

## Dürfen entsandte ausländische Arbeitnehmer im inländischen Betrieb streiken? Eine deutsche, völker- und europarechtliche Betrachtung

Mit der fortschreitenden Globalisierung und Internationalisierung der Arbeitswelt gewinnen die europäischen Grundfreiheiten – wie Arbeitnehmerfreizügigkeit und Dienstleistungsfreiheit – an praktischer Bedeutung. Daraus folgt eine Reihe von Rechtsproblemen, wie die bekannten Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) in Sachen *Laval*<sup>1</sup> und *Viking-Line*<sup>2</sup> zeigen, nicht zuletzt im Bereich des kollektiven Arbeitsrechts und Arbeitskampfrechts. Eine dieser Rechtsfragen ist die, ob ausländischen entsandten Arbeitnehmern aus einem EU-Mitgliedstaat im Betrieb eines anderen Mitgliedstaates ein Streikrecht zusteht. Hierauf soll der nachfolgende Beitrag eingehen. Dabei soll zunächst kurz auf die deutsche Rechtslage eingegangen und gefragt werden, ob Arbeitnehmern eines EU-Mitgliedstaates, die nach Deutschland entsandt werden, im Falle eines Streiks in einem deutschen Betrieb ein Streikrecht nach deutschem Recht zusteht (II.). Im Schwerpunkt wird anschließend untersucht, ob allgemein ein Streikrecht der ausländischen Entsandten aus internationalem (Völker- oder Europa-) Recht besteht (III.). Schließlich sollen die gefundenen Ergebnisse kurz zusammengefasst werden (IV.).

### 1. Einleitung

Grenzüberschreitende Arbeitnehmermobilität kann dauerhaft oder nur vorübergehend sein. Während im ersten Fall der Arbeitnehmer sein Herkunftsland verlässt, in einem anderen Mitgliedstaat einen Arbeitsplatz annimmt und sich vollständig in dessen Arbeitsrechtssystem integriert,<sup>3</sup> bleibt die Verbindung zum Herkunftsstaat im zweiten Fall erhalten. Es findet also keine komplette Integration des Arbeitnehmers in das Arbeitsrechtssystem des anderen Mitgliedstaates statt, etwa weil ein Arbeitgeber im Rahmen einer Dienstleistungserbringung im Ausland seine eigenen Arbeitnehmer mitbringt oder ein Unternehmen der Zeitarbeit Arbeitnehmer an ein ausländisches Unternehmen verleiht (grenzüberschreitende Arbeitnehmerüberlassung).<sup>4</sup> Gegenstand der vorliegenden Betrachtung soll nur der zweite Fall eines im Voraus zeitlich begrenzten, beschäftigungsbedingten Ortswechsels eines Arbeitnehmers von einem Mitgliedsstaat in den anderen auf Weisung des Arbeitgebers sein, also Fälle

---

<sup>1</sup> Europäischer Gerichtshof (EuGH) vom 18.12.2007, Rs. C-341/05 (*Laval un Partners Ltd/Svenska Byggnadsarbetareförbundet*), Slg. 2007 I-11767.

<sup>2</sup> EuGH vom 11.12.2007, Rs. C-438/05 (*International Transport Workers' Federation und Finnish Seamen's Union/Viking Line ABP und OÜ Viking Line Eesti*), Slg. 2007 I-10779.

<sup>3</sup> Typischer Anwendungsfall der Arbeitnehmerfreizügigkeit des Art. 45 Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) (ehemals Art. 39 EGV), Thüsing/Thüsing, *AEntG Kommentar*, Vor § 1 Rn. 1.

<sup>4</sup> Thüsing/Thüsing, *AEntG Kommentar*, Vor §1 Rn. 1.

der Entsendung.<sup>5</sup> Diese unterfallen seit einer Entscheidung des EuGH aus dem Jahr 1990 („Rush Portuguesa“)<sup>6</sup> nicht der Arbeitnehmerfreizügigkeit. Zwar erbringen auch entsandte Arbeitnehmer ihre Leistungen im Ausland, sie genießen nach Ansicht des EuGH aber deshalb nicht die Arbeitnehmerfreizügigkeit – und damit einen entsprechenden Diskriminierungsschutz –, weil sie nicht am Arbeitsmarkt des Gastlandes in Erscheinung treten. Vielmehr unterfallen Entsendefälle allein der Dienstleistungsfreiheit der entsendenden Arbeitgeber.

Untersuchungsgegenstand ist das Streikrecht entsandter ausländischer Arbeitnehmer, die sich an einem Streik im inländischen Betrieb beteiligen. Zur Verdeutlichung soll folgendes Beispiel dienen: Eine deutsche Gewerkschaft ruft zu einem Streik in einem Betrieb in Deutschland auf, um einen deutschen Tarifvertrag zu erkämpfen. Die deutschen Arbeitnehmer des deutschen Betriebs streiken und die entsandten ausländischen Arbeitnehmer schließen sich ihnen an. Faktisch handelt es sich daher also um ein einheitliches Kampfgeschehen im deutschen Betrieb.

Ein Streikrecht entsandter ausländischer Arbeitnehmer kann sich aus verschiedenen – nationalen und internationalen – Rechtsquellen ergeben. In Betracht kommt zunächst ein Streikrecht aus nationalem Recht, wobei sich in Entsendefällen typischerweise die Frage nach dem anzuwendenden Recht stellt. Ob sich ausländische entsandte Arbeitnehmer rechtmäßig an einem Arbeitskampf beteiligen dürfen, hängt davon ab, aus welcher Rechtsordnung – der des Herkunftsstaates oder der des Staates, in dem die Arbeit geleistet wird – sich die Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen eines Streiks ergeben. Dies bemisst sich nach den Regelungen des Internationalen Privatrechts.<sup>7</sup> Daneben ist aber auch denkbar, dass ein Streikrecht der ausländischen Arbeitnehmer aus internationalem Recht besteht. Insofern sind völkerrechtliche und europarechtliche Regelungen zu untersuchen. Hier kommen etwa die Allgemeine Erklärung der Menschenrechte, die ILO-Übereinkommen Nr. 87 und 98, die Europäische Menschenrechtskonvention, die Europäische Sozialcharta, der Internationale Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte, die Charta der Grundrechte der Europäischen Union sowie europäische Richtlinien und Verordnungen in Betracht. Die Betrachtung der völker- und europarechtlichen Quellen bietet die Möglichkeit, eine über das jeweilige nationale Recht hinausgehende Antwort auf die Frage zu finden, ob ausländischen Entsandten ein Streikrecht im inländischen Betrieb zusteht. Der Schwerpunkt der Untersuchung liegt daher im Folgenden auf den völker- und europarechtlichen Aspekten der Thematik.

<sup>5</sup> Vgl. Definition in Art. 2 Abs. 1 der Richtlinie 96/71/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. Dezember 1996 über die Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen, ABl. L 18 vom 21.1.1997, S. 1 (Entsende-Richtlinie); Müller, *Die Entsendung von Arbeitnehmern in der EU*, S. 75; Paukner, *Streikrecht entsandter ausländischer Arbeitnehmer im inländischen Betrieb*, S. 22.

<sup>6</sup> EuGH vom 27.03.1990, Rs. C-113/89 (Rush Portuguesa), Slg. 1990 I-1417.

<sup>7</sup> Für das Arbeitsrecht seit Ende 2009 nunmehr geregelt in der Verordnung (EG) Nr. 593/2008 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17. Juni 2008 über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (Rom I), ABl. L 177 vom 4.7.2008, S. 6 und Verordnung (EG) Nr. 864/2007 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Juli 2007 über das auf außervertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (Rom II), ABl. L 199 vom 31.7.2007, S. 40.

## 2. Streikrecht aus nationalem (deutschem) Recht

Vorab soll überblicksartig die deutsche Antwort auf die Frage nach einem nationalen Streikrecht ausländischer Entsandter gegeben werden. Dafür ist zunächst erforderlich, dass das deutsche Arbeitskampfrecht Anwendung findet. Erst dann ist zu fragen, ob das deutsche Recht ein Streikrecht ausländischer entsandter Arbeitnehmer im inländischen Betrieb vorsieht. Zuletzt soll kurz gezeigt werden, unter welchen Voraussetzungen ein solcher Streik in Deutschland rechtmäßig ist.

### 2.1. Festlegung des anzuwendenden Rechts

In Entsendungsfällen stellt sich immer die Frage nach dem anwendbaren Recht: Das sog. Arbeitskampfstatut ist die Rechtsordnung, die auf die Rechtsbeziehung zwischen zwei Parteien innerhalb eines transnationalen Arbeitskampfes anwendbar ist.<sup>8</sup>

Zwar findet der Streik im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses statt, so dass an die kollisionsrechtlichen Regelungen der Rom I-VO zu denken wäre. Das neue vereinheitlichte Kollisionsrecht kombiniert den Grundsatz der Rechtswahlfreiheit mit dem Schutz der Rechtsordnung des Arbeitsortes.<sup>9</sup> Art. 8 Rom I-VO ist aber auf das kollektive Arbeitsrecht – also Betriebsverfassungsrecht, Tarifrecht und Arbeitskampfrecht – nicht anwendbar.<sup>10</sup> Auch die Neuregelungen der Rom II-VO greifen nicht, denn diese regelt für das Arbeitskampfrecht unionseinheitlich nur die Haftungsfolgen aus Kampfmaßnahmen, also Schadensersatzansprüche.<sup>11</sup> Die Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen eines Arbeitskampfes und die Frage, ob er von kampfbefugten Beteiligten geführt wird, sind im Internationalen Privatrecht hingegen nicht angesprochen.<sup>12</sup>

Das Arbeitskampfstatut als solches bleibt daher unregelt und unvereinheitlicht und ist außerhalb des deliktischen Zusammenhangs auch künftig nach den etablierten Regelungen der autonomen mitgliedstaatlichen Kollisionsrechte zu ermitteln.<sup>13</sup> Im Falle eines Arbeitskampfes sind verschiedene Anknüpfungspunkte denkbar: der Arbeitsvertrag, der Tarifvertrag, der Deliktort oder der Ort, an dem der Arbeitskampf stattfindet.<sup>14</sup> Maßgeblich ist, wozu der zu beurteilende Sachver-

---

<sup>8</sup> So Hergenröder in *AR-Blattei SD*, Nr. 170.8 Rn. 31; siehe auch: Junker, *Internationales Arbeitsrecht im Konzern*, S. 472; Paukner, *Streikrecht entsandter ausländischer Arbeitnehmer im inländischen Betrieb*, S. 31.

<sup>9</sup> Ausführlich *ErfK/Schlachter*, Rom I, Art. 9 Rn. 2.

<sup>10</sup> *ErfK/Schlachter*, Rom I, Art. 9 Rn. 3, 26; zum Vorgänger, Art. 30 EGBGB, siehe Birk, *Die Bedeutung der Parteiautonomie im internationalen Arbeitsrecht*, *RdA* 1989, 201; Eichenhofer, *Sozialrechtliche Folgen ausländischer Arbeitskämpfe*, *NZA-Beilage* 2006, 67, 69; Schlachter, *Grenzüberschreitende Arbeitsverhältnisse*, *NZA* 2000, 57, 63.

<sup>11</sup> *MüKo BGB/Junker*, VO (EG) 864/2007, Art. 9 Rn. 20; Knöfel, *Internationales Arbeitskampfrecht nach der Rom II-Verordnung*, *EuZA* 1/2008, 228, 234 f.; *ErfK/Schlachter*, Rom I, Art. 9 Rn. 26, Rom II, Art. 9 Rn. 1.

<sup>12</sup> *ErfK/Schlachter*, Rom II, Art. 9 Rn. 1.

<sup>13</sup> *MüKo BGB/Junker*, VO (EG) 864/2007, Art. 9 Rn. 20; Knöfel, *Internationales Arbeitskampfrecht nach der Rom II-Verordnung*, *EuZA* 1/2008, 228, 234 f.

<sup>14</sup> Ausführlich bei Hergenröder in *AR-Blattei SD*, Nr. 170.8 Rn. 32 ff.; Paukner, *Streikrecht entsandter ausländischer Arbeitnehmer im inländischen Betrieb*, S. 30.

halt – hier das Streikrecht – die engste Verbindung hat.<sup>15</sup> Im Falle eines Streiks ist das nach herrschender Ansicht der Arbeitskampf, <sup>16</sup> denn die Arbeitsniederlegung als wichtigste Form des Arbeitskampfes ist typischerweise in eine konstante Arbeitsumwelt eingebettet, hinter der die Staatsangehörigkeit der Parteien oder deren Wohnsitz zurücktreten<sup>17</sup>. Das gilt auch für (grenzüberschreitende) Unterstützungsarbeitskämpfe.<sup>18</sup>

## 2.2. Streikrecht aus deutschem Recht

Bemisst sich also das Recht zur Teilnahme am Streik nach deutschem Arbeitskampfrecht, so ist in der Folge zu prüfen, ob dem ausländischen Entsandten ein Streikrecht nach deutschem Recht zusteht. Dies ist mit Blick auf Art. 9 Abs. 3 GG zu bejahen, denn es handelt sich bei der individuellen Koalitionsfreiheit um ein sog. Menschengrundrecht („jedermann“), das keine Anforderungen an die Nationalität des Grundrechtsträgers stellt und damit auch Ausländern zusteht.<sup>19</sup> Der persönliche Schutzbereich ist mithin eröffnet. Sachlich ist darüber hinaus die Gestaltung inländischer (deutscher) Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen erforderlich,<sup>20</sup> Art. 9 Abs. 3 GG, und räumlich, dass der Streik in einem deutschen Betrieb stattfindet.<sup>21</sup> Beides wird hier für die vorliegende Frage – Streikrecht eines ausländischen Entsandten bei Teilnahme an einem deutschen (inländischen) Streik in einem deutschen (inländischen) Betrieb – unterstellt.

Die Teilnahme an einem Streik in einem deutschen Betrieb ist dann rechtmäßig, wenn sie den deutschen Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen<sup>22</sup> genügt. Nach herrschender Ansicht muss der teilnehmende Arbeitnehmer jedenfalls kein Mitglied der streikführenden Gewerkschaft sein.<sup>23</sup> Differenziert werden muss im Weiteren aber, welches Interesse die ausländischen Entsandten am Ausgang des Streiks haben.<sup>24</sup>

<sup>15</sup> Junker, *Internationales Arbeitsrecht im Konzern*, S. 479; Paukner, *Streikrecht entsandter ausländischer Arbeitnehmer im inländischen Betrieb*, S. 30.

<sup>16</sup> Herrschende Ansicht: Hergenröder, in: *Festschrift für Rolf Birk*, S. 205 ff. m.w.N.; Junker, *Internationales Arbeitsrecht im Konzern*, S. 484 f.; *ErfK/Schlachter*, Rom II, Art. 9 Rn. 1.

<sup>17</sup> Junker, *Internationales Arbeitsrecht im Konzern*, S. 480 f.

<sup>18</sup> Junker, *Internationales Arbeitsrecht im Konzern*, S. 487 f.

<sup>19</sup> Maunz/Dürig/Scholz, *Grundgesetz Kommentar*, Art. 9 GG Rn. 175; Kissel, *Arbeitskampfrecht*, S. 39 Rn. 34; BeckOK/Cornils, GG, Art. 9 Rn. 42; *MünchHdb ArbR/Löwisch/Rieble*, GG, Art. 9 Rn. 43.

<sup>20</sup> Zur Tarifbezogenheit des Arbeitskampfes siehe *ErfK/Schmidt*, GG, Art. 9 Rn. 72., 114.

<sup>21</sup> Paukner, *Streikrecht entsandter ausländischer Arbeitnehmer im inländischen Betrieb*, S. 54.

<sup>22</sup> Also insbesondere Tariffähigkeit, Tarifzuständigkeit, Streikbeschluss der Gewerkschaft, Tarifbezogenheit des Streiks, Ablauf der Friedenspflicht, Kampfparität, faire Kampfführung, Verhältnismäßigkeit, ausführlich bei *MünchHdb ArbR/Ricken*, § 200 Rn. 1 ff.; Gamillscheg, *Kollektives Arbeitsrecht* Bd. 1, S. 992 ff.; Kissel, *Arbeitskampfrecht*, S. 200 ff. und 549 ff.

<sup>23</sup> *MünchHdb ArbR/Ricken*, § 200 Rn. 17; Hromadka/Maschmann, *Arbeitsrecht* Band 2, § 14 Rn. 40; Gamillscheg, *Kollektives Arbeitsrecht* Bd. 1, S. 994 f.; Jedenfalls, solange die Außenseiter faktisch vom Kampfergebnis profitieren, vgl. Otto, *Arbeitskampf und Schlichtungsrecht*, S. 73 Rn. 43. A.A. Lembke, *Die Arbeitskampfteilnahme von Außenseitern*, S. 57 ff., 81 f. m.w.N.; ablehnend für den Sonderfall der Spartenarbeitskämpfe Wietfeld, *Die rechtliche Stellung von Arbeitnehmeraußenseitern im Spartenarbeitskampf*, S. 179.

<sup>24</sup> Ausführlich dazu Paukner, *Streikrecht entsandter ausländischer Arbeitnehmer im inländischen Betrieb*, S. 62, 93.

Haben die entsandten ausländischen Arbeitnehmer ein eigenes – unmittelbares oder mittelbares – Interesse am Ausgang des Streiks, so handelt es sich um die (stets zulässige) Teilnahme am (Haupt-) Arbeitskampf.

Unmittelbares Interesse am Ausgang des Arbeitskampfs haben die entsandten Ausländer, wenn die Regelungen des deutschen Tarifvertrages ausdrücklich auch die Arbeitsverhältnisse entsandter ausländischer Arbeitnehmer betreffen.<sup>25</sup> Die Erfassung ausländischer entsandter Arbeitnehmer vom deutschen Tarifvertrag – und damit die Auferlegung von Kosten gegenüber dem ausländischen Arbeitgeber (Dienstleistungsanbieter) – ist spätestens mit Blick auf die Laval-Entscheidung<sup>26</sup> des EuGH nicht unproblematisch.<sup>27</sup> In „Laval“ behandelt der EuGH die Frage der Einbeziehung vorübergehend entsandter Arbeitnehmer in ein Tarifvertragssystem des Staates, in den die Arbeitnehmer entsandt sind, allein als Problem der Sicherung von Mindestarbeitsbedingungen.<sup>28</sup> Vor dem Hintergrund der von der Entsenderichtlinie gewährten Schutzmöglichkeiten seien kollektive Maßnahmen unzulässig, bei deren Beginn die Mindestarbeitsbedingungen noch nicht feststehen. Danach wären Tarifverhandlungen hinsichtlich vorübergehend entsandter Arbeitnehmer unmöglich.<sup>29</sup> Auch das Bundesarbeitsgericht (BAG) geht davon aus, dass deutsche Tarifvertragsparteien keine Regelungsmacht über Arbeitsverhältnisse haben, die nicht dem deutschen Recht unterliegen, und dass auf Arbeitsverhältnisse vorübergehend im Ausland beschäftigter Arbeitnehmer grundsätzlich das Recht des Entsendestaates anzuwenden ist.<sup>30</sup> Die Frage nach der Zulässigkeit der Einbeziehung vorübergehend entsandter ausländischer Arbeitnehmer in das nationale Tarifvertragssystem ist in Rechtsprechung und Literatur noch nicht abschließend geklärt. Anders als in der Laval-Entscheidung geht es vorliegend aber nicht um kollektive Arbeitskampfmaßnahmen gegen ein – in einem anderen Mitgliedstaat ansässiges und Arbeitnehmer im Rahmen einer länderübergreifenden Erbringung von Dienstleistungen entsendendes – Unternehmen, das bereits an einen Tarifvertrag gebunden ist, sondern hier nur um die Frage, ob ausländische entsandte Arbeitnehmer von einem deutschen Tarifvertrag erfasst werden dürfen. Dieser Tarifvertragsschluss als solches dürfte weniger problematisch sein: ohne ihr Einverständnis kann ein deutscher Tarifvertrag die ausländischen Arbeitgeber/Dienstleistungsanbieter gar nicht binden, so dass kein Eingriff vorliegt. Etwas anderes gilt für den Streik, der

---

<sup>25</sup> Nach dem BAG ist es zulässig, dass deutsche Tarifvertragsparteien Regelungen vorsehen, die die Arbeitsverhältnisse entsandter (inländischer!) Arbeitnehmer betreffen, BAG vom 11.09.1991, Az. 4 AZR 71/91AP Internationales Privatrecht, Arbeitsrecht Nr. 29 unter II 2 b, BAG NZA 1992, 321, 322. Paukner, *Streikrecht entsandter ausländischer Arbeitnehmer im inländischen Betrieb*, S. 62; Gerauer/Holtermann/Roßmayer, *Auslandseinsatz von Arbeitnehmern*, S. 34 Rn. 30.

<sup>26</sup> EuGH vom 18.12.2007, Rs. C-341/05 (Laval), Slg. 2007 I-11767.

<sup>27</sup> Siehe auch Zwanziger, *Nationale Koalitionsfreiheit vs. Europäische Grundfreiheiten – aus deutscher Sicht*, *RdA-Beil.* 2009, 10, 21.

<sup>28</sup> Zwanziger, *Nationale Koalitionsfreiheit vs. Europäische Grundfreiheiten – aus deutscher Sicht*, *RdA-Beil.* 2009, 10, 20 f.

<sup>29</sup> Zwanziger, *Nationale Koalitionsfreiheit vs. Europäische Grundfreiheiten – aus deutscher Sicht*, *RdA-Beil.* 2009, 10, 20 f.; EuGH vom 18.12.2007, Rs C-341/05 (Laval), Slg. 2007 I-11767, AP EG Art. 49 Nr. 15, Rn. 57 ff.

<sup>30</sup> BAG vom 09.07.2003, Az. 10 AZR 593/02, AP Nr. 261 zu § 1 TVG Tarifverträge: Bau; Zwanziger, *Nationale Koalitionsfreiheit vs. Europäische Grundfreiheiten – aus deutscher Sicht*, *RdA-Beil.* 2009, 10, 21.

um einen solchen (entsandte Ausländer erfassenden) Tarifvertrag geführt würde – eine klassische Laval-Situation.

Ein nur mittelbares Interesse am Ausgang des Arbeitskampfes haben die Ausländer, wenn ihnen das Ergebnis des Streiks zumindest faktisch zukommt. Das ist der Fall, wenn die Entsandten unter den Arbeitsbedingungen arbeiten, die der Tarifvertrag im deutschen Betrieb schafft, oder wenn sich ihr eigener ausländischer Arbeitgeber am deutschen Tarifvertrag orientiert – sei es über die §§ 3 bzw. 7 AEntG oder nur auf Druck des deutschen Arbeitgebers.<sup>31</sup>

Davon zu unterscheiden ist der Fall, dass die ausländischen entsandten Arbeitnehmer kein eigenes Interesse am Ausgang des Arbeitskampfes haben. Hierbei handelt es sich um einen sog. Unterstützungsstreik<sup>32</sup>, denn die ausländischen entsandten Arbeitnehmer unterstützen durch eigene Streikmaßnahmen den (Haupt-) Streik anderer Arbeitnehmer (der Inländer).<sup>33</sup>

Nach neuerer Rechtsprechung des BAG ist ein Unterstützungsstreik grundsätzlich zulässig.<sup>34</sup> Das BAG hat dazu ausgeführt, dass eine Ausgestaltung des Arbeitskampfrechts dahin, dass Unterstützungsstreiks grundsätzlich unangemessen und deshalb rechtswidrig sind, eine verfassungsrechtlich nicht gerechtfertigte Beschränkung der durch Art. 9 Abs. 3 GG geschützten Betätigungsfreiheit der Koalitionen darstellen würde und darüberhinaus nicht mit der Garantie des Streikrechts in Teil II Art. 6 Nr. 4 ESC vereinbar wäre.<sup>35</sup>

Der Unterstützungsstreik muss aber bestimmte Voraussetzungen erfüllen: Durchführung eines rechtmäßigen Hauptarbeitskampfes, im Verhältnis zum Umfang des Hauptarbeitskampfes angemessene Dauer und Intensität des Unterstützungsstreiks, Schwerpunkt des gesamten Arbeitskampfes liegt beim Hauptarbeitskampf.<sup>36</sup> Zudem ist der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu beachten. Weil der Unterstützungsarbeitskampf regelmäßig in verfassungsrechtlich geschützte Rechtspositionen des Kampfgegners und Dritter eingreift, muss er verhältnismäßig sein, d.h. das Kampfmittel (Unterstützungsstreik) muss zur Erreichung des Kampfziels (des Hauptstreiks) geeignet, erforderlich und angemessen sein.<sup>37</sup> Ziel des Streiks ausländischer entsandter Arbeitnehmer im inländischen Betrieb, die kein eigenes Interesse am Ausgang des Hauptarbeitskampfes haben, ist, wie erörtert, die Unterstützung des Hauptarbeits-

---

<sup>31</sup> Zum alten AEntG Paukner, *Streikrecht entsandter ausländischer Arbeitnehmer im inländischen Betrieb*, S. 65.

<sup>32</sup> Man spricht z.T. auch vom Solidaritäts- oder Sympathiestreik.

<sup>33</sup> Zur Definition: Berg/Platow/Schoof/Unterhinninghofen, *Tarifvertragsgesetz und Arbeitskampfrecht Basiskommentar*, AKR-Streik, Rn. 87; MünchHdb ARbR/Ricken, § 194 Rn. 4.

<sup>34</sup> BAG vom 19.06.2007, Az. 1 AZR 396/06, AP GG Arbeitskampf Nr. 173, NZA 2007, 1055; Berg/Platow/Schoof/Unterhinninghofen, *Tarifvertragsgesetz und Arbeitskampfrecht Basiskommentar*, AKR-Streik, Rn. 91 ff.; zustimmend: ErfK/Dieterich, GG, Art. 9 Rn. 121 f.; kritisch: Hohenstatt/Schramm, Erneute Erweiterung des Kampffarsenals: Zulässigkeit von Unterstützungsstreiks, NZA 2007, 1034; Wank, Aktuelle Probleme des Arbeitskampfrechts, RdA 2009, 1, 3 f.

<sup>35</sup> BAG vom 19.06.2007, Az. 1 AZR 396/06, Rn. 40, AP GG Arbeitskampf Nr. 173 Rn. 33 ff., NZA 2007, 1055; Berg/Platow/Schoof/Unterhinninghofen, *Tarifvertragsgesetz und Arbeitskampfrecht Basiskommentar*, AKR-Streik, Rn. 91.

<sup>36</sup> Ausführlich und mit Beispielfällen: Berg/Platow/Schoof/Unterhinninghofen, *Tarifvertragsgesetz und Arbeitskampfrecht Basiskommentar*, AKR-Streik, Rn. 91b.

<sup>37</sup> Ausführlich BAG vom 19.06.2007, Az. 1 AZR 396/06, AP GG Art. 9 Arbeitskampf Nr. 173 Rn. 25 ff.; Paukner, *Streikrecht entsandter ausländischer Arbeitnehmer im inländischen Betrieb*, S. 81 ff.

kampfs der inländischen Arbeitnehmer. Wenn dieser wegen des Abschlusses eines Tarifvertrags geführt wird, dient der Unterstützungstreik zumindest mittelbar der Durchsetzung tariflich regelbarer Ziele und verfolgt damit ein legitimes Ziel. Der Unterstützungstreik der entsandten ausländischen Arbeitnehmer ist regelmäßig zur Erreichung des Kampfziels des Hauptstreiks nicht offenkundig ungeeignet.<sup>38</sup> Die Annahme, der Unterstützungstreik könne die Erreichung der im Hauptarbeitskampf verfolgten Ziele fördern, wird sich regelmäßig im Rahmen der Einschätzungsprärogative halten. Grund dafür ist, dass es sich im Falle eines Unterstützungstreiks durch ausländische Entsannte im inländischen Betrieb des Hauptarbeitskampfes um ein einheitliches Streikgeschehen handelt und so leicht Druck auf den sozialen Gegenspieler des Hauptarbeitskampfes ausgeübt wird.<sup>39</sup> Den streikenden Arbeitnehmern darf zudem kein milderes Mittel zur Erreichung des angestrebten Arbeitskampfziels zur Verfügung stehen. Diesbezüglich steht der streikenden Gewerkschaft aber ein Einschätzungsspielraum zu.<sup>40</sup> Der Unterstützungstreik wird also nur dann unzulässig sein, wenn er rechtsmissbräuchlich ist,<sup>41</sup> es des Unterstützungstreiks also offensichtlich nicht bedarf, um das Streikziel zu erreichen. Streiken entsandte Arbeitnehmer ohne eigenes Interesse am Ausgang des Hauptarbeitskampfes im inländischen Betrieb, um die inländischen Arbeitnehmer zu unterstützen, so liegt die Annahme, dass die Arbeitsniederlegung durch die entsandten Ausländer ein in der konkreten Arbeitskampsituation erforderliches Arbeitskämpfungsmittel darstellt, innerhalb der Einschätzungsprärogative der Gewerkschaften. Eine gerichtliche Prüfung, ob vor dem Ausrufen eines Unterstützungstreiks der Hauptarbeitskampf hätte ausgeweitet oder intensiviert werden müssen, findet nicht statt.<sup>42</sup> Schließlich muss der Unterstützungstreik angemessen sein, darf also nicht außer Verhältnis zu dem Ziel des Hauptarbeitskampfes stehen. Der Unterstützungstreik kann wegen Art. 9 Abs. 3 GG jedenfalls nicht als grundsätzlich unangemessen angesehen werden.<sup>43</sup> Wesen einer Arbeitskampsmaßnahme ist gerade, durch Zufügung wirtschaftlicher Nachteile Druck zur Erreichung eines legitimen Ziels auszuüben. Unverhältnismäßig ist ein Arbeitskämpfungsmittel daher erst, wenn es sich auch unter Berücksichtigung dieses Zusammenhangs als unangemessene Beeinträchtigung gegenläufiger, ebenfalls verfassungsrechtlich geschützter Rechtspositionen darstellt.<sup>44</sup> Im Rahmen der notwendigen rechtlichen Abwägung sind die verfassungsrechtlich geschützten Rechtspositionen des Streikgegners und von Dritten (z.B. ungestörte Ausübung des Gewerbebetriebs seitens der ausländischen und des inländischen Arbeitgebers) zu beachten. Im Einzelnen sind weiter folgende Kriterien relevant: Ausmaß des Unterstützungstreiks, Nähe zwischen den Arbeitskämpfen, Neutralitätspflicht des bestreikten Arbeitgebers, Intensität der wirtschaftlichen Verflechtung zwischen dem mit dem Unterstützungstreik überzogenen

<sup>38</sup> Definition der Geeignetheit siehe BAG vom 19.06.2007, Az. 1 AZR 396/06, AP GG Art. 9 Arbeitskamps Nr. 173 Rn. 26.

<sup>39</sup> Paukner, *Streikrecht entsandter ausländischer Arbeitnehmer im inländischen Betrieb*, S. 82 f.

<sup>40</sup> BAG vom 19.06.2007, Az. 1 AZR 396/06, AP GG Art. 9 Arbeitskamps Nr. 173 Rn. 27, 33, 36.

<sup>41</sup> BAG vom 19.06.2007, Az. 1 AZR 396/06, AP GG Art. 9 Arbeitskamps Nr. 173 Rn. 27.

<sup>42</sup> BAG vom 19.06.2007, Az. 1 AZR 396/06, AP GG Art. 9 Arbeitskamps Nr. 173 Rn. 36, 55.

<sup>43</sup> BAG vom 19.06.2007, Az. 1 AZR 396/06, AP GG Art. 9 Arbeitskamps Nr. 173 Rn. 39 ff.

<sup>44</sup> BAG vom 19.06.2007, Az. 1 AZR 396/06, AP GG Art. 9 Arbeitskamps Nr. 173 Rn. 28.

Arbeitgeber und dem Adressaten des Hauptarbeitskampfs, Einflussmöglichkeiten auf den sozialen Gegenspieler.<sup>45</sup> Das Ergebnis der Abwägung wird vom ganz konkreten Einzelfall abhängen und kann hier daher nicht geprüft werden.

### 3. Streikrecht aus internationalen Regelungen

Unabhängig von der nationalen Rechtslage – und damit für den vorliegenden Beitrag von größerer Relevanz – könnte den ausländischen entsandten Arbeitnehmern ein Streikrecht im inländischen Betrieb auch aus internationalem Recht zustehen. Für Arbeitnehmer aus den EU-Mitgliedsstaaten kommen darüber hinaus europarechtliche Regelungen in Betracht. Dabei ist jeweils zu prüfen, ob die internationalen Regelungen ein Streikrecht enthalten und ob dieses auch im jeweiligen nationalen Recht unmittelbar anwendbar ist. Vorliegend wird dabei immer auf die Wirksamkeit der internationalen Regelungen in Deutschland eingegangen.

#### 3.1. Streikrecht aus völkerrechtlichen Regelungen

Verschiedene völkerrechtliche Normen enthalten Regelungen zum Streikrecht. Diese werden im Folgenden chronologisch dargestellt.

##### a) Art. 23 Abs. 4 Allgemeine Erklärung der Menschenrechte (1948)

Art. 23 Abs. 4 der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte<sup>46</sup> (AEMR) lautet „Jeder hat das Recht, zum Schutze seiner Interessen Gewerkschaften zu bilden und solchen beizutreten“. Ob die hier erklärte Koalitionsfreiheit auch ein Streikrecht enthält, ist fraglich.<sup>47</sup> Zwar ist der Arbeitskampf ein Hilfsmittel der Tarifautonomie und dient damit der Betätigungsfreiheit der Koalitionen, bei Verabschiedung der Erklärung im Jahr 1948 waren jedoch auch (ehemals) sozialistische Staaten beteiligt, die ein Streikrecht ausdrücklich nicht anerkannten bzw. nicht für erforderlich hielten.<sup>48</sup> Der Streit kann aber dahinstehen, denn die Allgemeine Erklärung der Menschenrechte ist völkerrechtlich ohnehin nicht verbindlich.<sup>49</sup> Es handelt sich vielmehr bloß um eine Empfehlung, wenn auch mit politisch-moralischem Gewicht.<sup>50</sup>

<sup>45</sup> BAG vom 19.06.2007, Az. 1 AZR 396/06, AP GG Art. 9 Arbeitskampf Nr. 173 Rn. 43 ff.; siehe auch Paukner, *Streikrecht entsandter ausländischer Arbeitnehmer im inländischen Betrieb*, S. 86 ff.

<sup>46</sup> Allgemeine Erklärung der Menschenrechte der Generalversammlung der Vereinten Nationen vom 10.12.1948 GAOR III Resolutions UN-Doc A7810, S 71; Resolution 217 A (III), A/RES/217.

<sup>47</sup> Ablehnend MüHdb ArbR/Ricken, § 197 Rn. 24; Menschenrechtsausschuss der Vereinten Nationen (UN-AMR) vom 18.07.1986, Mitteilung Nr. 118/1982, Ziffer 6.3 und 6.4, NJW 1987, 3065.

<sup>48</sup> Paukner, *Streikrecht entsandter ausländischer Arbeitnehmer im inländischen Betrieb*, S. 106 m.w.N.

<sup>49</sup> Bausback, 50 Jahre Allgemeine Erklärung der Menschenrechte – Politisches Dokument mit rechtsgestaltender Wirkung?, *Bayerische Verwaltungsblätter (BayVBl)*, 1999, S. 705 ff.; Maunz/Dürig/Durner, Grundgesetz Kommentar, Art. 10 GG Rn.28; Paukner, *Streikrecht entsandter ausländischer Arbeitnehmer im inländischen Betrieb*, S. 106.

<sup>50</sup> Eide/Alfredsson/Melander/Rehof/Rosas/Eide/Alfredsson, *The Universal Declaration of Human Rights: A Commentary*, S. 5 ff.

b) Abkommen Nr. 87 und Nr. 98 der Internationalen Arbeitsorganisation (1948/49)

Ein Streikrecht ausländischer entsandter Arbeitnehmer könnten aber die völkerrechtlichen Abkommen der Internationalen Arbeitsorganisation (IAO) zur Vereinigungsfreiheit, Übereinkommen Nr. 87 und Nr. 98<sup>51</sup>, enthalten.

Die Frage, ob Übereinkommen Nr. 87 ein Streikrecht enthält, wird unterschiedlich beantwortet.<sup>52</sup> Gegen ein solches Streikrecht wird vor allem der Wortlaut von Art. 8 Nr. 1 IAO-Übereinkommen Nr. 87 vorgebracht. Danach haben sich Arbeitnehmer, Arbeitgeber und ihre Organisationen „bei Ausübung der ihnen durch dieses Übereinkommen zuerkannten Rechte an die Gesetze zu halten“. Demnach bilde das jeweilige innerstaatliche Recht die Grenze der Betätigungsfreiheit der Koalitionen und es würden nur solche Rechte gewährt, die auch schon die nationale Rechtsordnung enthält.<sup>53</sup> Für ein Streikrecht spricht aber, dass Art. 9 Nr. 1 Übereinkommen Nr. 87 es dem nationalen Gesetzgeber überlässt, ob die Rechte aus dem Übereinkommen Nr. 87 auch für Heer und Polizei gelten. Eine solche Norm wäre überflüssig, wenn die innerstaatliche Rechtsordnung ohnehin die Rechte aus der Nr. 87 beschränken könnte.<sup>54</sup> Daneben ist das Streikrecht notwendiges Hilfsmittel, um die gewerkschaftlichen Rechte der IAO-Übereinkommen zur Vereinigungsfreiheit wirksam ausüben zu können.<sup>55</sup> Zudem soll das Übereinkommen Nr. 87 die Koalitionsfreiheit in all ihren Erscheinungsformen schützen.<sup>56</sup> Dass ein Streikrecht auch für ausländische Arbeitnehmer besteht, ergibt sich daraus, dass Art. 5 des Übereinkommens, wonach auch internationale Organisationen geschützt und so auch internationale Sachverhalte erfasst werden.<sup>57</sup> Schließlich ist auch der Unterstützungstreik nach dem IAO-Übereinkommen zulässig, denn Art. 10 genügt es, wenn eine Gewerkschaft mit einer kollektiven Maßnahme ganz allgemein „die Interessen der Arbeitnehmer“ fördern will.

Auch das IAO-Übereinkommen Nr. 98 enthält ein Streikrecht. Zwar verpflichtet Art. 4 des IAO-Übereinkommens Nr. 98 die Vertragsstaaten, Maßnahmen zu treffen, um die „Entwicklung und Anwendung von Verfahren zu fördern“, durch die Koalitionspartner freiwillig Tarifverhandlungen führen können. Aus dieser Förderungspflicht könnte man

---

<sup>51</sup> Übereinkommen Nr. 87 (Übereinkommen über die Vereinigungsfreiheit und den Schutz des Vereinigungsrechtes) vom 09.07.1948, BGBl. II 1956, S. 2072 ff.; Übereinkommen Nr. 98 (Übereinkommen über die Anwendung der Grundsätze des Vereinigungsrechtes und des Rechtes zu Kollektivverhandlungen) vom 01.07.1949, BGBl. II 1955, S. 1122. In Deutschland in Kraft seit dem 09.07.1948 (Nr. 87) bzw. 08.06.1957 (Nr. 98). Abrufbar unter: <http://www.ilo.org/ilolex/german/docs/convdsp1.htm> (Stand: 12.11.2010).

<sup>52</sup> Ausführlich: Schneider, *Die Vereinbarkeit des deutschen Arbeitskämpfrechts mit den Übereinkommen Nr. 87 und 98 der Internationalen Arbeitsorganisation*, S. 35 ff.

<sup>53</sup> Gitter, *Probleme des Arbeitskampfes in supranationaler, internationaler und international-privatrechtlicher Sicht*, ZfA 1971, 127, 133. Kissel, *Arbeitskampfrecht*, § 20 Rn. 46, § 24 Rn. 7.

<sup>54</sup> Schneider, *Die Vereinbarkeit des deutschen Arbeitskämpfrechts mit den Übereinkommen Nr. 87 und 98 der Internationalen Arbeitsorganisation*, S. 91.

<sup>55</sup> Hergentröder, *Der Arbeitskampf mit Außenberührung*, S: 88 f.; Paukner, *Streikrecht entsandter ausländischer Arbeitnehmer im inländischen Betrieb*, S. 125.

<sup>56</sup> Paukner, *Streikrecht entsandter ausländischer Arbeitnehmer im inländischen Betrieb*, S. 126; Schneider, *Die Vereinbarkeit des deutschen Arbeitskämpfrechts mit den Übereinkommen Nr. 87 und 98 der Internationalen Arbeitsorganisation*, S. 42 f.

<sup>57</sup> Paukner, *Streikrecht entsandter ausländischer Arbeitnehmer im inländischen Betrieb*, S. 126.

schließen, dass die geeigneten Verfahren erst in Zukunft geschaffen werden müssen.<sup>58</sup> Dagegen spricht aber, dass es Tarifverhandlungen und Arbeitskämpfe lange vor dem IAO-Übereinkommen Nr. 98 gab, was den Vertragsstaaten auch bewusst war.<sup>59</sup> Zudem gilt das zu Nr. 87 Gesagte: die Arbeitnehmer benötigen den Streik als wirksames Mittel, um überhaupt freie Tarifverhandlungen führen zu können.<sup>60</sup> Beide Abkommen gewährleisten also zumindest aus dem Sinnzusammenhang ein Streikrecht für ausländische entsandte Arbeitnehmer.

Deutschland hat die IAO-Übereinkommen ratifiziert und durch ein Transformationsgesetz gem. Art. 59 Abs. 2 S. 1 GG in den Rang eines einfachen Bundesgesetzes erhoben.<sup>61</sup> Verschiedene Regelungen der IAO-Übereinkommen<sup>62</sup> verpflichten die Vertragsstaaten zum Tätigwerden, unmittelbare Individualrechte für die Bürger entstehen daher erst, wenn der jeweilige nationale Gesetzgeber tätig geworden ist.<sup>63</sup> Die nationalen (Arbeits-) Gerichte sind aber verpflichtet, die IAO-Übereinkommen zu beachten, wenn sie Gesetze auslegen oder gesetzvertretendes Richterrecht schaffen.<sup>64</sup>

### c) Europäische Menschenrechtskonvention (1950)

Ein Streikrecht könnte sich aber aus der Europäischen Menschenrechtskonvention<sup>65</sup> (EMRK) ergeben. Die EMRK enthält einen Katalog von Grundrechten und Menschenrechten, über ihre Umsetzung wacht der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte in Straßburg, vgl. Art. 19 EMRK. Einschlägig könnte vorliegend Art. 11 Abs. 1 Var. 2 EMRK sein. Danach hat „jedermann das Recht [...], zum Schutz seiner Interessen Gewerkschaften zu gründen und Gewerkschaften beizutreten“. Damit erwähnt die EMRK das Streikrecht nicht ausdrücklich, so dass teilweise angenommen wird, die EMRK enthalte kein Recht zum Streik.<sup>66</sup> Dem ist aber entgegenzuhalten, dass die in Art. 11 Abs. 1 EMRK enthaltene Formulierung „zum Schutz seiner Interessen“ zeigt, „dass die [EMRK] die Freiheit schützt, die beruflichen Interessen der Mitglieder einer Gewerk-

<sup>58</sup> Paukner, *Streikrecht entsandter ausländischer Arbeitnehmer im inländischen Betrieb*, S. 127.

<sup>59</sup> Schneider, *Die Vereinbarkeit des deutschen Arbeitskämpfrechts mit den Übereinkommen Nr. 87 und 98 der Internationalen Arbeitsorganisation*, S. 117.

<sup>60</sup> Schneider, *Die Vereinbarkeit des deutschen Arbeitskämpfrechts mit den Übereinkommen Nr. 87 und 98 der Internationalen Arbeitsorganisation*, S. 121.

<sup>61</sup> IAO-Übereinkommen Nr. 87 vom 09.07.1948: Deutsche Fassung BGBl. II 1956, S. 2072 ff., Bekanntmachung BGBl. II 1958, S. 113; IAO-Übereinkommen Nr. 98 vom 01.07.1949: Deutsche Fassung BGBl. II 1955, S. 1122, Bekanntmachung BGBl. II 1957, S. 1231.

<sup>62</sup> Art. 1 des Übereinkommens Nr. 87; Art. 1 Nr. 1, Art. 2 Nr. 1, Art. 3, Art. 5 Nr. 1 des Übereinkommens Nr. 98, siehe Paukner, *Streikrecht entsandter ausländischer Arbeitnehmer im inländischen Betrieb*, S.129.

<sup>63</sup> Gamillscheg, *Kollektives Arbeitsrecht* Bd. 1, S. 51; Hergenröder, *Der Arbeitskampf mit Außenberührung*, S. 87; Schneider, *Die Vereinbarkeit des deutschen Arbeitskämpfrechts mit den Übereinkommen Nr. 87 und 98 der Internationalen Arbeitsorganisation*, S. 94, 143.

<sup>64</sup> Schneider, *Die Vereinbarkeit des deutschen Arbeitskämpfrechts mit den Übereinkommen Nr. 87 und 98 der Internationalen Arbeitsorganisation*, S. 213.

<sup>65</sup> Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten in der Fassung des Protokolls Nr. 11, Rom/Rome, 4.XI.1950, abrufbar unter: <http://conventions.coe.int/Treaty/ger/Treaties/Html/005.htm> (Stand: 12.11.2010).

<sup>66</sup> Junker, *Internationales Arbeitsrecht im Konzern*, S. 347.

schaft durch von dieser durchgeführte kollektive Maßnahmen wahrzunehmen [...]“<sup>67</sup>. Zudem ist zu bedenken, dass der Streik notwendiges Mittel der Arbeitnehmer ist, um ihre Forderungen gegenüber dem Koalitionspartner durchsetzen und damit überhaupt frei verhandeln zu können.<sup>68</sup> Die EMRK garantiert daher ein Streikrecht.<sup>69</sup>

Das Streikrecht wird aber verschiedentlich begrenzt. Grenzen bilden z.B. die Einschränkungsmöglichkeit des Art. 11 Abs. 2 EMRK<sup>70</sup> und der Wortlaut des Art. 11 Abs. 1 EMRK. Dieser garantiert kein Streikrecht für jedermann und keine bestimmte Behandlung durch den Staat, so dass bestimmte Beschäftigtengruppen auf eine andere Art der Interessenvertretung verwiesen werden können.<sup>71</sup> Fraglich ist daher, ob auch ein Unterstützungstreik von Art. 11 Abs. 1 EMRK erfasst wird. Dies ist bisher nicht geklärt, wegen seiner großen Bedeutung für eine demokratische Gesellschaft sollte Art. 11 EMRK aber weit ausgelegt werden.<sup>72</sup> Es spricht daher Einiges dafür, dass auch ein Unterstützungstreik (ohne Eigeninteresse der entsandten ausländischen Arbeitnehmer) von der Norm garantiert wird.<sup>73</sup>

Der persönliche Schutzbereich des Art. 11 Abs.1 Var. 2 EMRK erfasst die Koalitionen selbst und ihre Mitglieder.<sup>74</sup> Dabei gewährt die EMRK nicht nur deutschen, sondern auch ausländischen Arbeitnehmern in Deutschland ein Streikrecht, denn nach Art.1 EMRK sind die Vertragsstaaten verpflichtet, allen „ihrer Hoheitsgewalt unterstehenden Personen“ die in Abschnitt I EMRK gewährten Rechte und Freiheiten zu gewähren. Auch ist nach dem Wortlaut „jede Person“ und nicht nur Staatsangehörige eines Unterzeichnerstaates erfasst. Die ausländischen Arbeitnehmer müssen auch nicht Mitglied einer deutschen Gewerkschaft sein.<sup>75</sup>

Die EMRK wirkt in Deutschland nach Transformation in ein Bundesgesetz nach Art. 59 Abs. 2 S. 1 GG unmittelbar als einfaches Recht, steht aber im Rang unter der Verfassung.<sup>76</sup> Im Unterschied zur Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte, die eine bloße

---

<sup>67</sup> Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) vom 06.02.1976, Az. 5614/72 (Schwedischer Lokomotivführerverband/Schweden), Serie A Vol. 20, 14 f., Nr. 30; *EuGRZ* 1976, 68, 71; Schlussantrag des Generalanwalts Paolo Mengozzi vom 23.05.2007, Rs. C-341/05 (Laval), Slg. 2007 S. I-11772 Rn. 71; Gamillscheg, *Kollektives Arbeitsrecht* Bd. 1, S. 956.

<sup>68</sup> Gitter, Probleme des Arbeitskampfes in supranationaler, internationaler und international-privatrechtlicher Sicht, *ZfA* 1971, 127, 134.

<sup>69</sup> So auch Grabenwarter, *Europäische Menschenrechtskonvention*, § 23 Rn. 777; Paukner, *Streikrecht entsandter ausländischer Arbeitnehmer im inländischen Betrieb*, S. 1.

<sup>70</sup> Wovon in Deutschland aber kein Gebrauch gemacht wurde, Gitter, Probleme des Arbeitskampfes in supranationaler, internationaler und international-privatrechtlicher Sicht, *ZfA* 1971, 127, 134; Paukner, *Streikrecht entsandter ausländischer Arbeitnehmer im inländischen Betrieb*, S. 132. Zu den Voraussetzungen: Grabenwarter, *Europäische Menschenrechtskonvention*, § 8 Rn. 7 ff.

<sup>71</sup> Grabenwarter, *Europäische Menschenrechtskonvention*, § 23 Rn. 77; Paukner, *Streikrecht entsandter ausländischer Arbeitnehmer im inländischen Betrieb*, S. 133 mit ausführlichen Nachweisen.

<sup>72</sup> EGMR vom 20.02.2003, 20652/92 (Djavit An/Türkei), ECHR 2003-III, Rn. 56 f., allerdings bezogen auf die Versammlungsfreiheit; Paukner, *Streikrecht entsandter ausländischer Arbeitnehmer im inländischen Betrieb*, S. 132, 135.

<sup>73</sup> So Paukner, *Streikrecht entsandter ausländischer Arbeitnehmer im inländischen Betrieb*, S. 135.

<sup>74</sup> Grabenwarter, *Europäische Menschenrechtskonvention*, § 23 Rn. 77.

<sup>75</sup> Paukner, *Streikrecht entsandter ausländischer Arbeitnehmer im inländischen Betrieb*, S. 132.

<sup>76</sup> EMRK in Deutschland in Kraft seit 03.09.1953, BGBl. II 1954, S. 14, ratifiziert aufgrund des Gesetzes vom 07.08.1952, BGBl. II 1952, S. 685, Berichtigung S. 953. Gamillscheg, *Kollektives Arbeitsrecht* Bd. 1, S.57; Grabenwarter, *Europäische Menschenrechtskonvention*, § 3 Rn. 6; Kissel, *Arbeitskampfrecht*, § 20 Rn. 37; Mitscherlich, *Das Arbeitskampfrecht der Bundesrepublik Deutschland und die Europäische Sozialcharta*, S. 56.

Empfehlung darstellt, ist die EMRK in Deutschland unmittelbar anwendbar, mit der Folge, dass sich der einzelne Bürger auf sie berufen kann. Dafür spricht zum einen, dass sich jede natürliche Person, nichtstaatliche Organisation oder Personenvereinigung gemäß Art. 25 EMRK über eine sog. Appellation an die Europäische Kommission für Menschenrechte wenden kann, wenn sie sich durch einen Vertragsstaat in einem Recht aus der EMRK verletzt fühlt. Das setzt gerade voraus, dass ein unmittelbares Recht besteht, auf das man sich gegenüber dem Staat berufen kann.<sup>77</sup> Zudem wären die Gesetzesvorbehalte in den Art. 5 Abs. 1, 8 Abs. 2, 9 Abs. 2, 10 Abs. 2, 11 Abs. 2 S. 1 und 12 EMRK überflüssig, wenn ohnehin nur der Unterzeichnerstaat gebunden wäre und entscheiden könnte, welche Teile der EMRK er im nationalen Recht anwendbar macht.<sup>78</sup> Schließlich spricht auch die Entstehungsgeschichte der EMRK für eine unmittelbare Geltung: die EMRK sollte gerade über die schon existierende bloß empfehlende Allgemeine Erklärung der Menschenrechte hinausgehen.<sup>79</sup>

d) Art. 6 Nr. 4 Europäische Sozialcharta (1961)

Die Europäische Sozialcharta<sup>80</sup> (ESC) ist ein europäischer Vertrag, der die sozialen und wirtschaftlichen Grundrechte schützt und die Europäische Menschenrechtskonvention<sup>81</sup> ergänzt.<sup>82</sup> Die ESC ist bis dato von 45 Staaten unterzeichnet und in 43 Staaten ratifiziert worden, darunter alle 27 Mitgliedsstaaten der Europäischen Union.<sup>83</sup> Artikel 6 ESC beinhaltet das „Recht auf Kollektivverhandlungen“. Art. 6 Nr. 4 ESC lautet: „Um die wirksame Ausübung des Rechts auf Kollektivverhandlungen zu gewährleisten, [...] an[...]erkennen [die Vertragsparteien] 4. das Recht der Arbeitnehmer und der Arbeitgeber auf kollektive Maßnahmen einschließlich des Streikrechts im Fall von Interessenkonflikten, vorbehaltlich etwaiger Verpflichtungen aus geltenden Gesamtarbeitsverträgen.“ Ob Nr. 4 auch ein Streikrecht entsandter ausländischer Arbeitnehmer im inländischen Betrieb enthält, ist fraglich. Dafür müsste die ESC personell auch entsandte ausländische Arbeitnehmer in einem deutschen Betrieb und inhaltlich auch die Form des Unterstützungstreiks erfassen. Schließlich muss die ESC in Deutschland anwendbar sein.

Die entsandten ausländischen Arbeitnehmer fallen in den persönlichen Schutzbereich von Art. 6 Nr. 4 ESC. Der persönliche Geltungsbereich der revidierten Euro-

<sup>77</sup> Paukner, *Streikrecht entsandter ausländischer Arbeitnehmer im inländischen Betrieb*, S. 137.

<sup>78</sup> Paukner, *Streikrecht entsandter ausländischer Arbeitnehmer im inländischen Betrieb*, S. 137; BGH vom 10.01.1966, Az. III ZR 212/63, BGHZ 45, 30, 46, 49.

<sup>79</sup> Paukner, *Streikrecht entsandter ausländischer Arbeitnehmer im inländischen Betrieb*, S. 137 m.w.N.

<sup>80</sup> Europäische Sozialcharta vom 18.10.1961, UNTS Bd. 529 S. 89, BGBl. 1964 II S. 1262, zuletzt geändert durch Änderungs-Bekanntmachung zur Europäischen Sozialcharta vom 03.09.2001, BGBl. II S. 970. Für die Bundesrepublik Deutschland durch Gesetz vom 19.09.1964 (BGBl. II S. 1261) sowie die Bekanntmachung vom 09.08.1965 (BGBl. II S. 1122) am 26.02.1965 in Kraft getreten (ausgenommen die Art. 4 Abs. 4, 7 Abs. 1, 8 Abs. 2 und 4, 10 Abs. 4).

<sup>81</sup> Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten, Europarat, SEV-Nr. 005, gezeichnet am 04.11.1950, in Kraft seit 03.09.1953.

<sup>82</sup> Europarat, *Die Europäische Sozialcharta – Ein Leitfaden*, S. 3; Mitscherlich, *Das Arbeitskämpfrecht der Bundesrepublik Deutschland und die Europäische Sozialcharta*, S. 18 f.; Graf Vitzthum/Hailbronner, *Völkerrecht*, S. 240.

<sup>83</sup> Siehe Übersicht des Europarates vom März 2010 unter [http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/social-charter/Presentation/Overview\\_en.asp](http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/social-charter/Presentation/Overview_en.asp) (Stand: 12.11.2010). In Ungarn erfolgte die Unterzeichnung erst am 07.10.2004, die Ratifizierung am 20.04.2009.

päischen Sozialcharta ist in Punkt 1 des Anhangs zur ESC<sup>84</sup> geregelt. Danach werden Ausländer von den Artikeln 1 bis 17 und 20 bis 31 nur insoweit erfasst, als sie Staatsangehörige anderer Vertragsparteien sind und ihren rechtmäßigen gewöhnlichen Aufenthalt im Hoheitsgebiet der betreffenden Vertragspartei haben oder dort ordnungsgemäß beschäftigt sind.<sup>85</sup> Die entsandten Arbeitnehmer stammen im Untersuchungsfall aus einem EU-Mitgliedsstaat und damit einem Vertragsstaat der ESC, sie sind folglich Staatsangehörige einer anderen Vertragspartei. Sie haben auch entweder ihren rechtmäßigen gewöhnlichen Aufenthalt im Hoheitsgebiet der betreffenden Vertragspartei (Deutschland) oder sind zumindest dort ordnungsgemäß beschäftigt.

Dass Art. 6 Nr. 4 ESC ein Streikrecht für Hauptarbeitskämpfe enthält, ist infolge des eindeutigen Wortlauts unproblematisch.<sup>86</sup> Fraglich ist aber, ob auch Unterstützungstreiks erfasst werden. Da die Entstehungsgeschichte der Norm keine Anhaltspunkte liefert,<sup>87</sup> kommt es insofern auf die übrigen Auslegungsmethoden<sup>88</sup> an. Gegen ein Recht auf unterstützende Kampfmaßnahmen wird der Wortlaut des Einleitungssatzes von Art. 6 ESC angeführt. Danach besteht das Streikrecht „um die wirksame Ausübung des Rechts auf Kollektivverhandlungen zu gewährleisten“. Weil der Arbeitskampf Hilfsmittel der Tarifautonomie sei, sei der Unterstützungstreik nicht erfasst.<sup>89</sup> Die Formulierung kann aber ebenso bedeuten, dass Kollektivverhandlungen irgendwelcher Arbeitnehmer reichen.<sup>90</sup> Mehr spricht hingegen für eine Erfassung des Unterstützungstreiks: Systematisch lässt sich anführen, dass das Vereinigungsrecht in Art. 5 ESC auch für internationale Vereinigungen gilt, was zeigt, dass der Schutz der Arbeitnehmerinteressen nicht an der Staatsgrenze enden soll. Für einen wirksamen Schutz bedarf es des Mittels des Arbeitskampfes und die im internationalen Bereich gebräuchlichste Form des Arbeitskampfes ist der Unterstützungstreik.<sup>91</sup> Daneben sprechen weitere Argumente für einen Unterstützungstreik: das Recht auf Kollektivverhandlungen gehört zu den Leitprinzipien der ESC, vgl. Teil I Nr. 6 ESC, und der Wortlaut des Art. 6 Nr. 4 ESC ist nicht nur auf tariflich regelbare Ziele beschränkt.<sup>92</sup> Deshalb ist auch der Unterstützungstreik durch das Streikrecht in Art. 6 Nr. 4 ESC geregelt.

Welchen Rang Art. 6 Nr. 4 ESC als völkerrechtlicher Vertrag in Deutschland hat,

---

<sup>84</sup> UNTS Bd. 529 S. 89.

<sup>85</sup> Es handelt sich um den für bilaterale Verträge typischen Grundsatz der Gegenseitigkeit, Hobe, *Einführung in das Völkerrecht*, S. 375; Punkt 1 des Anhangs (Persönlicher Geltungsbereich der Revidierten Europäischen Sozialcharta lautet: „Vorbehaltlich des Artikels 12 Nummer 4 und des Artikels 13 Nummer 4 schließt der durch die Artikel 1 bis 17 und 20 bis 31 erfasste Personenkreis Ausländer nur insoweit ein, als sie Staatsangehörige anderer Vertragsparteien sind und ihren rechtmäßigen gewöhnlichen Aufenthalt im Hoheitsgebiet der betreffenden Vertragspartei haben oder dort ordnungsgemäß beschäftigt sind, mit der Maßgabe, dass die genannten Artikel im Sinne der Artikel 18 und 19 auszulegen sind. Diese Auslegung hindert eine Vertragspartei nicht, auch anderen Personen entsprechende Rechte zu gewähren.“

<sup>86</sup> So auch Mitscherlich, *Das Arbeitskampfrecht der Bundesrepublik Deutschland und die Europäische Sozialcharta*, S. 30; Swiatkowski, *Charter of Social Rights of the Council of Europe*, S. 226.

<sup>87</sup> Mitscherlich, *Das Arbeitskampfrecht der Bundesrepublik Deutschland und die Europäische Sozialcharta*, S. 139.

<sup>88</sup> Zur Auslegung völkerrechtlicher Verträge: Graf Vitzthum/Graf Vitzthum, *Völkerrecht*, S. 62 ff.

<sup>89</sup> Nachweise bei Mitscherlich, *Das Arbeitskampfrecht der Bundesrepublik Deutschland und die Europäische Sozialcharta*, S. 140.

<sup>90</sup> Mitscherlich, *Das Arbeitskampfrecht der Bundesrepublik Deutschland und die Europäische Sozialcharta*, S. 140.

<sup>91</sup> Mitscherlich, *Das Arbeitskampfrecht der Bundesrepublik Deutschland und die Europäische Sozialcharta*, S. 141.

<sup>92</sup> Europarat, *Die Europäische Sozialcharta – Ein Leitfadens*, S. 138.

ob die Charta also unmittelbar anwendbar ist oder nur eine völkerrechtliche Verpflichtung darstellt, ist unklar.<sup>93</sup> Die deutsche obergerichtliche Rechtsprechung geht einstimmig von einer bloß völkerrechtlichen Verpflichtung<sup>94</sup> aus<sup>95</sup>, was vom Europäischen Ausschuss für Soziale Rechte kritisiert wird.<sup>96</sup> Dass es sich um eine völkerrechtliche Verpflichtung des Staates handelt, ist in Deutschland aber anerkannt.<sup>97</sup> Daher wird Art. 6 Nr. 4 ESC in der Praxis in Deutschland von deutschen Gerichten beachtet und das nationale Recht völkerrechtsfreundlich ausgelegt.<sup>98</sup>

e) *Internationaler Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte (1966)*

Der Internationale Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte<sup>99</sup> (IPwskR) ist ein multilateraler völkerrechtlicher Vertrag vom 16.12.1966.<sup>100</sup> Nach seinem Art. 8 Abs. 1 lit. d verpflichten sich die Vertragsstaaten des IPwskR, das Recht auf Streik zu gewährleisten, sofern es im Einklang mit den Gesetzen des jeweiligen Landes ausgeübt wird. Der IPwskR kann daher nicht mehr Rechte gewähren, als das innerstaatliche Recht: die nationale Rechtsordnung definiert das Streikrecht. Weil nach deutschem Recht sowohl Hauptstreik als auch Unterstützungstreik zulässig sind, besteht auch für die entsandten ausländischen Arbeitnehmer ein Streikrecht im inländischen Betrieb.

Wie der IPwskR in Deutschland wirkt ist umstritten. Die herrschende Ansicht geht davon aus, dass der Pakt die Bundesrepublik als Staat bindet, ohne aber individuelle Rechte zu begründen.<sup>101</sup> Die deutschen Gerichte müssen den IPwskR entsprechend

<sup>93</sup> Sehr ausführliche Darstellung bei Kohte/Doll, Neues aus Erfurt zur Bedeutung der europäischen Sozialcharta im Arbeitskampfrecht!, ZESAR 2003, 393; Mitscherlich, *Das Arbeitskampfrecht der Bundesrepublik Deutschland und die Europäische Sozialcharta*, S. 36 ff.; Paukner, *Streikrecht entsandter ausländischer Arbeitnehmer im inländischen Betrieb*, S. 107 ff.

<sup>94</sup> Dem Grundgesetz liegt in Art. 59 GG die dualistische Theorie zugrunde, Graf Vitzthum/Kunig, *Völkerrecht*, S. 129.

<sup>95</sup> BAG vom 19.06.2007, Az. 1 AZR 396/06, AP Nr. 173 zu Art. 9 GG Arbeitskampf; vom 12.09.1984, Az. 1 AZR 342/83, AP Nr. 81 zu Art. 9 GG Arbeitskampf.

<sup>96</sup> Hohnerlein, Der Internationale Schutz sozialer Grundrechte in Europa, ZESAR 2003, 17, 24; Paukner, *Streikrecht entsandter ausländischer Arbeitnehmer im inländischen Betrieb*, S. 115; European Committee of Social Rights, Conclusions XIII-2, S. 360 f. zu Art. 16 ESC, abrufbar unter: <http://hudoc.esc.coe.int/esc2008/query.asp?action=page&page=3&timestamp=44480.47> (Stand: 12.11.2010).

<sup>97</sup> ArbG Gelsenkirchen vom 13.03.1998, Az. 3 Ca 3173/97, EzA Art. 9 GG Arbeitskampf Nr. 130; ErfK/Dieterich, GG, Art. 9 Rn. 105; Gamillscheg, *Kollektives Arbeitsrecht* Bd. 1, S. 51; Paukner, *Streikrecht entsandter ausländischer Arbeitnehmer im inländischen Betrieb*, S. 115 m.w.N.

<sup>98</sup> Das BAG erwähnt die ESC in mehreren Entscheidungen, zieht sie aber in der Regel nur heran, um bereits gefundene Ergebnisse zu stützen, ausführlich; Paukner, *Streikrecht entsandter ausländischer Arbeitnehmer im inländischen Betrieb*, S. 117 ff. m.w.N.

<sup>99</sup> Internationaler Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte vom 16.12.1966, Generalversammlung der Vereinten Nationen, General Assembly Resolution 2200 A (XXI), abrufbar unter: <http://www.un-documents.net/a21r2200.htm> (Stand: 12.11.2010).

<sup>100</sup> In Deutschland unterzeichnet am 09.10.1968, Zustimmung im Bundestag am 23.11.1973, BGBl. 1973 II, S. 1569; In Kraft seit dem 03.01.1976. Siehe UN-Angaben zu „Stand der Ratifizierungen, Vorbehalte und Erklärungen“, [http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg\\_no=IV-3&chapter=4&lang=en](http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-3&chapter=4&lang=en) (Stand: 12.11.2010).

<sup>101</sup> Gamillscheg, *Kollektives Arbeitsrecht* Bd. 1, S. 51; Hergenröder, *Der Arbeitskampf mit Außenberührung*, S. 86; Paukner, *Streikrecht entsandter ausländischer Arbeitnehmer im inländischen Betrieb*, S. 122; Seiter, Die

des Gebots der völkerrechtsfreundlichen Auslegung beachten, wenn sie Gesetze auslegen oder gesetzvertretendes Richterrecht schaffen.<sup>102</sup>

#### *f) Zusammenfassung zu den völkerrechtlichen Regelungen*

Zusammenfassend lässt sich sagen, dass ausländischen Entsandten ein Streikrecht aus völkerrechtlichen Regelungen zusteht. Zwar handelt es sich bei Art. 23 Abs. 4 AEMR nur um eine unverbindliche Empfehlung ohne völkerrechtliche Verbindlichkeit, die auch kein Streikrecht im deutschen Betrieb vermitteln kann. Die übrigen untersuchten Regelungen enthalten aber zumindest implizit Regelungen zum Streikrecht, die auch in Deutschland Wirkung zeigen. Neben der Beteiligung an einem Hauptstreik ist insbesondere auch die Teilnahme an einem Unterstützungstreik erfasst: Die IAO-Übereinkommen Nr. 87 und Nr. 98 garantieren das Streikrecht immanent. Grund hierfür ist, dass das Streikrecht notwendig ist, um die gewerkschaftlichen Rechte effektiv ausüben zu können. Art. 11 Abs. 1 Var. 2 EMRK garantiert ein unmittelbar geltendes Streikrecht, das Gewerkschaften die effektive Ausübung ihrer Rechte gewährleisten soll. Art. 6 Nr. 4 ESC ist für Deutschland völkerrechtlich verbindlich und gewährt den entsandten ausländischen Arbeitnehmern ein Streikrecht im deutschen Betrieb. Schließlich gewährt auch der IPwskR ein Streikrecht, das sich allerdings nach der nationalen Rechtsordnung richtet und nicht über letztere hinausgeht.

### 3.2. Streikrecht aus europarechtlichen Regelungen

Auch das Europarecht könnte ein Streikrecht ausländischer entsandter Arbeitnehmer enthalten. Voraussetzung ist aber jeweils, dass die Europäische Union ein solches überhaupt regeln darf, dass ein Streikrecht materiell enthalten ist und dass die entsprechende Norm im nationalen Staat wirksam ist.

#### *a) Keine Regelungskompetenz der EU bezüglich Streikrecht – relative Regelungssperre*

Nach dem Grundsatz der begrenzten Einzelermächtigung<sup>103</sup> in Art. 5 Abs. 1 S. 1 und Abs. 2, Art. 4 Abs. 1 Vertrag über die Europäische Union (EUV)<sup>104</sup> darf die Union nur in den Bereichen tätig werden, für die ihr im Vertragstext ausdrücklich die Zuständigkeit übertragen wurde. Nach Art. 13 Abs. 2 EUV handelt jedes Organ nach Maßgabe der ihm in den Verträgen zugewiesenen Befugnisse. Eine solche Kompetenz der EU könnte sich aus Art. 153 Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AUEV)<sup>105</sup> erge-

---

<sup>102</sup> Gamillscheg, *Kollektives Arbeitsrecht* Bd. 1, S. 51; Seiter, Die neue Aussperrungsrechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts RdA 1981, 65, 70.

<sup>103</sup> Auch nach dem Vertrag vom Lissabon bleibt es bei dem System der begrenzten Einzelermächtigung, wenn auch nicht ausdrücklich im EUV erwähnt, vgl. Art. 5 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 EUV: Streinz/Ohler/Herrmann, *Der Vertrag von Lissabon zur Reform der EU*, S. 104.

<sup>104</sup> Vertrag über die Europäische Union (in der Fassung des Vertrags von Lissabon), ABl. EU vom 30.03.2010, C 83/13.

<sup>105</sup> Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union (in der Fassung des Vertrags von Lissabon), ABl. EU vom 30.03.2010, C-83/47.

ben. Nach dessen Absatz 1 unterstützt und ergänzt die Union die Tätigkeit der Mitgliedsstaaten in dort aufgezählten Gebieten, nach Abs. 2 können das Europäische Parlament und der Rat zu diesem Zweck Rechtsvorschriften erlassen. Allerdings schließt Art. 153 Abs. 5 Var. 5 AEUV ausdrücklich eine Kompetenz der Europäischen Union zur Regelung des Streikrechts aus. Wie weit die Regelungssperre des Art. 153 Abs. 5 AEUV geht, ist fraglich. Mit Blick auf Wortlaut<sup>106</sup> und systematische Stellung<sup>107</sup> der Norm handelt es sich bei Art. 153 Abs. 5 AEUV jedoch nur um eine relative Regelungssperre<sup>108</sup>. Demnach darf die Europäische Union im Bereich des Streikrechts zwar nicht rechtssetzend tätig werden, die Anwendung und damit auch die Beurteilung nationaler Sachverhalte nach Maßgabe des europäischen Primärrechts bleibt aber möglich.<sup>109</sup> Im Folgenden werden daher die europarechtlichen Vorgaben für ein Streikrecht entsandter ausländischer Arbeitnehmer im inländischen Betrieb dargestellt.

#### b) Wirkung des Völkerrechts innerhalb des Gemeinschaftsrechts

Ein Streikrecht der entsandten Arbeitnehmer ist unter zwei Gesichtspunkten denkbar. Zum einen kann sich das Streikrecht originär aus europarechtlichen Regelungen ergeben. Daneben ist aber auch denkbar, dass die bereits dargestellten völkerrechtlichen Regelungen zum Streikrecht innerhalb des Europarechts wirken und so eine größere Bindungswirkung entfalten. So sind die Mitgliedsstaaten nach Art. 4 Abs. 3 EUV verpflichtet, alle geeigneten Maßnahmen zur Erfüllung der Verpflichtungen, die sich aus den Verträgen oder den Handlungen der Organe der Union ergeben, zu ergreifen. Zudem genießt das Europarecht nach h.M. Anwendungsvorrang vor (national-) staatlichem Recht.<sup>110</sup> Danach werden die kollidierenden Normen im konkreten Konfliktfall nicht angewendet, ihre Wirksamkeit im Übrigen aber nicht in Frage gestellt.<sup>111</sup> Die Wirkung des Arbeitsvölkerrechts über das Europarecht setzt voraus, dass die Europäische Union an die einschlägigen Regelungen des Arbeitsvölkerrechts gebunden ist.

Eine Bindung könnte sich aus Art. 6 EUV ergeben. Mit dem Vertrag von Lissabon haben sich im Bereich des Grundrechtsschutzes zwei zentrale Änderungen ergeben: Zum einen wurde die Europäische Grundrechtecharta mit Art. 6 Abs. 1 EUV rechtsverbindlich in das europäische Primärrecht aufgenommen;<sup>112</sup> zum anderen wurden die unionsverfassungsrechtlichen Voraussetzungen für einen (verpflichtenden) Beitritt

<sup>106</sup> Abs. 5 lautet „Dieser Artikel [Hervorhebung durch Verfasserin] gilt nicht für das Arbeitsentgelt, das Koalitionsrecht, das Streikrecht sowie das Aussperrungsrecht“.

<sup>107</sup> Art. 153 AEUV steht im Abschnitt „Titel X Sozialpolitik“ und nicht im Allgemeinen Teil („Titel I Arten und Bereiche der Zuständigkeit der Union“, „Titel II Allgemein geltende Bestimmungen“). Es handelt sich um einen eng auszulegende Ausnahmenvorschrift, Paukner, *Streikrecht entsandter ausländischer Arbeitnehmer im inländischen Betrieb*, S. 141 m.w.N.

<sup>108</sup> Schubert/Jerchel, *Das Europäische Arbeitsrecht* (2009/2010), *EuZW* 2010, 687, 691.

<sup>109</sup> Bückner, *Die Rosella-Entscheidung des EuGH zu gewerkschaftlichen Maßnahmen gegen Standortverlagerungen: der Vorhang zu und viele Fragen offen*, *NZA* 2008, 212, 215; Zwanziger, *Arbeitskampf- und Tarifrecht nach den EuGH-Entscheidungen „Laval“ und „Viking“*, *DB* 2008, 294, 295.

<sup>110</sup> BVerfG vom 08.04.1987, Az. 2 BvR 687/85, BVerfGE 75, 223, 244, *NJW* 1988, 1459, 1462; BeckOK/Seiler, GG, Art. 70 Rn. 8; Dausen/Stettner, *EU-Wirtschaftsrecht*, Rn. 28.

<sup>111</sup> BeckOK/Seiler, GG, Art. 70 Rn. 8; Dausen/Stettner, *EU-Wirtschaftsrecht*, Rn. 28.

<sup>112</sup> Hierzu siehe ausführlich unten III. 2. d), Charta der Grundrechte der Europäischen Union.

der Europäischen Union zur EMRK geschaffen, Art. 6 Abs. 2 EUV. Damit würde die Union unmittelbar an die EMRK gebunden und wäre nicht länger nur mittelbar oder auf Grund der völkerrechtlichen Verantwortlichkeit ihrer Mitgliedstaaten an die EMRK gebunden.<sup>113</sup> Der Beitritt ist aber noch nicht erfolgt<sup>114</sup>, weil eine Reihe von Änderungen der EMRK erforderlich sind.<sup>115</sup> Zudem sieht der Vertrag von Lissabon hohe verfahrensrechtliche Hürden für den Beitritt der EU zur EMRK vor.<sup>116</sup>

Bis zum Beitritt der Europäischen Union gelten die Grundrechte der EMRK<sup>117</sup> und der gemeinsamen Verfassungstraditionen der Mitgliedstaaten aber als allgemeine Grundsätze des Unionsrechts mit Unionsverfassungsrang, Art. 6 Abs. 3 EUV. Zu beachten ist aber, dass der EuGH die allgemeinen Rechtsgrundsätze an die Besonderheiten der Union anpassen kann,<sup>118</sup> so dass Art. 11 Abs. 1 Var. 2 EMRK keine zwingenden Vorgaben für das europäische Recht enthält.<sup>119</sup> Die EMRK stellt nach Art. 6 Abs. 3 EUV den grundrechtlichen Mindeststandard der Europäischen Union dar. Das Streikrecht aus Art. 11 Abs. 1 Var. 2 EMRK muss daher zumindest in seinem Kernbereich gewährleistet sein.

Die übrigen arbeitsvölkerrechtlichen Regelungen können aus Sicht der Union hingegen nicht kraft Unterzeichnung oder Mitgliedschaft wirken. Die Europäische Union ist kein Mitglied der IAO, die nach Art. 1 Nr. 2 IAO-Verfassung nur die Mitgliedschaft

---

<sup>113</sup> Pache/Rösch, Europäischer Grundrechtsschutz nach Lissabon – die Rolle der EMRK und der Grundrechtecharta in der EU, *EuZW* 2008, 519.

<sup>114</sup> Mitte Januar 2010 hat Russland – als letzter Vertragsstaat des Europarates – nach jahrelanger Blockade das Protokoll Nr. 14 zur EMRK ratifiziert, so dass das Zusatzprotokoll am 01.06. 2010 in Kraft treten konnte. Im März 2010 hat die Kommission Verhandlungsrichtlinien für den Beitritt der EU zur EMRK vorgeschlagen, vgl. Pressemitteilung der Europäischen Kommission IP/10/291. Anfang Juni 2010 erteilten die Justizminister der EU der Kommission den Auftrag, in ihrem Namen die Verhandlungen zu führen. Ende Mai 2010 erteilte das Ministerkomitee des Europarats seinem Lenkungsausschuss für Menschenrechte den Ad-hoc-Auftrag, gemeinsam mit der EU das erforderliche Rechtsinstrument für den Beitritt der EU zur EMRK auszuarbeiten. Am 07.07.2010 haben nunmehr die offiziellen Gespräche zwischen der Europäischen Kommission und den Europarat über den Beitritt der Europäischen Union zur Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) begonnen, vgl. Pressemitteilung der Europäischen Kommission, IP/10/906.

<sup>115</sup> So muss die EMRK den Beitritt der EU als nichtstaatliches Gebilde erst ermöglichen, siehe nun den im 14. Zusatzprotokoll zur EMRK vorgesehenen Art. 59 Abs. 2 EMRK. Daneben sind weitere Änderungen nötig, die z.B. die Art der Einbeziehung eines Richters der EU in das Rechtsschutzsystem der EMRK, Repräsentation und Stimmrecht der EU im Ministerkomitee des Europarates und die Zulässigkeit von Staatenbeschwerden der Mitgliedstaaten der EU untereinander oder gegenüber der EU betreffen, vgl. Pache/Rösch, Europäischer Grundrechtsschutz nach Lissabon – die Rolle der EMRK und der Grundrechtecharta in der EU, *EuZW* 2008, 519, 521.

<sup>116</sup> Der AEUV verlangt für den Beitritt – in Abweichung vom Verfassungsentwurf, nach dem lediglich die qualifizierte Mehrheit im Rat erforderlich war – einen einstimmigen Ratsbeschluss nach Zustimmung des Europäischen Parlaments; dieser einstimmige Ratsbeschluss tritt darüber hinaus erst in Kraft, nachdem die Mitgliedstaaten ihn im Einklang mit ihren nationalen Verfassungsbestimmungen ratifiziert haben. Die Gefahr einer innereuropäischen Blockade durch einzelne Mitgliedstaaten ist daher hoch, Pache/Rösch, Europäischer Grundrechtsschutz nach Lissabon – die Rolle der EMRK und der Grundrechtecharta in der EU, *EuZW* 2008, 519, 521.

<sup>117</sup> St. Rspr. des EuGH: EuGH vom 28.10.1975, Rs. 36/75 (Roland Rutili/Ministre de l'intérieur), Slg. 1975 1219 Rn. 32; vom 25.07.1991, Rs. C-353/89 (Kommission/Königreich Niederlande), Slg.1991, I-4069 Rn. 30; vom 02.05.2006, Rs. C-341/04 (Eurofood IFSC Ltd), Slg. 2006 I-3813 Rn. 65.

<sup>118</sup> Streinz, *Europarecht*, S. 287 Rn. 760 f.

<sup>119</sup> Paukner, *Streikrecht entsandter ausländischer Arbeitnehmer im inländischen Betrieb*, S. 146.

von Staaten vorsieht. Das gilt auch für die ESC, die nur Staaten (des Europarates) als Unterzeichner kennt, vgl. Präambel und Art. 35 Abs. 1 S. 1 ESC, und den IPwskR, siehe dort die Präambel. Es handelt sich bei diesen Regelungen aber um allgemeine Grundsätze des Völkerrechts, die AEMR, der IPwskR, die ESC sowie die IAO-Übereinkommen Nr. 87 und 98 werden insofern vom EuGH beachtet.<sup>120</sup>

Im europäischen Recht finden sich einige Normen mit Bezug zu Kollektivverhandlungen, die ein Streikrecht ausländischer entsandter Arbeitnehmer im inländischen Betrieb begründen könnten.

c) Art. 155 AEUV (ex. Art. 139 EGV)

Zu denken wäre an ein Streikrecht zur kampfwisen Durchsetzung eines europäischen Kollektivvertrags nach Art. 155 Abs. 1 AEUV. Weil die Norm aber nur Tarifverträge von Sozialpartnern auf Unionsebene erfasst, ist sie für den vorliegenden Fall – Streik ausländischer Arbeitnehmer zur Erreichung eines inländischen Tarifvertrags – nicht einschlägig.<sup>121</sup>

d) Art. 28 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union

Art. 28 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union<sup>122</sup> (Grundrechtecharta) beinhaltet ausdrücklich ein Streikrecht: „Die Arbeitnehmerinnen [...] oder ihre jeweiligen Organisationen haben 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.“ Diese Gewährleistung beinhaltet nicht nur ein Abwehrrecht gegenüber Eingriffen des Staates, sondern darüberhinaus auch eine – unter einem weiten Gestaltungsspielraum stehende – Schutzpflicht des Staates gegenüber Eingriffen durch Private.<sup>123</sup> Zwar erwähnt Art. 28 Grundrechtecharta die einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und Gepflogenheiten, daraus lässt sich aber nicht schließen, dass die einzelnen Staaten entscheiden, ob sie ein Streikrecht gewährleisten. Laut Art. 53 der Grundrechtecharta soll das Schutzniveau aufrechterhalten bleiben, das zum Zeitpunkt der Proklamation im Jahr 2000 bestand, die Staaten dürfen das Streikrecht lediglich ausgestalten.<sup>124</sup> Die Charta enthält damit ein Streikrecht, das über das nationale Recht hinausgeht.<sup>125</sup> Das Streikrecht der Grundrechtecharta gilt für alle Arbeitnehmer, also auch für den Streik entsandter Ausländer im inländischen Betrieb.

Bisher hatte die Grundrechtecharta in den Mitgliedstaaten der EU nur geringe Rele-

<sup>120</sup> Generalanwalt Mengozzi, Schlussanträge vom 23.05.2007, Rs. C-341/05 (Laval), Slg. 2007 I-11772 Rn. 65; EuGH vom 09.09.2003, Rs. C-151/02 (Landeshauptstadt Kiel/Norbert Jaeger), Slg. 2003 I-8389.

<sup>121</sup> Hdb Europarecht/Schlachter, § 39 Rn. 136; Waas, Der soziale Dialog auf europäischer Ebene, ZESAR 2004, 443, 448.

<sup>122</sup> Proklamiert im Jahr 2000 in Nizza, Charta der Grundrechte der Europäischen Union, ABl. EU vom 30.03.2010, C 83/389.

<sup>123</sup> Jarass, Charta der Grundrechte der Europäischen Union- Kommentar, Art. 28 Rn. 2, 13.

<sup>124</sup> Jarass, Charta der Grundrechte der Europäischen Union- Kommentar, Art. 28 Rn. 14.

<sup>125</sup> Paukner, Streikrecht entsandter ausländischer Arbeitnehmer im inländischen Betrieb, S. 152.

vanz, insbesondere weil sie nicht bindend war.<sup>126</sup> Dies änderte sich mit dem Vertrag von Lissabon<sup>127</sup>. Dieser anerkennt mit Art. 6 Abs. 1 S. 1 EUV ausdrücklich eine Bindung der Union an die Rechte, Freiheiten und Grundsätze der Grundrechtecharta. Art. 6 Abs. 1 Hs. 2 ordnet nunmehr an, dass die Grundrechtecharta und die Verträge rechtlich gleichrangig sind. Damit ist die Grundrechtecharta Bestandteil des Primärrechts der Europäischen Union und unmittelbare Rechtsquelle des europäischen Grundrechtsschutzes.<sup>128</sup> Nach Art. 51 Abs. 1 Grundrechtecharta gilt die Charta für die Organe und Einrichtungen der Union unter Einhaltung des Subsidiaritätsprinzips und für die Mitgliedstaaten ausschließlich bei der Durchführung des Rechts der Union. Da die europäischen Grundrechte also nur durch Vermittlung sekundären Gemeinschaftsrechts wirksam werden können, ist fraglich, welche Bedeutung sie in und neben diesem Recht überhaupt haben können.<sup>129</sup> Art. 28 der Grundrechtecharta bewegt sich nach Art. 51 Abs. 1 Grundrechtecharta nur im Zuständigkeits- und Anwendungsbereich des europäischen Rechts. Weil aber der EU im Bereich des Streikrechts keine Regelungskompetenz zusteht, Art. 153 Abs. 5 AEUV, fehlt es der Norm an einem eigenständigen Schutzgehalt. Allerdings leitete der EuGH ein solches Grundrecht auch bisher aus verschiedenen allgemeinen Rechtsquellen ab, um ein Gegengewicht zu den europäischen Grundfreiheiten (vor allem der Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit) zu haben.<sup>130</sup> Die ausdrückliche Anerkennung eines europäischen Grundrechts auf Koalitionsbetätigung in Art. 28 Grundrechtecharta wird dem EuGH die Argumentation erleichtern, da das Grundrecht auf freie Koalitionsbetätigung den wirtschaftlichen Grundfreiheiten nun gleichwertig gegenübersteht.<sup>131</sup>

#### e) Rechtsakte der Europäischen Union

Hinsichtlich der Entsendung von Arbeitnehmern könnten zudem die Dienstleistungs-Richtlinie 2006/123/EG<sup>132</sup>, die Entsende-Richtlinie 96/71/EG<sup>133</sup> und die Verord-

<sup>126</sup> Jarass, *Charta der Grundrechte der Europäischen Union - Kommentar*, Einl. Rn. 6 f.; Paukner, *Streikrecht entsandter ausländischer Arbeitnehmer im inländischen Betrieb*, S. 149 ff., 153.

<sup>127</sup> 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, ABl. EU vom 17.12.2007, C 306/1.

<sup>128</sup> Pache/Rösch, *Europäischer Grundrechtsschutz nach Lissabon - die Rolle der EMRK und der Grundrechtecharta in der EU*, *EuZW* 2008, 519.

<sup>129</sup> Hanau, *Die Europäische Grundrechtscharta - Schein und Wirklichkeit im Arbeitsrecht*, *NZA* 2010, 1, 3.

<sup>130</sup> Dies zeigen die Fälle „Viking“ und Laval“. Im Urteil zu „Viking“ anerkannte der EuGH ausdrücklich, dass ein Arbeitskampf gegen die Ausflagung eines Schiffs und damit gegen den Gebrauch der Niederlassungsfreiheit des Arbeitgebers selbst dann zulässig ist, wenn es der geforderte Tarifvertrag für das Unternehmen zwecklos macht, die Maßnahme durchzuführen. Im Fall „Laval“ stellte der EuGH überraschend fest, dass ein Streik unzulässig ist, mit dem die Bezahlung aus dem europäischen Ausland entsandter Arbeitnehmer nach den inländischen Tarifen erzwungen werden soll. Der EuGH hat darin einen Verstoß gegen die Dienstleistungsfreiheit und die sie konkretisierende Entsenderichtlinie gesehen; Hanau, *Die Europäische Grundrechtscharta - Schein und Wirklichkeit im Arbeitsrecht*, *NZA* 2010, 1, 5.

<sup>131</sup> Hanau, *Die Europäische Grundrechtscharta - Schein und Wirklichkeit im Arbeitsrecht*, *NZA* 2010, 1, 5.

<sup>132</sup> Richtlinie 2006/123/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. Dezember 2006 über Dienstleistungen im Binnenmarkt, ABl. EU L 376 vom 27.12.2006, S. 36.

<sup>133</sup> Richtlinie 96/71/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. Dezember 1996 über die Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen, ABl. L 18 vom 21.1.1997, S. 1. Im Folgenden Entsende-Richtlinie.

nungen Nr. 1612/68<sup>134</sup> vom 15.10.1968 ein Streikrecht für entsandte ausländische Arbeitnehmer im inländischen Betrieb gewähren.

*aa) Dienstleistungs-Richtlinie 2006/123/EG*

Die Dienstleistungs-Richtlinie gewährt den ausländischen Entsandten aus mehreren Gründen kein Streikrecht: Nicht nur, dass die Dienstleistungs-Richtlinie das Arbeitsrecht nicht berührt, vgl. Art. 1 Abs. 6 Hs.1 Dienstleistungs-Richtlinie. Nach Art. 1 Abs. 7 S. 2 Dienstleistungs-Richtlinie bleibt zudem das Recht, nach nationalem Recht Arbeitskampfmaßnahmen zu ergreifen, unberührt. Schließlich ist die Dienstleistungs-Richtlinie unanwendbar auf Angelegenheiten, die unter die Entsende-Richtlinie fallen, Art. 17 Nr. 2 der Richtlinie.

*bb) Entsende-Richtlinie 97/71/EG*

Die Entsende-Richtlinie ist auf den Untersuchungsfall zwar anwendbar, weil ein Unternehmen mit Sitz in einem Mitgliedstaat einen Arbeitnehmer in seinem Namen und unter seiner Leitung in das Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats im Rahmen eines Vertrags entsendet, der zwischen dem entsendenden Unternehmen und dem in diesem Mitgliedstaat tätigen Dienstleistungsempfänger geschlossen wurde. Ferner besteht für die Dauer der Entsendung auch kein Arbeitsverhältnis zwischen dem entsendenden Unternehmen und dem Arbeitnehmer, vgl. Art. 1 Abs. 1, Abs. 3 lit. a Entsende-Richtlinie. Die Entsende-Richtlinie berührt aber nach ihrem Erwägungsgrund Nr. 22 der Präambel ausdrücklich „nicht das Recht der Mitgliedstaaten über kollektive Maßnahmen zur Verteidigung beruflicher Interessen“. Ein Streikrecht für entsandte ausländische Arbeitnehmer folgt aus der Entsende-Richtlinie folglich nicht.

*cc) Verordnung (EWG) Nr. 1612/68 über die Freizügigkeit der Arbeitnehmer innerhalb der Gemeinschaft*

Die Verordnung (EWG) Nr. 1612/68 des Rates vom 15. Oktober 1968 über die Freizügigkeit der Arbeitnehmer innerhalb der Gemeinschaft<sup>135</sup> hat gemäß Art. 288 AEUV allgemeine Geltung, d.h. sie ist in allen ihren Teilen verbindlich und gilt unmittelbar in jedem Mitgliedstaat, ohne dass es eines Umsetzungsaktes bedarf.<sup>136</sup>

Ein Streikrecht der ausländischen Arbeitnehmer könnte sich aus der Koalitionsfreiheit Art. 8 Abs. 1 S. 1 Hs. 1 der Verordnung (EWG) 1612/68 ergeben. Danach hat ein Arbeitnehmer, der die Staatsangehörigkeit eines Mitgliedstaats besitzt und im Hoheitsgebiet eines anderen Mitgliedstaats beschäftigt ist, Anspruch auf gleiche Behandlung hinsichtlich der Zugehörigkeit zu Gewerkschaften und der Ausübung gewerkschaftlicher Rechte. Maßgeblich ist also die nationale Rechtslage: In Deutschland

<sup>134</sup> Verordnung (EWG) Nr. 1612/68 des Rates vom 15. Oktober 1968 über die Freizügigkeit der Arbeitnehmer innerhalb der Gemeinschaft, ABl. L 257 vom 19.10.1968, S. 2.

<sup>135</sup> ABl. EU Nr. L 257 vom 19.10.1968, S. 2.

<sup>136</sup> Streinz, *Europarecht*, S. 147, Rn. 426 ff.

sind wie geprüft sowohl Hauptstreik als auch Unterstützungstreik zulässig, so dass für Wanderarbeiter ein Streikrecht im inländischen Betrieb besteht. Die ausländischen Arbeitnehmer müssen auch nicht Mitglied einer inländischen Gewerkschaft sein, weil das deutsche Arbeitskampfrecht dies für die Beteiligung an einem Streik wie erwähnt gerade nicht voraussetzt.

Die entsandten Ausländer müssten aber auch dem persönlichen Geltungsbereich der Verordnung unterfallen. Das ist fraglich, weil die Verordnung „Wanderarbeiter“ erfasst, die in einem anderen Mitgliedstaat „beschäftigt“ sind. Unklar ist, ob „Beschäftigung“ in diesem Sinne voraussetzt, dass ein Arbeitsvertrag zwischen dem ausländischen Arbeitnehmer und dem Arbeitgeber des anderen Mitgliedsstaates besteht, oder ob die rein tatsächliche Beschäftigung reicht. Nur im letzteren Falle wären die entsandten ausländischen Arbeitnehmer direkt von der Verordnung (EWG) 1612/68 erfasst. Für das Erfordernis eines Arbeitsvertrages spricht, dass die Freizügigkeit der Arbeitnehmer in Art. 45 AEUV einen Arbeitsvertrag voraussetzt.<sup>137</sup> Von dieser Grundfreiheit machen die Wanderarbeitnehmer gerade Gebrauch.<sup>138</sup> Andererseits verwendet die Entsende-Richtlinie in ihrem Erwägungsgrund Nr. 3 den Begriff der Beschäftigung im Sinne des Ortes, an dem der Arbeitnehmer tätig ist. Zudem ist der Arbeitnehmerbegriff im Freizügigkeitsrecht weit zu verstehen.<sup>139</sup>

Letztlich könnte die Klärung des Begriffs dahinstehen, wenn eine analoge Anwendung der Verordnung auf den vorliegenden Fall ausländischer entsandter Arbeitnehmer möglich ist.<sup>140</sup> Die Voraussetzungen einer Analogie<sup>141</sup> – planwidrige Regelungslücke und vergleichbare Interessenlage – liegen vor. Verneint man die direkte Anwendbarkeit der Verordnung (EWG) 1612/68, so besteht die Regelungslücke darin, dass entsandte Arbeitnehmer hinsichtlich Gewerkschaftszugehörigkeit und Ausübung der gewerkschaftlichen Rechte nicht mit nicht-entsandten Arbeitnehmern gleichgestellt sind. Die Regelungslücke ist auch planwidrig, denn bei Schaffung der Verordnung 1612/68 im Jahr 1968 war die Entsendung von Arbeitnehmern noch nicht im öffentlichen Bewusstsein. Wanderarbeitnehmer und entsandte Arbeitnehmer sind auch vergleichbar, beide arbeiten in einem Mitgliedstaat, der nicht ihr Herkunftsland ist. Die Verordnung (EWG) 1612/68 begründet für die Mitgliedstaaten daher die Pflicht, entsandten Arbeitnehmern aus dem europäischen Ausland ein Streikrecht im deutschen Betrieb im Umfang der Rechte deutscher Arbeitnehmer zu gewähren.<sup>142</sup>

#### f) Zusammenfassung zu den europarechtlichen Regelungen

Wie gesehen wirkt das Arbeitsvölkerrecht im Europarecht bisher nur im Rahmen der allgemeinen Grundsätze des Gemeinschaftsrechts, weil es für die EU nicht zwingend oder bindend ist. Das wird sich mit dem Beitritt der EU zur EMRK nach Art. 6 Abs. 2 ändern.

<sup>137</sup> Zur Vorgängernorm Art. 39 EGV vgl. Hdb EuropaR/Schlachter, § 39 Rn. 7 f.

<sup>138</sup> Thüsing, *Europäisches Arbeitsrecht*, S. 3 Rn. 5.

<sup>139</sup> Hdb EuropaR/Schlachter, § 39 Rn. 7.

<sup>140</sup> Ausführlich: Paukner, *Streikrecht entsandter ausländischer Arbeitnehmer im inländischen Betrieb*, S. 156 f.

<sup>141</sup> Zippelius, *Juristische Methodenlehre*, S. 69.

<sup>142</sup> Zur Auswirkung des österreichischen EU-Beitritts: Birk, *Die Auswirkungen des Rechts der Europäischen Gemeinschaften auf das nationale Arbeitsrecht*, ZAS 1989, 73, 78.

Mit dem Vertrag von Lissabon ist die Grundrechtecharta Bestandteil des europäischen Primärrechts geworden, Art. 6 Abs. 1 EUV. Das in Art. 28 der Grundrechtecharta beinhalten Streikrecht kann allerdings nur durch Vermittlung sekundären Gemeinschaftsrechts wirksam werden, so dass wegen Art. 153 Abs. 5 AEUV kein eigenständiger Schutzgehalt des Grundrechts folgt. Die Norm hilft daher allein, dem auch bisher aus verschiedenen allgemeinen Rechtsquellen abgeleiteten Grundrecht auf Koalitionsbetätigung gegenüber den wirtschaftlichen Grundfreiheiten ein größeres Gewicht einzuräumen.

Anders als das Arbeitsvölkerrecht enthält das europäische Sekundärrecht keine ausdrücklichen Regelungen zum Streikrecht ausländischer Entsandter im inländischen Betrieb. Ein solches Streikrecht lässt sich aber – direkt oder analog – aus Art. 8 Abs. 1 S. 1 Hs. 1 der Verordnung (EWG) Nr. 1612/68 des Rates vom 15.10.1968 über die Freizügigkeit der Arbeitnehmer innerhalb der Gemeinschaft abzuleiten.

#### 4. Zusammenfassung

Entsandten ausländischen Arbeitnehmern steht ein Streikrecht im inländischen Betrieb zu. Ergibt sich ein solches nicht – wie im Falle Deutschlands – bereits aus nationalem Recht, so gewähren jedenfalls die internationalen Regelungen des Völker- und Europarechts ein solches Recht zur Teilnahme an einem Streik.

Beteiligen sich ausländische entsandte Arbeitnehmer an einem Streik in einem deutschen Betrieb, so findet deutsches Arbeitskammerrecht Anwendung. Art. 9 Abs. 3 GG gewährt jedermann ein Streikrecht, also auch Ausländern. Betrifft der umkämpfte Tarifvertrag die entsandten Arbeitnehmer unmittelbar oder mittelbar, nehmen diese zulässig an einem Hauptstreik teil. Haben die Entsandten hingegen kein eigenes Interesse am umkämpften Tarifvertrag, so handelt es sich um einen Unterstützungstreik seitens der ausländischen entsandten Arbeitnehmer. Dieser ist nach neuerer Rechtsprechung des BAG grundsätzlich zulässig. Eine Grenze bildet insbesondere der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz.

Auf internationaler Ebene gewähren einige Regelungen des Arbeitsvölkerrechts ein Streikrecht ausländischer Entsandter im inländischen Betrieb – für die Beteiligung an einem Hauptstreik und den Unterstützungstreik. Unmittelbar zwingend mit der Folge, dass das deutsche Arbeitsrecht modifiziert würde, sind sie jedoch nicht: sie sind alleine völkerrechtlich verbindlich und bedürfen der Umsetzung in nationales Recht. Im europäischen Sekundärrecht regelt die Verordnung (EWG) 1612/68 das Streikrecht ausländischer entsandter Arbeitnehmer.