Urteilskopf

111 II 245

51. Auszug aus dem Urteil der I. Zivilabteilung vom 18. Juni 1985 i.S. X. AG gegen A. und Mitbeteiligte (Berufung)
Regeste (de):
Berufung, Endentscheid. Art. 48 Abs. 1 OG.

Zulässigkeit der Berufung gegen ein in Gutheissung eines ausserordentlichen Rechtsmittels gefälltes neues Sachurteil (E. 1).

Arbeitsvertrag, Streikrecht. Fristlose Entlassung infolge Streiks (Art. 337 OR).

1. Wieweit ist das Streikrecht verfassungsrechtlich gewährleistet? Frage offengelassen (E. 4a).

2. Dritt- oder Horizontalwirkung der Grundrechte. Im Rahmen grundrechtskonformer Auslegung des Art. 337 OR muss sich der Zivilrichter mit den Auswirkungen eines allfälligen verfassungsrechtlich garantierten Streikrechts auf das Arbeitsvertragsrecht auseinandersetzen und gegebenenfalls prüfen, ob ein rechtmässiger Streik den Arbeitsvertrag verletzt (E. 4b).

3. Frage offengelassen, ob ein rechtmässiger Streik den Arbeitsvertrag verletzt, da im konkreten Fall ein unverhältnismässiger und deshalb nicht rechtmässiger Streik vorliegt (E. 4c u. 5).

Regeste (fr):
Recours en réforme, décision finale, Art. 48 al. 1 OJ.

Recevabilité du recours en réforme contre un nouveau jugement au fond, rendu après admission d'un recours extraordinaire (consid. 1).

Contrat de travail, droit de grève. Renvoi immédiat par suite de grève (art. 337 CO).

1. Dans quelle mesure le droit de grève est-il garanti par la Constitution? Question laissée indécise (consid. 4a).

2. Effet "horizontal" des droits fondamentaux, dans les relations entre particuliers. Dans le cadre d'une interprétation conforme à la Constitution de l'art. 337 CO, le juge civil doit tenir compte des effets que pourrait avoir une garantie constitutionnelle du droit de grève sur les rapports contractuels de travail et examiner, le cas échéant, si une grève licite est contraire au contrat de travail (consid. 4b).

3. Question laissée indécise en l'espèce, la grève en cause heurtant le principe de proportionnalité et étant donc illégale (consid. 4c et 5).

Regesto (it):
Ricorso per riforma, decisione finale. Art. 48 cpv. 1 OG.

Ammissibilità del ricorso per riforma contro una nuova decisione sul merito, pronunciata in accoglimento di un rimedio giuridico straordinario (consid. 1).

Contratto di lavoro, diritto di sciopero. Licenziamento immediato in seguito a sciopero (art. 337 CO).

1. In quale misura il diritto di sciopero è garantito dalla Costituzione? Questione lasciata indecisa (consid. 4a).

2. Effetto nei confronti dei terzi, od effetto "orizzontale", ossia nei rapporti tra privati, dei diritti fondamentali. Nel quadro di un'interpretazione conforme alla Costituzione dell'art. 337 CO, il giudice civile deve tener conto degli effetti che una garanzia costituzionale del diritto di sciopero potrebbe avere sui rapporti contrattuali di lavoro ed esaminare, se del caso, se uno sciopero lecito sia contrario al contratto di lavoro (consid. 4b).

3. Questione lasciata indecisa nella fattispecie, dato che lo sciopero di cui trattasi concretamente viola il principio della proporzionalità ed è quindi illegittimo (consid. 4c, 5).

Sachverhalt ab Seite 246

BGE 111 II 245 S. 246

A.- Die Firma X. AG, Zürich, trat 1978 an die Stelle der früheren Einzelfirma gleichen Namens. Sie besass Filialen in der ganzen Schweiz und ein Zentrallager in R., wo sie etwa 30 ihrer insgesamt 270 Arbeitnehmer beschäftigte. Am 26. Mai 1978 schloss noch die Einzelfirma mit dem Christlichen Metallarbeiter-Verband (CMV) vor dem Einigungsamt des Kantons Zürich einen Vergleich, in dem sie sich verpflichtete, Belegschafts- und Gewerkschaftsvertreter in regelmässigen, mindestens halbjährlichen Abständen über die Entwicklung der wirtschaftlichen und finanziellen Verhältnisse der Unternehmung zu orientieren. Ausserdem versprach sie, wenn die Belegschaft oder die Gewerkschaft ihrerseits eine solche generelle Orientierung mit plausiblen Gründen verlange,

BGE 111 II 245 S. 247

werde die Geschäftsleitung diese ausserordentlicherweise ansetzen. Sodann erklärten sich die Parteien bereit, Verhandlungen über die Schaffung einer Betriebskommission und den Abschluss eines Gesamtarbeitsvertrags für die Gesamtunternehmung aufzunehmen, wobei der Gesamtarbeitsvertrag erst nach der für den Herbst 1978 vorgesehenen Gründung der Aktiengesellschaft abgeschlossen werden solle. Geordneten Geschäftsgang vorausgesetzt, verpflichtete sich die Firma schliesslich, spätestens im Dezember 1978 über einen Teuerungsausgleich zu verhandeln mit dem Ziel, auf den 1. Januar 1979 die Saläre zu erhöhen. Dabei sollten die Monatslöhne bis Fr. 2'500.– um mindestens Fr. 150.– und die Monatslöhne bis Fr. 2'700.– um mindestens Fr. 100.– erhöht werden. Im Verlaufe des Jahres 1978 kam es zu verschiedenen Besprechungen des geschäftsführenden Direktors der Firma mit Vertretern der inzwischen gebildeten Betriebskommission und des CMV. Ab Dezember 1978 wurden diese Verhandlungen von Rechtsanwalt Y., dem Verwaltungsratspräsidenten der neugebildeten Aktiengesellschaft, geführt. Am 20. Dezember 1978 fand eine solche Besprechung mit Vertretern von Gewerkschaft und Betriebskommission statt. Y. sprach von finanziellen Schwierigkeiten der Firma, von einer Reduktion des Personalbestandes und von einer Umstrukturierung des Zentrallagers. Er legte auch dar, dass und weshalb die Firma unmöglich auf einen Gesamtarbeitsvertrag eintreten könne; sie werde sich jedoch um Gewährung eines Teuerungsausgleiches bemühen. Im Januar 1979 kam es zu einem brieflichen Vorstoss des CMV hinsichtlich Mindestlöhnen und Gesamtarbeitsvertrag sowie zu einer Versammlung der Belegschaft des Zentrallagers, an welcher ein Direktor der Firma beschwichtigende Erklärungen abgab. Mit Brief vom 26. Januar 1979 beanstandete Y. die Durchführung dieser Betriebsversammlung ohne Bewilligung und erklärte weitere Verhandlungen

für zwecklos, weil die Firma ausserordentliche Massnahmen ergreifen müsse. Am 31. Januar 1979 bekamen der Präsident der Betriebskommission sowie ein Monteur die Kündigung. Darauf erliess der CMV ein Pressekommuniqué; darin war von 35 Entlassungen für das Gesamtunternehmen die Rede und wurde festgehalten, dass sich die Firma über ihre Pflicht zur Information und zu Gesamtarbeitsvertrags-Verhandlungen hinwegsetze. Nach weiteren Korrespondenzen schrieb der CMV am 8. Mai 1979, man habe erfahren, dass die Schliessung des Zentrallagers angeordnet und 46 Kündigungen ausgesprochen worden seien, ohne mit der Gewerkschaft Fühlung

zu nehmen. Y. wollte in seiner Antwort vom 14. Mai wissen, wer derartige Behauptungen aufstelle und welche Gewerkschaftsmitglieder betroffen seien. Darauf stellte der CMV am 15. Mai 1979 beim kantonalen Einigungsamt ein Vermittlungsgesuch, weil die Firma alle Gespräche über die Durchführung von Entlassungen ablehne. Die Verhandlung wurde auf den 30. Mai festgesetzt, auf Wunsch von Y. dann aber auf den 8. Juni 1979 verschoben. Am Abend des 29. Mai 1979 beschlossen die Arbeitnehmer des Zentrallagers, ab nächsten Morgen in einen befristeten Ausstand zu treten, was der CMV am 30. Mai dem Einigungsamt mitteilte. Am 31. Mai forderte die Firma die Streikenden unter Androhung der fristlosen Entlassung brieflich auf, die Arbeit am 5. Juni, 7 Uhr, wieder aufzunehmen. Am nämlichen 5. Juni fand eine Sühneverhandlung vor Einigungsamt statt, die erfolglos verlief. Gleichentags 16 Uhr beschlossen die Streikenden, die Arbeit am 6. Juni wieder aufzunehmen. Mit Brief vom 5. Juni hatte die Firma aber bereits die fristlose Entlassung ausgesprochen. Eine weitere Verhandlung mit dem Einigungsamt blieb am 8. Juni ebenfalls erfolglos, indem zwar die Arbeitnehmer, nicht aber die Firma einem Vergleichsvorschlag zustimmten.

B.- Im Juni 1979 klagten zehn Arbeitnehmer gegen die Firma auf Bezahlung von Beträgen zwischen Fr. 1'022.– und Fr. 17'245.–. Die Beklagte bestritt die Ansprüche und forderte von allen Klägern mit Widerklage eine Entschädigung von je Fr. 2'000.– zuzüglich ein Viertel eines Monatslohns; ausserdem verlangte sie einzelne ausbezahlte Beträge zurück. Das Arbeitsgericht des Bezirks Zürich erklärte am 18. Dezember 1981 die fristlosen Entlassungen der Kläger wegen ihres Streiks für berechtigt. Auf Berufung beider Parteien bejahte demgegenüber das Obergericht des Kantons Zürich mit Urteil vom 8. Dezember 1983 das Streikrecht und erklärte deshalb die fristlosen Entlassungen für unbegründet. Auf kantonale Nichtigkeitsbeschwerde der Beklagten hob das Kassationsgericht des Kantons Zürich das obergerichtliche Urteil am 20. September 1984 für drei Kläger auf, berücksichtigte einen Verrechnungsabzug von je Fr. 125.90 und ersetzte das Urteil insoweit durch seinen eigenen Entscheid.

C.- Die Beklagte hat gegen das Urteil des Obergerichts und gegen den Entscheid des Kassationsgerichts Berufung erhoben, im wesentlichen mit dem Antrag, die angefochtenen Entscheide aufzuheben und das Urteil des Arbeitsgerichts zu bestätigen.

D.- Das Bundesgericht erachtet die fristlosen Entlassungen grundsätzlich für begründet und heisst in diesem Sinn die beiden Berufungen gut.

Erwägungen

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Das Kassationsgericht hat das Urteil des Obergerichts mit Bezug auf die Kläger 2-4 aufgehoben und durch sein eigenes Urteil ersetzt. Die Änderung liegt freilich nur in der Berücksichtigung eines Verrechnungsabzugs von je Fr. 125.90. Gleichwohl liegt im Entscheid des Kassationsgerichts nunmehr der nach Art. 48 Abs. 1 OG berufungsfähige Endentscheid (BGE 93 II 284 E. 1 in Verbindung mit § 291 ZPO/ZH). Die Beklagte hat daher zu Recht auch diesen Entscheid mit Berufung angefochten. Hinsichtlich dieser drei Kläger wird damit zugleich die erste Berufung gegenstandslos. Die Berufungen richten sich zwar gegen verschiedene Vorinstanzen, betreffen aber den nämlichen Sachverhalt und sind auf weite Strecke identisch; es rechtfertigt sich daher, sie gemeinsam zu beurteilen. Die erste Berufung richtet sich zu Unrecht auch gegen den Kläger 5, der schon seine kantonale Berufung zurückgezogen hat und daher, abgesehen von der Kostenfolge, vom angefochtenen Urteil nicht mehr berührt wird. Insoweit ist auf die erste Berufung nicht einzutreten. Beide Berufungen erfüllen hinsichtlich des Streitwertes die gesetzlichen Anforderungen (Art. 46 OG). Bezüglich der sechs Kläger, die von der ersten Berufung betroffen sind, waren am Schluss des obergerichtlichen Verfahrens insgesamt rund Fr. 34'000.– im Streit, bezüglich der drei Kläger gemäss der zweiten Berufung insgesamt rund Fr. 14'000.– (Art. 47 Abs. 1 OG; BGE 104 II 126 E. 1, BGE 103 II 43 E. 1).

3. Das Obergericht hat die fristlose Entlassung der Kläger für ungerechtfertigt erklärt, weil der Streik rechtmässig gewesen sei. Das Arbeitsgericht hingegen hat die Berufung der Kläger auf das Streikrecht zurückgewiesen und die fristlose Entlassung geschützt. In diese Richtung gehen auch die Ausführungen der Beklagten. Als wichtiger Grund, der eine fristlose Entlassung rechtfertigt, gilt namentlich jeder Umstand, bei dessen Vorhandensein dem Kündigenden nach Treu und Glauben die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nicht mehr zugemutet werden darf (Art. 337 Abs. 2 OR). Die Beurteilung hängt von den Umständen des Einzelfalls

ab, insbesondere von der Stellung und Verantwortung des Arbeitnehmers, der Natur und Dauer des Vertragsverhältnisses sowie von der Art und Schwere der Vorwürfe. Dabei kann eine schwere Pflichtverletzung die fristlose Entlassung ohne Vorwarnung rechtfertigen, während weniger schwere Verstösse nur bei Beharrlichkeit oder erfolgloser Verwarnung genügen (BGE 108 II 446 mit Hinweisen). Die Arbeitsverweigerung oder unbegründete Abwesenheit während mehrerer Tage, die gegen eine klare Aufforderung des Arbeitgebers verstösst, ist ein typischer Entlassungsgrund im Sinn dieser Bestimmung (BGE 108 II 303 mit Hinweisen). Der Streik wurde am 29. Mai 1979 beschlossen, dauerte vom 30. Mai 1979 bis und mit 5. Juni 1979 und umfasste ohne den Pfingstmontag vier Arbeitstage. Die Beklagte forderte die Kläger am 30. Mai 1979 mündlich und sodann am folgenden Tag schriftlich unter Androhung der Entlassung auf, die Arbeit bis spätestens Dienstag, den 5. Juni 1979, wieder aufzunehmen. Dass die Kläger dem nicht Folge leisteten, erlaubte an sich nach dieser Rechtsprechung ihre Entlassung. Es fragt sich daher einzig, ob auch ein Streik unter dem Gesichtspunkt des Art. 337 OR als eine zur Auflösung des Arbeitsverhältnisses führende Arbeitsverweigerung zu betrachten ist.

4. Nach der älteren Lehre und Rechtsprechung galt jeder Streik ohne vorherige Kündigung des Arbeitsverhältnisses durch den Arbeitnehmer als Verletzung der Arbeitspflicht und damit als Vertragsbruch, welcher den Arbeitgeber zur fristlosen Entlassung berechtigte (vgl. insbesondere BGE 45 II 557 E. 1 sowie die Übersicht über weitere Entscheide bei THILO, De l'influence de la grève sur le contrat de travail, JdT 1922, S. 514 ff.; zur Doktrin siehe die Hinweise bei VISCHER, Streik und Aussperrung in der Schweiz, Wirtschaft und Recht 1981, Heft 2, S. 16, N. 26). Diese Auffassung geht von einer strengen Trennung zwischen Arbeitskampf und Arbeitsvertrag aus und wird deshalb in der neueren Lehre kritisiert (vgl. die Hinweise bei VISCHER, a.a.O., N. 27 und in der Botschaft zur Europäischen Sozialcharta, BBl 1983 II, S. 1287). Die neuere Lehre beruft sich

darauf, dass die Arbeitskampffreiheit zur schweizerischen Wirtschaftsordnung gehöre und auch verfassungsrechtlich - als Ausfluss der Koalitionsfreiheit (Art. 56 BV, Art. 11 EMRK) oder als notwendige Voraussetzung der Bundeskompetenzen gemäss Art. 34ter Abs. 1 lit. b und c BV - verankert sei, und fordert, dass dem bei der Auslegung des Arbeitsvertragsrechts

BGE 111 II 245 S. 251

Rechnung getragen werde. Das wirft nicht nur die Frage auf, wieweit ein Streikrecht verfassungsrechtlich geschützt sei (nachstehend lit. a, sondern ebenfalls die weitere Frage, ob ein solches Recht eine Horizontal- oder Drittwirkung auf das Arbeitsvertragsrecht entfalten könne (nachstehend lit. b). a) Das schweizerische Recht enthält keine ausdrückliche Anerkennung des Streikrechts. Der gesamtarbeitsvertraglich verankerte und durch die absolute Friedenpflicht gesicherte soziale Frieden bestimmt in weitestem Mass die Beziehungen zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern. Auf dieser Grundlage gedieh auch die Streiterledigung, und der weitgehend herrschende Arbeitsfriede hat bisher kein dringendes Bedürfnis nach einer rechtlichen Erfassung des Streiks geschaffen (Botschaft betreffend die Europäische Sozialcharta, BBl 1983 II, S. 1284 f.; GYGI, Wirtschaftsverfassungsrecht, S. 190; ZANETTI, Gesamtarbeitsvertrag und Friedenspflicht, Wirtschaft und Recht 1981, Heft 2, S. 30 ff.). Art. 11 EMRK, der die Koalitionsfreiheit ausdrücklich erwähnt, verlangt nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte nur, dass die nationale Gesetzgebung den Gewerkschaften erlaube, zum Schutz der Interessen ihrer Mitglieder zu kämpfen, gewährleistet aber nicht bestimmte Formen der kollektiven Interessenwahrnehmung (Urteil vom 27. Oktober 1975 i.S. Syndicat national de la police belge, Serie A Nr. 19, S. 18, § 39; Urteil vom 13. August 1981 i.S. Young, James und Webster, Serie A, Nr. 44, S. 21 f., § 52). Ob das von der Schweiz ratifizierte, am 25. März 1976 in Kraft getretene IAO-Übereinkommen Nr. 87 über die Vereinigungsfreiheit und den Schutz des Vereinigungsrechts von 1948 (SR 0.822.719.7; AS 1976, 689) auch das Streikrecht gewährleistet, ist unklar (VISCHER, N. 59 Vorbemerkungen zu Art. 356-360 OR; vgl. dazu auch Conférence internationale du Travail, 69e session 1983, Rapport III, Liberté syndicale et négociation collective, Etude d'ensemble, S. 64, §§ 204 f.; S. 70 f., §§ 222 f. mit den Bedenken der Kommission gegenüber einem generellen Streikverbot). Nach dem Entwurf für eine Totalrevision der Bundesverfassung soll sowohl den Arbeitnehmern wie den Arbeitgebern das Recht zu kollektiven Kampfmassnahmen "im Zusammenhang mit Arbeitsbeziehungen" gewährleistet werden (Art. 28 Abs. 3 des Verfassungsentwurfs), womit einerseits klargestellt werden soll, dass Streik und Aussperrung verfassungsrechtlich garantiert seien, anderseits aber auch, dass diese Garantie namentlich politische Streiks oder Aussperrungen nicht einschliesse

BGE 111 II 245 S. 252

(Bericht der Expertenkommission für die Vorbereitung einer Totalrevision der Bundesverfassung, S. 67). Eine ausdrückliche Garantie des Streikrechts sieht schliesslich die Europäische Sozialcharta vor, deren Ratifikation gegenwärtig in den eidgenössischen Räten zur Debatte steht und vom Bundesrat vorgeschlagen wird (Botschaft, BBl 1983 II, S. 1269 ff.). Nach Art. 6 Ziff. 4 der Sozialcharta anerkennen die Vertragsstaaten "das Recht der Arbeitnehmer und der Arbeitgeber auf kollektive Massnahmen einschliesslich des Streikrechts im Falle von Interessenkonflikten, vorbehältlich etwaiger Verpflichtungen aus geltenden Gesamtarbeitsverträgen". Der Bundesrat empfiehlt, diese Bestimmung als bindend anzuerkennen, unter dem Vorbehalt einer auslegenden Erklärung zum Beamtenstreik (Botschaft, BBl 1983 II, S. 1279 ff.). In der Literatur steht für die rechtliche Begründung einer Arbeitskampffreiheit schon historisch die Vereinsfreiheit des Art. 56 BV im Vordergrund, aus welcher die Koalitionsfreiheit abgeleitet wird. Diese legitimiert nach verschiedenen Autoren die Tätigkeit der Koalitionen und damit auch den Arbeitskampf (vgl. aus der älteren Literatur: BERENSTEIN, Le droit de grève

dans la législation suisse, Wirtschaft und Recht 1951, S. 35; LAISSUE, La grève et ses effets sur le contrat de travail, S. 2; aus der neueren Literatur: REHBINDER, Die Koalitionsfreiheit als öffentlich-rechtliches Freiheitsrecht, in: Gegenwartsprobleme der Koalitionsfreiheit, Schriften zum Schweizerischen Arbeitsrecht, Heft 7, S. 23 f.; REHBINDER, Schweizerisches Arbeitsrecht, 7. Auflage, S. 167; BERENSTEIN, Schweizer Beitrag zur International Encyclopaedia for Labour Law and Industrial Relations 1984, N. 597). Eine tragfähigere Grundlage sehen mehrere Autoren in dem mit den Wirtschaftsartikeln von 1947 eingeführten Art. 34ter BV, der mit der Verankerung des kollektiven Arbeitsrechts und namentlich der Gesamtarbeitsverträge die Zulässigkeit von Arbeitskämpfen voraussetze (BERENSTEIN, Wirtschaft und Recht 1951, a.a.O., S. 44; TSCHUDI, Die Sicherung des Arbeitsfriedens durch das schweizerische Recht (1952), in: Gesammelte Schriften, Festgabe zum 70. Geburtstag des Verfassers, 1983, S. 237; GYGI, Wirtschaftsverfassungsrecht, S. 179 f. und 183; VISCHER, Zum Gesamtarbeitsvertrag in der schweizerischen Wirtschaftsordnung, in: Festschrift für Meier-Hayoz 1982, S. 415). Allgemein wird anerkannt, dass die Arbeitskampffreiheit Teil der freiheitlichen schweizerischen Wirtschaftsordnung sei; diese schliesse eine staatliche Zwangsschlichtung von kollektiven Arbeitskonflikten aus und müsse daher den Arbeitskampf

als äusserstes Mittel zur Herbeiführung des Arbeitsfriedens zulassen, wenn Patt-Situationen in Verhandlungen über einen Gesamtarbeitsvertrag nicht anders überwunden werden könnten (SCHLUEP, Überbordungsgefahren von Arbeitskonflikten in unserer Zeit, S. 17; REHBINDER, Die Koalitionsfreiheit, a.a.O., S. 23 f.; BOIS, Conflits collectifs de travail et condition du salarié, in: XVIIIe Journée juridique, Mémoires publiés par la Faculté de droit de Genève, S. 83 ff.; VISCHER, Der wilde Streik, Wirtschaft und Recht 1981, Heft 2, S. 21; VISCHER, N. 9 ff. Vorbemerkungen zu Art. 356-360 OR und N. 25, 27 zu Art. 357a OR; TSCHUDI, Neue Probleme im schweizerischen Arbeitsrecht, SJZ 78/1982, S. 94 f.; BRÜHWILER, Kritische Betrachtung der neueren Rechtsprechung auf dem Gebiet des Arbeitsrechts, SJZ 79/1983, S. 285). Auch wenn danach offen ist, wieweit der Einsatz von Streik und Aussperrung in der Schweiz verfassungsrechtlichen Schutz geniesst, ist immerhin klar, dass die Formulierung des Arbeitsgerichts, im schweizerischen Arbeitsrecht habe das Streikrecht, ja das Recht auf kollektive Arbeitskampfmassnahmen, noch keinen Eingang gefunden, offensichtlich zu absolut und zu summarisch ausgefallen ist (vgl. dazu auch die Kritik von BRÜHWILER, SJZ 79/1983, a.a.O., S. 284 f., ferner REHBINDER, Schweizerisches Arbeitsrecht, 7. Auflage, S. 167). Umgekehrt kann aber auch als anerkannt gelten, dass das Streikrecht jedenfalls in dem Sinne dem ultima-ratio-Prinzip unterliegt, als der Arbeitskampf nur als äusserstes Mittel zur Herbeiführung des Arbeitsfriedens in Frage kommt. Eine weitergehende Auseinandersetzung über die verfassungsrechtliche Anerkennung des Streikrechts erübrigt sich damit im vorliegenden Fall. b) Nach der Lehre von der Dritt- und Horizontalwirkung der Grundrechte erstreckt sich die Wirkung der Grundrechte auch auf die Beziehungen unter Privatpersonen. Diese Betrachtungsweise beruht einerseits auf der Einsicht, dass dem Schwachen Gefährdungen seiner Grundrechte nicht nur durch staatliche Übergriffe, sondern auch durch soziale und gesellschaftliche Macht erwachsen; anderseits ist sie Ausdruck eines gewandelten Grundrechtsverständnisses, wonach die Grundrechte elementare Ordnungsprinzipien für die gesamte Rechtsordnung darstellen und daher normierend auch in das Privatrecht eingreifen

(J.P. MÜLLER, Elemente einer schweizerischen Grundrechtstheorie, S. 80; J.P. MÜLLER, Die Grundrechte der Verfassung und der Persönlichkeitsschutz des Privatrechts, Diss. Bern 1964, S. 23 ff., 161 ff.; SALADIN,

Grundrechte im Wandel, 3. Auflage, S. 307 ff.; SALADIN, Rechtsbeziehungen zwischen Eltern und Kindern als Gegenstand des Verfassungsrechts, in: Familienrecht im Wandel, Festschrift für Hans Hinderling 1976, S. 201 ff.; G. MÜLLER, Die Drittwirkung der Grundrechte, ZBl 79/1978, S. 235 f.; MORAND, Les droits fondamentaux en Suisse, in: Recueil des travaux suisses présentés au IXe Congrès international de droit comparé 1976, S. 212 f.; siehe auch Bericht der Expertenkommission für die Vorbereitung einer Totalrevision der Bundesverfassung, S. 55 zu Art. 25 des Verfassungsentwurfs). Drittwirkung bedeutet danach aber nicht ausnahmslose, gleichmässige Anwendung der Grundrechte im Privatrecht. Weder sind alle Grundrechte gleichermassen geeignet, die Regelungen der Privaten unter sich zu gestalten, noch bedürfen alle privatrechtlichen Verhältnisse gleichermassen der Ausrichtung auf die Grundrechte; bei letzteren ist insbesondere nach der sozialen Machtintensität zu differenzieren (J.P. MÜLLER, Elemente, a.a.O., S. 85; J.P. MÜLLER, Die Grundrechte der Verfassung, a.a.O., S. 167; G. MÜLLER, a.a.O., S. 240 f.; SALADIN, Grundrechte im Wandel, 3. Auflage, S. 318 f.; in diese Richtung weist auch Art. 25 des Verfassungsentwurfs für eine Totalrevision der Bundesverfassung, Bericht der Expertenkommission, a.a.O., S. 55). Allgemein wird sodann hervorgehoben, dass es in erster Linie dem Gesetzgeber aufgetragen ist, die privatrechtlichen Beziehungen im Sinn der Grundrechte auszugestalten (J.P. MÜLLER, Elemente, a.a.O., S. 86; J.P. MÜLLER, Die Grundrechte der Verfassung, a.a.O., S. 177; SALADIN, Grundrechte im Wandel, 3. Auflage, S. 318 f.). Über die Art und Weise, wie sich die Grundrechte darüber hinaus im einzelnen auf die privatrechtlichen Verhältnisse auswirken, gehen die Lehrmeinungen auseinander. In Anlehnung an die deutsche Lehre wird insbesondere zwischen direkter und indirekter Drittwirkung unterschieden. Nach den Vertretern der direkten Drittwirkung binden die Grundrechte den Privatrechtsverkehr unmittelbar, während sie nach den Verfechtern der indirekten Drittwirkung nur mittelbar, über Generalklauseln, unbestimmte Rechtsbegriffe und andere Formen offener Normierung auf das Privatrecht ausstrahlen (J.P. MÜLLER, Elemente, a.a.O., S. 84; G. MÜLLER, a.a.O., S. 241 f., je mit einlässlichen Hinweisen). Eine vermittelnde Auffassung geht sodann von der indirekten Drittwirkung aus, will aber dort, wo sich die mittelbare Ausstrahlung der Grundrechte ins Privatrecht als unzulänglich erweist, den direkten Rückgriff auf die Grundrechte zulassen (G. MÜLLER, a.a.O., S. 242 oben mit Hinweisen).

Dabei wird nicht verkannt, dass sowohl die unmittelbare wie die mittelbare Anwendung von Grundrechten auf privatrechtliche Verhältnisse den Richter unter Umständen vor schwierige Probleme stellt: Er muss nicht nur grundrechtlich verbürgte Positionen Privater gegenseitig abgrenzen, sondern zugleich dem Wesen der Privatautonomie Rechnung tragen. Als Besonderheit kommt hinzu, dass das Bedürfnis nach einer möglichst umfassenden, dichten und bestimmten Regelung auf Gesetzesebene im Privatrecht meistens grösser ist als in anderen Rechtsgebieten, weil das Privatrecht die Gestaltung von Rechtsbeziehungen und die richterliche Problemlösung im Interesse der Rechtssicherheit grundsätzlich mit Hilfe hinreichend klarer, detaillierter und bestimmter Regelungen ermöglichen soll. Das hat zum Teil in der Lehre die Auffassung bestärkt, es sei grundsätzlich Aufgabe des Gesetzgebers und nicht des Richters, diese komplexe Abwägung vorzunehmen (dazu besonders G. MÜLLER, a.a.O., S. 243). Aber selbst nach dieser Auffassung bleibt dem Zivilrichter unbestritten die Aufgabe, zivilrechtliche Generalklauseln und unbestimmte Gesetzesbegriffe grundrechtskonform auszulegen (G. MÜLLER, a.a.O., S. 243 f.; vgl. dazu auch J.P. MÜLLER, Elemente, a.a.O., S. 85 f.; J.P. MÜLLER, Die Grundrechte der Verfassung, a.a.O., S. 177 f.; SALADIN, Grundrechte im Wandel, 3. Auflage, S. 318 f.). Eine abschliessende Stellungnahme zu diesen umstrittenen Modalitäten der Drittwirkung ist hier nicht nötig. In der schweizerischen Lehre wird heute überwiegend eine Horizontalwirkung der Grundrechte bejaht; zumindest die indirekte Drittwirkung im Sinn des Gebots grundrechtskonformer Auslegung privatrechtlicher Normen ist beinahe durchwegs anerkannt (J.P. MÜLLER, Elemente, a.a.O., S. 81; AUBERT, Traité de droit constitutionnel suisse, Supplément 1967-1982, S. 210 f., Nos 1743-1745; G. MÜLLER, a.a.O., S. 233 ff.; SALADIN, Grundrechte im Wandel, 3. Auflage, S. 307 ff.; SALADIN, a.a.O., in: Festschrift für Hinderling, S. 201 f.; MORAND, a.a.O., S. 212 f.; aus der früheren Literatur vgl. insbesondere: H. HUBER, Die Bedeutung der Grundrechte für die sozialen Beziehungen unter den Rechtsgenossen, ZSR 1955 I, S. 173 ff.; H. HUBER, Der Schutz der Staatsbürgerrechte des Arbeitnehmers, ZSR 1963 I, S. 131 ff.; GROSSEN, La protection de la personnalité en droit

privé, ZSR 79/1960 II, S. 15a ff.; J.P. MÜLLER, Die Grundrechte der Verfassung, a.a.O., S. 160 ff.; generell ablehnend demgegenüber WESPI, Die Drittwirkung der Freiheitsrechte, Diss. Zürich 1968, besonders S. 42 ff., 53 ff., 84 ff., 91 ff.). Auch das Bundesgericht

BGE 111 II 245 S. 256

hat in seiner Rechtsprechung verschiedentlich anerkannt, dass den Grundrechten unter Umständen Wirkung zwischen Privaten zukommt. Bereits in einem frühen Entscheid hat es der Religionsfreiheit Horizontalwirkung auf das Verhältnis zwischen Ehegatten zuerkannt (BGE 4, 435 E. 2). In der vielbesprochenen Rechtsprechung zur Zulässigkeit des Boykotts vor Erlass des Kartellgesetzes führte es aus, die schweizerische Wirtschaft beruhe auf freiem Wettbewerb, der auch durch private Abmachungen nicht ausgeschaltet werden dürfe (BGE 82 II 302, BGE 85 II 496 f., BGE 86 II 376). Im bekannten Fall Seelig (BGE 80 II 41 f. E. 6) nahm das Bundesgericht bei der Prüfung der Frage, ob der Eigentümer eines Kinos einem nicht wohlgesinnten Filmkritiker den Besuch einer Filmvorführung untersagen dürfe, auf die Grundsätze Bezug, die in Auslegung der Verfassungsbestimmung über die Pressefreiheit entwickelt worden waren. Die allgemeine Frage, ob die Grundrechte den Bürger nicht bloss gegenüber dem Staat schützen, sondern auch im Verhältnis unter Privaten Beachtung verdienen, hat es in BGE 91 II 408 E. 3f noch offengelassen, in BGE 101 IV 172 E. 5 dann aber bejaht, als es zu prüfen hatte, ob das Verhindern eines durch die Universität Bern veranstalteten Vortrags des damaligen Ausbildungschefs der Armee durch organisiertes Brüllen der Studenten eine rechtswidrige Nötigung darstelle. In diesem Entscheid hat das Bundesgericht auch grundsätzlich die Wirkung der Meinungsfreiheit unter Privaten anerkannt (BGE 101 IV 172 E. 5). Ebenso hat es sich in BGE 107 Ia 280 f. E. 3 ausdrücklich zur indirekten Drittwirkung der Pressefreiheit bekannt, wobei es dem Stellenwert der Pressefreiheit bei der Konkretisierung des Persönlichkeitsschutzes gemäss Art. 27/28 ZGB seit langem in konstanter Rechtsprechung Rechnung trägt (BGE 111 II 213 E. 3c; BGE 107 Ia 280 E. 3a; BGE 71 II 192 f.). In der Lehre wird schliesslich hervorgehoben, einzelne Urteile liefen im Ergebnis auf eine Drittwirkung von Grundrechten hinaus, ohne dass das in der Begründung angedeutet werde, wie etwa in BGE 102 II 211 ff., worin die Nichtigkeit von Abreden über den Transfer von Fussballspielern unter anderem damit begründet worden ist, es handle sich dabei um einen unzulässigen Boykott (AUBERT, Supplément 1967-1982, a.a.O., S. 202 oben; G. MÜLLER, a.a.O., S. 239 f.). In diesen Zusammenhang ist die Forderung der neueren arbeitsrechtlichen Lehre zu stellen, das Arbeitsverhältnis werde durch rechtmässigen Streik oder rechtmässige Aussperrung nicht aufgelöst, sondern lediglich in seinen Hauptpflichten (Arbeits- und Lohnzahlungspflicht)

BGE 111 II 245 S. 257

für die Dauer des Arbeitskampfs suspendiert (Botschaft betreffend die Europäische Sozialcharta, BBl 1983 II, S. 1287 f.; VISCHER, Streik und Aussperrung in der Schweiz, a.a.O., S. 17; ausführlich und mit weiteren Hinweisen: G. AUBERT, L'obligation de paix du travail, Diss. Genf 1981, S. 243 ff.; HOHN, Streikrecht und Aussperrungsrecht, Diss. Bern 1978, S. 39 ff.; FLÜHMANN, Die Auswirkung von Arbeitskämpfen im Arbeitsvertragsrecht, Diss. Zürich 1976, S. 61 ff.). Eine gesetzliche Regelung dieser Streitfrage ist bisher nicht erfolgt und auch bei der Revision des Arbeitsvertragsrechts von 1971, wo verwandte Fragen wie der Schutz der negativen Koalitionsfreiheit (Art. 356a OR) oder ein Kündigungsschutz wegen Zugehörigkeit zu einer Gewerkschaft (BBl 1967 II, S. 385; vgl. auch BBl 1984 II, S. 558) ausgiebig zur Sprache kamen, nicht vorgesehen worden. In der Botschaft zur Europäischen Sozialcharta weist der Bundesrat darauf hin, angesichts der Uneinigkeit der Doktrin könne die Frage nach den Wirkungen des Arbeitskampfs auf das Arbeitsverhältnis gemäss schweize-

rischem Recht nicht klar beantwortet werden; er selber hält dafür, nur die Theorie, wonach der Arbeitskampf zu einer Suspendierung der arbeitsvertraglichen Hauptpflichten führt, sei mit der Sozialcharta vereinbar (Botschaft, a.a.O., S. 1288). Die Frage einer allfälligen Suspendierung der arbeitsvertraglichen Hauptpflichten ist in der Beratung des Ständerats, der in der Frühjahressession 1984 die Ratifikation der Charta abgelehnt hat, ebenfalls kontrovers geblieben (Amtl. Bull. Ständerat 1984, S. 28 ff.). Dass diese Streitfrage vom Gesetzgeber nicht geregelt ist, ändert nichts daran, dass sich der Richter bei der Anwendung des Art. 337 OR mit den Auswirkungen eines allfälligen verfassungsrechtlich garantierten Streikrechts (oben lit. a auseinandersetzen muss. Die genannte Bestimmung über die fristlose Entlassung aus wichtigen Gründen ist eine typische offene Norm, die nach dem Gesagten grundrechtskonformer Auslegung zugänglich ist. In diesem Rahmen hat der Richter gegebenenfalls zu prüfen, ob ein rechtmässiger Streik den Arbeitsvertrag verletze.
c) Ob ein rechtmässiger Streik den Arbeitsvertrag verletzt, braucht jedoch nicht entschieden zu werden, wenn der Streik der Kläger nicht als rechtmässig erscheint. Das Obergericht nennt aufgrund der neueren Literatur vier Voraussetzungen, die alle erfüllt sein müssen, damit ein Streik rechtmässig ist: er müsse von einer tariffähigen Organisation getragen werden, müsse durch Gesamtarbeitsvertrag

regelbare Ziele verfolgen, dürfe nicht gegen die Friedenspflicht verstossen und dürfe nicht unverhältnismässig sein (REHBINDER, Schweizerisches Arbeitsrecht, 7. Auflage, S. 168 ff; VISCHER, Streik und Aussperrung, a.a.O., S. 9 ff.; BRÜHWILER, Der Streik im schweizerischen Arbeitsrecht, Wirtschaft und Recht 1982, S. 273 ff. mit weiteren Hinweisen). Dabei steht das letztgenannte Erfordernis der Verhältnismässigkeit insofern im Vordergrund, als die Lehre den Arbeitskampf als äusserstes Mittel zur Herbeiführung des Arbeitsfriedens betrachtet, falls eine Patt-Situation in Verhandlungen über einen Gesamtarbeitsvertrag nicht anders überwunden werden kann; in diesem Sinn wird von den meisten Autoren der Streik als letztes Mittel (ultima ratio) verstanden (VISCHER, Streik und Aussperrung, a.a.O., S. 15 u. 19; VISCHER, N. 27 zu Art. 357a OR; TSCHUDI, Neue Probleme im schweizerischen Arbeitsrecht, SJZ 78/1982, S. 95; BRÜHWILER, a.a.O., S. 279).

5. Das Obergericht hat den Streik der Kläger als verhältnismässig betrachtet, weil er nur die halbe Belegschaft des Zentrallagers erfasst und daher die Beklagte nicht ins Mark ihrer Existenz getroffen habe. Er sei auch nach dem Vorangegangenen nicht unverhältnismässig gewesen, nämlich nach der unbeugsamen Haltung von Y., der Entlassung des Exponenten der Betriebskommission und von sechs weiteren Arbeitern, der brüsken Gesprächsablehnung durch Direktor Z. am 30. Mai 1979 und der Verschiebung der Einigungsverhandlung auf den 8. Juni 1979. Dass mit der Beklagten auf dem Verhandlungsweg nichts zu erreichen gewesen sei, habe sich dann auch im Verfahren vor dem Einigungsamt gezeigt. Die Beklagte hält dagegen das Gebot der Verhältnismässigkeit klar für verletzt, weil die Kläger kurz nach Anrufung des Einigungsamtes in den Streik getreten seien, ohne die Verhandlung abzuwarten und ohne zusätzlich auftretende Umstände. Eine Patt-Situation habe nicht bestanden und es seien noch nicht alle Mittel ausgeschöpft gewesen. Dass nach einer Woche widerrechtlichen Streiks das Klima in der Verhandlung vor Einigungsamt nicht mehr dasselbe gewesen sei, sei verständlich.
a) Die Kläger haben am 29. Mai 1979 den Streik beschlossen, nachdem sie am 15. Mai das Einigungsamt um Vermittlung angerufen hatten und die Verhandlung bevorstand. Da es im Mai 1978 vor Einigungsamt zu einer Verständigung mit der Beklagten gekommen war, der die Kläger grosse Bedeutung beimessen, über

deren Vollzug aber Differenzen entstanden, lag in der Tat ein neues Verfahren vor Einigungsamt nahe. Indem

die Kläger dieses am 15. Mai 1979 einleiteten, brachten sie selbst zum Ausdruck, dass die bis anhin bestehende Situation noch nicht nach Kampfmassnahmen rief; was sie der Beklagten für die frühere Zeit vorwerfen, fällt deshalb nicht ins Gewicht. b) Die Kläger erklären diesen plötzlichen Streikbeschluss einerseits mit dem Umstand, dass Direktor Z. am 30. Mai weitere Verhandlungen abgelehnt habe. Indes waren die Kläger damals bereits in den Streik getreten, weshalb die Ablehnung weiterer Verhandlungen durch die Beklagte nicht Ursache des Streikbeschlusses, sondern eine Reaktion darauf war. Zum andern berufen die Kläger sich auf den Umstand, dass die Verhandlung vor Einigungsamt auf Wunsch von Y. vom 30. Mai auf den 8. Juni verschoben worden war. Das Einigungsamt hat das Verschiebungsgesuch geprüft und gutgeheissen. Dass ein Verzögerungsmanöver der Beklagten gegeben sei, ist weder festgestellt noch behauptet worden. Falls die Kläger mit der Verschiebung nicht einverstanden waren, hätten sie beim Einigungsamt widersprechen müssen; dieses hat denn auch nach der Mitteilung des Streiks eine Sühneverhandlung bereits auf den 5. Juni angesetzt. c) Das Obergericht folgert aus dem weiteren Verfahren vor dem Einigungsamt, mit der Beklagten sei auf dem Verhandlungsweg nichts mehr zu erreichen gewesen. Es belegt das nicht näher, sondern weist nur darauf hin, am 8. Juni hätten die Kläger einen Vermittlungsvorschlag angenommen, während die Beklagte diesen abgelehnt habe. Selbst wenn die Verständigung am 5. oder 8. Juni 1979 an der Haltung der Beklagten gescheitert sein sollte, ist auch das als Reaktion auf den schon seit einer Woche dauernden Streik erklärlich und erlaubt keinesfalls den Rückschluss, dass weitere Verhandlungsbemühungen vor Streikbeginn an der Haltung der Beklagten gescheitert wären. d) Es ergibt sich somit, dass der Streikbeschluss übereilt, ohne Erschöpfung des Verhandlungswegs gefasst worden ist. Der Streik der Kläger erweist sich demnach als nicht rechtmässig, ohne dass geprüft zu werden braucht, ob die anderen Voraussetzungen der Rechtmässigkeit erfüllt wären. Damit erscheinen die fristlosen Entlassungen grundsätzlich als begründet.