

# Arbeitsrecht Droit du travail

Zeitschrift für Arbeitsrecht und Arbeitslosenversicherung  
Revue de droit du travail et d'assurance-chômage

Herausgegeben von / Publié par

Prof. Dr. Wolfgang Portmann (Vorsitz / Présidence),  
Prof. Dr. Gabriel Aubert, PD Dr. Roland A. Müller,  
Dir. Jean-Luc Nordmann, Bundesrichter Dr. Rudolf Rüedi

In Zusammenarbeit mit / En collaboration avec  
seco (Staatssekretariat für Wirtschaft /  
Secrétariat d'Etat à l'économie)

Sonderdruck aus:

**ARV**  
**DTA**

4/2001

## Gesamtarbeitsvertrag im öffentlichen Dienst

Gedanken zum Verhandlungs- und Beitrittsanspruch der Personalverbände

Prof. Dr. Jürg Brühwiler, Grenchen

Schulthess



# Gesamtarbeitsvertrag im öffentlichen Dienst

Gedanken zum Verhandlungs- und Beitrittsanspruch der Personalverbände

Prof. Dr. Jürg Brühwiler, Grenchen

*Der Autor untersucht Rechtsfragen des Gesamtarbeitsvertrages im öffentlichen Dienst und kommt namentlich zum Schluss, dass unter den Voraussetzungen der Tariffähigkeit, Tarifzuständigkeit, Repräsentativität und Loyalität Personalverbände des öffentlichen Dienstes gegenüber dem öffentlichen Arbeitgeber von Verfassungen wegen einen Rechtsanspruch haben, im Hinblick auf den Abschluss eines Gesamtarbeitsvertrages als Verhandlungspartner anerkannt zu werden.*

*L'auteur examine certaines questions que pose le régime de la convention collective de travail dans le secteur public. Il parvient notamment à la conclusion que les organisations syndicales de la fonction publique ont le droit d'être reconnues comme parties à la négociation en vue de la conclusion d'une convention collective de travail. Ce droit suppose la capacité et la compétence de conclure une convention collective, la représentativité et la loyauté de l'organisation syndicale.*

## Inhaltsübersicht

1. Einleitung
2. Gesamtarbeitsvertrag im öffentlichen Dienst
3. Koalitionsfreiheit und Tarifautonomie als Basis
4. Stellung eines Arbeitnehmerverbandes zum Arbeitgeber
  - 4.1 Allgemeines
  - 4.2 Anspruch eines Arbeitnehmerverbandes auf Beitritt zu einem bestehenden Gesamtarbeitsvertrag
  - 4.3 Anspruch eines Arbeitnehmerverbandes auf Verhandlungen um einen Gesamtarbeitsvertrag?
  - 4.4 Abschlussfreiheit
5. Verhandlungsanspruch der Personalverbände gegenüber dem öffentlichen Arbeitgeber?
  - 5.1 Allgemeines
  - 5.2 Tariffähigkeit
  - 5.3 Tarifzuständigkeit
  - 5.4 Repräsentativität
  - 5.5 Loyalität
  - 5.6 Zum Gehalt des Verhandlungsanspruchs
6. Zusammenfassende Schlussfolgerungen

## 1. Einleitung

Durch eine Revision des Staatspersonalgesetzes des Kantons Solothurn wurde neu die gesetzliche Grundlage geschaffen, dass der Regierungsrat mit den Personalverbänden Gesamtarbeitsverträge abschliessen kann. Bereits in der Botschaft des Regierungsrates vom 19. Dezember 2000 zur Revision des Staatspersonalgesetzes wird festgehalten, es bleibe dem Regierungsrat überlassen, mit welchen Personalverbänden er einen Gesamtarbeitsvertrag abschliessen wolle. Für den Regierungsrat seien die heutigen drei Personalverbände Staatspersonalverband, VPOD und Verband Lehrer und Lehrerinnen Solothurn die mass-

gebenden Verhandlungspartner<sup>1</sup>. In der im Gefolge der Revision des Staatspersonalgesetzes ebenfalls total revidierten Verordnung vom 27. März 2001 zum Gesetz über das Staatspersonal ist ferner eine so genannte Kommission für Besoldungs- und Personalfragen vorgesehen und festgehalten, der Staatspersonalverband delegiere drei Mitglieder, der Verband Lehrerinnen und Lehrer Solothurn zwei Mitglieder und der VPOD ein Mitglied in diese Kommission<sup>2</sup>. Zu

<sup>1</sup> Botschaft des Regierungsrats des Kantons Solothurn vom 19. Dezember 2000 zur Revision des Staatspersonalgesetzes S. 5.

<sup>2</sup> § 28 VO vom 27. März 2001 zum Gesetz über das Staatspersonal.

den Aufgaben dieser Kommission zählen u.a. die Beratung aller Besoldungs- und Personalfragen grundsätzlicher Art sowie die Vorbereitung des Gesamtarbeitsvertrages zu Handen der Vertragspartner<sup>3</sup>. Die Verordnung ist zusammen mit dem revidierten Staatspersonalgesetz am 1. August 2001 in Kraft getreten. Auch im Kanton Zug will der Staat lediglich zwei ausgewählte Personalverbände als Parteien eines Gesamtarbeitsvertrages anerkennen<sup>4</sup>.

Es stellt sich die Frage, ob aus einer rechtlichen Sicht der öffentliche Arbeitgeber da nicht auch andere Personalverbände, z.B. die Personalverbände der Assistenz- und Oberärzte oder der Krankenschwestern und Krankenpfleger, als Sozialpartner und namentlich als gleichberechtigte GAV-Partner anerkennen müsste.

## 2. Gesamtarbeitsvertrag im öffentlichen Dienst

Der Gesamtarbeitsvertrag ist in der Privatwirtschaft seit Jahrzehnten als hervorragendes Regelungsinstrument anerkannt. Im öffentlichen Dienst dagegen hat er kaum Bedeutung erlangt. Im Zuge einer gewissen Annäherung der Dienstrechtsordnungen des öffentlichen Rechts an die Arbeitsrechtsordnung des Privatrechts in den letzten Jahren wird aber postuliert, den Gesamtarbeitsvertrag als Regelungsinstrument auch im öffentlichen Dienst einzusetzen. Juristisch ist diese Einsatzmöglichkeit des Gesamtarbeitsvertrages heute kaum mehr umstritten<sup>5</sup>. Voraussetzung dafür ist, dass der Staat durch Verzicht auf eigene hoheitliche Regelung einen gewissen Frei-

raum schafft<sup>6</sup>. Der Staat erlässt dann lediglich noch eine hoheitliche Rahmenordnung, und innerhalb derselben handeln die Sozialpartner des öffentlichen Dienstes autonom eine GAV-Ordnung aus. Dabei kann für die neue Zuordnung einer Materie zum Gesetz oder zum Gesamtarbeitsvertrag die bisherige Zuordnung des staatlichen Personalrechts zu Gesetz und Verordnungen als Richtlinie dienen<sup>7</sup>.

Der Gesamtarbeitsvertrag im öffentlichen Dienst ist ein *öffentlichrechtlicher Vertrag* und nicht ein *privatrechtlicher Gesamtarbeitsvertrag* nach Art. 356 OR<sup>8</sup>. Dennoch haben Gesetzgebung, Lehre und Rechtsprechung zum *privatrechtlichen Gesamtarbeitsvertrag* in vielerlei Hinsicht Einfluss auch auf den *Gesamtarbeitsvertrag im öffentlichen Dienst*. Das gilt nach einhelliger Auffassung namentlich auch bezüglich der hier interessierenden Frage, wer beim *Gesamtarbeitsvertrag im öffentlichen Dienst* arbeitnehmerseitig als GAV-Partei in Betracht kommen kann<sup>9</sup>.

## 3. Koalitionsfreiheit und Tarifautonomie als Basis

Grundlage der Sozialpartnerschaft im öffentlichen Dienst ist die *Koalitionsfreiheit*. Sie ist für Arbeitnehmer des öffentlichen Dienstes rechtlich unbestritten<sup>10</sup>.

Die Koalitionsfreiheit ist verfassungsrechtlich ausdrücklich gewährleistet (Art. 28 BV). Sie garantiert das Recht der Arbeitnehmer und Arbeitgeber, sich zwecks gemeinsamer Interessenwahrung zu Verbänden zusammenschliessen. In ihrer Ausprägung als kollektives Freiheitsrecht *schützt sie auch die Verbände als solche in ihrem Recht, ihre Aktivitäten frei auszuüben* (so genannte *Betätigungsgarantie*)<sup>11</sup>. Dazu

<sup>3</sup> § 29 VO vom 27. März 2001 zum Gesetz über das Staatspersonal.

<sup>4</sup> Vgl. Gesetz über das Arbeitsverhältnis des Staatspersonals vom 1. September 1994 Art. 67; Reglement betreffend Gewährung des Mitspracherechts der öffentlich-rechtlichen Arbeitnehmer gegenüber dem Staat vom 14. Mai 1991 Art. 4.1. Vgl. dazu auch Regierungsrat des Kantons Zug, Bericht und Antrag vom 1. Februar 1994 betreffend Personalgesetz, S. 94 f.

<sup>5</sup> Vgl. *Stöckli J.-F.*, Berner Kommentar zum Gesamtarbeitsvertrag und Normalarbeitsvertrag, Bd. VI/2/2/3, Bern 1999, Einleitung N. 76 ff.; *Helbling P.*, Gesamtarbeitsverträge (GAV) für den Staatsdienst, AJP 1998 S. 899 ff.; *Meier K.*, Der Gesamtarbeitsvertrag im öffentlichen Dienst, in: *Helbling / Poledna* (Hrsg.), Personalrecht des öffentlichen Dienstes, Bern 1999 S. 239 ff.; *Michel M.*, Beamtenstatus im Wandel, Diss. Zürich 1998, S. 243 ff.

<sup>6</sup> *Helbling* (Anm. 5) S. 903 ff.; *Stöckli* (Anm. 5) Einleitung N. 77.

<sup>7</sup> *Stöckli* (Anm. 5) Einleitung N. 78; *Richli P.*, Öffentliches Dienstrecht im Zeichen des New Public Management, Bern 1996 S. 63.

<sup>8</sup> *Meier* (Anm. 5) S. 244 f.; *Helbling* (Anm. 5) S. 911; sinngemäss ebenso *Stöckli* (Anm. 5) Einleitung N. 76 ff. i.V.m. N. 80.

<sup>9</sup> Vgl. *Helbling* (Anm. 5) S. 911 f.; *Meier* (Anm. 5) S. 248; *Michel* (Anm. 5) S. 265.

<sup>10</sup> Vgl. *Stöckli* (Anm. 5) Einleitung N. 76; *Helbling* (Anm. 5) S. 903.

<sup>11</sup> Vgl. *Rehbinder M.*, Schweizerisches Arbeitsrecht, 14. A., Bern 1999 N. 206 S. 214; *Müller J.P.*, Grundrechte in der Schweiz, 3. A., Bern 1999 S. 351.

gehört namentlich auch das Recht, die Arbeits-, insbesondere die Lohnbedingungen auszuhandeln und in Gesamtarbeitsverträgen festzulegen (so genannte Tarifautonomie). Die Tarifautonomie ist ein wichtiger Teil der schweizerischen Wirtschafts- und Arbeitsverfassung und reicht insofern über den herkömmlichen Gehalt der Koalitionsfreiheit sogar hinaus<sup>12</sup>.

Die Tarifautonomie findet verfassungsrechtlich auch Ausdruck in Art. 110 BV<sup>13</sup>. Denn in Art. 110 Abs. 1 lit. d und Abs. 2 BV ist die gesamtarbeitsvertragliche Regelung der Arbeitsverhältnisse und sogar die Allgemeinverbindlicherklärung des Gesamtarbeitsvertrages vorgesehen, und dann müssen die Mittel und Wege, die zum Abschluss eines Gesamtarbeitsvertrages führen, hier verfassungsrechtlich mitgewollt sein, also auch die Tarifautonomie der Verbände der Arbeitnehmer und Arbeitgeber.

#### 4. Stellung eines Arbeitnehmerverbandes zum Arbeitgeber

##### 4.1 Allgemeines

Grundsätzlich gilt auch im kollektiven Arbeitsrecht die Vertragsfreiheit, insbesondere das Recht auf freie Partnerwahl. Dieses Recht findet jedoch seine Schranken im Sinn und Zweck der Koalitionsfreiheit und der Tarifautonomie. Hat eine Aussenseitergewerkschaft das Recht, als Verhandlungspartner eines Gesamtarbeitsvertrages vom Arbeitgeber anerkannt zu werden? Oder kann umgekehrt der Arbeitgeber unter Berufung auf die Vertragsfreiheit Verhandlungen mit der Aussenseitergewerkschaft ablehnen? Es gibt keine ausdrücklichen Verfassungs- und Gesetzesbestimmungen, welche diese Fragen in der einen oder anderen Weise klar beantworten würden. Vielmehr sind die Antworten aus Funktion und Zweck von Koalitionsfreiheit, Tarifautonomie und Gesamtarbeitsvertrag zu gewinnen. In seiner neueren Rechtsprechung zum privatrechtlichen Gesamtarbeitsvertrag hat das Bundesgericht hier wesentliche Vorarbeit geleistet. Nach dem Gesagten (Ziff. 2 am Ende) darf diese Rechtsprechung auch für den Gesamtarbeitsvertrag im öffentlichen Dienst herangezogen werden.

##### 4.2 Anspruch eines Arbeitnehmerverbandes auf Beitritt zu einem bestehenden Gesamtarbeitsvertrag

Betreffend einen allfälligen Anspruch eines Arbeitnehmerverbandes auf Beitritt zu einem bestehenden Gesamtarbeitsvertrag hat das Bundesgericht in BGE 113 II 37 ff. in Abwägung zwischen der Vertragsfreiheit der bereits beteiligten GAV-Parteien einerseits und dem Persönlichkeitsrecht eines Minderheitsverbandes andererseits wie folgt entschieden (Urteil vom 20. Januar 1987)<sup>14</sup>: Es hat die in BGE 86 II 20 entwickelten Grundsätze über den Boykott auf das kollektive Arbeitsrecht übertragen. In jenem Urteil wurde der Boykott grundsätzlich als rechtswidrig bezeichnet, weil er das Persönlichkeitsrecht des Boykottierten auf freie Ausübung der selbst gewählten wirtschaftlichen Tätigkeit verletzt. Vorbehalten bleiben die Fälle, in welchen mit dem Boykott legitime und überwiegende Interessen der Boykottteilnehmer geschützt werden, die auf andere Weise nicht zu wahren sind. In BGE 113 II 37 ff. wird *anerkannt, dass zum Persönlichkeitsrecht eines Arbeitnehmerverbandes (Art. 28 ZGB) die Entfaltung im Bereich des GAV-Rechts gehört*. Der Ausschluss eines Arbeitnehmerverbandes vom Abschluss eines GAV kann deshalb eine rechtswidrige Handlung sein. Daraus ergibt sich nach Auffassung des Bundesgerichts *das Recht eines Minderheitsverbandes zum Beitritt zu einem zwischen einem Arbeitgeber und anderen Gewerkschaften bereits abgeschlossenen GAV*.

Allerdings wird dieses Beitrittsrecht nur unter bestimmten Voraussetzungen gewährt: Erstens muss der ausgeschlossene Minderheitsverband *repräsentativ* sein. Es genügt allerdings, dass der Arbeitnehmerverband Sprachrohr einer bedeutenden Minderheit ist. Auch muss die Repräsentanz nicht notwendigerweise im fraglichen Betrieb selber vorhanden sein; es genügt, wenn sie auf kantonaler oder eidgenössischer Ebene gegeben ist<sup>15</sup>. Zweitens muss der ausgeschlossene Arbeitnehmerverband bereit sein, den GAV *loyal* zu erfüllen; durch den Beitritt des Minderheitsverbandes darf die Zusammenarbeit nicht in unzumutbarem Masse beeinträchtigt werden<sup>16</sup>.

<sup>12</sup> Vischer F., Zürcher Kommentar zum Gesamtarbeitsvertrag und Normalarbeitsvertrag, Bd. V/2c, Zürich 1983, Vorbemerkungen zu Art. 356-360 OR N. 6 ff.

<sup>13</sup> Vgl. auch Müller (Anm. 11) S. 351.

<sup>14</sup> Publ. in italienischer Sprache in BGE 113 II 37 ff. und in deutscher Übersetzung in JAR 1988 S. 407 ff.

<sup>15</sup> Vgl. JAR 1988 S. 415.

<sup>16</sup> JAR 1988 S. 417.

In einem Urteil vom 29. Oktober 1992 bestätigt das Bundesgericht das grundsätzliche Recht eines repräsentativen Berufsverbandes, einem Gesamtarbeitsvertrag beizutreten, es sei denn, die am Gesamtarbeitsvertrag beteiligten Parteien vermöchten für ihren Widerstand ein schützenswertes Interesse nachzuweisen<sup>17</sup>, wobei es präzisierend beifügt: «Un tel intérêt n'existe, en particulier, pas lorsque le syndicat ne peut se faire reprocher une attitude déloyale ou lorsqu'il se déclare prêt à respecter toutes les obligations découlantes de la convention collective...»<sup>18</sup>. Im konkreten Falle anerkannte das Gericht ein schützenswertes Interesse am Widerstand, weil der beitrtrittswillige Verband nicht bereit war, sich dem betreffenden Gesamtarbeitsvertrag vollständig zu unterwerfen. Insofern fehlte es dem Verband an der Bereitschaft, den Gesamtarbeitsvertrag loyal zu erfüllen, und damit an einer Voraussetzung für den Beitrittsanspruch auch im Sinne von BGE 113 II 37 ff.

Mit dieser Bundesgerichtspraxis stimmt die neueste kantonale Rechtsprechung überein, vgl. Kantonsgericht Graubünden, Urteil vom 6. Februar 1996<sup>19</sup>: Grundsätzlicher Beitrittsanspruch eines repräsentativen Berufsverbandes zu einem bestehenden Gesamtarbeitsvertrag. Vorbehalten bleibt der Nachweis eines schützenswerten Gegeninteresses durch den ablehnenden Arbeitgeber, etwa «wenn sich die beitrtrittswillige Organisation als unkorrekter oder zu Klagen Anlass gebender Verhandlungspartner zeigt, wenn eindeutige Verdachtsmomente gegen die Vertrauenswürdigkeit des Partners bestehen, oder wenn dieser die Vertragsverhandlungen erschwert»<sup>20</sup>. Im konkreten Falle wurde ein schützenswertes Interesse des ablehnenden Arbeitgebers bejaht, weil der beitrtrittswillige Arbeitnehmerverband während den laufenden Verhandlungen den Arbeitgeber beschuldigt hatte, Lohndumping zu betreiben und ausländische Arbeitnehmer auszubeuten. Somit fehlte es auch hier dem Arbeitnehmerverband an der Vertrauenswürdigkeit, den Gesamtarbeitsvertrag loyal zu erfüllen, wie das als Voraussetzung eines Beitrittsanspruchs bereits in BGE 113 II 37 ff. festgelegt ist.

<sup>17</sup> BGE 118 II 433 ff. E.4.

<sup>18</sup> BGE 118 II 433.

<sup>19</sup> Publ. in JAR 1997 S. 260 ff.

<sup>20</sup> JAR 1997 S. 262.

#### 4.3 Anspruch eines Arbeitnehmerverbandes auf Verhandlungen um einen Gesamtarbeitsvertrag?

Die dargelegte Rechtsprechung insbesondere auch des Bundesgerichts ruft allerdings nach Erläuterungen. Zunächst anerkennt das Bundesgericht in seinen Urteilen nur das Recht des ausgeschlossenen Arbeitnehmerverbandes auf Beitritt zu einem bestehenden Gesamtarbeitsvertrag. Damit bleibt jedoch der ausgeschlossene Arbeitnehmerverband ohne Einfluss auf die inhaltliche Gestaltung des Gesamtarbeitsvertrags. Insofern bleibt die Diskriminierung bestehen. Diese würde nur dann behoben, wenn *grundsätzlich ein Verhandlungsanspruch jedes loyalen und genügend repräsentativen Verbandes anerkannt* würde. Wenn das Bundesgericht die Entfaltung im Bereich des kollektiven Arbeitsrechts als Bestandteil des Persönlichkeitsrechts der Arbeitnehmerverbände (Art. 28 ZGB) anerkennt, muss konsequenterweise der Anspruch auf Teilnahme an den Verhandlungen zum Abschluss eines Gesamtarbeitsvertrages anerkannt werden. Schon die Verweigerung der Zulassung eines repräsentativen und loyalen Arbeitnehmerverbandes zu den Verhandlungen wäre deshalb eine unzulässige Boykottmassnahme. Die Beschränkung der freien Partnerwahl der Arbeitgeberseite ist insoweit in Kauf zu nehmen.

Die zu diesem Themenkreis heute wohl herrschende schweizerische Arbeitsrechtslehre ist deshalb meines Erachtens zu Recht der Auffassung, dass mit der Anerkennung des Persönlichkeitsrechts der Arbeitnehmerverbände auf Mitwirkung im GAV-Bereich der Verhandlungsanspruch in der zitierten Rechtsprechung positiv präjudiziert sei<sup>21</sup>. Es ist ja auch auffällig, wie sehr vor allem das Grundsatzurteil BGE 113 II 37 ff. in der Linie von Prof. *Vischer*, dem Hauptverfechter der dargelegten Auffassung, liegt (vgl. auch die vielfache Bezugnahme auf *Vischer* in jenem Urteil), welcher für die Verhandlungspflicht der

<sup>21</sup> Vgl. *Aubert G.*, Le droit de négocier ou d'adhérer à une convention collective de travail, in: *Mélanges R. Patry*, Lausanne 1988 S. 21 ff., insbesondere S. 32 ff.; *Vischer F.*, Der Arbeitsvertrag 2. A., Basel / Frankfurt a.M. 1994 S. 254 f.; *derselbe* (Anm. 12) N. 5 ff. zu Art. 356c OR; *Streiff / von Kaenel*, Arbeitsvertrag, 5. A., Zürich 1992 N. 12 zu Art. 356b OR; *Rehbinder* (Anm. 11) S. 222 N. 211. Zurückhaltender aber *Stöckli* (Anm. 5) N. 156 zu Art. 356 OR; *Duc / Subilia*, Commentaire du contrat individuel de travail, Lausanne 1998 S. 630 f.

g?

uch  
un-  
sei-  
nen  
ste-  
och  
Ein-  
tar-  
ung  
enn  
len  
nnt  
im  
teil  
nde  
eise  
gen  
ner-  
ung  
er-  
eine  
ung  
iso-

Arbeitgeberseite sowohl gegenüber Mehrheitsgewerkschaften als auch gegenüber Minderheitsgewerkschaften eintritt, solange diese nur genügend repräsentativ sind und nicht von vorneherein ohne Kompromissbereitschaft absolute Forderungen stellen<sup>22</sup>. Es ist anzunehmen, dass das Bundesgericht, sollte es sich explizit zur Frage der Verhandlungspflicht äussern müssen, im Sinne dieser Erwägungen Vischers entscheiden würde. Diese Erwägungen sind meines Erachtens, wenn man das Regelungsinstrument Gesamtarbeitsvertrag wirklich ernst nimmt, zu unterstützen, weil sie unmittelbar aus Funktion und Zweck der Koalitionsfreiheit, Tarifautonomie und des Gesamtarbeitsvertrages sich ergeben. Mit dem Gesamtarbeitsvertrag und durch Anerkennung der Arbeitnehmerverbände als Vertragspartner der Arbeitgeberseite soll die Unterlegenheit der einzelnen Arbeitnehmer gegenüber dem Arbeitgeber behoben werden. Es soll durch Einsatz von Gruppenmacht der Arbeitnehmerverbände ein Machtgleichgewicht zwischen Arbeitnehmern und Arbeitgebern hergestellt und auf der Ebene der individuellen Anstellungsverträge privatrechtliche Vertragsfreiheit garantiert werden<sup>23</sup>. Die Vertragsfreiheit beim Gesamtarbeitsvertrag berechtigt die Parteien nicht, diese Funktion und Zwecke des Gesamtarbeitsvertrages zu unterlaufen und damit Arbeitnehmern und Arbeitnehmerverbänden zu schaden<sup>24</sup>.

Unter verschiedenen Gesichtspunkten erweist sich der Verhandlungsanspruch eines Arbeitnehmerverbandes sogar noch als eher gerechtfertigt als der Beitrittsanspruch. So stellt der Verhandlungsanspruch einen geringeren Eingriff in die Vertragsfreiheit der Gegenpartei dar als der Beitrittsanspruch. Denn durch die Pflicht, einen Arbeitnehmerverband als blossen Verhandlungspartner zu akzeptieren, wird der Arbeitgeberseite nicht bereits eine Vertragspartei definitiv aufgezwungen<sup>25</sup>. Der Verhandlungsanspruch entspricht ferner auch eher dem Grundgedanken des Gesamtarbeitsvertrages, Gegenmacht gegenüber der Arbeitgeberseite zu entfalten, als der Beitrittsanspruch, wo der Gesamtarbeitsver-

trag dem beigetretenen Verband ohne eigenen Aufwand zufällt<sup>26</sup>. Schliesslich fügt sich, jenseits aller juristischen Betrachtungsweise, der Verhandlungsanspruch auch ganz zwanglos ein in die Tradition der Sozialpartnerschaft in der Schweiz. Denn diese traditionelle schweizerische Sozialpartnerschaft bedeutet vor allem auch die Pflicht der Sozialpartner, nach Treu und Glauben miteinander zu verhandeln<sup>27</sup>.

#### 4.4 Abschlussfreiheit

Die Verhandlungspflicht der Arbeitgeberseite bedeutet nicht Abschlusszwang. Das kollektive Arbeitsrecht basiert vielmehr auf dem Prinzip der *Abschlussfreiheit*<sup>28</sup>. Verweigert ein Arbeitnehmerverband seine Zustimmung zur Offerte der Arbeitgeberseite, so ist demzufolge die Arbeitgeberseite frei, den Gesamtarbeitsvertrag nur mit den anderen Arbeitnehmerverbänden abzuschliessen<sup>29</sup>. Der verweigernde Arbeitnehmerverband hat allerdings die Möglichkeit, den Abschluss eines Gesamtarbeitsvertrages nach seinen Vorstellungen legalerweise mit dem Mittel des Streiks zu erzwingen. Sind andererseits alle Arbeitnehmerverbände bereit, das Verhandlungsergebnis der Arbeitgeberseite zu akzeptieren, so kann der Arbeitgeber nicht mehr legitimerweise den Abschluss des Gesamtarbeitsvertrages auf der Basis seines Verhandlungsangebots verweigern. Der Verhandlungszwang mündet in diesem Falle in einen Abschluss des Gesamtarbeitsvertrages, was aber für die Arbeitgeberseite nicht als Abschlusszwang gesehen werden kann, weil sie ja selber bereit ist, zu den offerierten Bedingungen abzuschliessen.

### 5. Verhandlungsanspruch der Personalverbände gegenüber dem öffentlichen Arbeitgeber?

#### 5.1 Allgemeines

Im Folgenden wird konkret die Frage geprüft, ob und inwiefern beim Gesamtarbeitsvertrag im öffentlichen Dienst Personalverbände gegenüber dem öffentlichen Arbeitgeber einen Verhandlungsan-

<sup>22</sup> Vgl. Vischer (Anm. 12) N. 5 ff. zu Art. 356c OR.

<sup>23</sup> Vgl. dazu z.B. Vischer (Anm. 12) Vorbemerkungen zu Art. 356-360 OR N. 2 ff.

<sup>24</sup> Vgl. auch das zitierte Bundesgerichtsurteil vom 20. Januar 1987, in JAR 1988 S. 415.

<sup>25</sup> Stöckli (Anm. 5) N. 156 zu Art. 356 OR.

<sup>26</sup> Vgl. Stöckli (Anm. 5) N. 149 zu Art. 356 OR.

<sup>27</sup> Stöckli (Anm. 5) N. 14 zu Art. 356 OR; vgl. auch Tschudi H.P., Geschichte des schweizerischen Arbeitsrechts, Basel 1987 S. 33 f.

<sup>28</sup> BGE 74 II 158 ff.; Vischer (Anm. 12) N. 2 zu Art. 356c OR.

<sup>29</sup> Vischer (Anm. 12) N. 8 zu Art. 356c OR.

spruch besitzen. Es werden die rechtlichen Voraussetzungen hiefür im Einzelnen dargelegt, natürlich vor allem auch im Lichte der Ausführungen in Ziff. 3 und 4. Schliesslich wird auch der Gehalt eines Verhandlungsanspruchs noch näher umschrieben.

## 5.2 Tariffähigkeit

Erste Voraussetzung, als Verhandlungspartner im Hinblick auf den Abschluss eines Gesamtarbeitsvertrages anerkannt zu werden, ist die *Tariffähigkeit* eines Arbeitnehmerverbandes, d.h. dessen Fähigkeit, Gesamtarbeitsverträge abzuschliessen<sup>30</sup>. Sie ist zu bejahen, wenn der Abschluss von Gesamtarbeitsverträgen mit den Statuten des betreffenden Arbeitnehmerverbandes vereinbar ist<sup>31</sup>.

In der Praxis haben Personalverbände, auch als Sektionen oder Unterverbände, gewöhnlich die Rechtsform von Vereinen mit eigener Rechtspersönlichkeit im Sinne von Art. 60 ff. ZGB. Es reicht ferner aus, was zu beachten ist, dass der Abschluss von Gesamtarbeitsverträgen mit den Statuten des betreffenden Personalverbandes nicht geradezu unvereinbar ist. Die Abschlussfähigkeit kann sich aus einer allgemeinen statutarischen Zweckbestimmung ergeben, z.B. der Personalverband verfolge das Ziel, sich für die Verbesserung der sozialen und wirtschaftlichen Belange seiner Mitglieder einzusetzen. Der Abschluss von Gesamtarbeitsverträgen muss als statutarische Zielsetzung nicht ausdrücklich vorgesehen sein. Es erweist sich deshalb, dass in der Praxis die Tariffähigkeit von Personalverbänden im Regelfalle zu bejahen ist.

## 5.3 Tarifzuständigkeit

Zweite Voraussetzung, als Verhandlungspartner im Hinblick auf den Abschluss eines Gesamtarbeitsvertrages anerkannt zu werden, ist die *Tarifzuständigkeit* des Arbeitnehmerverbandes, d.h. der Verband muss für den vom Gesamtarbeitsvertrag erfassten

Bereich *örtlich* und *fachlich* zuständig sein, was sich primär aus den *Statuten* des betreffenden Verbandes ergibt<sup>32</sup>.

Die Definition der Tarifzuständigkeit von Personalverbänden, z.B. des Verbandes der Assistenz- und Oberärzte oder des Verbandes der Krankenschwestern und Krankenpfleger, kann nach dem so genannten *Berufsverbandsprinzip* erfolgen, d.h. sich fachlich nach der Mitgliedschaft im Berufsverband aufgrund spezifischer Merkmale der Mitglieder, insbesondere ihrer Berufsausbildung und der daraus abgeleiteten Tätigkeiten, orientieren<sup>33</sup>. Dementsprechend vermögen solche Berufsverbände auch ganz spezifisch mit den Berufen und Tätigkeiten ihrer Mitglieder zusammenhängende Interessen wahrzunehmen, z.B. bezüglich Arbeitszeitgestaltung in den Spitälern, Lohnleichheit für weibliche und männliche Ärzte und Pflegende, Inkonvenienzentschädigungen, usw. Dagegen ist die Tarifzuständigkeit anderer Personalverbände, z.B. des VPOD oder kantonaler Staatspersonalverbände, nach dem so genannten *Industrieverbandsprinzip* definiert, d.h. diese Verbände sind auf bestimmte Verwaltungsbetriebe fixiert und können dort grundsätzlich alle Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer ungeachtet ihrer Berufsausbildung oder Tätigkeiten erfassen. Verbände nach dem Industrieverbandsprinzip haben aber, wenn sie mit Verbänden nach dem Berufsverbandsprinzip konkurrieren, nicht etwa einen generellen Vorrang vor jenen, vielmehr gelten für diese wie für jene dieselben einheitlichen Kriterien (vgl. Ziff. 4 und 5), als Verhandlungspartner im Hinblick auf den Abschluss eines Gesamtarbeitsvertrages anerkannt zu werden<sup>34</sup>.

## 5.4 Repräsentativität

Drittens hat ein Arbeitnehmerverband, um als Verhandlungspartner im Hinblick auf den Abschluss

<sup>32</sup> *Vischer* (Anm. 12) N. 54 zu Art. 356 OR; *Stöckli* (Anm. 5) N. 43 zu Art. 356 OR; *Rehbinder* (Anm. 11) S. 222 N. 211; *Helbling* (Anm. 5) S. 911; *Meier* (Anm. 5) S. 248.

<sup>33</sup> Vgl. auch *Vischer* (Anm. 12) N. 55 zu Art. 356 OR.

<sup>34</sup> Ebenso *Stöckli* (Anm. 5) N. 44 zu Art. 356 OR; *Helbling* (Anm. 5) S. 912; *Meier* (Anm. 5) S. 248; ohne nähere Begründung anderer Meinung und unrichtig *Michel* (Anm. 5) S. 266, welcher bei einem «generellen Gesamtarbeitsvertrag», der das gesamte Staatspersonal erfassen soll, einen Verhandlungsanspruch nur der «übergreifenden Verbände», also der nach dem Industrieverbandsprinzip organisierten, anerkennen will.

<sup>30</sup> *Rehbinder* (Anm. 11) N. 210 S. 221; *Vischer* (Anm. 12) N. 35 zu Art. 356 OR; *Helbling* (Anm. 5) S. 911; *Meier* (Anm. 5) S. 248.

<sup>31</sup> *Rehbinder* (Anm. 11) N. 210 S. 222.

Ge  
ein  
re  
Da  
be  
Bu  
Na  
au  
ba  
ge  
Ve  
Je  
sc  
ur  
In  
de  
na  
di  
m  
gr  
ric  
Ar  
ge  
Ar  
ne  
be  
br  
m  
di  
m  
5.  
Vi  
ha  
ei  
lo  
ge  
Di  
de  
w  
M  
w  
ei  
M  
—  
35

eines Gesamtarbeitsvertrages anerkannt zu werden, *repräsentativ* zu sein. Es wird diesbezüglich auf die Darlegungen in den Ziff. 4.2 und 4.3 hievore und insbesondere die dort referierte Rechtsprechung des Bundesgerichts verwiesen.

Nach Auffassung des Bundesgerichts reicht dabei aus, dass die Repräsentativität des Arbeitnehmerverbandes auf kantonaler oder eidgenössischer Ebene gegeben ist. Personalverbände sind häufig nationale Verbände und praktisch in allen Kantonen vertreten. Jedenfalls bei solchen Verbänden ist die für sich schon ausreichende Repräsentativität auf kantonaler und eidgenössischer Ebene gewöhnlich zu bejahen.

Innerhalb der GAV-Geltungsbereiche, d.h. innerhalb der Verwaltungen der jeweiligen Gemeinwesen, ist nach den in BGE 113 II 37 ff. gesetzten Massstäben die Schwelle der Repräsentativität von Arbeitnehmerverbänden jedenfalls bei einem *Organisationsgrad von 7 Prozent* erreicht. Und das Zürcher Obergericht hat entschieden, die Repräsentativität eines Arbeitnehmerverbandes auf betrieblicher Ebene sei gegeben, wenn der Verband 10 von insgesamt 270 Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern eines Unternehmens vertrete<sup>35</sup>. Angesichts dieser relativ bescheidenen Anforderungen dürfte, trotz des verbreitet geringen Organisationsgrades der Arbeitnehmerschaft, auch innerhalb der GAV-Geltungsbereiche die Repräsentativität der Personalverbände normalerweise gegeben sein.

### 5.5 Loyalität

Viertens muss ein Arbeitnehmerverband, um als Verhandlungspartner im Hinblick auf den Abschluss eines GAV anerkannt zu werden, bereit sein, den GAV *loyal* zu erfüllen, und überhaupt ein *vertrauenswürdiger Partner* sein. Es wird diesbezüglich erneut auf die Darlegungen in den Ziff. 4.2 und 4.3 und insbesondere auf die dort referierte Bundesgerichtspraxis verwiesen.

Mangelnde Loyalität darf aber nicht gleichgesetzt werden mit Engagement, sogar Kampfbereitschaft eines Personalverbandes für die Interessen seiner Mitglieder. Ein Personalverband darf legitimerweise

im Extremfall auch mittels Streik seine Forderungen gegenüber der Arbeitgeberseite durchsetzen. In der Praxis dürften daher die Fälle, in denen Personalverbände wegen mangelnder Loyalität abgewiesen werden können, selten sein.

### 5.6 Zum Gehalt des Verhandlungsanspruchs

Der Verhandlungsanspruch umfasst nicht bloss die traditionellen Verhandlungsrunden der Arbeitgeber- und Arbeitnehmerseite mit formellen Forderungen und Gegenforderungen, sondern meines Erachtens grundsätzlich alle Gespräche und sonstige Aktivitäten der Sozialpartner, die im Hinblick auf den Abschluss oder die Erneuerung eines Gesamtarbeitsvertrags von Bedeutung sein können. Arbeitnehmerverbände, die einen Verhandlungsanspruch besitzen, müssen von Anfang an am sozialpartnerschaftlichen Willensbildungsprozess teilnehmen und ihn mitbestimmen können. Was die Verhältnisse im Kanton Solothurn betrifft (vgl. Ziff. 1 hievore), gehört daher zum Verhandlungsanspruch meines Erachtens auch die Mitwirkung der Arbeitnehmerverbände in der kantonalen Kommission für Besoldungs- und Personalfragen. Denn diese Kommission hat allgemein alle Besoldungs- und Personalfragen grundsätzlicher Art zu beraten, was für GAV-Regelungen zweifellos relevant sein kann, und speziell den Gesamtarbeitsvertrag zu Handen der Vertragspartner vorzubereiten<sup>36</sup>. Wesentliche Arbeiten der Sozialpartner im Hinblick auf den Gesamtarbeitsvertrag finden also offensichtlich in dieser Kommission statt. Deshalb haben Personalverbände, die einen Verhandlungsanspruch besitzen, auch Anspruch auf Einsitz in dieser Kommission. Dem Regierungsrat steht es nicht zu, mittels Verordnung den Kreis der einsitzberechtigten Arbeitnehmerverbände zum Voraus auf den Staatspersonalverband, den VPOD und den Verband Lehrerinnen und Lehrer Solothurn zu beschränken. § 28 der Verordnung vom 27. März 2001 zum Gesetz über das Staatspersonal ist, soweit wider das in der verfassungsrechtlichen Koalitionsfreiheit und Tarifautonomie verkörperte Persönlichkeitsrecht anderer Personalverbände verstossend (vgl. Ziff. 3 und 4 hievore), rechtswidrig und unbeachtlich<sup>37</sup>.

<sup>36</sup> Vgl. §§ 28 und 29 der Verordnung vom 27. März 2001 zum Gesetz über das Staatspersonal.

<sup>37</sup> Vgl. auch *Michel* (Anm. 5) S. 265.

<sup>35</sup> JAR 1984 S. 205, 214.



## 6. Zusammenfassende Schlussfolgerungen

Die wesentlichen *Schlussfolgerungen* kann ich wie folgt zusammenfassen:

6.1 Unter den Voraussetzungen der Tariffähigkeit, Tarifzuständigkeit, Repräsentativität und Loyalität haben Personalverbände des öffentlichen Dienstes gegenüber dem öffentlichen Arbeitgeber und beteiligten Personalverbänden einen Rechtsanspruch auf Beitritt zu einem bestehenden Gesamtarbeitsvertrag (vgl. Ziff. 5.2-5.5 in Verbindung mit Ziff. 4.2 hievore).

6.2 Unter denselben Voraussetzungen haben Personalverbände des öffentlichen Dienstes gegenüber dem öffentlichen Arbeitgeber auch einen Rechtsanspruch, im Hinblick auf den Abschluss eines Gesamtarbeitsvertrages als Verhandlungspartner anerkannt zu werden (vgl. Ziff. 5.2-5.5 in Verbindung mit Ziff. 4.3 hievore).

Jedoch wäre der öffentliche Arbeitgeber frei, letztlich den Gesamtarbeitsvertrag, sollte ein Personalverband die entsprechende Vertragsofferte des Arbeitgebers ablehnen, nur mit den anderen Personalverbänden abzuschliessen (vgl. Ziff. 4.4 hievore).

6.3 Personalverbände des öffentlichen Dienstes, die einen Verhandlungsanspruch gegenüber dem öffentlichen Arbeitgeber besitzen, haben Anspruch auf Teilnahme an allen Gesprächen und sonstigen Aktivitäten der Sozialpartner, die im Hinblick auf den Abschluss oder die Erneuerung eines Gesamtarbeitsvertrages von Bedeutung sein können, also z.B. auch Anspruch auf Einsitz in eine Kommission für Besoldungs- und Personalfragen, die alle Besoldungs- und Personalfragen grundsätzlicher Art berät und speziell den Gesamtarbeitsvertrag zu Handen der Vertragspartner vorbereitet (vgl. Ziff. 5.6 in Verbindung mit Ziff. 5.2-5.5 und Ziff. 4 hievore).

6.4 Massnahmen des öffentlichen Arbeitgebers, die darauf abzielen, Personalverbände, die einen Verhandlungsanspruch besitzen, von den GAV-Verhandlungen und von der Mitwirkung in entsprechenden Gremien auszuschliessen, wären eine Verletzung der in der verfassungsrechtlichen Koalitionsfreiheit und Tarifautonomie verkörperten Persönlichkeitsrechte dieser Personalverbände sowie eine Missachtung von Funktion und Zweck des verfassungsrechtlich vorgesehenen Regelungsinstrumentes Gesamtarbeitsvertrag (vgl. Ziff. 3 und 4 hievore).