

Dr. iur. Susanne Kuster

Streik und Aussperrung aus verfassungs- und völkerrechtlicher Sicht **Art. 28 Abs. 2–4 BV als Teilgehalt des Rechts auf Streik und Aussperrung**

Art. 28 Abs. 2–4 BV als verfassungsrechtliche Verankerung des Streiks und der Aussperrung hat nur einen Teil der vor der Verfassungsrevision anerkannten Zulässigkeitsvoraussetzungen für einen rechtmässigen Arbeitskampf übernommen. In gewissen Aspekten ist eine Änderung der Rechtslage festzustellen. Zudem ist mit Blick auf die Streikgarantie im «UNO-Pakt I» ein Recht auf Streik und Aussperrung im Sinne eines individuellen Freiheitsrechts gewährleistet. Die völkerrechtskonforme Auslegung von Art. 28 Abs. 2–4 BV führt unter anderem zur Zulässigkeit von wilden Streiks, von bestimmten Streiks im Zusammenhang mit der Unternehmenspolitik sowie von Streiks im öffentlichen Dienst.

Inhaltsübersicht

- I. Art. 28 Abs. 2–4 BV als «Schicksalsartikel» der Verfassungsrevision
- II. Völkerrechtliche Garantien zum Schutz von Streik und Aussperrung
 1. Das ILO-Übereinkommen Nr. 87
 2. Art. 8 Abs. 1 lit. d UNO-Pakt I
- III. Die freiheitsrechtliche Bedeutung des Rechts auf Streik und Aussperrung in der Schweiz
 1. Anmerkungen zur Anwendbarkeit der völkerrechtlichen Streikgarantien im schweizerischen Rechtssystem
 2. Art. 28 Abs. 2–4 BV als Regelung von Teilgehalten des Rechts auf Streik und Aussperrung
 - a) Mehrdeutiger Wortlaut – eindeutige Systematik
 - b) Die Unentschiedenheit der Eidgenössischen Räte
 - c) Die Funktion von Streik und Aussperrung für die schweizerische Wirtschafts- und Arbeitsverfassung
 3. Streikfreiheit vs. Streikrecht – Schlussfolgerungen
- IV. Die Zulässigkeitsvoraussetzungen nach Art. 28 Abs. 2 und 3 BV
 1. Vorbemerkung
 2. Anknüpfungspunkte an die frühere arbeitsrechtliche Lehre und Praxis
 - a) Ultima-Ratio-Prinzip
 - b) Wahrung von Friedenspflichten
 3. Neuerungen
 - a) Der Zusammenhang mit Arbeitsbeziehungen
 - b) Keine spezifische Verhältnismässigkeitsanforderung
 - c) Keine tariffähige Organisation als Trägerschaft
 4. Die formale Gleichstellung des Streik- und des Aussperrungsrechts
 5. Die Bedeutung der Zulässigkeitsvoraussetzungen für die vertikale Dimension des Rechts auf Streik und Aussperrung
- V. Bemerkungen zum Recht auf Streik im öffentlichen Dienst[^]
- VI. Streik und Aussperrung – Vom Verbot zum Recht

I. Art. 28 Abs. 2–4 BV als «Schicksalsartikel» der Verfassungsrevision

[Rz 1] Bevor auf den 1. Januar 2000 mit der neuen Bundesverfassung ein Verfassungsartikel zur Regelung von Streik und Aussperrung in Kraft treten konnte, waren gewaltige politische Hindernisse zu überwinden: Für viele «linke» wie auch bürgerliche oder «rechte» Parlamentarierinnen und Parlamentarier erlangte das Recht auf Streik und Aussperrung einen derart hohen politischen Symbolgehalt, dass einige Zeit lang zu befürchten war, die Verfassungsrevision werde an den aufgebrochenen Gegensätzen als Ganzes scheitern – Art. 28 Abs. 2–4 BV geriet

für einige gar zum «Schicksalsartikel» des ganzen Revisionsprojekts.¹ Nach Ansicht René Rhinows hat man damals in den Räten aber gar «nicht über das Streikrecht gestritten, sondern über die politische Funktion des Streiks, über die scheinbare und schiefe Alternative von Verhandlungs- und Schlichtungskultur einerseits und Streik und Kampf andererseits.»² Dabei sei bewusst oder unbewusst vergessen worden, dass zur vielgerühmten Sozialpartnerschaft sowohl die primäre Verhandlungsbereitschaft als auch kollektive Kampfhandlungen als Ultima Ratio gehörten.³

[Rz 2] Vor diesem Hintergrund ist es eher überraschend, dass der schliesslich doch noch verabschiedete Wortlaut des Streik- und Aussperrungsartikels bereits im Abstimmungskampf für die Verfassungsrevision kein grosses (mediales) Echo mehr gefunden hat und sich die dogmatischen Kontroversen zum Recht auf Streik und Aussperrung in neuerer Zeit in engen Grenzen halten. Hat sich der politische Sturm demnach gelegt, konnten sich die aufgewühlten Wogen beruhigen?

[Rz 3] Obwohl die Sozialpartnerschaft in der Schweiz noch immer grundsätzlich so gut funktioniert, dass Arbeitskonflikte sehr selten in Form von Streiks oder Aussperrungen ausgetragen werden, bleibt das Interesse an der diesbezüglichen Rechtslage aktuell: Welcher grundsätzliche Rechtsstatus wird diesen Arbeitskämpfmassnahmen heute zuerkannt? Welche Zulässigkeitsvoraussetzungen gelten tatsächlich für die Beurteilung der Rechtmässigkeit von konkreten Streiks oder Aussperrungen? Darf öffentlichrechtlich angestelltes Personal streiken?

[Rz 4] Für die Beantwortung dieser und ähnlicher Fragen ist zu beachten, dass sich die Rechtslage mit der verfassungsrechtlichen Verankerung des Rechts auf Streik und Aussperrung etwas verändert hat: Neu und verstärkt zu berücksichtigen sind heute völkerrechtliche Rahmenbedingungen, die das geltende schweizerische Verfassungsrecht entscheidend geprägt haben und die sich von den traditionellen, (gesamt-)arbeitsvertragsrechtlich geprägten Beurteilungskriterien in einigen wichtigen Aspekten unterscheiden.

II. Völkerrechtliche Garantien zum Schutz von Streik und Aussperrung

[Rz 5] Auf völkerrechtlicher Ebene besteht zum Schutz der Koalitionsfreiheit und des Streikrechts ein umfassendes Netz von Garantien. Besondere Bedeutung haben das Übereinkommen Nr. 87 der Internationalen Arbeitsorganisation (International Labour Organisation, ILO) über die Vereinigungsfreiheit und den Schutz des Vereinigungsrechts⁴ sowie der Internationale Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte (der so genannte «UNO-Pakt I»)⁵. Auf diese beiden völkerrechtlichen Grundlagen ist im Folgenden näher einzutreten.⁶

1. Das ILO-Übereinkommen Nr. 87

[Rz 6] Nach ständiger Praxis der ILO-Organe wird aus dem Übereinkommen Nr. 87 bzw. aus der darin garantierten Koalitionsfreiheit ein Streikrecht als wesentliches Element und als legitimes Instrument zur Verfolgung der ökonomischen Interessen der Arbeitnehmenden abgeleitet.⁷ Dieses Streikrecht muss von den Vertragsstaaten im Minimum in Form eines Kollektivrechts der Arbeitnehmerorganisationen gewährleistet sein.⁸ Wenn auch der Schutzbereich dieses Rechts rein politische Streiks ausschliesst, so ist er trotzdem nicht auf Streikziele im Rahmen von gesamtarbeitsvertraglichen Regelungen beschränkt: In gewissem Umfang müssen auch gewerkschaftliche Proteststreiks aus arbeits- und sozialpolitischen Motiven als zulässig anerkannt werden, soweit die ökonomischen Interessen der Arbeitnehmenden davon direkt betroffen sind.⁹ Es bleibt hingegen den Vertragsstaaten überlassen, ob sie darüber hinaus ein Recht auf Streik im Sinne eines Individualrechts der einzelnen Arbeitnehmenden gewährleisten.¹⁰

[Rz 7] Nicht ganz geklärt ist bis heute, ob das ILO-Übereinkommen Nr. 87 auch die Aussperrung als Arbeitskämpfmittel der Arbeitgebenden in grundsätzlicher Weise garantiert.¹¹ Verschiedene Indizien lassen darauf schliessen, dass die ILO-Organe die Aussperrung solange als Recht der Arbeitgebenden schützen, als das Streikrecht dadurch nicht faktisch ausgehöhlt wird.¹²

[Rz 8] Das Streikrecht aus dem ILO-Übereinkommen Nr. 87 ist selbstverständlich nicht schrankenlos: Die für die Überwachung zuständigen Organe lassen insbesondere zu, dass innerstaatliche Normen die Ausübung des Streikrechts regeln. So darf etwa verlangt werden, dass ein Streik erst dann rechtmässig ausgerufen werden kann, wenn Verhandlungen oder (staatliche) Schlichtungsversuche erfolglos geblieben sind und danach eine bestimmte

Frist abgewartet worden ist.¹³

[Rz 9] Eingeschränkt werden kann das Streikrecht zudem in den «essential services», den «unerlässlichen Diensten», die sowohl öffentlich- als auch privatrechtlich organisiert sein können. Erfasst sind Arbeitsbereiche, deren Unterbrechung eine Gefährdung des Lebens, der persönlichen Sicherheit oder der Gesundheit eines Teils oder der ganzen Bevölkerung nach sich ziehen würde.¹⁴ Als unerlässlich hat die ILO-Praxis bisher beispielsweise den Spitalsektor, die Wasser- und Elektrizitätswerke, die Telefondienste sowie die Flugsicherung anerkannt, nicht aber die Postdienste, Radio und Fernsehen, Banken, das Transportwesen oder den Bildungsbereich.¹⁵ Auch in den als unerlässlich geltenden Diensten ist allerdings nicht jedes Streikverbot rechtmässig; der zulässige Grad der Einschränkung des Streikrechts hängt wesentlich von der konkreten Funktion der betroffenen Arbeitsbereiche ab. In vielen Fällen genügt es zur Aufrechterhaltung eines unerlässlichen Dienstes, wenn ein minimaler Service oder ein Notdienst gewährleistet bleibt, weshalb die ILO-Praxis generelle Streikverbote zumindest in diesen Fällen nicht akzeptiert.¹⁶ Notdienste dürfen zudem auch für andere, nicht unbedingt unerlässliche Dienste verlangt werden, sofern der entsprechende Bereich für die Öffentlichkeit von grosser Bedeutung ist und die Einschränkung nicht die Mehrheit der dort tätigen Arbeitnehmenden trifft.¹⁷

2. Art. 8 Abs. 1 lit. d UNO-Pakt I

[Rz 10] Von grösster Bedeutung für die Rechtslage bei Streiks und Aussperrungen ist heute Art. 8 Abs. 1 lit. d UNO-Pakt I. Diese ausdrückliche Streikgarantie hat nach der Praxis des UN-Sozialausschusses und der entsprechenden Rechtslehre den Status eines individuellen Freiheitsrechts.¹⁸ Zwar geht auch diese völkerrechtliche Bestimmung davon aus, dass ein Streik im Normalfall kollektiv ausgeübt und ausserdem häufig von einer Gewerkschaft getragen wird. Das Recht auf Streik bezieht sich vor allem infolge der individualrechtlichen Bedeutung nicht einzig auf ein rein gewerkschaftliches Tätigkeitsfeld: Als Kriterium für die Zulässigkeit eines Streiks wird ähnlich wie in der Praxis zum ILO-Übereinkommen Nr. 87 danach gefragt, ob ökonomische und soziale Interessen der betroffenen Arbeitnehmenden das Motiv für die Arbeitskämpfmassnahme bilden.¹⁹ Der individualrechtliche Gehalt von Art. 8 Abs. 1 lit. d UNO-Pakt I in Kombination mit der Zulässigkeit von Streikzielen ausserhalb von gesamtarbeitsvertraglichen Regelungen führt in der Konsequenz zur grundsätzlichen Zulässigkeit von «wilden» Streiks – Arbeitsniederlegungen also, die weder von einer Gewerkschaft organisiert noch nachträglich übernommen werden, sondern beispielsweise von der Belegschaft eines bestimmten Unternehmens im Zusammenhang mit unternehmerischen Entscheiden mit Auswirkung auf die ökonomischen oder sozialen Interessen der Arbeitnehmenden durchgeführt werden.²⁰ Ebenfalls geschützt werden sodann Sympathiestreiks, welche jeweils die Arbeitsniederlegung in einem anderen Betrieb unterstützen wollen.²¹

[Rz 11] Ein Recht auf Aussperrung ergibt sich demgegenüber weder aus dem Wortlaut der genannten Bestimmung noch aus der bisherigen Praxis dazu.²²

[Rz 12] Das Recht auf Streik aus dem UNO-Pakt I kann wie jedes Freiheitsrecht unter gewissen Voraussetzungen eingeschränkt werden: Zunächst einmal müssen Einschränkungen gemäss den allgemeinen Schranken von Art. 4 UNO-Pakt I erstens gesetzlich vorgesehen und zweitens mit der Natur dieser Rechte vereinbar sein sowie drittens die Förderung des allgemeinen Wohls in einer demokratischen Gesellschaft zum Zweck haben. Die erste Voraussetzung ist in einem Rechtsstaat eine Selbstverständlichkeit, während die zweite Bedingung von besonderer Relevanz ist, weil sie eine Art Kerngehaltsgarantie beinhaltet. Die drittgenannte Voraussetzung führt dazu, dass gerade rein politische Streiks, welche die demokratische Funktionsweise des Staates gefährden würden, durch innerstaatliche Regelungen eingeschränkt oder verboten werden dürfen, soweit sie überhaupt noch unter den Schutzbereich des Rechts auf Streik fallen können.²³

[Rz 13] Neben dieser allgemeinen Schrankenbestimmung sind ausserdem die spezifischeren Schranken von Art. 8 UNO-Pakt I zu berücksichtigen. Gemäss Art. 8 Abs. 1 lit. d UNO-Pakt I ist das Recht auf Streik nämlich nur insoweit gewährleistet, als «es in Übereinstimmung mit der innerstaatlichen Rechtsordnung ausgeübt wird». Nach der Praxis des UN-Sozialausschusses, welche auf die Garantien aus dem ILO-Übereinkommen Nr. 87 und auf die dazu entwickelte Praxis Rücksicht nehmen muss,²⁴ sind die Mitgliedstaaten dadurch aber nur ermächtigt, die Ausübung des Rechts von gewissen formellen oder prozeduralen Voraussetzungen abhängig zu machen. Gemeint sind beispielsweise Regelungen über die Einhaltung einer bestimmten Frist vor Streikbeginn oder über die Absolvierung eines vorgängigen Schlichtungsverfahrens.²⁵ Art. 8 Abs. 2 UNO-Pakt I wiederum erlaubt

Einschränkungen in der Ausübung des Rechts auf Streik durch bestimmte Personengruppen, nämlich solchen mit wichtigen Aufgaben für die Öffentlichkeit – nach dem Wortlaut der Bestimmung sind dies Angehörige der Streitkräfte, der Polizei und der öffentlichen Verwaltung. Generelle Streikverbote allerdings, etwa für alle öffentlichrechtlichen Angestellten im Allgemeinen, gelten auch in diesem Bereich als paktwidrig, weil sie die erwähnte allgemeine Kerngehaltsgarantie verletzen.²⁶ Zulässig wiederum sind in Anlehnung an die ILO-Praxis Einschränkungen für Angestellte in den unerlässlichen Diensten.²⁷

III. Die freiheitsrechtliche Bedeutung des Rechts auf Streik und Aussperrung in der Schweiz

1. Anmerkungen zur Anwendbarkeit der völkerrechtlichen Streikgarantien im schweizerischen Rechtssystem

[Rz 14] Die konkrete Wirkung von völkerrechtlichen Normen im schweizerischen Rechtssystem hängt entscheidend davon ab, ob ihnen ein Self-Executing-Charakter zugebilligt werden kann: Sie sind innerstaatlich immer dann unmittelbar anwendbar, wenn sie hinreichend bestimmt und klar sind, um im Einzelfall Grundlage eines Entscheids zu bilden. Die Normen müssen demnach justiziabel sein, die Rechte und Pflichten des oder der Einzelnen zum Inhalt haben und deren Adressaten haben die rechtsanwendenden Behörden zu sein.²⁸ Der Grad der Anwendbarkeit einer völkerrechtlichen Norm entscheidet infolgedessen darüber, ob sich Einzelne vor innerstaatlichen Gerichten direkt auf diese Norm berufen können. Das nationale Recht selbst wird sich jedoch unabhängig davon an der jeweiligen völkerrechtlichen Grundlage messen lassen müssen, weil die Mitglied- oder Vertragsstaaten eines völkerrechtlichen Übereinkommens so oder so zu dessen Umsetzung verpflichtet sind.

[Rz 15] Insbesondere aus Art. 8 Abs. 1 lit. d UNO-Pakt I ergibt sich wegen dessen Qualifikation als individuelles Freiheitsrecht eine staatliche Neutralitätspflicht gegenüber Streiks und Aussperrungen, die primär als hoheitliche Unterlassungspflichten zu verstehen ist, sowie umgekehrt ein Abwehrrecht der einzelnen Rechtsunterworfenen gegenüber staatlichen Eingriffen. Derartige Regelungen gelten nach den zuvor genannten Kriterien bereits ohne innerstaatliche Konkretisierung als justiziabel. Die Streikgarantie des UNO-Pakts I ist daher im schweizerischen Recht unmittelbar anwendbar.²⁹ Diese Qualifizierung von Art. 8 Abs. 1 lit. d UNO-Pakt I hat das Bundesgericht in seiner bisherigen Rechtsprechung vorsichtig bestätigt: Es anerkannte im Jahr 1995 «beachtliche Gründe»³⁰ für dessen Self-Executing-Wirkung.

[Rz 16] Die Frage der unmittelbaren Anwendbarkeit der Streikgarantie des UNO-Pakts I allerdings nur dann von tatsächlicher Bedeutung sein, wenn das heute in der Schweiz geltende Recht auf Streik und Aussperrung nicht eine mindestens gleichwertige Garantie bieten sollte. Art. 28 Abs. 2–4 BV ist aus diesem Grund im Folgenden auch unter dem Aspekt seiner Völkerrechtskonformität zu untersuchen.

2. Art. 28 Abs. 2–4 BV als Regelung von Teilgehalten des Rechts auf Streik und Aussperrung

a) Mehrdeutiger Wortlaut – eindeutige Systematik

[Rz 17] Der Wortlaut von Art. 28 Abs. 2–4 BV lässt auf den ersten Blick keine klare rechtliche Einordnung der Norm zu: Mit Bezugnahme auf die in Absatz 1 des gleichen Verfassungsartikels genannten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer, Arbeitgeberinnen und Arbeitgebern sowie ihren jeweiligen Organisationen spricht Absatz 2 von Verhandlungen und Vermittlung, die nach Möglichkeit zur Beilegung von Streitigkeiten dienen sollen. Ferner sind Streik und Aussperrung nach Absatz 3 «zulässig», wenn sie Arbeitsbeziehungen betreffen und wenn keine Verpflichtungen entgegenstehen, den Arbeitsfrieden zu wahren oder Schlichtungsverhandlungen zu führen. Absatz 4 von Art. 28 BV ermächtigt sodann den Gesetzgeber, den Streik für bestimmte Kategorien von Personen zu verbieten.

[Rz 18] Während sich die zuletzt genannte Regelung eindeutig mit dem Rechtsverhältnis zwischen hoheitlicher Gewalt und Rechtsunterworfenen befasst, beschlagen die ersten beiden Regelungen offenbar die rechtlichen Beziehungen zwischen (privat- und allenfalls öffentlichrechtlichen) Arbeitnehmenden und Arbeitgebenden.³¹ Besonders bemerkenswert ist unter diesen Umständen, dass die Regelung von Streik und Aussperrung systematisch als selbstständiger Teilgehalt der Koalitionsfreiheit behandelt wird: Art. 28 Abs. 2–4 BV ist in den Grundrechtskatalog der Bundesverfassung eingebettet, was im Gegensatz zum Wortlaut deutlich für den

individualrechtlichen Charakter der als zulässig erklärten Arbeitskämpfmassnahmen Streik und Aussperrung spricht.³²

[Rz 19] Welches ist unter diesen Umständen denn nun der berühmte «rote Faden», die Verbindung zwischen den verschiedenen Aspekten von Art. 28 Abs. 2–4 BV?

b) Die Unentschiedenheit der Eidgenössischen Räte

[Rz 20] Bei der Analyse der Materialien zu Art. 28 Abs. 2–4 BV ist in erster Linie zu berücksichtigen, dass diese Verfassungsnorm wie bereits erwähnt das Resultat eines langen politischen Ringens ist, das allerdings in wichtigen Fragen ohne tatsächliche Einigung geblieben ist. Es würde zu weit führen, hier die in den Räten diskutierten Varianten für die verfassungsrechtliche Regelung von Streik und Aussperrung und den Fortschritt der Beratungen ausführlich darzulegen, es ist aber darauf hinzuweisen, dass vom knappen Satz im Verfassungsentwurf aus dem Jahr 1995 («Das Recht auf Streik und Aussperrung ist gewährleistet»)³³ zum heutigen Art. 28 Abs. 3 BV («Streik und Aussperrung sind zulässig, wenn [...]») ein grosser Schritt zu machen war.

[Rz 21] Vorschnell wäre es nun aber, aus der Streichung des Ausdruckes «Recht auf Streik und Aussperrung» auf den fehlenden grundrechtlichen Charakter von Streik und Aussperrung zu schliessen. Es zeigt sich nämlich, dass nur gerade derjenige Inhalt, der in den Eidgenössischen Räten als der kleinste gemeinsame Nenner anerkannt werden konnte, in den Wortlaut der neuen Bundesverfassung aufgenommen worden ist, um das Revisionsprojekt nicht als Ganzes zu gefährden.³⁴ Die grundrechtliche Bedeutung von Streik und Aussperrung bleibt im Verfassungstext zwar unerwähnt, die Frage danach ist aber auch nicht in einem negativen Sinne entschieden worden:³⁵ Ob Art. 28 Abs. 2–4 BV ein eigentliches Recht auf Streik und Aussperrung zu Grunde liegt, hat der Verfassungsgeber bewusst der Entscheidung durch die bundesgerichtliche Rechtsprechung – und wohl auch der Rechtslehre – überlassen.³⁶ Diese Offenlassung – und nicht der Verfassungswortlaut an sich – ist der eigentliche Kompromiss zwischen den im Übrigen weiter bestehenden unversöhnlichen Gegensätzen im Parlament. Die heutige Formulierung ist demzufolge eine rein «redaktionelle Konzession an jene Kreise, die die ausdrückliche Nennung des Streikrechts als Provokation und als Aufforderung zu vermehrten Streikaktionen empfanden.»³⁷

c) Die Funktion von Streik und Aussperrung für die schweizerische Wirtschafts- und Arbeitsverfassung

[Rz 22] Wird nach der Bedeutung von Streik und Aussperrung im Hinblick auf deren Funktion für die schweizerische Wirtschafts- und Arbeitsverfassung gefragt, so ist in erster Linie auf den Grundsatz der Tarifautonomie der Sozialpartner hinzuweisen. Das Rechtsverhältnis zwischen den Arbeitsmarktparteien ist wesentlich von diesem liberalen Grundsatz geprägt. Den Arbeitnehmenden und den Arbeitgebenden wird damit eine Art «staatsfreie» Sphäre zur weitgehend selbstständigen Regelung des Arbeitsverhältnisses belassen. Zwar ist der Bund gemäss Art. 110 und 122 der Bundesverfassung für die Normierung bestimmter Bereiche des Arbeitsverhältnisses zuständig, etwa bezüglich Schutz der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer oder Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen. In diesem Rahmen eröffnen die verfassungsrechtlich abgesicherte Koalitionsfreiheit (Art. 28 Abs. 1 BV) und die daraus abgeleitete Tarifautonomie den Sozialpartnern allerdings einen grossen Gestaltungsspielraum.

[Rz 23] Das Funktionieren dieses autonomen Bereiches hängt entscheidend davon ab, ob nicht nur ein theoretisches, sondern auch ein tatsächliches Macht- und Chancengleichgewicht im Arbeitsverhältnis besteht, denn die Vertrags- und die Wettbewerbsfreiheit alleine garantieren nicht immer auch sozialverträgliche Lösungen.³⁸ Aus diesem Grund soll die Arbeitnehmerseite, d.h. die Arbeitnehmenden sowie ihre Organisationen, ihre ökonomischen und sozialen Interessen gegenüber der wirtschaftlich mächtigeren Arbeitgeberseite nicht nur selbstständig vertreten können, sondern auch als letztes Mittel zur Verweigerung der Arbeitsleistung greifen dürfen. Der Streik und allenfalls auch die Aussperrung haben demzufolge eine besondere soziale Ausgleichsfunktion in der Wirtschafts- und Arbeitsverfassung,³⁹ weshalb Jörg Paul Müller dem Recht auf Streik einen «instrumentalen Charakter im Hinblick auf das Ziel der Erhaltung und Sicherung der liberalen Arbeits- und Wirtschaftsverfassung»⁴⁰ zugesteht. Dieses sei ein unentbehrlicher Bestandteil der schweizerischen Wirtschafts- und Arbeitsverfassung und ein wichtiger Stützpfeiler der rechtsstaatlichen und demokratischen Grundordnung. Diese Zuordnung wiederum führte nach Ansicht Müllers und unter Verweis auf die diesbezüglich anzuwendenden bundesgerichtlichen Kriterien⁴¹ dazu, dass⁴²

das Recht auf Streik den Status eines ungeschriebenen Grundrechts der Bundesverfassung von 1874 hatte. Da die revidierte Bundesverfassung die Bestimmungen der früheren Arbeitsverfassung praktisch unverändert übernommen hat, kann die Feststellung Müllers auch auf die heutige Rechtsordnung übertragen werden, ist aber infolge einer ausdrücklichen Erwähnung in der Bundesverfassung um den Aspekt der Aussperrung zu erweitern: Das Recht auf Streik und Aussperrung ist, soweit es nicht bereits in Art. 28 Abs. 2–4 BV seinen Ausdruck findet, auch heute als ungeschriebenes, individuelles Freiheitsrecht einzustufen, weil es nach wie vor einen unentbehrlichen Bestandteil der schweizerischen Wirtschafts- und Arbeitsverfassung darstellt.

[Rz 24] Ein wichtiger Aspekt dieses Individualrechts für die schweizerische Wirtschafts- und Arbeitsverfassung ist die grundlegende Neutralitätspflicht des Staates: Das Prinzip der freien Aushandlungsmöglichkeit von Arbeitsbedingungen, das letztlich immer den sozialen und ökonomischen Interessenausgleich für die Einzelnen zum Ziel hat, verpflichtet den Staat zur strikten Neutralität gegenüber den an einem Arbeitskonflikt beteiligten Sozialpartnern, d.h. gegenüber den einzelnen Streikenden oder Aussperrenden wie auch gegenüber deren Koalitionen. Dies wiederum bildet den Kern eines Abwehrrechts gegenüber staatlichen Eingriffen in die persönliche, freiheitliche Sphäre des und der Einzelnen.

[Rz 25] Diese hoheitliche Neutralitätspflicht ist als Grundprinzip für die schweizerische Wirtschafts- und Arbeitsordnung breit akzeptiert: Selbst Autoren, die einer grundrechtlichen Einordnung von Art. 28 Abs. 2–4 BV gesamthaft betrachtet kritisch oder gar ablehnend gegenüber stehen, anerkennen sie und sehen darin einen grundrechtlichen Anspruch auf Abwehrmassnahmen gegenüber staatlichen Eingriffen.⁴³ Gegner einer individuellen Geltung des Rechts auf Streik führen zwar jeweils ins Feld, dass nur die Arbeitnehmerorganisationen, nicht aber die einzelnen Arbeitnehmenden «tariffähig» seien und ein Streik ausserdem nur kollektiv ausgetragen werden könne.⁴⁴ Es kann tatsächlich nicht bestritten werden, dass Arbeitnehmende als Einzelpersonen – im Gegensatz zu den Arbeitgebenden⁴⁵ – keinen Gesamtarbeitsvertrag abschliessen. Auch wäre ein Streik eines einzelnen Arbeitnehmenden aus rein tatsächlichen Gründen nicht besonders sinnvoll. Dies können aber keine stichhaltigen Gründe für eine nur kollektive Geltung des Rechts auf Streik und Aussperrung an sich sein, denn andernfalls müsste sich die Frage der kollektiven Ausübung eines Individualrechts auch bei anderen, unumstrittenen Freiheitsrechten stellen, so besonders bei der Vereinigungs- sowie der Versammlungsfreiheit.⁴⁶ Anzumerken ist zudem, dass auch die Koalitionsfreiheit, aus der die Tarifautonomie bekanntermassen abgeleitet wird, nebst ihrem kollektivrechtlichen unzweifelhaft auch einen individualrechtlichen Gehalt im Sinne eines Freiheitsrechts aufweist.

[Rz 26] Dass das schweizerische Verfassungsrecht seit der Verfassungsrevision von einer individual- bzw. einer freiheitsrechtlichen Bedeutung des Streiks und der Aussperrung ausgeht und sich somit im Rahmen der zuvor erwähnten, individuellen Garantie von Art. 8 Abs. 1 lit. d UNO-Pakt I bewegt, wird durch die Existenz von Art. 28 Abs. 4 BV bestätigt: Die spezielle verfassungsrechtliche Ermächtigung zum gesetzlichen Erlass eines Streikverbots für bestimmte Personengruppen lässt einerseits den Umkehrschluss zu, dass die Verfassung im Übrigen von einer grundrechtlichen Konzeption des Rechts auf Streik im Sinne eines Abwehrrechts gegenüber hoheitlichen Eingriffen ausgeht.⁴⁷ Andererseits gemahnt diese Verfassungsbestimmung an Art. 36 Abs. 1 BV, worin eine gesetzliche Grundlage für die Einschränkung von individuellen Freiheitsrechten verlangt wird.⁴⁸

3. Streikfreiheit vs. Streikrecht – Schlussfolgerungen

[Rz 27] In der Lehre und in der Praxis hat sich schon seit längerer Zeit eine rechtliche Unterscheidung zwischen einer grundrechtlich aufgefassten Streik*freiheit* und einem eher im Verhältnis zwischen den (Gesamt-)Arbeitsvertragsparteien zum Tragen kommenden Streik*recht* abgezeichnet.⁴⁹ Sehr deutlich zeigt sich diese Unterscheidung im so genannten «Kollbrunner Entscheid» des Bundesgerichts aus dem Jahre 1995: Darin ist auf arbeitsvertraglicher Ebene zwar ein Streikrecht anerkannt worden, welches unter bestimmten Voraussetzungen eine suspendierende Wirkung auf die Hauptpflichten der Arbeitsvertragsparteien – Arbeitsleistung und Lohn – mit sich bringt. Hingegen ist auf die verfassungsrechtliche Klärung, ob eine grundrechtlich garantierte Streikfreiheit bestehe, bewusst verzichtet worden.⁵⁰ Die begriffliche Unterscheidung zwischen Recht und Freiheit lässt sich analog auf den Bereich der Aussperrung übertragen.

[Rz 28] Zusammenfassend kann vor dem geschilderten Hintergrund folgende Lösung für das Rätsel um den gesuchten «roten Faden»⁵¹ von Art. 28 Abs. 2–4 BV vorgeschlagen werden:

[Rz 29] Der Begriff «Recht auf Streik und Aussperrung» ist als Oberbegriff für die Streik- und Aussperrungsfreiheit und für das Streik- und Aussperrungsrecht zu verstehen. Insgesamt knüpft das Recht auf Streik und Aussperrung an die völkerrechtliche Garantie des Streiks (und der Aussperrung) im Sinne des ILO-Übereinkommens Nr. 87 und von Art. 8 Abs. 1 lit. d UNO-Pakt I an.

[Rz 30] Der Teilaspekt der Streik- und Aussperrungsfreiheit ist hauptsächlich von der staatlichen Neutralitätspflicht gegenüber Streiks und Aussperrungen geprägt und schützt den Einzelnen wie auch die Arbeitnehmer- und Arbeitgeberorganisationen vor staatlichen Eingriffen in Arbeitskämpfe. Diese «vertikale» Dimension des Rechts auf Streik und Aussperrung ist im Verfassungstext mit Art. 28 Abs. 4 BV zwar nur angedeutet, die heutige schweizerische Verfassungsordnung setzt diesen Aspekt auf Grund seiner wichtigen Bedeutung für die Wirtschafts- und Arbeitsverfassung jedoch voraus.⁵²

[Rz 31] Der Teilaspekt des Streik- und Aussperrungsrechts wiederum befasst sich in erster Linie mit der Frage, unter welchen Bedingungen Streiks oder Aussperrungen im Arbeitsvertragsverhältnis als rechtmässig zu betrachten sind und wann daher keine negative rechtliche Auswirkungen wie zum Beispiel eine Kündigung des Arbeitsvertrages zu gewärtigen sind. Die entsprechenden Zulässigkeitsvoraussetzungen für Streik und Aussperrung, die teilweise von der arbeitsrechtlichen Lehre für die konkrete Beurteilung von Arbeitseinstellungen entwickelt worden sind, und die Aufnahme in Art. 28 Abs. 2 und 3 BV gefunden haben, befassen sich infolgedessen mit dem Recht auf Streik und Aussperrung im «horizontalen», d.h. privatrechtlichen Verhältnis zwischen Arbeitnehmer- und Arbeitgeberseite. In diesem Rahmen regeln die genannten Kriterien direkt einen Teil der in Frage stehenden Rechte und Pflichten der jeweils betroffenen Einzelpersonen und Organisationen, welche ihre Interessen im Rahmen der Koalitionsfreiheit vertreten. Art. 28 Abs. 2 und 3 BV stellt darum die Verankerung einer unmittelbaren Horizontalwirkung eines Grundrechts dar.⁵³

IV. Die Zulässigkeitsvoraussetzungen nach Art. 28 Abs. 2 und 3 BV

1. Vorbemerkung

[Rz 32] In Literatur und Praxis galten bis zur Verfassungsrevision die folgenden vier Zulässigkeitsvoraussetzungen für die rechtmässige Ausübung des Streikrechts als herrschende Lehre: Ein Streik musste erstens von einer tariffähigen Organisation getragen werden, brauchte zweitens ein durch Gesamtarbeitsvertrag regelbares Ziel, drittens waren Friedenspflichten zu wahren und viertens musste der Streik verhältnismässig sein.⁵⁴ Die Zulässigkeit einer Aussperrung wurde anhand von ähnlichen, aus diesen vier Bedingungen abgeleiteten Kriterien beurteilt.⁵⁵

[Rz 33] Heute ist nur ein Teil der erwähnten Voraussetzungen auch in Art. 28 Abs. 2 und 3 BV verankert. Das Ultima-Ratio-Prinzip als unbestrittener Teilgehalt des Verhältnismässigkeitsprinzips sowie die Wahrung von Friedenspflichten waren während der Arbeiten zur Verfassungsrevision weder vom Bundesrat noch von den Eidgenössischen Räten ernsthaft in Frage gestellt worden.⁵⁶ Diese beiden Zulässigkeitsvoraussetzungen, die nachfolgend nur kurz erläutert werden, sind mit den Anforderungen des ILO-Übereinkommens Nr. 87 und des UNO-Pakts I an das Streikrecht ohne weiteres zu vereinbaren, da es sich bei beiden Voraussetzungen primär um formale bzw. prozedurale Voraussetzungen für die rechtmässige Durchführung eines Streiks oder einer Aussperrung handelt.⁵⁷

[Rz 34] Die übrigen Zulässigkeitsvoraussetzungen, die Trägerschaft durch eine tariffähige Organisation, ein gesamtarbeitsvertraglich regelbares Ziel sowie ein über das Ultima-Ratio-Prinzip hinausgehendes Verhältnismässigkeitsprinzip, sind hingegen nicht im Verfassungstext enthalten oder immerhin neu formuliert worden. Auf die damit einhergehenden Änderungen der Rechtslage rund um Streik und Aussperrung ist im Folgenden näher einzutreten.⁵⁸

2. Anknüpfungspunkte an die frühere arbeitsrechtliche Lehre und Praxis

a) Ultima-Ratio-Prinzip

[Rz 35] Als weiterhin unbestritten ist die Geltung des genannten «Ultima-Ratio-Prinzips» zu sehen: Dieses Prinzip

wurde bisher jeweils aus der umfassenderen Verhältnismässigkeitsanforderung abgeleitet und verpflichtete die Sozialpartner vor der Durchführung von Streiks oder Aussperrungen zur Ausschöpfung aller «friedlichen» Mittel der Konfliktlösung.⁵⁹ Heute hält Absatz 2 von Art. 28 BV fest, dass Streitigkeiten (zwischen Arbeitnehmenden und Arbeitgebenden) nach Möglichkeit durch Verhandlung oder Vermittlung beizulegen sind, was dem Ultima-Ratio-Prinzip entspricht.⁶⁰

[Rz 36] Anzumerken bleibt, dass das Ultima-Ratio-Prinzip auch weiterhin die Zulässigkeit von Streiks und Aussperrungen wegen Rechtsstreitigkeiten ausschliesst, da ein Arbeitskampf nicht das letzte und äusserste Mittel zur Durchsetzung einer Forderung darstellt, wenn grundsätzlich der Rechtsweg zur Klärung von vertraglichen oder gesetzlichen Rechtsansprüchen offen steht.⁶¹

b) Wahrung von Friedenspflichten

[Rz 37] Eine zweite, allgemein anerkannte und aus der Arbeitsrechtslehre übernommene Zulässigkeitsvoraussetzung ist die Wahrung von Friedenspflichten: Gemäss Art. 28 Abs. 3 BV dürfen einer Arbeitskämpfmassnahme keine ⁶²Verpflichtungen zur Wahrung des Arbeitsfriedens oder zur Führung von Schlichtungsverhandlungen entgegenstehen.

3. Neuerungen

a) Der Zusammenhang mit Arbeitsbeziehungen

[Rz 38] Im dritten Absatz von Artikel 28 BV wird verlangt, dass Streik und Aussperrung Arbeitsbeziehungen betreffen. Diese Zulässigkeitsvoraussetzung ist infolge ihres weitgefassten Wortlauts teilweise umstritten: So halten einige Vertreter der arbeits- wie auch der verfassungsrechtlichen Dogmatik trotz der Neuformulierung an enger gefassten Erfordernis des durch Gesamtarbeitsvertrag regelbaren Ziels fest.⁶³ Andere Autoren anerkennen zwar, dass der Begriff der Arbeitsbeziehungen neue Streik- oder Aussperrungsmotive erlaubt, es soll aber ihrer Meinung nach ausgeschlossen bleiben, dass diese Ausdehnung des Geltungsbereichs des Rechts auf Streik zur Aufhebung des Verbots politischen Streiks führt.⁶⁴ Rein begrifflich könnten nämlich sogar Arbeitsniederlegungen zur Verwirklichung von arbeitspolitischen Forderungen vom Wortlaut von Art. 28 Abs. 3 BV umfasst sein. Darauf hinzuweisen ist diesbezüglich, dass die ILO-Praxis gewerkschaftliche Proteststreiks in gewissem Umfang ja als zulässig betrachtet und auch nach dem UNO-Pakt I von weit gefassten Streikmotiven auszugehen ist.⁶⁵

[Rz 39] In der Schweiz muss demgegenüber weiterhin am Verbot des rein politischen Streiks bzw. der politischen Aussperrung ausgegangen werden: Soweit sich das Streikziel auf die Durchsetzung einer Forderung an den Verfassungs- oder Gesetzgeber bezieht, ist ein Streik unzulässig, weil in der schweizerischen Rechtsordnung grundsätzlich hinreichende (direkt-) demokratische Mitwirkungsinstrumente zur Verfügung stehen. Diese vermögen die Funktion der in vielen anderen Staaten für die Geltendmachung arbeitspolitischer Forderungen notwendigen gewerkschaftlichen Proteststreiks adäquat zu ersetzen.⁶⁶

[Rz 40] Infolgedessen ist der Begriff der Arbeitsbeziehungen relativ eng auszulegen: Arbeitsbeziehungen im Sinne von Art. 28 Abs. 3 BV bezeichnen das rechtliche oder tatsächliche, einzel- oder gesamtarbeitsvertragliche Verhältnis zwischen Arbeitnehmer- und Arbeitgeberseite; die gestellten ökonomischen oder sozialen Forderungen müssen sich direkt an die andere Partei oder an deren Verband richten.⁶⁷

[Rz 41] Mit der vor der Verfassungsrevision als gültig betrachteten Voraussetzung eines durch Gesamtarbeitsvertrag regelbaren Ziels besteht allerdings auch bei dieser engeren Auslegungsvariante keine Deckungsgleichheit: Arbeitsbeziehungen gemäss Art. 28 Abs. 3 BV sind zweifellos auch bei Streikmotiven im Bereich von unternehmerischen Entscheiden betroffen, wenn sich diese direkt auf die betreffenden Arbeitsvertragsverhältnisse auswirken. Dadurch erschliesst der neue Begriff der Arbeitsbeziehungen eine zusätzliche Gruppe von zulässigen Streikmotiven ausserhalb der Regelungskompetenz der Sozialpartner bzw. unterhalb der Regelungsebene von Gesamtarbeitsverträgen. Zulässige Motive könnten deshalb beispielsweise Reorganisationen, die häufig mit Personalabbau verbunden sind, oder die Lohnpolitik einer Unternehmung sein.

[Rz 42] Der Begriff der Arbeitsbeziehungen erleichtert somit grundsätzlich eine völkerrechtskonforme Auslegung von Art. 28 Abs. 3 BV: Eine Beschränkung des Streikrechts auf einen kollektivrechtlichen Rahmen würde

insbesondere mit der individualrechtlichen Bedeutung von Art. 8 Abs. 1 lit. d UNO-Pakt I kollidieren. Zweck beider genannten völkerrechtlichen Streikgarantien ist zudem die Wahrung der ökonomischen und sozialen Interessen aller Arbeitnehmenden, unabhängig davon, ob die Streikenden gewerkschaftlich organisiert sind und ob eine Forderung einer gesamtarbeitsvertraglichen Regelung zugänglich ist.

b) Keine spezifische Verhältnismässigkeitsanforderung

[Rz 43] Während das Ultima-Ratio-Prinzip allseits anerkannt ist, gilt dies nicht für die darüber hinausgehende Voraussetzung des angemessenen Verhältnisses zwischen Streikziel und eingesetzten Streikmitteln. Das Bundesgericht und ein beachtlicher Teil der Arbeitsrechtslehre verlangten diesen Grundsatz vor der Verfassungsrevision wie bereits erwähnt als vierte Zulässigkeitsvoraussetzung für Streik und Aussperrung.⁶⁸ In der Literatur zum heutigen Art. 28 BV ist die Geltung eines besonderen Verhältnismässigkeitsprinzips nun aber zumindest teilweise umstritten. Die jeweils vertretene Haltung hängt dabei entscheidend davon ab, ob trotz Unterschieden in der Formulierung im Grundsatz von einer Weitergeltung der in der arbeitsrechtlichen Lehre entwickelten Anforderungen ausgegangen wird.⁶⁹

[Rz 44] Anhand der Materialien zur Verfassungsrevision lässt sich zeigen, dass ein über das Ultima-Ratio-Prinzip hinausgehendes Verhältnismässigkeitsprinzip bewusst, aus guten Gründen und gegen politischen Widerstand, nicht in Art. 28 BV aufgenommen worden ist: Die Aufnahme als Zulässigkeitsvoraussetzung für Streiks und Aussperrungen hätte womöglich eine Umkehrung der verfassungsrechtlichen Grundregel bewirkt, wonach nicht die Ausübung, sondern der Eingriff in ein Freiheitsrecht verhältnismässig zu sein hat,⁷⁰ was in der praktischen Rechtsanwendung zu erheblichen Schwierigkeiten geführt hätte.⁷¹ Besonders in Fällen, in denen sich die horizontale und die vertikale Dimension des Rechts auf Streik und Aussperrung teilweise decken oder vermischen, hätten verschieden geartete Verhältnismässigkeitsanforderungen zu ungünstigen Begriffsvermengungen geführt.⁷² Zudem gilt selbstverständlich auch im Bereich des Arbeitskampfrechts das allgemeine Rechtsprinzip von Treu und Glauben bzw. ein daraus abgeleitetes Prinzip der schonenden Rechtsausübung, so dass ein besonderes Verhältnismässigkeitsprinzip nicht opportun ist.⁷³

[Rz 45] Zusammenfassend ist festzustellen, dass heute für die zulässige Ausübung des Streik- und Aussperrungsrechts keine spezifische Verhältnismässigkeitsanforderung mehr verlangt werden darf.

c) Keine tariffähige Organisation als Trägerschaft

[Rz 46] Die vor der Verfassungsrevision verlangte ausschliessliche Einbettung des Streikrechts in einen gesamtarbeitsrechtlichen Zusammenhang hatte die Einschränkung nicht nur der zulässigen Streikmotive, sondern auch der zulässigen Trägerschaft zur Folge: Wenn einzig zur Durchsetzung gesamtarbeitsvertraglich regelbarer Ziele gestreikt werden durfte, musste der Streik demzufolge von einer tariffähigen Organisation organisiert oder zumindest nachträglich übernommen werden.⁷⁴

[Rz 47] Art. 28 Abs. 2 und 3 BV verlangt nun aber keine besondere Trägerschaft für einen Streik als Zulässigkeitsvoraussetzung. Dies korrespondiert einerseits mit der Erweiterung der zulässigen Streikmotive auf die «Arbeitsbeziehungen».⁷⁵ Der Verzicht auf das Kriterium einer tariffähigen Organisation ist andererseits von besonderer Bedeutung für die rechtliche Einordnung von so genannten «wilden» Streiks.⁷⁶ Art. 8 Abs. 1 lit. d UNO-Pakt I geht, wie zuvor erläutert, auch deshalb von einer individualrechtlichen Bedeutung des Rechts auf Streik aus, weil die ökonomischen und sozialen Interessen der betroffenen Arbeitnehmenden im Zentrum der Garantie stehen sollen.⁷⁷ Dies hat zur Folge, dass nicht nur Arbeitnehmerorganisationen zur Durchführung eines Streiks berechtigt sein müssen, sondern auch die einzelnen Arbeitnehmenden bzw. Ad-hoc-Zusammenschlüsse gewerkschaftlich nicht organisierter Arbeitnehmender oder Angehöriger verschiedener Berufsgruppen eines Betriebes.⁷⁸

[Rz 48] Schon der Bundesrat hat im Rahmen der Verfassungsrevision mit Blick auf die völkerrechtlichen Verpflichtungen der Schweiz darauf aufmerksam gemacht, dass sich die Rechtsprechung zum wilden Streik in Zukunft möglicherweise etwas lockern werde.⁷⁹ Hinweise aus den Ratsprotokollen zur Verfassungsrevision lassen auf weitere Gründe für die Nichtaufnahme der Zulässigkeitsvoraussetzung der tariffähigen Organisation schliessen: Es wurde geltend gemacht, dass andernfalls eine differenzierte rechtliche Beurteilung von verschiedenen

Streikformen verunmöglicht würde; insbesondere passe der Begriff der tariffähigen Organisation nicht in den öffentlichrechtlichen Bereich, wo der Streik nach der neuen Rechtslage in gewissen Grenzen auch den öffentlichen Bediensteten ermöglicht werden müsse. Zudem könne mit diesem Kriterium nicht angemessen auf den Umstand reagiert werden, dass wilde Streiks nachträglich von Gewerkschaften oder anderen Organisationen übernommen werden können.⁸⁰

[Rz 49] In diesem Zusammenhang sei zudem die Bemerkung erlaubt, dass die Beschränkung des Streikrechts auf Arbeitnehmerorganisationen einen Widerspruch zur negativen Koalitionsfreiheit, d.h. zur Freiheit, einer Koalition nicht beitreten zu müssen, erzeugen kann, denn nicht organisierte Arbeitnehmende werden praktisch zum Beitritt zu einer solchen Organisation gezwungen, falls sie ihre gemeinsamen Interessen im äussersten Fall mittels Streik durchsetzen wollen.⁸¹ Ausserdem darf aus der Sicht einer liberalen Arbeitsordnung wie auch der Rechtsgleichheit nicht primär der Schutz der Form einer Koalition, sondern der Zweck dieser Zusammenschlüsse – die Einflussnahme auf die Arbeitsbedingungen aller jeweils betroffenen Arbeitnehmenden – massgeblich sein.⁸²

[Rz 50] Der Verzicht auf die Aufnahme des Kriteriums einer tariffähigen Organisation als Trägerschaft eines Streiks und die neue Zulässigkeit von wilden Streiks entspricht insgesamt den Anforderungen von Art. 8 Abs. 1 lit. d UNO-Pakt I, der wie gesehen eine freiheitsrechtliche, individuelle Garantie beinhaltet und aus diesem Grund einen relativ weiten Schutzbereich hinsichtlich Streikmotiv und Streikträgerschaft verlangt.⁸³

4. Die formale Gleichstellung des Streik- und des Aussperrungsrechts

[Rz 51] Das Aussperrungsrecht ist in Art. 28 Abs. 2 und 3 BV formal gleich gestellt wie das Streikrecht.⁸⁴ Obwohl eine Minderheit im Nationalrat geltend machte, die Aussperrung dürfe nicht auf derselben Stufe wie der Streik verankert werden, weil dadurch das Gleichgewicht zwischen Arbeitnehmer- und Arbeitgeberseite zunichte gemacht würde,⁸⁵ erachtete die Mehrheit in beiden Räten das Aussperrungsrecht offenbar als eine Art zusätzliche Schranke gegenüber dem Streikrecht.⁸⁶ Die verfassungsrechtliche Gleichstellung verlangt daher im Grundsatz die Anwendung der gleichen Zulässigkeitskriterien wie für Streiks.⁸⁷

[Rz 52] Allerdings bestehen einige Ausnahmen von diesem Grundsatz, von denen an dieser Stelle nur die praktisch bedeutsamste genannt werden soll:⁸⁸ Die Angriffsaussperrung, d.h. eine Aussperrung, die nicht aus Anlass eines zuvor aufgenommenen Streiks stattfindet, ist vom Schutzbereich des Rechts auf Aussperrung nicht erfasst, weil andernfalls der Gedanke einer Gegenmassnahme gegenüber dem Streik im Rahmen der freien Aushandlungsmöglichkeit der Bedingungen von Arbeitsbeziehungen überstrapaziert würde.⁸⁹ Das Verbot der Angriffsaussperrung ist sowohl in der verfassungs- wie auch in der arbeitsrechtlichen Literatur unbestritten.⁹⁰

5. Die Bedeutung der Zulässigkeitsvoraussetzungen für die vertikale Dimension des Rechts auf Streik und Aussperrung

[Rz 53] Aus der Konzeption des Rechts auf Streik und Aussperrung ergibt sich, dass die Zulässigkeitsvoraussetzungen nach Art. 28 Abs. 2 und 3 BV auf die vertikale Dimension der Garantie nicht anwendbar sind.⁹¹ Hoheitliche, vor allem polizeiliche Eingriffe in Arbeitskämpfe bemessen sich aus diesem Grund an den üblichen Kriterien für verfassungskonforme Freiheitsrechtseinschränkungen im Sinne von Art. 36 BV. Sie müssen demzufolge auf einer genügenden gesetzlichen Grundlage beruhen, durch ein öffentliches Interesse oder durch den Schutz von Grundrechten Dritter gerechtfertigt sein, dem Prinzip der Verhältnismässigkeit entsprechen sowie den Kerngehalt des Rechts unbeeinträchtigt lassen. Art. 28 Abs. 4 BV sieht zudem vor, dass Streikverbote für besondere Personengruppen in einem formellen Gesetz zu verankern sind. Damit präzisiert diese Verfassungsbestimmung die allgemein geltenden Anforderungen an eine genügende gesetzliche Grundlage.⁹²

V. Bemerkungen zum Recht auf Streik im öffentlichen Dienst⁹³

[Rz 54] Das verfassungsrechtliche Recht auf Streik gilt wegen seiner individualrechtlichen Anknüpfung heute eindeutig auch im öffentlichen Dienst.⁹⁴ Geschützt sind grundsätzlich alle Personen, die eine arbeitnehmende Funktion ausüben, unabhängig davon, ob ihr Status ein öffentlich- oder privatrechtlicher ist. Es ist in diesem Zusammenhang daran zu erinnern, dass sich das öffentlichrechtliche Arbeitsverhältnis im Allgemeinen und im

Besonderen mit der Abkehr vom Beamtenstatus stark an das private Arbeitsverhältnis angeglichen hat.⁹⁵ Mit Blick auf die zuvor erläuterten Zulässigkeitsvoraussetzungen von Art. 28 Abs. 2 und 3 BV⁹⁶ gilt das Recht auf Streik ausserdem wie im privatrechtlichen Bereich nicht nur in jenen öffentlichrechtlichen Anstellungsverhältnissen, in denen heute Raum zum Verhandeln eines Gesamtarbeitsvertrages besteht.⁹⁷

[Rz 55] Allgemeine Streikverbote, speziell solche für die Gesamtheit der Personen im öffentlichen Dienst, verstossen nach dem zuvor Gesagten sowohl gegen das ILO-Übereinkommen Nr. 87 wie auch gegen Art. 8 Abs. 1 lit. d UNO-Pakt I.⁹⁸ Bereits im Vorfeld der Verfassungsrevision hat der Bundesrat angesichts dieser völkerrechtlichen Verpflichtungen der Schweiz ausdrücklich darauf hingewiesen, dass sich die damals sowohl im Bund wie auch in den Kantonen bestehenden generellen Beamtenstreikverbote nicht mehr länger halten liessen.⁹⁹

[Rz 56] Streikverbote oder andere Einschränkungen des Streikrechts für Beamte und weitere öffentlichrechtlich Angestellte müssen sich vor allem daran messen lassen, ob sie unerlässliche Dienste im Sinne der ILO-Praxis betreffen: Darunter fallen jene öffentlichen oder auch privaten (Dienst-)Leistungen, welche für die Gewährleistung der öffentlichen Sicherheit oder Gesundheit oder für die Funktionsweise einer demokratisch und rechtsstaatlich organisierten Gesellschaft als unverzichtbar einzustufen sind.¹⁰⁰ Von Bedeutung ist infolgedessen auch in dieser Hinsicht nicht mehr länger der rechtliche Status einer Person, sondern deren tatsächliche Funktion für die Öffentlichkeit.¹⁰¹ Der Begriff der unerlässlichen Dienste ist zwar nicht explizit in den Verfassungstext aufgenommen worden, mit der Formulierung «bestimmte Kategorien von Personen» wird in Art. 28 Abs. 4 BV aber eindeutig darauf Bezug genommen.¹⁰² Bei der Zuordnung eines öffentlichen Interesses im Sinne von Art. 36 Abs. 2 BV wie auch bei der Beurteilung der Verhältnismässigkeit im Sinne von Art. 36 Abs. 3 BV ist der Begriff der unerlässlichen Dienste somit in die Rechtmässigkeitsprüfung von Einschränkungen des Rechts auf Streik einzubeziehen.

[Rz 57] Nach dem heutigen Stand der Rechtslehre gelten wohl die Bereiche Polizei, Feuerwehr und Krankenpflege als unerlässlich,¹⁰³ auch wenn mit dieser Anerkennung noch nicht über das jeweils zulässige Mass einer Einschränkung des Rechts auf Streik entschieden ist. In Frage kommen in Anlehnung an die entsprechende ILO-Praxis Verpflichtungen zur Aufrechterhaltung eines Notdienstes bis hin zu absoluten Streikverböten für Personen mit besonders wichtigen Funktionen.¹⁰⁴ Es versteht sich von selbst, dass die Qualifikation einer Funktion als unerlässlicher Dienst im Einzelfall aber häufig Abgrenzungsschwierigkeiten bereiten wird.

[Rz 58] In Art. 24 des Bundespersonalgesetzes (BPG) vom 24. März 2000¹⁰⁵ ist im Gegensatz zum zuvor geltenden Beamtenengesetz¹⁰⁶ kein generelles Streikverbot mehr enthalten. Der Gesetzgeber hat dem Bundesrat aber die Kompetenz eingeräumt, das Recht auf Streik für bestimmte Personalkategorien, welche wesentliche Aufgaben zum Schutz der Staatssicherheit, für die Wahrung wichtiger Interessen in auswärtigen Angelegenheiten oder für die Sicherstellung der Landesversorgung mit lebensnotwendigen Gütern und Dienstleistungen erfüllen, einzuschränken. Diese Gesetzesbestimmung bezieht sich offensichtlich auf Art. 28 Abs. 4 BV sowie auf die erwähnten Verpflichtungen aus dem ILO-Übereinkommen Nr. 87 und dem UNO-Pakt I.¹⁰⁷

[Rz 59] In verschiedenen Kantonen sind im Gegensatz zum Bund auch heute noch Gesetzesbestimmungen in Kraft, welche für die Gesamtheit des öffentlich angestellten Personals generelle Streikverbote vorsehen, so etwa im Kanton Nidwalden¹⁰⁸ und im Kanton Bern¹⁰⁹. Diese sind allerdings klar bundesverfassungs- und völkerrechtswidrig und sind daher aufzuheben.

VI. Streik und Aussperrung – Vom Verbot zum Recht

[Rz 60] Das Recht auf Streik und Aussperrung hat eine äusserst wechselvolle Geschichte hinter sich, die von einer erstaunlichen Entwicklung von einem ursprünglichen straf- und zivilrechtlichen Verbot hin zu einem verfassungsrechtlich verankerten Individualrecht zeugt:¹¹⁰

[Rz 61] Nachdem kantonale Koalitions- und Streikverbote auch nach der Anerkennung der Vereinigungs- und der Koalitionsfreiheit in der Bundesverfassung von 1848 noch lange Bestand gehabt hatten, erhielten Streik und Aussperrung im 20. Jahrhundert eine neue Bedeutung: Die Arbeitnehmer- und Arbeitgeberorganisationen sind spätestens mit der Neuordnung der schweizerischen Wirtschafts- und Arbeitsordnung zu rechtlich legitimierten Funktionsträgern im Bereich der Arbeitsordnung bzw. im Rahmen der Tarifautonomie geworden. Viele wichtige

Fragen hinsichtlich der Rechtsfolgen von Streiks und Aussperrungen sind allerdings auch aus kollektivrechtlicher Perspektive erst vor wenigen Jahren geklärt worden. So hat etwa die Suspensionstheorie, wonach während der Dauer eines rechtskonformen Streiks oder einer Aussperrung die arbeitsvertraglichen Hauptpflichten suspendiert werden, erst in den 1990er-Jahren Eingang in die bundesgerichtliche Rechtsprechung gefunden.

[Rz 62] Obwohl vereinzelt bereits seit Mitte des 20. Jahrhunderts ein verfassungsrechtlich abgesichertes, aus der Koalitionsfreiheit fließendes, selbstständiges Streik- (und Aussperrungs-)recht postuliert worden ist, hat sich erst in den Jahren vor der Revision der Bundesverfassung die Ansicht durchgesetzt, dass Streik und Aussperrung verfassungsrechtlich geschützt sind, weil der Staat zur Neutralität gegenüber den Sozialpartnern sowie den Arbeitskämpfen verpflichtet ist und Streik und Aussperrung eine wichtige Funktion für die Wirtschafts- und Arbeitsverfassung haben. Neue völkerrechtliche Verpflichtungen der Schweiz haben diese Haltung massgeblich beeinflusst.

[Rz 63] Die politischen Widerstände gegen die Aufnahme eines «Streikartikels» in die Bundesverfassung erscheinen vor diesem Hintergrund in einem neuen Licht: Die eingangs erwähnten «Wogen» sind nicht bloss durch das Aufeinanderprallen gegensätzlicher politischer Interessen, sondern auch durch die schwierige Vereinbarkeit verschiedener Konzepte für das Recht auf Streik und Aussperrung verursacht worden. Art. 28 Abs. 2–4 BV leistet deshalb mit der verfassungsrechtlichen Verankerung des vertikalen und des horizontalen Aspekts (Streik- und Aussperrungsrecht sowie Streik- und Aussperrungsfreiheit) und mit der Einbettung in den Schutzbereich des ILO-Übereinkommens Nr. 87 sowie von Art. 8 Abs. 1 lit. d UNO-Pakt I einen entscheidenden Beitrag zur Klärung der Rechtslage bei Streiks und Aussperrungen.

Dr. iur. Susanne Kuster Zürcher, heute Stabsmitarbeiterin im Gesundheits- und Umweltschutzdepartement der Stadt Zürich, hat im Jahr 2004 eine Dissertation zum Thema Streik und Aussperrung veröffentlicht (Susanne Kuster Zürcher, Streik und Aussperrung – Vom Verbot zum Recht, Das Recht auf Streik und Aussperrung nach Art. 28 Abs. 2–4 BV, Diss. Zürich, 2004 = Zürcher Studien zum öffentlichen Recht, Bd. 161). Der vorliegende Beitrag orientiert sich weitgehend an dieser Publikation.

Literaturauswahl

- Andermatt Arthur, Das Streikrecht in der neuen Bundesverfassung, plädoyer 5/1999, 30
 Aubert Gabriel, L'Internationalisation du droit suisse du travail, in: Geiser Thomas/ Schmid Hans/ Walter-Busch Emil (Hrsg.), Arbeit in der Schweiz des 20. Jahrhunderts, Bern/ Stuttgart/ Wien 1998, 455
 Aubert Jean-François/ Mahon Pascal, Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999, Zürich/ Basel/ Genf 2003 ([Autor], in: *Petit commentaire*)
 Aubert-Piquet Béatrice, L'exercice du droit de grève, AJP 1996, 1497
 Auer Andreas/ Malinverni Giorgio/ Hottelier Michel, Droit constitutionnel suisse, Bern 2000
 Betten Lammy, International Labour Law, Deventer/ Boston 1993
 Brühwiler Jürg, Der Streik im schweizerischen Arbeitsrecht, in: Wirtschaft und Recht 1982, 265
 Craven Matthew, The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, Oxford 1995
 Ehrenzeller Bernhard/ Mastronardi Philippe/ Schweizer Rainer J./ Vallender Klaus (Hrsg.), Die Schweizerische Bundesverfassung, Kommentar, Zürich 2002 ([Autor], in: *St. Galler Kommentar*)
 Frowein Jochen, Zur völkerrechtlichen und verfassungsrechtlichen Gewährleistung der Aussperrung, Tübingen 1976
 Garrone Pierre, La liberté syndicale, in: Thürer Daniel/ Aubert Jean-François/ Müller Jörg Paul (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz, Zürich 2001, 795
 Gauch Peter/ Schmid Jörg (Hrsg.), Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Zürich ([Autor], in: *Zürcher Kommentar*)
 Hausheer Heinz (Hrsg.), Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Bern ([Autor], in: *Berner Kommentar*)
 Häfelin Ulrich/ Haller Walter, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 5. Aufl., Zürich 2001

- Künzli Jörg, Soziale Menschenrechte: Blosser Gesetzgebungsaufträge oder individuelle Rechtsansprüche?, Überlegungen zur direkten Anwendbarkeit des UNO-Sozialpaktes in der Schweiz, AJP 1996, 257
- Künzli Jörg/ Kälin Walter, Die Bedeutung des UNO-Paktes über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte für das schweizerische Recht, in: Kälin Walter/ Malinverni Giorgio/ Nowak Manfred (Hrsg.), Die Schweiz und die UNO-Menschenrechtspakte, 2. Aufl., Basel/ Frankfurt a.M. 1997, 105
- Kuster Zürcher Susanne, Streik und Aussperrung – Vom Verbot zum Recht, Das Recht auf Streik und Aussperrung nach Art. 28 Abs. 2–4 BV, Diss. Zürich 2004 (= Zürcher Studien zum öffentlichen Recht, Bd. 161)
- Mader Luzius, Die Sozial- und Umweltverfassung, AJP 1999, 698
- Müller Jörg Paul, Grundrechte in der Schweiz, Bern 1999
- Portmann Wolfgang, Der Einfluss der neuen Bundesverfassung auf das schweizerische Arbeitsrecht, in: Stöckli Jean-Fritz (Hrsg.), ArbR, Mitteilungen des Instituts für Schweizerisches Arbeitsrecht, Bern 2002, 47 (*Einfluss*)
- Portmann Wolfgang, Kein Streikrecht in der Schweiz?, in: SJZ 94 (1998), 487 (*Kein Streikrecht*)
- Rehbinder Manfred, Schweizerisches Arbeitsrecht, 15. Aufl., Bern 2002
- Rhinow René, Wirtschafts-, Sozial- und Arbeitsverfassung, in: Zimmerli Ulrich (Hrsg.), Die neue Bundesverfassung, Bern 1999, 157 (*Arbeitsverfassung*)
- Rhinow René, Grundzüge des Schweizerischen Verfassungsrecht, Basel/ Genf/ München 2003 (*Grundzüge*)
- Schiess Rütimann Patricia, Politische und wilde Streiks im Licht von Art. 28 Abs. 3 BV besehen, in: Gächter Thomas/ Bertschi Martin (Hrsg.), Neue Akzente in der «nachgeführten» Bundesverfassung, Zürich 2000, 135
- Schwank Alexandra/ Stähelin Salome, Die Rechtmässigkeit von Streiks der öffentlich-rechtlichen Angestellten, insbesondere im Kanton Basel-Stadt, BJM 2002, 113
- Stähelin Salome, Das Streikrecht in unerlässlichen Diensten, Diss. Basel 2001
- Stöckli Jean-Fritz, Das Streikrecht in der Schweiz, BJM 1997, 169
- Summers Clyde W., Article 8 – Trade Union Rights, in: Hannum Hurst/ Fischer Dana (Hrsg.), U.S. Ratification of the International Covenants on Human Rights, New York 1993, 185
- Vischer Frank, Der wilde Streik, Wirtschaft und Recht 1981, Sonderheft des Arbeitskampfes, 20 (*Wilder Streik*)
- Vischer Frank, Fragen aus dem Kollektivarbeitsrecht, in: AJP 1995, 547 (*Fragen*)
- Vischer Frank, Streik und Aussperrung in der Schweiz, Wirtschaft und Recht 1981, Sonderheft Recht des Arbeitskampfes, 5 (*Streik und Aussperrung*)

¹ Vgl. z.B. Votum Inderkum, Amtl. Bull. SR 1998, S. 160; siehe auch Mahon, in: Petit commentaire, N. 1 zu Art. 28 BV.

² Rhinow, Arbeitsverfassung, S. 180.

³ Rhinow, a.a.O.

⁴ Dieses ILO-Übereinkommen ist für die Schweiz am 25. März 1976 in Kraft getreten, vgl. SR 0.822.719.7.

⁵ Der UNO-Pakt I gilt in der Schweiz seit dem 18. September 1992; vgl. SR 0.103.1.

⁶ Bereits in den Erläuterungen zum Verfassungsentwurf aus dem Jahre 1995 hatte der Bundesrat darauf hingewiesen, dass diese beiden völkerrechtlichen Verträge ein Streikrecht auch für die Schweiz garantieren, siehe Erläuterungen des Bundesrates zum Verfassungsentwurf 1995, Separatdruck Reform der Bundesverfassung, Bern 1995 (*Erläuterungen VE 1995*), S. 56.

Daneben sind in der Schweiz folgende völkerrechtlichen Normen zu beachten, welche im vorliegenden Beitrag allerdings nicht näher beleuchtet werden können: ILO-Übereinkommen Nr. 151 über den Schutz des Vereinigungsrechts und über Verfahren zur Festsetzung der Beschäftigungsbedingungen im öffentlichen Dienst, SR 0.822.725.1; ILO-Übereinkommen Nr. 98 über die Anwendung der Grundsätze der Vereinigungsfreiheit und des Rechtes zu Kollektivverhandlungen, SR 0.822.719.9; Art. 22 des Internationalen Paktes über bürgerliche und politische Rechte («UNO-Pakt II»), SR 0.103.2.

⁷ ILO, Freedom of Association, Digest of decision and principles of the Freedom of Association Committee of the Governing Body of the ILO, 4. Aufl., Genf 1996 (*Digest 1996*), N. 473 ff.

⁸ ILO, Labour Legislation Guidelines by the ILO Conference, 86th Session 1998, (*ILO-Guidelines*), Chapter V, www.ilo.org/public/english/dialogue/ifpdial/ilg/index.htm.

⁹ Betten, S. 117 f.; Stöckli, Streikrecht, S. 171; Digest 1996 (vgl. Fn. 7), N. 481 f.

¹⁰

- Zur sich daraus ergebenden Kontroverse, ob das Streikrecht nach dem ILO-Übereinkommen Nr. 87 auch Nichtgewerkschaftsmitgliedern zusteht und damit der wilde Streik geschützt ist, vgl. Betten, S. 113.
- 11 Frowein, S. 8.
- 12 Frowein, S. 8 f.; Kuster Zürcher, S. 142.
- 13 Betten, S. 115.
- 14 Digest 1996 (vgl. Fn. 7), N. 540.
- 15 Digest 1996 (vgl. Fn. 7), N. 544 f.
- 16 Digest 1996 (vgl. Fn. 7), N. 556 ff.
- 17 ILO-Guidelines (vgl. Fn. 8), Chapter V.
- 18 Craven, S. 278; Nowak, S. 16 f.
- 19 Craven, S. 279; Summers, S. 189.
- 20 Craven, a.a.O.
- 21 Craven, a.a.O.
- 22 Vgl. dazu Kuster Zürcher, S. 154 f.
- 23 The Limburg Principles on the Implementation of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, UN doc. E/CH.4/1987/17, abgedruckt in; Eide Asbjørn / Crause Catarina/ Rosas Allan (Hrsg.), Economic, Social and Cultural Rights, 2. Aufl., Dordrecht/ Boston/ London 2001, 717, N. 53 ff.; vgl. auch Craven, S. 278 f.; Kuster Zürcher, S. 156.
- 24 Vgl. Art. 8 Abs. 3 UNO-Pakt I, welcher festhält, dass die Konventionsnormen nicht zur Einschränkung der Garantien des ILO-Übereinkommens Nr. 87 führen dürfen; dazu auch Summers, S. 188.
- 25 Craven, S. 281; Künzli/Kälin, S. 123; United Nations, Economic and Social Council, Working Documents of the Committee on Economic, Social and Cultural Rights, E/C.12/1998/SR 13, S. 14 und E/C.12/1998/SR 16, S. 4 f.
- 26 Summers, S. 189. Die Frage, ob Einschränkungen gemäss Art. 8 Abs. 2 UNO-Pakt I über die allgemeine Schrankenbestimmung von Art. 4 UNO-Pakt I hinausgehen können, ist allerdings in der Lehre umstritten, vgl. Künzli/ Kälin, S. 122 f.
- 27 Craven, S. 283; E/C.12/2001/SR 49, S. 2 f.; E/C.12/1998/SR 41/Add.1, S. 8 f. (vgl. Fn. 25).
- 28 BGE 118 Ia 112, S. 117.
- 29 Für die unmittelbare Anwendbarkeit des ILO-Übereinkommens Nr. 87 spricht z.B. die positive Haltung des Bundesrates: Bericht des Bundesrates an die Bundesversammlung über die 57. und 58. Tagung der Internationalen Arbeitskonferenz und Botschaft über zwei Übereinkommen der Internationalen Arbeitskonferenz vom 8. Mai 1974, BBl 1974 I 1633, S. 1655.
- Vgl. auch Aubert-Piquet, Fn. 27 auf S. 1501, sowie Kuster Zürcher, S. 149 ff. Ablehnend äussern sich hingegen etwa Stöckli, Streikrecht, S. 172, und Portmann, Kein Streikrecht, S. 487.
- Die Self-Executing-Wirkung von Art. 8 Abs. 1 lit. d UNO-Pakt I ist heute in der schweizerischen Rechtslehre mehrheitlich anerkannt, vgl. Künzli, S. 534 f., Künzli/Kälin, S. 122 f.; Aubert G., S. 459 ff. Der Bundesrat war ursprünglich davon ausgegangen, dass der UNO-Pakt I mehrheitlich programmatischen Charakters sei, vgl. Botschaft betreffend den Beitritt der Schweiz zu den beiden internationalen Menschenrechtspakten von 1966 und zu einer Änderung des Bundesrechtspflegegesetzes vom 30. Januar 1991, BBl 1991 I 1189, S. 1193.
- Dies wurde später allerdings vom UN-Sozialausschuss kritisiert, vgl. Concluding observations of the Committee on Economic, Social and Cultural Rights: Switzerland, vom 7. Dezember 1998, E/C.12/1/Add.30 (vgl. Fn. 25), N. 10. Siehe zum ganzen Themenbereich Kuster Zürcher, S. 158 ff.
- 30 BGE 125 III 277, S. 282 (so genannter «Kollbrunner Entscheid»).
- 31 Absatz 2 von Art. 28 BV bezieht sich eindeutiger als Absatz 3 nur auf die Regelung des Arbeitsverhältnisses: Der Ausdruck der «Zulässigkeit» könnte nämlich dazu verleiten, nach den möglichen Rechtsfolgen bei Fehlen der genannten Zulässigkeitsvoraussetzungen zu fragen: Diese könnten sich theoretisch bis hin zu einem strafrechtlichen Verbot oder zumindest zu einer Ermächtigung für hoheitliche Eingriffe erstrecken. In diesem Fall würde Art. 28 Abs. 3 BV auch das Verhältnis zwischen Staat und Rechtsunterworfenen betreffen.
- 32 Diese Haltung wurde auch im Parlament vertreten, so etwa von Gross J., Amtl. Bull. NR 1998, S. 231 f.; vgl. auch Kuster Zürcher, S. 225 ff.

- 33 Art. 22 Abs. 2 Satz 1 des Verfassungsentwurfs aus dem Jahr 1995, Separatdruck Reform der Bundesverfassung, Bern 1995. Im gleichen Artikel wurde darauf hingewiesen, dass das Gesetz die Art und Weise der Ausübung des Streikrechts regeln und den Streik für bestimmte Kategorien von Personen im öffentlichen Dienst verbieten könne.
- 34 Vgl. die ausführliche Analyse bei Kuster Zürcher, S. 197 ff. und 227 ff.
- 35 Zu einem ähnlichen Schluss kommen Schiess Rütimann, S. 153, Garrone, N. 21 f., und Vallender, in: St. Galler Kommentar, N. 21 und 23 zu Art. 28 BV. Anderer Meinung sind hingegen Auer/ Malinverni/ Hottelier, Bd. II, N. 1586, sowie Stöckli, in: Berner Kommentar, N. 23 der Einleitung zu Art. 356-360 OR.
- 36 Vgl. insbesondere die Voten Rhinow, Amtl. Bull. SR 1998, S. 163, sowie Fischer-Häggingen, Amtl. Bull. NR 1998, S. 427.
- 37 Portmann, Einfluss, S. 56; vgl. auch Andermatt, S. 35.
- 38 Müller, S. 355 f.
- 39 Zur sozialrechtlichen Komponente siehe Kuster Zürcher, S. 251 ff. Von Auer/ Malinverni/ Hottelier, Bd. II, N. 1584, und Mader, S. 701, sowie im Votum Rechsteiner, Amtl. Bull. NR 1998, S. 224, wird das Streikrecht gar als soziales Grundrecht eingestuft. Kritisch dazu allerdings Häfelin/ Haller, N. 909.
- 40 Müller, S. 356.
- 41 So etwa in BGE 121 I 367, S. 370.
- 42 Müller, S. 355 f.; ähnlich auch Vischer, Fragen, S. 553, der festhält, das Bundesgericht habe im «Eschler-Urania-Entscheid», d.h. im BGE 111 II 245, die Streikfreiheit als ungeschriebenes Verfassungsrecht, wenn auch nicht eindeutig und nicht abschliessend, anerkannt; vgl. zum Ganzen auch Kuster Zürcher, S. 233 ff.
- 43 Rhinow, Grundzüge, N. 3026; Portmann, Kein Streikrecht, S. 486; Vischer, Streik und Aussperrung, S. 8; Aubert-Piquet, S. 1503 ff; vgl. Kuster Zürcher, S. 241 ff.
- 44 So etwa Stöckli, in: Berner Kommentar, N. 44 zu Art. 357a OR, sowie Rehbinder, N. 586. Gewisse Autoren wollen mit dieser Einstufung verhindern, dass die Arbeitseinstellung eines einzelnen Arbeitnehmenden geschützt wird, z.B. Andermatt, S. 34. Die kollektive Geltung wurde teilweise auch von «linker» Seite vorausgesetzt, z.B. von der Gewerkschaftsvertreterin Brunner, Amtl. Bull. 1998, S. 47 sowie S. 163.
- 45 So z.B. Rehbinder, N. 603.
- 46 Kuster Zürcher, S. 237 ff.; anderer Meinung ist beispielsweise Portmann, Einfluss, S. 54.
- 47 Schiess Rütimann, S. 153; Schwank/ Stähelin, S. 117. Die Aussperrung wird in Art. 28 Abs. 4 BV nicht erwähnt, weshalb aus dieser Bestimmung für das Recht auf Aussperrung nicht zwingend die gleiche Schlussfolgerung wie für das Recht zum Streik zu ziehen ist. Es ist aber darauf hinzuweisen, dass gemäss Art. 28 Abs. 2 und 3 BV grundsätzlich dieselben Zulässigkeitsvoraussetzungen für die Ausübung des Rechts auf Aussperrung zu beachten sind. Zu den Besonderheiten des Rechts auf Aussperrung siehe Kuster Zürcher, S. 317 ff. und 403 ff. und nachfolgend Kapitel IV.4.
- 48 Bekanntlich ist der Titel von Art. 36 BV – «Einschränkung von Grundrechten» – zu weit gefasst; die in dieser Verfassungsbestimmung genannten Schranken beziehen sich nur auf individuelle Freiheitsrechte, vgl. z.B. Schweizer, in: St. Galler Kommentar, N. 7 zu Art. 36 BV.
- 49 Kuster Zürcher, S. 121 ff. Zwischen den beiden Begriffen Streikrecht und Streikfreiheit wird allerdings auch heute häufig nicht klar differenziert, so z.B. von Garrone, N. 24.
- 50 BGE 125 III 277, S. 280. Allerdings hat das Bundesgericht in dieser Entscheid dann doch ausführlich auf die übereinstimmende Lehre hingewiesen, dass sich der Staat Arbeitskämpfen gegenüber neutral zu verhalten habe und diese nicht mittels Normen unterhalb der Verfassungsebene funktionsunfähig machen dürfe. Eine solche Qualifikation kommt an sich einer freiheitsrechtlichen Garantie gleich.
- 51 Vgl. oben Kapitel III.2.a.
- 52 Vgl. zum Ganzen Kuster Zürcher, S. 255 ff. und 304 ff., sowie Rhinow, Grundzüge, N. 3025 f., der ebenfalls zwischen horizontaler und vertikaler Dimension von Streik und Aussperrung unterscheidet.
- 53

- Mader, S. 701; Schweizer, in: St. Galler Kommentar, N. 22 zu Art. 35 BV. Nach Ansicht Rhinows, Grundzüge, N. 3025 f., weist jedoch nur die vertikale Dimension des Rechts auf Streik und Aussperrung Grundrechtsqualität auf, was eine unmittelbare Horizontalwirkung von Art. 28 Abs. 2 und 3 BV ausschliessen würde. Nach Vallender, in: St. Galler Kommentar, N. 23, führt die verfassungsrechtliche Anerkennung von Streik und Aussperrung nur zu einer indirekten Drittwirkung. Siehe demgegenüber die ausführliche Analyse von Kuster Zürcher, S. 258 ff.
- 54 Brühwiler, S. 273 ff.; Rehbinder, N. 585 ff.; Vischer, Streik und Aussperrung, S. 9 ff.; BGE 111 II 245, S. 258; 125 III 277, S. 284. Vgl. zu dieser herrschenden arbeitsrechtlichen Lehre Kuster Zürcher, S. 88 ff.
- 55 Rehbinder, N. 603 f.; Vischer, Streik und Aussperrung, S. 13 ff.; siehe Kuster Zürcher, S. 103 ff.
- 56 Die entsprechende Debatte wird eingehend erläutert in Kuster Zürcher, S. 197 ff.
- 57 Vgl. oben, Kapitel II.1. und 2.
- 58 Hinsichtlich der zivilrechtlichen Folgen des zulässigen Arbeitskampfs sei auf die inzwischen auch vom Bundesgericht anerkannte Suspendierungstheorie verwiesen, wonach während der Dauer des Streiks oder der Aussperrung die vertraglichen Hauptpflichten – Lohn und Arbeitsleistung – suspendiert sind, vgl. auch BGE 111 II 245, S. 253 ff.; 125 III 277, S. 285, sowie BGE vom 23. März 1995, in: plädoyer 5/1995, 61, S. 61.
- 59 Rehbinder, N. 599; Vischer, Streik und Aussperrung, S. 15; BGE 111 II 245, S. 258.
- 60 Andermatt, S. 35; Votum Bundesrat Koller, Amtl. Bull. NR 1998, S. 436. Kuster Zürcher, S. 273 f. Zu einer allfälligen, über das Ultima-Ratio-Prinzip hinausgehenden Verhältnismässigkeitsanforderung siehe das folgende Kapitel IV.3.b.
- 61 Garrone, N. 25; Müller, S. 357; Vallender, in: St. Galler Kommentar, N. 25 zu Art. 28 BV. Teilweise anderer Meinung sind Andermatt, S. 290, sowie Schiess Rütimann, S. 144. Im Einzelfall ist die Abgrenzung zwischen «Regelungs-» und «Rechtsstreitigkeit» häufig sehr schwierig, siehe Kuster Zürcher, S. 290 ff.
- 62 Garrone, N. 26; Mahon, in: Petit commentaire, N. 12 zu Art. 28 BV; Stöckli, in: Berner Kommentar, N. 26 zu Art. 357a OR; Vallender, in: St. Galler Kommentar, N. 25 zu Art. 28 BV; vgl. Kuster Zürcher, S. 293 ff.
- 63 Garrone, N. 25; Rehbinder, N. 587; Rhinow René, Die Bundesverfassung 2000: Eine Einführung, Basel/ Genf/ München 2000 (*Bundesverfassung*), S. 326; Stöckli, in: Berner Kommentar, N. 39 zu Art. 357a OR.
- 64 Auer/ Malinverni/ Hottelier, Bd. II, N. 1595; Mahon, in: Petit commentaire, Fn. 23 von N. 12 zu Art. 28 BV; Müller, S. 357.
- 65 Vgl. oben Kapitel II.1. und 2.; Kuster Zürcher, S. 287 f.
- 66 Kuster Zürcher, S. 334 ff. Teilweise anderer Meinung ist Andermatt, S. 38, der befristete Demonstrationstreiks als zulässig in Betracht zieht.
- 67 Kuster Zürcher, S. 288 f. Es ist an dieser Stelle daran zu erinnern, dass eine grundsätzliche Zulässigkeit von Arbeitskämpfen wegen Rechtsstreitigkeiten bereits durch das Ultima-Ratio-Prinzip ausgeschlossen ist, vgl. oben Kapitel IV.2.a.
- 68 BGE 111 II 245, S. 258; 125 III 277, S. 284; Rehbinder, N. 599; Brühwiler, S. 280 f.; Vischer, in: Zürcher Kommentar, N. 27 zu Art. 357a OR; Vischer, Streik und Aussperrung, S. 15. Eine entsprechende Interessenabwägung lehnten aber etwa Reuter Dieter, Streik und Aussperrung, in: Recht der Arbeit (RdA), 1975, 275, S. 279, sowie Schlupep Walter, Überbordungsgefahren von Arbeitskonflikten, Bern 1973, S. 39, entschieden ab. Vgl. auch Kuster Zürcher, S. 97 ff.
- 69 Eine Weitergeltung wird verneint oder zumindest als fraglich bezeichnet von: Andermatt, S. 35; Auer/ Malinverni/ Hottelier, Bd. II, N. 1595; Häfelin/ Haller, N. 568; Mahon, in: Petit commentaire, Fn. 27 von N. 13 zu Art. 28 BV; Müller, S. 358. Von einer weiteren Gültigkeit des besonderen Verhältnismässigkeitsprinzips gehen aus: Garrone, N. 27; Rehbinder, N. 599; Stöckli, in: Berner Kommentar, N. 46 zu Art. 357a OR; Vallender, in: St. Galler Kommentar, N. 26 zu Art. 28 BV.
- 70 Vgl. dazu den heutigen Art. 36 Abs. 3 BV.
- 71 Diese Einschätzung wurde nicht nur von sozialdemokratischen, sondern auch von bürgerlichen Nationalrätinnen und Nationalräten ausdrücklich geteilt, siehe Voten Vollmer, Amtl. Bull. NR 1998, S. 434; Jutzet, Amtl. Bull. NR 1998, S. 427; Loretan, Amtl. Bull. NR 1998, S. 428; Fritschi, Amtl. Bull. NR 1998, S. 428.
- 72 Kuster Zürcher, S. 214 f. und S. 274 ff. Eine Vermischung der beiden Dimensionen ist insbesondere im Bereich des öffentlichen Dienstes möglich, weil dort der Arbeitgeber gleichzeitig auch Gesetzgeber ist.
- 73

- Vgl. mit weiteren Hinweisen Kuster Zürcher, S. 280 ff.
- 74 Stöckli, in: Berner Kommentar, N. 44 zu Art. 357a OR; Reh binder, N. 586; Vischer, Wilder Streik, S. 21 f.; Zweifel Ernst, Der wilde Streik, Diss. Bern 1977, S. 126.
- 75 Vgl. oben Kapitel IV.3.a. Auch Schiess Rütimann, S. 148, macht darauf aufmerksam, dass die Beschränkung des Streikrechts auf tariffähige Organisationen nur solange als logisch erschienen ist, als dieses einzig aus der Arbeitsmarktordnung bzw. dem kollektiven Arbeitsrecht abgeleitet worden ist.
- 76 Weil eine Aussperrung auch von einem einzelnen Arbeitgeber rechtmässig durchgeführt werden kann, betrifft der Verzicht auf das Kriterium der tarifautonomen Organisation nur die Frage des Streikrechts.
- 77 Vgl. Kapitel II.2.; Kuster Zürcher, S. 355 ff.
- 78 Anderer Meinung sind beispielsweise Stöckli, in: Berner Kommentar, N. 44 zu Art. 357a OR, sowie Reh binder, N. 511. Angeführt wird von diesen Autoren, dass eine Trägerschaft durch eine Gewerkschaft oder eine Arbeitnehmerorganisation notwendig sei, um für die Folgen des Streiks einzustehen; wegen der Unbeständigkeit einer unorganisierten Streikträgerschaft wäre die Rechtssicherheit gefährdet.
- 79 Botschaft des Bundesrates über eine neue Bundesverfassung vom 20. November 1996 (Botschaft VE 1996), S. 179.
- 80 Votum Bundesrat Koller, Amtl. Bull. NR 1998, S. 436; Votum Rhinow, Amtl. Bull. SR 1998, S. 209.
- 81 So auch Schiess Rütimann, S. 148 f.; Votum Vollmer, Amtl. Bull. NR 1998, S. 435.
- 82 Kuster Zürcher, S. 352 f.
- 83 Gleicher Meinung sind Andermatt, S. 36, sowie Schiess Rütimann, S. 149. Andere Autoren gehen trotzdem von einer stillschweigenden Weitergeltung des Kriteriums der tariffähigen Organisation aus: Auer/ Malinverni/ Hottelier, N. 1595; Garrone, N. 28; Müller, S. 357.
- 84 Vgl. auch Botschaft VE 1996 (vgl. Fn. 79), S. 179.
- 85 Voten Rechsteiner, Amtl. Bull. NR 1998, S. 224 f.; Rennwald, Amtl. Bull. NR 1998, S. 225 und 429; Thanei, Amtl. Bull. NR 1998, S. 229 und 430.
- 86 Voten Frick, Amtl. Bull. SR 1998, S. 46; Reimann, Amtl. Bull. SR 1998, S. 45.
- 87 Kuster Zürcher, S. 319 ff.
- 88 Weitere Probleme der Aussperrung werden diskutiert bei Kuster Zürcher, S. 326 ff. sowie S. 403 ff.
- 89 Kuster Zürcher, S. 325.
- 90 Andermatt, S. 35; Auer/ Malinverni/ Hottelier, Bd. II, N. 1600; Garrone, N. 38; Mahon, in: Petit commentaire, N. 8 zu Art. 28 BV; Müller, S. 356 f.; Reh binder, N. 603; Vischer, Streik und Aussperrung, S. 13; Botschaft VE 1996 (vgl. Fn. 79), S. 179.
- 91 Vgl. oben Kapitel III.3. sowie Kuster Zürcher, S. 305 ff.
- 92 Rhinow, Bundesverfassung (vgl. Fn. 63), S. 155; Kuster Zürcher, S. 362 ff.
- 93 Zum bisher auch theoretisch nur teilweise denkbaren Recht auf Aussperrung im öffentlichen Dienst sei auf die Ausführungen bei Kuster Zürcher, S. 403 ff. verwiesen.
- 94 Mahon, in: Petit commentaire, N. 16 zu Art. 28 BV; Richli Paul, Öffentliches Dienstrecht im Zeichen des New Public Management, Bern 1996, S. 117; Stähelin, S. 46; Vallender, in: St. Galler Kommentar, N. 32 zu Art. 28 BV; BGE vom 23. März 1995, in: plädoyer 5/1995, 61, S. 62. Ausführlich zum ganzen Themenbereich Kuster Zürcher, S. 367 ff.
- 95 Kuster Zürcher, S. 367 f.
- 96 Siehe Kapitel IV.3.
- 97 Anderer Meinung ist jedoch Stähelin, S. 16 ff., 21 f. sowie 111. Diese Autorin geht allerdings von einer auch im privaten Arbeitsverhältnis weiter bestehenden Einbettung des Streikrechts in das kollektive Arbeitsrecht aus. Vgl. dazu auch Müller, S. 359 f., der weiterhin für ein Streikverbot für Beamte plädiert, zumindest solange, als die Festlegung der öffentlichrechtlichen Arbeitsbedingungen nicht dem wirtschaftlichen Wettbewerb und dem Leistungsprinzip überlassen sei.
- 98 Siehe Kapitel II.1. und 2.
- 99

Erläuterungen VE 1995 (vgl. Fn. 6), S. 57; Botschaft VE 1996 (vgl. Fn. 79), S. 180. Die Schweiz war zuvor vom ILO-Sachverständigenausschuss mehrfach für ihr generelles Beamtenstreikverbot kritisiert worden, vgl. ILO, Individual Observations concerning Convention No. 87, Freedom of Association and Protection of the Right to Organise, 1948, Switzerland, 1994, 1995, 1997, 1999, www.ilo.org/ilolex/english/newcountryframeE.htm.

¹⁰⁰ Vgl. dazu die eingehende Analyse von Stähelin, S. 106 ff.

¹⁰¹ Kuster Zürcher, S. 380.

¹⁰² Andermatt, S. 37 f; Auer/ Malinverni/ Hottelier, Bd. II, N. 1607 ff.; Garrone, N. 34; Stähelin, S. 94 ff.; Stöckli, Streikrecht, S. 185; Mahon, in: Petit commentaire, N. 16 zu Art. 28 BV; Vallender, in: St. Galler Kommentar, N. 30 zu Art. 28 BV. Eindeutig in dieser Hinsicht hat sich auch der Bundesrat im Vorfeld der Verfassungsrevision geäußert: Botschaft VE 1996 (vgl. Fn. 79), S. 180.

¹⁰³ So etwa Mahon, in: Petit commentaire, N. 16 zu Art. 28 BV. Vgl. dazu auch die ausführliche Analyse von Stähelin, S. 106 ff. und 112 f.

¹⁰⁴ Stähelin, a.a.O., teilt daher die verschiedenen als unerlässliche Dienste in Frage kommenden Funktionen in absolut unerlässliche und in unerlässliche Dienste im weiteren Sinne ein. Siehe dazu auch die Kritik von Kuster Zürcher, S. 383 ff.

¹⁰⁵ SR 172.220.1.

¹⁰⁶ Art. 23 des Bundesgesetzes über das Dienstverhältnis der Bundesbeamten vom 30. Juni 1927, AS 43 (1927) 439.

¹⁰⁷ Der Bundesrat hat diese Gesetzesdelegation zum Anlass für den Erlass von Art. 96 der Bundespersonalverordnung (BPV), SR 172.220.111.3, genommen. Zur mit Blick auf Art. 28 Abs. 4 BV vorzunehmenden Kritik an dieser Gesetzesdelegation siehe Kuster Zürcher, S. 394 ff.

¹⁰⁸ Art. 46 des Gesetzes über das öffentliche Arbeitsverhältnis (Personalgesetz) vom 3. Juni 1998 des Kantons Nidwalden (Nidwaldner Gesetzessammlung 165.1), www.nw.ch.

¹⁰⁹ Art. 41 des Gesetzes über das öffentliche Dienstrecht (Personalgesetz, PG) vom 5. November 1992 des Kantons Bern (BSG 153.01). Weitere Ausführungen dazu bei Kuster Zürcher, Fn. 46 ff. auf S. 372 f.

¹¹⁰ Kuster Zürcher, S. 7 ff.

Rechtsgebiet: Verfassungs- und Verwaltungsrecht - allgemein

Erschienen in: Jusletter 7. März 2005

Zitiervorschlag: Susanne Kuster, Streik und Aussperrung aus verfassungs- und völkerrechtlicher Sicht, in: Jusletter 7. März 2005

Internetadresse: <http://www.weblaw.ch/jusletter/Artikel.asp?ArticleNr=3753>