

Zur Diskussion / A discuter

Der Gesamtarbeitsvertrag – ein Kartell?

STEFAN KELLER*

Gesamtarbeitsverträge und deren Allgemeinverbindlicherklärung bilden einen wichtigen Pfeiler der Sozialpartnerschaft. Die Frage der kartellrechtlichen Wirkung dieser mit gesetzesähnlicher Wirkung ausgestatteten Verträge wurde unter dem geltenden Kartellgesetz in jüngerer Zeit kaum je untersucht.

Nachdem die Kartellgesetze 1962 und 1985 den Arbeitsmarkt – und damit die Gesamtarbeitsverträge – noch explizit vom Kartellrecht ausgenommen hatten, verzichtete der Gesetzgeber auf eine Ausnahmebestimmung im geltenden Recht. Der vorliegende Beitrag zeigt zunächst die Gründe für die Nichtunterstellung des Arbeitsmarktes unter die früheren Kartellgesetze auf, bevor der Autor die geltende Rechtslage erläutert.

Les conventions collectives de travail et la déclaration de leur force obligatoire constituent un pilier important de la paix sociale. La question de l'éventuel aspect cartellaire de ces contrats aux effets quasi normatifs a été à peine examinée à la lumière du droit actuel.

Tandis que les lois sur les cartels de 1962 et de 1985 avaient expressément exclu de leur champ d'application le marché du travail, et donc les conventions collectives de travail, le législateur a renoncé à introduire une disposition correspondante dans le droit actuel. Dans cet article, l'auteur expose d'abord les raisons pour lesquelles le marché du travail n'a pas été soumis au champ d'application des législations antérieures sur les cartels et clarifie ensuite la situation juridique actuelle.

- I. Ausgangslage
 - II. Die Nichtunterstellung des Arbeitsmarktes
 - 1. Im Kartellgesetz 1962
 - 2. Im Kartellgesetz 1985
 - 3. Im Kartellgesetz 1995
 - 4. Die Kartellgesetznovelle 2003
 - III. Fazit
- Zusammenfassung/Résumé

I. Ausgangslage

Die Zielsetzung zum Abschluss eines Gesamtarbeitsvertrags und dessen eigentlicher Zweck bestehen insbesondere darin, die verschiedenen Arbeitsverhältnisse innerhalb eines Betriebs oder einer ganzen Branche inhaltlich einheitlich auszugestalten¹.

Eine explizite Definition des Gesamtarbeitsvertrags findet sich im Gesetz nicht. Art. 356 OR hält in seinen Abs. 1–3 jedoch immerhin dessen wesentliche Elemente fest². So etwa, dass der Gesamtarbeitsvertrag einen Vertrag zwischen Arbeitgebern oder deren Verbänden einerseits, und Arbeitnehmerverbänden andererseits, darstellt. Parteien des Gesamtarbeitsvertrags und damit «tariffähig»³ sind somit entweder Arbeitnehmer- und Arbeitgeberverbände, ferner einzelne Arbeitgeber⁴. Im

¹ Zum Begriff des Gesamtarbeitsvertrags vgl. F. VISCHER/A. C. ALBRECHT, Zürcher Kommentar, V/2c, 4. Aufl., Zürich 2006, OR 357 N 19; E. SCHWEINGRUBER/W. BIGLER, Kommentar zum Gesamtarbeitsvertrag, 3. Aufl., Bern 1985, 40 ff.; Vgl. auch die Definition bei J. ELROD, Der Gesamtarbeitsvertrag, ein Grundriss über das Recht und die Bedeutung des GAV in der Schweiz, 2. Aufl., Bern 1996, 8.

² Vgl. SCHWEINGRUBER/BIGLER (Fn. 1), 41.

³ Zum Begriff der Tariffähigkeit, mithin zu den Anforderungen, um die Funktion als Sozialpartner auszuüben, W. PORTMANN, Kommentar zu Art. 319–362 OR, in: Heinrich Honsell et al. (Hg.), Basler Kommentar, 4. Aufl., Basel 2007, OR 356 N 1 ff. (zit. BSK-PORTMANN).

⁴ Siehe die Kurz-Definition der tariffähigen Verbände bei BSK-PORTMANN (Fn. 3), OR 356 N 8; J.-F. STÖCKLI, Berner Kommentar, VI/2, Bern 1999, OR 356 N 29 (zit. BK-STÖCKLI); SCHWEINGRUBER/BIGLER (Fn. 1), 43 f.

Rahmen eines Gesamtarbeitsvertrags können die Vertragsparteien Bestimmungen über Abschluss, Inhalt und Beendigung des Arbeitsverhältnisses (Abs. 1), ferner andere Bestimmungen, die das Arbeitsverhältnis betreffen (Abs. 2), sowie die Rechte und Pflichten der Vertragsparteien unter sich (Abs. 3) vereinbaren.

Gemäss Art. 19 Abs. 1 OR kann der Inhalt eines Vertrags «innerhalb der Schranken des Gesetzes beliebig festgestellt werden». Inhaltlich sind im Rahmen eines Gesamtarbeitsvertrags, der letztlich ein Vertrag i.S.v. Art. 1 ff. OR ist, somit grundsätzlich alle Abreden denkbar, welche im weitesten Sinne die Arbeitsbedingungen der Vertragsparteien sowie der Beteiligten untereinander verbindlich festlegen⁵. Die Vielfalt ist aufgrund der Offenheit der möglichen Vertragsparteien⁶ und Beteiligten sowie des Inhalts entsprechend gross.

Nach dem örtlichen Geltungsbereich können Landes-, regionale oder lokale GAV, inhaltlich dagegen ausgebauten Verträge, Rahmen- oder Mantelverträge bzw. Teil- und Zusatzabkommen oder auch blosses Friedensabkommen unterschieden werden, während hinsichtlich Vertragsparteien nach Verbands-, Firmen- oder Hausverträgen zu differenzieren ist⁷.

Die Kartellwirkung des Gesamtarbeitsvertrags ergibt sich aus dem Umstand, dass branchenweite Abreden über Lohn- und Arbeitsbedingungen wie eine Preis- oder Konditionenabrede wirken können. Gesamtarbeitsverträge wurden denn auch schon als «Preiskartell mit Angebotskontingentierung» bezeichnet⁸. Die Ordnungsfunktion, nämlich die Vereinheitlichung der Arbeitsbedingungen, führt dazu, dass auf dem Arbeitsmarkt der Wettbewerb nicht oder nur beschränkt stattfinden kann. Diese Wettbewerbsbeschränkungen wurden und werden als Reaktion auf die wirtschaftliche Übermacht der Arbeitgeber gegenüber den Arbeitnehmern bewusst in Kauf genommen⁹.

Die Abreden über Lohn- und Arbeitsbedingungen zwischen den GAV-Vertragsparteien – den beteiligten Arbeitgeberverbänden und Gewerkschaften als Repräsentanten der organisierten Arbeitgeber und Arbeitnehmer – bilden grundsätzlich eine vertikale Abrede. Solche Abreden zwischen Unternehmen verschiedener Marktstufen können zwar nicht direkt eine Wettbewerbsabrede darstellen, da die beiden Vertragspartner nicht im gegenseitigen Wettbewerb stehen, jedoch indirekt eine solche bewirken. Allerdings wirken sich diese Abreden auf der tieferen oder höheren Marktstufe unter Umständen wettbewerbshemmend aus, weil diese Unternehmen jeweils an dieselbe Abrede gebunden sind und damit kein Wettbewerb mehr spielt¹⁰. Eine indirekt bewirkte Wettbewerbsabrede liegt dann vor, wenn Unternehmen der höheren Marktstufe mit denjenigen der tieferen Marktstufe parallel dieselben Abreden schliessen, in der vorliegenden Konstellation somit die Arbeitgeberverbände mit den Gewerkschaften. Die einzelnen gewerkschaftlich organisierten Arbeitnehmer bieten dabei ihre Arbeitskraft unter denselben Bedingungen auf dem Arbeitsmarkt an, wie wenn sie sich gegenseitig über diese Bedingungen abgesprochen hätten. Hinsichtlich vertikaler Preis- und Gebietsabsprachen ist mit der Kartellrechtsnovelle aus dem Jahre 2003 in Art. 5 Abs. 4 KG¹¹ explizit festgehalten worden, dass auch bei solchen Abreden die Beseitigung von Wettbewerb vermutet wird.

Es stellt sich freilich die Frage, ob das schweizerische Kartellrecht auf Absprachen in Form von Gesamtarbeitsverträgen überhaupt anwendbar ist und inwiefern Gewerkschaften und Arbeitgeberverbände Unternehmen im Sinne des Kartellgesetzes sein können.

⁵ SCHWEINGRUBER/BIGLER (Fn. 1), 24.

⁶ Dies, obwohl nur Arbeitnehmer- und Arbeitgeberverbände sowie einzelne Arbeitgeber Vertragsparteien darstellen können und die Abschlussfreiheit gemäss Art. 19 Abs. 1 OR entsprechend beschränkt ist.

⁷ Hiezu (und zu weiteren Arten von Gesamtarbeitsverträgen) SCHWEINGRUBER/BIGLER (Fn. 1), 25 f.; siehe auch die Übersicht bei ELROD (Fn. 1), 8 f.

⁸ G. BRIEFS, Zwischen Kapitalismus und Syndikalismus, Die Gewerkschaften am Scheideweg, Bern 1952, 103; zur Kartellwirkung von Gesamtarbeitsverträgen vgl. ausserdem H. HAUSHEER, Die Allgemeinverbindlicherklärung von Kollektivverträgen als gesetzgeberisches Gestaltungsmittel, ZSR 1976, II. Halbband, 317 ff.; J.-F. STÖCKLI, Der Inhalt des Gesamtarbeitsvertrags, Bern 1990, 370 ff.; F. VISCHER, Fragen aus dem Kollektivarbeitsrecht, AJP 1995, 547; K. WALSER, Allgemeinverbindlicherklärung ist keine Sünde/Rücksichtnahmen auf Besonderheiten der einzelnen Branchen, NZZ vom 18. März 1999, 23.

⁹ T. KELLENBERGER, Gesamtarbeitsvertrag und berufliche Vorsorge, Zürich 1986, 9.

¹⁰ Anschaulich hiezu ist der Bundesgerichtsentscheid i.S. Buchpreisbindung in BGE 129 II 218 ff.

¹¹ «Die Beseitigung wirksamen Wettbewerbs wird auch vermutet bei Abreden zwischen Unternehmen verschiedener Marktstufen über Mindest- oder Festpreise sowie bei Abreden in Vertriebsverträgen über die Zuweisung von Gebieten, soweit Verkäufe in diese durch gebietsfremde Vertriebspartner ausgeschlossen werden».

II. Die Nichtunterstellung des Arbeitsmarktes

1. Im Kartellgesetz 1962

Die früheren Kartellgesetze von 1962 und 1985 sahen in ihren Grundsatzartikeln vor, dass das Kartellgesetz nicht anwendbar ist «auf Verträge, Beschlüsse und Vorkehren, soweit sie ausschliesslich das Arbeitsverhältnis betreffen»¹². Der Bundesrat begründete diese Einschränkung mit dem Umstand, dass die grosse Anzahl Arbeitnehmer darauf angewiesen sei, die Verhandlungsposition «durch Zusammenfassung ihrer Einzelangebote» zu verstärken, zumal – trotz der grossen Arbeitskräftenachfrage in der damaligen Hochkonjunktur – «nach wie vor [...] die Verhältnisse nicht mit jenen des Gütermarktes gleichzusetzen» seien¹³. Der Bundesrat beharrte damit auf der Ausnahme zugunsten der Gewerkschaften, obwohl verschiedentlich auf eine Unterstellung unter das Kartellgesetz gedrängt wurde¹⁴ und auch der Bundesrat selber Zweifel bezüglich Nichtunterstellung äusserte¹⁵. Die Ausnahmebestimmung zugunsten des Arbeitsrechts in Art. 1 KG 1962 wurde auch mit referendums-taktischen Überlegungen begründet¹⁶. Ferner wurden wirtschafts- und sozialpolitische Begründungen angeführt, namentlich die wirtschaftlich schwächere Stellung der Arbeitnehmer gegenüber dem Arbeitgeber¹⁷. Zudem hätte das nur wenige Jahre vor dem Kartellgesetz 1962 geschaffene Bundesgesetz über die Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen¹⁸, das Ausdruck der «kollektivfreundlichen Einstellung des Gesetzgebers gegenüber den Gruppen des Arbeitsmarkts» war und ist, zu einem kaum lösbaren Widerspruch mit dem Kartellgesetz 1962 geführt¹⁹.

Die damalige Preisbildungskommission²⁰ begründete in einer Studie im Jahre 1957 ausführlich²¹, weshalb eine getrennte Betrachtung von Gewerkschaften und Kartellen angezeigt erscheint, obwohl zwischen diesen tatsächlich wichtige Schnittmengen bestünden: Beide versuchen für ihre Mitglieder eine Einkommensverbesserung zu erreichen, wobei dieses Ziel mittels Beschränkung der Konkurrenz erreicht werden soll²². Die massgebliche Differenz erblickte die Kommission jedoch im grundlegenden Wesensunterschied zwischen dem Wettbewerb unter den «Anbietern der Arbeitskraft» (den Arbeitnehmern) sowie den «Anbietern von Waren und Dienstleistungen» (den einzelnen Unternehmern)²³. Während sich der Wettbewerb auf dem Arbeitsmarkt im Anbieten der eigenen Arbeitskraft der Arbeitnehmer erschöpft – Tauschobjekt ist dabei die unselbständige Arbeit gegen Geld²⁴ – bemühen sich die Unternehmer um eine möglichst erfolgreiche Unternehmerleistung hinsichtlich materieller Sachgüter, Dienstleistungen und Kapital²⁵. Die Beschränkung des Unternehmerwettbewerbs wirkt sich

¹² Vgl. Art. 1 KG 1962 und Art. 1 Abs. 2 KG 1985; zu ersterer Bestimmung ausführlich R. FURTER, Kollektives Arbeitsrecht und Wirtschaftsrecht, Schriften zum schweizerischen Arbeitsrecht, Heft 16, Bern 1982, 42 ff. und 104 ff.; vgl. auch zum Begriff des Arbeitsverhältnisses P. MATHYS, Das Verhältnis zwischen Kartellrecht und kollektivem Arbeitsrecht, Versuch einer Grenzziehung, Basler Studien zur Rechtswissenschaft, Heft 88, Basel 1969, 30 ff.

¹³ Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung zum Entwurf eines Bundesgesetzes betreffend die Änderung des Bundesgesetzes über Kartelle und ähnliche Organisationen vom 18. September 1961, BBl 1961 II 571 (zit. Botschaft KG 1962).

¹⁴ Botschaft KG 1962 (Fn. 13), 567 und 572.

¹⁵ «Bei aller Würdigung des Unterschiedes zwischen Gütermarkt und Arbeitsmarkt ist festzuhalten, dass auch kollektive Einwirkungen auf den Arbeitsmarkt zu unerfreulichen Ergebnissen führen können (Fundstelle: Botschaft KG 1962 [Fn. 13], 572).

¹⁶ Zu dieser Meinung MATHYS (Fn. 12), 90 f. (mit Hinweisen auf die Meinungen im Schrifttum).

¹⁷ Vgl. die Ausführungen bei MATHYS (Fn. 12), 91 ff., der diese Begründung jedoch aufgrund der veränderten Stellung des Arbeitnehmers ablehnt.

¹⁸ Bundesgesetz vom 28. September 1956 über die Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen (AVEG), SR 221.215.311.

¹⁹ So etwa MATHYS (Fn. 12), 94 f.

²⁰ Die Preisbildungskommission wurde ursprünglich durch Verfügung des Eidgenössischen Volkswirtschaftsdepartements vom 28. Dezember 1926 (abgedruckt in: Die Verschleisspanne im Milchhandel der Schweiz, Eidgenössisches Volkswirtschaftsdepartement (Hg.), 1. Veröffentlichung der Preisbildungskommission des Eidgenössischen Volkswirtschaftsdepartements, Bern 1927, 3) ins Leben gerufen, um die Frage zu prüfen, auf welchen Voraussetzungen die damalige Preislage bestimmter Artikel beruhte. Später verfasste sie wettbewerbspolitische Studien, welche zum Teil als Grundlage für das Kartellgesetz 1962 dienten.

²¹ Grundlegend: Kartell und Wettbewerb in der Schweiz, Eidgenössisches Volkswirtschaftsdepartement (Hg.), 31. Veröffentlichung der Preisbildungskommission des Eidgenössischen Volkswirtschaftsdepartements, Bern 1957, 22 ff. (zit. Preisbildungskommission 1957).

²² Preisbildungskommission 1957 (Fn. 21), 23.

²³ Preisbildungskommission 1957 (Fn. 21), 24.

²⁴ FURTER (Fn. 12), 25; vgl. auch Preisbildungskommission 1957 (Fn. 21), 24, sowie MATHYS (Fn. 12), 4 (mit Hinweisen), der unter dem Arbeitsmarkt einen «verkehrsmässigen Austausch von menschlicher Arbeitsleistung gegen andere Wirtschaftsgüter» versteht.

²⁵ FURTER (Fn. 12), 26.

daher entscheidender auf die Funktionsweise des Wirtschaftssystems – nämlich in den betroffenen Produktemärkten aus – als der vorgelagerte Markt der Arbeitskräfte, der nur einen (wenn auch nicht unwichtigen) Teil der Gestehungskosten einer Ware ausmacht²⁶. Zudem stellt die Arbeit nicht eine Ware dar, die unabhängig der menschlichen Arbeitskraft verstanden werden kann²⁷.

2. Im Kartellgesetz 1985

Die Frage der Unterstellung des Arbeitsmarktes unter das Kartellgesetz stellte sich erneut während der Vorarbeiten zu einem neuen Kartellgesetz in den frühen Achtzigerjahren des 20. Jahrhunderts²⁸. Namentlich aus Arbeitgeberkreisen wurde der Einbezug in der Vernehmlassung bejaht²⁹, während die Erwägungen der Preisbildungskommission aus dem Jahre 1957 eine getrennte Betrachtung von Gewerkschaften und Kartellen vorzunehmen, in der bundesrätlichen Botschaft erneut Erwähnung fand³⁰. Der Bundesrat führte neben einer Wiederholung seiner diesbezüglichen Ausführungen in der Botschaft zum Kartellgesetz 1962 auch neue Argumente ins Feld, wie etwa verfassungsrechtliche Bedenken bei einer Unterstellung des Arbeitsmarktes unter den Kartellrechtsartikel der Bundesverfassung sowie die grundlegende Verschiedenheit zwischen Güter- und Arbeitsmärkten. Da das Kartellgesetz eine Missbrauchsgesetzgebung für die Gütermärkte darstelle, müsse ein allfälliger Missbrauch kollektiver Macht «im Rahmen des Arbeitsvertragsrechts» gesteuert werden³¹. Man könnte hierbei freilich argumentieren, die Allgemeinverbindlicherklärung gegebenenfalls zu verweigern, wenn diese mit einiger Wahrscheinlichkeit zu Kartellzwecken missbraucht worden wäre³².

3. Im Kartellgesetz 1995

Mit dem geltenden Kartellgesetz von 1995 verschwand der Anwendungsvorbehalt zugunsten der ausschliesslich das Arbeitsverhältnis betreffenden Abreden aus Art. 2 KG, welcher heute den Geltungsbereich des Kartellgesetzes umschreibt. Ist damit das heutige Kartellgesetz auf gesamtarbeitsvertragliche Abreden zwischen den Sozialpartnern anwendbar? Die Materialien verneinen dies eindeutig. Der Bundesrat begründet den Wegfall einer expliziten Ausnahmebestimmung mit der neuen sachlichen Anknüpfung des Kartellgesetzes an den Unternehmensbegriff, welcher klarstelle, dass die Arbeitnehmer nicht vom Geltungsbereich erfasst würden³³. Die bisherigen Kartellgesetze knüpften demgegenüber an den Begriff des Kartells an, der ohne explizite Ausnahmeregelung auch Abreden auf dem Arbeitsmarkt erfasst hätte.

Die vorberatende Kommission des Nationalrates kam bei Behandlung von Art. 2 KG zu denselben Erkenntnissen, indem protokollarisch lapidar festgehalten wurde: «Arbeitnehmer und Gewerkschaften sind keine Unternehmen; es braucht keine explizite Norm»³⁴. Genau diese Schlussfolgerung lehnte allerdings bereits die Preisbildungskommission im Jahre 1957 ab, weil sie «eine rein begriffliche und somit wenig stichhaltige Argumentation» sei, die «am Kern der Sache vorbeigehe»³⁵. Aus Wirtschafts-

²⁶ Zum Ganzen Preisbildungskommission 1957 (Fn. 21), 23 f.; sinngemäss FURTER (Fn. 12), 27 f., wonach eine Rechtfertigung, den Arbeitsmarkt vom Kartellgesetz auszunehmen, auch darin gesehen werden könne, «dass von Arbeitsmarktkartellen präsumtiv mehr Vorteile als Nachteile zu erwarten sind»; vgl. ferner BK-STÖCKLI (Fn. 4), N 8 der Einleitung.

²⁷ Vgl. FURTER (Fn. 12), 27; MATHYS (Fn. 12), 4 (je mit Hinweisen).

²⁸ Vgl. hiezu die umfassende und differenzierende Darstellung bei P. NOBEL, Kartellrecht und Arbeitsmarkt, Schweizerische Aktiengesellschaft 1979, 46 ff.

²⁹ Vgl. Botschaft zu einem Bundesgesetz über Kartelle und ähnliche Organisationen vom 13. Mai 1981, BBl 1981 II 1319 (zit. Botschaft KG 1985).

³⁰ Vgl. Botschaft KG 1985 (Fn. 29), 1319 f. mit Bezug auf die Ausführungen der Preisbildungskommission 1957, 22 ff.

³¹ Botschaft KG 1985 (Fn. 29), 1320; siehe hiezu auch W. R. SCHLUEP, Grundzüge des Entwurfs der Expertenkommission zur Revision des BG über Kartelle und ähnliche Organisationen, ZBJV 1979, 69 Fn. 10, wonach gemäss Auffassung der Expertenkommission zum Kartellgesetz 85 die «Domestizierung der Macht der Sozialpartner auf dem Arbeitsmarkt [...] Aufgabe einer Arbeitsverfassung, nicht des Kartellgesetzes» sei.

³² So auch R. FENT, Begriff, Gegenstand, allgemeine Voraussetzungen und Wirkungen der AVE nach dem Bundesgesetz über die Allgemeinverbindlicherklärungen von Gesamtarbeitsverträgen (AVEG), Freiburg i. Ue., 1999, 121.

³³ Botschaft zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen vom 23. November 1994, BBl 1995 I 533 f. (zit. Botschaft KG 1995); vgl. auch BK-STÖCKLI (Fn. 4), Einleitung N 8 (mit Hinweisen auf Rechtsprechung und Schrifttum).

³⁴ Kommission für Wirtschaft und Abgaben, Materialien zum Kartellgesetz 1995, Art. 2 VE KG, 9. Januar 1995. Gleichwohl warf die Kommission die Frage auf, ob der Entwurf klar genug formuliert sei, was jedoch mit Blick auf die Ausführungen in der bundesrätlichen Botschaft offenbar bejaht wurde.

³⁵ Preisbildungskommission 1957 (Fn. 21), 22.

kreisen wurde im Übrigen erneut, wie schon im Zuge der Einführung der früheren Kartellgesetze, die Unterstellung der Arbeitsverhältnisse unter das neue Kartellgesetz gefordert³⁶.

4. Die Kartellgesetznovelle 2003

Obwohl die Richtigkeit der damaligen Ausführungen vorliegend nicht in Zweifel gezogen werden soll³⁷, stellt sich heute gleichwohl die Frage, ob gesamtarbeitsvertragliche Abreden nicht doch – zumindest dem Gesetzeswortlaut nach – vom Kartellgesetz erfasst sein können. Der Grund liegt in der im Jahre 2004 in Kraft getretenen Gesetzesnovelle zum Kartellgesetz 1995, die den Unternehmensbegriff massiv ausweitete, indem nun «sämtliche Nachfrager oder Anbieter von Gütern und Dienstleistungen im Wirtschaftsprozess, unabhängig ihrer Rechts- oder Organisationsform» als Unternehmen gelten sollen³⁸. Diese Präzisierung führt dazu, dass künftig sämtliche Nachfrager oder Anbieter von Gütern und Dienstleistungen unter das Kartellgesetz fallen und nicht mehr nur Unternehmen im Gewande einer rechtlichen Gesellschaftsform. Neben den einzelnen Arbeitgebern bzw. deren Unternehmen, werden mit dieser offenen Unternehmensdefinition bei näherer Betrachtung auch die einzelnen Arbeitnehmer vom Kartellgesetz erfasst, bieten diese doch «ein wirtschaftliches Gut besonderer Art an, nämlich ihre Arbeitskraft»³⁹. Dies hätte zur Konsequenz, dass auch z.B. Gewerkschaften Kartelle darstellen würden, was ja bereits die Preisbildungskommission, wie aufgezeigt⁴⁰, aufgrund der übereinstimmenden Wesensmerkmale der Gewerkschaften mit Kartellen nachgewiesen hat⁴¹. Da ihre überzeugenden Erwägungen richtigerweise nach wie vor Gültigkeit haben, ist von einer Unterstellung des Arbeitsmarktes (und damit auch der Gewerkschaften) unter das Kartellgesetz freilich weiterhin abzusehen⁴².

III. Fazit

Nicht nur aus rechtlicher Sicht erweist sich die Nichtunterstellung des Arbeitsmarktes unter das Kartellgesetz als richtig. In der Praxis scheint überdies von überragender Wichtigkeit, «dass die kartellisierende Wirkung des GAV»⁴³ auf Arbeitgeberseite regelmässig ausschlaggebend ist, einen Gesamtarbeitsvertrag überhaupt abzuschliessen. Dies deshalb, weil der Gesamtarbeitsvertrag ein

³⁶ Besonders eindringlich wurde diese Forderung von K. HUG, dem früheren BIGA-Direktor und späteren Mitglied der Schweizerischen Wettbewerbskommission, gefordert, da namentlich allgemeinverbindlich erklärte «Gesamtarbeitsverträge [...] als kartellistische Abreden den Wettbewerb» beeinträchtigten. Die Allgemeinverbindlicherklärung verhindere, «dass im Lohnsektor die Aussenseiterkonkurrenz eine regulierende Rolle spielen» könne, weshalb durch die Zementierung der Löhne Arbeitsplätze vernichtet würden. HUG forderte daher neben der Unterstellung der Arbeitsverhältnisse unter das Kartellgesetz die ersatzlose Abschaffung des AVEG (Fundstelle: K. HUG, Kartellgesetzrevision: Verpasste Arbeitsmarktformen, Schweizerische Arbeitgeber-Zeitung vom 3. März 1994, 227 f.).

³⁷ So jedoch F. JAEGER, Wettbewerbstheoretische Fundierung des neuen schweizerischen Kartell- und Fusionsrechts, in: H. Schmid/T. Slembeck (Hg.), Finanz- und Wirtschaftspolitik in Theorie und Praxis, FS zum 60. Geburtstag von Alfred Meier, Bern et al. 1997, 461 f., welcher ausführte, dass die «generelle Ausklammerung des Arbeitsmarktes [...] klar dem systemtheoretischen Ansatz der neueren, funktionsorientierten Wettbewerbstheorie» widerspreche und die allgemeinverbindlich erklärten Gesamtarbeitsverträge den wirksamen Wettbewerb behinderten». Dass das Kartellgesetz die Regelung des Wettbewerbsverhaltens von Unternehmen im Auge hat, ist für JAEGER kein Hindernis, entscheidend sei die Verwirklichung des wirksamen Wettbewerbs (462); a.A. mit ausführlicher Begründung und zahlreichen Hinweisen auf das Schrifttum, FENT (Fn. 32), 116 ff.

³⁸ Art. 2 Abs. 1bis KG. Diese Definition der Unternehmen war in der bundesrätlichen Botschaft noch nicht enthalten, sondern gelangte erst im Laufe der parlamentarischen Beratungen ins Gesetz (vgl. den entsprechenden Antrag von Ständerat T. JENNY, der mit 21:14 Stimmen angenommen wurde [Fundstellen: Amtl. Bull. SR 2003, 324 und 326]). Nachdem der Nationalrat Art. 2 Abs. 1bis KG zunächst wie folgt formulieren wollte: «Unternehmen des Bundes, der Kantone und der Gemeinden ohne Rechtspersönlichkeit haben die Rechte und Pflichten einer Partei im Verfahren nach diesem Gesetz» (vgl. Amtl. Bull. NR 2003, 830), hielt der Ständerat – weiterhin gegen den Willen des Bundesrats – an seinem Beschluss nun gar einstimmig fest (Amtl. Bull. SR 2003, 497), worauf ihm der Nationalrat einmütig folgte (Amtl. Bull. NR 2003, 969). Auslöser für diesen Antrag war der Entscheid des Bundesgerichts in Sachen SMA (BGE 127 II 32), in welchem das Gericht entschied, dass die damalige SMA als Verwaltungseinheit der Zentralverwaltung des Bundes über keine eigene Rechtspersönlichkeit verfüge und daher kein Unternehmen im ökonomischen Sinne darstelle, womit es nicht unter den Unternehmensbegriff des Kartellgesetzes fallen könne (41 ff. E. 3.). Das Bundesgericht argumentierte somit mit dem rein formellen Argument, das zwar korrekt ist, jedoch den Umstand verkennt, dass es auch Teilnehmer am Wettbewerb gibt (und diesen beeinflussen wie Figura zeigte), die kein Unternehmen mit eigener Rechtspersönlichkeit darstellen.

³⁹ Preisbildungskommission 1957 (Fn. 21), 23.

⁴⁰ Vgl. soeben oben II.1.

⁴¹ Preisbildungskommission 1957 (Fn. 21), 22 f.

⁴² P. RICHLI erklärte in einem Aufsatz in der NZZ vom 8. Februar 2006, «Plädoyer für bäuerliche Kooperationen», den Ausschluss des Arbeitsmarktes vom Anwendungsbereich des Kartellgesetzes mit «der für den Arbeitsmarkt typischen Asymmetrie», 25.

⁴³ Zu diesem Ausdruck STÖCKLI (Fn. 8), 370.

wirksames Mittel gegen Lohndumping⁴⁴ darstellt. Die Verhinderung dieser sogenannten Schmutzkonzurrenz⁴⁵ dient nämlich der Erhaltung des Arbeitsfriedens⁴⁶.

Lohn- oder Sozialdumping wurde insbesondere im Zuge der Öffnung des Arbeitsmarktes aufgrund der bilateralen Verträge mit der EU gehäuft festgestellt. Die allgemeinverbindlich erklärten Gesamtarbeitsverträge bilden hiergegen – neben einer verstärkten Kontrolle durch tripartite Kommissionen⁴⁷ und einer Verschärfung des Entsendegesetzes⁴⁸, welches zur Einhaltung minimaler Lohn- und Arbeitsbedingungen verpflichtet – Teil der flankierenden Massnahmen nach Einführung des freien Personenverkehrs mit den Mitgliedstaaten der EU.

Um die Ordnungsfunktion der Gesamtarbeitsverträge – das Gruppenvereinbarungssystem – zu gewährleisten, müssen demnach die drei Elemente Koalitionsfreiheit⁴⁹, Tarifautonomie und die Allgemeinverbindlicherklärung anerkannt und geschützt werden⁵⁰. Zur Klarstellung der Rechtslage erscheint demnach eine Präzisierung des Anwendungsbereichs des Kartellgesetzes wünschenswert⁵¹, zumal die Ausklammerung des Arbeitsmarktes vom Kartellrecht, wie JAEGER beweist⁵², auch unter der Herrschaft des geltenden Kartellgesetzes nicht unumstritten geblieben ist.

Zusammenfassung

Im vorliegenden Beitrag werden nach einer kurzen Charakterisierung der Gesamtarbeitsverträge die Gründe für die Nichtunterstellung des Arbeitsmarktes – und damit auch der Gesamtarbeitsverträge – unter das Kartellrecht dargestellt. Entscheidenden Einfluss übte dabei eine Studie der damaligen Preisbildungskommission von 1957 aus, die zum Schluss kam, dass der Wettbewerb zwischen den Anbietern der Arbeitskraft (Arbeitnehmer) sowie den Anbietern von Waren und Dienstleistungen (Unternehmen) wesensmässig deutlich verschieden seien. Die Beschränkung des Unternehmerwettbewerbs wirke sich zudem in den betroffenen Produktmärkten entscheidender aus als der vorgelagerte Markt der Arbeitskräfte, der nur einen (wenn auch nicht unwichtigen) Teil der Gestehungskosten einer Ware ausmache. Zudem hätte das nur wenige Jahre vor dem Kartellgesetz 1962 geschaffene Bundesgesetz über die Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen zu einem kaum lösba- ren Widerspruch mit dem Kartellgesetz 1962 geführt. Neben diesen rechtlichen Gründen spielten freilich auch referendumstaktische Gründe eine massgebliche Rolle.

⁴⁴ Hierzu FENT (Fn. 32), 135 (mit Hinweisen auf das Schrifttum).

⁴⁵ FENT (Fn. 32), 120; BSK-PORTMANN (Fn. 3), OR 357 N 19. FURTER (Fn. 12), 28, betont sogar, dass «der Wettbewerb zur Koordination des Arbeitsmarktes ungeeignet ist», dies aufgrund der asymmetrischen Machtverteilung zwischen Arbeitnehmern und Arbeitgebern (31). Der Begriff der Schmutzkonzurrenz wird allgemein im deutschen Sprachraum zur Bezeichnung dieser Art von Konkurrenzierung gebraucht. Vgl. z.B. BVerfG 44, 322 E. A. I. 1. und BVerfG 80, 355 E. 4. a. sowie bereits das Votum von Nationalrat H. SCHERRER anlässlich Debatte des Dienstvertragsrechts im Obligationenrecht, Sten. Bull NR 1909, 606.

⁴⁶ F. GYGI/P. RICHLI, Wirtschaftsverfassungsrecht, 2. Aufl., Bern 1997, 222.

⁴⁷ Tripartite Kommissionen wurden auf Stufe Bund und Kantone eingeführt und setzen sich aus den jeweiligen Behördenvertretern, Arbeitgebern und Gewerkschaften zusammen. Sie haben u.a. zum Zweck, den Arbeitsmarkt zu beobachten, die Einhaltung der gesetzlichen und vertraglichen Bestimmungen zu kontrollieren und Verstösse den Vollzugsbehörden zu melden (vgl. ausführlich zu Rolle und Auftrag der tripartiten Kommission die Zusammenstellung des Seco im Internet unter: www.seco.admin.ch/themen/00385/00448/00449/00450/index.html?lang=de&download=NHZLpZig7t,Inp6l0NTU042l2Z6ln1acy4Zn4Z2qZpnO2Yuq2Z6gpJCDeHx,gGym162dpYbUzd,Gpd6emK2Oz9aGodetmqaN19Xl2ldvoaCVZ,s- (besucht am 16. November 2008).

⁴⁸ Bundesgesetz vom 8. Oktober 1999 über die minimalen Arbeits- und Lohnbedingungen für in die Schweiz entsandte Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer und flankierende Massnahmen (Bundesgesetz über die in die Schweiz entsandten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer [SR 823.20]).

⁴⁹ Vgl. Art. 28 BV; zum Inhalt der Koalitionsfreiheit ausführlich REHBINDER, Schweizerisches Arbeitsrecht, 15. Aufl., Bern 2002, N 491 ff.; ferner: BSK-PORTMANN (Fn. 3), OR 356a N 1 ff.; SCHWEINGRUBER/ BIGLER (Fn. 1), 19 ff.; MATHYS (Fn. 12), 79 f. Früher wurde die Koalitionsfreiheit auf die in Art. 56 aBV geregelte Vereinsfreiheit gestützt, vgl. BGE 124 I 107 ff. E. 4.; G. MALINVERNI, Kommentar zu Art. 22bis, Art. 41, Art. 56 und Versammlungsfreiheit, 69–69ter, 70 in: J.-F. Aubert et al. (Hg.), Kommentar zur Bundesverfassung der schweizerischen Eidgenossenschaft vom 28. Mai 1874, Basel et al. 1987–1996, BV 56 N 42 f.; H.-P. TSCHUDI, Sozialstaat Arbeits- und Sozialversicherungsrecht, in: Gabriel Aubert (Hg.), Arbeitsrecht in der Praxis, Band 14, Zürich 1996, 40.

⁵⁰ FENT (Fn. 32), 120; zum Verhältnis von Vertragszwang und Allgemeinverbindlicherklärung MATHYS (Fn. 12), 85 ff.

⁵¹ Dies könnte ohne Weiteres mit einem neuen Art. 3 Abs. 2bis geschehen, nachdem Abs. 2 bereits die Wettbewerbswirkungen der Gesetzgebung über das geistige Eigentum vom Kartellgesetz ausnimmt.

⁵² JAEGER (Fn. 37), 461 f.; ferner dessen Motion vom 23. Juni 1995 (95.3327; mitunterzeichnet u.a. vom späteren Bundesrat SAMUEL SCHMID) betreffend Allgemeinverbindlichkeit von Gesamtarbeitsverträgen im Nationalrat zur ersatzlosen Aufhebung des AVEG aus wettbewerbsrechtlichen Gründen. Der Bundesrat beantragte am 13. September 1995 die Ablehnung der Motion, welche am 6. Oktober 1995 infolge Ausscheiden von JAEGER aus dem Parlament abgeschrieben wurde (Fundstelle im Internet: www.search.parlament.ch/cv-geschaefte?gesch_id=19953327) [besucht am 13. November 2008], nicht im Amtl. Bull. publiziert).

Nachdem die Kartellgesetze 1962 und 1985 den Arbeitsmarkt noch explizit vom Kartellrecht ausgenommen hatten, verzichtete der Gesetzgeber im geltenden Recht auf eine Ausnahmebestimmung. Die bisherigen Kartellgesetze knüpften an den Begriff des Kartells an, der ohne explizite Ausnahmeregelung auch Abreden auf dem Arbeitsmarkt erfasst hätte. Der Bundesrat begründete den Wegfall einer Ausnahmebestimmung im geltenden Kartellgesetz mit der neuen sachlichen Anknüpfung des Gesetzes an den Unternehmensbegriff, welcher klarstelle, dass die Arbeitnehmer nicht vom Geltungsbereich erfasst würden. Mit der im Jahre 2004 in Kraft getretenen Gesetzesnovelle zum Kartellgesetz 1995, die den Unternehmensbegriff auf sämtliche Nachfrager oder Anbieter von Gütern und Dienstleistungen im Wirtschaftsprozess ausweitete, ist diese Argumentation jedoch nicht mehr haltbar. Bei einer grammatikalischen Betrachtungsweise bildeten z.B. auch Gewerkschaften kartellrechtsrelevante Abreden.

Richtigerweise ist von einer Unterstellung des Arbeitsmarktes unter das Kartellgesetz jedoch weiterhin abzusehen.

Résumé

Après une brève présentation des conventions collectives de travail, cet article expose les raisons pour lesquelles le marché du travail, et donc les conventions collectives de travail, n'a pas été soumis au champ d'application du droit des cartels. Une étude de la Commission pour la formation des prix (Preisbildungskommission) de 1957 a exercé une grande influence à cet égard et est arrivée à la conclusion que la concurrence entre les fournisseurs de travail (travailleurs) et entre les fournisseurs de produits et services (entreprises) était manifestement de nature différente. La limitation de la concurrence des entreprises déployait ses effets sur les marchés des produits de manière plus conséquente que sur le marché des forces de travail qui, lui, ne représente qu'une partie (non négligeable) des coûts de revient d'un produit. De plus, la loi fédérale permettant d'étendre le champ d'application de la convention collective de travail, entrée en vigueur quelques années avant la loi sur les cartels de 1962, aurait entraîné une contradiction pratiquement insoluble avec cette loi. A côté de ces motifs d'ordre juridique, des raisons de tactique référendaire ont également joué un rôle important.

Tandis que les lois sur les cartels de 1962 et de 1985 ont exclu expressément le marché du travail du droit des cartels, le législateur a renoncé à introduire une disposition spéciale dans le droit actuel. Les lois sur les cartels alors en vigueur s'appuyaient sur une notion de cartel qui aurait pu également s'étendre aux accords sur le marché du travail si une exception n'avait pas été expressément prévue. Le Conseil fédéral a motivé l'abandon d'une exception expresse dans la loi actuelle sur les cartels par le fait que la loi se réfère à la notion d'entreprise, qui excluait clairement les travailleurs du champ d'application de la loi. Cette argumentation ne peut plus être utilisée aujourd'hui avec la modification entrée en vigueur en 2004 de la loi sur les cartels de 1995, qui a étendu la notion d'entreprise à tous les demandeurs et fournisseurs de produits et services dans le processus économique. Sur la base d'une interprétation grammaticale, les syndicats, par exemple, formeraient des accords relevant du droit des cartels.

Il est toutefois juste de renoncer à soumettre le marché du travail au champ d'application de la loi sur les cartels.

* Dr. iur. Rechtsanwalt/Fürsprecher, Buchberg und Freiburg i.Ue. Der Autor dissertierte im Bereich Sozialversicherungsrecht/Arbeitsrecht mit der Arbeit «Der flexible Altersrücktritt im Bauhauptgewerbe. Ein Beitrag zur Überwindung der Suche nach dem richtigen Rentenalter in der Schweiz», Freiburg i. Ue. 2008 (AISUF-Band 272). Stefan Keller arbeitet heute als wissenschaftlicher Mitarbeiter im Sekretariat der Wettbewerbskommission. Der vorliegende Textbeitrag entstammt – leicht überarbeitet – seiner Doktorarbeit. Er gibt darin seine persönliche Auffassung wieder.