

1. Einführung

1.1. Vorweg einige Beispiele

Erstes Beispiel: Die Verhandlungen zwischen der Gewerkschaft und dem Arbeitgeberverband über einen neuen Kollektivvertrag spießen sich. Die Arbeitnehmerseite wird ungeduldig. In einzelnen Betrieben werden daher Betriebsversammlungen einberufen. Auf ihnen soll die Verhandlungssituation diskutiert und zugleich überlegt werden, ob und inwieweit die (jeweilige) betriebliche Belegschaft einen Streik in Erwägung zu ziehen bereit ist. Doch sollen diese Betriebsversammlungen zugleich auch bereits die Arbeitgeber warnen. Daher wird auf den Betriebsversammlungen, die während der Dienstzeit abgehalten werden, ostentativ mehrere Stunden lang diskutiert. Für diese Zeit stellen Arbeitnehmer auf Anregung des Betriebsrates und im Einvernehmen mit Gewerkschaftsvertretern Produktionsmaschinen ab. Sie herunterzufahren und einige Stunden später wieder in Betrieb zu nehmen, führt nicht nur zu einem Produktionsausfall, sondern erfordert auch vermehrte Energie, verursacht also nicht unerhebliche Kosten. Wer trägt sie? Hat der Betriebsinhaber das Recht, diese Kosten ersetzt zu erhalten. Wenn ja: Von wem? Von der Gewerkschaft? Vom Betriebsrat oder Betriebsratsfonds? Darf der Betriebsinhaber eine Betriebsversammlung wie die genannte in den Räumen des Betriebes und während der Dienstzeit verbieten oder muss er sie dulden? Hat der Betriebsinhaber den versammelten Arbeitnehmern auch für jene Stunden, die sie in der Betriebsversammlung verbringen, Lohn zu zahlen oder tagen sie zu eigenen Lasten?

Zweites Beispiel: Die Bundesregierung plant eine Pensionsreform, die das Pensionsalter erheblich erhöhen und sonstige Umstrukturierungen vornehmen soll, wodurch künftig Pensionen niedriger ausfallen würden als nach dem bisherigen Pensionsrecht. Die Gewerkschaften sehen angesichts des bestehenden Reformplans der Bundesregierung wichtige Arbeitnehmerinteressen gefährdet und rufen zum Generalstreik auf. Die Arbeitgeber sehen sich diesfalls als Adressaten eines Angriffs, den sie deshalb nicht ab-

wehren können, weil sie gar nicht in der Lage sind, den Arbeitnehmern das zu bieten, was sie durchsetzen wollen: Nämlich die von der Bundesregierung geplante Pensionsreform zu verhindern. Wer trägt die durch einen derartigen Streik zugefügten Schäden? Die Gewerkschaft? Die streikenden Arbeitnehmer oder die bestreikten Betriebsinhaber selbst? Darf wegen derartiger politischer Ziele gestreikt werden?

Drittes Beispiel: Um bessere Arbeitsbedingungen im Bereich des Handels durchzusetzen, wird nicht nur ein von der Gewerkschaft organisierter Streik durchgeführt; es werden zugleich alle Gewerkschaftsmitglieder, also nicht nur die im Handel tätigen, und darüber hinaus die Allgemeinheit aufgerufen, Flashmob-Aktionen durchzuführen: also im Zuge vorgetäuschter Einkäufe die Kassen zu blockieren und den normalen Geschäftsablauf gravierend zu stören, sodass im Kaufhausbetrieb „nichts mehr geht“. Die Einkaufswagen werden prall mit Waren gefüllt und bei der Kasse wird nach Vorlage der Rechnung umständlich nach der Geldbörse gesucht und dann mitgeteilt, dass man sie leider vergessen habe, wodurch der getätigte und bereits verrechnete Einkauf wieder rückgängig gemacht werden muss, wodurch es zu unerträglichen Kassenstaus kommt. Muss der Betriebsinhaber den durch solche Störungen ausgelösten Verdienstentfall selbst tragen oder kann er ihn ersetzt verlangen? Wenn ja: Von wem?

Viertes Beispiel: In einem Betrieb übt der Betriebsrat heftige Kritik am Plan der Geschäftsführung, den Standort eines Betriebsteils zu verlegen. Er versucht, die Geschäftsführung von den großen Nachteilen zu überzeugen, die mit einer derartigen Standortverlegung nicht nur für die Arbeitnehmer, sondern für das Unternehmen insgesamt verbunden sind. Die Geschäftsführung bleibt hart. Der Betriebsrat erwägt einen Streik. Die Gewerkschaft verweigert dazu ihre Zustimmung. Der Betriebsrat nimmt die Sache daher selbst in die Hand und organisiert mit den im Betrieb beschäftigten Arbeitnehmern einen Streik, dessen erklärtes Ziel es ist, die Geschäftsführung von der geplanten Standortverlegung abzubringen. Ist ein solcher Streik gerechtfertigt? Darf ein Betriebsrat auf Betriebsebene ohne Gewerkschaftsdeckung einen Streik planen, ausrufen und durchführen? Wer trägt den durch diesen Streik ausgelösten Schaden?

Fünftes Beispiel: Der bestreikte Arbeitgeber will die Produktion aufrechterhalten. Dies ist angesichts der weitgehenden Automation des Betriebes mit Hilfe einer kleinen Gruppe von Arbeitnehmern durchaus möglich. Die streikenden Arbeitnehmer wollen das verhindern. Sie versperren den vom Arbeitgeber engagierten Streikbrechern den Zugang zum Betrieb, indem sie vor diesem Streikposten aufstellen. Da die Streikbrecher dennoch den Betrieb betreten wollen, kommt es nicht nur zu verbalen, sondern auch tätlichen Auseinandersetzungen. Einige Streikbrecher werden verletzt, einer

davon schwer. Welche Rechtsfolgen hat ein derartiger Sachverhalt für die Gewerkschaft, die den Streik organisiert hat bzw für die Streikposten, die tätlich gegen die Streikbrecher vorgegangen sind?

Sechstes Beispiel: Um den bestreikten Arbeitgeber unter höheren Druck zu setzen, verweigern die streikenden Arbeitnehmer nicht nur ihre Dienste, sondern blockieren überdies den öffentlichen Zufahrtsweg zum Betrieb durch eine „Dauerdemonstration“. Den Betrieb können daher trotz der Bereitschaft von Streikbrechern, den Geschäftslauf, soweit dies geht, aufrecht zu erhalten, keine Lieferwagen verlassen, um bestellte Waren zuzustellen. Ebenso wenig gelingt es Zulieferern und Kunden, mit ihren Fahrzeugen zum Betrieb zu gelangen. Die Blockierer berufen sich auf ihr Demonstrationsrecht. Der bestreikte Betriebsinhaber sieht sich in der Ausübung seines Gewerbes gravierend beeinträchtigt und ruft die Polizei. Haben die streikenden Demonstranten das Recht, öffentliche Zufahrtswege zu blockieren? Wie ist der Fall zu beurteilen, wenn die streikenden Arbeitnehmer derartige Blockaden auf dem Betriebsgelände organisieren, Fahrzeuge oder Produktionsmaschinen besetzen und ihre Inbetriebnahme verhindern, indem sie sich an die Maschinen ketten udgl? Sind all das zulässige „Begleitmaßnahmen“ eines an sich erlaubten Streiks? Oder machen solche Aktionen den Streik, auch wenn er an sich erlaubte Ziele verfolgt, insgesamt rechtswidrig? Oder bleibt der Streik als solcher zwar erlaubt, nicht aber die einzelne Begleitmaßnahme? Wann ist das eine, wann das andere anzunehmen?

Siebentes Beispiel: Ein Streik beginnt. Verderbliche Waren wurden noch nicht von Lieferfahrzeugen abgeladen und in die vorgesehenen Lager Räume gebracht. Die Streikenden weigern sich unter Hinweis auf ihren Ausstand, die Waren abzuladen. Streikposten hindern andere Arbeitnehmer daran, die Waren abzuladen. Daher verderben sie. Wer zahlt den dadurch entstandenen Schaden? Sind Arbeitnehmer trotz Streiks verpflichtet, derartige Arbeiten zu verrichten oder ihre Verrichtung durch andere wenigstens zuzulassen? Oder behindert Derartiges gerade das, was der Streik bezweckt: Nämlich den Arbeitgeber durch Schädigung gefügig zu machen, dem Anliegen der Streikenden nach besseren Arbeitsbedingungen nachzugeben?

Achtes Beispiel: Vertreter der Gewerkschaft und der Arbeiterkammer wollen in Räumen des zu bestreikenden Betriebes mit dem Betriebsrat Fragen der Organisation und Durchführung des bevorstehenden Arbeitskampfes besprechen. Der Betriebsinhaber ist der Ansicht, dass es wohl zu weit geht, seinem Kampfgegner auch noch den eigenen Betrieb für seine „Kriegsplanung“ zur Verfügung stellen zu müssen und verwehrt den Gewerkschafts- und Kammervertretern den Zutritt. Diese berufen sich hingegen darauf, dass sie zur Erfüllung ihrer Interessenvertretung sehr wohl befugt

sind, auch im Fall der Planung, Organisation und Durchführung eines Streiks Besprechungen mit dem lokalen Betriebsrat bzw mit anderen Belegschaftsmitgliedern im Betrieb des potentiellen Streikgegners abzuhalten. Wer hat Recht?

Neuntes Beispiel: Der Gesetzgeber sieht sich aufgrund einschlägiger EU-Vorschriften gezwungen, durch entsprechende Vorschriften die in Krankenanstalten üblichen Dienstzeiten und damit die vielen Überstunden des ärztlichen Personals drastisch zu reduzieren. Ohne Anhebung der Grundgehälter führt diese Maßnahme zu beachtlichen Einkommenseinbußen. Davon abgesehen können ohne Einstellung zusätzlichen Personals die Krankenhausleistungen im bisherigen Umfang nicht erbracht werden. Die Ärzte erwägen für den Fall, dass es zu keiner Einigung über eine gehörige Erhöhung der Grundgehälter kommt, um die Einkommenseinbußen auszugleichen, zu streiken. Angesichts der Reduzierung ihrer Arbeitszeit bei gleichbleibender Personalausstattung kommt es unabhängig davon zu einer beträchtlichen Reduzierung der ärztlichen Leistungen: Es werden im gleichen Zeitraum weniger Operationen durchgeführt. Die Kapazität der Spitalsambulatorien schrumpft; manche Ambulatoriumsleistungen werden nicht mehr erbracht. Liegt auch in solchen Leistungsreduktionen ein „Dienst nach Vorschrift“ im Sinne eines Arbeitskampfes?

Zehntes Beispiel: Die Bundesregierung strebt eine Neuregelung der Gehälter des öffentlichen Dienstes an, wodurch insb Richtern und Staatsanwälten bei Beachtung ihrer Lebensverdienstsumme beträchtliche Gehaltseinbußen drohen. Um den entsprechenden Gesetzesbeschluss zu verhindern und eine Revidierung der Neuregelung zu erreichen, sagen Richter und Staatsanwälte vorerst an die tausend Gerichtsverhandlungen ab. Stattfinden sollen nur Verhandlungen, die in Untersuchungshaft befindliche Angeklagte oder Fälle betreffen, in denen sonst ein unmittelbarer vermögensbezogener Schaden droht. Für den Fall, dass seitens des Gesetzgebers keine Bereitschaft besteht, von den kritisierten Einkommenskürzungen abzusehen, werden noch „schärfere“ Kampfmaßnahmen seitens der Richter und Staatsanwälte angekündigt. Sind das kollektiv organisierte Absetzen von Gerichtsverhandlungen und andere Arbeitskampfmaßnahmen im Bereich des öffentlichen Dienstes zulässig? Dürfen Richter und Staatsanwälte (oder auch Polizisten oder Einheiten des Bundesheeres) streiken, um bessere Arbeitsbedingungen zu erreichen oder deren Verschlechterung zu verhindern?

In diesem Zusammenhang stellt sich zB auch die Frage, ob und inwieweit Lehrer für ein anderes Schul- und Bildungssystem, Universitätsangehörige für oder gegen die Einführung von Studiengebühren, Eisenbahner für oder gegen Neuregelungen ihres Pensionssystems, im Handel und in der Lebens-

mittlerzeugung Beschäftigte gegen das TTIP-Abkommen der EU mit den USA und gegen das damit verbundene Schiedsgerichtssystem streiken dürfen.

Das mag zur Einstimmung auf Streikszenarien genügen.

1.2. Ordnungsfragen des Arbeitskampfrechts

Im Arbeitskampfrecht interessieren vor allem folgende Fragen:

- Gewährleistet die *Verfassung* den gesetzlichen bzw freiwilligen Organisationen des Arbeits- und Wirtschaftslebens, die zur Vertretung der einschlägigen Interessen der Arbeitnehmer bzw Arbeitgeber berufen sind, bzw den einzelnen Arbeitnehmern und Arbeitgebern dem Grunde nach ein Recht, ihre gemeinsamen Interessen auch durch Streiks, Aussperrungen und andere kollektive Maßnahmen durchzusetzen?
- Inwieweit ist eine nationale Rechtsordnung gehalten, aufgrund *völkerrechtlicher bzw unionsrechtlicher Anerkennung* von Rechten auf Arbeitskampf dementsprechende innerstaatliche Umsetzungsnormen zu schaffen?
- Bestehen *auf der Ebene des einfachen Gesetzes* Rechte oder zumindest Freiheiten, Arbeitskämpfe zu führen, unabhängig von einer verfassungsrechtlichen Gewährleistung oder einer völkerrechtlichen bzw unionsrechtlicher Verpflichtung? Wenn nein: Haben Rsp und L eine überzeugende Arbeitskampfrechtsdoktrin entwickelt oder ist dieses Gebiet nach wie vor rechtsdogmatisches Entwicklungsgebiet?
- Dabei steht im Zentrum aller Erwägungen die *Frage, wo die Zulässigkeitsgrenzen eines Arbeitskampfes, insbesondere eines Streiks verlaufen.*
- Betrifft die *Zulässigkeit eines Streiks diesen lediglich als kollektive „Gesamtaktion“* oder gewährt sie auch dem einzelnen Arbeitnehmer *ein subjektives Recht auf Streik*, das dem Arbeitgeber verwehrt, den Arbeitnehmer wegen seiner Streikteilnahme unter Hinweis auf eine Dienstverweigerung endgültig zu entlassen? Gilt also die „Einheitstheorie“ oder die „Trennungstheorie“?
- Sind nur solche Streiks erlaubt, die *von einer Gewerkschaft ausgerufen* werden, oder auch andere, die ausschließlich von Betriebsbelegschaften oder von spontan gebildeten Arbeitnehmergruppen organisiert werden?

- Damit verbunden ist die Frage, ob und inwieweit *die Zulässigkeit von Arbeitskämpfen mit dem Tarifvertragssystem zusammenhängt*, insb mit Zielen, die darauf gerichtet sind, die kollektivvertraglich regelbaren Arbeitsbedingungen gegenüber den bestehenden zu verbessern, oder können auch andere Streikziele verfolgt werden, vor allem solche, die in einem einmal enger, einmal weiter verstandenen Sinn Arbeitsbedingungen betreffen?
- Inwieweit machen aufrechte, gültige Kollektivverträge einen Arbeitskampf wegen des Bestehens einer *kollektivvertraglichen Friedenspflicht* unzulässig?
- Inwieweit steht einem gerechtfertigten Arbeitskampf eine *betriebsverfassungsrechtliche Friedenspflicht* entgegen?
- Dürfen sich *Arbeitskämpfe auch gegen den Gesetzgeber* richten, also darauf abzielen, die gesetzlichen Rahmenbedingungen für arbeits- und sozialrechtliche Gestaltungen zu verändern? Dürfen Arbeitskämpfe, die sich gegen den Gesetzgeber richten, auch andere, darüber hinausreichende politische Ziele verfolgen?
- Wieweit sind *Streiks im Bereich des öffentlichen Dienstes*, insbesondere im Bereich der Streitkräfte, der Polizei, der Justiz, der hoheitlichen Staatsverwaltung und der *notwendigen Daseinsvorsorge*, insb im Gesundheits- und Rettungswesen oder der Feuerwehr verboten?
- Inwieweit berührt die Möglichkeit, die Interessen der Koalitionen des Arbeits- und Wirtschaftslebens auf andere Weise als durch Arbeitskämpfe durchzusetzen (zB im Wege eines gesetzlich vorgesehenen Schlichtungswesens), die Zulässigkeit von Arbeitskämpfen?
- Welche Rolle spielen für die Zulässigkeit eines Arbeitskampfes in all diesen Zusammenhängen die *Grundsätze der Verhältnismäßigkeit und der ultima ratio*?

1.3. Zum österreichischen Diskussionsstand

Die österr Verfassung gewährleistet *expressis verbis* kein Recht auf Streik oder sonstigen Arbeitskampf. Das schließt freilich, wie gezeigt werden wird, gegenläufige Auslegungsmöglichkeiten nicht aus.

Österreich ist EU-Mitglied und untersteht als solches dem Unionsrecht. Diesem fehlt zwar eine Rechtsgestaltungskompetenz auf dem Gebiet des Arbeitskampfrechts; dessen ungeachtet kennt das Unionsrecht aber ein Recht auf Kollektivverhandlungen und Kollektivmaßnahmen einschließlich

des Rechts auf Streik.¹ Ferner gibt es von Österreich ratifizierte Staatsverträge mit einschlägigen Regelungen. Der österr Gesetzgeber und die Rsp haben darauf bisher nicht reagiert.

Überhaupt sind die Erkenntnisse der österr Rsp in Angelegenheiten des Arbeitskampfes bescheiden. Das hängt auch damit zusammen, dass Österreich bislang kein „Streikland“ ist.² Dessen ungeachtet gibt es in Österreich eine umfangreiche rechtswissenschaftliche Lit zum Arbeitskampfrecht, die darum bemüht ist, das in den Gesetzen und in der Rsp Fehlende nachzutragen.

Die Aussagen der österr Arbeitskampf-Lit haben sich im letzten halben Jahrhundert, sieht man von jüngsten Entwicklungen ab,³ im Wesentlichen kaum geändert.⁴

1 Vgl Art 28 Charta der Grundrechte der Europäischen Union (GRC).

2 Vgl dazu Hinweise unter 2.1.

3 Dazu insb *Mair*, Arbeitskampf kontra Grundfreiheiten, wbl 2007, 405; *derselbe*, Arbeitskampf und Arbeitsvertrag. Zum Verhältnis von kollektivem Kampf und individualrechtlicher Bindung (2008); *Wedl*, Neues aus der Judikatur des EGMR zu gewerkschaftlichen Grundrechten, DRdA 2009, 458; *derselbe*, Kein Streik ohne Grundrecht! Juridikum 2010, 58; *N.-Ch. Klecatsky*, Streikrecht in Österreich – Rechtliche Regelungen des Streikes in Österreich unter Darstellung der arbeitsrechtlichen Auswirkungen (2010); *Risak/Born/Holter*, Die rechtlichen Bedingungen für den Arbeitskampf in Österreich und Dtlid, in Brandl/Schweiger, Der Kampf um und für Arbeit: Unterschiedliche Dimensionen und Perspektiven (2010); *Burger*, Das Ende des Streikrechts? Grundrechte versus Marktfreiheiten (2011); *Risak*, Grundrechte auf kollektive Aktion – Neue Impulse von Seiten des EGMR?, in Rebhahn (Hrsg), Grundrechte statt Arbeitsrecht? (2012); *Risak*, 3,65 oder 5,5 %, das ist hier die Frage – Grundsätzliches zum „Metaller_innen-Oktoberstreik“ 2011, Juridikum 2012, 24; *Krömer*, Das Ende der Trennungstheorie? ZAS 2012, 200; *Löschnigg*, Europäische Grundrechte auf Arbeitskampf, wbl 2013, 252; *Kohlbacher*, Streikrecht und Europarecht (2014). Bereits unter Hinweis auf neuere Entwicklungen: *Marhold/Friedrich*, Österr Arbeitsrecht² (2014) 491 ff; *Kietaibl*, Arbeitsrecht I⁸ (2013) 378 ff; *Jabornegg/Resch*, Arbeitsrecht⁵ (2014) Rz 1015 ff; *Löschnigg*, Arbeitsrecht¹² (2015) Rz 13/001; vgl im Übrigen insgesamt die reichhaltigen Literaturangaben unter Einschluss der jüngsten Entwicklungen bei *Mair*, Arbeitskampf und Arbeitsvertrag 211 ff; *Burger*, Das Ende des Streikrechts 176 ff; *Kohlbacher*, Streikrecht und Europarecht 395 ff. Einen jüngsten Überblick über das dt Arbeitskampfrecht bieten *Hromadka/Maschmann*, Arbeitsrecht II⁶ (2014) 147 ff; ausführlich aus dt Sicht: *Buchholtz*, Streiken im europäischen Grundrechtsgefüge (2014).

4 Vgl *Strasser/Jabornegg* in Floretta/Spielbüchler/Strasser, Arbeitsrecht Bd II: Kollektives Arbeitsrecht⁴ (2001) 178 ff; vgl auch die kurze Darstellung des dzt „geltenden“ österr Arbeitskampfrechts unter Einbeziehung der jüngsten Entwicklungen bei *Kohlbacher*, Streikrecht 27 ff; zu den früheren Rechtsansichten vgl zB *Müller*, Grundsätzliche Fragen zum Recht des Arbeitskampfes, DRdA 1953, H. 7, 1; *F. Bydliński*, Vertragsrecht und Arbeitskampf, ZÖR 1957/58, 300 ff; *ders*, Schadensrecht und Arbeitskampf, ZÖR 1958/59, 518 ff; *Kummer* (Hrsg), Der Streik in der gesellschaftlichen Ordnung von heute (1961); *F. Bydliński*, Die Stellung der Rechtsordnung zu Arbeitskämpfen, in Floretta/Strasser, Die kollektiven Mächte im Arbeitsleben (1963) 79; *Kunschak*, Rechts-

Die *früheren* Aussagen gehen davon aus, dass die österr Rechtsordnung dem Arbeitskampf reserviert gegenübersteht. Das österr Recht nehme gegenüber diesem Phänomen im Hinblick auf einige spezielle arbeits- und sozialrechtlicher Ordnungsfragen eine *neutrale Haltung* ein.

Arbeitskämpfe seien als solche nicht generell verboten, die österr Rechtsordnung garantiere aber weder im Verfassungsrang noch auf der Ebene des einfachen Gesetzes ein kollektives oder individuelles *Recht* auf Arbeitskampf, insb sichere die österr Rechtsordnung kein *Recht* auf Streik zu; vielmehr stehe es den Arbeitnehmer- und Arbeitgeberverbänden lediglich im Rahmen ihrer *natürlichen Handlungsfreiheit* frei, gegebenenfalls Arbeitskampfmaßnahmen zu ergreifen, doch seien dabei *die durch allgemeine gesetzliche Tatbestände und die guten Sitten gezogenen Zulässigkeitsgrenzen einzuhalten*. Zu zahlreichen Einzelfragen finden sich unterschiedliche Lehrmeinungen.

Es wurde allerdings auch schon früher vereinzelt erwogen, aus der EMRK ein verfassungsrechtlich gewährleistetetes Recht auf Arbeitskampf, insb ein *Recht auf Streik*, abzuleiten und so der rechtlichen Beurteilung des Arbeitskampfes im österreichischen Recht ein anderes Paradigma als das der herrschenden Meinung zugrunde zu legen.⁵ Diese Minderheit konnte sich allerdings bislang nicht durchsetzen.

Zwar war ursprünglich auch der EGMR der Ansicht, dass Art 11 EMRK kein Recht auf Streik gewährleiste,⁶ hat allerdings in jüngerer Zeit seine Meinung modifiziert.⁷ Aus Art 11 EMRK wird nunmehr im Wege der Aus-

fragen um Streik und Aussperrung, Ind 1965 H 8–9, 1; *Tomandl*, Streik und Aussperrung als Mittel des Arbeitskampfes (1965); *Mayer-Maly*, Probleme des Arbeitskampfrechts, JBl 1967, 1; *Strasser/Reischauer*, Der Arbeitskampf, eine rechtsdogmatische und rechtspolitische Studie (1972); *Tomandl*, Grundprobleme des Arbeitskampfrechts in rechtsvergleichender Sicht, ZfA 1974, 187; *Krejci*, Lohnzahlung bei Teilstreik? Zum Lohnanspruch Arbeitswilliger bei teilstreikbedingter Betriebsstörung (1988); *Rebhahn*, Neues zum Streikrecht? JBl 1992, 497; *Auer*, Streik und Strafrecht (1999); kritisch zu den überkommenen Ansichten, aber noch vor den jüngeren, EU-inspirierten Entwicklungen: *U. Davy*, Streik und Grundrechte in Österreich (1989); *Beumer*, Individuelles Streikrecht (1990).

5 Vgl *U. Davy*, Streik und Grundrechte in Österreich (1989); vgl auch zumindest tendenziell *Martinek*, Zur Verankerung des Koalitionsrechts im kollektiven Arbeitsrecht, FS Schmitz I (1967) 146 ff (148); ähnlich *Runggaldier*, Auswirkungen wirtschaftlicher Streitigkeiten im Unternehmen auf die Arbeitsbedingungen, in Floretta, österr Landesberichte zum XIII. Internationalen Kongreß für das Recht der Arbeit und der Sozialen Sicherheit in Athen (1991) 5 (11); vgl auch *Beumer*, Individuelles Streikrecht (1990).

6 Vgl EGMR 06.02.1976, Nr 5589/72 (Schmidt and Dahlström/SWE) Rz 36; *Mair*, Theoriendiskurse im Arbeitsrecht, in FS Binder (2010) 513 (518); dazu *Kohlbacher*, Streikrecht und Europarecht 157.

7 Vgl EGMR 27.03.2007, Nr 6615/03 (Karacay/TUR); 21.04.2009, Nr 6859/01 (Enerji Yapi-Yol Sen/TUR); 12.11.2008, Nr 34503/97 (GK) (Demir und Baykara). Wir kommen auf diese Rsp weiter unten zurück.

legung ein gewisser Ansatz für ein Recht auf Streik abgeleitet: Wasser auf die Mühlen jener, die das schon früher gesagt haben.

In den letzten Jahren lösten darüber hinaus vor allem die *unionsrechtliche GRC*, die Rsp der EuGH sowie des VfGH eine neue österr Streikrechtsdiskussion aus.

Die EU-Mitgliedschaft Österreichs führte zu einem bzgl seiner Dimension und Auswirkung zwar erneut umstrittenen, dessen ungeachtet aber nicht zu übersehenden, *zumindest partiellen Paradigmenwechsel in der Grundeinstellung der österr Rechtsordnung zum Arbeitskampf* und damit insb zur Frage, ob und inwieweit dieser Wandel die bisher angenommenen Rechtsfolgen von Arbeitskämpfen verändert.

Außer Streit steht, dass die österr Rechtsordnung spätestens mit Inkrafttreten der GRC jedenfalls *in Fällen mit Unionsbezug* (was das auch immer bedeuten mag) ein *Unionsgrundrecht auf Kollektivverhandlungen und Kollektivmaßnahmen unter Einschluss eines Rechts auf Streik* anerkennt.

Ferner hat der VfGH⁸ Unionsgrundrechte *in Fällen mit Unionsbezug* verfassungsrechtlich gewährleisteten Rechten gleichgestellt, auch wenn diese Unionsgrundrechte in Österreich formell keineswegs im Verfassungsrang stehen. Das gilt konsequenterweise auch für das Unionsgrundrecht auf kollektive Maßnahmen und damit auch für die Gewährleistung des Streikrechts. *Voraussetzung* für diese Gleichstellung ist allerdings, dass die österr Rechtsordnung ein vergleichbares verfassungsrechtlich (oder auch nur staatsvertraglich?) gewährleistetes Recht kennt, womit die alte Streitfrage erneut belebt wird, ob und inwieweit insb die EMRK ein solches Recht kennt. Wer Letzteres bejaht, hat den Gleichklang der österreichischen mit der unionsrechtlichen Rechtslage, ein Recht auf Streik betreffend, hergestellt.

Unabhängig davon erscheint diese Frage heute möglicherweise insofern in einem anderen Licht, als durch die Anerkennung des Unionsgrundrechts auf Streik in Fällen mit Unionsbezug eine einigermaßen befremdliche Rechtslage nicht nur auf Verfassungsebene, sondern auch auf der Ebene der einfachgesetzlichen Rechtsfolgengestaltung in Streikfällen entsteht:

Geht man nämlich davon aus, dass Österreich *lediglich* in Fällen mit Unionsbezug ein Grundrecht auf Arbeitskampf, insb auf Streik, anerkennt, in anderen Fällen aber *nicht*, dann misst Österreich *in der Sache gleiche* Sachverhalte, nämlich Arbeitskämpfe, insb Streiks, mit zweierlei Maß⁹ und

8 VfGH 24.03.2012, U 466/11, VfSlg 19.632.

9 Dazu schon *Marhold*, Die Bedeutung der GRC und der EMRK für das österr Arbeitsrecht, EuZA 2013, 146 (153).

es stellt sich die Frage, ob und inwieweit dies mit dem verfassungsrechtlichen *Gleichheitssatz* vereinbar ist.

Auf Dauer hält eine Rechtsordnung eine Verschiedenbehandlung im Wesentlichen gleich gelagerter Sachverhalte auch dann nicht durch, wenn man sich prima facie darauf beruft, dass die *eine* Fallgruppe Unionsbezug aufweise und die *andere* nicht, es also um unterschiedliche Rechtskreise gehe. Folgt man dieser Sicht, so würde dies allerdings bedeuten, dass Unionsbürger (sie mögen zugleich österr Staatsbürger sein oder nicht) bei Streiks mit Unionsbezug anders behandelt würden als österr Staatsbürger, sofern sie an einem Streik mitwirken, der ausschließlich inländische Bezüge aufweist. Wer also an einem bloß inlandsrelevanten Streik teilnimmt, hätte also eine schlechtere Rechtsposition als jene, die sich an einem Streik mit Unionsbezug beteiligen. Damit aber stellt sich im Rahmen der Frage nach einem etwaigen Verstoß gegen den verfassungsrechtlichen Gleichheitssatz auch die nach einer etwaigen *Inländerdiskriminierung*.

Wie dem auch sei: Die österr Rechtsordnung ist *entweder* mit einer einigmaßen *gespaltenen Grundrechtsslage* mit möglicherweise damit zusätzlich verbundenen, gleichfalls *unterschiedlichen Rechtsfolgen* eines Streiks konfrontiert – je nachdem, ob ein Unionsbezug besteht oder nicht –, wobei es überdies im Hinblick auf die Zulässigkeitskontrolle auch noch unterschiedliche Gerichtszuständigkeiten gibt, weil Fälle mit Unionsbezug letztlich vom EuGH entschieden werden; *oder das innerstaatliche Recht* entspricht in Fällen von Arbeitskämpfen *ohne* Unionsbezug ohnehin jenem Recht, das auch für Arbeitskämpfe *mit* Unionsbezug gilt. Dann stehen wir vor einem *allgemeinen (und nicht bloß partiellen) Paradigmenwechsel im österr Arbeitskämpfrecht*.

Die österr Rsp zu Arbeitskämpffragen ist überschaubar.¹⁰ Zur unionsrechtsbedingten Grundrechtssituation hat der OGH bislang noch nichts gesagt. Überhaupt haben Arbeitskämpfe in Österreich meist kein gerichtliches Nachspiel.¹¹ In den sechziger Jahren zog allerdings der sogenannte *Bananenprozess*¹² einen Schweif kritischer und gegenkritischer Lit nach sich.¹³

10 Vgl insb die Übersicht bei *Strasser/Reischauer*, Arbeitskämpf 37 ff.

11 Vgl zu Geschichtlichem insb *Kummer*, Der Streik im Spiegel der neueren Judikatur, ÖJZ 1952, 533 ff; *Wagner*, Der Streik vor den Gerichten der Ersten Republik, DRdA 1980, 121 ff.

12 Den Bananenprozess betraf OGH Arb 7747 = ZAS 1966, 161; zu späterer Rsp vgl OGH Arb 10.837; DRdA 2004, 558 (dazu *Cerny*, DRdA 2004, 517 ff; ferner *Löschnigg*, RdW 2005, 32 ff) = ZAS 2005, 32/6 (*Rebhahn*); OGH ZAS 2006/27, 183 (*Tomandl*) = DRdA 2007/9, 107 (*Jabornegg*); dazu auch *Drs*, RdW 2006, 230 ff und *Gerhartl*, ÖJZ 2006, 571 ff.

13 Vgl *F. Bydlinski*, „Bananenprozess“ und Schadenersatzrecht, ZAS 1966, 165 ff; *Gschmitzer*, Die Verhaltenspflichten der Gewerkschaft bei von ihr unterstützten Streiks,