

1. Einleitung

Das österreichische Arbeitskampfrecht ist, anders als jenes der Bundesrepublik Deutschland, zum Großteil Gelehrtenrecht¹. Die Trennungstheorie, wonach bei Ergreifen von Kampfmaßnahmen selbst bei deren Rechtmäßigkeit auf kollektiver Ebene durch die Kampfteilnahme die individualarbeitsvertraglichen Pflichten verletzt werden, wurde von der Lehre entwickelt und nur vereinzelt in Frage gestellt.² Die potentiellen negativen Konsequenzen der Streikteilnahme bestehen insb im Entlassungsrecht sowie in allfälligen Schadenersatzansprüchen des Arbeitgebers. Während eines Arbeitskampfes bleibt daher nach wohl noch hM sowohl die Dienstleistungs- als auch die Lohnzahlungspflicht aus dem Arbeitsvertrag aufrecht. Eine Verweigerung der Erbringung der Arbeitsleistung bzw ein Ausschluss der Arbeitnehmer von der Arbeit bei gleichzeitiger Einstellung der Lohnauszahlung soll demnach einen Bruch des Arbeitsvertrages darstellen. Allerdings ist es „alles andere als klar“³, wie Kampfhandlungen, insb im Hinblick auf die einzelarbeitsvertragliche Situation, zu beurteilen wären.⁴ Außer Frage steht, dass insb das mit dem Streik verbundene Risiko des Arbeitsplatzverlusts die Kampfbereitschaft der Arbeitnehmer faktisch beeinflusst.⁵

Dass in Österreich nur sporadisch Arbeitskampfmaßnahmen ergriffen werden, wird insb der „Harmoniekultur“⁶ der österreichischen Sozialpartnerschaft zugeschrieben. Vermutet wird jedoch auch, dass gerade die soeben beschriebene Rechtslage dazu führt, dass die Anzahl an Arbeitskämpfen in Österreich vergleichsweise gering ist.⁷ Auch die derzeit angespannte Wirtschaftslage bzw die rezente Wirtschaftskrise ließe einen derartigen Schluss zu: Wurden in anderen europäischen Ländern aufgrund schlechter Auftragslage und damit einhergehenden

¹ Etwa *Risak/Born/Holter*, Die rechtlichen Bedingungen für den Arbeitskampf in Österreich und Deutschland, in *Brandl/Schweiger* (Hrsg), Der Kampf um und für Arbeit: Unterschiedliche Dimensionen und Perspektiven (2010) 145 (146).

² Etwa *Davy*, Streik und Grundrechte in Österreich (1989); *Beumer*, Individuelles Streirecht, (1990); *Mair*, Arbeitskampf und Arbeitsvertrag (2008).

³ *Risak/Born/Holter* in *Brandl/Schweiger* 146.

⁴ Exemplarisch hierzu die Stellungnahmen von Gewerkschaftsseite und von Seiten der Wirtschaftskammer im Zuge des Streiks der Metallarbeitnehmer im Herbst 2011 (http://www.proge.at/servlet/ContentServer?pagename=P01/Page/Index&n=P01_0.a&cid=1286887264624 und http://portal.wko.at/wk/format_detail.wk?AngID=1&StID=450180&DstID=0, 9.7.2013), zitiert bei *Risak*, juridikum 2012, 24 f)

⁵ *Otto*, Arbeitskampf- und Schlichtungsrecht (2006) 294.

⁶ *Risak/Born/Holter* in *Brandl/Schweiger* 146.

⁷ Etwa *F. Bydlinski*, System und Prinzipien des Privatrechts (1996) 592 f.

1. Einleitung

der Personalkürzungsmaßnahmen Arbeitskampfmaßnahmen relativ rasch ergriffen, so beläuft sich die Anzahl der Streikstunden in Österreich regelmäßig auf null.⁸

Mit Ausnahme des Streiks der Metallarbeitnehmer im Herbst 2011 wurden in den letzten Jahren also weder auf Arbeitnehmer- noch auf Arbeitgeberseite nennenswerte arbeitsrechtliche Kampfmaßnahmen ergriffen. Dies sollte allerdings nicht zu dem Schluss führen, dass dem Arbeitskampfrecht nur geringe Bedeutung zukommt. Der Arbeitskampf für sich stellt bereits eine „Rute im Fenster“⁹ dar. Dieser „Rute“ bedienten sich die Arbeitnehmer der Metallbranche auch im Herbst 2013: Nur in letzter Minute kam es doch noch zu einer Einigung zwischen den Kollektivvertragsparteien, sodass Streikmaßnahmen abgewendet werden konnten.¹⁰

Spätestens seit Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon¹¹ und mit ihm der Charta der Grundrechte der Europäischen Union am 1.12.2009 sind (gewisse) Arbeitskämpfe jedoch nicht mehr nur nach nationalem Recht zu beurteilen. Nach Art 28 der Charta haben „(d)ie Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer sowie die Arbeitgeberinnen und Arbeitgeber oder ihre jeweiligen Organisationen ... nach dem Unionsrecht und den einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und Gepflogenheiten das Recht, Tarifverträge auf den geeigneten Ebenen auszuhandeln und zu schließen sowie bei Interessenkonflikten kollektive Maßnahmen zur Verteidigung ihrer Interessen, einschließlich Streiks, zu ergreifen“. Art 28 GRC verbrieft daher ein Grundrecht auf kollektive Maßnahmen. Dieses gilt allerdings gem Art 51 Abs 1 GRC „für die Mitgliedstaaten ausschließlich bei der Durchführung des Rechts der Union“. Nicht vollständig geklärt ist, in welchen Sachverhaltskonstellationen tatsächlich Unionsrecht durchgeführt wird und daher die Chartagrundrechte zur Anwendung kommen. Spätestens seit der Rs *Dereci*¹²

⁸ <http://statistik.arbeiterkammer.at/tbi2011/streikstatistik.html> (9.7.2013); die Zahlen für 2011 wurden soweit ersichtlich noch nicht veröffentlicht; nach Angaben der Gewerkschaft streikten am 14.10.2011 rund 100.000 Arbeitnehmer: <http://www.streik.at/> (9.7.2013); zitiert bei Risak, 3,65 oder 5,5 %, das ist hier die Frage – Grundsätzliches zum „Metaller_innen-Oktoberstreik“ 2011, juridikum 2012, 23 (24).

⁹ Schrammel in Tomandl/Schrammel, Arbeitsrecht II⁷ (2011) 357.

¹⁰ [¹¹ Vertrag von Lissabon zur Änderung des Vertrags über die Europäische Union und des Vertrags zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft, unterzeichnet in Lissabon am 13. Dezember 2007, ABI 2007 C 306, 1.](http://diepresse.com/home/wirtschaft/economist/1469893/Durchbruch-bei-MetallerLohnverhandlungen?direct=1470291&_vl_backlink=/home/wirtschaft/economist/1470291/index.do&selChannel=&from=articlemore, 07.12.2013).</p></div><div data-bbox=)

¹² EuGH C-256/11, *Dereci* ua, Slg 2011, I-11315 Rn 72.

dürfte hingegen gesichert sein, dass eine Situation, die in den Anwendungsbereich des Unionsrechts fällt, jedenfalls an den Chartagrundrechten zu messen ist.

Die Union hat bisher nur vereinzelt von der Gesetzgebungskompetenz des Art 153 Abs 1 lit d AEUV Gebrauch gemacht, sodass die nationalen Vorschriften über die Entlassung von Arbeitnehmern, insb die Entlassungstatbestände, unter die die (noch) hL die Streikteilnahme subsumiert, nicht direkt unionsrechtlich determiniert sind. Auf den ersten Blick könnte daher davon ausgegangen werden, dass mangels Durchführung des Unionsrechts bei Anwendung der Entlassungstatbestände des § 27 Z 4 AngG bzw § 82 lit f GewO 1859 die vorzeitige Beendigung des Dienstverhältnisses durch den Arbeitgeber wegen Streikteilnahme nicht an Art 28 GRC zu messen ist. Dem ist jedoch einerseits entgegenzuhalten, dass nach der jüngsten Judikatur des EuGH¹³ selbst Sachverhalte, die sowohl unionsrechtlich als auch durch nationales Recht determiniert sind, dann an den Chartagrundrechten zu messen sind, wenn widrigenfalls „das Schutzniveau der Charta, wie sie vom Gerichtshof ausgelegt wird“ bzw „der Vorrang, die Einheit und die Wirksamkeit des Unionsrechts beeinträchtigt“ würde. Andererseits hat bereits Strasser aufgezeigt, dass das Prinzip der Rechtsicherheit, das im Übrigen auch für das Gelehrtenrecht gelte, nicht zu „Konformismus“ führen dürfe. Ohne Kritik und „fruchtbare(n) Zweifel“ würde jeglicher wissenschaftliche Diskurs der Grundlage entbehren.¹⁴

Wie vor allem unter 3.2.3 näher gezeigt wird, herrscht demnach insb Unsicherheit darüber, wann die Chartagrundrechte anzuwenden sind. Allein im Jahr 2010 erhielt die EU-Kommission rund 4000 Beschwerden über Grundrechtsverletzungen – drei Viertel der Fälle betrafen Sachverhalte außerhalb des Kompetenzbereichs der Union, maW: Es lag kein Durchführungssachverhalt vor.¹⁵ Nicht zuletzt deshalb scheint es geboten, Fallkonstellationen aufzuzeigen, durch die der Anwendungsbereich des Unionsrechts eröffnet wird und die somit an Art 28 GRC zu messen sind.

¹³ EuGH C-617/10, *Åkerberg Fransson*, noch nicht in Slg veröffentlicht Rn 29; C-399/11, *Melloni*, noch nicht in Slg veröffentlicht Rn 60.

¹⁴ Strasser, Die Rechtsgrundlage der tariflichen Friedenspflicht, RdA 1965, 401.

¹⁵ Ladenburger, FIDE 2012 – Session on „Protection of Fundamental Rights post-Lisbon – The Interaction between the Charter of Fundamental Rights, the European Convention of Human Rights and National Constitutions“ – Institutional Report 11 (http://www.fide2012.eu/index.php?doc_id=88,%20at%2048%20ff, 2.5.2013); Bericht der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen – Bericht 2010 über die Anwendung der Charta der Grundrechte der Europäischen Union, KOM(2011) 160 endg vom 30.3.2011, 6.

1. Einleitung

Ziel der vorliegenden Untersuchung ist es, die einzelvertragliche Situation im Arbeitskampf im Lichte der GRC und des darin normierten Rechts auf Streik zu untersuchen. Dabei soll insb der Frage nachgegangen werden, wie sich ein derartiges Grundrecht auf eine allfällige Entlassung des streikenden Arbeitnehmers auswirkt. Zu diesem Zwecke wird im zweiten Teil das geltende österreichische Arbeitskampf(gelehrten)recht dargestellt. Der Fokus liegt dabei auf der individualarbeitsvertraglichen Situation. Der dritte Teil ist dem Recht auf Durchführung kollektiver Maßnahmen in Europa, insb nach der GRC, gewidmet. Dabei wird zunächst der Frage der Bedeutung des Grundrechts auf kollektive Maßnahmen trotz der gem Art 153 Abs 5 AEUV ausschließlichen Regelungskompetenz der MS in diesem Bereich nachgegangen. In der Folge wird der Schutzmfang des in Art 28 GRC gewährleisteten Rechts determiniert. Hier wird insb auch die Frage der Drittirkung des Grundrechts auf kollektive Maßnahmen erörtert. Des Weiteren wird untersucht, in welchen Durchführungskonstellationen iSd Art 51 Abs 1 GRC eine Berufung auf Art 28 GRC möglich wäre. Im vierten Teil wird schließlich aufgezeigt, wie sich die Normierung des Grundrechts auf kollektive Maßnahmen auf die Beurteilung insb der individualarbeitsvertraglichen Situation im Arbeitskampf auswirkt.

Nicht nachgegangen wird in der vorliegenden Untersuchung der Frage nach den Auswirkungen des Unionsgrundrechts auf kollektive Maßnahmen auf Unionsebene, etwa bei Streikmaßnahmen von EU-Beamten.¹⁶ Gegenstand der Arbeit sind vielmehr vor allem jene Fälle, in denen österreichisches Sachrecht anzuwenden ist. Auch kollisionsrechtliche Aspekte des Arbeitskampfs werden nur insofern behandelt, als bloß solche Sachverhaltskonstellationen bei der Frage nach der Durchführung des Unionsrechts gem Art 51 Abs 1 GRC dargestellt werden, in denen österreichisches Sachrecht zur Anwendung kommt. Die Frage des Beitritts der Union zur EMRK wird lediglich punktuell behandelt; der gesamte Themenkomplex wäre bzw ist Gegenstand einer eigenständigen Untersuchung.¹⁷ Ziel des vorliegenden Buchs ist es hingegen, die Auswirkungen des Art 28 GRC auf das österreichische Arbeitskampfrecht zu untersuchen. Die MS sind auch ohne den Beitritt der Union zur EMRK an die Konventionsrechte gebunden; in Österreich steht diese in Verfassungsrang, sodass die Rechte der EMRK wie „genuine innerstaatliche Grundrechte“ vor dem VfGH geltend ge-

¹⁶ Ausführl dazu etwa *Sagan*, Das Gemeinschaftsgrundrecht auf Kollektivmaßnahmen – Eine dogmatische Analyse des Art 28 der Europäischen Grundrechtecharta (2008).

¹⁷ *Gragl*, The Accession of the European Union to the European Convention on Human Rights (2013).

macht werden können.¹⁸ Mit dem Beitritt der Union zur EMRK gem Art 6 Abs 2 EUV soll hingegen nach der in der vorliegenden Untersuchung vertretenen Ansicht keine direkte Bindung der MS an die Konventionsrechte bei Durchführung von Unionsrecht geschaffen werden.¹⁹ Sehr wohl erfolgt – nicht zuletzt aufgrund des Art 52 Abs 3 GRC²⁰ – eine Auseinandersetzung mit dem Gewährleistungsgehalt des Art 11 EMRK in seiner Auslegung durch den EGMR.

¹⁸ Grabenwarter/Pabel, Europäische Menschenrechtskonvention⁵ (2011) § 3 Rn 2.

¹⁹ Dazu ausführl unter 3.2.3.

²⁰ „Soweit diese Charta Rechte enthält, die den durch die Europäische Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten garantierten Rechten entsprechen, haben sie die gleiche Bedeutung und Tragweite, wie sie ihnen in der genannten Konvention verliehen wird. Diese Bestimmung steht dem nicht entgegen, dass das Recht der Union einen weiter gehenden Schutz gewährt.“