

Das Koalitions- und Streikrecht im EU-Recht nach dem Wandel der Rechtsprechung des EGMR zur Koalitionsfreiheit gemäß Art. 11 EMRK (Demir und Baykara und andere)

von *Patrick Fütterer*, Frankfurt am Main*

	Seite
I. Einleitung	505
II. Das Koalitions- und Streikrecht der Europäischen Union.....	506
1. Rechtssetzungskompetenz der Europäischen Union.....	506
2. Einschränkung des Streikrechts durch Unionsrecht	507
a) Streikrecht und Grundfreiheiten	507
b) Auswirkungen der EuGH-Entscheidung im Fall Laval	509
c) Auswirkungen der EuGH-Entscheidung im Fall Viking Line	509
3. Einschränkung von Tarifreuregelungen durch Unionsrecht	510
a) Offenheit des Vergaberechts der Europäischen Union für sozialpolitische Zielsetzungen	510
b) Einschränkungen durch die EuGH-Entscheidung im Fall Rüffert	510
III. Aufwertung der Koalitionsfreiheit gemäß Art. 11 EMRK durch den EGMR.....	511
1. Die Ausgangslage	511
2. Paradigmenwechsel infolge der Entscheidung Demir und Baykara	511
a) Recht auf Kollektivverhandlungen und Streik als integraler Bestandteil..... des Art. 11 EGMR.....	511
b) Streikrechtskonzeption des EGMR.....	512
c) Kritik der Rechtsprechung.....	513
IV. Kollision von Unionsrecht und Konventionsrecht	514
1. Auswirkungen auf das Streikrecht	514
a) Begründungsdefizite bei der Einschränkung des unionsrechtlichen Streik- grundrechts durch die Grundfreiheiten	515
b) Veränderungen infolge der Entscheidung Demir und Baykara und des Inkrafttretens des Vertrags von Lissabon.....	515
2. Auswirkungen auf die Zulässigkeit von Tarifreuregelungen.....	517
a) Tarifreuregelungen als Maßnahmen zum Schutz der Tarifautonomie	518
b) Die Bedeutung des IAO-Übereinkommens Nr. 94	518
c) Die Bestimmung der Reichweite der Koalitionsfreiheit gemäß Art. 11 EMRK	519
V. Ausblick	519

I. Einleitung

Die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) in den Fällen Viking Line¹, Laval² und Rüffert³, die mit den Entscheidungen Kommission/Luxemburg⁴ und

* *Patrick Fütterer* ist Rechtsanwalt in der Kanzlei Trittin Rechtsanwälte in Frankfurt am Main.

¹ Europäischer Gerichtshof (EuGH) 11.12. 2007 - C-438/05, Amtliche Sammlung (Slg.) 2007, I-10779 = Europäische Zeitschrift für Arbeitsrecht (EuZA) 1 (2008), 395 mit Anmerkung *Bayreuther* (Viking Line).

Kommission/Deutschland⁵ fortgesetzt wurde, ist gerade auf der Arbeitnehmerseite stark kritisiert worden, da sie das nationale Streikrecht und die Geltung nationaler Tarifverträge durch zusätzliche gemeinschafts- beziehungsweise unionsrechtliche Anforderungen, insbesondere der Grundfreiheiten, an Streikziele und Vergabebedingungen für öffentliche (Bau-) Aufträge beschränkt hat. Der Deutsche Gewerkschaftsbund (DGB) fordert etwa als Folge dieser Entscheidungen bisher erfolglos die Aufnahme einer sozialen Fortschrittsklausel in die Europäischen Verträge⁷.

II. Das Koalitions- und Streikrecht der Europäischen Union

1. Rechtsetzungskompetenz der Europäischen Union

Weder die Europäische Gemeinschaft noch die Europäische Union hatten und haben eine Rechtssetzungskompetenz auf dem Gebiet des Streik- und Koalitionsrechts. Für die Sozialpolitik der Europäischen Gemeinschaft stellte Art. 137 Abs. 5 Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft (EG) ausdrücklich fest, dass er nicht für „... das Koalitionsrecht, das Streikrecht sowie das Aussperrungsrecht“ gelte. Auch der am 1.12. 2009 in Kraft getretene Vertrag von Lissabon, der die Rechte und Kompetenzen der Europäischen Gemeinschaft auf die Europäische Union überträgt und deren Rechtsfähigkeit begründet, übernahm diese Regelung wortgleich in Art. 153 Abs. 5 des neuen Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV)⁸.

Eine auch für das Streikrecht und die Koalitionsfreiheit bedeutende Regelung stellt der neu gefasste Art. 6 des Vertrags über die Europäische Union (EUV)⁹ dar, der die rechtliche Bindung der Europäischen Union an die Charta der Grundrechte der Europäischen Union (GRCh) vom 7.12. 2000¹⁰ in der am 12.7. 2007 in Straßburg angepassten Fassung¹¹ und den Beitritt der Europäischen Union zur Europäischen Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK) festschreibt.

Die Koalitionsfreiheit gemäß Art. 11 Abs. 1 EMRK wird im Rahmen der Versammlungs- und allgemeinen Vereinigungsfreiheit insoweit gewährleistet, dass sie auch das Recht einschließt, zum Schutz der eigenen Interessen Gewerkschaften zu

² EuGH 18.12. 2007 – C-341/05, Slg. 2007, I-11767 (Laval).

³ EuGH 3.4. 2008 – C-346/06, Slg. 2008, I-1989 = EuZA 1 (2008), 526 mit Anmerkung *Seifert* (Rüffert).

⁴ EuGH 19.6. 2008 – C-329/06, Slg. 2008, I-4323 (Kommission/Luxemburg).

⁵ EuGH 15.7. 2010 – C-271/08, EuZA 4 (2011), 213 mit Anmerkung *Roth* = Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (EuZW) 2010, 659 (Kommission/Deutschland).

⁶ Vgl. etwa *Rödl*, Mitbestimmung 3/2009, S. 10 ff., der davon spricht, dass diese Entscheidungen die Kräfteverhältnisse in den mitgliedstaatlichen Arbeitsbeziehungen zugunsten der Unternehmen verschoben hätten.

⁷ Deutscher Gewerkschaftsbund (DGB), Pressemitteilung Nr. 69 vom 24.4. 2008, abzurufen unter http://www.dgb.de/presse/++co++73b32b8c-155f-11df-4ca9-00093d10fae2/@/@index.html?search_text=viking+laval+r%C3%BCffert&x=0&y=0.

⁸ Konsolidierte Fassung des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union (Amtsblatt EU 2010 C 83/47).

⁹ Konsolidierte Fassung des Vertrags über die Europäische Union (Amtsblatt EU 2010 C 83/13).

¹⁰ Charta der Grundrechte der Europäischen Union vom 7.12. 2000 (Amtsblatt EG 2000 C 364/1).

¹¹ Charta der Grundrechte der Europäischen Union vom 12.7. 2007 (Amtsblatt EU 2010 C 83/389).

bilden und diesen beizutreten. Beschränkungen dieses Rechts dürfen gemäß Art. 11 Abs. 2 Satz 1 EMRK wiederum nur erfolgen, wenn sie durch Gesetz vorgesehen und in einer „... demokratischen Gesellschaft notwendig sind für die nationale oder öffentliche Sicherheit, zur Aufrechterhaltung der Ordnung oder zur Verhütung von Straftaten, zum Schutz der Gesundheit oder der Moral oder zum Schutz der Rechte und Freiheiten anderer“¹².

In der Charta findet sich in Art. 12 Abs. 1 eine nahezu wortgleiche Regelung. Darüber hinaus wird in Art. 28 GRCh das Recht auf Kollektivverhandlungen und das Streikrecht „... nach dem Unionsrecht und den einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und Gepflogenheiten ...“ ausdrücklich gewährleistet. Gemäß Art. 52 Abs. 3 GRCh ist zudem vorgesehen, dass, soweit die Charta Rechte enthält, die den durch die EMRK garantierten Rechten entsprechen, diese die gleiche Bedeutung und Tragweite wie die Konventionsrechte haben, soweit das Unionsrecht keinen höheren Schutzstandard aufweist.

Eine Erweiterung der Kompetenzen der Europäischen Union soll mit der Rechtsverbindlichkeit der GrCh gemäß Art. 6 Abs. 1 EUV neue Fassung (n.F.) ausdrücklich nicht verknüpft sein. Die Charta ist im Rahmen dieser Kompetenzen jedoch von nicht zu unterschätzender Bedeutung, da sie gemäß Art. 51 Abs. 1 GrCh für die Organe und Einrichtungen der Union und für die Mitgliedstaaten gilt, wenn diese das Unionsrecht durchführen. Die Bindungswirkung der Charta bei der Durchführung von Unionsrecht betrifft dabei nach herrschender Meinung den gesamten Anwendungsbereich des primären und sekundären Unionsrechts und richtet sich an sämtliche Hoheitsträger der Mitgliedstaaten¹³.

2. Einschränkung des Streikrechts durch Unionsrecht

Neben der Frage, ob die Europäische Union für das Streikrecht eine eigene Rechtssetzungskompetenz hat, stellt sich die Frage, inwieweit sonstiges primäres oder sekundäres Unionsrecht das nationale Streikrecht mittelbar einschränken kann.

a) Streikrecht und Grundfreiheiten

Insbesondere die Dienstleistungsfreiheit gemäß Art. 56 AEUV und die Niederlassungsfreiheit gemäß Art. 49 AEUV können mit Streikaktionen in Konflikt geraten, da sowohl die Dienstleistungsfreiheit als auch die Niederlassungsfreiheit durch den EuGH nicht nur als Diskriminierungs- sondern auch als Beschränkungsverbote verstanden werden.

Eine Beeinträchtigung der (aktiven) Dienstleistungsfreiheit ist danach bereits dann gegeben, wenn eine Maßnahme geeignet ist, die Durchführung der Dienstleistung in einem anderen Mitgliedstaat weniger attraktiv zu machen¹⁴. Hier setzt der EuGH in seiner neueren Rechtsprechung an und führt ausdrücklich aus, dass für Dienstleistungserbringer aus einem Mitgliedstaat mit einem niedrigeren Lohnniveau die

¹² Zitiert nach der bereinigten und zwischen Deutschland, Liechtenstein, Österreich und der Schweiz abgestimmten deutschen Übersetzung, abzurufen unter <http://conventions.coe.int/Treaty/ger/Treaties/Html/005.htm>.

¹³ Borowsky, in: Meyer (Hrsg.), Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 3. Aufl. 2011, Art. 51 Rn. 25 ff. mit weiteren Nachweisen.

¹⁴ EuGH 18.12. 2007 – C-341/05 (Fn. 2), Rn. 99 (Laval).

Erbringung von Dienstleistungen zu einem höheren Lohnniveau in einem anderen Mitgliedstaat eine Beeinträchtigung der Dienstleistungsfreiheit darstellt, da die damit verbundene höhere wirtschaftliche Belastung die Erbringung der Dienstleistung weniger attraktiv mache¹⁵. Auch eine Beeinträchtigung der Niederlassungsfreiheit soll bereits dann gegeben sein, wenn eine Maßnahme geeignet ist, die tatsächliche Ausübung einer wirtschaftlichen Tätigkeit mittels einer festen Einrichtung in einem anderen Mitgliedstaat auf unbestimmte Zeit weniger attraktiv zu machen¹⁶.

Aufbauend auf seinen Entscheidungen zur Handlungspflicht der Mitgliedstaaten bei die Grundfreiheiten beeinträchtigendem Verhalten von Privaten¹⁷ und der Anerkennung der unmittelbaren Drittwirkung der Arbeitnehmerfreizügigkeit in der Angonese-Entscheidung¹⁸ ging der EuGH in den Entscheidungen Viking Line und Laval davon aus, dass auch privates Handeln wie das der Gewerkschaften bei Streiks, unabhängig davon, ob es sich hierbei um eine quasistaatliche Marktabschottung handelt, sich an den Grundfreiheiten messen lassen muss¹⁹.

Weder wurden die Gegenargumente einer Bereichsausnahme wegen des zwangsläufigen Konflikts der weitreichenden Grundfreiheiten und des Streikgrundrechts vergleichbar mit der vom EuGH anerkannten Bereichsausnahme für Tarifverträge im Wettbewerbsrecht noch einer Privilegierung des nationalen Streikrechts gegenüber dem Unionsrecht, die insbesondere für Richterrecht gelten müsse, wegen der über den Bereich des das Streikrecht unmittelbar regelnden Sekundärrechts hinausweisenden Regelung des Art. 137 Abs. 5 EG (jetzt: Art. 153 Abs. 5 AEUV) anerkannt²⁰. In den Entscheidungen Viking Line und Laval wurde das Verhältnis von Streikrecht und Grundfreiheiten dahingehend scheinbar geklärt, dass auch gemeinschaftsrechtlich ein Streikgrundrecht anzuerkennen, dieses aber mit den Grundfreiheiten abzuwägen sei²¹.

Anders als in vorangegangenen Entscheidungen²² will der EuGH bei der konkreten Prüfung der Rechtfertigung des Eingriffs hierfür jedoch nicht unmittelbar das Grundrecht heranziehen, sondern die Beeinträchtigung der Grundfreiheit lediglich an zwingenden Gründen des Allgemeininteresses messen, zu denen er nicht etwa das Streikgrundrecht zählt, sondern nur abstrakt die Belange des Arbeitnehmerschutzes²³.

b) Auswirkungen der EuGH-Entscheidung im Fall Laval

Die Entscheidung Laval verursachte dabei tiefgreifende Veränderungen der kollektiven Arbeitsbeziehungen in Schweden²⁴. So wurde zuvor die Durchsetzung

¹⁵ EuGH 3.4. 2008 – C-346/06 (Fn. 3), Rn. 37 (Rüffert).

¹⁶ EuGH 11.12. 2007 – C-438/05 (Fn. 1), Rn. 68 ff. (Viking Line).

¹⁷ EuGH 9.12. 1997 – C-265/95, Slg. 1997, I-6959 Rn. 30 ff. (Kommission/Frankreich); EuGH 12.6. 2003 – C-112/00, Slg. 2003, I-5659 Rn. 57 ff. (Schmidberger).

¹⁸ EuGH 6.6. 2000 – C-281/98, Slg. 2000, I-4149 Rn. 36 (Angonese).

¹⁹ EuGH 11.12. 2007 – C-438/05 (Fn. 1), Rn. 33 ff. (Viking Line); EuGH 18.12. 2007 – C-341/05 (Fn. 2), Rn. 96 ff. (Laval).

²⁰ Vgl. hierzu ausführlich *Däubler*, Arbeit und Recht (AuR) 2009, 409, 411 ff.

²¹ EuGH 11.12. 2007 – C-438/05 (Fn. 1), Rn. 44 ff. (Viking Line); EuGH 18.12. 2007 – C-341/05 (Fn. 2), Rn. 94 f. (Laval).

²² EuGH 12.6. 2003 – C-112/00 (Fn. 17), Rn. 74 ff. (Schmidberger).

²³ EuGH 11.12. 2007 – C-438/05 (Fn. 1), Rn. 77 (Viking Line); EuGH 18.12. 2007 – C-341/05 (Fn. 2), Rn. 103 ff. (Laval).

²⁴ Vgl. zu den Auswirkungen der Entscheidung Viking Line, Laval und Rüffert auf die nationalen Rechtsordnungen verschiedener Mitgliedstaaten der Europäischen Union *Brücker/Warnecke*, Viking-

inländischer Arbeitsbedingungen für entsandte Arbeitnehmer durch die schwedischen Gewerkschaften mittels Tarifverträgen und erforderlichenfalls mit (Solidaritäts-) Streik- und Boykottaktionen durchgesetzt, wobei die schwedische Gesetzgebung durch die *Lex Britannia* sicherstellte, dass ausländische Tarifverträge in diesen Fällen außer Kraft gesetzt wurden. Der EuGH sah in dieser Praxis einen Verstoß gegen die Richtlinie 96/71/EG (Arbeitnehmerentsenderichtlinie) und die Dienstleistungsfreiheit, da die Richtlinie nur Mindestarbeitsbedingungen regelt, diese für den entsendenden Arbeitgeber von vornherein feststehen müssten und dies nur bei gesetzlich festgesetzten Mindestarbeitsbedingungen oder allgemeinverbindlich erklärten Tarifverträgen möglich sei²⁵.

c) Auswirkungen der EuGH-Entscheidung im Fall Viking Line

Die Entscheidung Viking Line hatte unmittelbar nicht so einschneidende Auswirkungen für die Billigflaggenkampagne der Internationalen Transportarbeiter Föderation (ITF), die sich zur Verhinderung von Lohndumping unter anderem gegen die Ausflaggung von Schiffen in Staaten wendet, in denen nicht auch der wirtschaftliche Eigentümer des Schiffs beheimatet ist. Denn der EuGH beschränkte sich diesbezüglich nur auf die Ausföhrung, dass eine gegen die Ausflaggung eines Seeschiffs in einen anderen Mitgliedstaat der Europäischen Union gerichtete Arbeitskampfmaßnahme dann nicht zum Schutz der Arbeitnehmer erforderlich sei und eine Verletzung der Niederlassungsfreiheit darstelle, wenn sie generell, ohne Rücksicht auf die damit verbundenen konkreten Arbeitsbedingungen der Arbeitnehmer erfolge. Da solche Ausflaggungen jedoch regelmäßig erfolgen, um Personalkosten einzusparen und die Rechte der Arbeitnehmer zu beschneiden, dürfte es der ITF nicht schwer fallen, ihre Kampagne entsprechend anzupassen²⁶.

Mittelbar hatte und hat die Etablierung einer weitreichenden unionsrechtlichen Verhältnismäßigkeitskontrolle für Arbeitskampfmaßnahmen jedoch schwerwiegende Auswirkungen auf das Arbeitskampfrecht der Mitgliedsstaaten der Europäischen Union. So sah sich die British Air Line Pilots' Association (BALPA) infolge der Entscheidungen Viking und Laval einer einstweiligen Unterlassungsverfügung durch die britische Justiz zugunsten von British Airways gegen Streikmaßnahmen zum Schutz der Arbeitsbedingungen der bei der Muttergesellschaft beschäftigten Piloten wegen der geplanten Gründung einer Tochtergesellschaft von British Airways in Paris ausgesetzt²⁷. BALPA rügte dies daraufhin beim Sachverständigenausschuss der Internationalen Arbeitsorganisation (IAO; englisch: International Labour Organization [ILO]), der die Einhaltung der Übereinkommen und Empfehlungen der IAO, im vorliegenden Fall war das durch das Vereinigte Königreich ratifizierte IAO-Übereinkommen Nr. 87 betroffen, überwacht. Der Sachverständigenausschuss wiederum brachte seine ernsthafte Besorgnis (*serious concern*) zum Ausdruck, dass

Laval-Rüffert Consequences and policy perspectives, European Trade Union Institut, Report 111, 2010, S. 13 ff.

²⁵ EuGH 18.12. 2007 – C-341/05 (Fn. 2), Leitsätze (Laval).

²⁶ So auch Däubler, AuR 2009, 409, 416 f.

²⁷ Für Einzelheiten des Verfahrens vgl. Ewing/Hendy, Industrial Law Journal (ILJ) 2010, 2, 44 ff.

durch diese Rechtsprechung die übereinkommenskonforme effektive Gewährleistung des Streikrechts beeinträchtigt wird²⁸.

3. Einschränkung von Tariftreuerregelungen durch Unionsrecht

Ursprünglich stand das Gemeinschaftsrecht beziehungsweise Unionsrecht Tariftreuerregelungen, wonach die Vergabe öffentlicher Aufträge an die Einhaltung bestimmter tariflicher Mindeststandards geknüpft war, offen gegenüber.

a) Offenheit des Vergaberechts der Europäischen Union für sozialpolitische Zielsetzungen

So entschied etwa der EuGH, dass sozialpolitische Zielsetzungen wie die Beschäftigung Langzeitarbeitsloser bei der Ausführung eines öffentlichen Bauauftrags als Vergabekriterium mit den Vorgaben der Richtlinie 71/305/EWG (Baukoordinierungsrichtlinie) und ihren Nachfolgerichtlinien vereinbar sind, wenn sie allen sonstigen Vorschriften des Gemeinschaftsrechts, insbesondere der Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit, genügen²⁹. Auch Umweltschutzaspekte wurden in der Folgezeit durch den EuGH als Zuschlagskriterium nicht nur bei Bauaufträgen grundsätzlich akzeptiert³⁰.

Diese Rechtsprechung wurde durch Art. 26 der Richtlinie 2004/18/EG (Vergabekoordinierungsrichtlinie) ausdrücklich aufgenommen, der ausführt, dass zusätzliche Bedingungen, insbesondere soziale und umweltbezogene Aspekte, betreffend vorgeschrieben werden dürfen³¹. In den Erwägungsgründen der Richtlinie wird beispielhaft die Förderung der beruflichen Ausbildung und der Beschäftigung, aber auch die Umsetzung grundlegender Übereinkommen der IAO erwähnt.

b) Einschränkungen durch die EuGH-Entscheidung im Fall Ruffert

Der EuGH kam jedoch in der schon erwähnten Ruffert-Entscheidung zu dem Ergebnis, dass die Tariftreuerregelung des Niedersächsischen Landesvergabegesetzes, wonach die Vergabe eines öffentlichen Auftrags nur an solche Arbeitgeber erfolgen durfte, die sich schriftlich gegenüber dem Staat verpflichteten, die einschlägigen Tarifverträge für ihre Arbeitnehmer anzuwenden, gegen die Richtlinie 96/71/EG in Verbindung mit der Dienstleistungsfreiheit, also gegen Gemeinschaftsrecht beziehungsweise Unionsrecht, verstößt, da die in Bezug genommenen Tarifverträge für nicht allgemeinverbindlich erklärt worden waren und nur Mindestarbeitsbedingungen festgesetzt werden dürften³².

²⁸ International Labour Organization (ILO), International Labour Conference (ILC) 99th Session 2010, Report III (Part 1 A), S. 208 f., abzurufen unter <http://www.ilo.org/public/libdoc/ilo/P/09661/09661%281994-81-4B%29.pdf>.

²⁹ EuGH 20.9. 1988 – 31/87, Slg. 1988, 4635 Rn. 20 ff. (Beentjes); EuGH 26.9. 2000 – C-225/98, Slg. 2000, I-7445 Rn. 50 ff. (Kommission/Frankreich).

³⁰ EuGH 17.9. 2002 – C-513/99, Slg. 2002, I-7213 Rn. 53 ff. (Concordia Bus Finland); EuGH 4.12. 2003 – C-448/01, Slg. 2003, I-4527 Rn. 30 ff. (EVN und Wienstrom).

³¹ Richtlinie 2004/18/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 31.3. 2004 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge (Amtsblatt EU 2004 L 134/114).

³² EuGH 3.4. 2008 – C-46/06 (Fn. 3), Rn. 26 ff. (Ruffert).

III. Aufwertung der Koalitionsfreiheit gemäß Art. 11 EMRK durch den EGMR

1. Die Ausgangslage

Da die Koalitionsfreiheit gemäß Art. 11 EMRK ihrem Wortlaut nach nur die Freiheit schützt, sich zur Wahrnehmung der eigenen Interessen zu Gewerkschaften zusammenzuschließen, und im Unterschied zu Art. 6 Ziffer 4 Europäischen Sozialcharta (ESC) keine ausdrückliche Gewährleistung des Streikrechts enthält, waren die Schlussfolgerungen die der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) hieraus ursprünglich für den Arbeitskampf zog, sehr eingeschränkt.

Zwar sollte neben der bloßen Vereinigungsfreiheit auch die Freiheit gewährleistet sein, die beruflichen Interessen der Mitglieder einer Gewerkschaft durch kollektive Maßnahmen zu schützen und für diese zu kämpfen³³. Gleichzeitig wurde aber auch betont, dass der Streik zwar eines der bedeutendsten Mittel dieses Kampfes sei, es aber auch andere gäbe und das Streikrecht daher nicht bereits an sich durch Art. 11 EMRK geschützt sei³⁴. Maßgeblich sollte sein, ob durch eine Beschränkung des Streikrechts eine effektive Interessenwahrnehmung verhindert wird³⁵.

2. Paradigmenwechsel infolge der Entscheidung Demir und Baykara

a) Recht auf Kollektivverhandlungen und Streik als integraler Bestandteil des Art. 11 EMRK

Nachdem sich bereits in der Entscheidung vom 10.1. 2002 (Unison/Vereinigtes Königreich), in der die Beschränkung eines Streiks erstmals an den Rechtfertigungsgründen des Art. 11 Abs. 2 EMRK gemessen wurde³⁶, und der Entscheidung vom 2.10. 2002 (Wilson and National Union of Journalists/Vereinigtes Königreich), in der ausgeführt wurde, dass zu einem System freiwilliger Kollektivverhandlungen auch das Recht gehört, Arbeitskampfmaßnahmen zu ergreifen³⁷, eine Änderung der Rechtsprechung angedeutet hatte, wurde mit der einstimmigen Entscheidung der Großen Kammer vom 12.11. 2008 (Demir und Baykara/Türkei)³⁸ durch den EGMR ein grundlegender Wandel im Verständnis der Koalitionsfreiheit gemäß Art. 11 EMRK vollzogen.

³³ Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) 27.10. 1975 – No. 4464/70, Europäische Grundrechte-Zeitschrift (EuGRZ) 1975, 562, 565 (Nationale Belgische Polizeigewerkschaft/Belgien); EGMR 6.2. 1976 – No. 5589/72, EuGRZ 1976, 68, 70 f. (Schmidt und Dahlström/Schweden).

³⁴ EGMR 6.2. 1976 – No. 5589/72 (Fn. 33), 70 (Schmidt und Dahlström/Schweden); EGMR 10.1. 2002 – No. 53574/99, Österreichische Juristenzeitung (ÖJZ) 2003, 276, 277 (Unison/Vereinigtes Königreich).

³⁵ EGMR 10.1. 2002 – No. 53574/99 (Fn. 34) (Unison/Vereinigtes Königreich); Europäische Kommission für Menschenrechte (EKMR) 16.4. 1998 – No. 28910/95, European Commission of Human Rights, Decisions and Reports, 93-1, 1998, 63 (National Association of Teachers in Further and Higher Education [NATFHE]/Vereinigtes Königreich).

³⁶ EGMR 10.1. 2002 – No. 53574/99 (Fn. 34), 277 f. (Unison/Vereinigtes Königreich).

³⁷ EGMR 2.10. 2002 – No. 30668, 30671 and 30678/96, zitiert nach der Case Law-Datenbank des EGMR, abzurufen unter <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?skin=hudoc-en>, Ziffer 46 (Wilson, National Union of Journalists und andere/Vereinigtes Königreich).

³⁸ EGMR Große Kammer (GK) 12.11. 2008 – No. 34504/97, AuR 2009, 269 ff. (Demir und Baykara/Türkei).

So wurde unter Heranziehung der Entwicklungen im internationalen Arbeitsrecht, namentlich der IAO-Übereinkommen Nr. 87, 98 und 151, des Art. 6 Abs. 2 ESC und des Art. 28 GRCh und nachrangig aus dem nationalen Arbeitsrecht und der Praxis der Vertragsstaaten, ein Recht auf Kollektivverhandlungen auch für Beschäftigte im öffentlichen Dienst abgeleitet.

In der Entscheidung vom 21.4. 2009 (*Enerji Yapi-Yol Sen/Türkei*) wurde dieser Rechtsgedanke konsequent weiterentwickelt und unter Heranziehung des IAO-Übereinkommens Nr. 87 und der Aussagen der IAO-Überwachungsorgane hierzu die Rechtmäßigkeit eines Demonstrationsstreiks von Beschäftigten im öffentlichen Dienst für ihr Recht auf Kollektivverhandlungen aus Art. 11 EMRK abgeleitet³⁹. Dabei wurde sowohl für die Bestimmung des Anwendungsbereichs der Koalitionsfreiheit gemäß Art. 11 Abs. 1 EMRK als auch der Rechtfertigung eines Eingriffs gemäß Art. 11 Abs. 2 Satz 1 EMRK auf die jeweiligen internationalen Normen abgestellt. In der Folgezeit wurde diese Rechtsprechung in der Entscheidung von 30.7. 2009 (*Danilenkov/ Russland*)⁴⁰, den beiden Entscheidungen vom 15.9. 2009 (*Saime Özcan/Türkei*⁴¹ und *Kaya und Seyhan/Türkei*⁴²) und der Entscheidung vom 13.7. 2010 (*Cerikci/Türkei*)⁴³ vertieft. Das Recht auf Kollektivverhandlungen und das Streikrecht werden damit nunmehr als integraler Bestandteil der Koalitionsfreiheit gemäß Art. 11 EMRK anerkannt.

b) Streikrechtskonzeption des EGMR

Inhaltlich kann gerade mit Blick auf die *Kaya-* und *Seyhan-*Entscheidung des EGMR, die die disziplinarrechtliche Sanktion wegen der Teilnahme von zwei Beschäftigten des öffentlichen Dienstes an einem Demonstrationsstreik gegen die im Parlament verhandelte Neuorganisation der Verwaltung als konventionswidrig ansah⁴⁴, den Stimmen in der Literatur⁴⁵ nur zugestimmt werden, dass der EGMR einer nicht tarifakzessorischen Streikrechtskonzeption folgt und das Streikrecht als Menschenrecht begreift.

c) Kritik der Rechtsprechung

Diese Rechtsprechung wird in der Literatur jedoch auch stark kritisiert, da den Überwachungsgremien von IAO und ESC kein Recht auf authentische Interpretation der jeweiligen völkerrechtlichen Verträge zukomme und sich der EGMR bei der Rezeption von Normen des Internationalen Arbeitsrechts nicht einfach über deren

³⁹ EGMR 21.4. 2009 – No. 68959/01, AuR 2009, 274 ff. (*Enerji Yapi-Yol Sen/Türkei*).

⁴⁰ EGMR 30.7. 2009 – No. 67336/01, zitiert nach der Case Law-Datenbank des EGMR (*Danilenkov/Russland*).

⁴¹ EGMR 15.9. 2009 – No. 22943/04, zitiert nach der Case Law-Datenbank des EGMR (*Saime Özcan/Türkei*).

⁴² EGMR 15.9. 2009 – No. 30946/04, zitiert nach der Case Law-Datenbank des EGMR (*Kaya und Seyhan/Türkei*).

⁴³ EGMR 13.7. 2010 – No. 33322/07, zitiert nach der Case Law-Datenbank des EGMR (*Cerikci/Türkei*).

⁴⁴ EGMR 15.9. 2009 – No. 30946/04 (Fn. 42), Ziffern 15 ff. (*Kaya und Seyhan/Türkei*).

⁴⁵ *Ewing/Hendy*, ILJ 2010, 2, 16.

fehlende Ratifikation hinwegsetzen könne⁴⁶. Auch wird geltend gemacht, dass, insbesondere im Verhältnis von ESC – deren Verpflichtungen konzeptionell anders angelegt seien und nur in Ausnahmefällen unmittelbare individuelle Rechtspositionen begründeten – und EMRK die Systematik der verschiedenen völkerrechtlichen Verträge verwischt würde⁴⁷.

Mit Recht wird jedoch darauf hingewiesen, dass die Grundlinien dieser Rechtsprechung keineswegs neu sind, da der EGMR bereits in der Vergangenheit vielfach die ESC und IAO-Übereinkommen zur rechtsfortbildenden Auslegung der EMRK einschließlich der Aussagen ihrer Überwachungsorgane herangezogen hat⁴⁸. So ist seit der Entscheidung des EGMR vom 25.4. 1978 (Tyrer/Vereinigtes Königreich)⁴⁹ die dynamische rechtsfortbildende Auslegung der Konvention grundsätzlich anerkannt, bei der sich der EGMR gerade nicht über die fehlende Ratifikation eines völkerrechtlichen Vertrags hinwegsetzt sondern die bestehende EMRK weiterentwickelt. Der EGMR stützte unter anderem seine Entscheidung vom 30.6. 1993 (Sigurd A. Sigurjonsson/Island), wonach Art. 11 EMRK auch die nicht ausdrücklich erwähnte negative Vereinigungsfreiheit mitumfasse, auf Ziffer 11 Abs. 2 der Gemeinschaftscharta der sozialen Grundrechte der Arbeitnehmer, den Art. 5 ESC einschließlich der entsprechenden Empfehlung der Parlamentarischen Versammlung des Europarats, der Auffassung des ESC-Sachverständigenausschusses (jetzt: Europäischer Ausschuss für soziale Rechte; englisch: European Committee of Social Rights) und einer individuellen Warnung des Regierungsausschusses hierzu sowie die IAO-Übereinkommen Nr. 87 und Nr. 98, wiederum einschließlich der entsprechenden Spruchpraxis des Ausschusses für Vereinigungsfreiheit⁵⁰.

Des Weiteren wird man die Berücksichtigung der Spruchpraxis internationaler Überwachungsgremien nicht grundlegend infrage stellen können, da sie völkerrechtlich keineswegs gänzlich unbeachtlich ist. Selbst wenn man ihnen die Befugnis zur authentischen Interpretation abspricht, so kommt ihnen doch im Völkerrecht eine hohe Autorität bei der Bestimmung des Inhalts des Internationalen Arbeitsrechts zu.

Für das Verhältnis von Konventionsauslegung und ESC ist zudem der Wille der Konventionsschöpfer zu berücksichtigen, die Konvention durch Einrichtung einer Rechtsprechungsgewalt insofern weiterzuentwickeln, dass soziale Rechte in ihr nicht ausgeklammert werden, sondern sie sich erst in der Rechtsprechung des EGMR entfalten sollten, was dann wiederum den Weg für eine genauere Kodifizierung sozialer Grundrechte freimachen sollte⁵¹. Mit Inkrafttreten der ESC und der ausdrücklichen Kodifikation des Streikrechts haben die Unterzeichnerstaaten einer entsprechenden Rechtsprechung sogar vorgegriffen, und der EGMR vollzieht diesen Prozess nunmehr nach.

Bezüglich der IAO-Übereinkommen ist zudem darauf hinzuweisen, dass diese bereits vor ihrer Ratifikation, unabhängig davon, ob man sie als völkerrechtliche

⁴⁶ Seifert, Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft 2010, 357, 363 ff., 366.

⁴⁷ Weiß, EuZA 3 (2010), 457, 467 f.

⁴⁸ Wedl, Das Recht der Arbeit (DRdA) 2009, 458, 461; Lörcher, AuR 2009, 229, 231, der aber auch von einer Weiterentwicklung spricht.

⁴⁹ EGMR 25.4. 1978 – No. 5856/72, EuGRZ 1979, 162, 164 f. (Tyrer/Vereinigtes Königreich).

⁵⁰ EGMR 30.6. 1993 – No. 16130/90, zitiert nach Case Law-Datenbank des EGMR, Ziffer 35 (Sigurd A. Sigurjonsson/Island).

⁵¹ Robertson, Collected edition of the „Travaux préparatoires“ of the European convention on human rights, Bd. 1, 1985, S. 264 ff., 276.

Verträge, gesetzesähnliche Normen, *soft law* oder – hinsichtlich der IAO-Kernarbeitsnormen – sogar als Völkergewohnheitsrecht qualifiziert⁵², Rechtswirkungen gemäß Art. 19 Abs. 5 IAO-Verfassung entfalten und bereits in diesem Stadium eine besondere völkerrechtliche Legitimation aufgrund der Zustimmung von mindestens zwei Dritteln der Mitglieder der Internationalen Arbeitskonferenz (IAK; englisch: International Labour Conference [ILC]) besitzen. Schließlich kann auch der Verweis auf den fehlenden Konsens der Vertragsstaaten letztlich nicht überzeugen, da sich bereits die Präambel der EMRK zur Entwicklung der Grundrechte bekennt und gerade nicht nur ein Minimalkonsens der Vertragsstaaten festgeschrieben werden sollte. Diese Rechtsprechung kann daher als folgerichtige Anwendung aber auch Weiterentwicklung bisheriger Auslegungsgrundsätze nur begrüßt werden.

IV. Kollision von Unionsrecht und Koventionsrecht

Die oben skizzierte Rechtsprechung des EuGH steht angesichts dieses Paradigmenwechsels im Verständnis des Art. 11 EMRK unter einem erheblichen Rechtfertigungszwang⁵³, da der EuGH sich bei der Herleitung der allgemeinen Rechtsgrundsätze des Gemeinschaftsrechts schon früh maßgeblich auf die EMRK als Rechtserkenntnisquelle gestützt hat⁵⁴. Bereits vor Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon zog der EuGH zur Auslegung der EMRK die Rechtsprechung des EGMR heran und passte seine Rechtsprechung sogar nachträglich einer entsprechenden Judikatur des EGMR an⁵⁵, so dass schon zuvor von einem Gleichlauf des Schutzniveaus gesprochen wurde⁵⁶.

1. Auswirkungen auf das Streikrecht

In den Entscheidungen *Viking Line* und *Laval* aus dem Jahr 2007 beschränkte sich der EuGH für die Herleitung des Streikrechts als allgemeinen Grundsatz des Gemeinschaftsrechts noch auf die ESC, das IAO-Übereinkommen Nr. 87, die Gemeinschaftscharta der sozialen Grundrechte der Arbeitnehmer und Art. 28 GRCh⁵⁷.

a) Begründungsdefizite bei der Einschränkung des unionsrechtlichen Streikgrundrechts durch die Grundfreiheiten

Bereits zu diesem Zeitpunkt wurde das recht pauschale Heranziehen der auch in den internationalen Abkommen enthaltenen Befugnisse zur Einschränkung des Streikrechts zugunsten der Grundfreiheiten durch den EuGH, der lediglich für Art. 28

⁵² Vgl. zum Streitstand *Zimmer*, Soziale Mindeststandards und ihre Durchsetzungsmechanismen – Sicherung internationaler Mindeststandards durch Verhaltenskodizes?, 2008, S. 67 ff.

⁵³ So auch *Marguenaud/Mouly*, *Revue de droit du travail* 2009, 499, 502 f.; *Wedl*, *DRdA* 2009, 458, 462 f.; *Ewing/Hendy*, *ILJ* 2010, 2, 38 ff.; *Schubert/Jerchel*, *EuZW* 2010, 687, 691; *Buschmann*, Anmerkung zu EuGH vom 15.7. 2010, *AuR* 2010, 521, 523.

⁵⁴ EuGH 13.12. 1979 – 44/79, *Slg.* 1979, 3727 Rn. 17 (Hauer).

⁵⁵ EuGH 22.10. 2002 – C-94/00, *Slg.* 2002, I-9011 Rn. 29 (Roquette Frères).

⁵⁶ *Kraus*, in: Grothe/Marauhn (Hrsg.), *EMRK/GG-Konkordanzkommentar*, 2006, Kapitel 3 Rn. 58 ff.

⁵⁷ EuGH 11.12. 2007 – C-438/05 (Fn. 1), Leitsatz 2 und Rn. 43 (*Viking Line*); EuGH 18.12. 2007 – C-341/05 (Fn. 2), Rn. 90 (*Laval*).

GRCh auf die Gewährleistung im Rahmen des Gemeinschaftsrechts hinwies und nicht näher begründete, inwieweit die Einschränkung des Streikrechts durch die Grundfreiheiten den Anforderungen beispielsweise des Art. 31 ESC, der die gleichen inhaltlichen Voraussetzungen für eine Einschränkung des Streikrechts gemäß Art. 6 Ziffer 4 ESC wie Art. 11 Abs. 2 Satz 1 EMRK aufstellt, genügt⁵⁸.

Auch hätte aufgrund der schon erwähnten Unison-Entscheidung des EGMR bereits im Jahr 2007 eine Prüfung der Einschränkung der Koalitionsfreiheit des Art. 11 EMRK auch bezüglich des Streikrechts an eben diesen Voraussetzungen nahegelegen.

b) Veränderungen infolge der Entscheidungen Demir und Baykara und des Inkrafttretens des Vertrags von Lissabon

Mit dem nun eindeutigen Bekenntnis des EGMR zum Schutz des Rechts auf Kollektivverhandlungen und des Streikrechts durch Art. 11 EMRK und der Anerkennung der Rechtsverbindlichkeit der GRCh durch Art. 6 Abs. 1 EUV n.F. ist es mehr als fraglich, ob diese Rechtsprechung noch aufrechterhalten werden kann.

aa) Das Streikrecht nach Art. 11 EMRK als Mindeststandard des Streikgrundrechts der Europäischen Union

Durch die Rechtsprechung des EGMR in Verbindung mit dem schon erwähnten Art. 52 Abs. 3 GRCh hat auch das Streikrecht gemäß Art. 28 Variante 2 GRCh⁵⁹ jedenfalls die Koalitionsfreiheit gemäß Art. 12 Abs. 1 GRCh eine Aufwertung erfahren, so dass das Abstellen allein auf die Öffnungsklausel des Art. 28 GRCh für die Grundfreiheiten und sonstiges Unionsrecht nicht mehr genügen wird. Denn nach herrschender Meinung enthält Art. 52 Abs. 3 GRCh für Rechte der Charta, die den in der EMRK garantierten Rechten entsprechen, die Garantie eines nicht nur der EMRK, sondern auch der Rechtsprechung des EGMR entsprechenden dynamischen Mindestschutzniveaus, so dass sich sowohl Schutzbereich als auch Einschränkungsmöglichkeiten an deren Vorgaben halten lassen müssen⁶⁰. Jedenfalls handelt es sich bei der Fortentwicklung der Rechtsprechung nicht um die Begründung neuer Rechte, sondern nur um eine im Wege der Auslegung erfolgende Anpassung bestehender Rechte an moderne Gegebenheiten⁶¹.

Gemäß den Erläuterungen des Konvents zum Entwurf der Charta entspricht jedenfalls Art. 12 Abs. 1 GRCh dem Art. 11 EMRK⁶². Die Erläuterungen des Konvents

⁵⁸ Zwanziger, Der Betrieb (DB) 2008, 294, 296.

⁵⁹ So ausdrücklich auch Heuschmid, in: Däubler (Hrsg.), Arbeitskampfrecht, 3. Aufl. 2011, § 11 Rn. 63 ff.

⁶⁰ Becker, in: Schwarze/Becker/Hatje/Schoo (Hrsg.), EU-Kommentar, 2. Aufl. 2009, Art. 52 GRCh Rn. 15 f.; Browosky, in: Meyer (Fn. 13), Art. 52 Rn. 30, 37 mit weiteren Nachweisen; von Danwitz, in: Tettinger/Stern (Hrsg.), Kölner Gemeinschaftskommentar zur Europäischen Grundrechte-Charta, 2006, Art. 52 Rn. 51, 56 ff. mit weiteren Nachweisen; Griller, in: Duschanek/Griller (Hrsg.), Grundrechte für Europa, 2002, S. 158 f.; Jarass, Charta der Grundrechte der Europäischen Union, Kommentar, 2010, Art. 52 Rn. 65; Molthagen, Das Verhältnis der EU-Grundrechte zur EMRK, 2003, S. 75 ff.; Schneiders, Die Grundrechte der EU und die EMRK, 2010, S. 161 ff., 171 ff.; Streinz, in: Streinz (Hrsg.), EUV/EGV, Kommentar, 2003, Art. 52 Rn. 3; kritisch Kingreen, in: Callies/Ruffert (Hrsg.), EUV EGV, Kommentar, 3. Aufl. 2007, Art. 52 GRCh Rn. 37.

⁶¹ Schneiders (Fn. 60), S. 171.

⁶² Dokument CONVENT 49 vom 11.10. 2000, S. 49, abzurufen unter http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/04473_de.

sind zwar nicht rechtsverbindlich, ihnen wird jedoch bei der Auslegung der Charta eine hohe Bedeutung beigemessen⁶³. Vorliegend besteht kein Anlass, von den Erläuterungen abzuweichen, da der Wortlaut der Rechte nahezu identisch ist. Demnach sind Einschränkungen des Streikrechts auch im Rahmen der Grundrechtecharta an den Anforderungen der Rechtsprechung des EGMR zu messen, der, wie bereits erörtert, sowohl den Anwendungsbereich der Koalitionsfreiheit als auch die Rechtfertigung von Eingriffen in die Koalitionsfreiheit anhand der jeweils herangezogenen (arbeits-) völkerrechtlichen Verträge und den Aussagen ihrer Überwachungsorgane bestimmt.

Zwar könnten die Grundfreiheiten immer noch als vertragsimmanente Schranke der Charta anzusehen sein, da nach Art. 6 Abs. 1 EUV n.F. die GRCh und das Vertragsrecht gleichrangig sind. Dies würde jedoch dem in Art. 52 Abs. 3 GRCh zum Ausdruck kommenden Willen der Schöpfer der Charta widersprechen, für die der EMRK entsprechenden Artikel der Charta im Recht der Europäischen Union einen auch den Anforderungen der Rechtsprechung des EGMR erfüllenden Grundrechtsschutz zu gewährleisten. Auch muss diese Regelung im Zusammenhang mit Art. 6 Abs. 2 EUV, der den Beitritt der Europäischen Union zur EMRK festschreibt, ausgelegt werden. Danach ist beabsichtigt, dass sich die Union künftig unmittelbar der EMRK und der Rechtsprechung des EGMR unterwirft. Ein auch die materielle Geltung der EMRK einschränkender Vorbehalt zugunsten des primären Unionsrechts würde diesem Willen widersprechen. Denn auch die EMRK kennt keinen Vorbehalt zugunsten des in seiner Wirkung mit dem primären Unionsrecht vergleichbaren nationalen Verfassungsrechts, sondern überlässt es den Mitgliedsstaaten lediglich, auf welche Weise sie ihre völkerrechtlichen Verpflichtungen aus der EMRK innerstaatlich umsetzen⁶⁴. Man wird daher auch das primäre Unionsrecht entsprechend chartakonform auslegen müssen, soweit sie mit der EMRK materiell übereinstimmt und die Beeinträchtigung von Grundfreiheiten infolge von entsprechenden Grundrechtsausübungen jedenfalls als aus zwingenden Gründen des Allgemeininteresses erforderlich ansehen müssen⁶⁵.

Das Protokoll (Nr. 8) zu Art. 6 Abs. 2 EUV und über den Beitritt der Union zur EMRK⁶⁶ ändert hieran ebenso wenig, da es nur die Modalitäten des Beitritts der Europäischen Union zur EMRK regelt, aber keine materiellen Einschränkungen der Grundrechte fordert.

bb) Die Einschränkung des Streikrechts gemäß Art. 11 EMRK durch die Grundfreiheiten

Zieht man daher nun zur Ausgestaltung der Koalitionsfreiheit gemäß Art. 11 EMRK wie der EGMR die ESC, das IAO-Übereinkommen Nr. 87 und die Aussagen der zuständigen Überwachungsorgane heran, ist zu beachten, dass sich dort keinerlei Aussagen zur Einschränkung des Streikrechts zum Schutz der grenzüberschreitenden Wirtschaftstätigkeit finden. Auch ist es sehr zweifelhaft, ob solche Beschränkungen

⁶³ Vgl. *Borowsky*, in: Meyer (Fn. 13), Art. 52 Rn. 31b.

⁶⁴ *Giegerich*, in: Grote/Marauhn (Fn. 56), Kapitel 2 Rn. 19.

⁶⁵ So auch *Kokott/Sobotta*, EuGRZ 2010, 265, 269 f.

⁶⁶ Protokoll zu Artikel 6 Absatz 2 des Vertrags über die Europäische Union über den Beitrag der Union zur Europäischen Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten (Amtsblatt EU 2007 C 306/155).

gen im Sinne des Art. 11 Abs. 2 EMRK in einer demokratischen Gesellschaft notwendig sind⁶⁷.

Vielmehr hat sich der Ausschuss für Vereinigungsfreiheit gegen die Einschränkung des (Solidaritäts-) Streikrechts im Rahmen der internationalen Boykottkampagne der ITF durch das australische Wettbewerbsrecht (Trade Practices Act 1974) und einem darauf gestützten Vorgehen der Australian Competition and Consumer Commission (ACCC) ausgesprochen⁶⁸.

Auch die durch den ESC-Sachverständigenausschuss und der entsprechenden Überwachungsorgane der IAO betonte effektive Gewährleistung des Streikrechts⁶⁹ spricht dagegen, das Streikrecht einer so weitreichenden unionsrechtlichen Verhältnismäßigkeitsprüfung zu unterwerfen. Insbesondere der ESC-Sachverständigenausschuss hat sich ausführlich mit der Verhältnismäßigkeitsprüfung im deutschen Arbeitskampfrecht beschäftigt und deutliche Zweifel geäußert, ob diese Regelung mit einer effektiven Gewährleistung des Streikrechts gemäß Art. 6 Ziffer 4 ESC vereinbar ist⁷⁰. Entsprechendes gilt für die schon erwähnten Äußerungen des IAO-Sachverständigenausschusses im BALPA-Fall. Es spricht daher vieles dafür, dass der EuGH seine Rechtsprechung erneut an die Vorgaben des EGMR anpassen muss.

2. Auswirkungen auf die Zulässigkeit von Tariftreueregelungen

Zwar hat der EGMR nunmehr ausdrücklich das Recht auf Kollektivverhandlungen als durch Art. 11 EMRK gewährleistet angesehen, fraglich ist allerdings, ob sich dieser Schutz und damit auch der Gewährleistungsinhalt des Art. 12 Abs. 1 GRCh beziehungsweise Art. 28 GRCh ebenso auf die Gewährleistung von Tariftreueregelungen bei der Vergabe öffentlicher Aufträge erstreckt, da die Kollektivverhandlungen durch diese nicht unmittelbar betroffen werden. Dies gilt insbesondere, da die Koalitionsfreiheit gemäß Art. 9 Abs. 3 Grundgesetz (GG) und Art. 11 EMRK bisher vor allem in Gestalt der negativen Koalitionsfreiheit gegen die Zulässigkeit von Tariftreueregelungen angeführt wurde⁷¹.

a) Tariftreueregelungen als Maßnahmen zum Schutz der Tarifautonomie

Jedoch hat bereits das Bundesverfassungsgericht (BVerfG) in seiner Entscheidung zur Verfassungskonformität der Allgemeinverbindlicherklärung gemäß § 5 Tarifvertragsgesetz (TVG) ausgeführt, dass es sich hierbei um ein Instrument handelt, das gerade die durch die Koalitionsfreiheit gemäß Art. 9 Abs. 3 GG geschützte autonome Ordnung des Arbeitslebens stützen und Tarifverträgen eine größere Durchsetzungskraft verleihen⁷², also auch das Recht auf Kollektivverhandlungen schützen soll.

⁶⁷ So auch für Art. 31 Europäische Sozialcharta (ESC) *Zwanziger*, DB 2008, 294, 296.

⁶⁸ Committee on Freedom of Association (CFA), 320th Report, 2000, Case No. 1963, paragraphs (para.) 176 and 233 ff.

⁶⁹ Vgl. auch *Lörcher*, in: Däubler (Fn. 59), § 17 Rn. 67.

⁷⁰ European Committee of Social Rights, Conclusions XVI-1 Volume 1, 2003, Section 165/262, Germany, Art. 6 para. 4.; Conclusions XVII-1, Volume 1, 2004, Section 122/166, Germany, Art. 6 para. 4.; Conclusions, XVIII-1 Volume 1, 2006, Section 140/194, Germany, Art. 6 para. 4.; jeweils zitiert nach European Social Charter Document Collection, abzurufen unter <http://hudoc.esc.coe.int/esc2008/query.asp?language=en>.

⁷¹ Vgl. etwa *Löwisch*, DB 2001, 1090 ff.

⁷² Bundesverfassungsgericht (BVerfG) 24.5. 1977 – 2 BvL 11/74, juris Rn. 61.

Vergleichbares bezwecken Tarifreuegelungen bei der Vergabe öffentlicher Aufträge, die in der Literatur daher auch zutreffend als auf diesen Bereich beschränkte faktische Allgemeinverbindlicherklärungen von Tarifregelungen angesehen werden⁷³.

Dies gilt insbesondere vor dem Hintergrund der starken wirtschaftlichen Bedeutung der öffentlichen Auftragsvergabe. So beläuft sich nach dem Bericht des Sachverständigenausschusses der IAO aus dem Jahr 2008, der sich wiederum auf Zahlen der Organisation für wirtschaftliche Zusammenarbeit und Entwicklung (OECD) und der Europäischen Kommission beruft, der Anteil der öffentlichen Auftragsvergabe am globalen Bruttoinlandsprodukt auf circa (ca.) 15 % und in der Europäischen Union sogar auf ca. 16 %⁷⁴.

b) Die Bedeutung des IAO-Übereinkommens Nr. 94

Auch wurde bereits unter Geltung der alten Rechtslage unter Bezugnahme auf das IAO-Übereinkommen Nr. 94 und seiner Ratifikation durch die Mitgliedsstaaten der Europäischen Union Belgien, Bulgarien, Dänemark, Frankreich, Italien, Niederlande, Österreich, Spanien, dem Vereinigten Königreich, das es 1982 kündigte, sowie Zypern in Erwägung gezogen, ob Tarifreuegelungen bei der Vergabe öffentlicher Aufträge nicht einen allgemeinen Rechtsgrundsatz des Gemeinschaftsrecht darstellen⁷⁵. Dieses bereits 1949 durch die IAK verabschiedete und auf entsprechenden nationalen – vor allem in angloamerikanischen Ländern verbreiteten – Regelungen aufbauende Übereinkommen schreibt in Art. 1 und 2 ausdrücklich vor, dass etwa bei der Vergabe öffentlicher Bauaufträge aber auch bei der Leistung und Bereitstellung von Diensten für den Staat die gleichen Arbeitsbedingungen wie in den einschlägigen Kollektivverträgen mit den privaten Auftragsempfängern vereinbart werden müssen, und hat ebenfalls den Zweck, die Durchsetzung tariflicher Regelungen zu schützen⁷⁶.

Zwar weist dieses Übereinkommen einen vergleichsweise niedrigen Ratifikationsstand von ca. einem Drittel der Mitgliedstaaten der IAO auf; es ist aber dabei darauf hinzuweisen, dass das Grundanliegen der staatlichen Unterstützung der Durchsetzungsfähigkeit von Tarifverträgen von weit mehr Mitgliedstaaten der IAO, insbesondere in Westeuropa, bis in die 1980er Jahre hinein geteilt wurde, als der Ratifikationsstand vermuten lässt, da beispielsweise Länder wie Frankreich, Deutschland oder die Benelux-Staaten mit dem Instrument der Allgemeinverbindlicherklärung weitreichendere Maßnahmen zur staatlichen Unterstützung ihres Tarifvertragssystems ergriffen hatten⁷⁷.

Erweitert man den Blickwinkel auf die Mitglieder des Europarats, so lässt sich feststellen, dass auch Bosnien-Herzegowina, Makedonien (Former Yugoslavian Republic of Macedonia [FYROM]), Norwegen und die Türkei das Übereinkommen ratifiziert haben⁷⁸. Auch wurde auf der 97. Sitzung der IAK das Übereinkommen

⁷³ *Blanke, Liber amicorum* Ulrike Wendeling-Schröder, 2009, S. 131, 143.

⁷⁴ ILO, ILC 97th Session 2008, Report III (Part 1 B), para. 26, abzurufen unter <http://www.ilo.org/public/libdoc/ilo/P/09661/09661%282008-97-1B%29140.pdf>.

⁷⁵ *Däubler, Tarifreueklauseln nach der Ruffert-Entscheidung des EuGH, Gutachterliche Stellungnahme, Typoskript*, 2008, S. 8 f., abzurufen unter <http://www.berlin-brandenburg.dgb.de/filemanager/download/2085/D%C3%A4ubler,%20Gutachtliche%20Stellungnahme%20R%C3%BCf%20fert.pdf>.

⁷⁶ ILO, ILC 97th (Fn. 74), para. 21.

⁷⁷ Vgl. *Bruun/Jacobs*, AuR 2008, 417, 418 f.

⁷⁸ Die Ratifikationen sind dokumentiert unter <http://www.ilo.org/ilolex/cgi-lex/ratifice.pl?C094>.

bekräftigt und mit einer überwältigenden Mehrheit der Regierungs- und Arbeitnehmervertreter beschlossen, weitere Forschung in diesem Bereich als notwendig zu erachten und das Übereinkommen gerade nicht als überholt anzusehen⁷⁹. Schließlich ist ebenso an dieser Stelle auf die Rechtswirkungen, die sich auch aus einem nicht ratifizierten Übereinkommen für die Mitglieder der IAO ergeben, zu verweisen.

c) Die Bestimmung der Reichweite der Koalitionsfreiheit gemäß Art. 11 EMRK

Wendet man nunmehr die schon dargelegte Auslegungsmethode des EGMR zur Bestimmung der Reichweite der Koalitionsfreiheit gemäß Art. 11 EMRK an, so spricht wiederum vieles dafür, dass auch Tarifreueregelungen zum Schutzbereich des Rechts auf Kollektivverhandlungen zählen. Auch das Verhältnis zwischen diesem Recht und der negativen Koalitionsfreiheit müsste sich am IAO-Übereinkommen Nr. 94 orientieren. Im Übrigen spricht schon die bisherige Rechtsprechung des EGMR nicht dafür, dass Tarifreueregelungen oder Allgemeinverbindlicherklärungen gegen die negative Koalitionsfreiheit gemäß Art. 11 EMRK verstoßen, da sich der EGMR bisher nur gegen die Erzwungung des Beitritts zu einer Koalition, nicht aber gegen die Erstreckung eines Tarifvertrags auf Außenseiter gewandt hat⁸⁰. Die Ermöglichung einer ungehinderten grenzüberschreitenden Wirtschaftstätigkeit dürfte wiederum für eine Rechtfertigung eines Eingriffs in die Koalitionsfreiheit gemäß Art. 11 Abs. 2 Satz 1 EMRK nicht ausreichend sein. Damit erzwingt die neuere EGMR-Rechtsprechung zur Koalitionsfreiheit auch eine Überprüfung der EuGH-Entscheidungen zur Vereinbarkeit von Tarifreueregelungen mit Unionsrecht.

V. Ausblick

Die neuere Rechtsprechung des EGMR zur Reichweite der Koalitionsfreiheit gemäß Art. 11 EMRK stellt nicht nur die Auslegung des Unionsrechts durch den EuGH infrage. Vielmehr müssen auch die nationalen Gerichte ihre Rechtsprechung auf dem Gebiet der kollektiven Arbeitsbeziehungen überprüfen, ob sie etwa der menschenrechtlichen Streikkonzeption des EGMR genügt. Dies gilt insbesondere für das deutsche Verbot des Beamtenstreiks und des (politischen) Demonstrationstreiks.

Im Unterschied zur schon viele Jahre bestehenden Spruchpraxis des Ausschusses für Vereinigungsfreiheit⁸¹ und des Sachverständigenausschusses⁸² der IAO, die Ähnliches aus der IAO-Verfassung nebst der inkorporierten Erklärung von Philadelphia und dem IAO-Übereinkommen Nr. 87 abgeleitet haben, sowie der Spruchpraxis des Sachverständigenausschusses⁸³ und neuerdings auch des Ministerkomitees des

⁷⁹ Vgl. *Bruun/Jacobs*, AuR 2008, 417, 421.

⁸⁰ EGMR 25.4.1996 – No. 15573/89, zitiert nach der Case Law-Datenbank des EGMR, Ziffer 53 f. (*Gustafsson/Schweden*).

⁸¹ Vgl. ILO, *Freedom of Association, Digest of decisions and principles of the Freedom of Association Committee of the Governing Body of the ILO*, 5th Ed. 2006, para. 529 (*Demonstrationstreiks*) und paras. 572 ff. (*Streikrecht im öffentlichen Dienst*), abzurufen unter <http://www.ilo.org/ilolex/english/23e2006.pdf>.

⁸² Vgl. ILO, ILC 81st Session 1994, Report III (Part 4 B), General Survey, paras. 156 ff. (*Streikrecht im öffentlichen Dienst*) und para. 165 (*Demonstrationstreiks*).

⁸³ Council of Europe, *Digest of the case law of the European Committee of Social Rights*, 2008, S. 56 (*Streikrecht nicht nur zum Abschluss von Tarifverträgen*), 57 (*Streikrecht für Beschäftigte im*

Europarats⁸⁴ zur Streikrechtsgewährleistung gemäß Art. 6 Ziffer 4 ESC, ist nach Rechtsprechung des BVerfG das nationale Recht einschließlich der Grundrechte und rechtsstaatlichen Grundsätze⁸⁵ nicht nur im Einklang mit der EMRK auszulegen und anzuwenden, selbst wenn es zeitlich später erlassen worden ist⁸⁶, sondern aufgrund von Art. 46 Abs. 1 EMRK⁸⁷ auch die Rechtsprechung des EGMR einschließlich solcher Entscheidungen, die nicht gegen die Bundesrepublik Deutschland ergangen sind⁸⁸, durch die deutschen Behörden und Gerichte zu befolgen, wenn ihnen dies im Rahmen ihrer Zuständigkeit und Gesetzesbindung möglich ist, sie sich also im Rahmen methodisch vertretbarer Gesetzesauslegung halten, und sie die Auswirkungen der Entscheidungen auf nationale ausbalancierte Teilsysteme des innerstaatlichen Rechts, die verschiedene Grundrechtspositionen miteinander zum Ausgleich bringen wollen, berücksichtigen⁸⁹.

Dass die nationale Diskussion diesbezüglich wieder in Bewegung geraten ist, zeigt die Entscheidung des Verwaltungsgerichts Düsseldorf vom 15.12. 2010, wonach die Verhängung von Disziplinarmaßnahmen gegen bestimmte Beamtengruppen für die Teilnahme an Streiks nach der neueren Rechtsprechung des EGMR gegen die durch die EMRK garantierte Koalitionsfreiheit verstößt⁹⁰.

öffentlichen Dienst), abzurufen unter http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/socialcharter/digest/DigestSept2008_en.pdf.

⁸⁴ Council of Europe Committee of Ministers, Recommendation No. R Ch (98) 2, AuR 1998, 156.

⁸⁵ BVerfG 26.3. 1987 – 2 BvR 589/79, 740/81 und 284/85, Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts (BVerfGE) 74, 358, 370; BVerfG 14.10. 2004 – 2 BvR 1481/04, BVerfGE 111, 307, 317.

⁸⁶ BVerfG 26.3. 1987 – 2 BvR 589/79, 740/81 und 284/85 (Fn. 85).

⁸⁷ „Die Hohen Vertragsparteien verpflichten sich, in allen Rechtssachen, in denen sie Partei sind, das endgültige Urteil des Gerichtshofs zu befolgen.“

⁸⁸ So wegen der jedenfalls faktischen Präjudizwirkung von Gerichtsentscheidungen ausdrücklich für die vergleichbare Regelung des Art. 1 Fakultativprotokoll zum Wiener Konsularrechtsübereinkommen BVerfG 19.9. 2006 – 2 BvR 2115/01 und andere, EuGRZ 2006, 684, 691.

⁸⁹ BVerfG 14.10. 2004 – 2 BvR 1481/04 (Fn. 85), 307, 323 ff.; kritisch zum letzten Kriterium Cramer, EuGRZ 2004, 1234, 1234.

⁹⁰ Verwaltungsgericht (VG) Düsseldorf 15.12. 2010 – 31 K 3904/10.O., juris Rn. 16 ff., 22 ff.