Zeitschrift: Schweizer Monatshefte : Zeitschrift für Politik, Wirtschaft, Kultur

Herausgeber: Gesellschaft Schweizer Monatshefte

Band: 34 (1954-1955)

Heft: 12

Artikel: Grundsätzliche Betrachtungen zu den Tendenzen der neuen Arbeitsgesetzgebung

Autor: Derron, Leonhard

DOI: https://doi.org/10.5169/seals-160353

Nutzungsbedingungen

Die ETH-Bibliothek ist die Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften auf E-Periodica. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Zeitschriften und ist nicht verantwortlich für deren Inhalte. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern beziehungsweise den externen Rechteinhabern. Das Veröffentlichen von Bildern in Print- und Online-Publikationen sowie auf Social Media-Kanälen oder Webseiten ist nur mit vorheriger Genehmigung der Rechteinhaber erlaubt. Mehr erfahren

Conditions d'utilisation

L'ETH Library est le fournisseur des revues numérisées. Elle ne détient aucun droit d'auteur sur les revues et n'est pas responsable de leur contenu. En règle générale, les droits sont détenus par les éditeurs ou les détenteurs de droits externes. La reproduction d'images dans des publications imprimées ou en ligne ainsi que sur des canaux de médias sociaux ou des sites web n'est autorisée qu'avec l'accord préalable des détenteurs des droits. En savoir plus

Terms of use

The ETH Library is the provider of the digitised journals. It does not own any copyrights to the journals and is not responsible for their content. The rights usually lie with the publishers or the external rights holders. Publishing images in print and online publications, as well as on social media channels or websites, is only permitted with the prior consent of the rights holders. Find out more

Download PDF: 16.12.2025

ETH-Bibliothek Zürich, E-Periodica, https://www.e-periodica.ch

GRUNDSÄTZLICHE BETRACHTUNGEN ZU DEN TENDENZEN DER NEUEN ARBEITSGESETZGEBUNG

VON LEONHARD DERRON

I.

Was unter «Arbeitsrecht» verstanden werden soll, ist umstritten [1]). Dieser Ausdruck wird sowohl als Inbegriff der Normen über das Arbeitsverhältnis, als auch als Inbegriff der auf den Arbeitnehmer bezüglichen Normen, wie endlich als Inbegriff der Normen über die Arbeitsgemeinschaft verwendet. Diese Unsicherheit folgt aus der Tatsache, daß der *Begriff «Arbeitsrecht»* sich nicht logisch aus dem Begriffe des Rechtes als einer verbindlichen Ordnung ableiten läßt, sondern von bestimmten Tatbeständen ausgeht. Die Auswahl der Tatbestände, denen die Eigenschaft «arbeitsrechtlich» zu sein, zuerkannt wird, erfolgt nach Erwägungen der Zweckmäßigkeit, wobei notwendigerweise der maßgebliche Zweck vom Auswählenden willkürlich bestimmt wird. Das heißt nun aber, daß der Begriff des Arbeitsrechtes im wesentlichen nicht durch konstruktiv-dogmatische Motive bestimmt wird, sondern daß dafür in erster Linie historische und rechtspolitische Gründe maßgebend sind [2]).

Das rechtspolitische oder soziale Interesse, das den Begriff des Arbeitsrechtes erst eigentlich geschaffen hat und schillernd, ja problematisch erscheinen läßt, gibt auch dem *System des Arbeitsrechtes* als juristische Disziplin die Eigenart. Das gleiche Interesse, das bei der Begriffsbildung maßgeblich war, ist in der Regel ausschlaggebend sowohl für das Bedürfnis nach systematischer Zusammenfassung der als arbeitsrechtlich angesprochenen Normen, als auch für den Wunsch, daß aus der Verselbständigung und Vereinheitlichung des Arbeitsrechtes sich bestimmte rechtspolitische Impulse ergeben möchten.

So ist bezeichnend, daß vor allem in Deutschland, im Anschluß an das in der Weimarer Verfassung enthaltene Postulat eines einheitlichen Arbeitsrechtes, verschiedene arbeitsrechtliche Lehren entstanden, die sich unter dem Einfluß sozialreformerischer Ideen zu einer *Sonderdisziplin* entwickelten, welche vor allem den *Schutz des Arbeitnehmers* im Auge hatte. Damit war die Gefahr gesetzt, daß das Arbeitsrecht vornehmlich als Sonderrecht einer Gesellschafts-

---

[1]) L. Richter, «Arbeitsrecht als Rechtsbegriff». Leipzig 1923.

[2]) W. Kämpfer, «Die Rechtsetzungskompetenz des Bundes und der Kantone auf dem Gebiete des Arbeitsrechtes». Olten 1943.

gruppe, nämlich jener der unselbständigen Arbeiter, aufgefaßt wurde. Demgemäß verblaßte auch zusehends die Erkenntnis, daß für die Erfassung der neuen rechtlichen Erscheinungen, welche die Versuche zur Lösung der sozialen Frage durch Gesetzgebung und Vertrag zeitigten, nicht so sehr der Gedanke grundlegend sein muß, daß sich Arbeitnehmer und Arbeitgeber in Klassen scheiden, als daß sie zusammen in einem bestimmten Verhältnis — dem Arbeitsverhältnis — stehen [3]).

Der Gefahr, daß sich in die wissenschaftliche Betrachtungsweise ein *Interessen-Standpunkt* einschleichen könnte, sind auch maßgebliche schweizerische Arbeitsrechtler, wie *A. Gysin* [4]), *E. Schweingruber* [5]) und *W. Hug* [6]) nicht entgangen.

Wenn *Gysin* vom Arbeitsrecht als Ausdrucksform und Problem unserer Zeit spricht, erhebt er — sehr unbestimmt formuliert — die Forderung «von der Mitsprache der Arbeit in der Gesellschaft».

---

[3]) Von allen Theorien zum Begriff des Arbeitsrechtes ist darum auch diejenige von E. Jacobi, «Grundlehren des Arbeitsrechtes», Leipzig 1927, immer noch die fruchtbarste.

[4]) «Arbeitsrecht». Zürich 1943.

«Probleme des kollektiven Arbeitsrechtes». Zürich 1950.

«Zur Revision des Arbeitsrechtes», in «Zeitschrift für Schweiz. Recht». Basel 1951.

«Privatrecht und öffentliches Recht im Arbeitsrechte», in «Zeitschrift des Bernischen Juristen-Vereins». Bern 1951.

«Überblick über Einzelfragen des Arbeiterschutzes», in «Neue Sozialpolitik in Gewerbe und Industrie». Einsiedeln 1951.

[5]) «Das Arbeitsrecht der Schweiz». Zürich 1946.

«Gesetz und Kollektiv-Vertrag», in «Gewerkschaftliche Rundschau». Bern 1946.

«Entwicklungstendenzen in der Praxis der Gesamtarbeitsverträge», in «Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins». Bern 1947.

«Der Gesamtarbeitsvertrag», in «Neue Sozialpolitik in Gewerbe und Industrie». Einsiedeln 1951.

[6]) «Das Kündigungsrecht und die arbeitsrechtlichen Grundlagen», 2 Bände. Aarau 1926/27.

«Grundfragen des Arbeitsrechtes». Chur 1926.

«Der Ausbau des Arbeitsrechtes und der Sozialversicherung in der Schweiz», im Verhandlungsbericht des 3. evangelisch-sozialen Kongresses. Zürich 1930.

«Die rechtliche Neuordnung der Wirtschaft», in «Die Neuordnung der Wirtschaft». Zürich 1934.

«Staat und Wirtschaftsverbände in der Sozialgesetzgebung». Zürich 1949.

«Probleme des modernen Arbeitsrechtes». Zürich 1950.

«Das Verhältnis von staatlichem und kollektivem Recht in der Arbeitsgesetzgebung». «Die Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen», in «Neue Sozialpolitik in Gewerbe und Industrie». Einsiedeln 1951.

«Moderne Rechtsformen der Unternehmer- und Arbeitnehmer-Zusammenschlüsse in der Schweiz», in «Österreichische Juristenzeitung». Wien 1952.

«Probleme des kollektiven Arbeitsrechtes». München 1953.

«Die Gesetzgebung über den Gesamtarbeitsvertrag und dessen Allgemeinverbindlichkeit», in «Wirtschaft und Recht». Zürich 1954.

Nach dem Arbeitsrecht werde entschieden, ob die Tätigkeit des Staates einem Gesamtplane folge oder zufällig eingreife. Das Arbeitsrecht sei aus der zwiespältigen Rechtsform der modernen Arbeitsabhängigkeit, welche den formell freien, aber wirtschaftlich abhängigen Arbeiter an die rechtliche Dispositionsgewalt des ihm formell gleichgestellten, aber wirtschaftlich überlegenen Betriebsherren feßle. erwachsen. Dieses Arbeitsrecht in der heutigen Form sei fraglich geworden, denn es beruhe auf der primären und grundsätzlichen Freiheit des Vertrages, die aber nachträglich durch ein System der staatlichen Intervention korrigiert werde. Diese auf der Grundlage des kapitalistischen Arbeitsmarktrechtes aufgebauten fragwürdigen Rechtsformen seien durch eine neue, für den Staat und die Gesellschaft «tragbare» Lösung zu ersetzen [7]). Die Richtlinien, die Gysin für dieses neue Arbeitsrecht gibt, lauten dahingehend, daß das Arbeitsrecht vereinheitlicht und sein Bereich ausgedehnt werden müsse, daß die Arbeitsgerichtsbarkeit auszubauen und der Arbeitsvertrag neu zu gestalten sei, indem er konsequent auf eine personenrechtliche Grundlage gestellt werde, daß das Gesamtarbeitsvertrags-Recht und die Arbeiterschutz-Gesetzgebung weiter zu entwickeln seien, sowie daß gestützt auf eine neue Auffassung über das Eigentum ein Mitspracherecht und ein «Beschäftigungsrecht» der Arbeitnehmer in den Betrieben einzuführen sei. Schon die Liste dieser Forderungen [8]) bestätigt wohl besser als jeder Kommentar die Abhängigkeit der arbeitsrechtlichen Lehren Gysins, einschließlich des Begriffes «Arbeitsrecht», von ideologischen Überlegungen und rechtspolitischen Zielsetzungen.

Auch *Schweingruber* geht es ausdrücklich nicht um die systematische Einordnung der einzelnen arbeitsrechtlichen Institute, sondern um ihre «strukturelle Bedeutung». Von diesem Gesichtspunkte aus will er einen Beitrag leisten an die Bestrebungen, das Arbeitsrecht, als positive Rechtsordnung und als wissenschaftliche Disziplin, der Idee einer «formellen und materiellen Einheit und Güte» näher zu bringen. Um dieser Tendenz gerecht zu werden, bedürfe es einer neuen konstruktiven Idee, denn die bisherige Entwicklung zeige kein Ziel. Das Ziel dürfe aber nicht allein im Schutze der Persönlichkeit des arbeitenden Menschen gegenüber den persönlichkeitsberührenden Wirkungen der Arbeitsleistung im Dienste eines andern bestehen, sondern es sei in der Bestimmung der Stellung der abhängigen Arbeit im Volksganzen zu erblicken, und zwar sei dies eine Aufgabe, die in den Mittelpunkt der modernen Rechtsordnung gehöre. Als Beispiel dafür, wie dies etwa geschehen könnte, werden

---

[7]) «Arbeitsrecht», S. 11 ff.
[8]) «Arbeitsrecht», S. 190 ff.

die arbeitsrechtlichen Bestimmungen der Weimarer Verfassung Deutschlands angeführt und darauf hingewiesen, wie nahe dieses verfassungsrechtliche Programm den modernen Ideologien der Atlantic Charter oder des Beveridge-Planes komme. Auch die Carta del Lavoro des faschistischen Italiens, das Gesetz der Ordnung der nationalen Arbeit des nationalsozialistischen deutschen Staates, die Fuero del Trabajo Spaniens von 1938 und die Charte du Travail Frankreichs von 1941 werden als praktische Versuche auf dem Wege zu einem neuen, nicht bloß interventionistischen Arbeitsrecht zitiert [9]). Die Gedankengänge Schweingrubers zeigen klar, daß die von ihm aufgezeigte Struktur des Arbeitsrechts nicht allein auf wissenschaftlicher Betrachtungsweise beruht, sondern auch rechtspolitischen Forderungen genügen will.

Das arbeitsrechtliche System *Hugs* ist die Folge — oder der Ausgangspunkt? — seiner wirtschaftspolitischen Konzeption. So wie er den Interessenausgleich auf wirtschaftlichem Gebiete durch «Gesamtwirtschaftsverträge» sichern will, sieht er die Lösung der sozialen Frage vorzugsweise im Ausbau der autonomen Arbeitsgesetzgebung der Verbände. Sowohl auf arbeitsrechtlichem, wie auf wirtschaftlichem Gebiete habe die Gesetzgebung des Staates die Aufgabe, einerseits die rechtlichen Formen für die Selbstgesetzgebung der Verbände zu schaffen, anderseits Mindestnormen oder subsidiär hinter der Verbandsgesetzgebung wirksam werdende gesetzliche Regelungen aufzustellen [10]). Für den sozialpolitischen Sektor begründet Hug diese Auffassung mit dem Hinweis, daß für die Stellung des arbeitenden Menschen nicht mehr der freie Arbeitsvertrag gelten dürfe, sondern daß eine Arbeitsverfassung geschaffen werden müsse, welche durch Einräumung eines Mitbestimmungsrechtes des Arbeitnehmers eine Funktionsgemeinschaft zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer schaffe. Das Arbeitsrecht strebe daher «nach einer die gesellschaftlichen Formen der Arbeit beherrschenden Gesamtsphäre», was in schwer verständlicher Weise dahingehend umschrieben wird, es zeige sich im Arbeitsrecht die Tendenz, «über der privaten Herrschaft der wirtschaftlichen Werke und Mittel ein neues Gesamtrecht entstehen zu lassen, auf das in wachsendem Maße zur Verwaltung durch die Organe der wirtschaftlichen Gesamtheit Herrschaftsrecht übergeht». Als Organe der wirtschaftlichen Gesamtheit betrachtet Hug die Berufsverbände, weshalb für das Arbeitsrecht der Gedanke der Selbstgesetzgebung dieser Organisationen zentral sei. Es gelte daher, die entsprechenden Keime im geltenden Recht unter Berücksichtigung der Forderung, daß nicht nur eine formelle, son-

---

[9]) «Das Arbeitsrecht der Schweiz», S. 13 ff., 31 ff.

[10]) «Neuordnung der Wirtschaft», S. 47 ff.

dern auch eine materielle Rechtsgleichheit zu verwirklichen sei, fortzubilden, um solcherweise, den «Gesamtwillen der Wirtschaft» verwirklichend, neu zu festgegründeten Rechtseinrichtungen zu gelangen [11]). Wir stellen fest, daß auch die arbeitsrechtliche Konzeption Hugs maßgeblich von rechtspolitischen Erwägungen beeinflußt ist und sich, vorwiegend berufsständischen Ideen huldigend, von traditionellen Rechtsauffassungen entfernt.

II.

Der tendenziöse Charakter der Dogmatik des Arbeitsrechtes, welcher seiner verhältnismäßigen Jugendlichkeit entspricht, hat auf die Ausgestaltung der schweizerischen Arbeitsgesetzgebung einen bestimmenden Einfluß ausgeübt. Dieser Einfluß zeigt sich vornehmlich im Postulat und im theoretischen Ausbau eines sogenannten *Kollektiv-Rechts*. Die Theorie versteht darunter das Arbeitsverfassungsrecht [12]), die Selbstgesetzgebung der Verbände [13]), oder das autonome Recht der Wirtschaftsverbände [14]), jedenfalls ein zwischen dem privaten und dem öffentlichen Recht stehendes, noch unfertiges und darum noch auszubauendes Recht sui generis [15]). Es fehlt auch nicht an Versuchen, Kollektivrecht einfach Privatrecht zu nennen, was aber zur Anerkennung eines Pseudoprivatrechtes führt [16]).

Wohl am deutlichsten kommt die Aufgabe des Kollektivrechts bei *Hug* zum Ausdruck [17]). Seiner Auffassung kommt denn auch das größte Gewicht zu, da Hug als Mitschöpfer sowohl des Entwurfes zu einem Bundesgesetz über den Gesamtarbeitsvertrag und dessen Allgemeinverbindlichkeit (GAVG) [18]), als auch des Entwurfs zu einem Bundesgesetz über die Arbeit in Industrie, Handwerk, Handel, Verkehr und verwandten Wirtschaftszweigen (ArbG) [19]), dem

---

[11]) «Grundfragen des Arbeitsrechtes», insbesondere S. 31, 43 ff. und 62 ff.

[12]) Gysin, «Arbeitsrecht», S. 61 ff.

[13]) Hug, «Staat und Wirtschaftsverbände in der Sozialgesetzgebung», S. 14 ff.

[14]) Hug, «Das Verhältnis von staatlichem und kollektivem Recht in der Arbeitsgesetzgebung», in «Neue Sozialpolitik», S. 38 ff.

[15]) Gysin, «Arbeitsrecht», S. 61 ff.

[16]) Gysin, «Privatrecht und öffentliches Recht im Arbeitsrecht», S. 79 ff. Vgl. dazu nachstehend III, Ziff. 5.

[17]) Hug hat seine Auffassung in den in Anm. 6 zit. Schriften seit Jahren vertreten. Für das folgende sei auf die zusammenfassende Darstellung in «Neue Sozialpolitik», S. 32—63, verwiesen.

[18]) Lt. Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung v. 29. Jan. 1954.

[19]) «Arbeitsgesetz», gemäß Bericht des Bundesamtes für Industrie, Gewerbe und Arbeit vom Dezember 1950.

geplanten Arbeitsrecht bisher seinen Stempel aufzudrücken vermochte. Hug will den Wirtschaftsverbänden sowie den einzelnen Arbeitgeber- und Arbeitnehmergruppen die «*Selbstgesetzgebung*» ermöglichen. Er spricht dabei von der autonomen Ordnung des Arbeitsrechts und faßt dieses autonome Kollektivrecht als Rechtsquelle auf, welche neben Gesetz und Verordnung des Staates tritt. Er spricht geradezu davon, daß durch den Ausbau des Kollektivrechtes das staatliche Recht zurückgedrängt, abgebaut werden könne. Die Verbände — und auch die einzelnen Arbeitgeber- und Arbeitnehmergruppen — erhalten damit eine doppelte Stellung innerhalb der Rechtsordnung: einmal sind sie mit Privatautonomie ausgestattete Subjekte des Privatrechts; zum andern aber werden sie durch Gesetzesdelegation mit Rechtsetzungsgewalt ausgestattet. Unklar bleibt lediglich, ob es sich um ein sogenanntes Rechtsverordnungsrecht oder eine sogenannte autonome Satzung der Verbände handelt; jedenfalls aber wird jede Beaufsichtigung der Verbände durch den Staat, auch diejenige, welche nur bezüglich der Rechtsetzung der Verbände ausgeübt würde, abgelehnt [20]).

Die *rechtspolitische Triebkraft,* die nach der weder durch Theorie noch durch Rechtsetzung oder Rechtsprechung gemeisterten neuen Rechtsform des Kollektiv-Rechts drängte, war die Überzeugung einerseits, daß das Privatrecht nicht im Stande sei, die materielle Rechtsgleichheit im Verhältnis des wirtschaftlich stärkern Arbeitgebers zum wirtschaftlich schwächern Arbeitnehmer zu verwirklichen, anderseits aber, daß das öffentliche Recht infolge seines Zwangscharakters die freie Berufsverbandsbildung eher hindere als fördere und somit die Weiterentwicklung eines elastischen und den besondern Bedürfnissen des Arbeitnehmers entgegenkommenden Arbeitsrechtes verunmögliche.

Dem Postulat eines Kollektivrechtes liegt also der Gedanke zu Grunde, daß die *Wirtschaftsverbände* geeignet seien, als Gesetzgeber aufzutreten. Deshalb werden ihnen Funktionen zugewiesen, welche in der Schweiz sonst nur Bund, Kantone und z. T. Gemeinden besitzen. Und zwar erscheinen die Verbände nach dieser Philosophie allein in der Lage, in bestimmten Lebensbezirken die wirtschaftliche und soziale Gerechtigkeit herbeizuführen; denn man sagt ja, daß individuelle, das heißt echt privatrechtliche Regelungen nicht genügen [21]), daß aber ebensowenig eine staatliche, das heißt echt öffent-

---

[20]) Hug, «Das Verhältnis von staatlichem und kollektivem Recht in der Arbeitsgesetzgebung», in «Neue Sozialpolitik in Gewerbe und Industrie», S. 50/51; Gysin, «Privatrecht und öffentliches Recht im Arbeitsrecht», in ZbIV, S. 81 ff.

[21]) So bes. Hug, «Die Gesetzgebung über den Gesamtarbeitsvertrag und dessen Allgemeinverbindlichkeit», in «Wirtschaft und Recht», S. 18/19.

lichrechtliche Ordnung in Frage kommen könne [22]). Bei der Forderung der Verwirklichung der sozialen Gerechtigkeit hat man dabei immerhin nicht nur die Interessen der Arbeitnehmer im Auge. Für die Arbeitgeber erwartet man von der kollektiv-rechtlichen Ordnung eine erhebliche Kartellwirkung. Indem möglichst alle Berufsgenossen den einheitlichen Arbeitsbedingungen der Arbeitsverfassung unterstellt werden, ist vor allem von der Lohnseite her die freie Konkurrenz beinahe ausgeschaltet, was den zusammengeschlossenen Arbeitgebern einen Einfluß auf den Preis erlaubt. Der Idee, die soziale Gerechtigkeit sei durch eine in jedem Beruf einheitliche Arbeitsverfassung zu verwirklichen, entspricht die Konzeption vom gerechten Lohn für den Arbeitnehmer und damit vom gerechten Preis für den Arbeitgeber, der durch die Verbände nach objektiven Kriterien festgelegt würde und sich nicht aus dem Zusammenspiel der individuellen und frei organisierten Kräfte ergäbe.

Wenn aber die Berufsverbände in den Stand gesetzt werden, autonomes Arbeitsrecht im Sinne einer Selbsthilfe-Gesetzgebung zu schaffen [23]), ist der Staat nicht mehr alleiniger Gesetzgeber, womit der erste und ausschlaggebende Schritt in Richtung der Rückbildung unserer allgemeingültigen Rechtsordnung zu korporativen Sonderrechts-Kreisen erfolgt. Nicht zuletzt diese Gefahr hat dazu geführt, daß schon seit seiner Entstehung insbesonders die *Rechtsnatur des Gesamtarbeitsvertrages* umstritten ist. Bei dieser Diskussion vertraten die Anhänger kollektiv-rechtlicher Ideen die sogenannte Gesetzestheorie. Ihre Anstrengungen fanden ihre Krönung im Art. 4 des zit. Entwurfes zu einem GAVG, indem dort im Gegensatz zum Art. 323 des Obligationenrechtes (OR) nicht die dem System des Privatrechtes durchaus adäquate Nichtigkeitswirkung, sondern die aus der Vorstellung, daß der Gesamtarbeitsvertrag objektives Recht setze, folgende Normativwirkung statuiert wird. Wenn Art. 323 OR Bestimmungen von Dienstverträgen, die einem Gesamtarbeitsvertrag widersprechen, «nichtig» erklärt, Art. 4 GAVG aber sagt, daß die Bestimmungen des Gesamtarbeitsvertrages durch Dienstvertrag «nicht wegbedungen werden können», so mag dieser Unterschied auf den ersten Blick unerheblich erscheinen. Er ist aber rechtstheoretisch und damit entwicklungsgeschichtlich von nicht zu unterschätzender Bedeutung. Denn während die Nichtigkeitswirkung eine Begründung vom Vertragsgedanken aus durchaus zuläßt [24]), geht Art. 4 GAVG

---

[22]) So bes. Hug, «Das Verhältnis von staatlichem und kollektivem Recht in der Arbeitsgesetzgebung», in «Neue Sozialpolitik», S. 35/36.

[23]) Hug, «Das Verhältnis von staatlichem und kollektivem Recht in der Arbeitsgesetzgebung», in «Neue Sozialpolitik», S. 48/49.

[24]) Wackernagel, «Die Konstruktion des Gesamtarbeitsvertrages», «Zeitschrift für Schweiz. Recht», Basel 1930.

eindeutig von der Voraussetzung aus, die Verbände könnten Recht — und zwar unabdingbares Recht — setzen; die Rechtsetzung kommt aber nach geltenden rechtsstaatlichen Grundsätzen eben nur dem Gesetzgeber, nicht aber dem Privaten zu. Dem Gesamtarbeitsvertrag würde also die rein privatrechtliche Grundlage entzogen und damit der Gegensatz, in welchem er zum öffentlichen Recht steht, verwischt. Das führt zu juristischen Konstruktionen, die in sich widersprüchlich sind und nur durch Zweckmäßigkeitserwägungen begründet werden können.

III.

Im folgenden wird versucht, die auf der Idee eines neuen Kollektivrechtes aufbauenden, oder sich zum mindesten daraus ergebenden *theoretischen Konstruktionen,* die besonders in den vorliegenden Entwürfen für ein GAVG und zum Teil auch für ein ArbG ihren Niederschlag gefunden haben, unter dem Gesichtspunkte ihres Verhältnisses zum traditionellen Rechtssystem und im Hinblick auf die ihnen innewohnenden rechtspolitischen Tendenzen zu untersuchen.

1. Die Problematik des Gesamtarbeitsvertrages, die schon in den verschiedenen Auffassungen der Kommentare zum OR zum Ausdruck kommt[25]), ist durch *O. Holer*[26]) einläßlich dargestellt worden. Holer belegt, daß die *Gesetzestheorie,* d. h. die Auffassung, daß der Gesamtarbeitsvertrag kein gewöhnlicher Vertrag, sondern eine Rechtsquelle darstelle, vorherrsche. Es ist das Verdienst *Zumbühls*[27]), nachdrücklich darauf hingewiesen zu haben, daß die Gesetzestheorie dem Wesen des Gesamtarbeitsvertrages nicht gerecht werde, daß sie vom Gesamtarbeitsvertrag Dinge verlange, die er nicht geben könne, und daß es auch gar nicht im Interesse der Weiterentwicklung des Gesamtarbeitsvertrages liege, wenn er mit solchen neuen Wirkungen belastet würde.

Die *Gesetzestheorie* ist eben dem Privatrecht inadäquat. Sie zerlegt den GAV in zwei vollkommen heterogene Teile: in einen echten Vertrag, enthaltend die schuldrechtlichen, d. h. nur die beiden Vertragsparteien als solche bindenden Bestimmungen, und einen von zwei Verbandsexekutiven in Form eines «Gesamtaktes» gefaßten Beschluß, welcher für die Verbandsmitglieder zwingendes Dienstvertragsrecht setzt. Zu dieser Konstruktion glaubte man Zuflucht

---

[25]) Becker, N. 1 zu Art. 323; Oser-Schönenberger, N. 10 zu Art. 323 OR.

[26]) «Die Rechtsnatur des Gesamtarbeitsvertrages», in «Schweiz. Juristenzeitung», Zürich 1939.

[27]) «Zum geplanten Ausbau des Gesamtarbeitsvertrags-Rechtes», «Schweiz. Arbeitgeber-Zeitung», Zürich 1950, und neuestens in «Wirtschaft und Recht», 1954, S. 163 ff.

nehmen zu müssen, weil man glaubte, anders die «Unabdingbarkeit» nicht erklären zu können. Diese Schwierigkeit hätte sich aber gar nicht ergeben, hätte man nicht zuvor die «Nichtigkeitswirkung» in eine «Normativwirkung» umgedeutet. Man ließ es nämlich nicht dabei bewenden, daß ein Einzeldienstvertrag, welcher dem Gesetz, resp. dem GAV widerspricht, nichtig sei und daß an Stelle der nichtigen Bestimmungen die gesetzliche bzw. die gesamtarbeitsvertragliche Regelung als Bestandteil des Einzeldienstvertrages gelten soll; sondern man behauptete, aus der gesetzlichen, resp. gesamtarbeitsvertraglichen Regelung ergäben sich die Pflichten und Rechte der Mitglieder der Verbände unmittelbar [28]). Daraus zog man dann noch den Schluß, infolge dieser unmittelbaren Geltung der Pflichten und Rechte für die Verbandsmitglieder (Normativwirkung) bedürfe es überhaupt keiner verbandsinternen Willenserklärung, um die Verbandsmitglieder ihrem Verbande gegenüber zur Einhaltung der normativen Bestimmungen zu verpflichten [29]). Das würde nichts anderes bedeuten, als daß die Verbände selber die Verletzung von normativen Bestimmungen durch die Parteien des Dienstvertrages einklagen könnten. Vor dieser Konsequenz schreckte man aber allem Anschein nach wieder zurück, indem nur die Klage gegenüber den Mitgliedern je des eigenen Verbandes zugelassen wurde, was widersprüchlich ist; ganz abgesehen davon, daß, wenn die Verbände Gesetzgeber sein sollen, es überhaupt unvorstellbar ist, daß ihnen zur Durchsetzung des selbst gesetzten Rechtes Klagemöglichkeiten zustehen sollen [30]).

Wenn schon die Verbände mit Selbstgesetzgebungsgewalt ausgestattet sein sollen, müssen *die Verbände als Privatrechtssubjekte und als Gesetzgeber* säuberlich auseinandergehalten werden. Es ist wissenschaftlich unverzeihlich, daß man das nicht tut. Die Vermengung kann nur daraus erklärt werden, daß eben doch immer wieder mit dem Gedanken gespielt wird, die Kompetenz zum Erlaß zwingenden Rechtes sei einfach eine Erweiterung der Privatautonomie. Dies trifft jedoch nicht zu, denn die Verbandsmitglieder haben im Rahmen der Verbandsstatuten sowohl den Zweck des Verbandes als auch ihre Mitgliedschaftspflicht freiwillig und selber festgelegt; und zwar ist diese Möglichkeit, nur selbstgewählten Verbandssatzungen sich unterwerfen zu müssen, durch die Assoziationsfreiheit verfassungsrechtlich garantiert [31]). Demgegenüber bedeutet die Übertragung

---

[28]) Deutlich GAVG, Art. 4 I.

[29]) Hug, «Die Gesetzgebung über den Gesamtarbeitsvertrag und dessen Allgemeinverbindlichkeit», in «Wirtschaft und Recht», S. 129, Anm. 1, S. 148, Anm. 5.

[30]) Vgl. zum Problem der Staatsorgane als Rechtssubjekte, Giacometti, «Staatsrecht der Kantone», Zürich 1941, S. 182/183.

[31]) Oftinger, «Über den Zusammenhang von Privatrecht und Staatsstruktur», in «Schweiz. Juristen-Zeitung», Zürich 1947, S. 226/228.

von Rechtsetzungsgewalt an die Verbände, daß die Mitglieder Verbandssatzungen unterworfen werden, die sie nicht selber frei beschlossen haben. Wird aber ein Individuum so zu bestimmtem Verhalten rechtlich verpflichtet, daß derjenige, welcher die Rechtsnorm selber erlassen hat, auch der «Berechtigte» ist, so kann darin nur öffentliches Recht, und zwar unter einem System des Gewaltenmonismus erblickt werden. Auch die in diesem Zusammenhang oft gehörte Behauptung, den Verbänden müsse das Recht der Selbsthilfe eingeräumt werden, weil der einzelne Arbeitnehmer wegen seiner wirtschaftlichen Unterlegenheit doch nicht zu klagen wage [32]), spricht dagegen, daß mit diesem Ausbau der Verbandskompetenzen eine Erweiterung ihrer Privatautonomie gemeint sein kann. Das Recht, welches die Verbände erlassen, ist also eben nicht so sehr privates, als vielmehr eher öffentliches Recht.

2. Trotz des Gegensatzes, in welchem die Gesetzestheorie zum bisherigen freiheitlichen Rechtssystem steht, ist bei den Vorarbeiten für eine gesetzliche Neuregelung der Allgemeinverbindlicherklärung von GAV von der Gesetzestheorie ausgegangen worden. Es führte dies insofern zu einer gewissen Rechtsunsicherheit, als eben die allgemeinen *Regeln des Vertragsrechtes* auf diese Theorie nicht folgerichtig angewendet werden konnten. So entstanden insbesondere Meinungsverschiedenheiten über die Voraussetzung der Kündigung und Auflösung, sowie über die Nachwirkungen des GAV. Auch die Regeln des OR über die Willensmängel wurden der neuen Auffassung vom GAV nicht gerecht.

Es stellt sich auch das Problem des Verzichts. Nach der Gesetzestheorie könnte auf Ansprüche aus dem Gesamtarbeitsvertrag unter keinen Umständen verzichtet werden. Denn darnach erfordert das Kollektivinteresse der GAV-Parteien, daß die gesamtarbeitsvertraglichen Normen unabhängig vom Willen der Parteien des Dienstvertrages wirksam werden und bleiben. Eine solche Auffassung verträgt sich aber nicht mit der Behauptung, das GAV-Recht sei Privatrecht. Denn selbst auf Ansprüche aus sogenannten zwingendem Privatrecht kann nachträglich — mindestens indem die Geltendmachung unterlassen wird — verzichtet werden. Absolute Unverzichtbarkeit ist das Kriterium des öffentlichen Rechts: wenn für die Forderungen des Arbeitnehmers aus dem GAV absolute Unverzichtbarkeit ver-

---

[32]) Vgl. statt vieler Schweingruber, «Das Arbeitsrecht der Schweiz», S. 97 ff., «Der Gesamtarbeitsvertrag», in «Neue Sozialpolitik in Gewerbe und Industrie», S. 89 ff. In «Entwicklungstendenzen in der Praxis der Gesamtarbeitsverträge», in Zeitschrift ZbIV zieht Schweingruber die richtige Konsequenz, wenn er sagt, daß man der normativen Wirkung des Gesamtarbeitsvertrages seitens der Theorie zu viel Bedeutung beigemessen habe.

langt wird, so handelt es sich somit beim GAV-Recht um öffentliches Recht [33]).

Die Rechtsunsicherheit ist somit nicht die Wirkung mangelnder oder inadäquater Regelung, welche durch den Ausbau des kollektivistischen GAV-Rechtes behoben werden muß, sondern sie ist die Wirkung der Gesetzestheorie, die man aus rechtspolitischen Gründen will. Wäre nämlich die Rechtsunsicherheit tatsächlich die Folge einer unvollständigen Regelung im bisherigen OR, so hätte man im GAV-Gesetz auch alle diese Fragen, die zur Unsicherheit Anlaß gaben, regeln müssen. Daran ist auch seinerzeit gedacht worden [34]). Man unterließ aber solche Reformen, was darauf schließen läßt, daß die aufgetretenen Schwierigkeiten nicht am OR liegen, sondern an der Gesetzestheorie. Rechtsunsicherheit besteht deshalb nur solange, als man den rechtsuchenden Privaten und den rechtanwendenden Instanzen die Rechtslage nicht rechtstheoretisch einwandfrei darlegen will, weil sie nicht ins rechtspolitische Konzept paßt.

3. Vor allem aber leitete man aus dem dem Gesamtarbeitsvertrag gegebenen kollektiv-rechtlichen Charakter die Forderung nach einer *Neuregelung seiner Durchsetzbarkeit* ab [35]). Wenn es sich nämlich beim Gesamtarbeitsvertrag nicht um einen Vertrag im hergebrachten Sinne handelt, sondern um ein Instrument der Selbsthilfegesetzgebung, ist es naheliegend, daß bei Nichteinhaltung des Gesamtarbeitsvertrages anstelle der Klagemöglichkeit des Verletzten eine andere, stärkere Sanktionsmöglichkeit verlangt wird. Nicht selten ist sogar die Einführung einer öffentlichrechtlichen Kontrolle mit Strafsanktionen vorgeschlagen worden. Da auf diese Weise aber die Verbandsautonomie tangiert würde, paßten diese Vorschläge nicht ins Konzept der Befürworter eines neuen Kollektivrechtes, obwohl jene Forderungen letzten Endes eher in ihrer Linie lägen, als eine konsequente Weiterbildung der anerkannten privatrechtlichen Institute [36]). Die Verbandsautonomie verlangt vielmehr die Verstärkung der Gesamtarbeitsverträge durch kollektivrechtliche Mittel, was zudem den Vorteil hat, daß eine solche Lösung formell «privatrechtlich» genannt werden kann, obwohl das solchermaßen auf dem «Gruppenindividualismus» aufbauende Recht [37]) mit echter Privat-

---

[33]) Vgl. dazu Zumbühl, «Bemerkungen zur geplanten Gesetzgebung über den GAV und dessen AVE», in «Wirtschaft und Recht», 1954.

[34]) «Ausbau des Rechts der Gesamtarbeitsverträge», in «Wirtschaft und Recht», S. 8.

[35]) Vgl. Derron, «Von der Durchsetzbarkeit der Gesamtarbeitsverträge», «Schweiz. Arbeitgeber-Zeitung», 1954.

[36]) Siehe Ziff. 5 nachstehend.

[37]) Hug, «Die Gesetzgebung über den Gesamtarbeitsvertrag und dessen Allgemeinverbindlichkeit», in «Wirtschaft und Recht», S. 118/119, wo im Zusammenhang mit dem Begriff «Gruppenindividualismus» der Gesamtarbeitsvertrag

autonomie nur noch den Namen gemeinsam hat [38]). Daß diese kollektivrechtlichen Mittel nicht mehr rein privatrechtlich verstanden werden können, sondern eher ins öffentliche Arbeitsrecht gehören, hat auch Gysin erkannt, insbesondere wenn er darauf hinweist, daß bei der kollektivrechtlichen Durchsetzung des Gesamtarbeitsvertrages die Verbände sich ungefähr so um das Schicksal der von ihren Normen erfaßten einzelnen Arbeitnehmer kümmern, wie der Staat sich im öffentlichen Arbeitsschutzrecht um die öffentlichen Interessen kümmert. Er sagt, daß die Verbände die von ihnen aufgestellten Normen «von Verbands-Amtes wegen» auf ihre Durchführung kontrollieren [39]).

Der Idee der Schaffung derartigen autonomen Verbandsrechtes zum Zwecke der Verstärkung der Durchsetzbarkeit des Gesamtarbeitsvertrages wurde durch die im GAVG vorgesehene *Gesamtarbeitsvertrags-Gemeinschaft* Rechnung getragen. Es drängen sich daher einige Bemerkungen zu diesem neuen Rechtsinstitut auf. Vorerst muß darauf hingewiesen werden, daß die Tatsache, daß bereits Vertragsgemeinschaften bestehen, keineswegs die Notwendigkeit der im GAVG enthaltenen Vertragsgemeinschaft beweist, denn die bestehenden Vertragsgemeinschaften (Gesamtarbeitsvertrags-Gesellschaften) sind juristisch durchaus nicht identisch mit der vom GAVG vorgesehenen Vertragsgemeinschaft (Gesamtarbeitsvertrags-Kollektiv). Letztere kann die Mitglieder der Vertragsverbände kraft Gesetzes direkt auf sich verpflichten, was die bisher eingegangenen Vertragsgemeinschaften eben nicht können, weil bekanntlich unser Recht den Vertrag zu Lasten Dritter nicht kennt. Wenn die bestehenden Vertragsgemeinschaften in Gesamtarbeitsverträgen trotzdem entsprechende Verpflichtungen statuieren, sind diese rechtlich unwirksam, soweit sie nicht durch Verbandsbeschlüsse untermauert sind. Die Vertragsgemeinschaft selber, d. h. das eingegangene einfache Gesellschaftsverhältnis als solches, kann aber trotzdem Bestand haben [40]). Was jedoch vor allem zur Kritik des Institutes der Ge-

---

generell als eine Absage an das Prinzip der individuellen Vertragsfreiheit und als ein Versuch zur Überwindung des freien Arbeitsvertrages dargestellt wird.

[38]) Vgl. dazu Usteri, «Über Verfassungswidrigkeiten im Entwurf zu einem neuen Gesamtarbeitsvertrags-Gesetz», «Schweiz. Juristen-Zeitung», Zürich 1954.

[39]) Gysin, «Probleme des kollektiven Arbeitsrechtes», S. 7, wo es heißt: «So ist es denn begreiflich, daß manche von einer Art Verschmelzung des Privatrechts mit dem öffentlichen Recht, die im kollektiven Arbeitsrecht stattfinde, gesprochen haben.»

[40]) Diese Verhältnisse übersieht Hug, «Die Gesetzgebung über den Gesamtarbeitsvertrag und dessen Allgemeinverbindlichkeit», in «Wirtschaft und Recht», S. 157, N. 1 und 2. Es ist daher auch entgegen der Meinung Hugs, S. 130, N. 3, Pflicht des Juristen, auf den «zwittrigen» Charakter des Institutes der Gesamtarbeitsvertrags-Gemeinschaft hinzuweisen.

samtarbeitsvertrags-Gemeinschaft nach GAVG Anlaß gibt, ist die Tatsache, daß im Bestreben, den Verbänden Rechtsetzungsbefugnisse einzuräumen, nach Rechtsformen gegriffen wird, die — obwohl sie privatrechtlich etikettiert werden — nach herrschenden privatrechtlichen Auffassungen nicht mehr begriffen werden können, und dies, obwohl doch das OR genügend Möglichkeiten böte, um den von den Vertragsparteien angestrebten Zweck zu verwirklichen [41]). Das gibt ja auch beispielsweise Hug ausdrücklich zu [42]). Er setzt sich aber über diese Erkenntnis mit der Bemerkung hinweg, die Erfahrung lehre, daß aus «bestimmten Gründen» diese recht-

[41]) Lusser, «Zur Konstruktion kollektiver Verträge», «Schweiz. Juristen-Zeitung», Zürich 1954, Heft 9 und 11, wo darauf hingewiesen wird, daß der Beschluß der beteiligten Verbände, einem Gesamtarbeitsvertrag zuzustimmen, zweierlei Folgen hat. Er schafft erstens eine Verpflichtung zwischen den vertragsschließenden Verbänden; zweitens verpflichtet der gleiche Verbandsbeschluß die einzelnen Mitglieder, sich an den Gesamtarbeitsvertrag zu halten. Ohne diese Mitgliedschaftspflichten könnte ja die vielgerühmte Einwirkungspflicht der Verbände auf ihre Mitglieder privatrechtlich nicht begründet werden, denn woher sollten die Verbände dieses Recht hernehmen, wenn die Mitglieder durch den Gesamtarbeitsvertrag nicht ihnen gegenüber verpflichtet würden. Interessant ist der Nachweis Lussers, daß es bei der Beratung der heutigen Art. 322 und 323 OR als selbstverständlich galt, daß die Mitglieder eines Verbandes in der Folge eines Gesamtarbeitsvertrages rechtlich verpflichtet seien, dessen Bestimmungen einzuhalten. Im Ständerat wurde sogar ausdrücklich erklärt, der Umstand, daß die Mitglieder eines Verbandes gehalten seien, den Bestimmungen des Gesamtarbeitsvertrages nachzuleben, sei ein allgemeines Rechtsprinzip und müsse deshalb nicht besonders erwähnt werden. Da es sich hier um privatrechtliche Institutionen handelt, ist natürlich Voraussetzung, daß die im Zusammenhang mit der Eingehung von Gesamtarbeitsverträgen entstehenden Mitgliedschafts-Verpflichtungen im Rahmen der Verbandsstatuten vorgesehen und von den Mitgliedern gewollt sind. Die Mitgliedschaftsverpflichtungen sind dann auch klagbar, genau wie eine Verpflichtung aus Vertrag. Die Verbände können selbstverständlich auch einen Dritten ermächtigen, den Anspruch auf Erfüllung der Mitgliedschafts-Verpflichtungen klageweise durchzusetzen, oder sie können sogar diesen Anspruch abtreten, zum Beispiel an eine aus den Parteien gebildete einfache Gesellschaft (Vertrags-Gemeinschaft).

Die normalen Mittel des Zivilrechts sind also für das Zustandekommen solider und durchsetzbarer Gesamtarbeitsverträge, zumal wenn die Parteien mit Konventionalstrafen, Vollmacht, Abtretung oder Genehmigung operieren, durchaus ausreichend. Um so unverständlicher ist es, daß in der Botschaft des Bundesrates zum GAVG vom 29. Januar 1954 das Gegenteil behauptet wird (Seite 5), trotzdem die Frage, ob und wie mit besondern Bestimmungen in den Verträgen deren Durchsetzbarkeit verbessert werden könnte, nicht untersucht wird (Seite 10) und obwohl gleichzeitig zugegeben wird, daß der bisherige Zustand in der Praxis zu keinen Schwierigkeiten Anlaß gegeben habe (Seite 11). Lusser bemerkt daher auch mit Recht, daß die geltende Rechtslage auch bei veränderter Wirtschaftslage vor dem Zivilrichter nicht zu Schwierigkeiten führen müsse, wenn die Gesamtarbeitsverträge zivilrechtlich aufgefaßt und klar formuliert werden.

[42]) Hug, «Die Gesetzgebung über den Gesamtarbeitsvertrag und dessen Allgemeinverbindlichkeit», in «Wirtschaft und Recht», S. 122, insbesondere Anm. 3.

lichen Mittel nicht ausgeschöpft werden, oder die Einwirkung der Verbände auf ihre Mitglieder versage. Wenn diese bekannten Mittel des Privatrechtes nicht verwendet würden, so liege dies nicht in der Unkenntnis der Rechtslage, sondern in «faktischen Verhältnissen» begründet. Mit solchen allgemeinen, nicht näher begründeten Hinweisen ist aber doch wohl eine folgenschwere Neukonzeption des Arbeitsrechts, die neuer, vom gewöhnlichen Privatrecht abweichender Rechtsinstitute und Rechtsformen bedarf, nicht hinreichend begründet. Materiell betrachtet, werden die Gesamtarbeitsvertrags-Kollektive zu Polizei- und Gerichtsorganen, da sie Kontrollen durchführen und Kautionen als verfallen erklären können[43]). Durch die Möglichkeit, im GAV den Mitgliedern ohne deren Zustimmung die Verpflichtung zu Beitragsleistungen aufzuerlegen[44]), wird das Institut der Zwangsabgaben an die Verbandskollektive («Verbandssteuern») eingeführt. Dieses ganze System wird aber gehandhabt durch Organe, die aller rechtsstaatlichen und demokratischen Garantien entbehren. Es besteht keine Aufsicht des Staates zur Wahrung der allgemeinen Interessen. Es besteht infolge der Umkehrung der Beweislast nur eine erschwerte Weiterzugsmöglichkeit an staatliche Gerichte zur Verhinderung von Willkür und Fehlentscheiden. Besonders bedenklich werden alle diese Regelungen deshalb, weil sie nicht nur den Verbandsmitgliedern, sondern auf dem Wege der AVE auch Außenseitern[45]) auferlegt werden können. So wird unter dem Mäntelchen «privatrechtlicher Regelung» die Möglichkeit geschaffen, ganze Branchen im Kern öffentlichrechtlich, aber ohne die Garantien des Rechtsstaates zu organisieren. Die Folge, daß die «Verbandsgesetzgebung» der Verbandsexekutive ermöglicht, sich über die Statuten und Verbandsbeschlüsse hinwegzusetzen, wird in Kauf genommen.

Aber auch von dem einmal gewählten formellen Standpunkt des *Zivilrechts* aus muß man an der GAV-Gemeinschaft Kritik üben. Wenn man sie schon ausbauen will, erheben sich folgende ungeklärte Fragen: Warum muß sie nicht in ein öffentliches Register eingetragen werden, wo sie doch volkswirtschaftlich und juristisch mindestens so wichtige Aufgaben zu erfüllen hat wie die Handelsgesellschaften? Eine Begründung für diese Unterlassung wird nicht gegeben[46]). Soll sie etwa in der Anonymität bleiben? Wo hat sie ihren Sitz, an dem sie verklagt werden könnte? Ist sie deliktsfähig, d. h. verantwortlich für ihre Organe, da sie doch der Kollektivgesellschaft des bürgerlichen Rechts nachgebildet ist? In den Augen des Zivilrechtlers muß

---

[43]) GAVG Art. 7 I g. So richtig Geyer, in «Neue Zürcher Zeitung», Nr. 405, vom 20. 2. 1954, und Zumbühl, in «Wirtschaft und Recht», 1954, S. 177 ff.

[44]) GAVG Art. 6 I b.

[45]) GAVG Art. 9 II b.

[46]) Vgl. Botschaft GAVG, S. 41.

ferner ganz besonders die Rechtsfigur des sog. Vertrages zu Lasten Dritter auf Ablehnung stoßen, ist doch in einer zweitausendjährigen Rechtskultur für das private Schuldrecht der Grundsatz hochgehalten worden, daß durch privates Rechtsgeschäft die Rechte eines Dritten nicht tangiert werden können[47]). Wollte man den Vertrag zu Lasten Dritter wirklich einführen, müßte man im Anschluß an Burckhardts richtige Fragestellung über den Vertrag[48]) begründen, warum durch private Willkür der Verbände die Gerechtigkeit für die Berufsgenossen besser verwirklicht werden könne als durch die private Willkür der Berufsgenossen selbst. Gerade dieser zentralen Frage weicht man aber aus, denn sie wird weder durch die Autoren, welche die neuen Institute unterstützen, noch durch die Botschaft des Bundesrates zum GAVG überhaupt gestellt, geschweige denn beantwortet. Daß der Vertrag zu Lasten Dritter unter dem verfassungsrechtlichen Gesichtspunkt unzulässig ist, nachdem in der Verfassung die Privatautonomie in gleicher Weise für alle garantiert ist, ergibt sich von selbst[49]).

4. Wie sehr der Idee eines neuen Kollektivrechtes rechtspolitische Tendenzen innewohnen, die den Rechtsstaat zu sprengen drohen, zeigt aber nicht nur das Institut des Gesamtarbeitsvertrages, die dem GAVG zu Grunde liegt, sondern wird auch durch eine Reihe anderer widersprüchlicher Erscheinungen auf dem Gebiete der arbeitsrechtlichen Doktrin belegt. So wird die Forderung erhoben, im Gesetz über den Gesamtarbeitsvertrag oder in einer Revision des Dienstvertragsrechtes des OR sei das *Verhältnis der Normen des Gesamtarbeitsvertrages zum zwingenden Gesetzesrecht* so zu verändern, daß unter bestimmten Voraussetzungen das Kollektivrecht auch an Stelle zwingenden Gesetzesrechtes treten könne. Diese Forderung wird damit begründet, daß die Wirtschaftsverbände das Recht haben sollen, die Frage des Arbeitsverhältnisses nicht nur in Abweichung vom dispositiven Recht und in Ergänzung des zwingenden Rechtes, sondern auch an Stelle des letztern zu regeln. Damit wäre, wie Hug zutreffend formuliert[50]), klargestellt, daß der Rechtstitel für die Übernahme und Erfüllung der Rechtsetzungsfunktion der Verbände nicht im privaten Verbandszweck beschlossen liege, sondern in einer besondern Ermächtigung der staatlichen Rechtsordnung. Angesichts dieser Feststellung kommt die Verwendung der Bezeichnung «Privatrecht» für das

---

[47]) von Thur/Siegwart, «Allgemeiner Teil des Schweiz. Obligationenrechtes», 2. Aufl., S. 138.

[48]) Burckhardt, «Organisation der Rechtsgemeinschaft», 2. Aufl., S. 21 ff.

[49]) Dazu Usteri, «Über Verfassungswidrigkeiten im Entwurf zu einem neuen Gesamtarbeitsvertrags-Gesetz», in «Schweiz. Juristen-Zeitung», 1954.

[50]) «Das Verhältnis von staatlichem und kollektivem Recht in der Arbeitsgesetzgebung», in «Neue Sozialpolitik in Gewerbe und Industrie», S. 49/50.

solchermaßen von den Verbänden gesetzte Recht einer Umwertung des Begriffs und damit einer Täuschung über die wahre Natur dieses Rechtes gleich. Es ist klar, daß die Zustimmung zu diesem Prinzip der derogatorischen Kraft des Gesamtarbeitsvertrages den rechtsstaatlichen Grundsatz, wonach öffentliches Recht privates Recht bricht, umstoßen würde, wenn nicht eben angenommen wird, daß das Verbandsrecht nicht eigentlich privates Recht, sondern Gesetzesrecht sei; allerdings Gesetzesrecht, das nicht einem allgemeinen öffentlichen Interesse entspringt, sondern einem von den Verbänden postulierten öffentlichen Interesse [51]). Die in der Idee des neuen Kollektiv-Rechtes enthaltene Voraussetzung, daß das Verbandsrecht von selbst im sogenannten öffentlichen Interesse liege, zeigt seine ganze Problematik.

5. Die unklare Vermengung von öffentlichem Interesse und Verbandsinteresse führt denn auch, wie im ArbG Art. 62 (Möglichkeit der Übertragung öffentlichrechtlicher Vollzugsbefugnisse an paritätische Kommissionen) oder im ArbG Art. 53 (Verbandsklagerecht), zu Verbandskompetenzen, die im öffentlichen Interesse dem Staate vorbehalten sein sollten. In klarer Erkenntnis dessen ist, aufbauend auf der Grundlage des kollektiven Arbeitsrechtes, auch das neue Institut der *qualifizierten Rechtsverordnung* [52]) vorgeschlagen worden (ArbG Art. 36 ff.), mit dem staatliches öffentliches Recht geschaffen würde, das aber nicht in dem von der Verfassung vorgesehenen Wege, sondern in Mißachtung des Grundsatzes der Gewaltentrennung von der Exekutive unter Umgehung des Parlamentes aufgestellt werden könnte. Gerät somit die Gesetzestheorie von Anfang an mit den bisherigen Auffassungen von der Natur des Privatrechtes in Konflikt, so führt ihre konsequente Weiterbildung im Institut der qualifizierten Rechtsverordnung zur Unvereinbarkeit mit unserer rechtsstaatlichen Auffassung über die Entstehung *öffentlichen Rechts.*

6. Aber auch wenn die letzte Konsequenz der Entwicklung der Gesetzestheorie vom Gesamtarbeitsvertrag, wie sie im Institut der qualifizierten Rechtsverordnung zum Ausdruck kommt, nicht gezogen wird, führt diese mit dem System unseres Rechtes unvereinbare Doktrin folgerichtigerweise zu einer Staatsaufsicht, oder zum mindesten zur Forderung, daß der Staat vermehrt auf die Verbände Einfluß nehmen müsse, indem die Gesetzgebung die Rechtsetzung und Rechtdurchsetzungsfunktion der Verbände an bestimmte Voraussetzungen zu knüpfen habe. Damit gelangt man zu Lösungen, die dem Staate Einfluß auf die Ausgestaltung von Gesamtarbeitsverträgen

---

[51]) Vgl. Derron, «Die Verbände im Staat und im Kollektivrecht», «Schweiz. Arbeitgeber-Zeitung», 1954.

[52]) Befürwortend: E. Nägeli; ablehnend: D. Aebli, in Herbstkonferenz 1952 der Interkantonalen Vereinigung für Arbeitsrecht.

geben, wie dies in der Autotransportordnung der Fall war, oder aber zu Konzeptionen, wie sie in der Trinkgeldordnung und im Heimarbeitsgesetz und auch in Art. 72 ArbG (Mißstände bei der Lohnzahlung) enthalten sind, wo den Behörden auch in sogenannten zivilrechtlichen Angelegenheiten ein Einschreiten «von Amtes wegen» ermöglicht wird. Damit wird der Begriff «Privatrecht» nicht nur materiell, sondern auch formell denaturiert, was die Anhänger eines neuen Kollektivrechtes auch zugeben [53]). Daß die Forderung nach solchen Einwirkungsmöglichkeiten des Staates erhoben wird, mit der Begründung, daß dann die Verbände nicht mehr auf die Einwirkungspflicht angewiesen seien, zeigt, zu welcher bedenklichen Entwertung des Schuldrechtes diese Entwicklung hinführt. In dieser Entwicklung liegt die Tendenz zur Generalisierung des Prinzips der öffentlichrechtlichen Durchsetzung des Kollektivrechtes, was beweist, daß jede Kollektivierung, auch wenn sie zunächst in der Form des Ausbaus des Verbandsrechtes erfolgt, schließlich zur Verstaatlichung hindrängt.

IV.

Wer eine soziale oder wirtschaftliche Umwälzung will, muß neues Recht vorschlagen, denn jede Gesellschafts- und Wirtschaftsordnung hat ihr Recht und umgekehrt. Daraus erhellt die Bedeutung und *Tragweite der kollektivrechtlichen Lehre.* Sie verwirklicht nicht die Rechtsordnung des frei vereinbarten Vertrages, sondern diejenige des zwingenden Rechtes. Diese Tatsache ist noch viel entscheidender als der Umstand, daß dieses zwingende Recht nicht vom Staate, sondern von Verbänden erlassen wird. Auch für die Weiterentwicklung des Arbeitsrechtes im besondern ist darum nicht so sehr ausschlaggebend, durch wen es geordnet wird, als wie es geregelt wird; ob in Form des echten Vertrages oder des zwingenden Rechtes. Die zwingenden Normen sind typisch für die Staatswirtschaft, die Normen des frei vereinbarten Vertrages für die Privatwirtschaft. Man muß zwischen diesen Grundformen des Rechts notwendigerweise wählen. Mit jeder sind gewisse Nachteile verbunden, die man abschwächen, aber nicht aufheben kann, ohne die Grundform selbst zu zerstören, sagt Burckhardt [54]).

Die kollektivrechtliche Lehre hat das «Arbeitsrecht» gegenüber den übrigen Gebieten der Rechtswissenschaft in gewissem Sinne isoliert, was dazu führte, daß es zu einer Spezialdisziplin wurde, die

---

[53]) Hug, «Das Verhältnis von staatlichem und kollektivem Recht in der Arbeitsgesetzgebung», in «Neue Sozialpolitik in Gewerbe und Industrie», S. 62/63.

[54]) W. Burckhardt, «Gedanken eines Juristen über den Korporationenstaat», in «Zeitschrift des bernischen Juristen-Vereins» 1934.

nur noch von wenigen Fachleuten beherrscht wird. Diese Absonderung hat zunächst den Blick dafür verdunkelt, daß genau dieselben Probleme der Durchsetzung, wie sie heute im kollektiven Arbeitsrecht zur Diskussion stehen, schon seit langer Zeit auf andern Rechtsgebieten, besonders im wirtschaftlichen Kollektivrecht, auftauchten und gelöst wurden. Weil man glaubte, vor ganz neuen Problemen zu stehen, hielt man nach neuen Lösungsmöglichkeiten Ausschau, wobei die erwähnte Isolierung und gewisse politische Überlegungen dazu beitrugen, daß man diese Lösungsmöglichkeiten losgelöst von den übrigen Institutionen des Rechts suchte. Auf diese Weise ist eine Konzeption entstanden, die nicht nur mit den Grundsätzen unseres Privatrechts, sondern auch mit denen unserer Staatsverfassung im Widerspruch steht und, im Widerstreit mit den bestehenden Institutionen, zu einer außerordentlichen Rechtsunsicherheit führen mußte. Die kollektivrechtliche Lehre, folgerichtig zu Ende gedacht, ist geeignet, den Vertragsgedanken, auf dem insbesondere die ganze Entwicklung des Gesamtarbeitsvertrages beruht, entscheidend zu schwächen, indem sie an die Stelle des für den Vertrag typischen Gegenseitigkeits-Verhältnisses, dessen Grundlagen der Interessenausgleich und das wechselseitige Vertrauen sind, das legalisierte Selbsthilferecht von Interessen-Organisationen setzt.