



# **STUDIE ÜBER DEN SCHUTZ DER ARBEITNEHMERVERTRETERINNEN UND ARBEITNEHMERVERTRETER**

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

14. August 2015

**Allgemeine Zusammenfassung und Lösungsansätze (Teil V der Studie)**

## Allgemeine Zusammenfassung und Lösungsansätze

### A. Einleitung

Begriffsbestimmung:

*Der Begriff der Koalitionsfreiheit (französisch «liberté syndicale») nach Artikel 28 BV wird in den völkerrechtlichen Texten (z. B. IAO-Übereinkommen Nr. 87) auf Deutsch «Vereinigungsfreiheit» genannt. Im Folgenden werden diese beiden Benennungen synonym verwendet. Wo nachgehend von der breiter gefassten Vereinigungsfreiheit im Sinne von Artikel 23 BV (französisch «liberté d'association») die Rede ist, wird darauf explizit hingewiesen.*

1. Gemäss dem uns erteilten Auftrag sind wir in dieser Studie folgender Hauptfrage nachgegangen: Wie ist der Schutz der Arbeitnehmervertreterinnen und Arbeitnehmervertreter im Kontext der Koalitionsfreiheit und der Sozialpartnerschaft in der Schweiz zu situieren? Oder genauer gesagt, es soll aufgezeigt werden, welcher Schutz den Arbeitnehmervertreterinnen und Arbeitnehmervertretern in der Schweiz gewährt wird und wie dieser im Spannungsfeld der Grundrechte, der kollektiven und der individuellen Arbeitsbeziehungen zu beurteilen ist.
2. In einer allgemeinen Zusammenfassung sollen hier kurz die fünf Unterfragen zur Hauptfrage beantwortet werden. Die allgemeine Zusammenfassung (Buchstabe B) stützt sich vor allem auf die Zusammenfassungen der einzelnen Kapitel der Gesamtstudie. Wie im Auftrag am Ende der Unterfrage 5 vorgeschlagen werden schliesslich Lösungsansätze für die Diskussion präsentiert (Buchstabe C).

### B. Antworten auf die fünf Unterfragen zur Hauptfrage

#### 1. Frage 1

***Welche Garantien bieten das Völkerrecht und das schweizerische Verfassungsrecht in Bezug auf die kollektive Regelung der Arbeitsbeziehungen? Welche kollektiven Mechanismen und Handlungsinstrumente sind gewährleistet (kollektive Organisation der Arbeitnehmenden, Kollektivverhandlungen, Streikrecht und Kampfmassnahmen)? Welcher Schutz ist notwendig, damit diese kollektiven Mechanismen und Handlungsinstrumente funktionieren können?***

***Auf dem Gebiet des Völkerrechts ist der Fokus auf die Übereinkommen Nr. 87 und 98 der IAO zu richten. Es wird keine allgemeine Untersuchung aller völkerrechtlichen Texte (insbesondere EMRK, UNO-Pakte und Europäische Sozialcharta) verlangt. Auf besondere Einflüsse dieser Texte kann jedoch hingewiesen werden.***

#### Völkerrechtliche Garantien

3. In Bezug auf die völkerrechtlichen Garantien ist zunächst ganz allgemein zu sagen, dass die Vereinigungsfreiheit, das Recht auf Kollektivverhandlungen und das Streikrecht nach den Übereinkommen Nr. 87 und 98 der IAO und der Praxis des Ausschusses für Vereinigungsfreiheit für ein gut funktionierendes System der kollektiven Arbeitsbeziehungen wesentlich sind. Diese Rechte bilden mit anderen Worten Kern des internationalen Arbeitsrechts. Ferner haben die EMRK (Art. 53) sowie die UNO-Pakte I

und II (Art. 5 Abs. 2) nur dann eine eigenständige Bedeutung, wenn sie einen weiteren Schutz bieten als die nationale, im vorliegenden Fall schweizerische Rechtsordnung. In diesem Sinn haben die Mindestgarantien im Bereich der Vereinigungsfreiheit nach Artikel 11 EMRK und Artikel 22 Pakt II bisher keinen bedeutenden Einfluss auf das Schweizer Recht gehabt. Die weiter gefassten, detaillierteren und präziser umschriebenen Garantien nach den Übereinkommen Nr. 87 und 98 der IAO sowie nach Artikel 8 Pakt I haben hingegen das Schweizer Recht beeinflusst und beeinflussen es weiterhin.

Ausserdem wirkt sich das Völkerrecht – was paradox erscheinen mag – hauptsächlich über solche völkerrechtliche Bestimmungen (IAO-Übereinkommen und Bestimmungen des Paktes I) auf das Schweizer Recht aus, die im Wesentlichen nicht direkt anwendbar sind oder deren direkt anwendbarer («self executing») Charakter in der Schweiz im Allgemeinen verneint oder zumindest bestritten wird oder umstritten ist und deren Interpretation durch die dazu zuständigen internationalen Organe nicht oder nicht notwendigerweise verbindlich ist. Dies trifft zum Beispiel auf die Praxis des IAO-Ausschusses für Vereinigungsfreiheit zu, die das Bundesamt für Justiz in einem Rechtsgutachten vom 8. März 2006 als nicht verbindlich qualifiziert hat. Die direkt anwendbaren und zwingenden Quellen des Völkerrechts hingegen, z.B. Artikel 22 Pakt II und Artikel 11 EMRK, haben – jedenfalls bisher – keinen massgeblichen Einfluss auf die konkrete Auslegung des Schweizer Rechts gehabt. (Je nach Entwicklung der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs könnte sich dies allerdings noch ändern, denn dort ist ein Fall hängig, der sich auf die Situation in der Schweiz auswirken könnte; siehe unten.)

4. Im Übereinkommen Nr. 87 über die Vereinigungsfreiheit und den Schutz des Vereinigungsrechtes wird die Garantie für die kollektive Organisation der Arbeitnehmenden geboten, indem die Vertragsstaaten verpflichtet werden, das Vereinigungsrecht zu schützen und alle erforderlichen und angemessenen Massnahmen zu treffen, damit die Arbeitnehmenden und Arbeitgebenden dieses Recht frei wahrnehmen können, sei dies über das Recht auf die Bildung von Organisationen und das Recht auf den Beitritt zu solchen Organisationen (Art. 2), sei dies über das Recht, deren Funktionsweise frei zu bestimmen, ihre Vertreterinnen und Vertreter frei zu wählen oder ihre Geschäftsführung und Tätigkeit frei zu regeln und ihr Programm aufzustellen (Art. 3 Abs. 1). Im Übereinkommen Nr. 98 wird die Vereinigungsfreiheit vor den Handlungen der Arbeitgeberin und des Arbeitgebers geschützt. Die beiden Übereinkommen, die zwar verschiedentlich Gegenstand der Rechtsprechung des Ausschusses für Vereinigungsfreiheit bildeten, werden jedoch in der Regel nicht als direkt anwendbar betrachtet und müssen vom Gesetzgeber im Landesrecht umgesetzt werden. Die Vereinigungsfreiheit im Sinne des Rechts, Gewerkschaften zu bilden oder einer Gewerkschaft eigener Wahl beizutreten, wird auch durch Artikel 8 Absatz 1 Pakt I, Artikel 22 Absatz 1 Pakt II und Artikel 11 EMRK geschützt. Diese Bestimmungen sind direkt anwendbar, definieren aber den genauen Inhalt, den Umfang und die Grenzen dieses Rechts nicht im Detail.
5. Artikel 4 des Übereinkommens Nr. 98 gewährleistet und fördert Kollektivverhandlungen unter Berücksichtigung der Eigenständigkeit der Parteien. Das Recht auf Kollektivverhandlungen ist durch die Praxis des Ausschusses für Vereinigungsfreiheit (Schlussfolgerungen und Empfehlungen) konkretisiert worden. Da das Übereinkommen nicht als direkt anwendbar betrachtet wird und die Empfehlungen des Ausschusses nicht verbindlich sind, muss auch dieses Recht in das Landesrecht übernommen und dort umgesetzt werden. Artikel 11 EMRK bezieht sich nicht ausdrücklich auf das Recht auf Kollektivverhandlungen, schützt es aber über die Rechtsprechung des Gerichtshofs, der

darin eines der Mittel der Gewerkschaften zum Schutz der Interessen ihrer Mitglieder sieht.

6. Weder im Übereinkommen Nr. 87 noch im Übereinkommen Nr. 98 wird das Streikrecht explizit erwähnt. Der Ausschuss für Vereinigungsfreiheit ist jedoch seit geraumer Zeit der Ansicht, dass das Streikrecht aus dem Übereinkommen Nr. 87 abgeleitet werden kann. Wie in der Lehre unterstrichen wird, hat er dieses Recht «als wesentliche[n] Aspekt der Betätigungsfreiheit der Koalitionen und damit als legitimes Instrument zur Wahrung der wirtschaftlichen und sozialen Interessen der Arbeitnehmenden» anerkannt und ist der Meinung, dass das Übereinkommen Nr. 87 «[i]m Sinne einer Mindestgarantie verlangt [...], dass das Streikrecht als kollektives Recht der Gewerkschaften garantiert wird». Das Übereinkommen Nr. 87 bietet vor allem aufgrund der sehr weiten Formulierung von Artikel 10, der die Förderung und den Schutz der Interessen der Arbeitnehmenden bezweckt, eine sehr weitgehende Garantie des Streikrechts. Die Praxis des Ausschusses lässt es jedoch zu, dass das Streikrecht im nationalen Recht bestimmten Bedingungen wie der Pflicht zu vorgängigen Verhandlungen oder Schlichtungsverfahren unterworfen wird. Obwohl die EMRK das Streikrecht nicht ausdrücklich garantiert, hat der Europäische Gerichtshof es in seiner Rechtsprechung indirekt und unter bestimmten Umständen anerkannt und hat es im Übrigen kürzlich bestätigt. Ausserdem ist gemäss der Rechtsprechung des Ausschusses für Vereinigungsfreiheit unter gewissen Einschränkungen der Rückgriff auf Massnahmen des Arbeitskampfs garantiert. Ausgeschlossen sind zum Beispiel gewalttätige Aktionen oder Einschränkungen des Rechts auf Arbeit durch Zwang. Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte seinerseits hat in seiner Rechtsprechung die Möglichkeit anderer kollektiver Massnahmen als des Streiks anerkannt.
7. Schliesslich ist der Schutz vor der gewerkschaftsfeindlichen Kündigung garantiert, jedoch durch Bestimmungen, die im Allgemeinen nicht als direkt anwendbar betrachtet werden oder deren Interpretation durch die dazu zuständigen internationalen Organe, wie die Praxis des Ausschusses für Vereinigungsfreiheit der IAO, nicht in jedem Fall verbindlich ist. Wie bereits erwähnt wurde die Rechtsprechung des Ausschusses in einem Rechtsgutachten des Bundesamtes für Justiz vom 8. März 2006 nicht als verbindlich angesehen. Wie ebenfalls erwähnt könnte sich die Lage je nach Entwicklung der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte im Zusammenhang mit Artikel 11 EMRK ändern. In dieser Rechtsprechung wird bei der Beurteilung nämlich nicht nur die EMRK berücksichtigt. Wie in der Lehre hervorgehoben werden tendenziell auch andere völkerrechtliche Normen – selbst solche, die von den Vertragsstaaten der EMRK nicht ratifiziert worden sind – sowie die Praxis der Organe zur Kontrolle dieser Normen einbezogen. Zwar scheint diese Auffassung durch die jüngsten Entscheide des Gerichtshofs – namentlich das Urteil vom 8. April 2014 in der Rechtssache *National Union of Rail, Maritime and Transport Workers v. The United Kingdom* – etwas relativiert zu werden. Denn darin wird den Staaten jedenfalls insoweit ein gewisser Ermessensspielraum zuerkannt, als die betreffenden Eingriffe oder Verletzungen nicht den Kern oder die wesentlichen Merkmale der Vereinigungsfreiheit betreffen. Diesbezüglich wird aber besonders aufmerksam zu verfolgen sein, welche Anforderungen der Gerichtshof in der bei ihm hängigen Rechtssache *Predescu gegen Rumänien* entwickeln wird und welche Folgen das Urteil für das Schweizer Recht haben könnte.

### **Verfassungsrechtliche Garantien**

8. Zu den in der Bundesverfassung verankerten Grundrechten gehören sowohl die Koalitionsfreiheit (Art. 28) mit den dadurch geschützten Rechten und Modalitäten, als

auch die Wirtschaftsfreiheit (Art. 27) in ihren verschiedenen Bestandteilen, namentlich der Vertragsfreiheit. Die Analyse von Inhalt, Umfang und Tragweite dieser beiden Grundfreiheiten zeigt, dass sie bisweilen gegensätzlich oder widersprüchlich sein können, insbesondere bezüglich der Fragen, denen in der vorliegenden Studie nachgegangen wird.

9. Auch wenn die Koalitionsfreiheit sowohl für die Arbeitnehmenden als auch für die Arbeitgeberinnen und Arbeitgeber sowie ihre jeweiligen Organisationen gewährleistet ist, dient sie in der Regel hauptsächlich der Verteidigung der Rechte und Interessen der Arbeitnehmenden (und ihrer Gewerkschaften), die in den (individuellen und kollektiven) Arbeitsbeziehungen als die schwächere Partei gelten. Die Rechte und Interessen der Arbeitgeberinnen und Arbeitgeber werden ausser durch die Koalitionsfreiheit vor allem durch die Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 BV) und bis zu einem gewissen Grad durch die Eigentumsgarantie (Art. 26 BV) geschützt. Aus verfassungsrechtlicher Sicht lässt sich sagen, dass die Konflikte oder Spannungen zwischen Arbeitnehmenden und Arbeitgebenden und ihren jeweiligen Organisationen sich im Konflikt oder Spannungsverhältnis zwischen der Koalitionsfreiheit der Arbeitnehmenden und der Gewerkschaften (Art. 28 BV) und der Wirtschaftsfreiheit der Arbeitgeberinnen und Arbeitgeber (Art. 27 BV) widerspiegelt.
10. Kollidieren potenziell gegensätzliche oder sich widersprechende Grundrechte, sind die üblichen von Doktrin und Rechtsprechung entwickelten Methoden zur Auflösung solcher Konflikte anzuwenden. So ist in den Worten des Bundesgerichts zunächst zu bestimmen, ob die Grundrechtskollision vom Verfassungs- oder Gesetzgeber nicht «durch eine normative Harmonisierung der gegensätzlichen Interessen oder durch eine gesetzliche Hierarchisierung der Werte in einem bestimmten Kontext» «vorgängig oder umfassend entschärft» worden ist. Im vorliegenden Fall gibt die Bundesverfassung keine Hierarchie unter den verschiedenen verbrieften Grundrechten vor. Es ist denn auch allgemein anerkannt, dass die Verfassungsnormen gleichwertig sind und unter ihnen kein Vorrang besteht. Es obliegt demnach dem Gesetzgeber (hier dem Bundesgesetzgeber), der Koalitionsfreiheit der Arbeitnehmenden und der Gewerkschaften einerseits und der Wirtschaftsfreiheit der Arbeitgeberinnen und Arbeitgeber andererseits Rechnung zu tragen und eine Interessenabwägung zwischen den beiden potenziell gegensätzlichen Grundrechten vorzunehmen.

Falls dies nicht geschehen ist, muss gemäss Bundesgericht in einem zweiten Schritt im Rahmen der Auslegung, die grundsätzlich durch ein Gericht erfolgt, «der Ausgleich zwischen den verschiedenen Verfassungsgrundsätzen und Grundrechten» gesucht werden, d. h. die Richterin oder der Richter muss die Interessenabwägung selbst vornehmen, wobei er sich «in der Regel an den Grundsätzen von Art. 36 BV» orientiert und diese «bei Bedarf den spezifischen Bedürfnissen anpasst, die sich aus der Kollision verschiedener Grundfreiheiten oder kollektiver Grundinteressen ergeben, und dabei gegenüber der Interessenabwägung der Vorinstanz eine gewisse Zurückhaltung walten lässt».

## 2. Frage 2

***Wie sind die kollektiven Arbeitsbeziehungen in der Schweiz ausgestaltet (Sozialpartnerschaft, Arten der kollektiven Aktionen und Verhandlungen)? Welche Mechanismen sind in der Schweizer Gesetzgebung und in den GAV vorgesehen und welche Bereiche decken sie ab? Bestehen in der Praxis Mechanismen von wesentlicher Bedeutung auf nationaler oder regionaler Ebene, die keine gesetzliche oder vertragliche Basis haben? Wie sind die Arbeitnehmenden gestützt auf das Gesetz, die GAV oder gegebenenfalls die Praxis vertreten***

***(Vertretung in Personalkommissionen und anderen Instanzen mit einer Arbeitnehmervertretung, Vertretung durch eine Gewerkschaft)? Welche Funktion erfüllen die verschiedenen Arten der Vertretung des Personals in den kollektiven Arbeitsbeziehungen, welche Stellung nehmen sie ein und in welchem Verhältnis stehen sie zueinander? Das Streikrecht und die übrigen Mittel des Arbeitskampfes können insoweit behandelt werden, als sie zum besseren Verständnis der Rolle und der Stellung der Arbeitnehmervertretungen sowie der kollektiven Mechanismen für den Dialog, die Mitwirkung und Kollektivverhandlungen in der Schweiz beitragen.***

11. Der Begriff der Sozialpartnerschaft steht generell für den Austausch zwischen Arbeitgebenden und Arbeitnehmenden über die Arbeitsbedingungen. Die Sozialpartnerschaft lässt den Sozialpartnern eine gewisse Freiheit bei der Gestaltung ihrer kollektiven und individuellen Arbeitsbeziehungen und ermöglicht so die Selbstregulierung der Arbeitsbedingungen durch die betroffenen Wirtschaftsakteure. Dadurch kann eine starre staatliche Regelung vermieden und das aus individueller Sicht bestehende wirtschaftliche Ungleichgewicht in der Beziehung zwischen Arbeitgebenden und Arbeitnehmenden beschränkt werden. Die Vertragsfreiheit ist gewährleistet, wird aber zumindest für die Arbeitnehmenden auf eine kollektive Stufe gehoben.

In der Schweizer Gesetzgebung sind verschiedene Mechanismen zur Organisation der Sozialpartnerschaft vorgesehen. Die Arbeitnehmenden können ihre Interessen vor allem über zwei Kanäle kollektiv geltend machen: die Gewerkschaft und die Mitwirkung.

Die Gewerkschaften können die Arbeitnehmenden auf verschiedene Weise vertreten, hauptsächlich in Kollektivverhandlungen und indem sie bei der Überwachung der Einhaltung der Vorschriften zum Schutz der Arbeitnehmenden einbezogen werden.

12. In den Kollektivverhandlungen werden im Wesentlichen Gesamtarbeitsverträge abgeschlossen, die auf Seite der Arbeitnehmenden ausschliesslich von gewerkschaftlichen Organisationen abgeschlossen werden können.

Erfüllt eine Gewerkschaft die Kriterien der Repräsentativität und der Loyalität, so kann sie einen gewissen Anspruch auf Verhandlungen geltend machen. Will die Arbeitgeberin oder der Arbeitgeber nicht verhandeln oder lehnt er die Forderungen der Gewerkschaft ab, kann die Gewerkschaft eine Vermittlung oder – wenn dies im GAV vorgesehen ist – eine Schlichtung verlangen. Scheitert ein solches Verfahren, dann kann sie die Mittel des kollektiven Arbeitskampfes ergreifen und insbesondere einen Streik ausrufen.

Das Gesetz schreibt nicht vor, wie die Verhandlungen zu führen sind. Jede Sozialpartnerschaft kann also ihre eigene Praxis entwickeln. Der Inhalt eines GAV hingegen wird durch das Gesetz beschränkt. Der Verhandlungsspielraum für die Sozialpartner ist allerdings recht gross, denn das Gesetz verbietet nur Bestimmungen, die gegen das geltende Recht verstossen. Der GAV muss insbesondere die negative Koalitionsfreiheit der Arbeitgebenden und Arbeitnehmenden beachten, die den unterzeichnenden Verbänden nicht angeschlossen sind (Art. 356a OR). Darüber hinaus dürfen die Bestimmungen des GAV nicht gegen zwingendes Recht verstossen (Art. 358 OR).

Der GAV kann bestimmte Aspekte der Sozialpartnerschaft wie die Mitwirkung der Arbeitnehmenden, den Zugang der Gewerkschaften zum Unternehmen oder die Beteiligung der Arbeitnehmenden an Aktivitäten der Gewerkschaft regeln. Einige GAV umfassen Bestimmungen zum Kündigungsschutz, insbesondere zum Schutz der gewählten Arbeitnehmervertreterinnen und Arbeitnehmervertreter oder der Gewerkschaftsmitglieder.

13. Das Gesetz sieht auch ein Klage- oder Beschwerderecht für die Gewerkschaften in Gerichts- oder Verwaltungsverfahren vor, in denen es notwendig ist, die kollektiven Rechte der Arbeitnehmenden geltend zu machen.
14. Ziel der Mitwirkung der Arbeitnehmenden ist der Einbezug der Arbeitnehmenden in bestimmte Entscheide des Unternehmens mit direkten Auswirkungen auf sie. Das Gesetz erfasst namentlich die Bereiche Gesundheitsschutz und Unfallverhütung, die Gestaltung der Stundenpläne, den Übergang und die Restrukturierung von Betrieben, Massenentlassungen und die berufliche Vorsorge. Grundsätzlich können die Arbeitnehmenden in Betrieben mit mehr als fünfzig Beschäftigten die Bestellung einer Vertretung zur Wahrung ihrer Interessen in den Mitwirkungsverfahren verlangen. Je nach Bereich ist die Mitwirkung mehr oder weniger ausgeprägt. Es bestehen drei Stufen der Mitwirkung: die Information, die Mitsprache und die Mitentscheidung. Information bedeutet, dass die Arbeitgeberin oder der Arbeitgeber die Arbeitnehmenden über seine Entscheide auf dem Laufenden hält. Mitsprache bedeutet, dass die Arbeitgeberin oder der Arbeitgeber vor seinem Entscheid die Meinung der Arbeitnehmenden einholt und allenfalls begründen muss, wieso er ihre Vorschläge nicht berücksichtigt hat. Verfügen die Arbeitnehmenden über ein Mitentscheidungsrecht, so werden sie in die Beschlussfassung einbezogen, entweder über ein Vetorecht oder über die Möglichkeit, bei Meinungsverschiedenheiten eine neutrale Stelle, namentlich eine Schlichtungsstelle, entscheiden zu lassen.

### 3. Frage 3

***Wie wirken sich die völker- und verfassungsrechtlichen Garantien und die institutionellen Mechanismen zur Regelung der kollektiven Arbeitsbeziehungen auf das Recht über den Einzelarbeitsvertrag sowie auf das allgemeine System des Vertragsrechts aus? Welche Rolle spielt die Wirtschaftsfreiheit in dieser Hinsicht? Welche Konflikte oder Widersprüche bestehen und wie werden sie gelöst?***

#### **Völkerrechtliche Garantien**

15. Die Auswirkungen der Praxis des Ausschusses für Vereinigungsfreiheit und seiner Empfehlungen auf die schweizerische Rechtsordnung sind insoweit relativ, als die Bundesbehörden – der Bundesrat – und die Lehre, soweit sie sich dazu äussert, die Praxis und die Empfehlungen nur als «einfache» Empfehlungen an die nationalen Behörden ohne rechtsverbindliche Wirkung betrachten. Darüber hinaus sind die Bundesbehörden – sowohl der Bundesrat als auch das Bundesgericht – trotz Kritik aus der Lehre nur mit Zurückhaltung bereit, die IAO-Übereinkommen allgemein oder auch nur hinsichtlich einzelner Bestimmungen als direkt anwendbar anzuerkennen. Für Privatpersonen ist es deshalb gegenwärtig praktisch nicht möglich, gestützt auf diese Übereinkommen die Schweizer Gerichte anzurufen und sich auf die Praxis des Ausschusses für Vereinigungsfreiheit zu berufen.
16. Die Schweiz hat die UNO-Pakte I und II ratifiziert, die fakultativen Protokolle zu den beiden Pakten jedoch nicht. In diesen Protokollen sind die Kontrollmechanismen verankert, die es Privatpersonen ermöglichen, Individualbeschwerden wegen der Verletzung eines durch die Pakte verbrieften Rechts einzureichen. So untersteht die Schweiz in Bezug auf den Pakt I nur der Kontrolle durch den Ausschuss für wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte und in Bezug auf den Pakt II durch den Menschenrechtsausschuss. Die Kontrolle erfolgt durch periodische Berichte der Staaten und die Empfehlungen der Ausschüsse. Der Ausschuss für wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte hat sich im November 2010 zum periodischen Bericht der Schweiz des

Jahres 2008 geäussert. Er hat besorgt zur Kenntnis genommen, dass die wegen gewerkschaftlicher Tätigkeiten entlassenen Gewerkschafterinnen und Gewerkschafter durch das Schweizer Recht nicht ausreichend geschützt sind. Das Kontrollverfahren nach den Pakten I und II hat jedoch weder den Charakter eines Streitverfahrens, noch ist es rechtlich verbindlich. Die Beachtung des Verfahrens hängt allein von der feierlichen Verpflichtung der Staaten ab, die betreffenden Verträge einzuhalten. Zudem sind die Bundesbehörden (Bundesrat und Bundesgericht) wie im Fall der IAO-Übereinkommen – trotz derselben Kritik aus der Lehre und im Gegensatz zur Praxis des Ausschusses – nur mit Zurückhaltung bereit, die Bestimmungen des Paktes I als direkt anwendbar zu betrachten. Davon ausgenommen werden kann mit Blick auf die Haltung des Bundesgerichts und der Lehre vielleicht Artikel 8 Absatz 1. Das Bundesgericht anerkennt hingegen umfassend und allgemein, dass die Bestimmungen des Paktes II und die dadurch geschützten Rechte direkt anwendbar sind. Diese Meinung wird von der Lehre geteilt, weshalb bereits an dieser Stelle festgehalten werden kann, dass die in Artikel 22 Pakt II verankerte, breiter gefasste Vereinigungsfreiheit im Sinne von Artikel 23 BV, die auch die Koalitionsfreiheit umfasst, direkt anwendbar ist und vor den Schweizer Gerichten eingeklagt werden kann.

17. Die EMRK ist für diese Studie sicher sehr wichtig, denn deren Bestimmungen sind in der Schweiz direkt anwendbar. Im Gegensatz zu den anderen untersuchten internationalen Rechtsinstrumenten sind die Rechte, die sie garantiert, zudem doppelt geschützt: auf nationaler Ebene durch die Schweizer Gerichte, auf internationaler Ebene durch die Möglichkeit der Individualbeschwerde beim Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte, einer internationalen gerichtlichen Instanz, deren Rechtsprechung verbindlich ist. Unter Berücksichtigung der dynamisch-evolutiven Rechtsprechung des Gerichtshofs, namentlich in Bezug auf Artikel 11 EMRK, der die Koalitionsfreiheit als Bestandteil der allgemeineren Vereinigungsfreiheit<sup>1</sup> garantiert, erscheint es so, dass über die EMRK die verschiedenen Quellen des Völkerrechts «integriert» werden können. Denn der Gerichtshof beschränkt sich nicht darauf, ausschliesslich die Artikel der Konvention auszulegen, sondern bezieht sich auch auf Bestimmungen der anderen internationalen Übereinkünfte, welche die am Rechtsstreit beteiligten Staaten ratifiziert haben, und zwar nicht nur auf die von allen Vertragsstaaten der Konvention ratifizierten Abkommen. Über den indirekten Einfluss der Urteile des Europäischen Gerichtshofs wäre es demnach möglich, dass die betreffende Rechtsprechung auf alle Vertragsstaaten der Konvention angewandt wird – unter Einbezug der Quellen des Völkerrechts, die sie selbst nicht unterzeichnet haben. Gemäss Lehre erhalten die sozialen Rechte auf diese Weise praktisch Verfassungsrang, wodurch die Vertragsstaaten der Konvention auf demselben Anforderungsniveau gehalten werden. Die Schweiz könnte folglich wegen Verletzung der EMRK verurteilt werden auf Grundlage einer evolutiven Rechtsprechung, die sich auf Übereinkommen, Protokolle oder Empfehlungen stützt, welche der nationale Gesetzgeber und/oder die nationalen Gerichte nicht in das Landesrecht übernommen haben, weil das Parlament die Instrumente nicht ratifiziert oder weil die Rechtsprechung sie nicht als direkt anwendbar anerkannt hat. Wie bereits oben erwähnt gibt die jüngste Rechtsprechung des Gerichtshofs – namentlich das Urteil vom 8. April 2014 in der Rechtssache *National Union of Rail, Maritime and Transport Workers v. The United Kingdom* – Anlass dazu, diese Ansicht zu relativieren. Denn darin wird den Staaten jedenfalls insoweit ein gewisser Ermessensspielraum zuerkannt, als die betreffenden Eingriffe oder Verletzungen nicht den Kern oder die wesentlichen Merkmale der Vereinigungsfreiheit betreffen. Diesbezüglich wird aber besonders aufmerksam zu verfolgen sein, welche Anforderungen der Gerichtshof in der hängigen

---

<sup>1</sup> Im Sinne der Vereinigungsfreiheit nach Art. 23 BV.



Rechtssache *Predescu gegen Rumänien*, die Folgen für das Schweizer Recht haben könnte, entwickeln wird.

### **Verfassungsrechtliche Garantien**

18. Es obliegt dem Gesetzgeber (im vorliegenden Fall dem Bundesgesetzgeber), der Koalitionsfreiheit der Arbeitnehmenden und der Gewerkschaften einerseits und der Wirtschaftsfreiheit der Arbeitgeberinnen und Arbeitgeber andererseits Rechnung zu tragen und eine Interessenabwägung zwischen den beiden potenziell gegensätzlichen Grundrechten vorzunehmen. Die Verfassung beauftragt den Bundesgesetzgeber namentlich in den Artikeln 35, 110 und 122, die Grundrechte zu verwirklichen und über die ordentliche Gesetzgebung das Spannungsverhältnis zwischen den Grundrechten in den Beziehungen unter Privaten aufzulösen. Bei der Verwirklichung und der Interessenabwägung müssen selbstverständlich die betreffenden Grundrechte (Art. 27 und 28 BV) berücksichtigt werden, aber auch die internationalen Verpflichtungen der Schweiz aufgrund der Ratifikation der untersuchten völkerrechtlichen Instrumente, namentlich der Übereinkommen Nr. 87 und 98 der IAO, der UNO-Pakte I und II und der EMRK – internationale Abkommen, die unabhängig davon, ob sie direkt anwendbar sind oder nicht, für den Gesetzgeber, die Gerichte und die rechtsanwendenden Behörden massgebend sind (Art. 190 BV).
19. Aus der indirekten Drittwirkung der im vorliegenden Fall betroffenen Grundrechte (Koalitionsfreiheit und Wirtschaftsfreiheit) resultiert somit, dass es in erster Linie und hauptsächlich Sache des Gesetzgebers ist, Grundrechtskollisionen in den Beziehungen zwischen Privaten, hier zwischen Arbeitnehmenden und Arbeitgebenden, sowie zwischen ihren jeweiligen Organisationen aufzulösen. Das konkrete Ergebnis der Interessenabwägung zwischen Koalitionsfreiheit und Wirtschaftsfreiheit über die ordentliche Gesetzgebung ist heute vor allem in den einschlägigen Bestimmungen des Obligationenrechts vorzufinden. Genau diese Auflösung des Konflikts zwischen zwei Grundrechten hat einen spezifischen Einfluss auf die Bedeutung des Einzelarbeitsvertragsrechts und bietet eine Erklärung für die besondere Stellung dieses Rechtsgebiets im allgemeinen System des Vertragsrechts. Mit anderen Worten liesse sich sagen, dass der Schutz der organisierten Arbeitnehmenden und der gewählten Arbeitnehmervvertreterinnen und Arbeitnehmervvertreter durch das Obligationenrecht (Art. 336 Abs. 2 Bst. a und b OR) an sich bereits einen Kompromiss darstellt, den der Bundesgesetzgeber auf Grundlage der indirekten Drittwirkung der Koalitionsfreiheit und der Wirtschaftsfreiheit im Gesetz verankert hat.

#### **4. Frage 4**

***Wie trägt der im Schweizer Recht und in den GAV vorgesehene Schutz der Arbeitnehmervvertreterinnen und Arbeitnehmervvertreter dazu bei, die Diskrepanzen zwischen dem Recht über den Einzelarbeitsvertrag, den kollektiven Arbeitsbeziehungen sowie den völker- und verfassungsrechtlichen Garantien zu überwinden?***

***Berücksichtigt werden kann nebst dem Kündigungsschutz auch der Schutz vor Benachteiligungen oder negativen Massnahmen aufgrund der Ausübung der Funktion der Arbeitnehmervvertreterin und des Arbeitnehmervvertreters. Die Klage des SGB bezieht sich zwar auf die Sanktion bei gewerkschaftsfeindlichen Kündigungen. Doch auch wenn dies der Anlass für die Studie ist, sind die Voraussetzungen, unter denen die Entlassung einer Arbeitnehmervvertreterin oder***

**eines Arbeitnehmersvertreters missbräuchlich ist, zu behandeln. In Bezug auf den Kündigungsschutz sind die Nichtigkeit bzw. Anfechtbarkeit der Kündigung und deren etwaigen Auswirkungen zu beleuchten, insbesondere die Möglichkeit, den Arbeitnehmenden wieder an der bisherigen oder einer anderen Stelle einzustellen. Dabei ist der Fokus auf die praktische Tragweite und die Wirksamkeit eines solchen Schutzes zu richten. In diesem Zusammenhang ist namentlich die Anwendung von Artikel 10 GIG zu prüfen: aktueller Stand (insbesondere Häufigkeit der Berufung auf die Bestimmung, Anordnung und Umsetzung der Wiedereinstellung), Umsetzungsschwierigkeiten, erwiesene oder mögliche Gründe für solche Schwierigkeiten.**

20. Das private Arbeitsrecht der Schweiz kann im internationalen Vergleich als liberal bezeichnet werden. Es basiert namentlich auf der Vertragsfreiheit und besonders auf der Freiheit, den Arbeitsvertrag zu kündigen. Die Kündigungsfreiheit hat im Schweizer Recht Vorrang. Damit eine Kündigung gültig ist, bedarf es dafür somit grundsätzlich keines besonderen Grundes. Das Recht beider Vertragspartner, den Vertrag einseitig zu kündigen, wird jedoch durch die Bestimmungen über die missbräuchliche Kündigung (Art. 336 ff. OR) eingeschränkt.
21. Für die Arbeitnehmersvertreterinnen und Arbeitnehmersvertreter (im weiteren Sinn) gelten im Privatrecht allgemein dieselben Gesetzesvorschriften und derselbe Schutz wie für alle Arbeitnehmenden. In zwei Fällen jedoch hat der Gesetzgeber die Arbeitnehmersvertreterinnen und Arbeitnehmersvertreter gesondert behandelt: Durch Artikel 12 des Mitwirkungsgesetzes und Artikel 336 OR erfahren sie einen gewissen Schutz vor Kündigungen, die als missbräuchlich beurteilt werden. Die Kündigungsfreiheit hat jedoch auch hier Vorrang, denn eine missbräuchliche Kündigung wird im Schweizer Recht als gültig betrachtet und führt zu keiner Verurteilung der Arbeitgeberin oder des Arbeitgebers zur Bezahlung einer Geldstrafe.
22. Artikel 12 des Mitwirkungsgesetzes soll die Arbeitnehmersvertreterinnen und Arbeitnehmersvertreter während des Mandats und nach dessen Beendigung vor einer Benachteiligung aufgrund ihrer Tätigkeit schützen. Der Schutz gilt auch für alle, die sich zur Wahl in eine Arbeitnehmersvertretung stellen. In der Praxis wird allerdings nur die missbräuchliche Kündigung gemäss den Modalitäten nach Artikel 336a OR sanktioniert.
23. Nach Artikel 336 Absatz 2 OR sind die Arbeitnehmersvertreterinnen und Arbeitnehmersvertreter im weiteren Sinn in zwei Fällen geschützt: wenn die Kündigung ausgesprochen wird, weil die oder der Arbeitnehmende einem Arbeitnehmersverband angehört oder nicht angehört oder weil sie oder er eine gewerkschaftliche Tätigkeit rechtmässig ausübt (Bst. a) oder wenn sie ausgesprochen wird, während sie oder er gewählte Arbeitnehmersvertreterin oder gewählter Arbeitnehmersvertreter ist (Bst. b). In letzterem Fall ist der Schutz weiter gefasst, da grundsätzlich ein Missbrauch vermutet wird. So muss die Arbeitgeberin oder der Arbeitgeber beweisen, dass er einen begründeten Anlass zur Kündigung hatte. Der Schutz in diesen beiden Fällen ist jedoch beschränkt. Die gewerkschaftliche Tätigkeit ist nur dann geschützt, wenn sie rechtmässig ist. Das kann durchaus Fragen zur Rechtssicherheit aufwerfen, denn die Grenzen einer rechtmässigen Tätigkeit sind noch nur unzureichend definiert. Darüber hinaus kann die Arbeitgeberin oder der Arbeitgeber die Missbrauchsvermutung, die den gewählten Arbeitnehmersvertreterinnen und Arbeitnehmersvertretern zum Vorteil gereicht, leicht entkräften, denn nach der Rechtsprechung kann er sich auf rein wirtschaftliche Gründe berufen. Die Strafe bei einer missbräuchlichen Kündigung beschränkt sich schliesslich darauf, dass die Arbeitgeberin oder der Arbeitgeber eine Entschädigung von höchstens sechs Monatslöhnen der/des entlassenen Arbeitnehmenden entrichten muss.

Darüber hinaus können sich die Arbeitnehmervertreterinnen und Arbeitnehmervertreter zwar auf spezifische Bestimmungen berufen (Art. 336 Abs. 2 Bst. a und b OR), das Verfahren (Art. 336b OR) und die Sanktionen (Art. 336a OR) sind aber genau dieselben wie in allen anderen Fällen, in denen die Arbeitnehmenden eine missbräuchliche Kündigung geltend machen können.

24. In der Praxis enthalten die GAV oft Bestimmungen zum Kündigungsschutz, die entweder für alle Arbeitnehmenden in ihrem Geltungsbereich oder ausschliesslich für die Arbeitnehmervertreterinnen und Arbeitnehmervertreter oder die Gewerkschaftsvertretungen von der gesetzlichen Regelung abweichen. Angesichts des absolut zwingenden Charakters (vgl. Art. 361 OR) bestimmter Vorschriften zum Schutz vor missbräuchlicher Kündigung (Art. 336 Abs. 1 und 336a OR) erscheint es jedoch fraglich, ob solche vertraglichen Lösungen rechtlich haltbar und zulässig sind.
25. Aus theoretischer Sicht würde die Möglichkeit, bei einer missbräuchlichen Kündigung die Nichtigkeit festzustellen und die Arbeitgeberin oder den Arbeitgeber zur Wiedereinstellung der/des Arbeitnehmenden zu verurteilen, offensichtlich einen klar besseren Schutz der Arbeitnehmervertreterinnen und Arbeitnehmervertreter darstellen. Unseres Erachtens ist die Wiedereinstellung allerdings ein Mechanismus, der nur schwer mit den Grundsätzen des privaten Arbeitsrechts der Schweiz vereinbar ist oder wäre. Im Übrigen hat Artikel 10 GIG praktisch nie zu einer tatsächlichen Wiedereinstellung geführt, obwohl er bereits seit 1. Juli 1996 in Kraft ist. Dem Gesetzgeber steht es aber frei, einen solchen Schutz für die gewählten Arbeitnehmervertreterinnen und Arbeitnehmervertreter einzuführen.

## 5. Frage 5

***Wie ist der Schutz der Arbeitnehmervertreterinnen und Arbeitnehmervertreter auf Grundlage der Ergebnisse unter Ziffer 4 zu beurteilen? Wo wurden ausgewogene Lösungen gefunden und welche Merkmale weisen diese auf? Gemäss dem Ziel der Studie und wie in der Hauptfrage erwähnt ist eine kritische Beurteilung der geltenden Regelungen im Schweizer Recht erwünscht, damit eine Diskussionsgrundlage für eine Lösung vorgelegt werden kann, die bei den Sozialpartnern auf Akzeptanz stösst. Auf die Feststellung von Lücken, die Beurteilung eines eventuellen Gesetzgebungsbedarfs oder Vorschläge zu Gesetzesänderungen kann verzichtet werden.***

26. Aus dem oben Gesagten geht hervor, dass den Arbeitnehmenden und insbesondere den Arbeitnehmervertreterinnen und Arbeitnehmervertretern im Schweizer Recht nur ein minimaler Schutz vor der (missbräuchlichen) Kündigung gewährt wird. Vergleicht man das Schweizer Recht mit jenem verschiedener europäischer Länder erscheint dies umso deutlicher. Die parallel vom SIR durchgeführte Studie über sieben Länder Europas (Deutschland, Frankreich, Italien, Österreich, Schweden, Slowakei und Vereinigtes Königreich) liefert wertvolle Hinweise zu diesem Thema (vgl. Rechtsgutachten des SIR vom 31. Oktober 2014).
27. Natürlich unterscheidet sich der Umfang des Schutzes der Arbeitnehmervertreterinnen und Arbeitnehmervertreter von einem Land zum andern. Hier geht es nicht darum, die Ausführungen des Rechtsgutachtens des SIR zu wiederholen. Vielmehr sollen einige der wichtigsten Grundsätze erwähnt werden, welche in den genannten Ländern zum Schutz der Arbeitnehmervertreterinnen und Arbeitnehmervertreter vor Kündigungen allgemein gelten. Zunächst muss die Kündigung in praktisch allen Ländern vorgängig zwingend von einer staatlichen oder nichtstaatlichen (Gericht, Arbeitsinspektorat, Arbeitnehmervertretung) Behörde genehmigt werden, damit sie in Kraft treten kann. In

den meisten Ländern muss sich die Kündigung auf einen spezifischen Grund stützen (z. B. schweres Verschulden), andernfalls ist sie nichtig. Denn in den meisten Ländern besteht die Sanktion bei einer missbräuchlichen Kündigung in der Nichtigkeit oder Anfechtbarkeit verbunden mit der Möglichkeit zur Wiedereinstellung. Die oder der Arbeitnehmende kann aber auf die Wiedereinstellung verzichten und sich je nach dem für eine oder mehrere Entschädigungen entscheiden, die sich je nach Land auf höchstens neun, zwölf oder achtzehn Monatslöhne belaufen. Einige Länder kennen darüber hinaus strafrechtliche Sanktionen gegenüber Arbeitgeberinnen und Arbeitgebern, die zwingende Bestimmungen des Arbeitsrechts missachtet haben.

28. In der Schweizer Rechtsordnung sind ähnliche Lösungen, wie sie in den obengenannten Staaten bestehen, in einigen Sektoren und Branchen über GAV konkretisiert worden (z. B. Pflicht zur vorgängigen Meldung der Kündigung). In der Schweizer Gesetzgebung besteht hingegen keine vergleichbare Regelung. Der Schweizer Gesetzgeber hat sich für ein liberales System entschieden, das für die Regulierung des Arbeitsmarkts auch Vorteile bringen kann und das hier nicht bewertet werden soll. Das Problem scheint eher zu sein, dass die Regelung im Schweizer Recht offenbar nicht den internationalen Verpflichtungen der Schweiz entspricht (namentlich IAO-Übereinkommen Nr. 98). Wie gesehen hat der Ausschuss für Vereinigungsfreiheit, ein Gremium der IAO, den Bundesrat in seinen Empfehlungen namentlich darum gebeten vorzusehen, dass Gewerkschaftsvertreterinnen und Gewerkschaftsvertreter, die Opfer einer gewerkschaftsfeindlichen Kündigung sind, entsprechend der Lösung im GIG wieder eingestellt werden können. Auch der Ausschuss für wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte hat der Schweiz empfohlen, seine Gesetzestexte dahingehend anzupassen, dass willkürlich entlassene Gewerkschafterinnen und Gewerkschafter wieder eingestellt werden können. Schliesslich besteht die Gefahr, dass die Schweiz mittelfristig durch den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte verurteilt wird. Denn dieser berücksichtigt in seiner dynamisch-evolutiven Rechtsprechung die verschiedenen Quellen des Völkerrechts, namentlich für die Auslegung von Artikel 11 EMRK, der die Koalitionsfreiheit als Bestandteil der allgemeineren Vereinigungsfreiheit<sup>2</sup> gewährleistet. Auch wenn die verschiedenen völkerrechtlichen Instrumente mit Ausnahme der EMRK nicht immer sehr wirksam oder verbindlich sind oder zumindest ihre gerichtliche Durchsetzbarkeit in der Schweizer Rechtsordnung umstritten ist, ist es wahrscheinlich, dass in den nächsten Jahren mehr oder weniger starker Druck auf die Schweiz ausgeübt wird, damit sie ihr Recht auf dem Gebiet des Schutzes der Arbeitnehmervertretung anpasst. In diesem Sinn soll die Studie hier mit einigen Lösungsansätzen für die Diskussion abgeschlossen werden.

### C. Lösungsansätze

29. Gemäss internationalen Gremien kommt die Schweiz ihren völkerrechtlichen Verpflichtungen in Bezug auf den Schutz der Gewerkschaftsdelegierten nicht nach. Sie fordern sie auf, in ihrer Rechtsordnung die Möglichkeit einzuführen, gewerkschaftsfeindliche Kündigungen anzufechten und die Wiedereinstellung der unrechtmässig entlassenen Arbeitnehmenden anzuordnen. Diese Option ist erwägenswert. Angesichts des fehlenden politischen Konsenses in diesem Punkt können jedoch andere Ansätze geprüft werden, wie das Schweizer Recht einen eventuell als gleichwertig angesehenen Schutz bieten könnte, der gleichzeitig den grundlegenden Prinzipien des privaten Arbeitsrechts der Schweiz und namentlich der

---

<sup>2</sup> Im Sinne der Vereinigungsfreiheit nach Art. 23 BV.

Kündigungsfreiheit entspräche. Im Folgenden werden kurz drei Ansätze umrissen, die grossteils den Vorschlägen des Bundesrates im Vorentwurf für die Teilrevision des Obligationenrechts (Sanktionen bei missbräuchlicher oder ungerechtfertigter Kündigung)<sup>3</sup> entsprechen, der am 1. Oktober 2010 in die Vernehmlassung geschickt wurde: die Harmonisierung des Schutzes, den Ausbau des Kündigungsschutzes und die Erweiterung der Kompetenzen der Sozialpartner. In Anbetracht des politischen Umfelds und des Charakters der Diskussionen der letzten Jahre in der Tripartiten Kommission für Angelegenheiten der IAO wird hier bewusst darauf verzichtet, innovativere Lösungen vorzuschlagen, wie sie in anderen Rechtsordnungen verankert worden sind (vgl. Studie des SIR).

## 1. Harmonisierung des Schutzes

Wie gesehen hat der Begriff «Arbeitnehmersvertreter» in der Praxis viele Bedeutungen. Im Obligationenrecht wird jedoch zwischen Gewerkschaftsvertreterinnen und Gewerkschaftsvertretern (Art. 336 Abs. 2 Bst. a OR) und gewählten Arbeitnehmervertreterinnen und Arbeitnehmervertretern (Art. 336 Abs. 2 Bst. b OR) unterschieden.

Sie sind aber nicht gleich gut geschützt: Nur die gewählten Arbeitnehmervertreterinnen und Arbeitnehmervertreter profitieren von der Umkehr der Beweislast. Da dafür kein triftiger Grund besteht, sollten die beiden Kategorien angeglichen werden und denselben Schutz erfahren. Die Umkehr der Beweislast könnte dementsprechend durch eine Änderung von Artikel 336 Absatz 2 Buchstabe a OR auf die Gewerkschaftsvertreterinnen und Gewerkschaftsvertreter ausgedehnt werden.

## 2. Ausbau des Kündigungsschutzes

In allen vom SIR untersuchten Staaten geht der Schutz vor einer Kündigung im Allgemeinen und vor einer Kündigung von Arbeitnehmervertreterinnen und Arbeitnehmervertretern im Besonderen deutlich weiter als im Schweizer Recht. Eine Kündigung muss sich auf spezifische oder qualifizierte Gründe stützen. Oft bestehen ein Verfahren vor der Kündigung sowie die Möglichkeit, die Kündigung anzufechten und den Arbeitnehmenden wieder einzustellen oder die Arbeitgeberin oder den Arbeitgeber zu einer Entschädigung in Höhe von meist zwölf oder mehr Monatslöhnen der/des Arbeitnehmenden zu verurteilen.

Gemäss Schweizer Recht muss die Arbeitgeberin oder der Arbeitgeber nach Artikel 336 Absatz 2 Buchstabe b OR beweisen, dass er einen begründeten Anlass zur Kündigung einer gewählten Arbeitnehmervertreterin oder eines gewählten Arbeitnehmervertreters hatte. Das Bundesgericht hat entschieden, dass die Arbeitgeberin oder der Arbeitgeber dafür auch wirtschaftliche Gründe anführen kann. Der Schutz durch das Gesetz wird so erheblich geschwächt. In einer seiner Vorlagen hatte der Bundesrat vorgeschlagen, dass zur Entlassung einer gewählten Arbeitnehmervertreterin oder eines gewählten Arbeitnehmervertreters ausschliesslich in der Person der/des Arbeitnehmenden liegende Gründe rechtsgültig geltend gemacht werden können. Eine solche Lösung könnte für alle Arbeitnehmervertreterinnen und Arbeitnehmervertreter im weiteren Sinn, d.h. die Gewerkschaftsvertreterinnen und Gewerkschaftsvertreter und die gewählten Arbeitnehmervertreterinnen und Arbeitnehmervertreter, vorgesehen werden. Sie würde

---

<sup>3</sup> Bundesrat, Teilrevision des Obligationenrechtes (Sanktionen bei missbräuchlicher oder ungerechtfertigter Kündigung) – Erläuternder Bericht und Vorentwurf, September 2010, abrufbar unter: <https://www.bj.admin.ch/bj/de/home/wirtschaft/gesetzgebung/whistleblowing.html> (zuletzt besucht am 15.12.2014).

den spezifischen gesetzlichen Schutz auf Grundlage der Vermutung, dass die Kündigung missbräuchlich ist, verbessern.

Eine am Schweizer Recht geäusserte Kritik besteht darin, dass eine Entschädigung von höchstens sechs Monatslöhnen bei missbräuchlicher Kündigung (vgl. Art. 336a OR) nicht abschreckend genug wirkt. In verschiedenen Vorlagen hat der Bundesrat vorgeschlagen, sie für Whistleblower oder für alle Arbeitnehmenden auf zwölf Monate anzuheben. Die abschreckende Wirkung der Entschädigung könnte durch einen solchen Höchstbetrag, der vom Gericht unter Berücksichtigung aller Umstände festgelegt wird, bestimmt erhöht werden. Dadurch würde auch der Kündigungsschutz verbessert. So könnte das Schweizer Recht als konform mit dem Völkerrecht betrachtet werden, an das die Schweiz gebunden ist, denn es würde in Form einer angemessenen Entschädigung eine glaubwürdige Alternative zur Wiedereinstellung der/des missbräuchlich entlassenen Arbeitnehmenden bieten. Diese Frage könnte unseres Erachtens erneut geprüft werden, sei es in Bezug auf die Regelung für alle Arbeitnehmenden oder ausschliesslich für die Arbeitnehmervertretung (Gewerkschaftsvertreterinnen und Gewerkschaftsvertreter und gewählte Vertreterinnen und Vertreter). Eine weitere denkbare Möglichkeit bestünde darin, eine Regelung oder auch lediglich punktuelle Lösungen für ganz bestimmte Kategorien von Unternehmen vorzusehen, z. B. für Unternehmen, die eine grössere Anzahl Arbeitnehmenden beschäftigen oder die einen bestimmten Jahresumsatz erreichen.

### **3. Erweiterung der Kompetenzen der Sozialpartner**

Die Sozialpartnerschaft und die kollektiven Rechte, insbesondere das Recht auf Kollektivverhandlungen, bilden die Fundamente des schweizerischen und des internationalen Arbeitsrechts. Durch das Verbot, durch Vertrag weder zugunsten der Arbeitgeberin oder des Arbeitgebers noch zugunsten der oder des Arbeitnehmenden von den absolut zwingenden Vorschriften abzuweichen (vgl. Art. 358 und 361 OR), wird das Verhandlungsrecht durch die Schweizer Gesetzgebung jedoch stark eingeschränkt. In der Praxis haben sich die Sozialpartner zwar gewisse Freiheiten genommen, doch in der Frage, über welchen Handlungsspielraum sie verfügen, wenn sie im Bereich absolut zwingender Vorschriften (vgl. Art. 361 OR) von der gesetzlichen Regelung abweichen wollen, besteht eine grosse Rechtsunsicherheit. Unseres Erachtens müsste diese Unsicherheit behoben und geprüft werden, wie die Sozialpartnerschaft gestärkt werden könnte. Eine Lösung in Bezug auf den Kündigungsschutz könnte darin bestehen, auf den absolut zwingenden Charakter der Artikel 336 Absatz 1 und 336a OR zu verzichten.

Neuenburg, 14. August 2015

Jean-Philippe Dunand

Pascal Mahon