
Gibt es ein verfassungsmässiges "Streikrecht" und lässt sich diese Vorstellung ins Privatrecht übertragen?

Überlegungen aus Anlass von BGE 111 II 245 ff.

I. Ausgangspunkt

Im Mai/Juni 1979 fand im Kanton Zürich ein Streik statt, dessen juristische Nachwehen schliesslich in einer Entscheidung der I. Zivilabteilung des Bundesgerichtes vom 18. Juni 1985 ausmündeten (BGE 111 II 245-259 = Pra 1986 Nr. 187). Dieses Judikat ist von wissenschaftlichem Interesse nicht wegen seines praktischen Ergebnisses, der Abweisung der Ansprüche der infolge des Streiks entlassenen Arbeitnehmer, sondern weil das hohe Gericht den seltenen Anlass benützt, um in ungewöhnlichem Mass weitausholende Grundsatzüberlegungen anzustellen, die ins Zentrum der privatrechtlichen Methodenkonzeption führen. Diese Überlegungen kreisen um den Begriff "*Streikrecht*" einerseits, "*Drittwirkung der Grundrechte*" andererseits. Beide Vorstellungen, bisher in der Privatrechtsdoktrin so gut wie nicht existent, fordern kritische Stellungnahme heraus. Diese zu provozieren war offenbar auch die Absicht des Bundesgerichtes, denn beide Konzepte werden nicht i. S. von Argumenten, die das Gericht zu seinen eigenen macht, verwendet, sondern bloss zur Diskussion gestellt, sie zwar darlegend, die Frage deren schliesslicher "Gültigkeit" jedoch offen lassend. Was nur möglich ist, weil beide Gesichtspunkte zur Begründung des gefundenen Sachentscheides nicht notwendig sind, wie auch die Gegenposition ohne entsprechende Bezugnahme zu motivieren gewesen wäre.

Im folgenden soll das aufgrund des Anlasses im Vordergrund stehende "*Streikrecht*" aufgegriffen werden. Nach Zusammenfassung der Entscheidungsgründe der drei Instanzen (Ziff. II) ist zu zeigen, dass dieser Begriff im Privatrecht keine Funktion hat (unten Ziff. III), was die Frage aufwirft, welche Gesichtspunkte für die Klagebeurteilung die entscheidenden hätten gewesen sein müssen (unten Ziff. IV).

Im Gegensatz hiezu kann die "*Drittwirkungstheorie*", die zu erörtern das Bundesgericht im Hinblick auf die Übertragung des "Streikrecht"-Konzepts vom Verfassungsrecht ins Privatrecht für notwendig erachtet, hier aus Platzgründen nicht in allen Aspekten erwogen werden*. Immerhin soll anschliessend, neben einigen zusammenfassenden Hinweisen, gezeigt werden, dass gerade im Fall des "Streikrechts" eine Übertragung allenfalls bestehender verfassungsrechtlicher Prinzipien ins Privatrecht nicht nur kein sinnvolles Resultat ergibt, sondern auch eine grundlegende Veränderung der zu übertragenden Grundsätze bedingen würde (unten Ziff. V), deshalb zum vornherein abzulehnen ist.

* Dies versucht der Schreibende in einem gleichzeitig verfassten, in der SJZ (voraussichtlich 1. Februar 1987) erscheinenden Aufsatz zu tun. [SJZ 1987, Bd. 83, S. 37-47 – < www.eugenbucher.ch > Publ. Nr. 41].

II. Die Entscheidungen der drei Instanzen

1. Der zur Beurteilung stehende Sachverhalt

Es stehen sich gegenüber ein Arbeitgeber (eine Aktiengesellschaft, im folgenden "AG") und dessen Arbeitnehmer, die teilweise dem Christlichen Metallarbeiter-Verband (CMV) angehören und durch diesen vertreten sind, ihre Auseinandersetzungen in den Jahren 1978 und 1979 bezogen sich auf die Höhe der Gehälter, die Schaffung einer Betriebskommission, den Abschluss eines Gesamtarbeitsvertrages und dergleichen. Im Frühjahr 1979 spitzten sich die Verhältnisse zu: Als der CMV auf seine am 8. Mai in einem Schreiben an die AG aufgestellte Behauptung, es seien, ohne mit ihm gehörig Fühlung aufzunehmen, 46 Kündigungen ausgesprochen worden, keine klare Zusicherung des Gegenteils erhielt, gelangte der CMV am 15. Mai mit einem Vermittlungsgesuch an das kantonale Einigungsamt, das eine Verhandlung vorerst auf den 30. Mai ansetzte, diese dann aber, auf Wunsch des Vertreters der AG, auf den 8. Juni verschob. Es kam indessen anders: "Am Abend des 29. Mai 1979 beschlossen die Arbeitnehmer ... 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 { 9/10 } 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."¹

Nachdem die AG, gestützt auf die fristlose Entlassung, an die Entlassenen keinen Lohn mehr bezahlte, klagten diese entsprechende Beträge ein. Das Arbeitsgericht des Bezirks Zürich weist die Klage am 18. Dezember 1981 ab, mit Urteil vom 8. Dezember 1983 heisst dagegen das Obergericht des Kantons Zürich Berufung und Klage gut. Das Bundesgericht, auf Berufung der AG, hebt das vorinstanzliche Urteil auf und stellt damit im Ergebnis das Urteil des Arbeitsgerichts wieder her, d. h. verweigert den Entlassenen eine Lohnfortzahlung².

2. Der Entscheid des Arbeitsgerichts des Bezirkes Zürich³

Der erstinstanzliche Richter formuliert wie folgt: "Die Vorfrage nach der Rechtmässigkeit des Regensdorfer Streiks muss aber als unerheblich betrachtet werden, hat doch das Streikrecht ... im schweizerischen Arbeitsrecht noch keinen Eingang gefunden. ... Für den vorliegenden Fall bleibt es somit dabei, dass die Frage, ob die von der Beklagten ausgesprochene fristlose Entlassung gerechtfertigt war, allein aufgrund von Art. 337 OR zu beantworten ist. Es ist also zu prüfen, ob die Beklagte ihre einschneidende Massnahme auf wichtige Gründe stützen konnte, d. h. ob es ihr ... nicht mehr zugemutet werden durfte, das Arbeitsverhältnis ... fortzusetzen."⁴ Das Arbeitsgericht stellt allein auf Art. 337 OR ab, prüft aufgrund einer Untersuchung des Ablaufes der Ereignisse, ob der AG ein "wichtiger Grund" i. S. dieser Bestimmung zugebilligt werden kann (vgl. zu den Fakten auch unten Ziff. IV/2), gelangt zu einer Bejahung der Frage und damit im Ergebnis zur Abweisung der Klage auf Lohnfortzahlung.

3. Der Entscheid des Obergerichts des Kantons Zürich⁵

Die zweite Instanz stellt zuerst fest, dass eine individuelle Arbeitsverweigerung in der Regel einen Grund der fristlosen Auflösung des Arbeitsverhältnisses darstelle⁶, woran die Frage angeschlossen wird, ob für

¹ Zitierter BGE S. 248.

² Der Einfachheit halber kann die Aufhebung in untergeordneten Punkten des obergerichtlichen Urteils durch das zürcherische Kassationsgericht übergangen werden.

³ Der Entscheid des Arbeitsgerichts vom 18. Dezember 1981 ist publiziert in Jahrbuch des Schweiz. Arbeitsrechts, Bern (JAR) 1982, 277-285.

⁴ JAR 1982 280.

⁵ Der Entscheid des Obergerichts vom 8. Dezember 1983 ist publiziert in ZR 84 (1985) Nr. 79, der Text einer zu Protokoll gegebenen "dissenting opinion" wiedergegeben als Nr. 93 desselben Bandes.

⁶ ZR 84 187.

kollektive Arbeitsverweigerung das Bestehen eines Streikrechts zu einem anderen Ergebnis führe. "Ausgangspunkt für die Beantwortung dieser Frage ist das öffentlichrechtliche Streikrecht", heisst es, und es wird fortgefahren: "Eine Streikfreiheit oder ein Streikrecht ist zwar weder in der Bundesverfassung noch in den Kantonsverfassungen ausgesprochen." Im folgenden wird jedoch ausgeführt, dass dasselbe als stillschweigend gewährleistet gelten müsse (mit Hinweisen auf BV Art. 34^{ter}, Abs. 1 lit. b und c sowie auf die Koalitionsfreiheit)⁷. Anschliessend soll anscheinend dargetan werden, dass die verfassungsrechtliche Anerkennung des Streikrechts zu ähnlichen Ergebnissen im Privatrecht führen müsse, eine "Trennungstheorie", welche die öffentlich- und die privatrechtliche Fragestellung unterscheiden wolle, wird *abgelehnt* (E. 2 lit. b). Im Ergebnis will das Obergericht wohl sagen, dass ein Streik, in Folge der Übernahme der "Streikfreiheit" aus dem Verfassungsrecht, nicht als "wichtiger Grund" i. S. von OR 337 gelten könne, wenn er "rechtmässig sei". Diese Voraussetzung wird vom Obergericht wie folgt interpretiert: "Rechtmässig ist ein Streik nur unter den kumulativen Voraussetzungen, dass er von einer tariffähigen Organisation getragen wird, dass er durch Gesamtarbeitsvertrag regelbare Ziele verfolgt; dass er nicht gegen die Friedenspflicht verstösst und dass er nicht unverhältnismässig ist."⁸. Nach einlässlicher Erörterung dieser vier Elemente werden diese als gegeben angenommen, der Streik daher als "rechtmässig" qualifiziert und weiterhin gefolgert, es seien daher während des Streiks die Vertragspflichten suspendiert; "Das Unterbleiben der Arbeitsleistung ... stellt daher keinen wichtigen Grund zur fristlosen Auflösung des Arbeitsvertrages nach Art. 337 OR dar", was zur Gutheissung der Klage führt⁹.

4. Der Entscheid des Bundesgerichts¹⁰

Auf der durch das Zürcher Obergericht gewiesenen Argumentationslinie bleibt auch das Bundesgericht. Einleitend (S. 250-253 E. 4 lit. a) stellt es fest, dass die "ältere Lehre und Rechtsprechung" den Streik als Verletzung der Arbeitspflicht und als die fristlose Entlassung rechtfertigenden Vertragsbruch betrachtet habe¹¹, um dann auszuführen, die neuere Lehre würde, im Gegensatz hiezu, die Arbeitskampffreiheit als verfassungsrechtlich geschützt betrachten. Dementsprechend wird in der { 10/11 } folgenden lit. a diese These auf ihre Begründetheit überprüft.

Ausgehend von der Feststellung, dass das schweizerische Recht keine ausdrückliche Anerkennung des Streikrechts enthalte und auch die EMRK ein solches nicht statuiere, wird festgehalten, dass der Entwurf für eine Totalrevision der BV "das Recht zu kollektiven Kampfmassnahmen (im Zusammenhang mit Arbeitsbeziehungen)" gewährleiste, womit "klargestellt werden soll, dass Streik und Aussperrung verfassungsrechtlich garantiert seien ..."¹²; schliesslich folgt der Hinweis, dass die Europäische Sozialcharta ein Streikrecht vorsehe. Nach einem Versuch der Begründung des Streikrechts durch dessen Ableitung aus BV Art. 56 und BV Art. 34^{ter} und nach abundanten Literaturangaben wird gefolgert: "Allgemein wird anerkannt, dass die Arbeitskampffreiheit Teil der freiheitlichen schweizerischen Wirtschaftsordnung sei"; die Ergebnisse aller Überlegungen lauten: "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 Arbeitsk Kampfmassnahmen, noch keinen Eingang gefunden, offensichtlich zu absolut und zu summarisch ausgefallen ist. ... Umgekehrt kann aber auch als anerkannt gelten, dass das Streikrecht jedenfalls in dem

⁷ S. 188 lit. 2/a.

⁸ S. 191 E. 3.

⁹ S. 193 E. 4.

¹⁰ BGE 111 II 245-259 = Pra 1986 Nr. 187.

¹¹ Diese Feststellung trifft nicht zu. Das einzige hier vom hohen Gericht zitierte Präjudiz, BGE 45 II 557 E. 1, bestätigt keineswegs die genannte These, stellt insbesondere nicht fest, dass ein Streik ein Grund sofortiger Vertragsauflösung i. S. von OR 337/I (bzw. OR 1912, Art. 352/I) darstellen würde. Es wird dort zwar der Streik als Bruch des Arbeitsvertrages qualifiziert, keineswegs aber gefolgert, dies würde eine sofortige Kündigung rechtfertigen (was in der Tat auch abzulehnen ist: unten Ziff. III/2).

¹² Der mit der Botschaft vom 30. Oktober 1985 (Nr. 85.065; 167) veröffentlichte Text lautet in Art. 28 wie folgt: "Kollektive Arbeitsbeziehungen. Arbeitnehmer und Arbeitgeber haben das Recht, betriebliche und berufliche Angelegenheiten gemeinsam zu regeln. Das Gesetz sieht Bestimmungen vor zur Verhütung und zur Überwindung von Arbeitskonflikten, Zwangsschlichtung ist ausgeschlossen. Arbeitnehmer und Arbeitgeber haben das Recht, kollektive Kampfmassnahmen im Zusammenhang mit Arbeitsbeziehungen zu treffen. Für Beamte wird dieses Recht vom Gemeinwesen geregelt, dem sie angehören."

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." Schon hier hat man Grund zur Verwunderung: Wenn eine Entscheidung der "Streikrechts-Frage" sich erübrigt, hätten sich auch alle Ausführungen hiezu sparen lassen.

Nach der die methodischen Vorüberlegungen abschliessenden Annahme des Bundesgerichts stellt sich zwar grundsätzlich die Frage, "ob ein rechtmässiger Streik den Arbeitsvertrag verletzt", was jedoch nicht zu entscheiden ist, "wenn der Streik der Kläger nicht als rechtmässig erscheint"¹³. Dies ist der Gegenstand der folgenden, recht summarischen Erörterungen von E. 5, S. 258 ff. – Im Zentrum steht die Feststellung, dass die Fassung des Streikbeschlusses (29. Mai) in einem Zeitpunkt erfolgte, in dem der CMV das Einigungsamt angerufen hatte (15. Mai) und die von diesem angesetzte Einigungsverhandlung bevorstand. Deshalb kann das Ergebnis (S. 259, lit. d) so lauten: "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." Dies bedeutet, wiederum wie in der ersten Instanz, die Abweisung der Klage auf Lohnfortzahlung.

III. Die Funktionslosigkeit der Vorstellung "Streikrecht" im Privatrecht

Während der Begriff des "Streikrechts" als Gegenstand verfassungsrechtlicher Gewährleistung noch einigermaßen fassbar ist (Verbot an den Staat, Streiks durch Straf- oder Polizeimassnahmen zu bekämpfen, durch Einrichtung einer Zwangsschlichtung zu verhindern usw.), ist die gleiche Vorstellung, in den Bereich des Privatrechts übertragen, vorerst ohne Gehalt. Es sind die folgenden möglichen Sinngebungen, die anscheinend vom Obergericht Zürich wie vom Bundesgericht mit der Vorstellung des "Streikrechts" verbunden werden, zu analysieren:

1. "Streikrecht" als Grund der "Erlaubtheit" von Streiks?

Oft, wenn man von "Recht" spricht und dabei nicht subjektive Rechte i. S. der Privatrechtsdogmatik (Forderungsrechte, dingliche Rechte usw.) bezeichnet, ist darunter der Rechtfertigungsgrund eines sonst unrechtmässigen Verhaltens gemeint, der dann auch, durch seine Herbeiführung der Rechtmässigkeit, die auf dem fraglichen Verhalten an sich stehenden Unrechtsfolgen ausschliesst.

Die Frage nach der Erlaubtheit (oder Rechtmässigkeit, Zulässigkeit usw.) eines Verhaltens hat nun zwar im *öffentlichen Recht* in verschiedenen Zusammenhängen einen guten Sinn. Im *Privatrecht* ist grundsätzlich die Frage der "Erlaubtheit" meist nicht gestellt; dessen Aufgabe ist es nicht, zwischen erlaubt und unerlaubt zu unterscheiden, sondern vielmehr bloss festzustellen, unter welchen Voraussetzungen ein Privater von einem anderen Privaten ein bestimmtes Verhalten fordern kann¹⁴. { 11/12 } Die Vorstellung der Erlaubtheit (und damit der Begriff eines "Rechts" im hier besprochenen Verständnis) macht nur dann einen Sinn, wenn klargestellt ist, welche an sich (d. h. ohne den die Erlaubtheit begründenden Tatbestand, ohne das "Recht")

¹³ S. 257 E. 4 lit. c.

¹⁴ In anderem Zusammenhang hat der Schreibende kürzlich zu zeigen versucht, dass es ganz allgemein nicht Sache des Privatrechts sein kann, eine objektive Verhaltensordnung aufzustellen (die von jeder Grenzziehung zwischen Erlaubtem und Unerlaubtem vorausgesetzt wird); BUCHER in AcP 186(1986) 11-14 ("V. Die Grenzen der normativen Darstellung im Privatrecht"). Eine Ausnahme zum Gesagten stellt das Haftpflichtrecht mit seinen Kriterien der Widerrechtlichkeit der Schädigung dar.

drohenden Unrechtsfolgen aufgehoben werden. Darüber wird von den ein "Streikrecht" diskutierenden Autoren keine Klarstellung gebracht. Ein mögliches Verständnis des "Streikrechts" wäre es, schlechthin jeglichen privatrechtlichen Rechtsnachteil in der Beziehung des Streikenden zum Arbeitgeber als ausgeschlossen zu betrachten. Das ist aber eine Lesart, mit der auch die grössten Streikfreunde nicht Ernst machen wollen; jedenfalls der Rechtsnachteil des Lohnverlusts während der Dauer des Streiks wird von jedermann als selbstverständlich akzeptiert, damit aber ein "Streikrecht" in dieser Hinsicht nicht behauptet. Wenn die Propagatoren eines "Streikrechts" auf die Notwendigkeit und Bedeutung der Institution des kollektiven Arbeitskampfes i. S. des Streiks hinweisen, sollten sie nicht daraus den Schluss ziehen, dass der Streik für die Streikenden nicht mit Rechtssanktionen, d. h. aber Nachteilen, belastet werden dürfe¹⁵: Ein Kampf, bei dem die eine Seite zum vornherein keinerlei Verluste zu befürchten hätte, wäre kein Kampf mehr, der diesen Namen verdient. Die dem Arbeitsrecht durch das Phänomen Streik gestellte Aufgabe muss recht eigentlich darin gesehen werden, die durch den Streik zwangsläufig ausgelösten wirtschaftlichen Verluste auf angemessene Weise auf beide Parteien zu verteilen. Ist dies so, dann ist es nicht angängig, von "Streikrecht" zu sprechen.

2. "Streikrecht" als Grund der Vertragskonformität" von Streiks?

Die Vorstellung der "Vertragsverletzung" ist zwar verbreitet¹⁶, jedoch gedanklich unscharf; meist ist der *Tatbestand der Nicht-Erfüllung* eines Vertrages gemeint. Nun behauptet aber niemand, dass der Streikende während des Streiks seinen Vertrag erfülle; wollte man dies im Ernst annehmen, müsste man vor allem den Schluss ziehen, dass aufgrund des "nicht gebrochenen" (d. h. aber: richtig erfüllten) Vertrages der Arbeitnehmer trotz des Streiks einen Lohnanspruch habe.

Nun ist die Frage, ob eine Vertragsverletzung vorliege, im Hinblick auf Art. 337 OR ohne Belang: *Erstens* setzt dessen "wichtiger Grund" nicht eine solche voraus, denn der Arbeitnehmer, der überführt wird, sich nachts als (Neben-) Berufseinbrecher zu betätigen, muss wohl in den meisten Fällen eine fristlose Entlassung hinnehmen, mag er auch seine Arbeitsaufgaben so gut wie nur wünschbar erfüllt haben, wie auch der Arbeitnehmer sofort den Vertrag beenden kann, wenn er erfährt, dass seine Arbeitsleistung einen sittenwidrigen oder gar rechtswidrigen Zweck fördert. *Zweitens* macht nicht jede Vertragsverletzung zwangsläufig einen "wichtigen Grund" aus: Wäre solches die Absicht des Gesetzgebers gewesen, hätte er dies mit präzisen Sondernormen, welche die Mechanismen von OR Art. 107 auf die arbeitsvertragsrechtliche Situation übertragen würden, genau festschreiben können und müssen. Daraus folgt, dass der Begriff "Streikrecht" in diesem hier besprochenen Zusammenhang keinen Sinn macht und dass in diesem Zusammenhang vertretene Konzepte an der Sache vorbeigehen¹⁷.

¹⁵ In dieser Richtung weist das Argument von VISCHER, wie zitiert in ZR 84 (1979) 189: "Billigt die Rechtsordnung den Arbeitskampf, so kann es auf der andern Seite nicht zulässig sein, die Arbeitnehmer für ihre Teilnahme am legitimen Streik zu sanktionieren."

¹⁶ Vgl. auch "breach of contract" des englischen Sprachbereichs.

¹⁷ Dies betrifft einerseits die "Suspensionstheorie", d. h. die Feststellung, dass während des Streiks die beidseitigen Vertragspflichten ruhen würden (so ZR 84 [1979] 189 rechts, 1. Absatz), wie andererseits auch die Gegenposition der "Trennungstheorie", wonach ein Streik eine vorgängige Kündigung seitens des Arbeitnehmers voraussetzt. (ZR 84 [1979] 189 rechts, 2. Absatz.) Das Erfordernis der Kündigung zu statuieren setzt die Annahme voraus, dass eine in Vertragsverletzung begangene Arbeitsverweigerung jedenfalls einen wichtigen Grund i. S. von OR 337 konstituiert, was, wie gezeigt, nicht zutrifft.

3. "Streikrecht", um den Streik als "wichtigen Grund" auszuschalten?

Man könnte nun auch, wenn man von "Streikrecht" spricht, einfach damit sagen wollen, ein Streik würde nicht als "wichtiger Grund" sofortiger Kündigung (OR Art. 337) in Betracht fallen. Mehr als das war anscheinend auch nicht die Meinung des Arbeitsgerichtes, das mit seiner Ablehnung des "Streikrechts" nichts anderes zu sagen beabsichtigt, als dass die Beteiligung an einem Streik nicht zum vornherein und in jedem Fall als Kündigungsgrund i. S. von OR 337 ausser Betracht falle. Wenn beide oberen Instanzen { 12/13 } die Ablehnung eines Streikrechts durch die erste ihrerseits kategorisch ablehnen, ist das somit nur ein *leerer Streit um Worte*, denn weder das Obergericht noch das Bundesgericht nehmen an, dass ein Streik niemals "wichtiger Grund" sofortiger Vertragsauflösung sein könne; sie schliessen nur den "rechtmässigen" Streik als solchen aus, während der "unrechtmässige" Streik-Vertragsauflösungsgrund bleibt, aus welchem Grund denn auch das Bundesgericht zum selben Ergebnis gelangen kann wie die erste Instanz, mit diesem in der Sachbeurteilung des "Streikrechts" nur in Worten, nicht aber in der Sache abweichend.

Damit ist nun aber festgestellt, dass auch in diesem Verständnis die *Vorstellung eines "Streikrechts" sinnlos* ist: Dieser Begriff würde voraussetzen, dass in jedem Fall ein "Recht auf Streik" besteht, dass Streik als Entlassungsgrund i. S. von OR 337 schlechthin ausgeschlossen sei, was meines Wissens niemand behauptet. Wer jedoch die Unzulässigkeit bestimmter Streiks anerkennt und nur auf "rechtmässige" Streiks ein Recht zuerkennt, würde besser von "Streikrecht" überhaupt nicht sprechen. Denn er setzt sich methodisch in Widerspruch zu der seit je befolgten und wohl begründeten Übung, mit derartigen Begriffen Rechtslagen einigermaßen abschliessend zu charakterisieren¹⁸. Dass der Sprachgebrauch, wenn er sich nicht an herkömmliche Prinzipien der Sprachregeln hält, zu Missverständnissen führt, belegen die vorliegenden Gerichtsurteile, wo die beiden oberen Instanzen sich mit engagierten Worten gegen die Formulierung der ersten Instanz richten, ohne dieser aber in der Sache selbst im geringsten zu widersprechen.

4. Verfehltheit der Frage nach der "Rechtmässigkeit" des vorgekommenen Streiks im Zusammenhang mit Art. 337 OR

Zwar verwendet das Bundesgericht die von ihm aufgeworfene, wie gesehen verfehlte Frage nach der Existenz eines Streikrechts nicht dazu, um zum vornherein und allgemein den Streik als "wichtigen Grund" zu deklarieren oder zu eliminieren, sondern es führt das Problem auf die differenziertere Lösung eines "*je nachdem*" zurück. Von der "Streikrechts-Fragestellung" bleibt aber immerhin soviel übrig, dass wenigstens bezogen auf den konkreten Streik die Frage des diesbezüglichen "Rechts", die Frage der "Rechtmässigkeit" des vorgekommenen Streiks, beibehalten wird. Dies ist im Zusammenhang der Frage nach dem "wichtigen Grund" i. S. von OR Art. 337 schon im Ansatzpunkt verfehlt. Denn wenn tatsächlich die "Rechtmässigkeit" des Streikbeschlusses für die Zulässigkeit der Vertragsauflösung massgeblich wäre, so würde dies bedeuten, dass die Kündigung selbst dann noch gerechtfertigt wäre, wenn die AG vor Ablauf der von ihr zur Beendigung des Streiks gesetzten Frist (d. h. in der Zeit vom 31. Mai bis zum 4. Juni) gekündigt hätte, was niemand im Ernst vertreten wird¹⁹. Auch wenn im Hinblick auf OR

¹⁸ Wenn jemandem ein "Recht" zuerkannt wird, sei es i. S. des Eigentums an einer Sache, einer Forderung auf eine Leistung oder was auch immer, so wird damit gesagt, dass die Voraussetzungen der Entstehung dieser Rechtsposition gegeben seien. Von einem "Streikrecht" zu sprechen, ist demnach selbst bei der vom Bundesgericht gewählten Sicht als generelle Feststellung unzulässig, sondern käme höchstens in Betracht bezogen auf die konkrete Streikmassnahme einer bestimmten "streikberechtigten" Arbeitnehmergruppe.

¹⁹ Auch hier kann die These illustriert werden, dass im Privatrecht meist die Unterscheidung zwischen "*erlaubt*" und "*unerlaubt*", "*rechtmässig*" und "*unrechtmässig*" an der Sache vorbeigeht. Die Lage eines (meinetwegen als "ungerechtfertigt" deklarierten) Streiks während der Frist, die vom Arbeitgeber zur

Art. 337 sämtliche Gesichtspunkte zu berücksichtigen sind: Als "wichtiger Grund" i. e. S. kann nicht der Streik insgesamt, sondern bloss dessen Weiterführung über die von der AG zu dessen Beendigung gesetzte Frist (5. Juni, 7 Uhr) hinaus betrachtet werden. Bei der Beurteilung der Zulässigkeit der Kündigung nach OR 337 sind rechtlich vorerst allein massgeblich die Verhältnisse im Zeitpunkt deren Vornahme. Statt all der ihren Gegenstand verfehlenden Ausführungen über das "Streikrecht" (und über die "Drittwirkung", dazu unten Ziff. V) wäre besser der Ablauf des 5. Juni näher untersucht worden²⁰. { 13/14 }

IV. Beurteilung gestützt auf die anwendbare privatrechtliche Regel (OR Art. 337)

1. Ausgangslage gemäss Art. 337 OR

Die den vorliegenden Fall betreffenden privatrechtlichen Normen (OR Art. 337) besagen, dass jede der Vertragsparteien den Vertrag aus einem wichtigen Grund auflösen kann (Abs. I)²¹. Es liegt eine gesetzliche Generalklausel vor, welche die Entscheidung letztlich ins Ermessen des Richters stellt. Als wichtiger Grund kommt jeder Umstand in Betracht, der die Fortsetzung des Vertragsverhältnisses für die eine Partei *unzumutbar* macht (Abs. II). Dabei wird vom Gesetzgeber ausgesprochen, dass der Richter "nach seinem Ermessen" entscheiden solle (Abs. III), welcher Hinweis verdeutlichen will, dass eine logisch zwingende Begründung des zu treffenden bewertungsabhängigen Entscheids aufgrund der Umstände nicht gefordert werden kann und dass dieser insbesondere nicht auf Formalüberlegungen gestützt werden soll. Formalisierte Vorstellungen wie etwa jene der Vertragsverletzung oder der Rechtmässigkeit des Vorgehens der fraglichen Vertragspartei haben daher hier nichts zu suchen. Die Versuche des Ober- und des Bundesgerichts und eines Teils der Literatur, das Phänomen "Streik" auf derartige Begriffskategorien zu reduzieren, stehen daher zum vornherein in Widerspruch zu der expliziten positivrechtlichen Grundlage des zu treffenden Entscheids. Im vorliegenden Zusammenhang (Frage: Streik als "wichtiger Grund" i. S. von OR Art. 337?) erträgt das Phänomen Streik mangels streikbezogener Sondervorschriften sodann keine grundsätzliche Sonderbehandlung gegenüber einer individuellen Arbeitsverweigerung; keineswegs steht fest, dass die Arbeitsverweigerung eines Einzelnen unter vergleichbaren Verhältnissen dessen Entlassung nach OR Art. 337 gerechtfertigt hätte²².

Streikbeendigung gesetzt wurde, entzieht sich jeder Qualifizierung als recht- oder unrechtmässig; zu diskutieren sind nur die an den gegebenen Tatbestand zu knüpfenden Rechtsfolgen, und diesbezüglich steht wohl jedenfalls fest, dass während der Frist die für die Zeit nach Fristablauf angedrohten Sanktionen nicht bereits vorher verhängt werden dürfen (da die Fristansetzung in der Regel die Erklärung des Verzichts auf Sanktionen bei konformem Verhalten impliziert).

²⁰ Wenn das Obergericht (S. 191 Ziff. 3) mit einem Teil der arbeitsrechtlichen Literatur mit der "Rechtmässigkeit" eines Streiks die Antwort auf die Frage bezeichnet, ob überhaupt ein *als "Streik" anzuerkennendes Phänomen* vorliege (und nicht ein "wilder Streik", die Arbeitsverweigerung Einzelner o. dgl.), wird in der Schweiz eine Betrachtungsweise übernommen, die in *Deutschland* gerechtfertigt sein mag, Dort dient sie dazu, den Anwendungsbereich der den Streiks zuteilgewordenen gesetzlichen Sonderregelung zu bestimmen. Im Gegensatz zur Bundesrepublik haben hierzulande weder die Voraussetzungen der "Rechtmässigkeit" (vgl. dazu das Obergericht) noch die an diesen Begriff geknüpften Rechtsfolgen irgendwelche positivrechtliche Basis, so dass diese Diktion unterbleiben sollte.

²¹ Die Regel ist keine Besonderheit des neuen schweizerischen Arbeitsvertragsrechts, sondern wird im Ergebnis übereinstimmend auch im Ausland angetroffen (vgl. BGB § 626, ABGB § 1162), wie sie auch in den früheren Fassungen des OR bereits bestand (OR 1912, Art. 352; OR 1883, Art. 346).

²² Dies wird, ohne Begründung, vom Obergericht als selbstverständlich vorausgesetzt, vgl. S. 190, ähnlich auch das Bundesgericht (vgl. oben Fn. 11). In dieser absoluten Form kann das nicht richtig sein: Ein unentschuldigtes "Fernbleiben vom Dienst" von wenigen Minuten oder Stunden kann nicht einen "wichtigen Grund" ausmachen;

Damit soll nicht gesagt werden, dass der Streik nicht in bestimmten anderen Zusammenhängen²³ eine Sonderbehandlung verdient, da *der Streik als Entlastungsgrund eigener Art* erscheint. Die Begründung kann allerdings nicht in einem wie auch immer begründeten "Streikrecht" liegen, sondern im Umstand, dass eine, wenn auch in der Schweiz nur selten verwirklichte, trotzdem jedoch weltweit angetroffene typisierbare Sondersituation vorliegt. Ausgehend von dieser Feststellung bereitet es keine Schwierigkeit, eine Gesetzeslücke anzunehmen, deren sachgemässe Erfassung dem Richter nach den Regeln von Art. 1 ZGB möglich ist. Aber auch "privatrechtlich-intrasystematische" Argumente wie jenes, dass jeder Arbeitsvertrag unter dem Vorbehalt legitimen Arbeitskampfes geschlossen werde²⁴, und weitere, verdienen ernsthafte Erwägung.

2. Die bei der Entscheidung im Betracht fallenden Sachgesichtspunkte

Der Bereich der Fakten, die im Rahmen der richterlichen Ermessensentscheidung gemäss OR Art. 337 zu berücksichtigen sind, ist nicht zum vornherein begrenzt, sondern erfasst alle Elemente, die geeignet erscheinen, das getroffene Ergebnis plausibel zu machen. Da das Bundesgericht in der Würdigung der Umstände (bei ihm im Hinblick auf die Frage der "Verhältnismässigkeit" des Streiks) sehr wortkarg wird²⁵, erfährt man von ihm auch wenig über die tatsächlichen Vorgänge. Der Sachverhalt muss aus den Entscheidungen der drei Instanzen zusammengesucht werden, wobei das Bild lückenhaft, in Einzelheiten sogar widersprüchlich bleibt²⁶.

Gibt die "Rechtmässigkeit" des Streiks insgesamt keinen sinnvollen Gesichtspunkt ab (oben Ziff. III), müssen die äusseren Umstände, { 14/15 } d. h. dessen Entstehung, dessen Abwicklung und praktische Auswirkungen bedeutsam werden. Auf den ersten Blick erscheint die Feststellung des Bundesgerichts wichtig, dass der Streikbeschluss in einem Zeitpunkt (29. Mai) gefasst wurde, als längst ein Einigungsverfahren eingeleitet worden war (15. Mai), ebenso, dass die angebliche Verweigerung von Verhandlungen am 30. Mai den Streikbeschluss nicht zu rechtfertigen vermöge²⁷. Beides vermag indessen höchstens im Zusammenhang der als unerheblich erkannten Frage der "Rechtmässigkeit" des Streiks ein Argument abzugeben, nicht aber bezüglich der – allein entscheidenden – Frage nach dem Vorliegen eines "wichtigen Grundes" (OR Art. 337): Nicht jede Vertragswidrigkeit oder Vertragsverletzung macht einen "wichtigen Grund" aus, sondern nur diejenige, welche besonderes Gewicht hat²⁸. Aus diesen

selbst ein über Tage hinweg gehendes "Schwänzen" wird man nicht in jedem Fall als solchen gelten lassen können. Erst recht macht nicht eine Arbeitsverweigerung zwangsläufig einen "wichtigen Grund" aus, wenn diese die Folge arbeitsvertragsrechtlicher Differenzen ist (z. B. Meinungsverschiedenheiten über die Vertragskonformität des geforderten Arbeitseinsatzes).

²³ Zu denken ist etwa an Schadenersatzforderungen des Arbeitgebers wegen Vertragsnichterfüllung.

Entsprechende Ansprüche sind in casu widerklageweise geltend gemacht und vom Arbeitsgericht abgewiesen worden (vgl. JAR 1982 282 Ziff. IV).

²⁴ Vgl. Obergericht, S. 189, rechte Spalte.

²⁵ E. 5, S. 258 und 259.

²⁶ Wenn der Schreibende bis heute nicht weiss, wie er selber den Fall materiell entschieden hätte, hängt dies nicht zuletzt mit dieser Lückenhaftigkeit zusammen, Grundsätzlich ist jedoch folgendes festzuhalten: Im Rahmen von Ermessensentscheidungen wie dem vorliegenden, die sich nie in vollem Umfang rational begründen und als logisch zwingend darstellen lassen, kann der aus den Akten oder gar aus Verhandlungen mit den Beteiligten gewonnene Eindruck nie durch eine Drittschilderung ersetzt werden, weshalb wissenschaftliche Kritik derartiger Ermessensentscheidungen anhand der Urteils motive ganz allgemein nur mit Zurückhaltung zulässig ist.

²⁷ E. 5 lit. a und b l. Abs.

²⁸ Wenn das Bundesgericht S. 250 E. 4 nicht nur die Behauptung aufstellt, dass "nach der älteren Lehre und Rechtsprechung" jeder Streik eine "Verletzung der Arbeitspflicht" und "Vertragsbruch" darstelle (was selbstverständlich richtig ist), sondern auch, dass daher jeder Streik den Arbeitgeber "zur fristlosen Entlassung"

Gründen wäre es wesentlich, mehr über die Hintergründe des Streiks zu erfahren, z. B. zu wissen, was äusserer Anlass des Ausbruchs des Streiks²⁹ oder dessen praktische Auswirkungen für den Arbeitgeber waren³⁰.

In letzterer Hinsicht ist gewiss mit dem Obergericht (S. 192/193 lit. *d*) zu berücksichtigen, dass der Ausstand bloss von der Hälfte der Belegschaft des Zentrallagers ausging und durch betriebliche Massnahmen kompensiert werden konnte, wobei es allerdings, entgegen dem Obergericht, keine Rolle spielen darf, dass der Streik "die Beklagte von vornherein nicht ins Mark ihrer Existenz treffen" konnte, denn etwas Derartiges wird zur Begründung eines "wichtigen Grundes" bzw. der Unzumutbarkeit gemäss OR Art. 337 in keiner Weise gefordert. Umgekehrt wäre zu berücksichtigen, dass Pfingsten in den Streik fiel (3. Juni 1981), was einerseits den Pfingstmontag (4. Juni) vom Streik ausnimmt, umgekehrt hinsichtlich des Pfingstsamstags (2. Juni) nach der von den Motiven der Gerichte nicht klargestellten Frage ruft, ob dieser Tag arbeitsfrei oder umgekehrt besonders arbeitsintensiv und für die AG kommerziell wichtig war.

Wie im übrigen aber diese hier aufgeworfenen Fragen zu beantworten seien: Durch die Antwort wird nicht das Vorliegen eines wichtigen Grundes positiv oder negativ präjudiziert. Selbst wenn man den Streikbeschluss als ungerechtfertigt und den Streik als unverhältnismässig qualifiziert, stellt sich ein Gesichtspunkt dazwischen, der weder vom Bundesgericht noch vom Obergericht auch bloss gesehen worden wäre. Einerseits hat die AG den Streikenden eine Frist zur Arbeitsaufnahme bis zum 5. Juni morgens 7 Uhr angesetzt, andererseits das Einigungsamt auf den gleichen Tag eine "Sühneverhandlung" einberufen. Daraus folgt, dass die Feststellung der Rechtmässigkeit oder Rechtswidrigkeit des Streiks (bzw. dessen Verhältnismässigkeit) jedenfalls für die Zeit bis zum 5. Juni 7 Uhr zum vornherein ins Leere fällt: Wäre von der AG in dieser Zeit gekündigt worden, hätte diese unerachtet der angeblichen Unzulässigkeit des Streiks nicht das Vorliegen eines wichtigen Grundes zu sofortiger Vertragsauflösung gemäss OR Art. 337 geltend machen können, denn bis zum Ablauf der gesetzten Frist darf nach allgemeinen privatrechtlichen Grundsätzen nicht die für nach Ablauf der Frist angedrohte Rechtsfolge beansprucht werden, Fristansetzung ist regelmässig auch Fristgewährung. (Vgl. oben Fn. 19.) War demnach bis zum Ablauf der von der AG für die Streikbeendigung bzw. zum Arbeitsantritt gesetzte Frist eine sofortige Vertragsauflösung gemäss OR Art. 337 Abs. II zum vornherein und

berechtigte, wird dieser Lehre und Rechtsprechung etwas unterstellt, was höchstens vereinzelt in Ansätzen sichtbar ist, jedoch als allgemeine Auffassung nie bestanden hat. Allzu eindeutig steht dieser Leseart der Gesetzestext (auch bereits jener des aOR, Art. 346, bzw. des OR 1912, Art. 352, die sich in der Grundaussage in keiner Weise vom heutigen Art. 337 unterscheiden) entgegen, der eine Vertragsverletzung weder zur notwendigen noch zur hinreichenden Bedingung eines Rechts sofortiger Vertragsauflösung macht. Vgl. auch oben Fn. 11 und 22.

²⁹ Das Bundesgericht nennt hier nur die am 30. Mai erklärte Gesprächsverweigerung. Das Arbeitsgericht jedoch berücksichtigt hier noch die Verschiebung der Verhandlung vor dem Einigungsamt (S. 279), was im psychologischen Bereich zur Beurteilung der Lage vom 29. Mai auch dann noch ernst zu nehmen bleibt, wenn das von Arbeitgeberseite gestellte Gesuch vom Einigungsamt in der Folge bewilligt wurde und ein Verzögerungsmanöver im Prozess nicht behauptet wurde. Die Vorgeschichte ist zuwenig geklärt, insbesondere allzu unbestimmt, ob beim Fassen des Streikbeschlusses die Meinung herrschen durfte oder nicht, auf dem Verhandlungsweg sei nichts zu erreichen: die diesbezüglichen tatbestandlichen Annahmen des Obergerichts (S. 193) hätten einlässlichere Würdigung verdient. In diesem Zusammenhang wäre auch die Position der am Streik nicht beteiligten Arbeitnehmer rechtsrelevant (während das Bundesgericht, S. 248, von einem Streikbeschluss der "Arbeitnehmer des Zentrallagers" spricht, trat nach dem Arbeitsgericht, S. 279, bloss "ein Teil der Belegschaft" in Streik: das Obergericht sagt, dass "die Arbeitnehmer" Ausstand beschlossen hätten, führt jedoch später aus, lediglich "etwa die Hälfte der Belegschaft des Zentrallagers" habe gestreikt).

³⁰ Allerdings würde ich im Hinblick auf OR Art. 337 den Richter nicht mit der Aufgabe belasten wollen, in der zwischen den Streikparteien streitigen Grundsatzfrage selber Stellung zu nehmen, also zu erwägen, ob die von den Streikenden verfolgten Ziele gerechtfertigt seien oder nicht. Die Beschränkung der richterlichen Erwägungen auf die gewissermassen formelle Frage der Korrektheit des Vorgehens, hinreichender Verständigungsbereitschaft usw., ist sachlich wohl unvermeidlich.

unerachtet der Qualifizierung des Streiks ausgeschlossen, konzentriert sich das { 15/16 } Hauptinteresse auf die Zeit nach Fristablauf (d. h. den 5. Juni, Pfingstdienstag, nach 7 Uhr), während alle vorangehenden Ereignisse (die Umstände der Auslösung des Streiks und dessen praktische Auswirkungen) lediglich ergänzende Bedeutung haben können. Die Vorgänge am entscheidenden 5. Juni werden nun aber weder vom Bundesgericht noch vom Obergericht selbständig gewürdigt. Näheres Zusehen zeigt folgende Fakten: Das Einigungsamt hatte auf diesen Tag zur Sühneverhandlung geladen (in Vorverlegung des ursprünglich auf den 30. Mai angesetzten, dann auf den 8. Juni verschobenen Termins)³¹. Vom Arbeitsgericht erfahren wir, dass die Sühneverhandlung vor Einigungsamt "nach vierstündiger Dauer um 15 Uhr mit einem Misserfolg" endete (S. 279). Andererseits hatten die Streikenden um 16 Uhr Abbruch des Streiks beschlossen. Was folgt daraus? Wenn wir die Stunden vor und während der Sühneverhandlung (7 Uhr bis 15 Uhr) betrachten, gibt es gute Argumente dafür, die Tatsache der Fortsetzung des Streiks während dieses Zeitraums ebenfalls in den Hintergrund zu schieben, nicht nur war die Sühneverhandlung von einer zuständigen Schlichtungsinstanz einberufen worden, sondern die AG hatte die Ansetzung der Verhandlung mindestens indirekt, durch Unterlassen von Widerspruch, akzeptiert, so dass während der Verhandlung, deren Zweck ja gerade die Beendigung des Streiks war, eine Kündigung aus wichtigem Grund nach OR Art. 337 nach ähnlichen Überlegungen als ausgeschlossen zu gelten hat wie während des Laufens einer gesetzten Frist. Da vor 15 Uhr des 5. Juni die AG nicht sofortige Beendigung des Arbeitsvertrages nach OR Art. 337 hätte erklären können, konzentriert sich das Interesse vorab auf die Zeit zwischen 15 Uhr und der Versendung der Kündigungen seitens der AG. Wann diese ausgesprochen (versandt) wurden, wird aus den Urteilen nicht genau ersichtlich; wir erfahren lediglich, dass die Arbeitnehmer um 16 Uhr den Beschluss befristeter und bedingter Wiederaufnahme der Arbeit für den folgenden Morgen fassten (Bundesgericht S. 248, Obergericht S. 187, Spalte links) und um 16.40 Uhr ein entsprechendes Fernschreiben der AG zuzug (Arbeitsgericht S. 279).

Von allen drei Instanzen unterzieht einzig die erste, das Zürcher Arbeitsgericht, den nach positivem Recht allein massgeblichen Sachgesichtspunkt, die Lage nämlich unmittelbar vor und bei Versendung der Kündigungen seitens der AG, rechtlicher Würdigung³². Es wird festgestellt, dass bei der Sühneverhandlung die Haltung der Streikenden so verstanden werden musste, "dass die Beklagte nicht mit einer Wiederaufnahme der Arbeit wenigstens während der nächstfolgenden Tage rechnen konnte". Daraus wird gefolgert, dass die AG, wollte sie nicht ihre Glaubwürdigkeit "bei den Streikenden, bei der nicht streikenden Belegschaft und bei den Geschäftspartnern" erschüttern, nach den vorangegangenen erfolglosen Fristansetzungen tatsächlich zur angedrohten sofortigen Vertragsauflösung gezwungen war. In der Sicht des Arbeitsgerichts konnte die Mitteilung des Streikabbruchs daran nichts ändern, da diese nur Wiederaufnahme der Arbeit für drei Tage (6. bis 8. Juni) zusicherte und sodann an die Bedingung des Unterbleibens von Entlassungen geknüpft war.

Auch wenn tatbeständlich das vermittelte Bild etwas summarisch ist, bleibt doch festzuhalten, dass die vom Arbeitsgericht vorgetragenen Argumente pertinent sind, d. h. sich auf die gestellte zentrale Frage beziehen. Mangels anderer Informationen und in Abwesenheit ernstzunehmender Gegenargumente bleibt es bei der Feststellung, dass der Entscheid der ersten Instanz beanspruchen kann, sachlich gerechtfertigt zu sein, mit welcher Feststellung nicht gesagt sein will, dass die gegenteilige Entscheidung nicht ebenfalls vertretbar wäre.

³¹ BGE a. a. O. 259 lit. b.

³² JAR 1982 280 f.

3. Würdigung der vorliegenden Rechtsprechung

Rückblickend ist festzustellen, dass allein das Arbeitsgericht Zürich, d. h. die erste mit dem Fall befasste Instanz, kühlen Kopf bewahrt und die Probleme richtig – d. h. in Übereinstimmung mit den positivrechtlichen Grundlagen – eingeordnet hat. Die massgebliche Norm, OR Art. 337, ist zwar unbestimmt hinsichtlich der materiellen Entscheidungsgrundlagen, weil im Zentrum der gesetzgeberischen Aussage letztlich die materiell inhaltslose Verweisung auf richterliches Ermessen steht. Inhaltlich präzise bestimmt ist indes die Vorschrift hinsichtlich der Umschreibung des "wichtigen Grundes" als des Bezugspunktes des richterlichen Ermessens. Es ist die *Unzumutbarkeit der Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses im Zeitpunkt der Erklärung dessen sofortiger Beendigung*, in { 16/17 } vorliegendem Fall die Lage der AG am Spätnachmittag des 5. Juni nach Scheitern der Verhandlungen.

Die Ausführungen des Obergerichts wie jene des Bundesgerichts zum Bestand eines "Streikrechts" im allgemeinen bzw. der "Rechtmässigkeit" des am 29. Mai beschlossenen Streiks gehen im Rahmen einer auf OR Art. 337 zu stützenden Entscheidung an der Sache vorbei. Der Streikbeschluss ist nicht mehr als ein Ereignis unter vielen in der mehr als ein Jahr dauernden Auseinandersetzung der Parteien; dessen Umstände sind, neben anderen, von den oberen Instanzen nicht erwogenen Gesichtspunkten, lediglich als Zusatzgesichtspunkte zu berücksichtigen bei der Beantwortung der Frage, ob von der AG am 5. Juni noch weitere Geduld zu erwarten, dieser ein neuer Versuch zuzumuten gewesen war oder nicht.

V. Folgerungen aus der "Streikrechts-Diskussion" für die Theorie der "Drittwirkungen der Grundrechte"

Die Figur eines "Streikrechts" hat in privatrechtlichen Auseinandersetzungen (jedenfalls im Zusammenhang fristloser Entlassung, wohl aber auch sonst) keine Funktion. Da das Bundesgericht dieses Thema breit behandelt und auch die Frage der "Drittwirkungen der Grundrechte" glaubt aufrollen zu müssen³³, seien dazu die folgenden Bemerkungen gestattet.

1. Verfassungsmässiges "Streikrecht"?

Die geltende Bundesverfassung spricht nicht von Streik, Arbeitskämpfen oder dergleichen. Das Bemühen, eine Gewährleistung der Streikfreiheit in sie hineinzuinterprieren, zeitigt Argumente, die einen Nicht-Verfassungsrechtler befremden. So mutet beispielsweise die Ableitung eines "Streikrechts" aus der Koalitionsfreiheit bzw. BV Art. 56 eigenartig an: Was für einen Einzelnen unrechtmässig ist, kann nicht rechtmässig werden, weil Viele es aufgrund eines Zusammenschlusses tun; wer so argumentiert, müsste folgerichtig gestützt auf BV 56 auch den vereins- (banden-) mässigen Zusammenschluss als Legitimierung des bandenmässig begangenen Diebstahls betrachten.

Trotzdem steht der Annahme einer verfassungsrechtlichen Streikfreiheit aus der Sicht des Schreibenden nichts entgegen. Ob hinreichende Begründung aus den in BV Art. 34^{ter} enthaltenen Gesetzgebungskompetenzen abzuleiten ist, wie das Bundesgericht (S. 252) und einige von ihm zitierte Autoren annehmen, erscheint allerdings fraglich³⁴. Eher würde ich mit GIACOMETTI,

³³ S. 250 E. 4 lit. a sowie S. 253 E. 4 lit. b.

³⁴ Die *Ausübung* dieser Kompetenzen durch die arbeitsrechtliche Gesetzgebung, insbesondere OR Art. 356 ff., kann dagegen möglicherweise wichtige Gesichtspunkte für die Beurteilung vorgekommener Streiks, etwa im Hinblick auf OR Art. 337, hergeben.

*eine stillschweigende Gewährleistung dieses Freiheitsrechtes annehmen*³⁵. Festzuhalten ist allerdings, dass aus einer wie auch immer begründeten Verfassungsgarantie der "Streikfreiheit" nichts weiteres als der negatorische Vorbehalt abgeleitet werden darf, dass der Gesetzgeber sich streikverhindernden Legiferierens enthalten, z. B. kein Streikverbot erlassen, keine Zwangsschlichtung vorschreiben soll.

2. "Drittwirkung" des Verfassungsrechtes der Streikfreiheit?

Die vom Bundesgericht weitläufig erörterte "Dritt- und Horizontalwirkung der Grundrechte" will die Wirkung der verfassungsmässig gewährleisteten Rechte "auch auf die Beziehungen unter Privatpersonen" erstrecken. Zu zeigen, dass diese Erstreckung im vorliegenden Fall der angenommenen verfassungsmässigen "Streikfreiheit" ins Leere fällt, war Gegenstand dieses Aufsatzes. Hier sind aber noch einige aus den besprochenen Zusammenhängen für die Theorie der "Drittwirkung" abzuleitende Beobachtungen nachzutragen.

Am Ausgangspunkt der hier diskutierten These steht das Postulat des "*konstitutiven*" oder "*institutionellen*" *Verständnisses der Verfassungsrechte* (die nicht mehr "Freiheitsrechte", sondern "Grundrechte" heissen); diese sind als "Auftrag" an den Staat zu verstehen, "für die Grundrechtsverwirklichung im weiten gesellschaftlichen Raum zu sorgen"³⁶, d. h. also wohl, die Durchsetzung dieser Rechte zu fördern. Dieses Verfassungsverständnis { 17/18 } an das vom Bundesgericht angenommene verfassungsmässige "Streikrecht" heranzutragen würde bedeuten, dass der Bund das Streikwesen fördern, zur Verbreitung der Arbeitsausstände beitragen müsste, dies wäre die Folge der vom Bundesgericht und einigen Literaturmeinungen entwickelten Argumentationslinie. Es fällt nicht leicht, anzunehmen, dass derartige Intentionen der geltenden Bundesverfassung zugrunde liegen.

Eine Übertragung der Vorstellung eines "Streikrechts" aus dem Bereich der Verfassung in jenen der privatrechtlichen Beziehungen zwischen den Privaten würde den Charakter dieses "Rechts" gänzlich verändern: Während im Verfassungsbereich nur gerade, ganz im Sinne der traditionellen Freiheitsrechte, die Folgerung des Verbots streikfeindlichen Legiferierens gezogen werden kann (und diese Folgerung auch berechtigt ist), müsste ein "Streikrecht" im Privatrecht, wollte mit der Vorstellung Ernst gemacht werden, ein Entfallen aller die streikenden Arbeitnehmer treffenden privatrechtlichen Rechtsnachteile bedeuten, was, wie gesehen, keineswegs gemeint sein kann. In der streikrechtlichen Grundsatzfrage, wie die wirtschaftlichen Nachteile des Streiks auf die Parteien zu verteilen sind, kann die aus der Verfassung entlehnte Vorstellung eines "Streikrechts", da eine absolute Position verkörpernd, nicht helfen, in dem unvermeidlichen Kompromiss die angemessene Vermittlungslösung zu finden.

VI. Schlussbemerkungen

Der erste Versuch des Bundesgerichts (d. h. dessen erster Zivilabteilung), die Theorie der "Drittwirkung der Grundrechte" zu praktizieren, ist von Grund auf verunglückt: Die Vorstellung eines "Streikrechts", zwar der Verfassung unbekannt, aber aus der Verfassungstheorie

³⁵ Bundesstaatsrecht S. 241. Die Begründung kann, mit Giacometti, in dem der BV zugrunde liegenden "liberalen Wertsystem" erkannt werden. Mehr normlogisch argumentierend könnte man auch sagen, dass an den Gesetzgeber gerichtete Verbot des streikverhindernden Legiferierens ergebe sich aus dem negativen Umstand des Fehlens einer entsprechenden Gesetzgebungskompetenz.

³⁶ J. P. MÜLLER, *Elemente einer schweizerischen Grundrechtstheorie*, Bern 1982, 8/9. Ähnlich P. SALADIN, *Grundrechte im Wandel*, 3. Aufl. Bern 1982, bes. 292.

stammend, hat sich als eigentliches Verhängnis erwiesen. Die (im Ausgangspunkt von Art. 337 OR sehr einfache und plausible) Fragestellung wurde durch diesen Einbruch verfassungsrechtlicher Konzepte verunklärt (z. B. die Lage bei Fassung des Streikbeschlusses ins Zentrum der Betrachtung gestellt, statt jene im Zeitpunkt der Kündigung bzw. des Ablaufs der vom Arbeitgeber gesetzten Frist). Die Ausführungen über "Streikrecht" von Obergericht und Bundesgericht berühren peinlich durch die ihnen innewohnende Begriffsverwirrung: Niemandem ist klar, was unter diesem "Recht" konkret zu verstehen sei. Statt dass wir eine Auseinandersetzung über Sachprobleme sehen, verkommt die Kontroverse zu einem Streit um Worte³⁷. Diese Kontroverse einzuführen wird überhaupt erst über eine *Fehlinterpretation des Privatrechts* möglich gemacht, nämlich durch die nur nebenbei aufgestellte, nicht einlässlich begründete, jedoch unhaltbare Annahme, das Privatrecht würde jeden Streik zu einem Grund sofortiger Vertragsauflösung i. S. von OR 337 machen³⁸, so dass es des Griffes in die Wundertüte des Verfassungsrechts bedürfe, um dieses Resultat abzuwenden: Verdrehung des Privatrechts, um die Notwendigkeit der Intervention des Verfassungsrechts zu erweisen!

Das Recht ist eine erdgebundene Ordnung, die nur gut sein kann, wenn sie auf die Realien, welche sie regeln soll, möglichst engen Bezug hat. Im Zusammenhang der hier behandelten Streikprobleme wie auch in vielen anderen Fragen ist die Entscheidung letztlich ins Ermessen des Richters gestellt. Der Richter erfüllt seine Aufgabe nur richtig, wenn er seine Ermessensentscheidung nach diesen Realien ausrichtet. Daher denn auch vorstehend das weitläufige Referieren der äusseren Vorgänge. Im vorliegenden Fall haben die Zivilrichter der zweiten und dritten Instanz, aus welchen Gründen auch immer, geglaubt, die Brille des Verfassungsrechtlers aufsetzen zu müssen. Wirkung ist, dass die Realien nur nebenbei und oberflächlich (zudem, wie gesehen, unter falschem Blickwinkel) gewürdigt werden. Es wird im vorliegenden Fall manifest, was dem Schreibenden überhaupt eine Krankheit eines Teils der gegenwärtigen Verfassungslehren zu sein scheint: Verzicht auf Auseinandersetzung mit den Realien, um nicht zu sagen: Flucht aus den Realien. Juristerei, welche sich in allgemeinen und allgemeinsten Grundsätzen ergeht, hohe und höchste Prinzipien verkündet in die Wolken strebt, statt Erdnähe zu suchen, wo allein die irdische Gerechtigkeit gefunden werden kann.

³⁷ Auch Obergericht und Bundesgericht stimmen in der Sache mit dem Zürcher Arbeitsgericht im Ergebnis völlig überein, dass ein Streik, unter bestimmten Voraussetzungen (bei Unverhältnismässigkeit – so Obergericht, S. 191 Ziff. 3 und 6, 192 lit. *d* – bzw. bei fehlender Rechtmässigkeit – so Bundesgericht, S. 257 lit. *c*) Anlass sofortiger Vertragsauflösung nach OR Art. 337 sein könne.

³⁸ Gegen diese Auffassung vgl. vor allem oben Fn. 11, 22 und 28 sowie Ziff. III/2, zweiter Absatz.