

Streikziel Vorstandsrücktritt — Anmerkungen zum AUA-Streik

Von RA Dr. Georg Schima, Wien

1. Anlaßfall

Vor kurzem trat das „fliegende“ Personal der Austrian Airlines Aktiengesellschaft in einen — letztlich vier Tage dauernden — Streik. Der Zeitpunkt war „günstig“ gewählt, weil ein langes Wochenende (Allerheiligen) bevorstand, an dem naturgemäß reger Reiseverkehr herrschte. Das durch die Arbeitsniederlegung zunächst herbeigeführte Chaos wurde seitens der AUA durch Heranziehung einer nicht bestreikten Tochtergesellschaft sowie gecharterter Maschinen und entsprechenden Personals allerdings sehr rasch gemeistert. Dessenungeachtet (bzw auch gerade deswegen) entstand ein Streikscha- den in Höhe zwischen 20 und 30 Mio S, wenn man Medienberichten glaubt.

Das aus rechtlicher Sicht bemerkenswerteste an der geschilderten Arbeitsniederlegung war das von den beteiligten Betriebsratsmitgliedern formulierte Streikziel: Gefordert wurde nicht etwa die Abstandnahme von Gehaltskürzungen oder Kündigungen (derartigen Maßnahmen in Grenzen zustimmen zu wollen, beteuerten vielmehr die Proponenten des Streiks vor laufender Kamera sogar), gefordert wurde der Rücktritt des gesamten, aus zwei Personen bestehenden und seit etwa vier Monaten im Amt befindlichen Vorstandes, dem seitens der Belegschaftsvertretung des „fliegenden“ Personals vorgeworfen wurde, keine klaren Konzepte vorzulegen und quasi „tatenlos zuzusehen“, wie das Unternehmen täglich etwa 2 Mio S verliere.

Die Erfüllung des Streikziels wurde sowohl vom Aufsichtsrat der AUA¹⁾ als auch von (dem Mehrheitsaktionär mehr oder weniger zurechenbaren) Spitzenpolitikern abgelehnt, wobei der Finanzminister sein „*Befremden*“ über die Art und Weise des Streiks ausdrückte und mitteilen ließ, es handle sich bei den Streikenden bloß um eine Gruppe innerhalb der AUA, und zwar um eine „sehr gut verdienende“ Gruppe, die den Verhandlungsspielraum mit dem Vorstand nicht ausgeschöpft, sondern sich sofort „*in einen Streik geflüchtet*“ habe²⁾. Letztlich wurden die Streikforderungen auch keineswegs erfüllt, sondern bloß mündliche Bekenntnisse betreffend die Verbesserung der Gesprächsbasis abgelegt und ein (offenbar davor stillgelegtes) Gremium wiederbelebt, in dem die Betriebsratsmitglieder vertreten sind.

Ungeachtet der offenbar von Unternehmensseite und dem in den Medien vermittelten Eindruck zufolge als Bedingung der Beendigung des Streiks abgegebenen Zusicherung, gegen die Streikteilnehmer keine Sanktionen ergreifen zu wollen, soll im folgenden Beitrag einer recht-

lichen Beurteilung des Streiks als Gesamttaktion und seiner möglichen Folgen für die daran teilnehmenden Arbeitnehmer versucht werden. Der Fall hat über den konkreten Anlaß hinaus Bedeutung, weil durch den AUA-Streik der — wie zu zeigen sein wird, unrichtige — Eindruck erweckt wurde, die Teilnahme an einem Streik sei rechtlich praktisch risikolos und dem Arbeitgeber bliebe nichts anderes über, als zu verhandeln und zu zahlen. Es scheint, daß die in Österreich seit Jahrzehnten zu beobachtende — an sich als Ausdruck sozialen Friedens zu begrüßende — Absenz einer juristischen Auseinandersetzung um arbeitskampfrechtliche Fragen und insbesondere das Fehlen höchstgerichtlicher Judikatur³⁾ zu einem teilweisen Verlust des (Un-)Rechtsbewußtseins in arbeitskampfrechtlichen Fragen geführt hat.

2. Rechtswidrigkeit der Gesamttaktion

Nach herrschender Auffassung ist das österreichische „Arbeitskampfrecht“, das in gesetzter Form nicht existiert, vom Fehlen einer verfassungsrechtlichen Absicherung eines Rechts zum Arbeitskampf⁴⁾ und demgemäß vom System der „natürlichen Kampffreiheit“ geprägt⁵⁾. Dies bedeutet im wesentlichen, daß sich die Rechtsordnung gegenüber Arbeitskämpfen weitgehend neutral verhält und es (so gut wie) keine spezifischen Normen gibt, die den Arbeitskampf regeln. Es bedeutet aber selbstverständlich nicht, daß sich Arbeitskämpfe im „rechtsfreien Raum“ bewegen. Vielmehr gelten die allgemeinen, insbesondere zivilrechtlichen Gesetzesvorschriften.

¹⁾ Während es in der ersten Republik eine relativ lebhaftere Judikatur zum Streik gab (vgl die Übersicht bei Wagner, Der Streik vor den Gerichten der ersten Republik, DRdA 1980, 121 ff) und in der zweiten Republik immerhin noch der sogenannte „Bananenprozeß“ (OGH ZAS 1966, 161 ff; vgl dazu F. Bydlinski, „Bananenprozeß“ und Schadenersatzrecht, ZAS 1966, 165 ff; Gschnitzer, Die Verhaltenspflichten der Gewerkschaft bei von ihr unterstützten Streiks, ZAS 1966, 197 ff; Nipperdey, Der „Bananenprozeß“ in allgemein-privatrechtlicher und rechtsvergleichender Sicht, ZAS 1966, 184 ff; Kuderna, Der „Bananenprozeß“ und die daran geübte Kritik, ZAS 1968, 7 ff; Kuderna, Der „Bananenprozeß“ — Kritik und Gegenkritik, DRdA 1971, 157 ff) die juristische Diskussion auf Jahre belebte, hat seither kein nach 1961 durchgeführter Streik Anlaß zu einer höchstgerichtlichen Entscheidung gegeben (vgl Rebhahn, Arbeitskampf in einer Druckerei, DRdA 1982, 131 f).

²⁾ Vgl die Übersicht bei Rebhahn, DRdA 1982, 136 ff; F. Bydlinski, Vertragsrecht und Arbeitskampf, ZÖR NF VIII (1957/58) 312; Schwarz/Löschnigg, Arbeitsrecht⁴ 683; Floretta/Spielbüchler/Strasser, Arbeitsrecht³ II.176 f; Beumer, Individuelles Streikrecht (1990) 77; aM. U. Davy, Streik und Grundrechte in Österreich (1989) 14 ff, die — unter Ausklammerung der Aussperrung — ein Recht zum Streik mit beachtlichen Argumenten als durch das Grundrecht auf Koalitionsfreiheit nach Art 12 StGG verbrieft sieht und daraus auch Konsequenzen für die individualrechtliche, dh arbeitsvertragliche Beurteilung zieht.

³⁾ Vgl Runggaldier, Kollektivvertragliche Mitbestimmung bei Arbeitsorganisation und Rationalisierung 178 ff; Schwarz/Löschnigg, Arbeitsrecht⁴ 692; Floretta/Spielbüchler/Strasser, Arbeitsrecht³ II.180; ähnlich Tomandl, Streik und Aussperrung als Mittel des Arbeitskampfes (1965) 102 ff; Dungal, Handbuch des österreichischen Arbeitsrechts 529; Marhold, Arbeitsrecht II 99.

¹⁾ Der — zunächst geäußerte — Vorschlag des Aufsichtsratsvorsitzenden, künftig bei Verhandlungen zwischen Vorstand und Belegschaftsvertretung Mitglieder des Aufsichtsrates (als Aufpasser?) teilnehmen zu lassen, ist nicht nur wegen der darin liegenden — vermutlich ungewollten — Desavouierung des Vorstandes, sondern auch aus rechtlichen Gründen bemerkenswert, weil der Aufsichtsrat damit mE die ihm nach dem Aktienrecht zukommenden Befugnisse überschreiten würde — § 95 Abs 5 AktG deckt eine derartige Vorgangsweise nämlich nicht.

²⁾ Vgl „KURIER“ 31. 10. 1993, Seite 2.

Welche Konsequenzen dies im einzelnen hat, scheint freilich auch den damit quasi „von Berufs wegen“ Befassten weitgehend unklar zu sein. So betonte etwa der ÖGB-Präsident, die Gewerkschaft sei „über den Streik informiert“, weshalb kein „wilder“ Streik vorläge⁹⁾.

Dazu ist anzumerken, daß nach in Österreich wohl einhellig vertretener Auffassung eine „Privilegierung“ des gewerkschaftlichen Streiks der Rechtsordnung nicht entnommen werden kann⁷⁾, sodaß auch der nicht von einer (kollektivvertragsfähigen) Arbeitnehmervereinigung organisierte bzw. unterstützte Streik rechtmäßig sein kann, dh nicht automatisch wegen Fehlens einer gewerkschaftlichen Unterstützung rechtswidrig ist⁸⁾. Dies ist die Konsequenz der in Österreich vertretenen Grundposition, wonach ein sachimmanenter Zusammenhang zwischen Kollektivvertrag (und damit auch zwischen Kollektivvertragsautonomie) und Streikfreiheit bzw. Arbeitskampffreiheit nicht besteht⁹⁾.

Andererseits muß festgehalten werden, daß die bloße „Information“ der Gewerkschaft durch die Streikenden dem Arbeitskampf zweifellos nicht seinen „wildem“ — wenn auch nach österreichischer Auffassung rechtlich bedeutungslosen — Charakter zu nehmen vermag. Im vorliegenden Fall wurde der Streik Medienberichten zufolge freilich ohnehin durch die Gewerkschaft Handel, Transport, Verkehr unterstützt und auch aus der Streikkasse des ÖGB finanziert, sodaß in der Tat nicht von einem „wildem“ Streik gesprochen werden konnte. Selbstverständlich ist die gewerkschaftliche Unterstützung eines Streiks aber nicht nur kein notwendiges, sondern auch kein ausreichendes Kriterium für die Rechtmäßigkeit des Arbeitskampfes.

Aus ganz anderen Gründen freilich war der Streik des „fliegenden“ Personals der AUA schon als Gesamttaktion rechtswidrig:

Unzulässig war bereits die Einberufung einer („außerordentlichen“) Betriebsversammlung zur Fassung eines Streikbeschlusses und Organisation des Streiks, weil aus der betriebsverfassungsrechtlichen Friedenspflicht (vgl § 39 Abs 1 ArbVG) das Verbot der Ausnützung betriebsverfassungsrechtlicher Befugnisse und Organisationsstrukturen zur Organisation von Arbeitskämpfen abzuleiten ist¹⁰⁾.

⁹⁾ „KURIER“ 31. 10. 1993, Seite 2.

⁷⁾ Anders die hM in der BRD: vgl BAG AP Nr 41, 58 zu Art 9 GG Arbeitskampf = EzA Art 9 GG Arbeitskampf; Rüthers in Brox/Rüthers, Arbeitskampfrecht Rz 133; Zöllner, Arbeitsrecht 136; für die Zulässigkeit des nicht gewerkschaftlich organisierten Warnstreiks; Seiter, Streikrecht und Ausspernungsrecht 257 f; überhaupt aM Däubler in Däubler (Hrsg) Arbeitskampfrecht² Rz 120 ff.

⁸⁾ Vgl Schwarz/Löschnigg, Arbeitsrecht⁴ 685 f; Floretta/Spielbüchler/Strasser, Arbeitsrecht³ II 191; F. Bydlinski, ZÖR NF IX (1958/59) 546 f; F. Bydlinski, Die Stellung der Rechtsordnung zu Arbeitskämpfen, in Floretta/Strasser (Hrsg), Die kollektiven Mächte im Arbeitsleben 83; Tomandl, Streik und Aussperrung 142 f; Rebhahn, DRdA 1982, 241; aM Mayer-Maly, Allgemeines und Österreichisches zum wilden Streik, RdA 1970, 333.

⁹⁾ Vgl Tomandl, Streik und Aussperrung 142 f.

¹⁰⁾ Zutreffend Marhold, Arbeitsrecht II 104; offenbar abweichend Floretta/Spielbüchler/Strasser, Arbeitsrecht³ II 186, wo behauptet wird, auch als „Betriebsversammlung“ einberufene Versammlungen von Arbeitnehmern unterlägen „wohl“ nicht

Der zentrale Gesichtspunkt ist allerdings, daß nach in Österreich klar herrschender und mE richtiger Ansicht ein Streik als Arbeitskampf nur dann vorliegt, wenn um „Arbeits- oder Wirtschaftsbedingungen“ gekämpft wird, als legitimes, rechtmäßiges Streikziel daher nur die Verbesserung bzw. Beeinflussung der „Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen“ in Betracht kommt¹¹⁾.

Der Begriff der „Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen“ in arbeitskampfrechtlichem Zusammenhang stammt aus der BRD, wo Art 9 Abs 3, dritter Satz Bonner GG anordnet, daß Maßnahmen nach den Art 12a, 35 Abs 2 und 3, 87a Abs 4 und 91 GG sich nicht gegen Arbeitskämpfe richten dürfen, „die zur Wahrung und Förderung von Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen von Vereinigungen iSd Satzes 1 geführt werden“.

Primär dient die Beschränkung des Kreises möglicher, legitimer Arbeitskampfziele auf die Gestaltung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen dem — in Österreich wie in der BRD praktisch einhellig als unumstritten angesehenen — Zweck, die Führung politischer Arbeitskämpfe aus dem Kreis rechtmäßiger Kampfaktionen auszuschneiden¹²⁾.

Ein rechtmäßiges Kampfziel muß kein kollektivvertraglich regelbares Ziel sein¹³⁾, es muß sich aber zumindest um ein Thema handeln, das dem „Gesamtkomplex arbeitsrechtlicher Regelungen“ zuzuordnen ist bzw. „die Stellung der Arbeitnehmer in dieser Eigenschaft im Betrieb oder Unternehmen betrifft“¹⁴⁾.

dem Kampfverbot, weil die Eigenschaft als Versammlung der einzelnen Arbeitnehmer und nicht die Eigenschaft als Belegschaftsversammlung im Vordergrund stünde; der OGH (17. 1. 1990, RdW 1990, 321 f) ließ eine Präferenz für die erstgenannte Auffassung erkennen, weil er eine „Protestversammlung“ nicht nur deshalb als „einseitige kurzfristige Arbeitsniederlegung im Sinne eines Kurzstreiks“ und nicht als Betriebsversammlung ansah, weil diese nicht als Betriebsversammlung einberufen worden war, sondern auch weil die Versammlung „nicht der Wahrnehmung der in § 42 ArbVG aufgezählten Aufgaben“ gedient hätte.

¹¹⁾ Vgl erstmals Tomandl, Streik und Aussperrung 140 ff, 205 f; Floretta/Spielbüchler/Strasser, Arbeitsrecht³ II 192; Schwarz/Löschnigg, Arbeitsrecht⁴ 693; Mayer-Maly, Das kollektive Arbeitsrecht im österreichischen Kodifikationsentwurf, RdA 1963, 163; bemerkenswert ist, daß Strasser/Reischauer (Der Arbeitskampf 44) im Jahre 1972 noch konstatieren konnten, Tomandl stehe mit der oben zitierten Auffassung „allein da“, Strasser selbst (siehe oben) heute jedoch diese Auffassung selbst vertritt, wobei freilich seine Aussage (Arbeitsrecht³ II 192), daß nur Arbeitskämpfe, die um Arbeitsbedingungen geführt würden, „vom Ziel her unbedenklich“ seien, uU als Anerkennung der Möglichkeit zu werten ist, daß in Ausnahmefällen Arbeitskämpfe auch bei Verfolgung von nicht den Arbeitsbedingungen zuzurechnenden Zielen rechtmäßig sein könnten.

¹²⁾ Gegen die Rechtmäßigkeit politischer Arbeitskämpfe zB F. Bydlinski, ZÖR NF IX (1958/59) 550 f; Floretta/Spielbüchler/Strasser, Arbeitsrecht³ II 192.

¹³⁾ Tomandl, Streik und Aussperrung 143 ff; F. Bydlinski in Floretta/Strasser, Die kollektiven Mächte 83; Rebhahn, DRdA 1982, 241; Schwarz/Löschnigg, Arbeitsrecht⁴ 693; Floretta/Spielbüchler/Strasser, Arbeitsrecht³ II 192.

¹⁴⁾ So Tomandl, Streik und Aussperrung 141 — allerdings mit Einschränkungen.

¹⁵⁾ Floretta/Spielbüchler/Strasser, Arbeitsrecht³ II 192; vgl auch Runggaldier, Kollektivvertragliche Mitbestimmung 187 f; Rebhahn, DRdA 1982, 241.

Daß die Ablöse eines — vermeintlich oder tatsächlich untätigen — Vorstandes (als Kollegialorgan) nach dem Gesagten als rechtmäßiges Streikziel jedenfalls im Falle AUA ausscheidet, liegt auf der Hand. Bei erster Betrachtung treten gewisse Parallelen zum vor etwas mehr als zwei Jahren stattgefundenen und damals großes Aufsehen erregenden Streik der Redakteure der Zeitschriften „profil“ und „trend“ zutage. Der damals stattgefundenen Arbeitskämpfe richtete sich gegen die Bestellung des Herausgebers bzw. „Chefredakteur-Herausgebers“ der das Wochenmagazin „profil“ verlegenden Gesellschaft zum Vorstandsmitglied der 100%igen Muttergesellschaft dieser Gesellschaft unter Beibehaltung der Herausgeberfunktion. Unabhängig von einer Beurteilung der inhaltlichen Berechtigung der damals beiderseits vertretenen Standpunkte konnte die Arbeitsniederlegung bei „profil“ und „trend“ allerdings noch als eine im Zusammenhang mit der Gestaltung von „Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen“ stehende qualifiziert werden, weil durch die geschilderte Doppelfunktion das bis dahin gegoltene Prinzip der Trennung zwischen kaufmännischer und journalistischer Führung aufgehoben wurde und aufgrund verschiedener Sonderregelungen die zumindest abstrakte Gefahr einer Beeinträchtigung der journalistischen Unabhängigkeit bestand.

Derartige Erwägungen greifen im Falle AUA jedoch nicht. Einem (seit vier Monaten im Amt befindlichen) Vorstand zum Vorwurf zu machen, er lege keine klaren Konzepte vor (in Wahrheit offenbar: habe sich bisher nicht von dem seitens der Belegschaftsvertretung heftig abgelehnten Projekt eines Zusammenschlusses mit Swiss Air, SAS und KLM distanziert), ist in einer Aktiengesellschaft *allein Aufgabe des Aufsichtsrates*, in dem auch vom Betriebsrat entsandte Mitglieder vertreten sind¹⁶⁾.

Aus dem Gesagten ist nicht abzuleiten, daß die Entfernung eines Vorstandsmitgliedes bzw. die Vornahme oder Unterbindung von nicht seitens des „Arbeitgebers“, sondern vielmehr vom „Unternehmer“ zu treffenden Entscheidungen niemals Gegenstand bzw. Ziel eines rechtmäßigen Streiks sein könnten¹⁷⁾; vielmehr kann die Ent-

hebung (Kündigung etc) eines Arbeitnehmerrechte verletzenden oder auch die Arbeitsbedingungen nachteilig gestaltenden Vorgesetzten — und damit wohl auch eines Mitgliedes des Vorstandes¹⁸⁾ — grundsätzlich mittels Streiks angestrebt werden. Im vorliegenden Fall fehlt jedoch ein auch nur mittelbarer Zusammenhang zwischen der begehrten Abberufung des Vorstandes und der Gestaltung bzw. Verbesserung der „Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen“ der Belegschaft.

Der Einsatz betriebsverfassungsrechtlicher Macht und Organisationsfähigkeit durch die Belegschaftsvertretung zur Erzwingung eines Vorstandsrücktritts mit dem offenbar dahinter stehenden Ziel, die Realisierung eines bestimmten — wenn auch vermutlich mit Personaleinsparungen verbundenen — rechtlichen und wirtschaftlichen Zusammenschlusses mit anderen Fluggesellschaften zu verhindern, ist mE ein *eklatanter Mißbrauch der Betriebsratsfunktion*.

Der Vollständigkeit halber ist anzumerken, daß die Anstrengung von über das ArbVG hinausgehenden Mitbestimmungsbefugnissen — diese Forderung tauchte im Laufe des Streiks auf — ebenfalls kein rechtmäßiges Streikziel darstellt¹⁹⁾, weil dem die „betriebsverfassungsrechtliche Friedenspflicht“ entgegensteht.

Die Arbeitsniederlegung des „fliegenden“ Personals der Austrian Airlines Aktiengesellschaft verfolgte daher kein rechtmäßiges Streikziel und war bereits als Gesamtkampftatung rechtswidrig.

3. Rechtsfolgen für die Streikteilnehmer

Das Spektrum der möglichen Rechtsfolgen für die an der Arbeitsniederlegung Teilnehmenden ist weitreichend und beinhaltet gravierende Sanktionen, der sich die Beteiligten vermutlich nicht ganz bewußt waren²⁰⁾, wengleich der vorliegende Streik mE nichts weniger als ein „Grenzfall“ ist, sondern einer recht eindeutigen rechtlichen Beurteilung unterzogen werden kann.

¹⁸⁾ Ein die Abberufung bzw. den Rücktritt des *gesamten Organisations* Vorstand bezweckender Streik erscheint allerdings schon a priori als vom Ziel her höchst bedenklich.

¹⁹⁾ Vgl zB *Marhold*, Arbeitsrecht II 104.

²⁰⁾ Das (Nicht-)Wissen um die Rechtsfolgen im einzelnen ist für die rechtliche Beurteilung des Verhaltens irrelevant. In dieser Allgemeinheit keinesfalls zutreffend ist aber auch die — einer „Generalabsolution“ nahekommende — Ansicht *Strassers* (Arbeitsrecht³ II 199), im Falle des Streiks werde ein Rechtsirrtum „jedenfalls häufig zu einem Entfall der Schadenersatzpflicht führen, da positivrechtliche Bestimmungen betreffend diese Fragen des Arbeitskampfes fehlen und keine ausreichende Arbeitskampsjudikatur vorliegt.“ Richtigerweise muß beim aufgrund der Beschaffenheit des Kampfzieles als Gesamtkampftatung rechtswidrigen Streik hinsichtlich der Art des Kampfzieles kein Vorsatz im Sinne eines Bewußtseins der Rechtswidrigkeit (vgl. *Kozio/Welsch*³ I 450) vorliegen; vielmehr genügt diesbezüglich (zB als Anknüpfungspunkt für die schadenersatzrechtliche Haftung) jeder Grad der Fahrlässigkeit. Aus dem Umstand, daß das Feld per se rechtmäßiger Kampfziele nach österreichischer Auffassung durchaus weit gesteckt ist, wird sich mE eher das Gegenteil der von *Strasser* getroffenen Einschätzung ergeben: Streikteilnehmer bzw. -organisatoren, die mit ihren Streikforderungen den Bereich der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen verlassen, werden sich regelmäßig *nicht* darauf berufen können, sie hätten die Auffassung vertreten, Streikziel könne grundsätzlich jede mit dem Unternehmen zusammenhängende Frage sein.

¹⁶⁾ Hinzuweisen ist in diesem Zusammenhang auf § 95 Abs 2 AktG iVm § 110 Abs 3 ArbVG. Aus der letztgenannten Bestimmung ergibt sich, daß auch gegen den Willen des Vorstandes zwei Belegschaftsvertreter im Aufsichtsrat ohne jegliche Unterstützung durch Kapitalvertreter die Vorlage eines Berichtes (an den Aufsichtsrat) über die Angelegenheiten der Gesellschaft einschließlich ihrer Beziehungen zu einem Konzernunternehmen durchsetzen können. Diese Vorschrift ist, weil aus § 86 Abs 1 AktG (bzw. § 30 GmbHG) iVm § 110 Abs 3 ArbVG folgt, daß jeder Aufsichtsrat über zumindest zwei Belegschaftsvertreter verfügen muß, in jedem GmbH- und AG-Aufsichtsrat anwendbar.

¹⁷⁾ Die Auffassung von *Reuss* (Die Grenzen legaler Arbeitskämpfe, in Juristenjahrbuch 1963/64, 175, 178 f; zustimmend *Tomandl*, Streik und Aussperrung 141 Fn 140), wonach „unternehmerische“ Entscheidungen nicht durch Streik bekämpft werden könnten und unzulässige Kampfziele daher Preissenkungen, Produktionsumstellungen, Finanzaktionen sowie die Besetzung von Aufsichtsrats- und Vorstandsposten sei, kann in dieser Allgemeinheit nicht geteilt werden. Vielmehr muß es sich mE auch der Aufsichtsrat einer AG bzw. dessen Vorstand gefallen lassen, sich im System der „natürlichen Kampffreiheit“ zu behaupten (ähnlich wie hier wohl *Marhold*, Arbeitsrecht II 106).

In Österreich wird fast einhellig die Ansicht vertreten, daß die Beurteilung des Arbeitskampfes (Streiks) als Gesamttaktion von der einzelvertraglichen Würdigung zu unterscheiden ist. Die vom deutschen Bundesarbeitsgericht im Jahre 1955 erstmals vertretene, inzwischen jedoch teilweise wieder aufgegebenen „Einheitstheorie“ ist in Österreich nicht wirklich heimisch geworden.²¹⁾

Der in Österreich herrschenden Auffassung zufolge rechtfertigt daher selbst die Teilnahme an einer rechtmäßigen Gesamttaktion nicht den Bruch des Arbeitsvertrages, der in der Arbeitsniederlegung zu erblicken ist. Vielmehr verwirklicht diese einen *Entlassungstatbestand*²²⁾. Ob die getrennte Beurteilung der Rechtmäßigkeit von Gesamttaktion und einzelner Arbeitsniederlegung in dieser Form völlig überzeugt, braucht im vorliegenden Zusammenhang freilich nicht beantwortet zu werden. *Die Teilnahme an einem schon als Gesamttaktion rechtswidrigen Streik verwirklicht jedenfalls einen Entlassungsgrund*. Bei den beteiligten Betriebsratsmitgliedern lag ein solcher — es sei denn, man erachtet die Voraussetzungen der §§ 105, 106 Abs 1 Z 3 StGB als verwirklicht²³⁾ — grundsätzlich nicht vor. Eine Kündigungsklage nach § 121 Z 3 ArbVG müßte die Initiierung eines rechtswidrigen und für das Unternehmen mit großem Vermögensschaden verbundenen Streiks mE aber allemal rechtfertigen.

Die für den Arbeitgeber in einer derartigen Situation wohl bedeutsamste Frage ist die, ob bei einer Entlassung von Streikteilnehmern „selektiv“ vorgegangen werden kann. Eine Entlassung sämtlicher Streikender wird aus verschiedenen Gründen nicht in Betracht kommen. Gegen die Zulässigkeit einer Entlassung bloß bestimmter Streikteilnehmer könnte der Gleichbehandlungsgrundsatz sprechen, dessen Anwendung zur Folge hätte, daß die entlassenen Streikteilnehmer — sofern sie in der Minderheit sind — zwar einen Entlassungstatbestand verwirklicht haben, aufgrund des Gleichbehandlungsgrundsatzes gegenüber dem Arbeitgeber jedoch einen individualrechtlichen Anspruch auf Rücknahme der Entlassung besitzen, wenn und weil die Mehrheit der Streikenden nicht entlassen wurde.

ME scheidet die Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes hier allerdings aus. Ist schon generell fraglich, ob bei der Ausübung des Entlassungsrechts gegen-

über mehreren potentiellen und in gleicher Weise „entlassungswürdigen“ Adressaten dieser Grundsatz beachtet werden muß²⁴⁾, so sprechen spezifisch arbeitskampfrechtliche Erwägungen beim Streik im allgemeinen und beim rechtswidrigen Streik im besonderen gegen die Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes. *Zumindest beim rechtswidrigen Streik muß es dem Arbeitgeber freistehen, (nur) einen Teil der Streikenden zu entlassen*, wobei allenfalls die Annahme einer „sozialen Gestaltungspflicht“, dh eine Rücksichtnahme auf soziale Aspekte, diskussionswürdig ist. Nämlich man anderes an, würde man den von einem rechtswidrigen Streik betroffenen Arbeitgeber zwingen, entweder das (rechtswidrige) Streikziel zu erfüllen, den Arbeitskampf und den damit verbundenen, meist enormen finanziellen Schaden gewissermaßen „durchzustehen“, oder durch Entlassung aller oder — geht man vom in der Judikatur angewendeten „Mehrheitsprinzip“ beim Gleichbehandlungsgrundsatz aus²⁵⁾ — zumindest der Mehrheit der Streikteilnehmer möglicherweise den Schaden sogar noch zu vergrößern.

Beim rechtswidrigen Streik muß die — sinnvoller-, aber nicht notwendigerweise zuerst angedrohte — „selektive Entlassung“ von Streikteilnehmern als legitimes Gegenmittel des Arbeitgebers im Interesse der „Kampfparität“ anerkannt werden.

Medienberichten zufolge belief sich der „Streikscha-den“ auf zwischen 20 und 30 Mio S, weshalb rechtlich auch die Haftung für diesen Schaden ins Blickfeld rückt.

Beim rechtmäßigen Streik wird von der wohl hM in Österreich die Anwendung des § 1302 ABGB, die zu einer Solidarhaftung führen würde, verneint und im Ergebnis eine anteilige Haftung vertreten²⁶⁾.

Im vorliegenden Fall greifen diese Erwägungen freilich nicht, weil der Streik als Gesamttaktion rechtswidrig war und gegen die daran Teilnehmenden demgemäß nicht bloß vertragliche, sondern auch deliktische Schadenersatzansprüche bestehen²⁷⁾. Beim rechtswidrigen Streik führt an der Anwendung des § 1302 ABGB mE kaum ein Weg vorbei, wobei allerdings auch eine anteilige Haftung für die beteiligten Arbeitnehmer in Anbetracht der Dimension des Schadens durchaus gravierend wäre.

Die Vorschriften des DNHG sind nach zutreffender Auffassung nicht anwendbar²⁸⁾. Aus diesem Grund wäre

²¹⁾ Floretta/Spielbüchler/Strasser, Arbeitsrecht³ II 205 ff mwN.

²²⁾ Tomandl, Streik und Aussperrung 237 ff, 297; Strasser/Reischauer, Der Arbeitskampf 70 f; Rebhahn, DRdA 1982, 140; aM Kuderna, Das Entlassungsrecht 69 ff, dem zufolge der legitime Streik „als in jedem einzelnen Arbeitsvertrag stillschweigend unabdingbar aufgenommen angesehen werden muß“.

²³⁾ Dann würde § 122 Abs 1 Z 2 ArbVG eingreifen. Die von einem beteiligten Betriebsratsmitglied in einer Boulevardzeitung erhobenen Vorwürfe gegen den Vorstand verwirklichten allerdings — sofern sie tatsächlich in dieser Form vorgetragen wurden — den Entlassungstatbestand des § 122 Abs 1 Z 5 ArbVG, der gemäß § 122 Abs 3 ArbVG — ebenso wie der Tatbestand des § 122 Abs 1 Z 2 ArbVG — den Arbeitgeber auch zur nachträglichen Einholung der gerichtlichen Zustimmung berechtigt. Daß die §§ 105 ff StGB von vornherein auf Arbeitskämpfe — und zwar auch auf unrechtmäßige und sittenwidrige — nicht anwendbar sind (so Strasser, Arbeitsrecht³ II 182 f mwN 183 Fn 6 zur Gegenmeinung), ist jedenfalls nicht zutreffend.

²⁴⁾ Dagegen zB Tomandl, Arbeitsrecht³ I 236; F. Bydlinki, Der Gleichbehandlungsgrundsatz im österreichischen Privatrecht, Verh I. ÖJT (1961) I/1, 61 f.

²⁵⁾ Vgl für alle Floretta/Spielbüchler/Strasser, Arbeitsrecht³ I 240 mwN.

²⁶⁾ Vgl Floretta/Spielbüchler/Strasser, Arbeitsrecht³ II 216; Rebhahn, DRdA 1982, 230 f; im Ergebnis ebenso F. Bydlinki, Probleme der Schadensverursachung (1964) 111.

²⁷⁾ Vgl Floretta/Spielbüchler/Strasser, Arbeitsrecht³ II 215 f.

²⁸⁾ Floretta/Spielbüchler/Strasser, Arbeitsrecht³ II 216. Daß der Schaden nicht „bei“ Erbringung der Dienstleistung iSd § 2 Abs 1 DNHG herbeigeführt wurde, versteht sich von selbst. Auch wenn man dieses gesetzliche Merkmal aber als „gelegentlich“ der Dienstleistung interpretiert (vgl dazu insb Schrammel, Haftungsinderung „bei“ Erbringung der Dienstleistung, ZAS 1985, 203 ff), scheidet die Anwendung des DNHG aus, weil es sich um einen Fall der *Nichterfüllung der Hauptpflichten* aus dem Dienstvertrag handelt (vgl Kerschner, DNHG Rz 24 zu § 1, Rz 29 zu § 2 mwN). Selbst wenn man dieser zutreffenden hA nicht folgte, läge der Streikscha-den im allgemeinen und im Falle

der Arbeitgeber auch berechtigt, den *Schaden unter Beachtung der Pfändungsgrenzen vom Gehalt/Lohn abzuziehen* weil das (bedingte) Kompensationsverbot des § 7 DNHG nicht greift²⁹⁾.

Was die Schadensberechnung anbelangt, können sich uU recht diffizile Fragen stellen. Grundsätzlich haften die Teilnehmer beim rechtswidrigen Streik für den *Schaden des Kampfgegners*, dh des bestreikten Arbeitgebers. Wenn teilweise behauptet wird, die Schäden Dritter seien nicht zu ersetzen, weil es diesbezüglich am Rechtswidrigkeitszusammenhang fehle³⁰⁾, so ist diese Aussage aber mE zurecht zu rücken. Richtig ist, daß auch die beim rechtswidrigen Streik einsetzende Deliktshaftung einem Dritten (zB Vertragspartner des Arbeitgebers) regelmäßig nicht die Möglichkeit geben wird, Streikteilnehmer bzw -organisatoren direkt zu belangen, weil meist keine absolut geschützten Rechtsgüter betroffen sein dürften³¹⁾. Da aber der Arbeitgeber regelmäßig seinen Vertragspartnern

AUA im besonderen außerhalb der Reichweite des richterlichen Mäßigungsrechtes, weil Streikschäden typischerweise von den Beteiligten zumindest mit bedingtem Vorsatz herbeigeführt werden (idS offenbar auch *Kerschner*, DNHG Rz 24 zu § 1).

²⁹⁾ Ob der Schaden einbringlich gemacht werden soll, liegt im verantwortlichen Ermessen des Vorstandes, der dabei die in § 70 Abs 1 AktG genannten Interessen und vorrangig das Unternehmensinteresse zu berücksichtigen hat. Eine vergleichsweise risikolose Schadenseintreibung zu unterlassen, wird mE nur in Ausnahmefällen pflichtgemäß sein.

³⁰⁾ So insb. *Floretta/Spielbüchler/Strasser*, Arbeitsrecht³ II 198 f.

³¹⁾ Vermutlich meint *Strasser* mit seinen Ausführungen (Arbeitsrecht³ II 198) diesen Ausschluß der Haftung gegenüber

sowohl beim rechtmäßigen als auch beim rechtswidrigen Streik (vorbehaltlich eines gültig vereinbarten, diesbezüglichen Haftungsausschlusses) für streikbedingte Verzögerungen bzw Nichterfüllungen haftet³²⁾, treten Schäden von Vertragspartnern des bestreikten Arbeitgebers letztlich in dessen eigenem Vermögen ein, weil dieser seinen Vertragspartnern ersatzpflichtig ist. Derartige Schäden liegen mE aber *innerhalb* des Rechtswidrigkeitszusammenhangs, handelt es sich doch um geradezu *typische Streikscha-*den. Umgelegt auf den Anlaßfall bedeutet dies: Ist die bestreikte Fluglinie dazu angehalten, einem mit ihr in vertraglicher Beziehung stehenden Reisebüro bzw Reiseveranstalter, dessen Kunden tagelang an einem bestimmten Ort „festsassen“, den entstandenen Schaden zu ersetzen, dann haben für diesen Schaden (des bestreikten Arbeitgebers) die Teilnehmer am rechtswidrigen Streik zu haften. *Außerhalb* des Rechtswidrigkeitszusammenhangs wird aber zB der durch die Versäumung eines wichtigen Geschäftstermins entstandene Schaden eines Fluggastes sein³³⁾, wobei dies mE selbst dann gilt, wenn der Fluggast mit dem bestreikten Arbeitgeber in vertraglicher Beziehung stand, dh direkt mit diesem den Luftfrachtvertrag abgeschlossen hatte.

Dritten. Beim berühmten „Bananenprozeß“ (OGH ZAS 1966, 161 ff; vgl Fn 3) ging es freilich gerade um einen Eingriff in absolut geschützte Rechtsgüter (Verderb von Obst wegen Verhinderung der Entladung von Waggons).

³²⁾ Vgl die Darstellung bei *Floretta/Spielbüchler/Strasser*, Arbeitsrecht³ II 196 f; aus jüngerer Zeit OGH EvBl 1989/27 = JBl 1989, 175 ff m Anm v *Humel* = RdW 1989, 24.

³³⁾ So zutreffend *Floretta/Spielbüchler/Strasser*, Arbeitsrecht³ II 198.