollen auftragsemäss vorliegend nicht sämtliche in diesem Bereich möglichen Massnahmen präsentiert, sondern lediglich auf gewisse zentrale Fragen Antworten gegeben werden.

Daher werden vorliegend zunächst die bereits früher an anderer Stelle gemachten Lösungsideen nochmals dargelegt und anschliessend um einige weitere Lösungsansätze ergänzt werden.

---

<sup>8</sup> Siehe SCHWEIZERISCHES INSTITUT FÜR RECHTSVERGLEICHUNG, *Legal opinion on the protection of workers and the right to strike*, Lausanne 2015.

## 1. Ausbau des Kündigungsschutzes

36. Verschiedene vom Schweizerischen Institut für Rechtsvergleichung (SIR) untersuchte Länder kennen einen gegenüber dem Schweizer Recht – teilweise deutlich – ausgedehnteren Kündigungsschutz als in der Schweiz, sowohl was den allgemeinen Schutz vor Kündigung angeht als auch bezüglich des Schutzes von Arbeitnehmenden, die in einer Gewerkschaft tätig sind. Lediglich spezifische oder qualifizierte Gründe rechtfertigen jeweils eine Kündigung. Oft gibt es ein der Kündigung vorgelagertes Verfahren und die Möglichkeiten der Anfechtung der Kündigung, und der Wiedereinstellung des Arbeitnehmenden sowie der Verurteilung des Arbeitgebers zur Bezahlung einer Entschädigung in Höhe von meist zwölf oder mehr Monatslöhnen des betroffenen Arbeitnehmenden.<sup>9</sup>
37. Am Schweizer Recht wird insbesondere dahingehend kritisiert, dass eine Entschädigung von höchstens sechs Monatslöhnen bei missbräuchlicher Kündigung (vgl. Art. 336a OR) nicht abschreckend genug wirke. Der Bundesrat hat kürzlich vorgeschlagen, den Höchstbetrag der Entschädigung bei missbräuchlicher (Art. 336a OR) und bei ungerechtfertigter fristloser Kündigung (Art. 337c Abs. 3 OR) auf zwölf Monate zu erhöhen. Zweifellos würde die abschreckende Wirkung der Entschädigung, die vom Gericht stets unter Berücksichtigung aller Umstände festgelegt wird, mit einem solchen Höchstbetrag verstärkt und dadurch der Kündigungsschutz verbessert werden. Damit könnte das Schweizer Recht als konform mit dem die Schweiz verpflichtenden internationalen Recht betrachtet werden, indem mit einer angemessenen Entschädigung eine glaubwürdige Alternative zur Wiedereinstellung von missbräuchlich entlassenen Personen bestünde. Diese Frage sollte unseres Erachtens daher erneut geprüft werden, sei es hinsichtlich der Regelung für alle Arbeitnehmenden, sei es ausschliesslich für Arbeitnehmende, die sich an einem rechtmässigen Streik beteiligen. Eine weitere denkbare Möglichkeit bestünde darin, eine Regelung oder auch lediglich punktuelle Lösungen für bestimmte Kategorien von Unternehmen vorzusehen, z. B. für Unternehmen, die eine grössere Anzahl Arbeitnehmende beschäftigen oder die einen bestimmten Jahresumsatz erreichen.

## 2. Erweiterung der Kompetenzen der Sozialpartner

38. Wie bereits erwähnt, bilden die Sozialpartnerschaft und das kollektive Arbeitsrecht, insbesondere das Recht zu Kollektivverhandlungen, Grundpfeiler des schweizerischen und des internationalen Arbeitsrechts. Im geltenden Schweizer Recht wird das kollektive Verhandlungsrecht jedoch durch das Verbot, vertraglich von den absolut zwingenden Vorschriften (vgl. Art. 358 und 361 OR) zugunsten des Arbeitgebers oder des Arbeitnehmenden abzuweichen, stark eingeschränkt. Obwohl die Sozialpartner in der Praxis zwar gewisse Freiheiten geniessen, bestehen in Bezug auf die Frage des Handlungsspielraums und damit ihrer Abweichungsmöglichkeiten bei absolut zwingenden Vorschriften (vgl. Art. 361 OR) grosse Rechtsunsicherheiten. Unseres Erachtens müssten diese Unsicherheiten beseitigt und gleichzeitig die Möglichkeiten zur Stärkung der Sozialpartnerschaft geprüft werden. Beim Kündigungsschutz könnte eine Lösung darin bestehen, dass auf den absolut zwingenden Charakter der Artikel 336 Absatz 1 und 336a OR verzichtet wird.

---

<sup>9</sup> SCHWEIZERISCHES INSTITUT FÜR RECHTSVERGLEICHUNG, *Legal opinion on the protection of workers and the right to strike*, Lausanne 2015.



### 3. Weitere mögliche Massnahmen

#### a) Ausgangslage

39. Die vom Schweizerischen Institut für Rechtsvergleichung durchgeführte Studie<sup>10</sup> zeigt, dass die untersuchten Länder (Deutschland, Frankreich, Italien, Österreich, Schweden, Slowakei und Grossbritannien) sehr unterschiedliche Rechtsvorschriften in Bezug auf das Streikrecht kennen.

Die Studie zeigt auch, dass das Spektrum der Regelungen des Streikrechts in den analysierten Ländern von „alles“ bis zu „fast gar nichts“ reicht. Anders ausgedrückt, weisen einige Länder ein umfassend ausgebautes System des Streikrechts auf und sehen zugunsten der Streikenden wichtige Schutzmassnahmen (Wiedereinstellung, Schadenersatz usw.) und bei einem Verstoß gegen das Recht schwere Sanktionen (strafrechtliche und beträchtliche zivilrechtliche Sanktionen usw.) vor. Einen besonders hohen Stellenwert geniesst das Streikrecht in Italien und Frankreich. Umgekehrt setzen andere Länder dem Streikrecht strikte Grenzen und Streikende müssen strenge Voraussetzungen erfüllen, damit die Ausübung des Streikrechts rechtmässig ist. Dies gilt beispielsweise für Grossbritannien.

40. Insoweit als das schweizerische Recht, wie gesehen, rechtmässig streikende Arbeitnehmende, nicht genügend schützt, namentlich vor Kündigung, und daher das geltende Recht nicht genügend abschreckend wirkt, ist es opportun, andere Massnahmen zu prüfen, welche die effektive Wirkung des Streikrechts erhöhen – und zwar unabhängig von der Frage, ob eine Verbesserung des Kündigungsschutzes (auf gesetzlichem oder vertraglichem Weg) erreicht werden kann. Im Folgenden sollen daher einige Aspekte von zwei unseres Erachtens prüfungswerten Lösungsansätzen für die spezifischen Probleme des Streikrechts und seiner Ausübung präsentiert werden, die an anderer Stelle nicht dargelegt wurden.

#### b) Urteilspublikation in den Medien

41. Zur Verbesserung des Schutzes der Arbeitnehmenden könnte die Veröffentlichung von rechtskräftigen Urteilen, in denen die Missbräuchlichkeit von Kündigungen und/oder die Diskriminierung von Gewerkschaften festgestellt wird, angeordnet werden, wie dies teilweise in der Lehre vorgeschlagen wird. Damit diese Massnahme ihre Wirkung entfaltet, wären die Urteile sowohl in Regionalzeitungen als auch in der Wirtschaftspresse zu publizieren<sup>11</sup> *De lege lata* ist die Urteilspublikation in mindestens drei spezifischen Fällen vorgesehen.
42. Im Bereich des Persönlichkeitsschutzes statuiert Artikel 28a Absatz 2 ZGB die Möglichkeit für die klagende Partei zu «verlangen, dass eine Berichtigung oder das Urteil Dritten mitgeteilt oder veröffentlicht wird». Dabei handelt es sich allerdings nicht um ein zusätzliches Klagebegehren, sondern eher um eine spezifische Modalität zur Umsetzung der Klagemöglichkeiten gemäss Artikel 28a Absatz 1 ZGB (in der Norm ist explizit von «insbesondere» die Rede). Die in Artikel 28a Absatz 2 ZGB vorgesehenen Möglichkeiten können allenfalls die Persönlichkeitsverletzung ebenfalls beseitigen, sind aber keine Grundlage für Schadenersatzansprüche, die ausschliesslich in Artikel 28a

<sup>10</sup> Siehe SCHWEIZERISCHES INSTITUT FÜR RECHTSVERGLEICHUNG, *Legal opinion on the protection of workers and the right to strike*, Lausanne 2015.

<sup>11</sup> MOESCH, S. 555.

Absatz 3 ZGB geregelt sind. Zudem setzen Massnahmen gemäss Artikel 28a Absatz 2 ZGB kein Verschulden voraus. Sie müssen sodann im Rechtsbegehren der klagenden Partei ausdrücklich verlangt werden. Das Gericht kann eine Veröffentlichung (Verbreitung in einem periodisch erscheinenden Presseerzeugnis, über Radio, Fernsehen oder Internet) oder eine Mitteilung an Dritte (namentlich auf dem Zirkularweg oder per E-Mail) anordnen. Die Kosten der Veröffentlichung gehen zu Lasten der unterliegenden beklagten Partei.

Das Gericht hat aufgrund einer Zweckmässigkeitsprüfung zu entscheiden und einem Antrag auf Urteilspublikation stattzugeben, wenn diese geeignet ist, die Verletzung zu beseitigen oder zu mildern. Es muss somit vermieden werden, dass die Urteilspublikation nur deswegen erfolgt, um den Urheber der Verletzung zu bestrafen, indem diese zur Befriedigung der Rachegefühle des Opfers Dritten zur Kenntnis gebracht wird. Die Massnahme ist zudem nur dann auszusprechen, wenn sich andere Massnahmen nicht als gleichermassen zielführend erweisen (Grundsatz der Verhältnismässigkeit). Darüber hinaus darf sie sich für den Urheber der Verletzung nicht als reine Schikane erweisen.<sup>12</sup> Nach Ansicht des Bundesgerichts rechtfertigt sich eine Urteilspublikation nur, wenn sie geeignet ist, die durch die Persönlichkeitsverletzung verursachte Störung zu beseitigen, das heisst den falschen Eindruck, der bei einer unbekanntem Zahl Dritter entstanden ist.<sup>13</sup>

43. Zweitens ist im Zusammenhang mit der Leistung von Genugtuung im Falle einer Persönlichkeitsverletzung auch auf Artikel 49 Absatz 2 OR zu verweisen, wonach das Gericht anstatt oder neben der Leistung einer Geldsumme auch auf eine andere Art der Genugtuung erkennen kann. Ob die Urteilspublikation eine andere Art der Genugtuung darstellt, ist in der Lehre umstritten.<sup>14</sup> Das Bundesgericht hat sich diesbezüglich lange zurückhaltend gezeigt. In seiner jüngeren Rechtsprechung hat es schliesslich entschieden, dass eine Veröffentlichung des Urteils die Leistung von Genugtuung im Falle einer Persönlichkeitsverletzung bewirken könne, wenn die Veröffentlichung das geeignetste Mittel darstellt; eine zusätzliche Leistung einer Geldsumme rechtfertige sich erst dann, wenn auch nach der Veröffentlichung noch eine seelische Belastung zurückbleibt.<sup>15</sup>
44. Schliesslich ist die Veröffentlichung des Urteils auch in Artikel 68 Strafgesetzbuch (StGB) als besondere Massnahme vorgesehen. Die Veröffentlichung muss im öffentlichen Interesse, im Interesse der verletzten oder der antragsberechtigten Person geboten sein (Art. 68 Abs. 1 StGB). Die Veröffentlichung wird mit dem disziplinierenden Effekt der Verwarnung und dem öffentlichen Interesse daran begründet. Es geht mithin um die Information und die Beruhigung der Öffentlichkeit und die Warnung vor gewissen Verstössen. Zudem kann die Veröffentlichung des Urteils die verurteilte Person von der erneuten Begehung einer Tat abhalten (Spezialprävention). Das öffentliche Interesse steht im Vordergrund, wenn die Öffentlichkeit vor einer Gefahr gewarnt werden muss, beispielsweise in Fällen von Warenfälschung, Verstössen gegen das Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb oder bei Fehlverhalten eines Rechtsanwalts. Ehrverletzungsdelikte oder Falschanschuldigungen rechtfertigen

---

<sup>12</sup> Zu den verschiedenen Aspekten der erstmalig als Massnahme eingesetzten Urteilspublikation siehe namentlich JEANDIN, Commentaire romand CC I, N 15 und 16 zu Art. 28a ZGB, S. 271, mit Hinweisen; STEINAUER/FOUNTOULAKIS, N 578, S. 219–220 mit Hinweisen; TERCIER, N 998, S. 136.

<sup>13</sup> BGE 135 III 145, in: JdT 2009 I 612.

<sup>14</sup> Zu dieser Frage siehe WERRO, Commentaire romand, Code des obligations II, Basel 2012, N 15 ad Art. 49, S. 469.

<sup>15</sup> BGE 131 III 26, E. 12.2.1.

in Bezug auf das Interesse der verletzten Person die Urteils publikation am häufigsten. Nach Artikel 68 Absatz 2 StGB kann beim Gericht zudem die Veröffentlichung eines freisprechenden Urteils beantragt werden, entweder im öffentlichen Interesse (beispielsweise wenn die betroffene Person während des Strafverfahrens öffentlich diskriminiert wurde) oder im Interesse der verletzten oder antragsberechtigten Person (beispielsweise, wenn sie durch eine unbegründete Behauptung in ihrem beruflichen Umfeld diskreditiert wurde).

Das Gericht bestimmt Art und Umfang der Veröffentlichung (Art. 68 Abs. 4 StGB), also den Erscheinungsort und das Publikationsorgan. Es muss sich dabei nicht um ein Amtsblatt (eines Kantons oder des Bundes) handeln, sondern es kann irgendein Medienerzeugnis sein, solange der angestrebte Zweck der Publikation erreicht wird. Die Frage der Veröffentlichung des Namens wird dabei kontrovers diskutiert. Nach der Rechtsprechung ist der Name der verurteilten Person nicht nur aus Gründen der Spezialprävention zu veröffentlichen, sondern jedes Mal, wenn es der Zweck der Urteils publikation im konkreten Einzelfall erfordert. In der Lehre argumentieren einige Autoren, dass der Name in der Urteils publikation immer genannt werden müsse, während andere Autoren dies ablehnen, wenn die Publikation aus öffentlichem Interesse erfolgt und somit die Nennung des Namens nur dann befürworten, wenn die Veröffentlichung im Interesse einer Privatperson erfolgt.<sup>16</sup>

45. *De lege lata* ist es unklar, ob ein Gericht die Publikation eines die Feststellung der Missbräuchlichkeit einer Kündigung und/oder gewerkschaftsfeindlicher Massnahmen gegen rechtmässig streikende Arbeitnehmende enthaltende Urteile anordnen kann. *De lege ferenda* könnte die Publikation rechtskräftiger Urteile in den Medien eine zusätzliche Sanktion neben der im Obligationenrecht vorgesehenen Entschädigung bei missbräuchlicher oder ungerechtfertigter Kündigung darstellen. Sie hätte sicherlich auf gewisse Betriebe eine abschreckendere Wirkung als eine je nach der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit des Arbeitgebers eher unbedeutende Entschädigungspflicht. Auch dürfte unseres Erachtens ein gewisses öffentliches Interesse daran bestehen, vom Ausgang eines Verfahrens wegen gewerkschaftsfeindlicher Massnahmen zu erfahren. Mit einer solchen Massnahme würden ausserdem missbräuchlich entlassene Arbeitnehmende und Opfer gewerkschaftsfeindlicher Diskriminierung eine bessere Anerkennung der Zulässigkeit ihrer Streikteilnahme erhalten.

### **c) Bessere Informationen über die Voraussetzungen des Streikrechts**

46. Neben dieser «reparatorischen» Massnahme, welche den Schutz der Ausübung des Streikrechts verbessern könnte, ist unseres Erachtens eine dem Streikaufruf «vorgelagerte» Massnahme in Betracht zu ziehen.
47. Angesichts der komplexen Fragen in Verbindung mit den Voraussetzungen für die Zulässigkeit eines Streiks drängt sich sowohl zugunsten der Arbeitgeber wie auch der Arbeitnehmenden eine Informationspflicht über das Streikrecht und dessen Ausübung auf. Die Bereitstellung dieser Informationen könnte sogar als gemeinsame Aufgabe der Sozialpartner ausgestaltet werden, was sicherlich Symbol eines verbesserten Dialogs zwischen den Sozialpartnern wäre.

---

<sup>16</sup> Zu den strafrechtlichen Aspekten der Urteils publikation siehe insbesondere BICHOVSKY, Commentaire romand, CP I, N 1, 24 und 25 zu Art. 68 StGB, S. 710 und 712. Vgl. ferner BGE 101 I 344 und 108 IV 158.

Denkbar wäre es auch, eine solche Informationspflicht als «tripartite» Aufgabe auszugestalten, die von den Sozialpartnern sowie dem Staat gemeinsam wahrgenommen wird.

Neuenburg, 11. April 2016

Jean-Philippe Dunand

Pascal Mahon