

Kampfteilnahme nicht auf die Rechtmäßigkeit der Gesamtkaktion geschlos-  
sen werden konnte. Dies war der Kern der sogenannten „Trennungstheorie“. Im Zuge der neueren Judikatur des EGMR, der inzwischen wie selbstver-  
ständlich von einem Streikrecht spricht, gibt es jedoch vermehrt Ansätze in  
Richtung „Einheitstheorie“.

3. Wirklich überzeugend sind diese Ansätze jedoch schon deshalb nicht, weil  
eine genauere Analyse der EGMR-Rechtsprechung erweist, dass aus der Koa-  
litionsfreiheit gem Art 11 MRK zwar ohne weiteres ein Recht zum Streik als  
mifertfasst angesehen wird, dieses subjektive Streikrecht aber keineswegs ein  
absolutes Recht darstellt und daher dessen Reichweite in Wahrheit erst näher  
zu bestimmen ist. Dabei könnte es durchaus sein, dass mit der Bezeichnung  
als „Streikrecht“ doch nicht viel mehr herauskommt als die bisherige auch in  
Österreich traditionell ohnehin anerkannte „Streikfreiheit“.

4. Das was aber aus der neueren EGMR-Judikatur wirklich abgeleitet werden  
kann, ist die Anerkennung eines „Streikrechts“ oder einer Streikfreiheit der  
einzelnen Streikbeteiligten in dem Sinne, dass es den bestreikten Arbeitge-  
bern nicht gestattet ist, individuelle Sanktionen zu verhängen, seien das bloße  
Ermahnungen, weitergehende Drohungen, sonstige Disziplinaßnahmen  
wie Geldbußen oder Versetzungen oder eben auch Entlassungen oder Kündi-  
gungen. Im traditionellen System des österreichischen Arbeitskampfrechts  
läßt sich das im Sinne behutsamer Weiterentwicklung so einbauen, dass in-  
dividuelle Sanktionierungen schlichter Streikbeteiligungen sittenwidrig und  
nichtig sind. Teilweise könnte der Vermeidung individueller Sanktionierung  
auch durch Anerkennung der Teilnahme am rechtmäßigen Streik als eines  
wichtigen Dienstverhinderungsggrundes Rechnung getragen werden.

5. Auch individuelle Schadenersatzpflichten bei schlichter Beteiligung an recht-  
mäßigen Streiks bestehen wegen des Verbots individueller Sanktionierung ganz  
grundsätzlich nicht. Dasselbe Ergebnis würde sich auch schon im Rahmen  
der traditionellen Sicht ergeben müssen, wenn man berücksichtigt, dass selbst  
bei Annahme einer Vertragsverletzung durch die Teilnahme am rechtmäßigen  
Streik hinsichtlich des erst durch die Gesamtkaktion herbeigeführten Streik-  
schadens jedenfalls der Rechtswidrigkeitszusammenhang fehlen würde.

*Dr. René Schindler*  
*Gewerkschaft PRO-GE Wien*

## Praxisfragen des Arbeitskampfrechts<sup>1</sup>

|                                                             |     |
|-------------------------------------------------------------|-----|
| 1. Die mehrfache praktische Bedeutung des Art 11 EMRK ..... | 107 |
| 2. Betriebsrat und Streik .....                             | 111 |
| 3. Gewerkschaften und Streik .....                          | 116 |
| 4. Leiharbeit und Streik .....                              | 124 |
| 5. Ausblick .....                                           | 126 |
| 6. Zusammenfassung .....                                    | 127 |

<sup>1</sup> Für wertvolle Anregungen zu diesem Aufsatz danke ich Josef Cerny sowie meinen KollegIn-  
nen Susanne Haslinger und Robert Hauser.

# 1. Die mehrfache praktische Bedeutung des Art 11 EMRK

a) Die nachstehenden Überlegungen fußen auf der geänderten Judikatur des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) zu Artikel 11 der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) – vgl dazu die äußerst informative Übersicht bei M. Klein, S 33 in diesem Band. Diese geänderte Rechtsprechung hat einerseits zum zentralen Inhalt, dass Art 11 EMRK ua ein *Streikrecht* garantiert, weshalb **an einem Arbeitskampf beteiligte ArbeitnehmerInnen** (AN) aus dem Grunde der Arbeitskampfteilnahme in keinster Weise benachteiligt werden dürfen. Nicht einmal eine Ermahnung, geschweige denn eine Kündigung oder gar Entlassung darf aus diesem Grund ausgesprochen werden. Dieser, für die einschlägige österreichische Rechtslehre zweifellos entscheidende Aspekt (vgl Jabornegg, S 81 ff in diesem Band) ist inzwischen allgemein anerkannt<sup>2</sup> und muss hier nicht weiter vertieft werden.

b) Weniger reflektiert wurde bisher, dass sich zugleich auch **wesentliche neue Aspekte für Streikorganisatoren** ergeben haben: Der EGMR geht in ständiger RSpr von einem umfassenden Streikbegriff aus, der alle möglichen Formen des Arbeitskampfes, aber insbesondere auch *Sympathiestreiks*<sup>3</sup> umfasst. Art 11 Abs 1 EMRK garantiert den Organisatoren all dieser Kampfformen, dass die nationale Rechtsordnung keinerlei nachteilige Folgen für die Durchführung solcher Maßnahmen vorsehen darf – es sei denn, es wurde in zulässiger Weise von der Möglichkeit Gebrauch gemacht, gem Art 11 Abs 2 EMRK Beschränkungen des Arbeitskampfrechts (insbesondere Streikrechts) vorzusehen.

Für solche **Beschränkungen des Streikrechts** im Sinne des Art 11 Abs 2 EMRK gelten einerseits inhaltliche Anforderungen, die allerdings den Mitgliedstaaten weite Spielräume lassen: So ist sogar ein gänzlich Verbot von

<sup>2</sup> *Felten*, Koalitionsfreiheit und ArbVG (2015), 182 ff; 208 ff; *Kohlbacher*, Grundrecht auf Streik, *ecolox* 2015, 690 ff; *Kreytzi*, Recht auf Streik (2015), 265 ff; 397, 409 ff; *Löschning*, Arbeitsrecht<sup>12</sup>, Rz 13/009, 13/052 f; *Marhold*, Koalitionsfreiheit im österreichischen Recht, DRdA 2015, 413 ff mwH.

<sup>3</sup> „Secondary Action“ – vgl zuletzt EGMR Nr. 31045/10, RMT.

Sympathiestreiks gerade noch zulässig.<sup>4</sup> Es gelten aber auch **formale Anforderungen**, nämlich dass derartige Einschränkungen nur „durch Gesetz“ vorgenommen werden dürfen. Nun darf darunter nicht ein formales Gesetz in jenem Sinn verstanden werden, wie es in Österreich üblich ist.<sup>5</sup> Die EMRK gilt in 47 Staaten, darunter zB auch einige mit einem Case Law System. Daher hat der EGMR selbst in der Entscheidung Nr. 48048/12, Tymoshenko die formalen Anforderungen an eine „gesetzliche“ Einschränkung des generellen Streikrechts definiert: Solche Einschränkungen müssen jedermann leicht zugänglich sein und eine ausreichend klare und vorhersehbare Rechtslage schaffen.

Im **Anlassfall (Tymoshenko)** ging es um um folgende Unklarheit: Das ukrainische Verkehrs-Gesetz („Transport Act“) von 1994 sah ein weitgehendes Streikverbot ua im Bereich des Flugverkehrs, jedenfalls bei Passagierflügen vor. Im Jahre 1996 wurde in der neuen Verfassung der Ukraine eine generelle Garantie des Streikrechts verankert; Einschränkungen und genauere Regeln sollten durch ein eigenes Gesetz vorgenommen werden. Dieses wurde in der Folge tatsächlich im Jahr 1998 erlassen („Resolution of Labour Disputes Act“). Es verbietet Streiks nur bei Gefahr für Leben oder Gesundheit, Karastrophen udgl. Es enthält keine speziellen Regelungen für den (Luft-)Verkehr, hat aber die einschlägigen Verbote des Verkehrs-Gesetzes von 1994 auch nicht ausdrücklich aufgehoben. Anträge, die alten Regeln aus 1994 ausdrücklich aufzuheben (ua über Intervention der Internationalen Arbeitsorganisation – ILO), fanden im ukrainischen Parlament keine Mehrheit. Das Verhältnis der Gesetze zueinander – weitere Geltung der Streikverbote des Transport-Gesetzes (lex specialis) oder deren materielle Derogation – blieb unklar. Bei dieser Lage der Dinge befand der EGMR, dass die Rechtslage nicht klar und vorhersehbar sei und die seinerzeitigen Einschränkungen daher im Sinne des Art. 11 Abs 2 EMRK nicht (mehr) als „durch Gesetz vorgenommen“ angesehen werden können. Sie waren daher unwirksam, ein von einem ukrainischen Gericht verhängtes Arbeitskampferbot konventionswidrig.

- c) In Österreich ist eine **Einschränkung verfassungsgesetzlich gewährleisteter Rechte** (die EMRK steht gemäß BGBl 210/1958 im Verfassungsrang) ohne dies nur durch formales Bundesgesetz möglich.

<sup>4</sup> EGMR Nr. 31045/10, RMT.

<sup>5</sup> *Fellen*, Koalitionsfreiheit und ArbVG, 336.

Der Verfassungsgrundsatz der Gewaltenteilung untersagt die Schaffung neuen Rechts durch die Gerichte. So schwierig die exakte Trennung zwischen der analytischen Feststellung des Inhaltes des geltenden Recht und dessen „Schaffung“ qua Urteil in Einzelfällen sein mag: Für die hier diskutierte Frage ist sie dank der erwähnten RSpr des EGMR ganz einfach! Eine Einschränkung der grundsätzlich ja unbegrenzten Garantie des Arbeitskampfrechts des Art 11 Abs 1 EMRK kann nur das sein, was der/die „einfache“ BürgerIn aus einem gültigen öst. Gesetz klar entnehmen kann. Rechts„findung“ durch komplexe Interpretationsvorgänge, durch die Bildung abstrakter, im Gesetz nicht genannter Kategorien usw scheidet aus, weil dann keine für jedermann leicht zugängliche und im Vorhinein klare Rechtslage besteht. Auch für Gewerkschaften gelten keine anderen Regeln, einerseits mangels jeder normativen Grundlage und andererseits auch, weil sie keinerlei Monopolrechte hinsichtlich der Organisation von Streiks haben. Auch sie dürfen daher jeglichen Arbeitskampf, sei es auch in Form des Boykotts, eines Solidaritäts- oder politischen Streiks organisieren, wenn dem nicht eine für jeden Menschen klare (und iSd Art 11 Abs 2 EMRK zulässige) „gesetzliche“ Regel entgegensteht.

Nun ist die österreichische Lehre vollkommen einig darin, dass explizite gesetzliche Anordnungen, die das Streikrecht regeln – und daher einschränken könnten – nicht bestehen; die österreichische Rechtsordnung ist von einer strikten **Neutralität des Staates** gegenüber jeglicher Form von Arbeitskampf gekennzeichnet.<sup>6</sup> Es wurden zwar in der Vergangenheit viele Thesen zur Frage diskutiert, unter welchen Voraussetzungen und in welchen Situationen usw gestreikt werden dürfe und in welchen nicht,<sup>7</sup> aber das sind eben wissenschaftliche Auseinandersetzungen und Theoriebildungen: Sie sind weder allgemein zugänglich, denn die Menschen müssen die Gesetze kennen, nicht aber rechtswissenschaftliche Theorien, noch schaffen sie eine klare und vorhersehbare Rechtslage. Insbesondere Überlegungen zur „Unverhältnismäßigkeit“ von Streiks haben keine klare gesetzliche Grundlage und schaffen notwendigerweise Rechtsunsicherheit und eine im Vorhinein kaum abschätzbare Rechtslage.<sup>8</sup> Sie erfüllen damit die formalen Voraussetzungen einer „gesetzlichen“ Einschränkung nicht.

<sup>6</sup> *Löschnigg Arbeitsrecht*<sup>12</sup>, Rz 13/005, 10 ff mwH.

<sup>7</sup> Vgl *Löschnigg Arbeitsrecht*<sup>12</sup>, Kap 13-5. mwH; *Rebhahn* in *ZellKomm*<sup>2</sup>, § 1151 ABGB Rz 253 ff.

<sup>8</sup> *Kretz*, Recht auf Streik, 255, 263, 393; ähnlich *Strasser/Jabornegg* („*Flonetta/Spielbücher/Strasser*“), Arbeitsrecht II<sup>4</sup>, 215.

**Klare Einschränkungen** resultieren nur aus strafrechtlichen Normen, die real bedeutungslos sind, sowie – in seinem Kernbereich – dem Verbot sittenwidriger bzw. schikanöser Rechtsausübung. Es muss sich dabei um allgemein bekannte und anerkannte Kriterien handeln, so dass das Unwerturteil vorhersehbar ist. Da gerade die Grundrechte für die Konkretisierung der Sittenwidrigkeit maßgeblich sind, bewirkt das Bestehen eines Streikrechts per se einen weiten Spielraum: Gesetzgeberische Entscheidungen können nicht unter Berufung auf Sittenwidrigkeit durchkreuzt werden.<sup>9</sup> Es verbleibt also wohl nur das Verbot schikanöser Arbeitskämpfe.

d) Diese Gestaltung entspricht auch der **Struktur der öst. Rechtsordnung**: Eine liberale Marktwirtschaft akzeptiert die Ausübung wirtschaftlichen Drucks zwischen annähernd gleich starken Marktteilnehmern ohne jede rechtliche Kontrolle. Preiskämpfe oder feindliche Übernahmen zB unterliegen keiner „ultima ratio“-Regel oder sonstigen Einschränkung. Sogar das Ziel der wirtschaftlichen Vernichtung des Konkurrenten ist legitim. Nur zum Schutze Schwächerer (Arbeitsrecht, Mietrecht, Konsumentenschutzrecht, ...) und zur Vermeidung von groben Ungleichgewichten bzw. unlauterem Wettbewerb (Kartellrecht, Fusionskontrolle, UWG, ...) bestehen gesetzliche Regelungen des sonst „freien Spiels der Kräfte“. Der Arbeitskampf stellt lediglich eine Sonderform der Ausübung wirtschaftlichen Drucks unter den speziellen Bedingungen des Arbeitslebens dar. Er „korrespondiert seiner Struktur nach dem System der Marktwirtschaft“, <sup>10</sup> ist ua ein notwendiges Element eines auf staatlich unbeeinflusster Willensbildung der Sozialpartner beruhenden Kollektivvertrags-Systems. Gewerkschaften sind insofern lediglich „Marktteilnehmer“ am Arbeitsmarkt, sie müssen die Unternehmen, die (sonst) über die Löhne und (eventuell) die Zahl der Arbeitsplätze allein entscheiden, unter wirtschaftlichen Druck setzen können. Warum sollte gerade den wirtschaftlich schwächeren AN bzw. deren Interessenvertretung diesbezüglich ein rechtliches Korsett angelegt werden? Warum den AG bzw. deren Interessenvertretung ausschließlich in diesem Zusammenhang (Aussperrung)?

e) Zu Recht verbleibt es daher für das österreichische Arbeitskampfrecht bei der generellen und unbeschränkten Streikgarantie des Art 11 Abs 1 EMRK. Sie ist faktisch lediglich durch eine, generell gültige Regelung der österreichi-

<sup>9</sup> Vgl. *Rebhahn* in *ZellKomm*<sup>2</sup>, § 879 ABGB Rz 10 f.

<sup>10</sup> *Strasser/Jabornegg* („*Florential Spielbücher/Strasser*“), Arbeitsrecht II<sup>4</sup>, 189.

schen Rechtsordnung iSd Art 11 Abs 2 EMRK begrenzt: Das Verbot schikanöser Rechtsausübung gem § 1295 Abs 2 ABGB! Es darf als bekannt vorausgesetzt werden, dass auch diese Beschränkung für die österreichische Streikpraxis irrelevant ist.

## 2. Betriebsrat und Streik

a) Von all dem bisher Gesagten sind Betriebsratskörperschaften (BR) nicht betroffen, da sie nicht „Koalitionen“ iSd EMRK sind, sondern eine durch Gesetz eingerichtete Interessenvertretung. Ihre praktische Bedeutung bei Arbeitskämpfen ist aber erheblich. Wenden wir uns daher zunächst ihnen zu.

Welche Rechtsregeln gelten für die Zusammenarbeit bzw. die unterschiedlichen Aufgaben von Betriebsräten und Gewerkschaften bei einem Arbeitskampf? Das österreichische System der Interessenvertretung ist bekanntlich dadurch geprägt, dass es auf Betriebsebene nur äußerst dürftige Rechte unmittelbar zu Gunsten der Gewerkschaften vorsieht, <sup>11</sup> diese aber durch ein umfassendes Zusammenarbeitsgebot, das sich an die Betriebsratskörperschaften richtet und auch faktisch intensiv gelebt wird, ergänzt. Dies ist auch geboten, um eine Artikel 11 EMRK widersprechende Gestaltung zu vermeiden: Da die BR selbst keine Koalitionen im Sinne des Art 11 EMRK sind, können sie geradezu als Bedrohung der Betätigungsfreiheit der Gewerkschaften auf Betriebsebene erscheinen, wäre die potentielle Konkurrenz nicht durch ein umfassendes Zusammenarbeitsgebot entschärft worden.

b) Was die Aufgaben der Betriebsräte bei Arbeitskämpfen betrifft, wird in einer vereinzelt OGH-Entscheidung<sup>12</sup> vertreten, dass sich aus § 39 Abs 1 ArbVG eine „Friedenspflicht“ ergäbe. Dieser freundliche Begriff darf nicht darüber hinwegtäuschen, wovon in der Sache die Rede ist: Nach dieser Auffassung bestünde ein Arbeitskampferbot, also insbesondere ein Streikverbot für

<sup>11</sup> Weshalb zB ein Zugangsrecht zum Betrieb für Gewerkschaften, sei es zur Mitgliederwerbung aber auch der Vorbereitung von Arbeitskämpfen auch außerhalb der Regeln des ArbVG besteht: *Kreytci*, Recht auf Streik, 363 ff; 406 ff; *Felten*, Koalitionsfreiheit und ArbVG, 417 ff, auch unter Hinweis auf die dt RSpR, insb BAG v 28.2.06, 1 AZR 460/04.

<sup>12</sup> OGH 2003/ZAS 2005/6 <Rebhahn>.

sämtliche Organe der Arbeitnehmerchaft im Sinne des II. Teils des ArbVG (in dieser Eigenschaft).

Cerry<sup>13</sup> hat bereits darauf hingewiesen, dass diese Auffassung sich weder auf eine „herrschende Meinung“ stützen kann noch inhaltlich begründet ist. Ich will zusammenfassend und ergänzend einige Einwände kurz darstellen:

- § 39 Abs 1 ArbVG enthält eine Aussage über das Ziel der Bestimmungen der Betriebsverfassung. Die Norm wendet sich aber nicht ausdrücklich an die Betriebsräte.
- Wären daraus Pflichten für die Betriebsrätskörperschaften ableitbar, so müssten auch Pflichten für die Betriebsinhaber daraus resultieren – anders kann das „Ziel ... eines Interessenausgleichs“ ja offenkundig nicht erreicht werden. Welche Rechtpflichten für die Betriebsinhaber wären das?
- Folgt man der Streikverbotstheorie, würde das Betriebsverfassungsrecht den Interessenausgleich in der Form organisieren, dass die Organe der Arbeitnehmerchaft als reine Bittsteller konzipiert wären und daneben ein rein staatlich organisierter Interessenausgleich, nämlich über die Schlichtungsstellen träte; dies aber nur in wenigen Fällen (erzwingbare Betriebsvereinbarungen). Ich denke, dass eine Gesamtschau der Regelungen klar gegen ein solches Bild spricht.
- Die gesetzliche Aufgabe der Betriebsrätskörperschaften ist auch eindeutig die eines Vertreters der AN-Interessen, nicht eines „Mediators“ zwischen der Arbeitnehmerchaft und dem Betriebsinhaber.

Gerade um das Ziel des Interessenausgleichs zu erreichen muss die durch ihre Organe vertretene Arbeitnehmerchaft über Kampfrechte verfügen: Anders kann das für das Arbeitsrecht kennzeichnende Machtungleichgewicht ja nicht ausgeglichen werden. Gerade dessen Ausgleich ist aber Ziel der Regelungen ua über die Betriebsverfassung.

Allerdings ist diese Rechtsfrage praktisch ganz irrelevant, da BR in der österreichischen Praxis ohnedies niemals Streiks organisieren. Dies ist darauf zurückzuführen, dass Betriebsratsmitglieder in aller Regel auch Gewerkschaftsfunktionäre sind und – schon mit Blick auf die gewerkschaftliche Streik-

unterstützung – schlecht beraten wären, im Falle eines Arbeitskampfes auf die Betriebsratsfunktion zurückzugreifen, statt die viel passendere Gewerkschaftsfunktion in Anspruch zu nehmen.

- c) Für die Praxis wesentlich relevanter ist die Frage der **Abgrenzung der Meinungsbildung** im Betrieb von der **Organisation eines Streiks**. Tatsächlich ist die Beschlussfassung und Organisation eines Streiks in der Praxis durchgängig Gewerkschaftssache: Die zuständige Fachgewerkschaft beschließt einen Streik durchzuführen, holt die notwendige Zustimmung des ÖGB-Vorstandes ein und beginnt damit, die AN der betroffenen Betriebe, die Arbeitgeber, die Öffentlichkeit, das Arbeitsmarktservice, die Sicherheitsdirektionen, ... zu informieren und notwendige organisatorische Vorbereitungen zu treffen. Sie benötigt weder rechtlich noch faktisch eine Urabstimmung und eine solche ist auch ganz unüblich.

Was hingegen auf betrieblicher Ebene, und in der Regel durch die Betriebsrätskörperschaften erfolgt, ist eine **Information der Belegschaft** über den Arbeitskampf und dessen Hintergründe und eine interne **Diskussion über die Berechtigung des Arbeitskampfes** sowie über die Frage, ob man sich daran beteiligen soll. Es ist offenkundig, dass diese Themen sämtlich nicht Teil der Streikorganisation oder Streikdurchführung sind: Der Streik ist bereits beschlossen und wird durchgeführt, egal ob einzelne Belegschaften das richtig finden oder nicht. Die Belegschaften können auch gar keinen Beschluss über die Streikteilnahme im rechtlichen Sinn fassen, weil schon zufolge § 2 Koalitionsgesetz ein solcher Beschluss keinerlei rechtliche Wirkung hätte. Selbst eine allfällige Abstimmung stellt (daher) nichts anderes dar als einen **Meinungsaustausch** über die Berechtigung des Arbeitskampfes und insbesondere eine **wechselseitige Information**, wie sich andere Belegschaftsmitglieder verhalten werden. Das ist für jede/n einzelne/n AN sehr wichtig: Faktisch riskiert man mit einer Teilnahme am Arbeitskampf nicht nur den damit einhergehenden Lohnverlust, sondern – so rechtlich unzulässig das auch ist – immer auch Nachteile für die eigene berufliche Laufbahn, die Sicherheit der Beschäftigung usw.; es sei denn, es beteiligen sich (so gut wie) alle AN am Streik. Spätere Benachteiligungen sind zwar vollkommen unzulässig, aber es ist selten sicher möglich, die Motivlage des Arbeitgebers einwandfrei zu beweisen. Es ist daher wesentlich zu wissen, ob eine eigene Streikteilnahme im Schutz einer breiten Beteiligung vieler oder aller anderen AN erfolgen wird, oder nicht.

<sup>13</sup> DRdA 2004, 517, ebenso nun *Kreyei*, Recht auf Streik, 259 f der im Kern mit der geänderten, insb europäischen Rechtslage argumentiert.

Es scheint mir offenkundig, dass es eine im Grunde **verpflichtende Aufgabe jeder Betriebsratskörperschaft** ist, einen solchen Meinungsaustausch und auch eine solche Meinungsbildung innerhalb der von ihr vertretenen Arbeitnehmerschaft zu ermöglichen. In einem Staat, in dem das demokratische Prinzip Verfassungsgrundsatz ist, muss die Arbeitnehmerschaft in einer so zentralen Frage eine von allen Seiten unbeeinflusste und ohne äußeren Druck erfolgende Diskussion führen können. Die §§ 284 und 285 StGB (gerichtliche Strafbarkeit des Sprengens und Störens einer Versammlung) gelten nicht zuletzt deshalb auch für Betriebsversammlungen.<sup>14</sup> Den Gewerkschaften, seien sie Streikorganisatoren (wie im Regelfall) oder Gegner eines diskutierten Streiks, muss dabei im Sinne des Zusammenarbeitgebotes (das, wie erwähnt, auch durch Art 11 EMRK geboten ist) die Möglichkeit gegeben werden, ihre Sicht darzulegen; dies ist durch § 48 ArbVG gewährleistet.

Damit ist aber klar, dass der soeben beschriebene Meinungsaustausch, aber auch die einschlägige Meinungsbildung jedenfalls **zulässiger, in der Regel sogar gebotener Inhalt einer Betriebsversammlung** ist und diese keineswegs zu einer „Protesterversammlung“ macht.<sup>15</sup> Eine Protesterversammlung oder eine Streikorganisation würde nur dann vorliegen, wenn es um eine Kampfmaßnahme geht, die nicht von den Gewerkschaften (oder anderen Streikorganisatoren) bereits beschlossen wurde und durchgeführt wird, sondern die Belegschaft autonom darüber diskutieren würde, ob das Organisieren und Durchführen eines Arbeitskampfes (nur in ihrem Betrieb) sinnvoll ist oder nicht. Solche Fälle spontaner Empörung kommen, wie erwähnt, äußerst selten vor und meines Erachtens sprengen auch sie nicht den Rahmen des zulässigen Inhaltes einer Betriebsversammlung, solange die gesetzlich gebotene Nicht-Öffentlichkeit (und die übrigen formalen Voraussetzungen) gewahrt sind; dies, weil meines Erachtens für die Organe der Arbeitnehmerschaft kein Arbeitskampfverbot gilt. Folgt man der gegenteiligen These, so läge in diesem Fall zwar keine Betriebsversammlung im Sinne des ArbVG vor, gerade deshalb nun aber eine Betätigung im Sinne der Koalitionsfreiheit, die gleichfalls keinerlei nachteilige Folgen für die beteiligten AN haben darf!

<sup>14</sup> *Plöchl* in Höpfel/Ratz, StGB-WK, Kommentar<sup>2</sup> (2013), § 284 Rz 5.

<sup>15</sup> *Jabornegg*, Zur Abgrenzung von Betriebsversammlung und Streik in FS Bauer/Maier/Petrak (2004) 3 ff; *Krejci*, Recht auf Streik, 353 f, 405; *Schneller*, Zutrittsrechte von überbetrieblichen AN-Vertretern, ASoK 2009, 166.

Lediglich in einem Detail ist die Diskussion um die „Friedenspflicht“ der BR von Bedeutung: In vielen Fällen existiert eine (betriebliche) Regelung oder doch Übung, wonach ein **Anspruch auf Entgeltfortzahlung bei Teilnahme an Betriebsversammlungen** besteht. Das gilt natürlich auch für solche Betriebsversammlungen, in denen über einen Streik berichtet wird, den (insb) eine Gewerkschaft durchführt und eine interne Diskussion und ein Meinungsaustausch über die Berechtigung und die persönliche Teilnahme an einem solchen Arbeitskampf erfolgt. Insoweit liegt eine Betriebsversammlung vor, die, auch wenn es dem Arbeitgeber in diesem Fall unangenehm sein mag, bezahlt werden muss wie jede andere. Eine inhaltliche Zensur der auf einer Betriebsversammlung diskutierten Themen oder geäußerten Meinungen im Wege der Entgeltfortzahlung wäre mehrfach grundrechtswidrig. Das gilt natürlich ebenso für Beiträge der Betriebsräte oder die Mitteilung der Haltung der BR-Körperschaft und auch, wenn sie – wie es in aller Regel der Fall sein wird – Überzeugungsarbeit im Sinne der Gewerkschafts-Positionen leistet und sich mit den Kampfzielen solidarisch erklärt. All dies gehört klar zum zulässigen Inhalt einer Betriebsversammlung. Wenn aber eine große Mehrzahl der Anwesenden sich zu einer Streikteilnahme bekennt, wird häufig gleich anschließend die Wahl eines betrieblichen Streikkomitees durchgeführt. Es ist klar, dass im Sinne der „Friedenspflicht“-Theorie dann der zulässige Inhalt einer Betriebsversammlung überschritten wird und ab diesem Zeitpunkt kein Anspruch auf Entgeltfortzahlung mehr besteht. Faktisch ist auch diese Abgrenzung wenig bedeutungsvoll, weil es sich in aller Regel um Minuten handelt ...

Übrigens unterscheidet auch die österreichische **Streikpraxis**, abseits aller rechtlichen Überlegungen, zwischen Meinungsaustausch/Willensbildung als BR-Aufgabe und tatsächlicher Streikorganisation als Gewerkschaftsaufgabe (auch auf Betriebsebene!) klar: Es ist durchgehende gute Gewohnheit, dass in das **betriebliche Streikkomitee** – also ein gewerkschaftliches Gremium – nicht der/die Betriebsratsvorsitzende gewählt wird. Auf diesem Wege wird einerseits die Rollenklarheit gewahrt: Nicht die Betriebsratskörperschaft ist Streikorganisatorin, sondern die Gewerkschaft und das über ihren Vorschlag gewählte betriebliche Streikkomitee. Andererseits wird damit sichergestellt, dass im Fall irgendwelcher Eskalationen auch auf der AN-Seite eine nicht unmittelbar am Konflikt beteiligte und damit zur Vermittlung geeignete und anerkannte Persönlichkeit zur Verfügung steht.

### 3. Gewerkschaften und Streik

a) Wie bereits in Punkt 1. dargelegt, gibt es in Österreich zum Streik nur jene gesetzlichen Normen, aus denen allgemein die staatliche Neutralität in Arbeitskämpfen abgeleitet wird. Es existieren **keine gesetzlichen Streikverbote** oder -einschränkungen, abgesehen von § 1295 Abs 2 ABGB (und praktisch irrelevanten strafrechtlichen Bestimmungen). Somit ist die umfassende völker- und verfassungsrechtliche Garantie des Rechtes, Arbeitskämpfe zu führen (Art 11 Abs 1 EMRK), durch keine (anderen) Regelungen eingeschränkt.

b) In der Vergangenheit (vor der neuen RSpr des EGMR) haben Teile der Lehre eine **gesetzliche „Friedenspflicht“ für Gewerkschaften** (und vertragsschließende AG-Verbände) angenommen, solange ein Kollektivvertrag (KV) in Geltung stehe und insoweit es um Regelungen dieses KV gehe.<sup>16</sup> Einer solchen Annahme steht aber zunächst schon die staatliche Neutralität entgegen, mit der es unvereinbar wäre, ausgerechnet für diesen einen, höchst spezifischen Fall ein Streikverbot vorzusehen. Es steht ihr aber noch viel mehr entgegen, dass das Arbeitsverfassungsgesetz keinerlei derartige Regel enthält: Das Gesetz hat alle Fragen des Arbeitskampfes bewusst nicht geregelt.<sup>17</sup> Daher erwähnen die einschlägigen Bestimmungen die Frage von Arbeitskämpfen oder gar eines Streiks nicht im Mindesten, nicht einmal am Rande. Wie in Punkt 1. dargelegt, sind aber bloße rechtliche Theorien, die sich für BürgerInnen nicht aus dem Gesetz selbst entnehmen lassen, weder zugänglich noch hinreichend klar und damit schon aus formellen Gründen keine zulässigen Einschränkungen des generellen Streikrechts des Art 11 Abs 1 EMRK (vgl. EGMR Nr 48048/12, Thyamoschenko). Ein gesetzliches Streikverbot während der Geltungsdauer eines KV besteht daher jedenfalls nicht.

c) Diffizil ist die Frage, ob und inwieweit der Abschluss eines Kollektivvertrages – mangels anderweitiger Vereinbarung – zugleich die **freiwillige, vertrag-**

**liche Verpflichtung** einschließt, nicht mit Mitteln des Arbeitskampfes gegen die getroffenen Vereinbarungen vorzugehen. Dogmatisch gesehen: Nicht das Gesetz verbietet einen solchen Arbeitskampf, sondern ein freiwilliger, vertraglicher Verzicht auf Arbeitskämpfe in diesem Zusammenhang, der allerdings nicht explizit vereinbart wurde, sondern sich aus den getroffenen Vereinbarungen als Nebenpflicht ergibt; natürlich nur dann, wenn nicht ausdrückliche Vereinbarungen zu dieser Frage bestehen.<sup>18</sup>

Dies kann nur eine Frage der Vertragsauslegung sein, handelt es sich doch um obligatorische Vereinbarungen zwischen den Vertragsparteien. Klarzustellen ist zunächst, dass es diesbezüglich **keine speziellen Regelungen** gerade zur Auslegung von Vereinbarungen zwischen Kollektivvertragsparteien gibt. Weder das ABGB noch das Arbeitsverfassungsgesetz enthalten einschlägige Sondernormen. Versuche, sie interpretativ herzustellen, scheitern an den gerade oben (Pkt 3. b.) dargelegten Einwänden: Eine Sondernorm nur zur Auslegung von Vereinbarungen im Hinblick auf Arbeitskämpfe wäre eine einschränkende Regelung iSd Art 11 Abs 2 EMRK und müsste daher zugänglich und klar sein.

Bedeutet also der Abschluss *jedweden* *Vertrages* zugleich den Verzicht auf die Ausübung wirtschaftlichen Drucks (s Pkt 1. d.) zu dessen Änderung? In dieser Allgemeinheit kann das sicher nicht gesagt werden. Dass allein der Abschluss eines Vertrages einen automatischen Verzicht beinhalten würde, dessen Abänderung durch rechtlich erlaubten Druck herbeizuführen, ist aus keiner Regelung des ABGB abzulesen und wird meines Wissens auch gar nicht behauptet (außer für KVE). Ganz im Gegenteil: Die ständige Rechtsprechung zB zur Erlaubtheit von „Verschlechterungsvereinbarungen“, auch wenn sie durch rechtlich erlaubten Druck zustande kamen,<sup>19</sup> und auch zu Änderungskündigungen<sup>20</sup> zeigt deutlich, dass eine solche, allgemeine vertragliche Nebenpflicht nicht besteht – geschweige denn, dass sie in allen zugänglicher und klarer Form angeordnet wäre. Auch der redliche Verkehr im Arbeitsverhältnis ist vom Gegenteil geradezu gekennzeichnet, nämlich davon, dass AG ihre

<sup>16</sup> Vgl. *Kreyt*, Recht auf Streik, 222 und *Reissner* in ZellKomm<sup>2</sup> ArbVG § 2 Rz 40 je mwH; ob sich die „Immanenztheorie“ auf eine gesetzliche (Wesen des KV; Sonderregeln der Auslegung von KV) oder bloß vertragliche Grundlage (allg Vertragsauslegung) beruft, bleibt aber oft unklar. Eine „absolute“ KV-Friedenspflicht, wonach jedweder Streik während der Geltung eines KV unzulässig sei, wird ganz überwiegend abgelehnt.

<sup>17</sup> *Cerny*, Der Einfluss der „Zeller Tagung“, DRdA 2015, 379 ff.

<sup>18</sup> *Rebhahn* in ZellKomm<sup>2</sup>, § 1151 ABGB Rz 251; *Strasser* in *Strasser/Labornegg/Reich*, Kommentar zum ArbVG (2002) § 2 Rz 23; *Strasser/Labornegg* („*Florieta/Spielbüchler/Strasser*“), Arbeitsrecht II<sup>4</sup>, 202 f; ferner *Kreyt*, Recht auf Streik, 258, 262, doch sei eine solche Friedenspflicht aus grundrechtlichen Erwägungen eng auszulegen.

<sup>19</sup> *Rebhahn* in ZellKomm<sup>2</sup>, § 861 – 864a ABGB Rz 101 ff, insb 104.

<sup>20</sup> *Lösching*, Arbeitsrecht<sup>12</sup>, Rz 8/046.

wirtschaftliche Übermacht ständig nutzen und dies nach allgemeinem Vertragsrecht auch dürfen – ua deshalb braucht es ja das Arbeitsrecht als Korrektiv.

Anderes gilt in speziellen Fällen: Der Abschluss einer **KV-Lohnrunde mit einer bestimmten Laufzeit** zB wird unter redlichen Vertragsparteien wohl auch die Vereinbarung umfassen, nicht gegen die gerade getroffene Vereinbarung mit Mitteln des Arbeitskampfes vorzugehen. Das entspricht dem Grundsatz der Vertragstreue und ist keine Besonderheit des KV: Auch eine Änderungskündigung noch im ersten Dienstjahr wäre wohl unredlich. Aber schon hier muss man exakt sein: Gerade aus der üblichen (und idR in Form eines Abschluss-Protokolls auch schriftlich dokumentierten) Vereinbarung einer Laufzeit ergibt sich, dass zwar auf Kampfmaßnahmen mit dem Ziel einer Änderung des Lohnabschlusses *mit Wirkung* noch innerhalb dieser Laufzeit – bei unveränderten Verhältnissen – verzichtet wurde, nicht aber auf Kampfmaßnahmen *während* der Laufzeit mit dem Ziel einer Änderung nach deren Ablauf! Wenn zB in der Metallindustrie der Lohn- und Gehaltsabschluss jeweils bis zum 31. Oktober des Folgejahres gilt, ist beiden Seiten klar, dass die Verhandlungen und ggf Arbeitskämpfe um die darauf folgende Lohnrunde (schon) im September und Oktober des Folgejahres stattfinden werden. Der neue Abschluss soll ja bereits ab 1. November gelten und möglichst zu diesem Zeitpunkt bekannt sein. Dementsprechend hat in dem einen Fall eines Lohnkampfes, den ich in den letzten 25 Jahren im Oktober 2011 verfolgen konnte, nicht einmal die Wirtschaftskammer ein treuwidriges Verhalten behauptet, obwohl sie sonst jegliches Argument gegen diesen Arbeitskampf verwendet hat.

Noch viel weniger kann der formell unbefristete Abschluss insbesondere **rahmenrechtlicher Regelungen** zwischen vernünftigen Parteien Anlass zur Annahme geben, dass damit jegliche zukünftige Forderung nach einer Verbesserung der vereinbarten Regelung ausgeschlossen wäre. Das exakte Gegenteil ist geradezu notorisch! Hier ist es nicht leicht festzustellen, für welchen Zeitraum redliche Vertragspartner die gefundene Lösung außer Streit stellen wollen. Das wird von deren Inhalt abhängen, uU wird man eine einschlägige Gewohnheit zwischen den konkreten KV-Parteien feststellen können; aber es wird vor allem auf die konkreten Umstände des Abschlusses ankommen. Je weniger zufriedenstellend der gefundene Kompromiss erklärterweise für eine der beiden Seiten war, umso weniger wird die andere auf dessen „Haltbarkeit“ vertrauen dürfen.

Immer ist vorrangig der **wahre Wille** der Parteien unter Beachtung der Übungen des redlichen Verkehrs und der **Umstände des Einzelfalls** maßgeblich, wie es zentrale Maxime der Vertragsauslegung ist. Den Verzicht auf ein Grundrecht darf man im Zweifel nicht annehmen. Übungen eines redlichen Verkehrs hinsichtlich Arbeitskämpfen werden sich kaum feststellen lassen, dazu finden diese – glücklicherweise – zu selten statt. Aber die Bedeutung (und Vielfalt) der Umstände des Einzelfalls sei an einem Beispiel demonstriert: Als es um die Beseitigung der wohl letzten Leichtlohngruppe eines österreichischen KV ging, wurde diese Forderung zunächst mit allen rechtlichen Bedenken in einer Lohnrunde erhoben und die gerichtliche Klärung „angedroht“, obwohl natürlich eine Klage jederzeit hätte eingebracht werden können. Die AG-Seite hat dennoch jede Änderung abgelehnt. Daher wurde der gesamte KV erneut mit *unverändertem* Text (!) unterschrieben und hinterlegt, aber sogleich ein Feststellungsantrag beim OGH eingebracht.<sup>21</sup> Allein der Umstand, dass gerade erst ein unbefristeter Kollektivvertrag unterzeichnet wurde, kann in diesem Zusammenhang wohl keinesfalls die gewählte Vorgangsweise treu- oder gar rechtswidrig erscheinen lassen, gerade das Gegenteil war der Fall! Jede rein formalistische Sicht, die allein auf die Unterzeichnung eines KV ohne Bedachtnahme auf alle Begleitumstände abstellt, ist eben von vornherein verfehlt.

Zu beachten ist ferner, dass für KV-Vereinbarungen gem § 2 Abs 2 Z 1 ArbVG ein ausdrückliches, **gesetzliches Schriftformgebot** gilt: Dieses umfasst nicht nur den normativen, sondern auch den obligatorischen Teil eines KV.<sup>22</sup> Dieses Schriftformgebot (des Jahres 1974) entspricht exakt der EGMR-Rechtsprechung (des Jahres 2014) – die hier aber gar nicht einschlägig ist: Die materiellen und formellen Anforderungen an jegliche Einschränkung des generell garantierten Streikrechts des Art 11 EMRK richten sich an die Vertragsstaaten der Konvention; die von ihr begünstigten Koalitionen können sich auch darüber hinaus freiwillig und formfrei zu einem Kampfverzicht verpflichten, solange keinerlei staatlicher Druck von solcher Vorgangsweise besteht. Es ist auch folgerichtig, dass etwa die Bedingung der Publizität (leichter Zugänglichkeit) von Einschränkungen des Arbeitskampfes nicht für solche Regelungen gilt, die der potentielle Streikorganisator selbst vereinbart hat und daher kennen muss. Gleichwohl gilt aber das innerstaatlich angeord-

<sup>21</sup> Dieser hat die Rechtswidrigkeit der bekämpften Verwendungsgruppe festgestellt: OGH 14. 09. 1994, 9 OBA 801/94; SZ 67/149.

<sup>22</sup> Mosler in *Gablmeiner/Mosler*, Arbeitsverfassungsrecht Bd 2<sup>5</sup> (2015), § 14 Rz 6.

nete Schriftform- und Hinterlegungsgebot, das ja unabhängig von jeglicher Verpflichtung aus der EMRK geschaffen wurde – wenn auch aus durchaus vergleichbaren Motiven: Es soll eine allseits klare und leicht feststellbare Rechtslage gesichert werden (der Überlegungsschutz spielt hier wie dort keine Rolle). Man müsste also sagen können, dass die *schriftlich* vereinbarte KV-Regelung als Grundlage eines damit implizit vereinbarten Kampferzites ausreicht, das sich aus eben jener schriftlichen Regelung ergibt. Allerdings muss bei der Vertragsauslegung der Formzweck berücksichtigt werden. Da das Schriftform- und Hinterlegungsgebot auch für den obligatorischen Teil eines KV gilt, reicht der genannte Formzweck der Rechtssicherheit über die Vertragsparteien selbst hinaus; das ist verständlich, immerhin haben Konflikte zwischen KV-Parteien tendenziell höhere Bedeutung für eine Volkswirtschaft als solche zwischen anderen Vertragsparteien. Dann ist es aber nötig, dass der interpretativ erkannte Inhalt eines Streikverzichts im Text immerhin angedeutet wird<sup>23</sup> – dafür wird in aller Regel zB eine bloße Befristung nicht ausreichen. Aber auch hier kann glücklicherweise gesagt werden, dass es bislang in der Praxis niemals Probleme gab: Die faktische Vertragsstreue der KV-Parteien, die ja regelmäßig erneut – zumindest jährlich – auf eine funktionierende Zusammenarbeit angewiesen sind, geht deutlich über das rechtlich gebotene Ausmaß hinaus.

d) Nur der Abrundung halber sei noch erwähnt, dass natürlich auch ein *freiwilliger Verzicht der Gewerkschaften auf das Arbeitskampfrecht* ohne jeden Zusammenhang mit dem Abschluss eines KV denkmöglich wäre. Solche Erklärungen oder Vereinbarungen existieren in Österreich meines Wissens nirgends.

e) Auch in der immer wieder diskutierten Frage der Zulässigkeit sog. *politischer Streiks*<sup>24</sup> verändert die in Pkt 1 erwähnte neue Rechtsprechung des EGMR die Lage. Dazu muss man sich vorerst in Erinnerung rufen, dass Artikel 11 EMRK primär die Versammlungs- und Vereinigungsfreiheit garantiert, die Koalitionsfreiheit ist nur ein Spezialfall dieser Freiheiten.<sup>25</sup> Gerade die Versammlungs- und Vereinigungsfreiheit sind aber Grundrechte, die eine Beteiligung der BürgerInnen an der politischen Entscheidungsfindung

im Wege der direkten Einflussnahme gewährleisten sollen. Es wäre daher äußerst erstaunlich, wenn der Spezialfall der Koalitionsfreiheit nur Beteiligungen in allen anderen Bereichen gewährleisten würde und ausgerechnet Einflussnahmen auf die Politik von seinem Schutzbereich ausgeschlossen wären. Tatsächlich ist das auch niemals der Fall gewesen: Der EGMR hat zB explizit ausgesprochen, dass Gewerkschaften nicht nur politisch neutrale Serviceorganisationen für ihre Mitglieder sind, sondern oft welanschaulich scharf profilierte Organisationen mit klaren Positionen zu sozialen und politischen Fragen.<sup>26</sup> Er hat die Verhängung einer Disziplinarstrafe gegen einen Rechtsanwalt, der *Vize-Präsident* einer Gewerkschaft der Rechtsanwälte war und an einer Demonstration gegen zwei Strafurteile teilgenommen hatte, als Verstoß gegen Art. 11 EMRK beurteilt.<sup>27</sup> Auch Strafen wegen des unerlaubten Aufhängens von Plakaten mit einem Aufruf zur Teilnahme an einer 1. Mai-Demonstration der Gewerkschaft in den Büroräumen waren ein Verstoß gegen die Koalitionsfreiheit.<sup>28</sup> Es kann wohl kein Zweifel bestehen: Auch der politische Streik ist von Art. 11 EMRK geschützt, soweit nicht eine zulässige gesetzliche Einschränkung im Sinne des Art. 11 Abs. 2 EMRK politische Streiks verbietet oder einschränkt.

f) Dass eine ausdrückliche gesetzliche Vorschrift dieses Inhalts in Österreich nicht existiert ist unstrittig. Lassen sich Einschränkungen oder gar ein Verbot politischer Streiks aus anderen gesetzlichen Regelungen mit jener Klarheit ableiten, die der EGMR für 'gesetzliche Einschränkungen' des Arbeitskammerrechtes verlangt (vergleiche Pkt 1)?

Zentrale Argumente gegen die Zulässigkeit politischer Streiks waren *demokratiopolitische Bedenken* sowie der Umstand, dass bestreikte AG das Streikziel gar nicht selbst erfüllen können.<sup>29</sup> Ersteres Argument konnte mich nie überzeugen, zeigt doch der – gerade für Art 11 EMRK erwähnte, aber zB auch für Art 12 StGG zutreffende – enge Zusammenhang zwischen dem Versammlungs- und dem Koalitionsrecht, dass auch Letzteres stets als Mittel der politischen Einflussnahme konzipiert war; wie dies auch die Geschichte der österreichischen und der internationalen Arbeiterbewegung in völliger Klarheit zeigt. Das Streikrecht ist insofern auch Ausdruck einer, nicht zuletzt mit

<sup>23</sup> „Andeutungstheorie“ – Vgl. Kalls in *Kleetsch/Schauer*, ABGB-ON (2010), § 886, Rz 5.

<sup>24</sup> Vgl. *Rebhahn, Fritzel* und *Schindler* in DRdA 2004, 399 ff, 503 ff.; 584 ff.; 586 ff.

<sup>25</sup> StrSp seit EGMR 5589/72, Schmidt und Dahlström, insb Rz 34.

<sup>26</sup> EGMR Nr. 11002/05, ASLEF, insb Rz 50.

<sup>27</sup> EGMR Nr. 11800/85, Ezelin.

<sup>28</sup> EGMR Nr. 1305/05, Sisman.

<sup>29</sup> Vgl. die Hinweise bei *Krejci*, Recht auf Streik, insb 238 ff.

seiner Hilfe errungenen, freiheitlichen Demokratie, die darauf vertraut, dass die Parteien des Arbeitslebens davon mit Augenmaß Gebrauch machen werden.<sup>30</sup> Gerade die demokratisch gut legitimierten Massenorganisationen der Arbeitnehmerschaft haben sich dieses Vertrauens wohl unbestreitbar immer würdig erwiesen. Zudem haben in einer liberalen Marktwirtschaft Unternehmer stets die Möglichkeit (wirtschaftlichen) Druck auf Regierung und Parlament auszuüben – als Stichworte seien nur Investitionsentscheidungen, Standortkonkurrenz und Produktionsverlagerungen genannt. Soll nicht eine strukturelle Übermacht der Vermögenden, also eine materielle Plutokratie hinter der formal weiter bestehenden Demokratie entstehen, muss es ein Gegengewicht der AN-Organisationen und generell der Zivilgesellschaft geben. Gerade das demokratische Prinzip macht es also nötig, politischen Streiks (ebenso wie Versammlungen und Kundgebungen aller Art) breiten Spielraum einzuräumen!

Das Argument des **Auseinanderfallens von Streikadressat und Betroffenen eines politischen Streiks** verkennt mE den Charakter solcher Streiks: Ein politischer Streik ist ein Mittel politischer Einflussnahme iS partizipatorischer Demokratie, nicht eines klassischen Arbeitskamps.<sup>31</sup> Partizipatorische Demokratie fordert den „Nachweis“, dass einer relevanten Zahl von Bürgern ein Anliegen besonders wichtig ist. Je zahlreicher sie sind und je entschlossener sie sich zeigen, dafür einzutreten, umso wichtiger nimmt eine nicht nur formale Demokratie dieses Anliegen. Demensprechend werden Unterschriftenlisten, gar via Internet, kaum beachtet, es sei denn eine besonders große Zahl von BürgerInnen unterschreibt; Demonstrationen, Straßenblockaden u.dgl. finden schon mehr Beachtung. Die Schädigung der VerkehrsteilnehmerInnen, Anrainer usw. muss dabei in Kauf genommen werden. Nicht anders ist es bei einem politischen Streik: Es geht nicht um wirtschaftlichen Druck auf die AG, sondern um den „Nachweis“, wie viele AN sich zur fraglichen, zwangsläufig sozialpolitischen Forderung (sonst läge kein Streik iSd EMRK vor) bekennen; sehr ernst bekennen, denn immerhin nehmen sie Lohnverluste und drohende (rechtswidrige) Benachteiligungen in Kauf. Natürlich wird es oft auch um Druck auf die Haltung der Arbeitgeber gehen, im österreichischen politischen System werden sozialpolitische Regelungen kaum gegen den manifesten Widerspruch einer der beiden Seiten beschossen (was man durchaus auch positiv als „Konsensdemokratie“ verstehen kann).

Aber auch wenn es eine gemeinsame Haltung der Organisationen der AG und der AN gäbe: Für politische Manifestationen jeder Art ist ein **gänzlichliches Auseinanderfallen des Adressaten und der Betroffenen** der jeweiligen Aktion **gesetzlich angeordnet**! Unmittelbarer Druck auf die Regierung oder die Abgeordneten ist zu Recht verboten, Demonstrationen haben die „Bannmeile“ rund um das Parlament zu achten, Sitzblockaden dürfen die Abgeordneten nicht am Zusammenretten hindern u.dgl. Eine moderne Zivilgesellschaft mutet daher zwangsläufig Dritten, AG wie AutofahrerInnen, Anrainern, KonsumentInnen usw. zu, die Kollateralschäden partizipatorischer Demokratie zu tragen. Das gilt auch für politische Streiks. Gewiss: Diese Sicht verliert sachlich an Überzeugungskraft, wenn politische Streiks viele Tage oder Wochen dauern. Aber das war noch nie der Fall, sogar der „Oktberstreik“ des Jahres 1950 dauerte in OÖ nur 4 Tage, in Wien knapp über eine Woche. Und vor allem: Das könnte nur der Gesetzgeber regulieren, der aber mit gutem Grund jegliche Regelungen vermeidet. Derzeit sind (nur) Exzesse unzulässig, dafür bietet – § 1295 Abs 2 ABGB die Basis.

Andere gesetzliche Grundlagen, die den Transparenz- und Rechtssicherheitsanfordernissen des Art 11 EMRK entsprechen, gibt es nicht. Auf Ebene der den BürgerInnen zugänglichen Rechtsquellen mangelt es an jeder Regelung, die einen politischen Streik verböte. Im Gegenteil: Die Elemente partizipatorischer und direkter Demokratie werden gerade in letzter Zeit ausgebaut. Auch die Rechtsentwicklung im Arbeitskampfrecht selbst unterstreicht die Zulässigkeit politischer Streiks: Die im Ständerat gültig gewesene Streik-VO<sup>32</sup> des Jahres 1933 wurde und blieb aufgehoben, während fast alle anderen seinerzeit einschlägigen (verfassungs-)gesetzlichen Regeln nach dem NS-Regime wieder in Geltung gesetzt wurden. Wenn bei sonst unveränderter einschlägiger Rechtslage ein explizites Verbot ua politischer Streiks aufgehoben wird, kann daraus wohl nur erschlossen werden, dass diese seither zulässig sind. Aus dem älteren § 2 KoalG kann daher mE nichts (mehr) abgeleitet werden.<sup>33</sup> Dabei spielt es keine Rolle, ob die seinerzeitige Streik-VO jeden politischen Streik untersagt hatte oder nur solche, die nicht „Arbeitsbedingungen“ betreffen. Sollte letzteres zutreffen, würde aus der Aufhebung der

<sup>30</sup> Strasser/Jabornegg („*Florential/Spielbücher/Strasser*“), Arbeitsrecht II<sup>4</sup>, 190.

<sup>31</sup> Löschnigg, Arbeitsrecht<sup>12</sup>, Rz 13/023.

<sup>32</sup> B 1933/138; zit nach und Näheres zur Rechtsentwicklung: Strasser/Jabornegg („*Florential/Spielbücher/Strasser*“), Arbeitsrecht II<sup>4</sup>, 192 f.

<sup>33</sup> AM Löschnigg, Arbeitsrecht<sup>12</sup>, Rz 13/040, der jedoch die (Entwicklung der) Streik-VO nicht in seine Überlegungen einbezieht.

Regelung folgern, dass sogar politische „Streiks“ zulässig geworden sind, die der Streikbegriff der EMRK gar nicht erfasst. Argumentum a maiore ad minus sind dann umso mehr die hier allein thematisierten politischen Streiks iSd EMRK zulässig.

- g) Eine Zusammenfassung der österreichischen Rechtslage zum Arbeitskammerrecht der Gewerkschaften lässt sich somit wohl am Schönsten durch eine Abwandlung des legendären Satzes von Spielbüchler<sup>34</sup> formulieren: „Wie die Gewerkschaften ihre Arbeitskampfrechte ausüben, geht die staatliche Rechtsordnung so lange nichts an, als diese Ausübung nicht offenbar den Zweck hat, den anderen zu schädigen (§ 1295 Abs 2 ABGB).“

## 4. Leiharbeit und Streik

- a) § 9 AÜG verbietet die Überlassung von Arbeitskräften an Betriebe, die von einem Streik betroffen sind. Die in diesem Zusammenhang einzig diskutierte Frage ist es, ob dieses Verbot nur untersagt, Leiharbeitskräfte aktuell anlässlich des Streiks zur Verfügung zu stellen,<sup>35</sup> oder auch das Aufrechterhalten bestehender Überlassungen verbietet.<sup>36</sup> Hat die aktuelle EGMR-Judikatur etwas an der Beurteilung dieser Frage geändert?

Ich denke, man kann diese Frage guten Gewissens verneinen: Die zentralen Argumente der Mehrheitsmeinung, wonach auch bestehende Überlassungen beendet werden müssen, haben sich einerseits auf den Wortlaut der Bestimmung gestützt: „Die Überlassung“ ist schon kraft der Definition in § 3 AÜG ein Dauerratbestand. Sie haben sich aber andererseits vor allem auch am Zweck der Bestimmung orientiert: Dabei steht im Vordergrund, dass überlassene Arbeitskräfte keine oder nur eine geringe Streikbereitschaft haben werden, weil sie nur vorübergehend im bestreikten Betrieb beschäftigt sind und daher an den strittigen Fragen nur geringes Interesse haben können, sind sie tendenziell doch gar nicht oder allenfalls kurz von ihnen betroffen. Dazu kam die seinerzeit höchst umstrittene Frage, ob sie überhaupt berechtigt wären,

an einem Streik teilzunehmen. Auch wenn sich sowohl die faktische Dauer von Überlassungen inzwischen – entgegen der Intention des nationalen wie europäischen Gesetzgebers – verlängert hat und das Streikrecht der überlassenen Arbeitskräfte inzwischen außer Streit steht (siehe gleich unten): Die erwähnten Ziele sind, sei es auch etwas weniger drängend, nach wie vor aufrecht und richtig. Zudem ist die historische Motivation des Gesetzgebers und damit der Inhalt dessen Anordnung unverändert. Geänderte faktische und rechtliche Bedingungen tragen eine dynamische Interpretation internationaler Verträge, wie zB der EMRK (vgl Art 31 Abs 3 lit a der Wiener Vertragsrechtskonvention), nicht aber bestehender öst. Gesetze: Diese im Falle geänderter Verhältnisse zu ändern, wäre Sache des Gesetzgebers.

Immerhin ist aber zu konstatieren, dass inzwischen das Recht zur Streikteilnahme überlassener Arbeitskräfte aufgrund der geänderten EGMR-Rechtsprechung klar ist: Selbst wenn der Gegenstand des Arbeitskammeres eine betriebliche Regelung wäre, die für überlassene Arbeitskräfte nicht anwendbar ist (vgl § 10 Abs 1 Satz 4 AÜG) oder die umstrittene Regelung des Beschäftigter-KV für sie nicht wirksam ist (zB wegen einer günstigeren Regelung des einschlägigen Überlasser-KVs): Im Gegensatz zu Großbritannien sind in Österreich Sympathiestreiks nicht verboten! Da die Garantie der Koalitionsfreiheit auch das Recht zu Sympathiestreiks einschließt<sup>37</sup> und in Österreich kein gesetzliches Verbot von Sympathiestreiks besteht (s Pkt 1.c), können überlassene Arbeitskräfte sich auch an einer Streikbewegung beteiligen, die sie selbst nicht betrifft.

- b) Die österreichische Streikpraxis hat allerdings *Karl*<sup>38</sup> Recht gegeben, die für die Zulässigkeit des Aufrechterhaltens bestehender Überlassungen eingetretten ist: Eines ihrer Argumente war es, dass das oben dargelegte Verständnis des Inhalts des § 9 AÜG überlassene Arbeitskräfte zwar nicht rechtlich, aber doch faktisch hindern würde, an Streiks teilzunehmen. Das scheint niemand zu wollen, denn praktisch hat sich eine Vorgangsweise etabliert, die die Aufrechterhaltung der Überlassungen so lange toleriert, als die überlassenen Arbeitskräfte sich tatsächlich am Arbeitskammer beteiligen! Dieses Arrangement ist offenbar zu aller Vorteil:

<sup>34</sup> Spielbüchler, Wider die Zähmung der Räte, FS Strasser, 613 ff, 631.

<sup>35</sup> Karl, Auswirkungen eines Arbeitskammeres auf die laufende Beschäftigung überlassener Arbeitskräfte, ASoK 2002, 282.

<sup>36</sup> Schindler in ZellKomm<sup>2</sup>, § 9 AÜG Rz 2 mwH.

<sup>37</sup> EGMR-ZI 31045/10, RMT.

<sup>38</sup> Vgl Fn 34.

**OGB** VERLAG

**Peter Jabornegg  
Reinhard Resch (Hrsg.)**

# **Aktuelle Entwicklungen im Arbeitskampfrecht**

Schriften zum Arbeitsrecht und Sozialrecht

Mit Beiträgen von  
Alpay Hekimler, Peter Jabornegg  
Matthias Klein, Reinhard Resch  
Réne Schindler, Julia Tutschek