

Beitritts- und Verhandlungsanspruch im Gesamtarbeitsvertragsrecht

Von Kurt Meier

I. Einleitung

Das schweizerische Arbeitsrecht ist gekennzeichnet durch einen seit Jahrzehnten stabilen Arbeitsfrieden. Die Voraussetzungen für diesen Arbeitsfrieden wurden durch ein dichtes Netz von Gesamtarbeitsverträgen geschaffen und die möglichst umfangreiche Anwendung dieser Gesamtarbeitsverträge auf die betroffenen Arbeitsverhältnisse. Entsprechend der föderalistischen Tradition und Struktur der Schweiz gibt es eine Vielzahl von unterschiedlichen Gesamtarbeitsverträgen auf kommunaler, regionaler, kantonaler, eidgenössischer aber auch betrieblicher Ebene. Während die Arbeitgeberseite relativ homogen organisiert ist, existiert auf Arbeitnehmerseite zudem eine Vielzahl von Verbänden, die nach regionalen, beruflichen oder politischen Kriterien organisiert sind.¹ Alle diese Arbeitnehmerverbände, handle es sich nun um eine grosse nationale Organisation oder einen kleinen Hausverband, beanspruchen für sich das Recht zum Abschluss von Gesamtarbeitsverträgen. Und dieses Recht wird ihnen in der Regel auch fraglos zugestanden. Die Frage der Tariffähigkeit, der Berechtigung zum GAV-Abschluss, wird demzufolge in der Schweiz höchstens als theoretisches Problem abgehandelt.² In der ar-

1 G. AUBERT: Le droit de négocier ou d'adhérer à une convention collective de travail, in: Mélanges Robert Patry, Lausanne 1988, S. 22 f.

2 K.A. HOFSTETTER: Tariffähigkeit und Tarifizständigkeit von Arbeitnehmerorganisationen, SSA Bd. 29, Bern 1986, S. 91 ff.

beitsrechtlichen Praxis spielt die Frage der Tariffähigkeit praktisch keine Rolle, es findet sich auch kein Gerichtsurteil dazu. Die Tariffähigkeit ist in der Schweiz arbeitsrechtlich nicht nur kein Thema, es wurde im Gegenteil dem Schutz kleiner und kleinster Gewerkschaften immer grosse Bedeutung zugemessen, was sich auch in der Anerkennung der mit solchen Verbänden abgeschlossenen Gesamtarbeitsverträgen ausdrückt.³ Dieser Schutz der gewerkschaftlichen Minderheiten findet auch in der Gesetzgebung seinen Ausdruck. So bestimmt Art. 356 Abs. 4 OR, dass mehrere GAV-Parteien zueinander immer im Verhältnis gleicher Rechte und Pflichten stehen müssen. Art. 356a Abs. 1 OR verbietet ausdrücklich den Organisationszwang. Art. 356b OR verbietet zudem den Vertragszwang gegenüber Mitgliedern von Minderheitsgewerkschaften.

Das Nebeneinander von grossen, kleinen und kleinsten Arbeitnehmerverbänden, verbunden mit der Vielzahl von Gesamtarbeitsverträgen, gehört zum Wesen des schweizerischen kollektiven Arbeitsrechts und garantierte den Arbeitsfrieden. Dieses System ersetzte bisher in einem gewissen Sinn die sonst in der Schweiz gesetzlich weitgehend fehlende Mitsprache und Mitbestimmung auf betrieblicher und überbetrieblicher Ebene.

Nahtlos in die dichte Regelung der Arbeitsverhältnisse durch Gesamtarbeitsverträge reiht sich auch die schweizerische Gesetzgebung zur Ausdehnung des Geltungsbereiches von Gesamtarbeitsverträgen durch das System der Solidaritätsbeiträge.⁴ Das System des mit Solidaritätsbeiträgen verbundenen Vertragszwanges fand

3 F. VISCHER: Zur Stellung der Mehrheits- und Minderheitsgewerkschaften im Gesamtarbeitsvertragsrecht, in: Festgabe zum Schweizerischen Juristentag, 1963, S. 287 ff.; W. HUG: Die Gesetzgebung über den Gesamtarbeitsvertrag und dessen Allgemeinverbindlichkeit, Bd. 1, Beiträge zum Arbeitsrecht, Bern 1978, S. 332.

4 P. KREIS: Der Anschluss eines Aussenseiters an den GAV, 2. A. Zürich 1974, S. 151.

aufgrund einer langjährigen Praxis und Rechtsprechung Eingang in das Gesetz. Art. 356b regelt heute den Anschluss einzelner Arbeitnehmer an den Gesamtarbeitsvertrag. Vertragszwang verbunden mit angemessenen Solidaritätsbeiträgen ist heute in der Schweiz weitverbreitet und aus dem System des kollektiven Arbeitsrechtes nicht mehr wegzudenken.

Die geschilderten Merkmale des schweizerischen kollektiven Arbeitsrechts – Gewerkschaftspluralismus, Vertragsdichte, Vertragszwang und Solidaritätsbeiträge – haben dazu geführt, dass in der Schweiz seit vielen Jahren das Beitrittsrecht einer Gewerkschaft zu einem bestehenden Gesamtarbeitsvertrag diskutiert, abgehandelt und entschieden gefordert wird (vgl. insbesondere die Aufsätze von F. Vischer). Es leuchtet ein, dass bei der gegebenen Gewerkschaftsvielfalt immer wieder Gewerkschaften von Verhandlungen und Gesamtarbeitsverträgen aus verschiedensten Gründen ausgeschlossen werden. Nachträglich besteht dann oft wieder das Bedürfnis, Mitglieder von ausgeschlossenen Gewerkschaften in den Vertrag einzubinden, was zu rechtlichen Problemen führt. Auf der anderen Seite haben unter solchen Umständen ausgeschlossene Gewerkschaften in der Regel ein grosses Interesse an einem Beitritt zum Gesamtarbeitsvertrag.

Zu einer positivrechtlichen Regelung haben diese Diskussionen und Auseinandersetzungen lediglich im Rahmen des Bundesgesetzes über die Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen vom 28.9.1956 geführt.⁵ Gemäss Art. 2 Ziff. 6 dieses Gesetzes kann die Allgemeinverbindlichkeit unter anderem nur angeordnet werden, wenn nicht beteiligten Arbeitgeber- und Arbeitnehmerverbänden der Beitritt zum Gesamtarbeitsvertrag zu gleichen Rechten und Pflichten offensteht. Die beitriftswilligen Verbände müssen allerdings ein berechtigtes Interesse nachweisen und ausreichende Gewähr für die Einhaltung des Vertrages bieten.

5 E. SCHWEINGRUBER/F.W. BIGLER: Kommentar zum Gesamtarbeitsvertrag, 3. A. Bern 1985, Art. 2 N 5.

Im Rahmen der kollektivarbeitsrechtlichen Bestimmungen des OR ist das Beitrittsrecht nicht ausdrücklich geregelt. Art. 356 Abs. 4 OR erwähnt den nachträglichen Beitritt eines Verbandes zu einem GAV nur im Zusammenhang mit dem Grundsatz, dass mehrere GAV-Parteien im Verhältnis gleicher Rechte und Pflichten stehen müssen. Ob und unter welchen Voraussetzungen ein Anspruch auf einen Beitritt besteht, regelt das Gesetz nicht ausdrücklich. Zur Beantwortung dieser Frage muss auf die allgemeinen Grundsätze des Vertragsrechts und des Persönlichkeitsrechts zurückgegriffen werden.⁶

Anzumerken ist, dass in der vorliegenden Abhandlung immer nur vom Beitritt einer Gewerkschaft zu einem Gesamtarbeitsvertrag gesprochen wird, weil dies das praktisch aktuelle Problem ist. Die rechtlichen Überlegungen sind dabei selbstverständlich aber auch bei einem beitriftswilligen Arbeitgeber-Verband analog anzuwenden. Dieser Fall wird sich in der Praxis aus einleuchtenden Gründen aber kaum je stellen.

II. Der Beitritt zum GAV

1. Grundsätzlicher Anspruch auf Beitritt

Insbesondere F. Vischer hat in verschiedenen Publikationen den Beitrittsanspruch immer wieder rechtlich hergeleitet und begründet.⁷

6 VISCHER (FN 3), S. 295; KREIS (FN 4), S. 107 ff.

7 VISCHER (FN 3); DERS.: Schweizerisches Privatrecht; Obligationenrecht - Besondere Vertragsverhältnisse, Bd. VII 1, Basel und Stuttgart 1977; DERS.: Zum Gesamtarbeitsvertrag in der schweizerischen Wirtschaftsordnung, in Festschrift für Arthur Meier-Hayoz, Bern 1982; DERS.: Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Gesamtarbeitsvertrag und Normalarbeitsvertrag, Bd. V/2c, Zürich 1983.

Das Bundesgericht ist der Auffassung von Vischer in einem richtungsweisenden Grundsatzentscheid (SMUV-Entscheid) gefolgt (BGE 113 II 36 ff.; deutsche Übersetzung in Praxis 77 (1988) Nr. 83). In diesem Entscheid hat das Bundesgericht das Recht des SMUV auf Beitritt zu einem Gesamtarbeitsvertrag (abgeschlossen zwischen zwei Tessiner Firmen und zwei lokalen Gewerkschaften) gegenüber den sich einem Beitritt widersetzenen Arbeitgeberfirmen festgestellt.

Bereits in BGE 74 II 158 und 75 II 305 hat das Bundesgericht in den Erwägungen festgehalten, dass die Vertragsfreiheit beim Gesamtarbeitsvertrag ihre Grenzen im Rahmen des Rechtsmissbrauchs, im Prinzip des guten Glaubens und der guten Sitten und im Persönlichkeitsschutz findet. In BGE 74 II 163 führte das Bundesgericht aus, es könne niemand verpflichtet werden, einen GAV abzuschliessen, und niemand habe Anspruch, an Verhandlungen teilzunehmen. Diese Freiheit sei allerdings beschränkt durch die spezifische Zielsetzung des Gesamtarbeitsvertrages. Arbeitgeber oder Arbeitgeberorganisationen, die sich ohne vertretbaren Anlass weigern würden, eine bestimmte Arbeitnehmerorganisation zu Verhandlungen über einen GAV beizuziehen, um dadurch offensichtlich zum eigenen Vorteil die Lage der Arbeitnehmer zu gefährden, handelten damit widerrechtlich und gegen die guten Sitten. Bekräftigt wird diese Auffassung in BGE 75 II 326, wo ausgeführt wird, unzulässig sei der Ausschluss einer bestimmten Arbeitnehmerorganisation ohne jeden vernünftigen Grund und in der offenbaren Absicht, die Stellung der Arbeitnehmerseite dadurch zu schwächen.

Während es sich bei diesen Ausführungen in den beiden Bundesgerichtsentscheiden um sogenannte «obiter dicta» handelt, konnte es sich in BGE 113 II 36 (SMUV-Entscheid) direkt zur Frage des Beitrittsrechts zum Gesamtarbeitsvertrag äussern. Dabei ist nicht zu verkennen, dass das Bundesgericht in Anlehnung an die sich in der Zwischenzeit entwickelte Boykottrechtsprechung zugunsten des Beitrittsrechts wesentlich über die Ausführungen in den früheren Urteilen hinausgeht. In BGE 86 II 374 hat das Bundesge-

richt unter Änderung der bisherigen Praxis den Boykott als grundsätzlich unzulässig erklärt. Nur wer mit dem Boykott offensichtlich überwiegende berechnete Interessen verfolgt, die er auf keine andere Weise wahren kann, verstösst nicht gegen das Recht. Der Boykottierende hat solche Interessen zu beweisen (BGE 86 II 378). Im SMUV-Entscheid nimmt das Bundesgericht bei der Frage des Beitrittsrechts direkt auf diese Boykottrechtsprechung Bezug. Das Fernhalten einer bestimmten Arbeitnehmerorganisation von einem Gesamtarbeitsvertrag ist dem wirtschaftlichen Boykott vergleichbar. Der Abschluss von Gesamtarbeitsverträgen ist ein Hauptzweck von Gewerkschaften und für deren Mitglieder von existentieller Bedeutung. Wird eine Gewerkschaft daran gehindert, wird sie unglaubwürdig, erscheint in den Augen ihrer Mitglieder nutzlos und kann dadurch schweren Schaden erleiden (Mitglieder- und Prestigeverlust).⁸ Auf diesem Hintergrund ist der SMUV-Entscheid zu verstehen. Den Beitrittsanspruch begründet das Bundesgericht darin zusammenfassend mit folgenden Argumenten:

- Die Willensfreiheit berechtigt die Parteien nicht, Zielsetzungen des Gesamtarbeitsvertrages zu untergraben.
- Die Berufung auf die Vertragsfreiheit ohne schützenswertes Interesse oder mit Interessen, die den Zielsetzungen des Gesetzes zuwiderlaufen, ist nicht zulässig.
- Die Persönlichkeit der Arbeitnehmer, ihr Recht auf freie Ausübung einer Erwerbstätigkeit und ihr Anspruch auf freie Auswahl einer gewerkschaftlichen Organisation sind zu schützen.
- Der Persönlichkeitsschutz der gewerkschaftlichen Einheiten als privatrechtliche Vereinigungen ist zu schützen, da sie in ihrer Existenz gefährdet sein könnten, falls sie ohne Grund von einem GAV ferngehalten werden können.

8 VISCHER (FN 3), S. 290 f.

Rechtlich stützt sich das Bundesgericht bei seiner Argumentation auf ZGB 2 (Handeln nach Treu und Glauben) und ZGB 28 (Schutz der Persönlichkeit). Nicht unterschätzt werden darf dabei auch, dass der Beitrittsanspruch in einem Zusammenhang mit dem Streikrecht steht. Ein Streik ist auch nach schweizerischer Rechtsauffassung an strenge Rechtmässigkeitsvoraussetzungen (Ultima-ratio-Prinzip) gebunden.⁹ Wenn auf der anderen Seite ein Beitritt zu einem Gesamtarbeitsvertrag ohne begründetes Interesse verhindert werden könnte, würde dies in unzulässigem Widerspruch zum «Ultima-ratio-Prinzip» des Streikrechts stehen.¹⁰

Zusammenfassend ist somit festzuhalten, dass in Anlehnung an die Boykottrechtsprechung und im Hinblick auf das «Ultima-ratio-Prinzip» beim Streikrecht das Fernhalten einer bestimmten Gewerkschaft von einem Gesamtarbeitsvertrag unzulässig ist. Es besteht grundsätzlich ein Beitrittsanspruch. Nur wenn die Gründe zum Fernhalten gewichtig sind und vor dem Beitrittsanspruch Vorrang haben, ist ein Beitritt zu verweigern. Dabei obliegt es dem Richter, die Interessenlage abzuwägen. Der Beweis, ob sich eine Fernhaltung rechtfertigt, obliegt den Unterzeichnern des GAV, welche eine bestimmte Gewerkschaft aus bestimmten Gründen fernhalten wollen.¹¹

9 M. REHBINDER: Schweizerisches Arbeitsrecht, 11. A. Bern 1993, S. 204 ff.

10 F. VISCHER: Streik und Aussperrung in der Schweiz, in WuR 33 (1981), S. 15; AUBERT (FN 1), S. 29 f.

11 AUBERT (FN 1), S. 30 und BGE 86 II 365.

2. *Rechtfertigungsgründe für den Ausschluss*

Wie wir festgestellt haben, besteht grundsätzlich ein Anspruch auf Beitritt zu einem bestehenden GAV. Wenn die vertragschliessenden Verbände (es kann dies auch nur die Arbeitgeber- oder Arbeitnehmerseite sein) eine bestimmte Gewerkschaft ausschliessen wollen, so haben sie dafür Rechtfertigungsgründe vorzubringen und zu beweisen. Die Rechtsprechung hinsichtlich dieser Rechtfertigungsgründe ist noch rar. Nachfolgend sollen deshalb allfällige Rechtfertigungsgründe für den Ausschluss näher untersucht werden.

a) *Mangelnde Repräsentativität*

Im SMUV-Entscheid verlangt das Bundesgericht von der anchlusswilligen Gewerkschaft eine gewisse Repräsentativität: «Es liegt auf der Hand, dass eine Minderheitsorganisation den Anschluss gegen den Willen der bereits vereinigten Parteien nur geltend machen kann, wenn sie selber dank genügender Mitgliederzahl ein repräsentatives Gewicht aufweist. Dabei sind keine allzu strengen zahlenmässigen Anforderungen zu stellen. Die um Aufnahme ersuchende Gewerkschaft muss indessen – wenn nicht im betroffenen Unternehmen, so doch auf kantonaler oder eidgenössischer Ebene – eine bedeutende Minderheit vertreten. Es verbleibt dem Richter, diese Voraussetzung im konkreten Einzelfall zu prüfen.»

An das Kriterium der Repräsentativität sind somit keine allzu strengen Anforderungen zu stellen. Im SMUV-Entscheid wird eine Repräsentativität von 7 % bereits als genügend bezeichnet. Von Bedeutung ist ausserdem, dass der Organisationsgrad in den betroffenen Unternehmungen nicht alleiniges Kriterium ist. Zu beachten ist auch der Organisationsgrad und die Repräsentativität auf kantonaler oder eidgenössischer Ebene allgemein. Eine Gewerkschaft, die kantonale oder eidgenössische Ebene mindestens eine bedeutende Minderheit vertritt, ist somit im Hinblick auf das Krite-

rium der Repräsentativität grundsätzlich immer zum Beitritt berechtigt, unabhängig von ihrer Präsenz in einzelnen Betrieben. Vorausgesetzt werden muss dabei selbstverständlich, dass die Statuten der beitriftswilligen Gewerkschaft die Vertretung der dem Gesamtarbeitsvertrag unterworfenen Arbeitnehmer einschliessen (sachliche Zuständigkeit).

b) *Unkorrekter Verhandlungs- und Vertragspartner*

Als weiteren Grund zur Beitrittsverweigerung nennt das Bundesgericht im SMUV-Entscheid, dass sich die Gewerkschaften «als unkorrekter oder zu Klagen Anlass gebender Verhandlungspartner gezeigt habe» (*interlocutore scorretto o querelante*). Von der beitriftswilligen Gewerkschaft wird somit eine gewisse Loyalität verlangt. Im SMUV-Entscheid hatte das Bundesgericht, da unbestritten, keinen Anlass, diese Loyalitätspflicht konkreter zu umschreiben. Aus der Formulierung im Urteil geht jedoch hervor, dass damit keinesfalls eine politische Disziplinierung einer Gewerkschaft ermöglicht werden soll. In Frage steht ausschliesslich das Verhalten einer Gewerkschaft als Verhandlungs- und Vertragspartner. Damit will gesagt sein, dass die gewerkschaftspolitische Ausrichtung niemals ein Grund für die Ablehnung eines Beitrittsbuches sein kann. Eine solche Ablehnung würde klar der Koalitionsfreiheit widersprechen und wäre zivilrechtlich nicht zu schützen. Zu überprüfen ist nur, ob sich die Gewerkschaft in Verhandlungen querulatorisch verhalten hat, oder ob sie bestehende Gesamtarbeitsverträge nicht einzuhalten gewillt ist und rechtswidrig verletzt. Ein Indiz dafür würde die gerichtliche Auferlegung von Konventionalstrafen infolge von Vertragsverletzungen, der Verletzung der Einwirkungspflicht und ähnliches darstellen, ebenso die Unterstützung von illegalen Streiks. Aus dem Gesagten ergibt sich, dass nur in Ausnahmefällen ein Beitritt wegen Illoyalität einer Gewerkschaft abgelehnt werden kann. Zumindest in der gegenwärtig sehr gemässigten gewerkschaftlichen

Landschaft der Schweiz findet sich wohl kein Arbeitnehmerverband, der das Kriterium der Loyalität nicht erfüllt.

c) *Fehlende Tariffähigkeit*

Selbstverständlich ist, dass einer tarifunfähigen Organisation der Beitritt verwehrt werden kann. Es wurde bereits ausgeführt, dass die schweizerische Rechtsprechung bezüglich Tariffähigkeit rar bzw. inexistent ist. Im Rahmen des Beitrittsanspruches werden die Gerichte allenfalls Gelegenheit haben, zur Tariffähigkeit eine Rechtsprechung zu entwickeln. Das Problem stellt sich vor allem, wenn ein Hausverband den Beitritt zu einem Gesamtarbeitsvertrag verlangt. Neben der Frage der Repräsentativität stellt sich hier auch vor allem die Frage, ob ein Hausverband überhaupt in genügendem Masse eigenständig und gegnerunabhängig ist, um als Organisation dem Gesamtarbeitsvertrag beizutreten.¹²

Bei Hausverbänden kann sich das Problem aber auch umgekehrt stellen, indem beitriftswilligen Gewerkschaften der Beitritt zu einem Hausvertrag verweigert wird. Eine solche Beitrittsverweigerung muss generell als unzulässig erachtet werden, weil die Motive für die Verweigerung für den Arbeitgeber in der Regel darin bestehen, starke betriebsunabhängige Gewerkschaften von seinem Betrieb fernzuhalten. Ein solches Vorgehen widerspricht dem Grundgedanken des kollektiven Arbeitsrechts.¹³

d) *Zersplitterung und Schwächung der Arbeitnehmerseite*

Insbesondere Stöckli steht dem Beitrittsanspruch ablehnend gegenüber, indem er eine Schwächung der mitgliederstarken Ge-

12 REHBINDER (FN 9), S. 170; HOFSTETTER (FN 2), S. 121.

13 BGE 75 II 326; VISCHER, Festschrift Meier-Hayoz (FN 7), S. 411 f.

werkschaften und eine Zersplitterung der Gesamtarbeitsverträge befürchtet.¹⁴ Das Bundesgericht hat im SMUV-Entscheid darin – besondere Fälle vorbehalten – keine Gefahr gesehen (vgl. Praxis 1988, S. 323). Stöckli kann darin beigespflichtet werden, dass eine erwiesene und einschneidende Schwächung der Arbeitnehmerseite durch den Beitritt einer oder mehrerer Gewerkschaften ein Rechtfertigungsgrund für die Verweigerung des Beitritts darstellen kann. Es liegt an den Verbänden, die den GAV abgeschlossen haben, eine solche Schwächung durch Zersplitterung nachzuweisen. Der Richter wird dann im Rahmen der Interessenabwägung Vor- und Nachteile des Beitritts für die Arbeitnehmer beurteilen müssen. Anzumerken ist allerdings, dass nur in Ausnahmefällen der zusätzliche Beitritt einer Gewerkschaft zu einer Schwächung der Arbeitnehmerseite führt. Mehrere Gewerkschaften stärken in der Regel den Einfluss der Arbeitnehmerseite. Zur theoretischen Untermauerung beruft sich Stöckli im übrigen zur Hauptsache auf einen Entscheid des Appellationshofes Bern (JAR 1986, 212). Dazu ist anzumerken, dass sich dieser Entscheid auf das Recht auf Verhandlungen bezieht. Diesbezüglich kann die Gewichtung betreffend Zersplitterung und Schwächung in bestimmten Fällen tatsächlich etwas anders liegen. Insoweit der Entscheid des Berner Appellationshofes jedoch auf die Beitrittsfrage Bezug nimmt, ist er durch den SMUV-Entscheid überholt.

Keineswegs übersehen werden darf bei dieser Diskussion jedoch, dass bei der Verweigerung des Beitritts häufig die Schwächung hinsichtlich des Zuflusses von Solidaritätsbeiträgen im Vordergrund steht und nicht die standespolitische Schwächung. Die Solidaritätsbeiträge können einen beträchtlichen Teil der finanziellen Mittel einer Gewerkschaft ausmachen.¹⁵ Je mehr Gewerkschaften einem GAV angeschlossen sind, um so kleiner wird der Anteil an

14 J.F. STÖCKLI: Gesamtarbeitsvertrag heute: Wunsch und Wirklichkeit, ArbR 1990, S. 99 f.

15 VISCHER, Kommentar (FN 7), OR 356b N 63.

Solidaritätsbeiträgen für die einzelnen Gewerkschaften. Es ist jedoch nicht einzusehen, weshalb nicht auch kleine Gewerkschaften in den Genuss von Solidaritätsbeiträgen gelangen sollten, wenn sie bereit sind, sich am GAV zu beteiligen. Eine Verweigerung des Beitritts aus diesen finanziellen Gründen kommt einem wirtschaftlichen Boykott gleich, verstösst gegen die Koalitionsfreiheit und ist damit unzulässig.

e) *Partieller Beitritt*

Eine Gewerkschaft, welche einem GAV beitreten will, muss diesen GAV in seiner Gesamtheit akzeptieren. Sie kann weder zusätzliche Bestimmungen für sich fordern, noch sich von einzelnen Bestimmungen ausnehmen. Auf solche Bedingungen und Forderungen müssen die vertragschliessenden Parteien nicht eintreten und können den Beitritt ablehnen. So hat auch das Bundesgericht in seinem neuesten Entscheid zur Beitrittsfrage entschieden (BGE 118 II 431 ff.).

Dass an den Beitritt seitens des beitrittswilligen Verbandes keine zusätzlichen Bedingungen geknüpft werden können, leuchtet ein. Die Zulassung eines Beitrittsanspruches mit zusätzlichen Bedingungen käme einem Zwang zum Abschluss eines Gesamtarbeitsvertrages mit ganz bestimmtem Inhalt gleich. Die grundsätzliche Freiheit zum Vertragsabschluss ist aber im schweizerischen kollektiven Arbeitsrecht im Rahmen der Vertragsfreiheit gewährleistet.¹⁶ Ein Arbeitgeber kann nicht gezwungen werden, einen GAV mit einem bestimmten Inhalt abzuschliessen, solange die Rechtsordnung eine Zwangsschlichtung nicht kennt.¹⁷

16 REHBINDER (FN 9), S. 179.

17 VISCHER, (FN 10), S. 7 f.

f) *Nichterfüllen von Beitrittsbedingungen*

Auf der anderen Seite sind seitens der Verbände, die den Gesamtarbeitsvertrag abgeschlossen haben, Bedingungen denkbar, die gegenüber einer beitragswilligen Gewerkschaft verlangt werden können. Stöckli weist im zitierten Aufsatz zu Recht auf das Problem des unentgeltlichen Beitritts («kollektives Trittbrettfahren») hin. Die GAV-Parteien wenden oft erhebliche finanzielle Mittel auf, um einen Gesamtarbeitsvertrag zu einem Abschluss zu bringen. Es ist deshalb durchaus zulässig, von einem beitrittswilligen Verband zu verlangen, dass er sich an diesen Kosten anteilmässig beteiligt. Unzulässig wäre eine Kostenbeteiligung nur dann, wenn dem Verband vorgängig die Teilnahme an den Verhandlungen verweigert worden wäre. Die Verweigerung einer angemessenen Kostenbeteiligung rechtfertigt die Verweigerung des Beitritts.

3. *Zukünftige Entwicklung*

Mit der vorgenommenen Aufzählung sind die Beitrittsverweigerungsgründe nicht abschliessend aufgezählt. Es wird der Rechtsprechung vorbehalten bleiben, diese Rechtfertigungsgründe anhand von aktuellen Fällen zu konkretisieren. Auf diese Weise wird es unter Umständen in einem späteren Zeitpunkt möglich und sinnvoll sein, das Beitrittsrecht zu kodifizieren. Eine gesetzliche Regelung des Beitrittsrechts wäre im Hinblick auf die Klarheit und Rechtssicherheit von Vorteil. Dies um so mehr, als die prozessuale Durchsetzung des Beitrittsrechts nicht unproblematisch ist. Die Fälle sind nicht selten, in denen z.B. die Prozessdauer die Dauer eines GAV überschreitet. Im heutigen Zeitpunkt scheint eine gesetzliche Regelung allerdings noch verfrüht. Nicht nur Arbeitgeber, auch die Gewerkschaften nehmen gegenüber dem Beitrittsrecht oft eine zwiespältige Haltung ein. Je nach Interessenlage wird ein Beitritt von den gleichen Parteien befürwortet oder ebenso

vehement abgelehnt. Es wird deshalb von Vorteil sein, wenn vorerst die Rechtsprechung weiterentwickelt werden kann.¹⁸

III. Das Recht auf Verhandlungen

Aus der rechtlichen Herleitung des Beitrittsanspruches ergibt sich nicht automatisch und analog auch die Bejahung des Verhandlungsanspruches.¹⁹ Zudem müssen wir beim Verhandlungsanspruch zwei Sachverhalte grundsätzlich voneinander unterscheiden:

- den Anspruch einer oder verschiedener Gewerkschaften auf Aufnahme von Verhandlungen zum Abschluss eines Gesamtarbeitsvertrages (Recht auf Verhandlung);
- den Anspruch einer Minderheitsgewerkschaft auf Teilnahme an bereits laufenden Verhandlungen zum Abschluss eines Gesamtarbeitsvertrages (Recht auf Beitritt zu Verhandlungen).

1. Das Recht auf Verhandlungen (Verhandlungszwang)

Das kollektive Arbeitsrecht schreibt keinen Zwang zum Abschluss eines Gesamtarbeitsvertrages vor. Auch wenn der Abschluss eines Gesamtarbeitsvertrages politisch und volkswirtschaftlich als sinnvoll erscheint, steht es jedem Arbeitgeber frei, einen Gesamtarbeitsvertrag abzulehnen und Einzelarbeitsverträge vorzuziehen. Einer davon betroffenen Gewerkschaft bleibt als letzte Reaktion auf eine solche Einstellung nur der Streik, vorgängig allenfalls der Gang zu einer Einigungsstelle. So wenig das schweizerische Recht die Zwangsschlichtung kennt, so fremd ist ihm meines Erachtens

18 AUBERT (FN 1), S. 38 f.

19 M. COESTER: Zur Verhandlungspflicht der Tarifparteien, in Zeitschrift für Arbeitsrecht 1977, S. 105 ff.

schon der Verhandlungszwang. Dieser Grundsatz wird allerdings gemildert durch die öffentlichen Einigungsstellen. Diese Stellen sind zur Vermittlung bei kollektiven Streitigkeiten berufen (vgl. Bundesgesetz über die Einigungsstellen, Art. 1). Vor der Einigungsstelle besteht Erscheinungspflicht, Verhandlungspflicht und Auskunftspflicht. Art. 3 Abs. 1 des oben erwähnten Gesetzes bestimmt nämlich: «Die von der Einigungsstelle Vorgeladenen sind verpflichtet, zu erscheinen, zu verhandeln, Auskunft zu erteilen und die von der Einigungsstelle verlangten Unterlagen beizubringen.» Analoge Bestimmungen enthalten die kantonalen Gesetze (für den Kanton Zürich vgl. das «Gesetz über das kantonale Einigungsamt» Art. 22 Abs. 1). Über die Einigungsstelle besteht somit eine Art öffentlich-rechtliche Verhandlungspflicht. Zur Verhinderung eines Streikes ist eine solche Verhandlungspflicht öffentlich-rechtlich auch durchaus sinnvoll und gerechtfertigt. Hingegen geht es meines Erachtens nicht an, aus Art. 2 ZGB, Art. 28 ZGB oder gar in Anlehnung an die Boykottrechtsprechung eine privatrechtliche Verhandlungspflicht abzuleiten.

Anderer Ansicht ist diesbezüglich Vischer, der aus dem «Bona-fide-Prinzip» auch einen Verhandlungsanspruch (aber keinen Abschlusszwang) ableitet.²⁰ Auch die überwiegende Meinung in Deutschland bejaht eine Verhandlungspflicht.²¹

Für die Schweiz ist die Diskussion über eine zivilrechtliche Verhandlungspflicht, die sich ohne Abschlusszwang in jedem Fall auf eine blosser Anhörung beschränkt, wenig sinnvoll und gewinnbringend. Das Gesetz über die Einigungsstellen deckt dieses Problem öffentlich-rechtlich sinnvoll und wirkungsvoll ab, weshalb auch «de lege lata» ein blosser, zivilrechtlicher Verhandlungsan-

20 VISCHER (FN 3), S. 287.

21 Th. Mayer-Maly: Der Verhandlungsanspruch tariffähiger Verbände, in Recht auf Arbeit 1966; W. ZÖLLNER: Arbeitsrecht, 3. A. München 1983, S. 302.

spruch überflüssig erscheint. In diesem Sinne kann auch den Ausführungen des bernischen Appellationshofes beigestimmt werden (JAR 1986, S. 208 ff.).

2. *Recht auf Teilnahme an Verhandlungen*

Anders verhält es sich bei der Frage, ob eine Gewerkschaft das Recht hat, bereits laufenden GAV-Verhandlungen beizutreten. Hier stellt sich analog zum Vertragsbeitritt die Frage, ob eine Gewerkschaft ohne Grund von solchen Verhandlungen ausgeschlossen und damit diskriminiert und diskreditiert werden kann. Dies ist zu verneinen. In diesem Fall besteht kein Grund, die hinsichtlich des Vertragsbeitritts entwickelten rechtlichen Grundsätze, abgeleitet aus der Boykottrechtsprechung, nicht analog anzuwenden. Ohne anerkannten Rechtfertigungsgrund kann somit eine Gewerkschaft von laufenden Verhandlungen zwischen anderen GAV-Parteien nicht ausgeschlossen werden. Die Rechtfertigungsgründe für den Ausschluss von Verhandlungen entsprechen logischerweise im wesentlichen den Kriterien beim Vertragsbeitritt, wobei gewisse Differenzierungen durchaus möglich sind. Insbesondere der Rechtfertigungsgrund der Zersplitterung steht hier im Vordergrund und wird auch immer wieder erwähnt. Allzu grosse Bedeutung kann diesem Umstand jedoch nicht zukommen, denn die Praxis zeigt, dass GAV-Verhandlungen auch möglich sind, wenn daran eine Mehrzahl von Gewerkschaften beteiligt sind, und dass dies auch nicht automatisch zum Nachteil der Arbeitnehmer ist.²² Nur wenn ein Verhandlungsbeitritt zu einer klaren Schwächung der Arbeitnehmerposition führt oder die Verhandlungen dadurch übermässig erschwert und kompliziert würden, wäre ein solcher Beitritt abzulehnen. Im übrigen steht es einem Arbeitgeber auch frei, die Verhandlungen einseitig mit einer

22 AUBERT (FN 1), S. 38.

Partei abubrechen, wenn mit dieser ein Vertragsabschluss nicht realisierbar erscheint.

IV. *Schlussfolgerung*

Das Recht einer Gewerkschaft zum Beitritt zu einem GAV und der Anspruch auf Beitritt zu laufenden GAV-Verhandlungen ist durch die Rechtsprechung des Bundesgerichts mit dem SMUV-Entscheid grundsätzlich anerkannt worden. Das Bundesgericht hat auch in späteren Urteilen an diesem Grundsatz festgehalten (BGE 118 II 431). Auch die massgebende Lehre hat sich seither diesem Urteil angeschlossen.²³ Analog zum Beitritt zu einem GAV muss auch ein Beitrittsrecht zu Verhandlungen über einen GAV bejaht werden. Privatrechtlicher Verhandlungsanspruch und Verhandlungszwang erscheinen dagegen rechtlich und faktisch problematisch.

Die Kritik an der Rechtsprechung des Bundesgerichtes ist rechtlich nicht überzeugend. Durch eine angemessene richterliche Interessenabwägung können Fehlentwicklung des Beitrittsrechts verhindert werden, ohne den jeweiligen Minderheitsgewerkschaften gleich jeden Schutz zu entziehen. Entgegen der Auffassung von Stöckli²⁴ ist der Beitrittsanspruch von Minderheitsgewerkschaften rechtlich nicht in Frage zu stellen, und das Bundesgericht hat keinen Anlass, seine Praxis zu überprüfen. Die Praxis zeigt vielmehr, dass das Recht auf Beitritt ein sehr aktuelles, für viele Gewerkschaften existentielles Problem ist. Das Bundesgericht wird deshalb mit Sicherheit auch in Zukunft Gelegenheit haben, seine Praxis weiterzuentwickeln und insbesondere die Rechtfertigungsgründe für den Ausschluss zu konkretisieren.

23 Vgl. insbesondere AUBERT (FN 1).

24 STÖCKLI (FN 14), S. 99 f.