

Art. 28*

- Koalitions-
freiheit
- 1 **Die Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer, die Arbeitgeberinnen und Arbeitgeber sowie ihre Organisationen haben das Recht, sich zum Schutz ihrer Interessen zusammenschliessen, Vereinigungen zu bilden und solchen beizutreten oder fernzubleiben.**
 - 2 **Streitigkeiten sind nach Möglichkeit durch Verhandlung oder Vermittlung beizulegen.**
 - 3 **Streik und Aussperrung sind zulässig, wenn sie Arbeitsbeziehungen betreffen und wenn keine Verpflichtungen entgegenstehen, den Arbeitsfrieden zu wahren oder Schlichtungsverhandlungen zu führen.**
 - 4 **Das Gesetz kann bestimmten Kategorien von Personen den Streik verbieten.**
- Liberté
syndicale
- 1 **Les travailleurs, les employeurs et leurs organisations ont le droit de se syndiquer pour la défense de leurs intérêts, de créer des associations et d'y adhérer ou non.**
 - 2 **Les conflits sont, autant que possible, réglés par la négociation ou la médiation.**
 - 3 **La grève et le lock-out sont licites quand ils se rapportent aux relations de travail et sont conformes aux obligations de préserver la paix du travail ou de recourir à une conciliation.**
 - 4 **La loi peut interdire le recours à la grève à certaines catégories de personnes.**
- Libertà
sindacale
- 1 **I lavoratori e i datori di lavoro nonché le loro organizzazioni hanno il diritto di unirsi e di costituire associazioni a tutela dei loro interessi, nonché il diritto di aderirvi o no.**
 - 2 **I conflitti vanno per quanto possibile composti in via negoziale o conciliativa.**
 - 3 **Lo sciopero e la serrata sono leciti soltanto se si riferiscono ai rapporti di lavoro e non contrastano con impegni di preservare la pace del lavoro o di condurre trattative di conciliazione.**
 - 4 **La legge può vietare lo sciopero a determinate categorie di persone.**

Materialien: Botsch. VE 96, 177 ff.; AB N Verfassungsreform 222 ff., 426 ff.; AB S Verfassungsreform 45 ff., 158 ff., 209 f.

Literatur: ABDERHALDEN ERNST, Die Vereinsfreiheit im schweizerischen Verfassungsrecht, Diss., Bern 1938 (zit. Vereinsfreiheit); ANDERMATT ARTHUR, Das Streikrecht in der neuen Bundesverfassung, plädoyer 5/1999, 30 ff. (zit. Streikrecht); AUBERT-PIGUET BÉATRICE, L'exercice du droit de grève, AJP 1996, 1497 ff.; FAVRE ANTOINE, L'évolution des droits individuels de la Constitution, ZSR 1936, 292a ff., 380a ff.; GARRONE PIERRE, Liberté syndicale, in: THÜRER/AUBERT/MÜLLER, Verfassungsrecht, 795 ff. (zit. Liberté syndicale); KUSTER ZÜRCHER SUSANNE, Streik und Aussperrung – Vom Verbot zum Recht, Diss., Zürich 2004 (zit. Streik); PORTMANN WOLFGANG/STÖCKLI JEAN-FRITZ, Kollektives Arbeitsrecht, Zürich 2004 (zit. Arbeitsrecht); REHBINDER MANFRED, Schweizerisches Arbeitsrecht, 15. Aufl., Bern 2002; SCHIESS RÜTIMANN PATRICIA M., Politische

* Die Verfasser danken Herrn Dr. Roger Nobs für die kritische Durchsicht des Manuskripts und wertvolle Anregungen.

und wilde Streiks im Lichte von Art. 28 Abs. 3 BV besehen, in: GÄCHTER/BERTSCHI, Neue Akzente, 135 ff. (zit. Streiks); STAEHELIN SALOME, Das Streikrecht in unerlässlichen Diensten, Diss., Basel 2001 (zit. Unerlässliche Dienste); TSCHUDI HANS PETER, Der Arbeitsfrieden, Ziel des Arbeitsrechts, in: Bettina Kahil-Wolff et al. (Hrsg.), Festschrift für Jean-Louis Duc, Lausanne 2001, 383 ff. (zit. Arbeitsfriede); VISCHER FRANK/ALBRECHT ANDREAS C., Der Arbeitsvertrag, Zürcher Komm. zu Art. 356–360f OR, 4. Aufl., Zürich 2006 (zit. Zürcher Komm.).

Inhaltsübersicht

	Rz.
I. Entstehungsgeschichte	1
II. Völkerrechtliche Vorgaben	8
III. Koalitionsfreiheit als Individualrecht	12
1. Inhalt	12
2. Träger	15
3. Schranken	16
IV. Koalitionsfreiheit als kollektives Recht	17
1. Tarifautonomie	19
2. Bedingte Zulässigkeit von Streiks und Aussperrungen (Abs. 2 und 3)	22
3. Gesetzliche Einschränkungen (Abs. 4)	30
4. Koordinationsrechtlicher Aspekt	37

I. Entstehungsgeschichte

In der Déclaration des droits de l'homme et du citoyen vom 26. August 1789 ¹ findet sich zwar die Versammlungsfreiheit, nicht aber die Vereinsfreiheit. Auf Dauer gegründeten Vereinen stand man zunächst kritisch gegenüber (AUBERT, Traité I, Rz. 742). In der BV von 1848 war die Vereinsfreiheit in Art. 46 verankert. Sie wurde 1874 mit dem bisherigen Wortlaut zum Art. 56 der totalrevidierten Bundesverfassung (BURCKHARDT, Kommentar, 522). Die Koalitionsfreiheit ist die Schwester der Vereinsfreiheit. Seit langem ist anerkannt, dass die Vereinsfreiheit auch die Koalitionsfreiheit beinhaltet, d.h. insb. das Recht der Arbeitnehmer, sich zu Gewerkschaften, und das Recht der Arbeitgeber, sich zu Arbeitgeberverbänden zusammenzuschliessen (ABDERHALDEN, Vereinsfreiheit, 56 ff.).

Selbst der Zusammenhang zwischen Koalitionsrecht und Arbeitskampf (insb. ² Streikrecht) wurde früh gesehen (ANDERMATT, Streikrecht, 30; ERICH GRUNER, Arbeiterschaft und Wirtschaft in der Schweiz 1880 bis 1914, Bd. 2/2, Zürich 1988, 1144). Die Vorverständnisse klafften jedoch teilweise weit auseinander.

Insb. wurde noch kaum die programmatische Funktion des Grundrechts erkannt, die verlangt, die Koalitionsfreiheit auch unter den Privaten zur Geltung zu bringen. So wurde z.B. hervorgehoben, Art. 56 aBV regle nur das Verhältnis des Einzelnen zum Staat, nicht zu anderen Privatpersonen; in der Verpflichtung, einem Verein nicht anzugehören, «wie es z.B. durch den Anstellungsvertrag geschehen kann, oder in der tatsächlichen Verhinderung, einem Verein anzugehören, z.B. durch Drohung der Kündigung des Anstellungsvertrages» (BURCKHARDT, Kommentar, 522), wurde folglich nicht nur keine Verletzung der Koalitionsfreiheit erblickt, die Ordnung wurde wohl auch für rechtlich unbedenklich gehalten (BURCKHARDT, Kommentar, 522, Fn. 6). Andererseits ist freilich die Problematik schon lange erkannt worden. So wurde überzeugend argumentiert, wenn der Staat die Vereinsfreiheit nicht hemmen dürfe, dürfe er auch nicht untätig zusehen, wie Private dieses Recht durch Zwang beeinträchtigen (ABDERHALDEN, Vereinsfreiheit, 148 ff.).

- 3 Was den *Streik* betrifft, so hat das BGer schon sehr früh den Zusammenhang zwischen Koalitionsfreiheit und zulässigen Arbeitskämpfmassnahmen gesehen. So erblickte es bspw. unter dem Vorbehalt gewisser Voraussetzungen in einem Boykottaufruf der Genfer Arbeiterkammer gegen eine Giesserei (*mise à l'index*) keine Verletzung der Rechtsordnung. «La mise à l'index ou mise à l'interdit tend à empêcher le patron de recruter le personnel dont il a besoin en détournant les ouvriers de se laisser embaucher par lui. [...] Or la mise à l'index, abstraction faite des moyens d'exécution, qui peuvent varier dans chaque cas, est un moyen parfaitement licite d'exercer une contrainte morale en vue d'obtenir des conditions de travail meilleures» (BGE 25 II 801). Weiter erschien dem BGer ein Streik der Arbeiter einer Fabrik zur Erlangung besserer Arbeitsbedingungen als ein für den Fabrikherrn «stets voraussehbares Kampfmittel der Arbeiter, das keineswegs ausserhalb des gewöhnlichen Laufes der Dinge liegt» (BGE 28 II 254).
- 4 In der Lehre wurde nicht nur die Koalitionsfreiheit, sondern auch das Streikrecht bereits unter der aBV mit grosser Einhelligkeit anerkannt, obgleich Letzteres im Verfassungstext mit keinem Wort erwähnt wurde. Streik und Aussperrung wurden als Teilgehalte der Koalitionsfreiheit (Art. 56 aBV) oder als Ausfluss des Prinzips der Arbeitsfreiheit (Art. 34^{ter} aBV) gesehen, und insoweit als verfassungsrechtlich geschützt akzeptiert (BGE 125 III 280; MAHON, Petit Comm. ad Art. 28, Rz. 2, Fn. 4; GARRONE, Liberté syndicale, Rz. 15; SCHIESS RÜTIMANN, Streiks, 136, jeweils m.w.H.). Dieser verfassungsrechtliche Schutz wurde verstanden als «Verpflichtung des Staates, den Arbeitskampf zuzulassen und diesen nicht durch Zwangsschlichtung, durch straf- oder zivilrechtliche Normen funktionsunfähig zu machen» (BGE 125 III 280).
- 5 Das BGer hatte die Frage, ob ein durch die BV gewährleistetes Streikrecht besteht und gegebenenfalls mit welchem Inhalt, lange *offengelassen*. Es hat indes-

sen die These abgelehnt, nach der im schweizerischen Arbeitsrecht Arbeitskampfmassnahmen nicht vorgesehen seien.

«Auch wenn danach offen ist, wieweit der Einsatz von Streik und Aussperrung in der Schweiz verfassungsrechtlichen Schutz genießt, ist immerhin klar, dass die Formulierung des Arbeitsgerichts, im schweizerischen Arbeitsrecht habe das Streikrecht, ja das Recht auf kollektive Arbeitskampfmassnahmen, noch keinen Eingang gefunden, offensichtlich zu absolut und zu summarisch ausgefallen ist [...]. Umgekehrt kann aber auch als anerkannt gelten, dass das Streikrecht jedenfalls in dem Sinne dem ultima-ratio-Prinzip unterliegt, als der Arbeitskampf nur als äusserstes Mittel zur Herbeiführung des Arbeitsfriedens in Frage kommt. Eine weitergehende Auseinandersetzung über die verfassungsrechtliche Anerkennung des Streikrechts erübrigt sich damit im vorliegenden Fall» (BGE 111 II 253).

Noch vor dem Inkrafttreten der neuen BV hat das BGer die grundsätzliche Zulässigkeit des Streiks anerkannt. Dies freilich unter Berücksichtigung einer «Vorwirkung» des neuen Bundesverfassungsrechts bei der Lückenfüllung (BGE 125 III 283). 6

Die BV verankert nun in Art. 28 ausdrücklich die Koalitionsfreiheit einschliesslich Streik und Aussperrung. Neu werden insb. der Streik und die Aussperrung explizit als zulässig erklärt. Zugleich werden die wesentlichen Bedingungen für deren rechtmässige Ausübung genannt. Weiter soll es möglich sein, für bestimmte Kategorien von Personen die Zulässigkeit des Streiks einzuschränken oder aufzuheben. 7

II. Völkerrechtliche Vorgaben

Die Bildung von Gewerkschaften und Arbeitgebervereinigungen ist nicht nur Gegenstand des Landesrechts, sie ist bereits durch das Völkerrecht geschützt. 8

Zu nennen ist vorab *Art. 11 Ziff. 1 EMRK*, wonach jede Person das Recht hat, sich frei und friedlich mit anderen zu versammeln und sich frei mit anderen zusammenzuschliessen, wozu auch das Recht gehört, zum Schutz ihrer Interessen Gewerkschaften zu gründen und Gewerkschaften beizutreten. 9

Zu nennen sind betreffend Gewerkschaftsfreiheit weiter *Art. 22 UNO-Pakt II* und *Art. 8 UNO-Pakt I*. Folgt man bezüglich der Frage der direkten Anwendbarkeit der Paktinhalte («self-executing») der Rechtsprechung des BGer, so ist betreffend UNO-Pakt II «l'applicabilité directe [...] généralement reconnue» (BGE 121 V 249), während das bezüglich UNO-Pakt I nur ausnahmsweise für einzelne Bestimmungen gilt – aber hier interessant – «notamment l'art 8 al. 1 let. a concernant le droit de former des syndicats et de s'affilier au syndicat de 10

son choix» (BGE 121 V 250; betreffend Argumente für eine differenzierte Überprüfung jeder einzelnen angerufenen Norm der Pakte im Hinblick auf die Frage, ob und in welchem Umfang sich gewisse Schichten für eine gerichtliche Beurteilung eignen vgl. JÖRG KÜNZLI, Soziale Menschenrechte: blosse Gesetzgebungsaufträge oder individuelle Rechtsansprüche? Überlegungen zur direkten Anwendbarkeit des UNO-Sozialpaktes in der Schweiz, AJP 1996, 527 ff., 534 ff.).

- 11 Hinsichtlich Vereinigungsfreiheit weiter zu nennen ist das *ILO-Übereinkommen Nr. 87 vom 9. Juli 1948 über die Vereinigungsfreiheit und den Schutz des Vereinigungsrechtes*, das für die Schweiz am 25. März 1976 in Kraft trat (SR 0.822.719.7), und weiter das *ILO-Übereinkommen Nr. 151 über den Schutz des Vereinigungsrechtes und über Verfahren zur Festsetzung der Beschäftigungsbedingungen im öffentlichen Dienst*, in Kraft getreten für die Schweiz am 3. März 1982 (SR 0.822.725.1). Die ILO zählt die Vereinigungsfreiheit und die effektive Anerkennung des Rechts zu Kollektivverhandlungen zum Kern der Rechte bei der Arbeit, welche von den Mitgliedstaaten ungeachtet der Ratifikation der entsprechenden Konventionen zu respektieren seien (ILO Declaration on Fundamental Principles and Rights at Work vom 19. Juni 1998).

III. Koalitionsfreiheit als Individualrecht

1. Inhalt

- 12 Die Koalitionsfreiheit ist von der Vereinigungsfreiheit gesondert in Art. 28 verankert. Sie gewährleistet namentlich die positive und negative Zusammenschlussfreiheit (Botsch. VE 96, 178). Dieses Recht war schon unter Art. 56 aBV voll gewährleistet (BGE 124 I 114) und im Rahmen der Verfassungsrevision nicht umstritten. Demnach haben die Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer sowie die Arbeitgeberinnen und Arbeitgeber das Recht, sich zur Förderung und Durchsetzung ihrer Interessen zu Gewerkschaften oder Arbeitgeberverbänden zusammenzuschliessen (*positive Koalitionsfreiheit*) oder solchen fernzubleiben (*negative Koalitionsfreiheit*). Die Koalitionsfreiheit umfasst die Gründung, den Bestand und die Tätigkeit der Koalitionen. Jede Person hat somit das Individualgrundrecht, einem Arbeitgeberverband oder einer Gewerkschaft beizutreten oder einer solchen Vereinigung fernzubleiben oder auch eine solche zu gründen (J.P. MÜLLER, Grundrechte, 350). Die Individuen sind sowohl vor direktem als auch vor indirektem staatlichen Zwang, einer Vereinigung beizutreten bzw. ihr fernzubleiben, geschützt.
- 13 Die Koalitionsfreiheit ist grundsätzlich ein Abwehrrecht gegenüber dem Staat. Die staatlichen Organe, namentlich der Gesetzgeber, sorgen indessen dafür, dass

die Verbandsfreiheit auch *unter den Privaten* zur Geltung kommt (Art. 35 Abs. 3; indirekte Drittwirkung; vgl. auch vorne, Rz. 2). Diese Rechtsauffassung wird vom BGer geteilt. Demnach entfaltet die in Art. 28 zum Ausdruck gebrachte Verfassungsgarantie «un effet horizontal indirect [...] sur les relations de travail dans le secteur privé» (BGE 132 III 122, 123). Das hat Bedeutung für den Gesetzgeber und die Rechtsprechung. Der Gesetzgeber entspricht dem bereits in verschiedener Hinsicht. Der Verhinderung des direkten oder indirekten Zwangs unter Privaten dient z.B. Art. 336 Abs. 2 Bst. a OR, wonach die Kündigung als missbräuchlich gilt, wenn sie erfolgt, weil der Arbeitnehmer einem Arbeitnehmerverband angehört oder nicht angehört oder weil er eine gewerkschaftliche Tätigkeit rechtmässig ausübt. Der Schutz namentlich der negativen Koalitionsfreiheit unter Privaten kommt auch in Art. 356a OR zum Ausdruck, der in seinem Abs. 1 Bestimmungen eines Gesamtarbeitsvertrages (GAV) und Abreden zwischen den Vertragsparteien für nichtig erklärt, durch die Arbeitgeber oder Arbeitnehmer zum Eintritt in einen vertragschliessenden Verband gezwungen werden sollen («closed-shop-» oder «union-shop-Klauseln»; differenzierter beurteilt werden «preferential-shop-Klauseln»; VISCHER/ALBRECHT, Zürcher Komm. zu Art. 356a OR, Rz. 20 ff.; PORTMANN/STÖCKLI, Arbeitsrecht, 15).

Die Relevanz der indirekten Drittwirkung i.S.v. Art. 35 Abs. 3 i.V.m. Art. 28 hat das BGer für die Rechtsprechung namentlich im Zusammenhang mit der Beurteilung der Rechtmässigkeit eines Streiks bestätigt: «Dès lors, le juge, qui est appelé, dans le cadre d'une action aquilienne, à se prononcer sur la licéité d'un moyen de combat en droit collectif du travail, est tenu de prendre en compte les garanties constitutionnelles en cause» (BGE 132 III 122, 133). 14

2. Träger

Träger der Koalitionsfreiheit sind alle Menschen, d.h. die Koalitionsfreiheit ist gewährleistet ohne Rücksicht auf die Nationalität (GARONNE, Liberté syndicale, 796). Entsprechend nennt der Verfassungstext als Berechtigte in seinem Abs. 1 «Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer», «Arbeitgeberinnen und Arbeitgeber» sowie deren «Organisationen». Neben den natürlichen Personen können sich demnach auch die juristischen Personen des Privatrechts auf die Koalitionsfreiheit berufen (MALINVERNI, Komm. aBV zu Art. 56, Rz. 21). 15

3. Schranken

So wie andere verfassungsmässige Rechte gilt auch die Koalitionsfreiheit nicht absolut. Die Einschränkungen sind an den Voraussetzungen des Art. 36 zu messen. 16

IV. Koalitionsfreiheit als kollektives Recht

- 17 Die Koalitionsfreiheit beinhaltet namentlich «das Recht der Vereinigungen, ihre Aktivitäten frei auszuüben» (Botsch. VE 96, 178). Damit wird die Koalition selbst zum Grundrechtsträger.
- 18 Als Ausfluss aus dieser Betätigungsfreiheit hat «der Staat [...] als Arbeitgeber Abstand zu nehmen von jeglichen ungerechtfertigten diskriminierenden Massnahmen gegenüber Berufsverbänden, die deren Koalitionsfreiheit oder diejenige ihrer Mitglieder verletzen. Diskriminatorisch ist es, eine Arbeitnehmerorganisation wegen Ansichten, die sie zu Beginn des Verfahren vertreten hat, von der weiteren Mitwirkung am Gesetzgebungsverfahren auszuschliessen, während eine andere Organisation zugelassen wird» (BGE 129 I 113, Regeste zu E. 5).

1. Tarifaufonomie

- 19 Zur Tätigkeit der Koalitionen gehört insb. der Abschluss von GAV (Art. 356 ff. OR). Die Koalitionsfreiheit gewährleistet damit die Tarifaufonomie. Diese bildet ein zentrales Element der Wirtschafts- und Arbeitsverfassung. Sie «sprengt in dieser Funktion den herkömmlichen Gehalt der Vereinigungsfreiheit» (J.P. MÜLLER, Grundrechte, 351).
- 20 Die Institution des GAV wird sodann vorausgesetzt durch *Art. 110 Abs. 1 Bst. d*, der den Bund ermächtigt, Vorschriften zu erlassen über die Allgemeinverbindlicherklärung solcher Verträge, d.h. für die Ausdehnung der Wirkung auf Personen, die den Koalitionen nicht angehören. Eine solche Allgemeinverbindlicherklärung bildet ein korporatistisches Element in der Rechtsordnung, handelt es sich doch «um eine besondere Art der Rechtsetzung, durch die von den Beteiligten selbst geschaffenes Berufsrecht bei Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen auf alle Angehörigen einer Berufsgruppe oder eines Gewerbes ausgedehnt wird» (BGE 98 II 209). «[E]lle étend la validité de la convention collective de travail à un nombre indéterminé d'employeurs et de travailleurs» (BGE 128 II 18). Sie steht insofern in einem Spannungsverhältnis zum Demokratieprinzip, als sich aus ihr eine Rechtsetzungsmacht der Verbände ergibt. Eine solche ist daher nur tragbar, wenn der Schutz der Aussenseiter angemessen gewährleistet ist. Dem trägt Art. 110 Abs. 2 Rechnung, der Mindestvoraussetzungen für die Allgemeinverbindlicherklärung normiert. Die Allgemeinverbindlicherklärung ist demnach nur dann verfassungsmässig, wenn die Verträge begründeten Minderheitsinteressen und regionalen Verschiedenheiten angemessen Rechnung tragen, die Rechtsgleichheit beachten und die Verbandsfreiheit nicht beeinträchtigen (BGE 128 II 19). Der Gesetzgeber hat diese Grundanforderungen verfassungs-

konform konkretisiert (BG vom 28. September 1956 über die Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen [AVEG, SR 221.215.311]; vgl. insb. dessen Art. 2 Ziff. 5 ff.).

Die skizzierte Ordnung zeigt, dass auf dem Arbeitsmarkt beachtlicher Raum für Gruppenvereinbarungen besteht. Diese Sicht wird bestätigt durch die von der Verfassung gewählten Ordnung des Streikrechts und des Aussperrungsrechts, die nachfolgend aufgezeigt wird. 21

2. Bedingte Zulässigkeit von Streiks und Aussperrungen (Abs. 2 und 3)

Das BGer versteht den *Streik* als «kollektive Verweigerung der geschuldeten Arbeitsleistung zum Zwecke der Durchsetzung von Forderungen nach bestimmten Arbeitsbedingungen» (BGE 125 III 283), d.h. als Instrument zur Durchsetzung kollektivrechtlicher Forderungen. *Aussperrung* ist das entsprechende Kampfmittel auf Seiten der Arbeitgeber, d.h. der kollektive Ausschluss von Arbeitnehmern von der Arbeit und vom Bezug des Arbeitsentgelts mit dem Ziel, in der Auseinandersetzung mit der Arbeitnehmerschaft den eigenen Forderungen Nachdruck zu verleihen. 22

Die Bestimmungen der BV zu Streik und Aussperrung waren in den parlamentarischen Beratungen stark umstritten. Art. 28 wurde gar als «Schicksalsartikel» bezeichnet (Votum Inderkum, AB S Verfassungsreform 160; s. auch z.B. Votum Jutzet, AB N Verfassungsreform 223, 427; Votum Fischer-Hägglingsen, AB N Verfassungsreform 427 f.). Von der einen Seite wurde eine unbedingte Verankerung des Streikrechts als verfassungsmässiges Grundrecht verlangt, von der anderen Seite wurde für eine Nichterwähnung von Streik und Aussperrung plädiert. Im Ergebnis wurde ein Kompromiss erreicht, der im Sinne der Nachführung eine möglichst getreue Abbildung der bisher geltenden Rechtslage bringen sollte. Streik und Aussperrung werden nicht, wie andere Grundrechte, «gewährleistet» (so noch der Wortlaut im VE 96), sondern schlicht als «zulässig» erklärt (Art. 28 Abs. 3). Hiermit sollte offengelassen werden, inwieweit es sich bei Streik- und Aussperrungsrecht um verfassungsmässige Grundrechte handelt, ohne gleichzeitig die grundsätzliche rechtliche Zulässigkeit von Streik und Aussperrung in Frage zu stellen (s. hinten, Rz. 25). Weiterhin werden der Ausübung des Rechts auf Streik und Aussperrung Schranken gesetzt, d.h. Streik und Aussperrung sind nur unter gewissen Voraussetzungen zulässig, die von Lehre und Rechtsprechung unter der aBV entwickelt wurden (vgl. hinten, Rz. 26). Ob wegen der Verankerung von Streik und Aussperrung in der BV tatsächlich vermehrt von diesen Arbeitskampfinstrumenten Gebrauch gemacht wird, kann kaum beantwortet werden. Die Zahl der ausgefallenen Arbeitstage pro 1000 Erwerbstätige 23

hat sich im relevanten Zeitraum wie folgt entwickelt: 2,1 (1996), 0,1 (1997), 7,1 (1998), 0,8 (1999), 1,3 (2000), 5,6 (2001), 5,8 (2002); dies ist im internationalen Vergleich niedrig (vgl. Statistisches Lexikon der Schweiz, Streiks und Aussperrungen im internationalen Vergleich, elektronische Fassung 2006).

- 24 Die Arbeitskämpfungsmittel Streik und Aussperrung dienen als ultima ratio zur Deblokierung festgefahrener Verhandlungen der Tarifpartner (bipolares Monopol). Sie sind notwendiges Element der Tarifautonomie und Folge des auf der Verfassungsebene gefällten Grundentscheids, das Wirtschaften prinzipiell den Privaten zu überlassen und im Bereich des Arbeitsmarktes die Koordination mittels Gruppenvereinbarung zuzulassen. Dieser funktionale Hintergrund der verfassungsrechtlichen Anerkennung von Streik und Aussperrung wurde in beiden Kammern des Parlaments ausführlich diskutiert und ausgelotet, so u.a. von BR Koller (AB N Verfassungsreform 232 f.):

«Die geltende Verfassung weist ganz klar in zwei Richtungen: Auf der einen Seite haben wir die Vereinigungsfreiheit, die Koalitionsfreiheit, und damit die Gewerkschaftsfreiheit anerkannt. Das ist der geltende Art. 56 der Bundesverfassung. Auf der anderen Seite haben wir Art. 34^{ter} der geltenden Bundesverfassung. Er regelt das sogenannte kollektive Arbeitsrecht, weist also darauf hin, dass die Arbeitsbedingungen weder durch den Staat noch durch Wettbewerb endgültig geregelt werden sollen, sondern eben durch das Institut des Gesamtarbeitsvertrages [...]. Wenn der Staat schon sagt, er wolle sich nicht in dieses Verhältnis der Tarifpartner einmischen, sondern überlasse es den Sozialpartnern, ihre gegenseitigen Verhältnisse zu ordnen, wäre es offensichtlich widersprüchlich, wenn in Krisenlagen der Staat plötzlich wieder eingreifen würde, beispielsweise indem in der Verfassung oder überhaupt in der Rechtsordnung eine staatliche Zwangsschlichtung von Arbeitskonflikten vorgesehen würde [...]. Man kann den Partnern nicht am Anfang aufgrund von Tarifautonomie sagen, das sei ihre Sache und die Sache wieder an sich ziehen, wenn es zu einem Streitfall kommt [...]. In einer Pattsituation bleibt nur die Möglichkeit eines rechtlich geregelten Kampfes. Das ist der Streik, und das sind die Aussperrungen. [...] Da wir alle keine staatliche Zwangsschlichtung wollen, muss der Streik tatsächlich als letztes Mittel – wenn alle Stricke reissen und der Dialog nicht mehr zum Ziel führt – gewahrt sein.»

- 25 Angesichts der Tatsache, dass Art. 28 Abs. 3 Streik und Aussperrung als grundsätzlich *zulässig* erklärt, kommt der im Parlament kontrovers diskutierten und letztlich offengelassenen Frage, ob es sich beim (Kollektiv)-Recht auf Streik und Aussperrung um ein verfassungsmässiges Grundrecht handeln soll, keine erkennbare Bedeutung zu. In jedem Fall sind Streik und Aussperrung *verfassungsrechtlich* in dem Sinne *geschützt*, dass der Gesetzgeber sie grundsätzlich zulassen muss (so wäre etwa ein generelles Streikverbot verfassungswidrig) und die Funktion dieser arbeitsrechtlichen Kämpfungsmittel auch nicht auf anderem Wege unterlaufen darf (vgl. RHINOW, BV 2000, 327). Verfassungsrechtlich unzulässig

wäre es demzufolge z.B., wenn der Privatrechtsgesetzgeber es dem Arbeitgeber erlauben würde, Arbeitnehmern aufgrund einer Beteiligung an einem zulässigen (d.h. die hinten erläuterten Voraussetzungen erfüllenden) Streik zu kündigen, da eine solche privatrechtliche Bestimmung der Koordinationsfunktion des Streikrechts zuwiderliefe (vgl. BGE 125 III 284). Ein zulässiger Streik führt nicht zur Auflösung des Arbeitsverhältnisses, sondern bewirkt, dass die gegenseitigen Pflichten (Pflicht zur Arbeitsleistung einerseits und Pflicht zur Entgeltleistung andererseits) ruhen (Suspensionsprinzip; BGE 125 III 285, m.H.). Diese Auswirkungen des verfassungsrechtlichen Schutzes von Streik und Aussperrung auf das Privatrecht entsprechen dogmatisch der *indirekten Drittwirkung* von Grundrechten (vgl. vorne, Rz. 13).

Zulässig und damit verfassungsrechtlich geschützt sind nicht alle Arten von Streik und Aussperrung, sondern nur solche, die bestimmte *Voraussetzungen* erfüllen. In diesem Sinne ist die Zulässigkeit von Streik und Aussperrung nur eine bedingte. Gemäss herrschender Lehre und Rechtsprechung unter der aBV ist eine Streik oder eine Aussperrung nur unter vier Bedingungen erlaubt (BGE 111 II 244 f., m.w.H.). Diese vier kumulativ zu erfüllenden Voraussetzungen gelten unter der BV unverändert, auch wenn sie aus redaktionellen Gründen nicht alle explizit im Verfassungstext zum Ausdruck kommen (BGE 132 III 122, 133 f.; vgl. Votum Rhinow, AB S Verfassungsreform 209).

Zwei der vier Voraussetzungen sind ausdrücklich in Art. 28 Abs. 3 genannt. Zulässig sind Streik und Aussperrung hiernach nur dann, wenn sie erstens «*Arbeitsbeziehungen betreffen*» und zweitens ihnen «*keine Verpflichtungen entgegenstehen, den Arbeitsfrieden zu wahren oder Schlichtungsverhandlungen zu führen*». Der verlangte Bezug zu den Arbeitsbeziehungen bedeutet insb., dass sog. politische Streiks, mit welchen Druck auf die Behörden ausgeübt werden soll, unzulässig sind; die Materie muss der Regelung durch GAV zugänglich sein (PORTMANN/STÖCKLI, Arbeitsrecht, 18). Weiter ist aus dieser Voraussetzung abzuleiten, dass bestehende Rechtsansprüche, die auf dem Rechtsweg geltend gemacht werden können, nicht mittels Streik und Aussperrung erzwungen werden dürfen (vgl. Botsch. VE 96, 180). Damit ist die auch in Art. 357a Abs. 2 OR verankerte *relative Friedenspflicht* umschrieben, wonach im GAV geregelte Gegenstände nicht Gegenstand von Kampfmassnahmen sein dürfen. Die Friedenspflicht kann aber zusätzlich für Gegenstände vereinbart werden, die nicht im GAV geregelt wurden (*absolute Friedenspflicht*); dies gilt offenbar für die Mehrzahl der GAV (TSCHUDI, Arbeitsfriede, 390). Die Tarifparteien können also auf dem Wege des Kollektivvertrags das Recht auf Streik und Aussperrung während der Vertragsdauer unter sich einschränken oder ausschliessen.

Gemäss der dritten Zulässigkeitsvoraussetzung müssen Streik und Aussperrung *verhältnismässig* sein (BGE 132 III 122, 134). Der wichtigste Aspekt dieses

Erfordernisses ist festgehalten in Art. 28 Abs. 2, demgemäss Streitigkeiten nach Möglichkeit durch Verhandlung oder Vermittlung beizulegen sind. Dieser Absatz, der im VE 95 noch nicht enthalten war, sondern erst aufgrund der Vernehmlassungsergebnisse Eingang in den VE 96 fand, ruft die schweizerische Tradition in Erinnerung, wonach die Parteien bei einem Arbeitskonflikt zuerst eine Lösung auf dem Weg der Verhandlung oder Vermittlung suchen. Der Gesetzgeber schreibt zur «Vermittlung von Kollektivstreitigkeiten» private, subsidiär staatliche Einigungsstellen vor, die von den Kantonen bzw. vom Bund errichtet wurden (Art. 30 ff. BG vom 18. Juni 1914 betreffend die Arbeit in Fabriken [SR 821.41]; BG vom 12. Februar 1949 über die eidgenössische Einigungsstelle zur Beilegung von kollektiven Streitigkeiten [SR 821.42]). Die Bestimmungen zeigen das Vorverständnis des Verfassungs- und Gesetzgebers: Kollektive Kampfmassnahmen werden nach dem Verhältnismässigkeitsgrundsatz nur als *ultima ratio* gesehen (Botsch. VE 96, 178; Votum BR Koller, AB N Verfassungsreform 435 f. [mit einer Analyse der diesbezüglichen Rechtsprechung des BGer]). Dies heisst nicht nur, dass Streik nur letztes Mittel sein darf, sondern auch, dass Aussperrung allein als Reaktion auf einen Streik zulässig sein kann, und mit dessen Ende auch zu enden hat. Nicht zuletzt aufgrund von Art. 28 Abs. 2 wurde auf eine explizite Erwähnung des Verhältnismässigkeitsprinzips in Art. 28 Abs. 3 verzichtet (vgl. Votum Rhinow, AB S Verfassungsreform 209). Streik und Aussperrung müssen auch in ihrer Durchführung verhältnismässig bleiben, d.h. dürfen nicht weiter gehen als zur Zielerreichung erforderlich (Gebot der «fairen Kampfführung»). Daraus ergibt sich etwa die Pflicht zur Arbeitsleistung in lebenswichtigen Betrieben oder die Pflicht zur Durchführung notwendiger Unterhaltsarbeiten (PORTMANN/STÖCKLI, Arbeitsrecht, 19). Das BGer erachtet Streikposten als zulässig, wenn diese friedlich, bspw. durch Überzeugung, Arbeitnehmer von der Arbeitsaufnahme abhalten; Gewaltanwendung und Sachbeschädigung sind unverhältnismässig und daher unzulässig (BGE 132 III 137). Ob der Gewerkschaftsfunktionär aus Art. 28 ein Zutrittsrecht zum Betrieb, etwa zur Verteilung von Flugblättern, für sich ableiten kann, hat das BGer offengelassen (Urteil 5P.482/2002, E. 4.2 f.).

- 29 Als vierte und letzte Voraussetzung müssen zulässige Streiks und Aussperrungen von *tariffähigen Organisationen* getragen werden. Dies schliesst insb. wilde Streiks aus. Es kann zwar ein einzelner Arbeitgeber, sofern er Partei in Tarifverhandlungen ist, Aussperrungen veranlassen, ein einzelner Arbeitnehmer darf jedoch nicht zum Streik greifen, da nur Arbeitnehmerorganisationen in Tarifverhandlungen als Partei in Frage kommen. Funktional ist der Streik auf die kollektivrechtliche Ebene beschränkt. Er steht daher nur den Gewerkschaften als anerkannten Verhandlungspartnern im Arbeitskampf zur Verfügung (BGE 125 III 283). Nur diese sind Träger des Streikrechts, nicht der einzelne Arbeitnehmer bzw. die einzelne Arbeitnehmerin. Das Streikrecht ist folglich *nur* ein *Kollektiv-*

recht, kein Individualrecht (BGE 125 III 284; 5P.482/2002, E. 4.1 f.; a.M. KUSTER ZÜRCHER, Streik, 253, welche Streik und Aussperrung als individuelle Freiheitsrechte mit sozialrechtlichen Komponenten qualifiziert). Die tariffähige Organisation kann den Arbeitskampf auch führen, wenn sich im Falle einer Gewerkschaft die an den Betrieb gebundenen Arbeitnehmer passiv verhalten (BGE 132 III 131 f.). In den parlamentarischen Beratungen wurde erwogen, das Erfordernis der tariffähigen Organisation ausdrücklich in Art. 28 Abs. 3 festzuhalten. Aufgrund redaktioneller Probleme wurde hiervon jedoch letztlich Abstand genommen, ohne dass damit eine Rechtsänderung beabsichtigt war (vgl. Votum BR Koller, AB N Verfassungsreform 436; Votum Inderkum, AB S Verfassungsreform 209).

3. Gesetzliche Einschränkungen (Abs. 4)

Nach Art. 28 Abs. 4 kann der Gesetzgeber bestimmten Kategorien von Personen den Streik verbieten. Im VE 95 bezog sich diese Kompetenz noch auf bestimmte Kategorien von Personen «*im öffentlichen Dienst*» (Art. 22 Abs. 2 VE 95). Ein generelles Streikverbot für Beamte, das seinerzeit z.B. noch auf Bundesebene bestand, erachtete der BR als nicht vereinbar mit den völkerrechtlichen Verpflichtungen der Schweiz (Erläuterungen zu VE 95, 57). 30

In diesem Zusammenhang kann auf die «Verfassungsfunktion» des Völkerrechts hingewiesen werden. Genannt seien namentlich die Verpflichtungen aus dem ILO-Übereinkommen Nr. 87 und dem UNO-Pakt I (vgl. vorne, Rz. 10 f.), die eine Anerkennung des Streikrechts verlangen und ein generelles Streikverbot für den öffentlichen Dienst nicht zulassen. Sie belassen aber dem nationalen Gesetzgeber die Befugnis, die Ausübung des Streikrechts im Allgemeinen zu regeln, sowie Beschränkungen für den öffentlichen Dienst vorzusehen. Letztere können auch in einem Streikverbot für bestimmte Kategorien von öffentlichen Bediensteten bestehen (Pa.Iv. sozialdemokratische Fraktion «Genehmigung der europäischen Sozialcharta» [91.419], Ber. SGK-N vom 17. November 1995 [Ziff. 223.44, Ergänzende Ber. der Verwaltung, BBl 1996 II 748 f.] sowie Stn. BR vom 4. September 1996 [BBl 1996 IV 1271 ff.]). 31

Im VE 96 wurde auf das Kriterium des öffentlichen Dienstes verzichtet. Aus der Botschaft geht hervor, dass der BR die Rechtfertigung für die Einschränkung des Streikrechts in der *Sicherstellung der für die Öffentlichkeit zentralen Dienste* (z.B. Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung, Feuerbekämpfung, Pflege von Kranken in Spitälern) sah; eine solche Einschränkung wäre wohl auch nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung verhältnismässig (BGer, SJ 1995, 686 f.). Dieses Interesse knüpft, wie die Botschaft richtigerweise festhält, nicht notwendig an die Beschäftigung im öffentlichen Dienst an: «Da aber nicht alle öffentli- 32

chen Bediensteten unerlässliche Funktionen ausüben, darf ihnen auch der Streik nicht grundsätzlich verboten werden. Umgekehrt muss gerade jetzt, wo mehr und mehr davon gesprochen wird, gewisse Staatsaufgaben zu privatisieren, die Möglichkeit offen gelassen werden, den Streik für Personen, die einen unerlässlichen Dienst erfüllen, einzuschränken oder zu verbieten, unabhängig davon, ob sie im öffentlichen Dienst stehen oder nicht» (Botsch. VE 96, 180). Der Bezug zum öffentlichen Interesse als (alleinige) Rechtfertigung für ein Streikverbot wurde auch in den Verhandlungen in den Räten hergestellt (vgl. Votum BR Koller, AB S Verfassungsreform 164: «Auf Absatz 4 können wir nicht verzichten, denn es gibt wichtige Bereiche, wo im eminenten öffentlichen Interesse ein Streikverbot bestehen muss»). Kriterium für die verfassungsrechtliche Zulässigkeit eines gesetzlichen Verbots des Streikrechts für bestimmte Kategorien von Personen gemäss Art. 28 Abs. 4 ist demnach die Frage, ob diese unter dem Aspekt des öffentlichen Interesses unerlässliche Dienste leisten, und nicht, ob sie sich in einem öffentlich-rechtlichen Anstellungsverhältnis befinden.

- 33 Zu betonen ist, dass es sich bei Art. 28 Abs. 4 nicht um eine Blanko-Ermächtigung für den Gesetzgeber handelt. Neben dem soeben dargestellten Erfordernis des öffentlichen Interesses hat der Gesetzgeber, wie bei allem staatlichen Handeln, bei einer Inanspruchnahme der Kompetenz auch das Verhältnismässigkeitsprinzip zu beachten (Art. 5 Abs. 2). Auch steht es dem Gesetzgeber nicht offen, über den Weg von Art. 28 Abs. 4 das Streikrecht soweit zu limitieren, dass es seine intendierte Funktion als Element der Koordination des Arbeitsmarktes durch Gruppenvereinbarungen nicht mehr erfüllen kann. Art. 28 Abs. 4 ist als Ausnahmebestimmung gedacht, den Regelfall bildet die Zulässigkeit des Streiks (in den von Art. 28 Abs. 2 und 3 gezogenen Grenzen).
- 34 Unter der aBV war umstritten, ob auch *Beamten und öffentlich-rechtlichen Angestellten* ein Streikrecht zusteht. Im Lichte von Art. 28 Abs. 4 ist diese Frage wohl zu bejahen. Aus den Materialien geht deutlich hervor, dass auch Beamten und öffentlich-rechtlichen Angestellten der Streik nur unter den Voraussetzungen des Art. 28 Abs. 4 verboten werden kann (s. vorne, Rz. 30, 32). Im Umkehrschluss folgt daraus, dass auch diese Beschäftigten grundsätzlich zum Streik berechtigt sind und einen entsprechenden verfassungsrechtlichen Schutz genießen.
- 35 Von diesem Verfassungsverständnis ging offenbar auch der Bundesgesetzgeber beim Erlass des BPG aus. Nach Art. 24 Abs. 1 BPG kann der BR das Streikrecht für bestimmte Kategorien von Angestellten beschränken, sofern dies für die Staatssicherheit, für die Wahrung von Interessen in auswärtigen Angelegenheiten oder für die Sicherstellung der Landesversorgung mit lebensnotwendigen Gütern und Dienstleistungen erforderlich ist. Diese Regelung steht in Einklang mit der Annahme, dass erstens öffentlich-rechtliche Angestellte grundsätzlich zum

Streik berechtigt sind und zweitens Einschränkungen dieses Rechts einer gesetzlichen Grundlage bedürfen und nur zum Schutz öffentlicher Interessen, insb. des Interesses an der Sicherung unerlässlicher Dienste, zulässig sind.

Die aus der Tarifautonomie abgeleitete Begründung des Streikrechts in der Privatwirtschaft (vgl. vorne, Rz. 24) gilt allerdings nicht unverändert auch für den öffentlichen Dienst. In diesem Bereich wird nämlich nicht auf dieselbe Weise mittels Gruppenvereinbarungen koordiniert (private Arbeitgeber und Gewerkschaften), sondern mindestens in den Grundzügen durch demokratischen Entscheidung des Gesetzgebers. Demnach werden die Löhne und Arbeitsbedingungen dem Grundsatz nach vom Gesetzgeber und im Detail von der Exekutive festgelegt. Ein Streikrecht kann daher in diesem Zusammenhang nicht unter Bezugnahme auf die beidseitig von privaten Verbänden abgeschlossenen GAV begründet werden (vgl. GYGI/RICHLI, *Wirtschaftsverfassungsrecht*, 229 f.; J.P. MÜLLER, *Grundrechte*, 339 f.). Auch die in Art. 38 BPG vorgesehenen öffentlich-rechtlichen GAV ändern dieses Bild nicht. STAEHELIN erachtet den Streik im öffentlichen Dienst gar nur dort als zulässig, wo die entsprechenden Personalgesetze Raum für eine gesamtarbeitsvertragliche Regelung lassen (*Unerlässliche Dienste*, 112).

4. Koordinationsrechtlicher Aspekt

Die angeführte Ordnung zeigt, dass der Wettbewerb auf dem Arbeitsmarkt weitgehend durch Gruppenvereinbarungen verdrängt werden kann. Unter dem Aspekt des ordnungspolitischen Grundentscheids heisst das, dass zwar auch der Arbeitsmarkt aus der Sicht des Verfassungsrechts Sache der Privaten ist (Grundentscheid für die Privatwirtschaft mit den Vorzügen grösserer Selbstgestaltung im Vergleich zur staatlichen Planwirtschaft), dass aber die Grundentscheidung für *Wettbewerbskoordination* betreffend den Arbeitsmarkt durch eine solche für Gruppenvereinbarung *ergänzt* wird. Die Verbandslösungen sind positiv und negativ zu bewerten, je nach Beurteilungskriterium. In der Vergangenheit dürfte namentlich der Arbeitsfriede eine wichtige positive Wirkung der Tarifautonomie gewesen sein. Sodann erhalten die tendenziell «strukturell unterlegenen» Arbeitnehmer (J.P. MÜLLER, *Grundrechte*, 350) über die Gewerkschaften «countervailing power». Dieses Ziel könnte allerdings mindestens teilweise auch durch zwingendes Privatrecht erreicht werden. Auf der anderen Seite ist es ebenso richtig, dass Gewerkschaften Kartelle der Anbieter von Humankapital sind und die Arbeitgeber Kartelle der Nachfrage nach diesem Gut (vgl. CHRISTOPH ENGEL, *Arbeitsmarkt und staatliche Lenkung*, VVDStRL 2000, 56 ff., 66). Beide entziehen sich der machtbegrenzenden Wirkung des Wettbewerbs. Die von ihnen ausgehandelten Preise für die Arbeit sind deshalb nur bedingt ein Indikator für Knappheit.