

HERAUSGEBER

Prof. Dr. Olaf Deinert
Prof. Dr. Rüdiger Krause
Institut für Arbeitsrecht der
Georg-August-Universität Göttingen
Prof. Dr. Manfred Walser, LL.M.
Hochschule Mainz



HOCHSCHULE
MAINZ



IN ZUSAMMENARBEIT MIT

Dr. Ernesto Klengel
Dr. Amélie Sutterer-Kipping
Hugo Sinzheimer Institut

HSI

Hugo Sinzheimer Institut
für Arbeits- und Sozialrecht

REGINE WINTER

*Verwirklichung von gleichem Entgelt für Männer und Frauen
bei gleichwertiger Arbeit durch die EU-Entgelt-
transparenzrichtlinie – Auswirkungen für
(tarifvertragliche) Entgeltsysteme*

Seite 42

THORSTEN KINGREEN

*Der krankensicherungsrechtliche Status von
Saisonarbeitenden in der Landwirtschaft*

Seite 56

RUDOLF MOSLER

Das Streikrecht in Österreich und Deutschland im Vergleich

Seite 67

Soziales Recht
2/2025
ISSN 2193-5157
Mai 2025, 15. Jahrgang

Herausgeber

Prof. Dr. Olaf Deinert
Prof. Dr. Rüdiger Krause
Institut für Arbeitsrecht der
Georg-August-Universität Göttingen
Prof. Dr. Manfred Walsler, LL.M.
Hochschule Mainz

in Zusammenarbeit mit:

Dr. Ernesto Klengel
Dr. Amélie Sutterer-Kipping
Hugo Sinzheimer Institut für Arbeits- und Sozialrecht
(HSI) der Hans-Böckler-Stiftung, Frankfurt/Main

Redaktion

Prof. Dr. Olaf Deinert
Prof. Dr. Manfred Walsler, LL.M.

Anschrift der Redaktion

Institut für Arbeitsrecht der
Georg-August-Universität Göttingen
Platz der Göttinger Sieben 6
37073 Göttingen
Tel. 0551/39 – 279 48
Fax: 0551/39 – 272 45
E-Mail: sekretariat.deinert@jura.uni-goettingen.de

Verlag

Bund-Verlag GmbH
Geschäftsführer: Jürgen Scholl

Geschäftsbereich Zeitschriften

Irgard Schmalix (Leitung)
Tel. 069/79 50 10-83

Anschrift des Verlages

Bund-Verlag GmbH
Emil-von-Behring-Straße 14
60439 Frankfurt/Main
(ladungsfähige Anschrift)
kontakt@bund-verlag.de
Tel. 069/79 50 10-0
Fax: 069/13 30 77-666

Anzeigen

Susann Schlicht (verantwortlich)
Thomas Schrader
Tel. 069/79 50 10-602
anzeigen@bund-verlag.de
Erscheint 6 x jährlich als Supplement
der Zeitschrift Arbeit und Recht.
Im Abonnementpreis der Zeitschrift
Arbeit und Recht enthalten.

Gestaltung

fsvk.design

Druckvorstufe

Da-TeX Gerd Blumenstein, Leipzig

Druck

DWS Marquart GmbH,
Saulgauer Str. 3, 88326 Aulendorf

Bezug Einbanddecken und Buchbindeservice

Tel. 02776/92288-0 oder
bund-verlag@schaefermedien.de

Mit Namen gekennzeichnete Beiträge,
Beilagen und Anzeigen geben nicht unbedingt
die Meinung der Herausgeber, der Redaktion
oder des Verlages wieder.

Urheber- und Verlagsrechte

Alle in diesem Supplement veröffentlichten Beiträge
und Abbildungen sind urheberrechtlich geschützt.
Jede Verwertung – auch auszugsweise – bedarf der
vorherigen Zustimmung des Verlages. Die Inhalte
dürfen nicht zur Entwicklung, zum Training und/oder
zur Anreicherung von KI-Anwendungen, insbesondere
von generativen KI-Anwendungen verwendet werden.
Dies umfasst auch jede Verwendung der digitalen
Inhalte in KI-Anwendungen. Die Nutzung der Inhalte
für Text- und Data-Mining im Sinne von § 44b UrhG
ist ausdrücklich vorbehalten und damit verboten.

Über »Soziales Recht«

»Soziales Recht« umfasst als klassifikatorischer Begriff in Anlehnung an *Hugo Sinzheimer* die Gesamtheit des staatlichen und autonom gesetzten Rechts, das sich auf das soziale Phänomen der abhängigen Arbeit bezieht. Formal relativiert das Konzept des Sozialen Rechts die vor allem in Deutschland traditionell betonte Dichotomie von Privatrecht und öffentlichem Recht. Inhaltlich greift es die Wechselbeziehungen des

Arbeitsverhältnisses mit den gesellschaftlichen Verhältnissen auf und steht für eine an der Würde, der Selbstbestimmung und der sozialen Sicherheit des arbeitenden Menschen orientierten rechtlichen Regulierung, die angesichts einer sich verändernden Arbeitswirklichkeit einer ständigen Weiterentwicklung bedarf, um diese Leitgedanken jeweils zu aktualisieren. *Hugo Sinzheimer* (1875-1945) selbst war Rechtswissenschaft-

ler, Rechtspraktiker, Rechtspolitiker sowie Rechtssoziologe und gilt als Vater des deutschen kollektiven Arbeitsrechts.

- Zum Begriff »Soziales Recht«: *Seifert*, SR 2011, 62–73 sowie *Eichenhofer*, SR 2012, 76–83 und SR 2022, 170–192.
- Zur früheren »Zeitschrift für soziales Recht«: *Kocher*, SR 2013, 53–63.

Editorial

Beim Erscheinen dieser Ausgabe von »Soziales Recht« sind seit der Bundestagswahl am 23. Februar 2025 mehr als zwei Monate vergangen. Erwartbar haben rechtspopulistische und rechtsextreme Kräfte deutlich an Stimmen dazugewonnen, auch wenn es für eine Regierungsbeteiligung (noch) nicht reicht. Es handelt sich dabei um Kräfte, die zentrale Einrichtungen des Rechtsstaats infrage stellen und demokratische Errungenschaften angreifen.

Optimistisch stimmt dagegen, dass hierzulande starke und funktionierende Institutionen existieren, die dieser Entwicklung entgegenstehen. Hierzu gehört auch das Arbeitsrecht als Gesamtsystem. Mit ihm besteht eine Barriere – man mag sogar hoffen eine »Brandmauer« – gegen ein gesellschaftliches Abdriften. Die Beiträge im vorliegenden Heft stehen – gerade in ihrer Vielfältigkeit – sinnbildlich für den demokratiefördernden Gehalt des Arbeitsrechts.

Der erste Beitrag von *Regine Winter* zu den Auswirkungen der EU-Entgelttransparenzrichtlinie 2023/970 auf Entgeltsysteme verbindet den Schutzgedanken des Arbeitsrechts mit seiner emanzipatorischen Funktion. Denn der Schutz vor Diskriminierung und das Bereithalten von Instrumenten, um ungerechtfertigter Ungleichbehandlung entgegenzuwirken, sind gerade die Ansatzpunkte, die das Entgelttransparenzgesetz und die bis zum 7. Juli 2026 umzusetzende Entgelttransparenzrichtlinie wählen, um gleiche Entgeltbedingungen für Frauen und Männer auf dem Arbeitsmarkt herzustellen. Dass hier künftig auch die Unternehmen sowie die Tarifvertragsparteien stärker in der Pflicht stehen, proaktiv zu handeln, führt *Winter* aus. So leisten diese Instrumente einen Beitrag zum gesellschaftlichen Zusammenhalt.

Dieser Zusammenhalt ist umso mehr gefährdet, wenn in einer Gesellschaft Arbeits- und Sozialbedingungen akzeptiert werden, wie sie in einer Branche wie der Saisonarbeit in der Landwirtschaft existieren. Es handelt sich um einen Sektor, in dem mittlerweile

Arbeitskräfte vorrangig im Ausland angeworben werden, nicht mehr nur in Osteuropa, sondern sogar in asiatischen Ländern wie Pakistan, Indien oder Bangladesch. Ziel ist es dabei, die Kosten für Arbeit zu drücken. Ein wesentlicher Faktor, weshalb dies in der Landwirtschaft funktioniert, liegt in der Ersparnis von Sozialversicherungsbeiträgen im Fall von kurzfristiger Beschäftigung iSd. § 8 Abs. 1 Nr. 2 SGB IV. Hier setzt der Beitrag von *Thorsten Kingreen* an und macht Vorschläge für eine bessere soziale Absicherung.

Besonders deutlich wird der Aspekt der Teilhabe und Selbstermächtigung schließlich im Beitrag von *Rudolf Mosler*, der das österreichische und das deutsche Streikrecht miteinander vergleicht und dabei trotz der durchaus erheblichen Unterschiede sowohl in den politischen Traditionen als auch in den Systemen der Arbeitsbeziehungen überraschend viele Parallelen identifiziert. Bemerkenswert – und ein weiterer Lichtblick – ist, dass diese Parallelen auch auf das europäische Zusammenwachsen zurückzuführen sind, etwa in Form der EMRK.

Täglich gelebte Demokratie am Arbeitsplatz wie auch Maßnahmen gegen ein Abgleiten von Menschen in prekäre Lebenssituationen wirken sich also auf die demokratische Grundhaltung aus. Ein effektiver arbeitsrechtlicher Schutz nimmt Ängste und schützt auf diese Weise vor der Anfälligkeit für populistische Parolen. Positive Erfahrungen eigener Handlungsfähigkeit und von gelebter Solidarität im Betrieb über kulturelle Unterschiede hinweg reduzieren sogar rechtsradikale und autoritäre Einstellungen. Ein starkes materielles Arbeits- und Sozialrecht mit starken Institutionen ist daher das Gebot der Stunde.

Manfred Walser
Mitherausgeber

Verwirklichung von gleichem Entgelt für Männer und Frauen bei gleichwertiger Arbeit durch die EU-Entgelttransparenzrichtlinie – Auswirkungen für (tarifvertragliche) Entgeltsysteme

DR. REGINE WINTER, RICHTERIN AM BUNDESARBEITSGERICHT AD., ERFURT

ZUSAMMENFASSUNG Arbeit, die hauptsächlich von Frauen geleistet wird, ist nach wie vor strukturell unterbewertet. Durch die Entgelttransparenzrichtlinie (EU) 2023/970 vom 10. Mai 2023 soll wirksame Abhilfe geschaffen werden. Dies wird Auswirkungen für bestehende Entgeltsysteme haben, auch für tarifvertragliche.

ABSTRACT Structural undervaluation of work predominantly carried out by women continues. The Pay Transparency Directive (EU) 2023/970 of 10 May 2023 is intended to provide an effective remedy. This will have consequences for existing remuneration systems, including those based on collective agreements.

I. Einleitung

Arbeit in Berufen und Tätigkeiten, in denen überwiegend Frauen beschäftigt sind, wird schlechter bezahlt als Arbeit in Berufen und Tätigkeiten, in denen überwiegend Männer beschäftigt sind. Um diese weithin bekannte Ausgangslage geht es bei dem Rechtsanspruch auf gleiches Entgelt für gleichwertige Arbeit unabhängig vom Geschlecht, auch genannt »Grundsatz des gleichen Entgelts«. Soweit nämlich eine mit dem Geschlecht zusammenhängende – in der Regel gesellschaftlich verwurzelte – Unterbewertung der einen Arbeit im Verhältnis zur anderen Ursache für weniger Entgelt ist, besteht ein gerichtlich durchsetzbarer Anspruch auf Abhilfe. Die Rechtsgrundlagen, auf die entsprechende Klagen vor den nationalen Arbeitsgerichten oder – im Fall von ua. beamtenrechtlichen Vorgaben – vor den nationalen Verwaltungsgerichten gestützt werden können, sind sowohl im Unionsrecht (Art. 157 AEUV) als auch im nationalen Recht (§ 3 Abs. 1 und § 7 EntgTranspG) normiert.

Die Mitgliedstaaten der EU sind seit Jahrzehnten verpflichtet, die praktische Durchsetzung des Rechtsanspruchs auf gleiches Entgelt für Männer und Frauen bei gleicher oder gleichwertiger Arbeit sicherzustellen, für Betroffene besteht ein durchsetzbarer Rechtsanspruch.¹ Trotzdem hinkt die Rechtswirklichkeit hinterher. Selbst bei »gleicher« Arbeit, die ja wegen der Gleichheit der Arbeitsanforderungen noch relativ leicht zu identifizieren ist,² besteht nach den Berechnungen des Statistischen Bundesamts in Deutschland zu Lasten von Frauen eine Entgelt Differenz von 6 % (sog. »bereinigter«

Gender Pay Gap³). Aus dem in Deutschland konstant hohen »unbereinigten« prozentualen Brutto-Verdienstunterschied bzw. Gender Pay Gap zwischen Frauen und Männern von 18 %, mit dem Deutschland zu den Schlusslichtern in der EU gehört, werden nämlich nicht nur Ursachen für Entgelt Differenzen herausgerechnet, die etwa darauf beruhen, dass Frauen häufiger als Männer in Teilzeit arbeiten oder geringfügig beschäftigt sind. Ausdrücklich herausgerechnet wird ua. auch, dass Frauen häufiger als Männer in Berufen arbeiten, in denen schlechter bezahlt wird.⁴ Demnach wird mit der »Bereinigung« Entgelt Diskriminierung bei unterschiedlicher, aber letztlich ggf. gleichwertiger Arbeit nicht erfasst, vielmehr ausdrücklich herausgerechnet. Unzutreffend und nicht unionsrechtskonform ist es deshalb, soweit das Statistische Bundesamt – eine staatliche Stelle eines EU-Mitgliedstaats – behauptet⁵, der »bereinigte« Wert sei als »Obergrenze« für Verdienstdiskriminierung durch Arbeitgeber zu verstehen.

Da es bisher nicht gelungen ist, das Recht auf Entgeltgleichheit tatsächlich zu verwirklichen und die Anwendung des Grundsatzes des gleichen Entgelts vielfältig behindert wird – unter anderem durch mangelnde Transparenz der Entgeltsysteme, mangelnde Rechtssicherheit in Bezug auf den Begriff der gleichwertigen Arbeit und Verfahrenshindernisse für Diskriminierungsopfer –, soll mit der EU-Entgelttransparenzrichtlinie (EU) – Richtlinie 2023/970 vom 10. Mai 2023 (ETRL) – Abhilfe geschaffen werden.⁶

Im Übrigen war das geschlechtsspezifische Entgelt- und in der Folge auch Rentengefälle bereits einige Monate zuvor – im Herbst 2022 – im Rahmen der neuen Richtlinie über an-

1 Art. 157 AEUV bzw. die Vorgängerbestimmungen Art. 119 EWG-Vertrag und Art. 141 EG sind zwingendes Recht und gehören zu den Grundlagen der EU, vgl. st. Rspr. des EuGH, ua. 3.6.2021 – C-624/19 – NZA 2021, 855 (Tesco Stores), Rn. 20 f.; EuGH, 8.4.1976 – 43/75 – Slg. 1976, 455 (Defrenne II), Rn. 12.

2 Vgl. auch EuGH, 30.3.2000 – C-236/98 – Slg. 2000 I-2189 (JämO), Rn. 46.

3 Der sog. »bereinigte« Gender Pay Gap erfasst Arbeit bei vergleichbaren Qualifikationen, Tätigkeiten und Erwerbsbiografien, vgl. Pressemitteilung Nr. 27 des Statistischen Bundesamts vom 18.1.2024.

4 Pressemitteilung Nr. 27 des Statistischen Bundesamts vom 18.1.2024.

5 Ebenda.

6 Vgl. zur Analyse der Situation und zu Abhilfemöglichkeiten Erwägungsgründe 11 ff. ETRL.

gemessene Mindestlöhne in der Europäischen Union⁷ mit berücksichtigt worden, da angesichts der Überrepräsentation von Frauen in sog. Niedriglohntätigkeiten eine Verbesserung der Angemessenheit der Mindestlöhne ein Baustein unter mehreren sein kann, der zur Beseitigung des geschlechtsspezifischen Entgeltgefälles und zur Gleichstellung der Geschlechter beitragen kann.⁸

Die ETRL, die zügig in nationales Recht umzusetzen ist,⁹ betrifft – anders als die Richtlinie über angemessene Mindestlöhne – sämtliche Tätigkeitsbereiche, sowohl Bereiche mit niedrigen Arbeitsentgelten als auch Bereiche mit höheren oder hohen Arbeitsentgelten. Sie betrifft die Privatwirtschaft ebenso wie den Öffentlichen Dienst.

II. Unionsrechtliches Fundament und Ausgangspunkt: Rechtsanspruch auf gleiches Entgelt für Männer und Frauen bei gleicher oder gleichwertiger Arbeit

Im Unionsrecht ist der Grundsatz des gleichen Entgelts für Männer und Frauen seit 1957 im Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft (EG-Vertrag) enthalten. Im aktuellen Unionsrecht ist Art. 157 AEUV die entsprechende Rechtsgrundlage mit unmittelbarer und zwingender Wirkung.¹⁰ Diese Bestimmung begründet Rechte für Einzelne, die die nationalen Gerichte zu gewährleisten haben. Art. 157 AEUV gilt umfassend, nämlich für staatliche Stellen, alle Tarifverträge, die abhängige Erwerbstätigkeit kollektiv regeln, sowie für alle Verträge zwischen Privaten. Die Bestimmung legt eindeutig und bestimmt eine (zwingende) Ergebnispflicht auf. Dies gilt sowohl in Bezug auf »gleiche« als auch in Bezug auf »gleichwertige Arbeit«,¹¹ wobei letztere »verschiedenartig« und gleichwohl im Ergebnis »gleichwertig« sein kann.¹²

Die Annahme bzw. Beurteilung der Gleichwertigkeit verschiedenartiger Tätigkeiten ist jedem Entgeltsystem immanent. Sind beispielsweise verschiedenartige Tätigkeiten in ein und derselben Entgeltgruppe aufgeführt, beinhaltet dies die Bewertung als »gleichwertig«. Mit dem Rechtsanspruch auf gleiches Entgelt bei gleichwertiger Arbeit stehen solche Wertungen zur Überprüfung an. Anhand des Begriffs der »gleichwertigen Arbeit« werden verschiedenartige Arbeiten unter Zugrundelegung einer Gesamtheit von Faktoren daraufhin verglichen, ob

sie von gleichem Wert sind.¹³ Dies kann insbesondere mit den Methoden der Arbeitsbewertung erfolgen, soweit diese selbst diskriminierungsfrei sind.¹⁴ Hinzu kommt Art. 4 der Richtlinie 2006/54/EG als unionsrechtliche – im nationalen Recht umsetzungsbedürftige¹⁵ – Bestimmung zur Präzisierung¹⁶ und Verstärkung¹⁷ des Anspruchs auf gleiches Entgelt. Das einschlägige nationale Recht (derzeit insb. § 3 Abs. 1 und § 7 Entgelttransparenzgesetz vom 30. Juni 2017, im Folgenden: EntgTranspG 2017) ist entsprechend den Vorgaben der Richtlinie 2006/54/EG und im Einklang mit Art. 157 AEUV unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union (EuGH) unionsrechtskonform auszulegen. Im Fall eines Rechtsstreits ist es eine Frage der Tatsachewürdigung durch die Gerichte, ob im Einzelfall die »gleiche Arbeit« oder eine »gleichwertige Arbeit« iSv. Art. 157 AEUV verrichtet wird. Diese haben dann unter Würdigung des jeweils konkreten Sachverhalts zu entscheiden, ob die Tätigkeiten der betroffenen Arbeitnehmer:innen angesichts ihrer konkreten Natur als gleich oder gleichwertig anerkannt werden können.¹⁸

Der Begriff »Entgelt« ist ein autonomer Begriff des Unionsrechts, der weit auszulegen ist.¹⁹ Nach Art. 157 Abs. 2 AEUV bezeichnet der Ausdruck »Entgelt« die üblichen Grund- oder Mindestlöhne und -gehälter sowie alle sonstigen Vergütungen, die ein Arbeitgeber aufgrund des Dienstverhältnisses einem Arbeitnehmer unmittelbar oder mittelbar als Geld- oder Sachleistung zahlt. Das Verbot der Entgeltdiskriminierung betrifft demnach Entgelt in sämtlichen Formen – unter Einschluss auch ergänzender oder variabler Bestandteile des Entgelts –, das Arbeitnehmer aufgrund ihrer Beschäftigung von ihrem Arbeitgeber unmittelbar oder mittelbar in bar oder in Sachleistung erhalten.²⁰ Unter anderem sind auch Tagegelder eingeschlossen – die pauschal für bestimmte Auslagen gezahlt werden, die im Rahmen der Erbringung der im Arbeitsvertrag vorgesehenen Tätigkeiten anfallen –, denn gezahlt »aufgrund des Dienstverhältnisses« bedeutet nicht, dass das entsprechende Entgelt »für« eine bestimmte Arbeit zu zahlen ist.²¹ Im Fall einer gerichtlichen Kontrolle zur Frage, ob der Grundsatz des gleichen Entgelts beachtet worden ist, ist jeder Entgeltbestandteil für sich zu betrachten, eine Gesamtbewertung der gewährten Vergütungen findet nicht statt. Eine echte Durchschaubarkeit bzw. Transparenz, die eine wirksame Kontrolle erlaubt, ist nur gewährleistet, wenn der Grundsatz des gleichen Entgelts für jeden einzelnen Bestandteil des den männlichen oder den

7 Richtlinie (EU) 2022/2041 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 19.10.2022 über angemessene Mindestlöhne in der Europäischen Union.
8 Vgl. zum Abbau des geschlechtsspezifischen Entgelt- und Rentengefälles Art. 5 Abs. 1 sowie Erwägungsgründe 8, 10 und 11 der og. Richtlinie (EU) 2022/2041.
9 Die ETRL ist am 6.6.2023 in Kraft getreten und bis 7.6.2026 in nationales Recht umzusetzen; dazu Winter, in: Franzen/Gallner/Oetker (Hrsg.), Kommentar zum Europäischen Arbeitsrecht, 5. Aufl., München 2024 (im Folgenden: EuArbR), Art. 34 Richtlinie (EU) 2023/970 Rn. 1 ff.
10 Vgl. etwa – teilweise zu den Vorgängerbestimmungen Art. 119 EG-Vertrag bzw. Art. 141 EG – EuGH, 8.5.2019 – C-486/18 – AP Nr. 3 zu Richtlinie 96/34/EG (Praxair MRC) Rn. 67; EuGH, 13.1.2004 – C-256/01 – Slg. 2004 I-873 (Allonby), Rn. 45; EuGH, 17.9.2002 – C-320/00 – Slg. 2002, I-7325 (Lawrence ua.), Rn. 13, 17; EuGH, 26.6.2001 – C-381/99 – Slg. 2001 I-4961 (Brunnhöfer), Rn. 32; EuGH, 8.4.1976 – 43/75 – Slg. 1976, 455 (Defrenne II), Rn. 39 f.
11 EuGH, 3.6.2021 – C-624/19 – NZA 2021, 855 (Tesco Stores), Rn. 20 ff., 29, 39.
12 Näher – jeweils mwN. – EuArbR-Winter (Fn. 9), Art. 1 Richtlinie (EU) 2023/970 Rn. 14, Art. 3 Rn. 19 ff., 34; Art. 4 Rn. 4, 15 ff.; Art. 13 Rn. 3 f.; Winter, NZA 2024, 8 ff., 11, 17; Winter, EuZA 2024, 140 ff., 143 ff.

13 Vgl. grundlegend etwa EuGH, 30.3.2000 – C-236/98 – Slg. 2000 I-2189 (JämO) zur Möglichkeit des Vergleichs der Tätigkeit von Hebammen und Krankenhausingenieuren; EuGH, 27.10.1993 – C-127/92 – Slg. 1993 I-5535 (Enderby) zur Möglichkeit des Vergleichs der Tätigkeit einer Logopädin, eines klinischen Psychologen und eines leitenden Apothekers; vgl. auch BAG, 16.2.2023 – 8 AZR 450/21 – BAGE 180, 194, Rn. 35; BAG, 21.1.2021 – 8 AZR 488/19 – BAGE 173, 331, Rn. 37; BAG, 25.6.2020 – 8 AZR 145/19 – BAGE 171, 195, Rn. 59.
14 Vgl. BAG, 16.2.2023 – 8 AZR 450/21 – BAGE 180, 194, Rn. 35; BAG, 25.6.2020 – 8 AZR 145/19 – BAGE 171, 195, Rn. 59.
15 Zur verspäteten Umsetzung in Deutschland vgl. BAG, 25.6.2020 – 8 AZR 145/19 – BAGE 171, 195, Rn. 39 ff.
16 Vgl. nur EuGH, 16.9.1999 – C-218/98 – Slg. 1999 I-5723 (Abdoulaye ua.), Rn. 11 zu Art. 1 der RL 75/117/EWG, neugefasst in Art. 4 der RL 2006/54/EG (Erwägungsgrund 1 der RL 2006/54/EG sowie deren Anhang II, Entsprechungstabelle).
17 Erwägungsgrund 4 der RL 75/117/EWG, neugefasst in ua. Art. 4 der RL 2006/54/EG.
18 EuGH, 3.6.2021 – C-624/19 – NZA 2021, 855 (Tesco Stores), Rn. 30; vgl. in diesem Sinne auch EuGH, 26.6.2001 – C-381/99 – Slg. 2001 I-4961 (Brunnhöfer), Rn. 49 mwN.; EuGH, 31.5.1995 – C-400/93 – Slg. 1995, I-1275 (Royal Copenhagen), Rn. 42.
19 Vgl. etwa EuGH, 4.10.2024 – C-314/23 – Air Nostrum ua., Rn. 28 mwN.
20 Vgl. zur st. Rspr. EuGH, 19.9.2018 – C-312/17 – NZA 2018, 1268 (Bedi), Rn. 33; EuGH, 30.3.2004 – C-147/02 – Slg. 2004, I-3101 (Alabaster), Rn. 42; EuGH, 9.2.1982 – C-12/81 – Slg. 1982, 359 (Garland), Rn. 10.
21 EuGH, 4.10.2024 – C-314/23 – Air Nostrum ua., Rn. 32 mwN.

weiblichen Arbeitnehmern gezahlten Entgelts gilt. Andernfalls wäre eine Kontrolle schwierig und im Ergebnis die praktische Wirksamkeit von Art. 157 AEUV gemindert.²²

Soweit zur Festlegung des Entgelts ein System beruflicher Einstufung bzw. Entgeltsystem/-struktur verwendet wird, muss dieses System nach Art. 4 der Richtlinie 2006/54/EG auf für männliche und weibliche Arbeitnehmer gemeinsamen Kriterien beruhen und so beschaffen sein, dass Diskriminierungen aufgrund des Geschlechts ausgeschlossen werden. Der Grundsatz des gleichen Entgelts verlangt folglich im Wesentlichen, dass die Art der zu verrichtenden Arbeit objektiv berücksichtigt wird. Die gleiche Arbeit oder eine Arbeit, die als gleichwertig anerkannt wird, muss also in der gleichen Weise unabhängig davon entlohnt werden, ob sie von einem Mann oder von einer Frau verrichtet wird. Wenn bei der Festsetzung des Arbeitsentgelts ein System der beruflichen Einstufung verwendet wird, muss dieses zum einen die Arbeit von Frauen und Männern nach denselben Kriterien bewerten und darf zum andern in seiner Gesamtheit nicht so ausgestaltet sein, dass es tatsächlich zu einer allgemeinen Diskriminierung der Beschäftigten des einen Geschlechts gegenüber denen des anderen führt.²³

Gerichtlich überprüfbar sind sämtliche Einstufungsbewertungen in Entgeltsystemen, auch in Tarifverträgen. Dabei geht der Umstand, dass Tarifverträge durch Gerichte auf Entgelt(un)gleichheit überprüfbar sind, aus langjähriger ständiger Rechtsprechung des EuGH hervor. Die kollektive Autonomie ändert daran nichts.²⁴

Besteht die Vermutung einer Benachteiligung aufgrund des Geschlechts, trägt die andere Partei die Beweislast dafür, dass der Gleichbehandlungsgrundsatz nicht verletzt worden ist.²⁵ Es obliegt dann der beklagten arbeitgebenden Partei, zu beweisen, dass nicht gegen den Grundsatz des gleichen Entgelts verstoßen wurde, indem mit allen rechtlich vorgesehenen Mitteln insbesondere nachgewiesen wird, dass die von den beiden betroffenen Arbeitnehmer:innen tatsächlich ausgeübten Tätigkeiten in Wirklichkeit nicht vergleichbar sind oder dass das unterschiedliche Entgelt durch objektive Faktoren, die nichts mit einer Diskriminierung aufgrund des Geschlechts zu tun haben, gerechtfertigt ist.²⁶ Die Rechtfertigung beurteilt sich nach den Vorgaben von Art. 157 AEUV und Art. 4 der RL 2006/54/EG, einschließlich der dazu jeweils ergangenen Rechtsprechung. Bloße allgemeine Behauptungen des Arbeitgebers genügen zur Widerlegung der Vermutung nicht; es ist vielmehr ein Vortrag zu leisten, der eine wirksame Kontrolle und Nachprüfung durch die Gerichte ermöglicht.²⁷

Bei Gleichwertigkeit und fehlender Rechtfertigung besteht Anspruch auf gleiches Entgelt für Männer und Frauen im

Wege der Angleichung nach oben. Dies ist gerichtlich durchsetzbar auf der Grundlage von Art. 157 AEUV, § 3 Abs. 1 und § 7 EntgTranspG 2017.

III. Kontrast: Rechtswirklichkeit und ein schwaches nationales Gesetz

Wie bereits erwähnt sind die Mitgliedstaaten der EU seit Jahrzehnten verpflichtet, die praktische Durchsetzung des Rechtsanspruchs auf gleiches Entgelt für Männer und Frauen bei gleicher oder gleichwertiger Arbeit sicherzustellen. Gleichwohl hinkt die Rechtswirklichkeit hinterher, was ua. der einleitend erwähnte Gender Pay Gap zwischen Frauen und Männern zeigt, wobei der »unbereinigte« Wert von 18 % nicht vollständig mit Entgeltdiskriminierung gleichgesetzt werden darf, da ua. auch häufigere Teilzeitarbeit oder geringfügige Beschäftigung von Frauen zu den Ursachen gehören.

Für die Wirksamkeit des Rechtsanspruchs auf gleiches Entgelt bei gleicher und gleichwertiger Arbeit wurde jahrzehntelang in den Mitgliedstaaten der EU – so in Deutschland – im Wesentlichen allein auf Klagen von Betroffenen gesetzt, obwohl die Mitgliedstaaten selbst zur Verwirklichung des Anspruchs verpflichtet sind. Die Regierungen der Mitgliedstaaten und die Akteure der Entgeltgestaltung – die Arbeitgebenden und die Sozialpartner – wurden zwar hin und wieder angesprochen und zur Problemanalyse und ggf. -korrektur aufgefordert. Solche Aufforderungen ergingen allerdings jahrzehntelang verhältnismäßig unverbindlich durch ua. Berichte, Entschließungen und Empfehlungen.²⁸ Die Verwirklichung des Grundsatzes der Entgeltgleichheit in der Arbeitswelt allein der Initiative von Betroffenen zu überlassen, die den Klageweg beschreiten, stößt allerdings in der Realität auf vielfältige Hindernisse. So wirkt sich auch insoweit der allgemein bekannte Umstand aus, dass Beschäftigte in bestehenden Arbeitsverhältnissen generell eher zur Klagezurückhaltung neigen, um das Arbeitsverhältnis nicht zu belasten. Eine Klage wegen Diskriminierung bildet davon keine Ausnahme; sie mag im Gegenteil mit der Befürchtung zusätzlicher negativer Implikationen, etwa im betrieblichen Umfeld, verbunden sein. Zudem ist der Klageweg mit Kosten und Belastungen verbunden, die durchaus abschreckend wirken können. Bezogen auf den Anspruch auf gleiches Entgelt bei »gleichwertiger Arbeit« in verschiedenartigen Berufen und Tätigkeiten, in denen überwiegend Frauen oder überwiegend Männer beschäftigt sind, kommt erschwerend hinzu, dass es sich um ein strukturelles Problem handelt, das in der gesellschaftlichen Bewertung von Arbeit²⁹ und in der Folge auch in den Entgeltstrukturen tief verankert ist. Ein solches strukturell-gesellschaftliches Problem ist mit Einzelklagen nur schwer zu fassen. Die einzelne klagende Person muss dafür, um vor Gericht Erfolg haben zu können, vielfältige Hürden und Hindernisse überwinden, nicht zuletzt im Bereich der Darlegungs-

22 Vgl. etwa EuGH, 6.4.2000 – C-226/98 – Slg. 2000, I-2447 (Jørgensen), Rn. 27; EuGH, 30.3.2000 – C-236/98 – Slg. 2000, I-2189 (JämO), Rn. 43; EuGH, 17.5.1990 – 262/88 – Slg. 1990, I-1889 (Barber), Rn. 34.

23 EuGH, 1.7.1986 – 237/85 – Slg. 1986, 2101 (Rummler), Rn. 11 ff., 23 f. Vgl. auch EuGH, 3.10.2006 – C-17/05 – Slg. 2006, I-9583 (Cadman), Rn. 39. Näher EuArbR-Winter (Fn. 9), Art. 4 Richtlinie (EU) 2023/970 Rn. 16 ff.

24 Näher unten unter VI.1.

25 Vgl. etwa EuGH, 28.2.2013 – C-427/11 – NZA 2013, 315 (Kenny ua.), Rn. 20; EuGH, 3.10.2006 – C-17/05 – Slg. 2006, I-9583 (Cadman), Rn. 31; dazu auch ua. BAG, 16.2.2023 – 8 AZR 450/21 – BAGE 180, 194, Rn. 46; BAG, 21.1.2021 – 8 AZR 488/19 – BAGE 173, 331, Rn. 31.

26 EuGH, 28.2.2013 – C-427/11 – NZA 2013, 315 (Kenny ua.), Rn. 20, 35 ff. mwN.; EuGH, 3.10.2006 – C-17/05 – Slg. 2006, I-9583 (Cadman), Rn. 31 mwN.; EuGH, 26.6.2001 – C-381/99 – Slg. 2001 I-4961 (Brunnhöfer), Rn. 59 bis 62.

27 BAG, 16.2.2023 – 8 AZR 450/21 – BAGE 180, 194, Rn. 46; BAG, 21.1.2021 – 8 AZR 488/19 – BAGE 173, 331, Rn. 63.

28 Näher ua. *Quadflieg*, in: Wiede/Wolf/Fattmann (Hrsg.), Gender Pay Gap – Vom Wert und Unwert von Arbeit in Geschichte und Gegenwart, Bonn 2023; *Winter*, Gleiches Entgelt für gleichwertige Arbeit – Ein Prinzip ohne Praxis, Baden-Baden 1998, S. 179 ff.; *Langenfeld/Lehner*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), Das Recht der Europäischen Union, 83. EL, München 2024, Art. 157 AEUV Rn. 9 ff., 47.

29 Vgl. etwa verschiedene Beiträge in *Wiede/Wolf/Fattmann* (Fn. 28).

und Beweislast³⁰. Im Fall von tarifvertraglichen Entgeltsystemen mag bei vorhandener Tarifgebundenheit der Betroffenen eine besondere Zurückhaltung hinzukommen, »gegen« einen Tarifvertrag der eigenen Gewerkschaft zu klagen.

Im Erwägungsgrund 11 der ETRL stellen die Richtliniengeber – das Europäische Parlament und der Rat der EU auf Vorschlag der Europäischen Kommission – fest, dass die Anwendung des Grundsatzes des gleichen Entgelts insbesondere durch mangelnde Transparenz der Entgeltsysteme, mangelnde Rechtssicherheit in Bezug auf den Begriff der gleichwertigen Arbeit und Verfahrenshindernisse für Diskriminierungsoffer behindert wird. Den Beschäftigten würden die nötigen Informationen fehlen, die sie für eine erfolgreiche Geltendmachung eines Anspruchs auf gleiches Entgelt benötigen, insbesondere Angaben zu den Entgelthöhen von Gruppen von Arbeitnehmern, die gleiche oder gleichwertige Arbeit verrichten. Die Richtliniengeber gehen davon aus, dass sich geschlechtsspezifische Verzerrungen und Diskriminierungen in den Vergütungsstrukturen eines Unternehmens oder einer Organisation durch größere Transparenz aufdecken lassen und Beschäftigte, Arbeitgebende und Sozialpartner in der Folge größerer Transparenz in der Lage sein werden, geeignete Maßnahmen zur Gewährleistung der Anwendung des Rechts auf gleiches Entgelt bei gleicher oder gleichwertiger Arbeit zu ergreifen.³¹

Soweit vor Erlass der ETRL auf nationaler Ebene in Deutschland mit dem bereits erwähnten EntgTranspG 2017 Hoffnungen der Abhilfe bei geschlechtsspezifischer Entgeltdiskriminierung verbunden gewesen sein sollten, hat dieses Gesetz mit den darin enthaltenen schwachen Vorgaben und Instrumenten laut den 2019 und 2023 vorgelegten Evaluierungen kaum Auswirkungen gehabt. Statistisch signifikante Wirkungen der Instrumente des EntgTranspG 2017 auf die Entgeltgleichheit zwischen Frauen und Männern sind in den Evaluierungen nicht gefunden worden, befragten Zielgruppen waren das Gesetz und dessen Maßnahmen weitgehend unbekannt, der individuelle Auskunftsanspruch war nur von wenigen Beschäftigten genutzt und (freiwillige) betriebliche Prüfungen waren nur in sehr wenigen Unternehmen angewendet worden.³²

IV. Aufschlag zur Abhilfe: Die ETRL als Instrument der Verwirklichung des Rechtsanspruchs auf gleiches Entgelt für Männer und Frauen bei gleicher oder gleichwertiger Arbeit

Auf der Grundlage der Analyse des geschlechtsspezifischen Entgeltgefälles und der bestehenden komplexen Ursachen³³

setzen die EU-Richtlinienggeber mit der ETRL und den darin enthaltenen verbindlichen Maßnahmen zur Entgelttransparenz und zu Durchsetzungsmechanismen nun Vorgaben, die das Potential haben, die Verwirklichung des Grundsatzes des gleichen Entgelts voranzubringen.³⁴ Dabei werden in den Erwägungsgründen neben dem Anspruch der Gleichbehandlung und Beendigung von Diskriminierung auch weitergehende potentiell positive Auswirkungen thematisiert, wie etwa ein Beitrag zur Beseitigung struktureller Hindernisse für die Schaffung hochwertiger Arbeitsplätze sowie ggf. positive Auswirkungen auf bisherige Langzeitfolgen von Entgeltdiskriminierung in Gestalt des bestehenden Rentengefälles zwischen Männern und Frauen und einer Feminisierung der Armut.³⁵

Ein allgemeiner Mangel an Transparenz in Bezug auf die Entgelthöhen innerhalb von Organisationen führe zum Fortdauern einer Situation, in der geschlechtsspezifische Entgeltdiskriminierung und Verzerrungen unentdeckt blieben oder im Verdachtsfall schwer nachzuweisen seien. Deshalb seien verbindliche Maßnahmen erforderlich, um die Entgelttransparenz zu verbessern, Organisationen zu ermutigen, ihre Vergütungsstrukturen zu überprüfen, um sicherzustellen, dass Frauen und Männer, die gleiche oder gleichwertige Arbeit leisten, das gleiche Entgelt erhalten, sowie um Diskriminierungsoffer in die Lage zu versetzen, ihr Recht auf gleiches Entgelt auszuüben. Diese verbindlichen Maßnahmen müssten durch Bestimmungen ergänzt werden, mit denen bestehende Rechtsbegriffe wie Entgelt und gleichwertige Arbeit präzisiert werden, und durch Maßnahmen zur Verbesserung der Durchsetzungsmechanismen und des Zugangs zur Justiz.³⁶ Die Anwendung des Grundsatzes des gleichen Entgelts soll durch die Beseitigung unmittelbarer und mittelbarer Entgeltdiskriminierung verbessert werden. Dies hindert laut Erwägungsgrund 17 Arbeitgebende nicht daran, Arbeitnehmer:innen, die gleiche oder gleichwertige Arbeit verrichten, auf der Grundlage objektiver, geschlechtsneutraler und vorurteilsfreier Kriterien wie Leistung und Kompetenz unterschiedlich zu vergüten.

Einer der Schlüsselbegriffe der ETRL ist der der »Gewährleistung«, insbesondere der tatsächlichen Gewährleistung des Rechts auf gleiches Entgelt. Gegenstand der Richtlinie sind nach ihrem Art. 1 Mindestanforderungen zur Stärkung der Anwendung des Grundsatzes des gleichen Entgelts nach Art. 157 AEUV und des Diskriminierungsverbots nach Art. 4 der Richtlinie 2006/54/EG, insbesondere durch Entgelttransparenz und verstärkte Durchsetzungsmechanismen. Mit dieser Bezugnahme auf die grundlegenden Bestimmungen zum Grundsatz des gleichen Entgelts ist deutlich, dass die ETRL auf diesen aufbaut, dass also Art. 157 AEUV und Art. 4 der Richtlinie 2006/54/EG und die dazu ergangene Rechtsprechung des EuGH maßgebend sind.

Die wesentlichen Instrumente der ETRL sind Entgelttransparenz und damit verbundene Handlungspflichten für die Akteure der Entgeltgestaltung, insbesondere als Auskunfts-

³⁰ Diese ist zwar bei Diskriminierungsklagen generell abgesenkt (vgl. etwa EuArbR-Mohr (Fn. 9), Art. 10 Richtlinie 2000/78/EG Rn. 1 ff. sowie Art. 19 Richtlinie 2006/54/EG Rn. 1; Grünberger/Husemann, in: Preis/Sagan (Hrsg.), Europäisches Arbeitsrecht, 3. Aufl., Köln 2024, § 5, Rz. 5.307 ff.), allerdings gleichwohl im Hinblick auf mittelbare Diskriminierung bei gleichwertiger Arbeit schwerwiegend.

³¹ Näher EUArbR-K-Winter (Fn. 9), Art. 1 RL (EU) 2023/970 Rn. 16.

³² Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen und Jugend (Hrsg.), Bericht der Bundesregierung zur Wirksamkeit des Gesetzes zur Förderung der Entgelttransparenz zwischen Frauen und Männern, 2019, darin: Evaluationsgutachten S. 12 sowie Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen und Jugend (Hrsg.), Zweiter Bericht der Bundesregierung zur Wirksamkeit des Gesetzes zur Förderung der Entgelttransparenz zwischen Frauen und Männern, 2023, darin: Evaluationsgutachten S. 17. Vgl. auch Schlussfolgerungen des Deutschen Juristinnenbunds e.V. aus der Evaluation des Entgelttransparenzgesetzes, Stellungnahme 19–18 vom 7.8.2019.

³³ Vgl. oben unter I. und III., sowie insbesondere die Erwägungsgründe 11 bis 17, 25, 32 ff. der ETRL.

³⁴ Im Ergebnis mit ähnlicher Einschätzung Rolfs/Lex, NZA 2023, 1353, 1359, wenn auch skeptisch wegen eines massiven bürokratischen Aufwands.

³⁵ Erwägungsgründe 15 bis 17 der ETRL, vgl. dazu EUArbR-Winter (Fn. 9), Art. 1 RL (EU) 2023/970 Rn. 15.

³⁶ Erwägungsgrund 16 der ETRL.

ansprüche vor³⁷ und während³⁸ des Beschäftigungsverhältnisses, die ohne Schwellenwert bestehen,³⁹ sowie Pflichten der Arbeitgebenden zur regelmäßigen Berichterstattung über das Entgeltgefälle zwischen Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern sowie ggf. zur gemeinsamen Entgeltbewertung, worauf später eingegangen wird. Weitere wesentliche Instrumente der ETRL sollen der Verbesserung der Rechtsdurchsetzung dienen (insbesondere leicht zugängliche Verfahren »im Namen oder zur Unterstützung« von Arbeitnehmer:innen⁴⁰ sowie sonstige Maßnahmen, darunter Vorgaben zur Verlagerung der Beweislast, zum Zugang zu Beweismitteln, für gerichtliche Anordnungen/Zwangsgelder, zu Verjährungsfristen, Sanktionen sowie zur Möglichkeit, gleiches Entgelt bei öffentlichen Aufträgen und Konzessionen sicherzustellen⁴¹). Hinzu kommen horizontale Bestimmungen mit ua. Vorgaben für Gleichbehandlungsstellen⁴² und zur Einrichtung einer Überwachungs-/Monitoringstelle mit Aufgaben der konsequenten »Überwachung und Sensibilisierung«,⁴³ wozu auch Aufgaben der Datensammlung, -veröffentlichung und -analyse gehören. Dadurch sind insgesamt mehr Akteure mit teilweise neuen Aufgaben beteiligt, den Grundsatz des gleichen Entgelts zu verwirklichen (Perspektivwechsel hin zu mehr Proaktivität).

Mit der ETRL geht es – wie bereits mit Art. 157 AEUV – um Gerechtigkeit, Gleichheit und Fairness. Dabei stehen nun neue, proaktive Impulse auf dem Weg zur Entgeltgleichheit ohne Diskriminierung aufgrund des Geschlechts im Vordergrund. Dazu gehören die im Folgenden dargestellten Art. 9 ETRL (für Arbeitgebende ab 100 Beschäftigte: regelmäßige Berichterstattung über das geschlechtsspezifische Entgeltgefälle) sowie Art. 10 ETRL (gemeinsame Entgeltbewertung). Für beide sind die näheren Vorgaben zur gleichwertigen Arbeit und zu Entgeltstrukturen (Art. 4 ETRL) sowie zum Nachweis für gleiche oder gleichwertige Arbeit (Art. 19 ETRL) von besonderer Bedeutung.

Die Richtlinie ist bis zum 7. Juni 2026 vollständig in das nationale Recht umzusetzen.⁴⁴

37 Art. 5 ETRL »Entgelttransparenz vor der Beschäftigung« mit dem Recht für Stellenbewerber:innen, vom künftigen Arbeitgebenden bestimmte entgeltbezogene Informationen bereits in einer veröffentlichten Stellenausschreibung oder jedenfalls vor dem Vorstellungsgespräch zu erhalten. Dazu EuArbR-Winter (Fn. 9), Art. 5 Richtlinie (EU) 2023/970.

38 Art. 7 ETRL »Auskunftsrecht«, wonach – ohne Schwellenwert alle – Arbeitnehmer:innen das Recht haben, Auskünfte über ihre individuelle Entgelthöhe und über die durchschnittlichen Entgelthöhen zu verlangen und in schriftlicher Form zu erhalten, aufgeschlüsselt nach Geschlecht und für die Gruppen von Arbeitnehmern, die gleiche Arbeit wie sie oder gleichwertige Arbeit verrichten. Dazu EuArbR-Winter (Fn. 9), Art. 7 Richtlinie (EU) 2023/970.

39 Dagegen bisher auf nationaler Ebene nach § 10, § 12 Abs. 1 EntgTranspG 2017: Individueller Auskunftsanspruch nur für Beschäftigte bei Arbeitgebenden mit idR. mehr als 200 Beschäftigten.

40 Art. 14 ETRL »Rechtsschutz« sowie Art. 15 ETRL »Verfahren im Namen oder zur Unterstützung von Arbeitnehmern«. Nach letzterer Bestimmung stellen die Mitgliedstaaten sicher, dass Verbände, Organisationen, Gleichbehandlungsstellen und Arbeitnehmervertreter oder andere juristische Personen, die gemäß den im nationalen Recht festgelegten Kriterien ein berechtigtes Interesse an der Gewährleistung der Gleichstellung von Männern und Frauen haben, sich an Verwaltungs- oder Gerichtsverfahren betreffend eine mutmaßliche Verletzung der Rechte oder Pflichten im Zusammenhang mit dem Grundsatz des gleichen Entgelts beteiligen können. Sie können insoweit mit Zustimmung eines Arbeitnehmers, der mutmaßliches Opfer einer Verletzung von Rechten oder Pflichten im Zusammenhang mit dem Grundsatz des gleichen Entgelts ist, im Namen oder zur Unterstützung dieser Person handeln.

41 Art. 17 bis 26 ETRL.

42 Art. 28 ETRL.

43 Art. 29 ETRL.

44 Art. 34 Abs. 1 ETRL; dazu EuArbR-Winter (Fn. 9), Art. 34 Richtlinie (EU) 2023/970 Rn. 1 ff.

1. Vorgaben zur gleichwertigen Arbeit und zu Entgeltstrukturen (Art. 4 ETRL)

Die Vorgaben und Anforderungen nach Art. 4 ETRL haben weitreichende Konsequenzen für alle Entgeltsysteme, auch für tarifvertragliche.

a) Adäquate Instrumente bzw. Methoden der Arbeitsbewertung verfügbar machen – Pflichten der Mitgliedstaaten

Nach Art. 4 Abs. 1 ETRL ergreifen die Mitgliedstaaten die notwendigen Maßnahmen, um sicherzustellen, dass Arbeitgebende über Vergütungs-/Entgeltstrukturen verfügen, durch die gleiches Entgelt bei gleicher oder gleichwertiger Arbeit gewährleistet wird. Nach Art. 4 Abs. 2 ETRL ergreifen die Mitgliedstaaten – im Benehmen mit Gleichbehandlungsstellen – die erforderlichen Maßnahmen, um sicherzustellen, dass Instrumente oder Methoden zur Analyse als Unterstützung und Orientierung bei Bewertungen und Vergleichen des Werts der Arbeit im Einklang mit den in Art. 4 Abs. 4 ETRL festgelegten Kriterien (zu diesen Kriterien vgl. unten) verfügbar gemacht werden und leicht zugänglich sind. Diese Instrumente oder Methoden müssen es Arbeitgebenden und/oder den Sozialpartnern ermöglichen, leicht Systeme zur geschlechtsneutralen Arbeitsbewertung und beruflichen Einstufung einzurichten und zu verwenden, mit denen jegliche Entgeltdiskriminierung aufgrund des Geschlechts ausgeschlossen wird. Dazu gibt es Leitlinien auf Ebene der EU zur geschlechtsneutralen Arbeitsbewertung und beruflichen Einstufung⁴⁵, die nach Art. 4 Abs. 3 ETRL ggf. aktualisiert werden sollen.⁴⁶ Hinzu kommt, dass die Mitgliedstaaten nach Art. 11 ETRL speziell für kleine und mittlere Unternehmen mit weniger als 250 Beschäftigten den Arbeitgebenden und den betreffenden Vertretungen der Arbeitnehmer:innen Unterstützung in Form von technischer Hilfe und Schulungen anbieten müssen, um die Einhaltung der in der ETRL festgelegten Verpflichtungen zu erleichtern.

Zu den Maßnahmen des Mitgliedstaats Deutschland gehört es, das bereits früher von der Antidiskriminierungsstelle des Bundes geförderte Analyseinstrument »Entgeltgleichheits-Check« (»eg-check.de«) sowie den darin enthaltenen »Paarvergleich Gleichwertigkeit« mit Blick auf die Vorgaben der ETRL überprüfen und ggf. an diese Vorgaben anpassen zu lassen⁴⁷ sowie ggf. als digitale Anwendung zur Verfügung zu stellen. Mit dem »eg-check.de« können auf betrieblicher wie tarifvertraglicher Ebene verschiedene Entgeltbestandteile (Grundentgelt, Erfahrungsstufen, Leistungsvergütung, Über-

45 Die Bezugnahme in Erwägungsgrund 26 ETRL auf »bestehende Leitlinien der Union« führt zum Anhang 1 des »Commission Staff Working Document on the application of Directive 2006/54/EC«, in dem teilweise »International Labour Office, Promoting equality: Gender neutral job evaluation for equal pay: A step by step guide« (2008) in Bezug genommen wird (in der deutschsprachigen Version »Gendergerechtigkeit stärken – Entgeltgleichheit sicherstellen – ein ILO-Leitfaden für genderneutrale Tätigkeitsbewertung« von Marie-Thérèse Chicha, zuletzt 2016 in 3. Aufl. erschienen). Im genannten Anhang 1 des Commission Staff Working Document geht es näher um die in Art. 4 Abs. 4 ETRL als maßgeblich genannten Kriterien Kompetenzen, Belastungen, Verantwortung und Arbeitsbedingungen. Vgl. dazu auch Report of the Committee on Women's Rights and Gender Equality and the opinion of the Committee on Employment and Social Affairs (A8-0213/2015) unter »Equal work concept«.

46 Dazu wird in Art. 4 Abs. 3 ETRL das 2010 gegründete Europäische Institut für Gleichstellungsfragen (EIGE) erwähnt, das als dezentrale Agentur Aufgaben der unabhängigen Forschung und des Austausches wahrnimmt.

47 Expertise »Rechtliche Überprüfung und Anpassung des Entgeltgleichheits-Checks (eg-check.de) an die Vorgaben der Entgelttransparenzrichtlinie (RL [EU] 2023/970)«, https://www.antidiskriminierungsstelle.de/SharedDocs/forschungsprojekte/DE/Expertise_Rechtl_Pruefg_EG_Check_LFD_Projekt.html (11.2.2025).

stunden- und Erschwerniszuschläge) mit Hilfe von Statistiken, Regelungs-Checks und Paarvergleichen überprüft werden. Zudem entsteht das verwandte Projekt »Compass-W« im Auftrag des Bundesministeriums für Familie, Senioren, Frauen und Jugend, in dem ua. der »Paarvergleich Gleichwertigkeit« von »eg-check.de« genutzt wird. Mit »Compass-W« soll es kleinen und mittleren Unternehmen erleichtert werden, einen einfachen Überblick über etwa gleichwertige Berufe zu erhalten. Soweit ersichtlich kann »Compass-W« allerdings nicht als eine auf die konkrete Situation zugeschnittene Arbeitsbewertung verstanden werden, die die konkreten Anforderungen der tatsächlich ausgeübten Tätigkeiten im jeweiligen Unternehmen analysieren oder die zugrundeliegenden Regelungen mit Hilfe eines Regelungs-Checks überprüfen könnte. Im Ergebnis dürfte durch »Compass-W« eine Leitlinie zu erwarten sein, an der orientiert kleinen und mittleren Unternehmen eine (Neu-)Bewertung von Tätigkeiten ggf. leichter fällt, während mit »eg-check.de« eine tatsächliche arbeitsbewertende Überprüfung der Gleichwertigkeit von Tätigkeiten sowie weitergehende Prüfungen der Entgeltgleichheit möglich sind. Spätestens im Fall von Meinungsverschiedenheit sind die Akteure der Entgeltspolitik und die Gerichte auf eine solche tatsächliche Überprüfung angewiesen.

b) Vorgaben zur Beschaffenheit von Entgeltstrukturen und für Kriterien der Entgeltdifferenzierung

Laut Art. 4 Abs. 4 ETRL sind – im Einklang mit Art. 157 AEUV und Art. 4 der Richtlinie 2006/54/EG – Entgeltstrukturen so beschaffen, dass anhand objektiver, geschlechtsneutraler und mit den Arbeitnehmervertretungen (sofern letztere vorhanden sind) vereinbarter Kriterien beurteilt werden kann, ob sich die Arbeitnehmer:innen im Hinblick auf den Wert der Arbeit in einer vergleichbaren Situation befinden. Diese Kriterien dürfen weder in unmittelbarem noch in mittelbarem Zusammenhang mit dem Geschlecht der Arbeitnehmer:innen stehen. Sie umfassen Kompetenzen, Belastungen, Verantwortung und Arbeitsbedingungen und ggf. etwaige weitere Faktoren, die für den konkreten Arbeitsplatz oder die konkrete Position relevant sind. Diese Kriterien werden auf objektive, geschlechtsneutrale Weise angewandt, wobei jede unmittelbare oder mittelbare Diskriminierung aufgrund des Geschlechts ausgeschlossen wird. Insbesondere dürfen relevante soziale Kompetenzen dabei nicht unterbewertet werden. Laut Erwägungsgrund 31 müssen Entgeltsysteme frei von Geschlechterstereotypen sein, da diese zum Fortbestehen des Entgeltgefälles beitragen würden, indem sie die von Männern oder Frauen dominierten Berufe in Situationen, in denen die geleistete Arbeit eigentlich gleichwertig ist, dem Stereotyp folgend unterschiedlich bewerten. Zu verwenden sind geschlechtsneutrale Systeme zur Arbeitsbewertung und beruflichen Einstufung, die auch wirksam zur Schaffung eines transparenten Entgeltsystems beitragen.

Aus der Rechtsprechung des EuGH zu Art. 157 AEUV und Art. 4 der Richtlinie 2006/54/EG geht zur diskriminierungsfreien Beschaffenheit von Entgeltstrukturen hervor, dass es ausschließlich auf die Art der von den betroffenen Arbeitnehmer:innen verrichteten Arbeit ankommt.⁴⁸ Dieser Grundsatz unterscheidet sich der Sache nach nicht von einigen

maßgebenden Bewertungsgrundlagen im nationalen tarifvertraglichen Eingruppierungsrecht, beispielsweise wenn auf die »tatsächlich verrichtete Tätigkeit«⁴⁹ oder die »zu verrichtende Tätigkeit« mit ihren je spezifischen Anforderungen abgestellt wird. Nicht anders ist es der Sache nach bei Bewertungsgrundlagen, mit denen – wie im Öffentlichen Dienst – auf die vertraglich »auszuübende Tätigkeit«⁵⁰ abgestellt wird.

Die in Art. 4 Abs. 4 Satz 3 ETRL ausdrücklich genannten Kriterien »Kompetenzen, Belastungen, Verantwortung und Arbeitsbedingungen« gehen teilweise bereits aus der Rechtsprechung des EuGH hervor, soweit dort auf eine Gesamtheit von einzubeziehenden Faktoren abgestellt wird, zu denen ua. die Art der Arbeit, die Ausbildungsanforderungen und die Arbeitsbedingungen gehören.⁵¹ Um diese vier Kriterien näher bestimmen zu können, kommt es auf die og. Leitfäden der EU und ILO an.⁵²

Der Grundsatz des gleichen Entgelts verlangt im Wesentlichen, dass die Art der zu verrichtenden Arbeit objektiv berücksichtigt wird. Die tatsächlich verrichtete Arbeit muss ihrem »Wesen nach« entgolten werden. Kriterien müssen die zu verrichtende Arbeit mit Rücksicht auf die Art der Tätigkeiten abbilden und das Gesamtsystem darf nicht diskriminierend sein.⁵³

Für die grundlegend erforderliche Transparenz der Entgeltsysteme⁵⁴ kommen der Sache nach vermutlich allein Verfahren der analytischen Arbeitsbewertung in Betracht,⁵⁵ soweit sie geschlechtsneutral sind und geschlechtsneutral eingesetzt werden, wovon nicht »automatisch« ausgegangen werden kann, sondern was gesondert und explizit zu gewährleisten ist. Demgegenüber mangelt es summarischen Verfahren (insb. Rangfolgeverfahren, Entgeltgruppenverfahren), mit denen versucht wird, Arbeitsanforderungen ganzheitlich – ohne Differenzierung im Einzelnen – zu erfassen und zu beurteilen, in der Regel an der erforderlichen Transparenz, Nachvollziehbarkeit und differenzierten Überprüfbarkeit der Ergebnisse. Da summarische Verfahren der Arbeitsbewertung in bundesdeutschen Tarifverträgen stark vertreten sind,⁵⁶ steht grundsätzlicher und arbeitsintensiver⁵⁷ Reformbedarf an, wenn bisher summarische Entgeltsysteme auf dem Verhandlungsweg auf eine analytische, dabei ausgewiesene diskriminierungsfreie Arbeitsbewertung umzustellen sind. Die Verhandlungen für die Entgeltrahmenabkommen (ERA) in der Metall- und Elektroindustrie und die ERA-Einführung auf betrieblicher Ebene zeigen, wie zeitintensiv ein Umstellungsprozess auf analytische Verfahren sein kann.

49 Vgl. etwa § 9 Nr. 2 Satz 2 Manteltarifvertrag für die Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer im Einzelhandel in Bayern vom 9.12.2013 (MTV), dazu BAG, 21.2.2024 – 4 ABR 5/23 – Rn. 41.

50 Beispielsweise § 12 I TV-L im Öffentlichen Dienst im Bereich der TdL, dazu Treber, in: Schaub (Hrsg.), Arbeitsrechts-Handbuch, 20. Aufl., München 2023, § 64 Rn. 37.

51 Vgl. etwa EuGH, 4.10.2024 – C-314/23 – Air Nostrum ua., Rn. 41; EuGH, 26.6.2001 – C-381/99 – Slg. 2001 I-04961 (Brunnhöfer), Rn. 43 mwN., 48, Slg. 2001, I-4961; EuGH, 28.2.2013 – C-427/11 – NZA 2013, 315 (Kenny ua.), Rn. 27 mwN., 52 und Tenor; für eine Bezahlung nach Stückzahl abhängig vom Arbeitsergebnis vgl. EuGH, 31.5.1995 – C-400/93 – Slg. 1995, I-1275 (Royal Copenhagen), Rn. 32 f.; vgl. zudem Erwägungsgrund 9 der Richtlinie 2006/54/EG.

52 Vgl. Fn. 45.

53 EuGH, 1.7.1986 – 237/85 – Slg. 1986, 2101 (Rummler), Rn. 11 ff., 23 f.

54 Der besondere Stellenwert von Entgelttransparenz ist nicht nur im Namen der ETRL niedergelegt, sondern ausdrücklich insbesondere in den Erwägungsgründen 11 und 31 sowie in Art. 1 und 6 ETRL.

55 Näher EuArbR-Winter (Fn. 9), Art. 4 Richtlinie (EU) 2023/970 Rn. 16, 23; Winter, EuZA 2024, 140 ff., 146; Vgl. auch Löw, BB 2024, Heft 45, Umschlagteil, I.

56 Vgl. auch Löw, BB 2024, Heft 45, Umschlagteil, I.

57 Vgl. zutreffend Löw, BB 2024, Heft 45, Umschlagteil, I.

48 Vgl. etwa EuGH, 3.6.2021 – C-624/19 – NZA 2021, 855 (Tesco Stores), Rn. 28; EuGH, 26.6.2001 – C-381/99 – Slg. 2001 I-04961 (Brunnhöfer), Rn. 42; EuGH, 27.3.1980 – C-129/79 – Slg. 1980, 1275 (Macarthy), Rn. 11.

2. Vorgaben zum Nachweis für gleiche oder gleichwertige Arbeit (Art. 19 ETRL)

Art. 19 ETRL enthält drei ausdrückliche Vorgaben für den Nachweis gleicher oder gleichwertiger Arbeit. Nach Art. 19 Abs. 1 ETRL ist bei der Bewertung, ob Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer die gleiche oder gleichwertige Arbeit verrichten, die Frage, ob sich diese in einer vergleichbaren Situation befinden, nicht auf Situationen beschränkt, in denen Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer für denselben Arbeitgeber arbeiten, sondern es kommt auf eine einheitliche Quelle an, die die Entgeltbedingungen festlegt. Eine einheitliche Quelle besteht, wenn dort sämtliche für den Vergleich zwischen Arbeitnehmern relevanten Elemente des Entgelts festgelegt werden. Dies entspricht der Rechtsprechung des EuGH in den Urteilen *Lawrence ua.*⁵⁸, *Allonby*⁵⁹ und *Tesco Stores*⁶⁰. Im Erwägungsgrund 29 ETRL heißt es, dass eine einheitliche Quelle gegeben sein kann, wenn die einschlägigen Entgeltbedingungen durch gesetzliche Bestimmungen oder Vereinbarungen geregelt werden, die sich auf für mehrere Arbeitgeber geltendes Entgelt beziehen, oder wenn die Bedingungen für mehr als eine Organisation oder mehr als einen Betrieb einer Holdinggesellschaft oder eines Konzerns zentral festgelegt werden. Nach allem sind beispielsweise im Fall eines Flächentarifvertrags dessen Vertragspartner die »einheitliche Quelle«, die gemeinsam die Entgeltbedingungen festlegen, im Fall von Haus-, Firmen- oder Unternehmenstarifverträgen sind es deren jeweilige Vertragspartner.

Nach Art. 19 Abs. 2 ETRL ist die Bewertung, ob sich Arbeitnehmende in einer vergleichbaren Situation befinden, nicht auf Arbeitnehmende beschränkt, die zur gleichen Zeit wie die:der betreffende Arbeitnehmer:in beschäftigt sind. Auch damit wird die Rechtsprechung des EuGH aufgegriffen.⁶¹ Wenn keine echte Vergleichsperson ermittelt werden kann, können nach Art. 19 Abs. 3 ETRL andere Beweismittel zum Nachweis einer mutmaßlichen Entgeltdiskriminierung herangezogen werden, einschließlich Statistiken oder eines Vergleichs darüber, wie ein Arbeitnehmer in einer vergleichbaren Situation behandelt werden würde. Danach kann in bestimmten Fällen eine sog. hypothetische Vergleichsperson herangezogen werden, ähnlich wie nach Art. 2 Abs. 1 a) der Richtlinie 2006/54/EG (dort durch »erfahren würde«).

3. Berichterstattung über das Entgeltgefälle zwischen Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern (Art. 9 ETRL)

Die Berichtspflichten der Arbeitgebenden ab 100 Beschäftigten (Art. 9) gehören ebenso wie die gemeinsame Entgeltbewertung (Art. 10) zu den Kernstücken des mit der ETRL verbundenen Perspektivwechsels hin zu mehr Proaktivität bei der Einhaltung des Grundsatzes des gleichen Entgelts durch aktive Einbindung der Akteure der Entgeltgestaltung (Arbeitgebende, Tarifvertragsparteien sowie der Gesetzgeber bezogen auf manche Beschäftigungsverhältnisse im öffentlichen Dienst).

Nach der ETRL sind Arbeitgebende ab 100 Beschäftigte in gestaffelten Fristen – beispielsweise Arbeitgebende ab 250 Beschäftigte bis zum 7. Juni 2027 (also nur ein Jahr nach Ende

der Umsetzungsfrist am 7. Juni 2026) und danach jährlich – verpflichtet, sieben Informationen zum geschlechtsspezifischen Entgeltgefälle als Indikatoren von Entgelt(un)gleichheit zu erheben und auf mehreren Ebenen zur Verfügung zu stellen. Dabei spielen sowohl die statistische Methode der Berechnung des »Durchschnitts« als auch die der Berechnung des »Medians« eine Rolle.⁶² Die Richtigkeit der Angaben muss von der Leitungsebene des Unternehmens nach Anhörung der Arbeitnehmer-Vertreter:innen bestätigt werden.

Die Berichterstattung über das Entgelt verfolgt zwei Ziele:⁶³ Einerseits sollen die Arbeitgebenden angehalten werden, ihre Entgeltstrukturen und ihre Entgeltpolitik selbst zu bewerten und zu überwachen und so den Grundsatz des gleichen Entgelts proaktiv einzuhalten. Dabei geht es mit der Berichterstattung und mit der gemeinsamen Entgeltbewertung darum, für geschlechtsspezifische Verzerrungen in den Entgeltstrukturen und für Entgeltdiskriminierung zu sensibilisieren und zur wirksamen und systematischen Bekämpfung solcher Verzerrungen und Diskriminierung beizutragen, was letztlich allen Beschäftigten zugutekommt. Gleichzeitig sollen die nach Geschlecht aufgeschlüsselten Daten die zuständigen Behörden, Arbeitnehmervertreter:innen und andere Interessenträger:innen dabei unterstützen, das geschlechtsspezifische Entgeltgefälle in allen Sektoren (horizontale Segregation) und Funktionen (vertikale Segregation) zu überwachen. Auch den Beschäftigten und ihren Vertretungen sind Daten zur Verfügung zu stellen, und zwar über das geschlechtsspezifische Entgeltgefälle zwischen Arbeitnehmer:innen bei Gruppen von Arbeitnehmer:innen, aufgeschlüsselt nach dem normalen Grundlohn oder -gehalt sowie nach ergänzenden oder variablen Bestandteilen (Art. 9 Abs. 9 ETRL). Solche »Gruppen« rechtssicher zu bestimmen (Art. 3 Abs. 1 Buchst. h ETRL), wird einer der Dreh- und Angelpunkte werden. Jedenfalls im Hinblick auf die Frage gleichwertiger Arbeit scheidet eine bloße Orientierung an der bestehenden Eingruppierung in (tarifvertraglichen) Entgeltsystemen aus,⁶⁴ da sie ein nichtssagender Zirkelschluss wäre. Schließlich ist die bisherige Eingruppierung potentieller Gegenstand der anstehenden Überprüfung und kann nicht zugleich deren Rahmen sein; vielmehr dürfte für eine rechtskonforme Gruppenbildung bereits an dieser Stelle eine eigenständige Überprüfung der bisherigen Bewertung – mit einem Verfahren diskriminierungsfreier Arbeitsbewertung – erforderlich sein. Arbeitnehmer:innen, ihre Vertretungen, Arbeitsaufsichtsbehörden und Gleichbehandlungsstellen haben das Recht, zusätzliche Klarstellungen und Einzelheiten einschließlich Erläuterungen zu geschlechtsspezifischen Entgeltunterschieden zu verlangen (Art. 9 Abs. 10 Satz 1 ETRL).

Sind geschlechtsspezifische Entgeltunterschiede nicht durch objektive, geschlechtsneutrale Kriterien gerechtfertigt, müssen Arbeitgebende innerhalb einer angemessenen Frist Abhilfe schaffen, in enger Zusammenarbeit mit Arbeitnehmervertreter:innen, ggf. Arbeitsaufsichtsbehörden und Gleichbehandlungsstellen (Art. 9 Abs. 10 Satz 3 ETRL). Damit besteht sowohl ein mit der Berichterstattung verbundenes proaktiv-strukturelles Rechtfertigungserfordernis als auch – im Fall fehlender

58 EuGH, 17.9.2002 – C-320/00 – Slg. 2002, I-7325 (*Lawrence ua.*), Rn. 18 f., Tenor.

59 EuGH, 13.1.2004 – C-256/01 – Slg. 2004 I-873 (*Allonby*), Rn. 46, 48, 83.

60 EuGH, 3.6.2021 – C-624/19 – NZA 2021, 855 (*Tesco Stores*), Rn. 37 f.

61 EuGH, 27.3.1980 – C-129/79 – Slg. 1980, 1275 (*Macarthy*), Rn. 13 und Tenor; vgl. auch Erwägungsgrund 29 ETRL.

62 Näher EuArbR-Winter (Fn. 9), Art. 3 Richtlinie (EU) 2023/970 Rn. 9 ff.; Winter, NZA 2024, 8 ff., 13.

63 Erwägungsgrund 39 ETRL.

64 Vgl. zutreffend auch Löw, BB 2024, Heft 45, Umschlagteil, I.

Rechtfertigung – ein proaktiv-strukturelles Abhilfeefordernis. Bei unionsrechtskonform-konsequenter Ausgestaltung im nationalen Umsetzungsgesetz hat Art. 9 Abs. 10 EURL das Potential, als durchgreifende Konsequenz zur proaktiven Beseitigung von Entgeltdiskriminierung zu wirken, die unabhängig von etwaigen Klagen einzelner Betroffener ist. Auch die Rechtfertigung ist einer der Dreh- und Angelpunkte der Entgelttransparenz. Dabei sind die Vorgaben von Art. 157 AEUV, Art. 4 der RL 2006/54/EG sowie Art. 4 der EURL, einschließlich der dazu jeweils ergangenen Rechtsprechung maßgebend.⁶⁵ Das Erfordernis der Abhilfe nach Art. 9 EURL ist unabhängig von der Höhe der Differenz; nur für das Einsetzen des weitergehenden Instruments der gemeinsamen Entgeltbewertung nach Art. 10 EURL ist eine Mindesthöhe der Differenz von Bedeutung (Art. 10 Abs. 1 EURL).⁶⁶

Durch Art. 9 EURL bzw. durch dessen Umsetzung in das nationale Recht kommen neue Anforderungen auf ua. die Betriebs- und Personalräte, die Sprecherausschüsse der leitenden Angestellten sowie beispielsweise die Mitarbeitendenvertretungen in kirchlichen Einrichtungen zu. Diese neuen Aufgaben erfordern eine spezifische Vorbereitung und Schulung im Vorfeld, um eine wirkungsvolle Interessenvertretung⁶⁷ zu gewährleisten. Es geht dabei nicht nur um das erforderliche Beherrschen der Berichtspflichten nach Art. 9 EURL, sondern auch um grundlegendes Neuland der Transparenz, Nachvollziehbarkeit und Überprüfbarkeit aller Entgeltsysteme, auch der tarifvertraglichen. Erforderlich dafür ist ein Umdenken, denn auch Tarifverträge können strukturelle Diskriminierung in der ihnen zugrundeliegenden Bewertung von Arbeit enthalten (vgl. unten), für deren Erkennen die Methoden der diskriminierungsfreien Arbeitsbewertung sowie der sichere Umgang damit ausschlaggebend ist. Fehlen entsprechende Kenntnisse, kann nicht fundiert beurteilt werden, ob etwaige geschlechtsspezifische Entgeltunterschiede durch objektive, geschlechtsneutrale Kriterien gerechtfertigt⁶⁸ sind oder nicht (Art. 9 Abs. 10 Satz 3 EURL). Da es sich dabei oft um eine inhaltlich umfangreiche, tatsächlich schwierige Beurteilung nach rechtlich komplexen Vorgaben handeln wird, wofür neues Wissen und geschultes Problembewusstsein unerlässlich sind, kann auch Fachexpertise von außen zusätzlich erforderlich sein. Von der fundierten Beurteilung hängt ab, ob nach Art. 9 EURL Abhilfe – Nachzahlung einer Entgeltdifferenz plus ggf. Entschädigung nach Art. 15 Abs. 2 AGG⁶⁹ – erforderlich ist.⁷⁰

Es obliegt der Leitungsebene des Arbeitgebers, die sachliche und rechtliche Richtigkeit der berichteten Ergebnisse zu bestätigen (Art. 9 Abs. 6 EURL) und den Bericht an eine vom Mitgliedstaat einzurichtende Überwachungs-/Monitoringstelle (Art. 29 sowie Erwägungsgründe 41, 61 EURL) weiterzuleiten. Durch die zukünftige webbasierte Anwendung »Zert:Equal«,

entwickelt in einem vom BMFSFJ geförderten Verbundprojekt, sollen Arbeitgeber:innen ihre nach der EURL zu ermittelnden und zu übermittelnden Daten vor Versendung an die Überwachungs-/Monitoringstelle auf Richtigkeit überprüfen können.

Mehr Beachtung als bisher verdient der Umstand, dass die Berichterstattung nach Art. 9 EURL auch Bedeutung im Rahmen von ESG-Compliance hat. Unter den ESG-Themen Environmental, Social und Governance ist die Frage der Entgelt(un)gleichheit Bestandteil der Berichterstattung zum Kriterium »Social«.

4. Gemeinsame Entgeltbewertung (Art. 10 EURL)

Mit der Umsetzung der in bestimmten Fällen verpflichtenden gemeinsamen Entgeltbewertung (Art. 10) entsteht eine durchgreifende Konsequenz zur Beseitigung von struktureller Entgeltdiskriminierung, die unabhängig ist von etwaigen Klagen einzelner Betroffener. Die Akteure der Entgeltgestaltung haben dabei die Aufgabe, selbst den Vergleich der Bewertung von Tätigkeiten im Hinblick auf Diskriminierungsfreiheit vorzunehmen.

Sind geschlechtsspezifische Entgeltunterschiede nicht nach Art. 9 Abs. 10 EURL durch objektive, geschlechtsneutrale Kriterien gerechtfertigt, besteht ggf. die Pflicht zur gemeinsamen Entgeltbewertung nach Art. 10 EURL. Die weiteren Voraussetzungen zum Eingreifen dieser Pflicht sind: a) eine Entgeltdifferenz in Höhe von mindestens 5 Prozent »in einer Gruppe von Arbeitnehmern« (Schwellenwert), die b) der/die Arbeitgebende nicht innerhalb von sechs Monaten nach dem Tag der Berichterstattung über das Entgelt korrigiert hat. Auch mit der gemeinsamen Entgeltbewertung geht es wie mit Art. 9 EURL darum, Arbeitgebende anzuhalten, den Grundsatz des gleichen Entgelts proaktiv einzuhalten. Die Sensibilisierung für geschlechtsspezifische Verzerrungen in den Entgeltstrukturen und für Entgeltdiskriminierung soll zur wirksamen und systematischen Bekämpfung solcher Verzerrungen und Diskriminierung beitragen.⁷¹ Die gemeinsame Entgeltbewertung wird durchgeführt, um Entgeltunterschiede zwischen Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern, die nicht durch objektive und geschlechtsneutrale Kriterien gerechtfertigt sind, festzustellen, zu korrigieren und zu verhindern (Art. 10 Abs. 2 EURL). Dabei ist der Auslöser zwar das Überschreiten des og. Schwellenwerts von 5 Prozent »in einer Gruppe von Arbeitnehmern«, allerdings wird sodann zur Durchführung der gemeinsamen Entgeltbewertung nicht allein auf eine »Gruppe von Arbeitnehmern« abgestellt. Vielmehr geht es mit der gemeinsamen Entgeltbewertung schließlich um das betroffene Entgeltsystem – ggf. auch ein tarifvertragliches – in seiner Gesamtheit. Dafür spricht, dass es für diese Bewertung nach Art. 10 EURL a) einer Analyse des Anteils der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer »in jeder Gruppe von Arbeitnehmern« bedarf, zudem b) Informationen über die durchschnittlichen Entgelthöhen von Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern sowie über ergänzende oder variable Bestandteile »für jede Gruppe von Arbeitnehmern« erforderlich sind sowie c) etwaige Unterschiede bei den durchschnittlichen Entgelthöhen zwischen Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern »in jeder einzelnen Gruppe von Arbeitnehmern« zu betrachten sind. Es spricht nichts

⁶⁵ Vgl. oben unter II.

⁶⁶ Eine fehlende oder ungenügende Rechtfertigung kann bei Erfüllen der übrigen Voraussetzungen die Pflicht zur gemeinsamen Entgeltbewertung nach Art. 10 EURL auslösen.

⁶⁷ Vgl. Brodersen, BRuR 2024, 271 zur Frage, wie Betriebsräte sich angesichts der EURL für mehr Entgeltgleichheit im Betrieb einsetzen können.

⁶⁸ Wie oben unter II. ausgeführt: Die Rechtfertigung beurteilt sich nach den Vorgaben von Art. 157 AEUV und Art. 4 der RL 2006/54/EG – sowie nunmehr auch Art. 4 EURL –, einschließlich der dazu jeweils ergangenen Rechtsprechung.

⁶⁹ Vgl. etwa BAG, 16.2.2023 – 8 AZR 450/21 – BAGE 180, 194, Rn. 99 ff.

⁷⁰ Davon zu unterscheiden ist: Den Beschäftigten selbst steht nach wie vor die individuelle Geltendmachung, ggf. Klage gestützt auf Art. 157 AEUV, Art. 4 der RL 2006/54/EG sowie nationale Bestimmungen offen.

⁷¹ Erwägungsgrund 39 EURL.

dafür, eine gemeinsame Entgeltbewertung solle nur einen Ausschnitt und nicht das jeweilige Entgeltsystem in seiner Gesamtheit betreffen. Eine gemeinsame Entgeltbewertung, die auf Diskriminierung überprüfen und erforderlichenfalls korrigieren soll, macht nur Sinn, wenn das betreffende Entgeltsystem in seiner Gesamtheit mit den relevanten Vorgaben, insbesondere den Kriterien in Art. 4 Abs. 4 ETRL (vgl. oben unter IV.1.) in den Blick genommen wird.

Mit der »Gemeinsamkeit« der gemeinsamen Entgeltbewertung nach Art. 10 ETRL sind Arbeitgebende gemeint, die den Berichterstattungspflichten nach Art. 9 ETRL unterliegen, und zwar in Zusammenarbeit mit »ihren Arbeitnehmervertretern«.

Für die nationale Umsetzungsgesetzgebung in Deutschland kann es eine Herausforderung sein, die »Arbeitnehmervertreter« bezogen auf Art. 10 ETRL sinnvoll im Sinne der unionsrechtlich erforderlichen Wirksamkeit der Richtlinienvorgaben zu bestimmen. Wer soll sich gemeinsam um eine Neubewertung kümmern? Ähnlich wie beim Bericht nach Art. 9 ETRL die Betriebs- und Personalräte etc.? Oder vielmehr eher Tarifvertragsparteien, soweit Tarifverträge betroffen sind? Dabei ist zu beachten, dass in Deutschland sehr unterschiedliche Quellen von Entgeltsystemen bestehen können zB. bei Haus-Tarifverträgen anders als bei Flächentarifverträgen oder bei Arbeitgebenden ohne tarifvertragliche Entgeltsysteme. Sinnvoll und wirksam können deshalb nur jeweils an die Situation/Umstände angepasste Zusammensetzungen der »Gemeinsamkeit« sein.

Auch soweit es im Erwägungsgrund 43 heißt »Gibt es keine Arbeitnehmervertreter, so sollten sie für den Zweck der gemeinsamen Entgeltbewertung von den Arbeitnehmern benannt werden«, ist es Aufgabe der Mitgliedstaaten, dafür bei der Richtlinienumsetzung ein auf die nationalen Umstände abgestimmtes Verfahren zu entwickeln und auszugestalten.

V. Wirkung der Vorgaben der ETRL jenseits nationaler Umsetzung

Nicht immer erfolgt nationale Richtlinienumsetzung so planmäßig, wie im Unionsrecht vorgesehen. Manche erforderliche Umsetzung erfolgt nicht, verspätet oder mangelhaft. Und bekanntlich können Richtlinienbestimmungen selbst in einem Rechtsstreit zwischen Privaten grundsätzlich nicht geltend gemacht werden.⁷² Gleichwohl haben Richtlinien auch in Fällen unterbliebener, verspäteter und/oder mangelhafter Umsetzung Wirkungen im nationalen Recht. Das gilt für die ETRL besonders, denn sie ist mit mehreren Bestimmungen des anwendungsstarken Primärrechts⁷³ (Art. 157 AEUV sowie Grundrechte der Charta) verbunden. Sich auf Wirkungsweisen der ETRL jenseits nationaler Umsetzung rechtzeitig vorzubereiten, kann unangenehme Überraschungen und ggf. Schaden vermeiden.

Zur Erinnerung: Alle staatlichen Stellen, einschließlich der Gerichte, sind verpflichtet, die volle Wirksamkeit des Unionsrechts und den gerichtlichen Schutz, der den Einzelnen

aus diesem Recht erwächst, zu gewährleisten.⁷⁴ Das bedeutet für Gerichte, dass sie die verschiedenen Wirkungsweisen von Richtlinien jenseits expliziter nationaler Umsetzung stets mit im Blick haben müssen. Daraus folgt beispielsweise für die Anwaltschaft, dass diese Wirkungsweisen im Sinne der Mandantschaft ebenfalls in den Blick genommen werden müssen. Und schließlich ist davon auszugehen, dass Arbeitgebende und Sozialpartner in ihren jeweiligen Bereichen von eventuellen Wirkungsweisen der ETRL jenseits nationaler Richtlinienumsetzung nicht überrascht werden möchten, sondern sie im Gegenteil Zeit für eine adäquate Vorbereitung wünschen. Im Folgenden wird deshalb in Ansätzen skizziert, welcher Inhalt der ETRL bereits aktuell allein durch Anwendung und Auslegung von Art. 157 AEUV zum Tragen kommt, was nach Ablauf der Umsetzungsfrist – also nach dem 7. Juni 2026 – im Rahmen richtlinienkonformer Auslegung nationalen Rechts, Anwendung von Art. 157 AEUV und ggf. im Wege der Flankierung durch Grundrechte hinzu kommt, wie es mit der direkten Anwendung der ETRL gegenüber dem Staat (im weiten Sinne) als Arbeitgebender und als Gegenüber von zB. Personalräten aussieht und was – soweit all diese Wirkungsweisen nicht das Ziel der Richtlinie erfüllen – im Wege der Staatshaftung folgen kann.

Einige der Inhalte der ETRL gehen ausdrücklich⁷⁵ oder implizit zurück auf bestehende, einschlägige (teilweise wortgleiche) Bestimmungen oder auf Rechtsprechung des EuGH zu Art. 157 AEUV – der bekanntlich unmittelbare Anwendung vor nationalen Gerichten findet⁷⁶ – sowie zur Richtlinie 2006/54/EG bzw. zur ehemaligen Richtlinie 75/117/EWG, mit denen die materielle Tragweite von Art. 157 AEUV bzw. der Vorgängerbestimmungen in einigen Punkten präzisiert⁷⁷ bzw. die konkrete Anwendung erleichtert⁷⁸ werden sollten. Solche Inhalte der ETRL, die Bestehendes als Grundlage nochmals klarstellen bzw. unterstreichen (etwa verschiedene Begriffsbestimmungen nach Art. 3, die Vorgaben nach Art. 4 zu gleicher und gleichwertiger Arbeit sowie zu Entgeltstrukturen – vertretbar einschließlich der vier Mindestkriterien –, Transparenzanforderungen sowie Vorgaben nach Art. 19 ETRL), sind natürlich unabhängig von der Umsetzungsfrist der ETRL, denn sie sind ja längst in der Anwendung von Art. 157 AEUV und in der Anwendung nationaler Bestimmungen wie § 3 Abs. 1 und § 7 EntgTranspG zu berücksichtigen.⁷⁹

Hingegen gehören andere Bestimmungen der ETRL nicht bereits zum Bestand, sondern präzisieren – ebenso wie zuvor die Richtlinie 2006/54/EG – die materielle Tragweite von Art. 157 AEUV weitergehend als Stärkung. Der Gegenstand der ETRL besteht ja nach ihrem Art. 1 in Mindestanforderungen zur Stärkung der Anwendung des Grundsatzes

72 Vgl. zur st. Rspr. etwa EuGH, 9.11.2023 – C-271/22 – NZA 2024, 115 (Keolis Agen), Rn. 17 mwN.; EuGH, 12.12.2013 – C-425/12 – EuZW 2014, 189 (Portgás), Rn. 22 mwN.

73 Zur Wirkung von Primärrecht etwa *Sagan-Preis/Sagan* (Fn. 30), § 1, Rz. 1.22, 1.30, 1.163 f.; *EuArB-R-Höpfner* (Fn. 9), AEUV Art. 288 Rn. 3.

74 Ua. EuGH, 14.3.2024 – C-516/22 – EuZW 2024, 606 (Kommission/Vereinigtes Königreich), Rn. 94 mwN.; EuGH, 22.2.2022 – C-430/21 – NJW 2022, 2093 (RS), Rn. 37, 39, 50, 53 f. jeweils mwN.; EuGH, 8.9.2010 – C-409/06 – Slg. 2010, I-8015 (Winner Wetten), Rn. 55 ff. mwN.; EuGH, 19.1.2010 – C-555/07 – Slg. 2010, I-365 (Küküdeveci), Rn. 47.

75 Beispielsweise durch Bezugnahme auf ua. Rspr. des EuGH in den Erwägungsgründen oder durch wörtliche Wiederholungen bestehender Bestimmungen, ua. in den Begriffsbestimmungen in Art. 3 ETRL.

76 Vgl. oben unter II.

77 Vgl. EuGH, 8.4.1976 – C-43/75 – Slg. 1976, 455 (Defrenne II), Rn. 53/55; EuGH, 30.1.1985 – C-143/83 – Slg. 1985, 427 (Kommission/Dänemark), Rn. 2 zur ehemaligen Richtlinie 75/117/EWG.

78 Vgl. EuGH, 3.10.2006 – C-17/05 – Slg. 2006, I-9583 (Cadman), Rn. 29.

79 Beispiele – etwa zu Art. 4 Abs. 4 Sätze 1 und 2 ETRL – bei von *Roetteken*, NZA-RR 2024, 169, 171 f.

des gleichen Entgelts nach Art. 157 AEUV und des Diskriminierungsverbots nach Art. 4 der Richtlinie 2006/54/EG, und zwar insbesondere durch Entgelttransparenz und verstärkte Durchsetzungsmechanismen. Soweit die ETRL nicht bis zum Ablauf der Umsetzungsfrist⁸⁰ vollständig in das nationale Recht umgesetzt sein sollte, wird im Einzelfall zu prüfen sein, welche ihrer Bestimmungen bereits von der direkten Anwendung von Art. 157 AEUV miterfasst sind und deshalb ohne (zusätzliche) nationale Richtlinienumsetzung auskommen. Dies mag ua. Auskunftsansprüche ohne Schwellenwert vor und während des Beschäftigungsverhältnisses betreffen, den Zugang zu entgeltbezogenen Informationen sowie Pflichten der transparenten Zurverfügungstellung; auch manche Bereiche des Kapitels III »Rechtsmittel und Rechtsdurchsetzung« kommen ggf. insoweit in Betracht. Entsprechende Fragen der Wirkungsweise einzelner Richtlinienbestimmungen dürften letztlich im Wege eines Vorabentscheidungsersuchens nach Art. 267 AEUV zu klären sein.

Zudem ist die Verpflichtung zur unionsrechts- bzw. richtlinienkonformen Auslegung des gesamten nationalen Rechts, nicht nur des gezielt zur Umsetzung erlassenen Rechts, von Bedeutung. Es obliegt den nationalen Gerichten, unter Berücksichtigung sämtlicher nationaler Rechtsnormen und der im nationalen Recht anerkannten Auslegungsmethoden die Auslegung des nationalen Rechts so weit wie möglich am Wortlaut und Zweck der ETRL auszurichten, um das in ihr festgelegte Ergebnis zu erreichen und so Art. 288 Abs. 3 AEUV nachzukommen und dabei zu entscheiden, ob und inwieweit eine nationale Rechtsvorschrift im Einklang mit einzelnen Bestimmungen der ETRL ausgelegt werden kann, ohne dass sie *contra legem* ausgelegt wird.⁸¹ Dies betrifft im nationalen Recht nicht nur sämtliche Bestimmungen des EntgTranspG 2017 (beispielsweise zu Auskunftsansprüchen und -pflichten, bezogen auf Art. 5, 6, 7, 8 ETRL), sondern das gesamte nationale Recht, darunter auch Bestimmungen des BetrVG, der PersVGen und ggf. des SprAuG (etwa bezogen auf Berichtspflichten nach Art. 9 ETRL). Dabei ist zu berücksichtigen, dass ein nationales Gericht nicht davon ausgehen darf, dass es eine nationale Vorschrift nicht im Einklang mit dem Unionsrecht auslegen könne, nur weil bisher in ständiger Rechtsprechung in einem nicht mit dem Unionsrecht vereinbaren Sinne ausgelegt worden ist.⁸²

Soweit eine richtlinienkonforme Auslegung nicht möglich sein sollte, ist daran zu denken, dass die ETRL die Grundrechte der Art. 21 und 23 der Charta flankiert und die Gerichte unter bestimmten Voraussetzungen verpflichtet sind, im Rahmen ihrer Zuständigkeiten den rechtlichen Schutz, der sich für den Einzelnen aus dem Unionsrecht ergibt, sicherzustellen und die volle Wirksamkeit des Unionsrechts zu gewährleisten, indem sie erforderlichenfalls jede dem Verbot der Diskriminierung

wegen des Geschlechts zuwiderlaufende Vorschrift der nationalen Regelung unangewendet lassen.⁸³

Hinzu kommt, dass Richtlinien nach Ablauf der Umsetzungsfrist grundsätzlich mit unmittelbarer Wirkung gegenüber dem Staat selbst gelten, unabhängig davon, in welcher Eigenschaft er handelt. Nach ständiger Rechtsprechung können sich Einzelne in all den Fällen, in denen die Bestimmungen einer Richtlinie inhaltlich unbedingt und hinreichend genau sind, vor nationalen Gerichten gegenüber einem Mitgliedstaat – Staat im weiten Sinne – auf diese Bestimmungen berufen, wenn dieser Staat die Richtlinie nicht fristgemäß oder nur unzulänglich in das nationale Recht umgesetzt hat.⁸⁴ Dem Mitgliedstaat kommt nämlich im Unionsrecht eine besondere Verantwortung zu, die sich letztlich nach fruchtlosem Ablauf von Umsetzungsfristen für Richtlinien auch in direkter Anwendung von Richtlinienbestimmungen äußert.⁸⁵ Es soll verhindert werden, dass der Staat aus der Nichtbeachtung des Unionsrechts Nutzen ziehen kann.⁸⁶ Dies gilt nicht nur gegenüber einem Mitgliedstaat und allen Trägern seiner Verwaltung einschließlich dezentralisierter Behörden, sondern auch gegenüber Organisationen und Einrichtungen, die dem Staat oder dessen Aufsicht unterstehen oder die von einem Mitgliedstaat mit der Erfüllung einer im Allgemeininteresse liegenden Aufgabe betraut wurden und hierzu mit besonderen Rechten ausgestattet sind, die über die für die Beziehungen zwischen Privatpersonen geltenden Vorschriften hinausgehen.⁸⁷

Schließlich kann bei Nicht- oder Schlechtumsetzung der Richtlinie eine Haftung des Staates im Fall von Schäden gegeben sein, die ggü. dem Einzelnen durch dem Staat zurechenbare Verstöße gegen das Unionsrecht entstehen.⁸⁸

VI. Dürfen Einstufungsbewertungen in Tarifverträgen (gerichtlich) auf (Entgelt-)Diskriminierung überprüft werden und darf ein nationales Umsetzungsgesetz Tarifverträge von Regelungen der ETRL ausnehmen?

1. Dürfen Einstufungsbewertungen in Tarifverträgen (gerichtlich) auf (Entgelt-)Diskriminierung überprüft werden?

Diese Frage ist aus Sicht des Unionsrechts klar zu bejahen. Bereits im Jahr 1976 hat der EuGH in der grundlegenden

80 Zu Überlegungen, ob und ggf. welche weitere Wirkung primärrechtliche Bezüge der ETRL zu Art. 157 AEUV und Art. 21, 23 der Charta vor Ablauf der Umsetzungsfrist haben, teilweise in Gestalt eines Indizes nach Art. 22 AGG im Bewerbungsverfahren, vgl. von *Roetteken*, NZA-RR 2024, 169.

81 Vgl. zur st. Rspr. etwa EuGH, 4.5.2023 – C-78/22 – (ALD Automotive), Rn. 40; EuGH, 11.9.2018 – C-68/17 – NJW 2018, 3086 (IR), Rn. 63 ff. mwN.; EuGH, 7.4.2018 – C-414/16 – NZA 2018, 569 (Egenberger), Rn. 71 mwN.; EuGH, 24.1.2012 – C-282/10 – EuZW 2012, 342 (Dominguez), Rn. 24 ff. mwN.; EuGH, 19.1.2010 – C-555/07 – Slg. 2010, I-365 (Küçükdeveci), Rn. 48 mwN.

82 EuGH, 6.11.2018 – C-684/16 – NZA 2018, 1474 (Max-Planck-Gesellschaft zur Förderung der Wissenschaften), Rn. 60.

83 Vgl. zur st. Rspr. etwa EuGH, 11.9.2018 – C-68/17 – NJW 2018, 3086 (IR), Rn. 67 f. mwN.; EuGH, 7.4.2018 – C-414/16 – NZA 2018, 569 (Egenberger), Rn. 75 mwN.; EuGH, 19.4.2016 – C-441/14 – NZA 2016, 537 (DI), Rn. 35; EuGH, 19.1.2010 – C-555/07 – Slg. 2010, I-365 (Küçükdeveci), Rn. 51 mwN.

84 Vgl. zur st. Rspr. etwa EuGH, 14.5.2024 – C-15/24 PPU – (Stachev), Rn. 51 mwN.; EuGH, 20.2.2024 – C-715/20 – NJW 2024, 949 (X – Absence de motifs de résiliation), Rn. 75; EuGH, 20.4.2023 – C-348/22 – NZBau 2023, 535 (Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato – Gemeinde Ginosà), Rn. 62 mwN.; EuGH, 6.11.2018 – C-684/16 – NZA 2018, 1474 (Max-Planck-Gesellschaft zur Förderung der Wissenschaften), Rn. 63 mwN.; EuGH, 9.10.2014 – C-492/13 – DStRE 2015, 427 (Traum), Rn. 45 mwN.

85 Vgl. etwa EuGH, 12.12.2013 – C-425/12 – EuZW 2014, 189 (Portgás), Rn. 22 ff., 24; EuGH, 14.6.2007 – C-6/05 – Slg. 2007, I-4557 (Medipac-Kazantzidis), Rn. 43.

86 Vgl. etwa EuGH, 12.12.2013 – C-425/12 – EuZW 2014, 189 (Portgás), Rn. 23 ff. mwN.

87 Vgl. etwa EuGH, 14.11.2024 – C-230/23 – (Reprobel), Rn. 26 ff. mwN.; EuGH, 6.11.2018 – C-684/16 – NZA 2018, 1474 (Max-Planck-Gesellschaft zur Förderung der Wissenschaften), Rn. 64 mwN.; EuGH, 12.12.2013 – C-425/12 – EuZW 2014, 189 (Portgás), Rn. 24 ff. mwN.

88 Ua. EuGH, 10.7.2014 – C-244/13 – ZAR 2014/429 (Ogieriakhi), Rn. 49 ff. (Rn. 50 zu den Voraussetzungen); EuGH, 5.3.1996 – C-46/93 und C-48/93 – Slg. 1996, I-1029 (Brasserie du pêcheur und Factortame); EuGH, 19.11.1991 – C-6/90 und C-9/90 – Slg. 1991, I-5357 (Francovich ua.). Vgl. näher *Sagen-Preis/Sagan* (Fn. 30), § 1, Rz. 1.160 ff.

Entscheidung *Defrenne II*⁸⁹ ausgeführt, dass sich die Betroffenen vor den innerstaatlichen Gerichten auf den Grundsatz der Gleichheit des Arbeitsentgelts berufen können und die Gerichte verpflichtet sind, die Rechte zu schützen, welche der damalige Art. 119 EWG-Vertrag (heute Art. 157 AEUV) den Betroffenen verleiht. Ausdrücklich heißt es weiter: »dies gilt insbesondere im Fall von Diskriminierungen, die ihren Ursprung unmittelbar in Rechtsvorschriften oder in Tarifverträgen haben.«⁹⁰

Vor dem Hintergrund des nationalen Verständnisses von Art. 9 Abs. 3 GG als nicht allein Koalitionsfreiheit, sondern als Tarifautonomie mit weitgehendem Schutz der erreichten Ergebnisse⁹¹ ist dem EuGH später in Vorabentscheidungsersuchen nach Art. 267 AEUV (bzw. den Vorgängerbestimmungen) insbesondere von deutschen Gerichten wiederkehrend die Frage gestellt worden, ob ein eigentlich unionsrechtlich gegebener Anspruch auf gleiches Entgelt im Fall einer tarifvertraglichen Regelung »an der Regelungsautonomie der Tarifvertragsparteien« scheidet,⁹² ob »das Gericht im Hinblick auf eine Regelungsautonomie der Tarifvertragsparteien keine solche Entscheidung treffen (darf), sondern [...] diese vielmehr den Tarifvertragsparteien überlassen«⁹³ müsse oder ob »die innerstaatlichen Gerichte befugt [sind], bei Verstoß der tariflichen und gesetzlichen Regelungen gegen die Richtlinie 76/207 bzw. 79/7/EWG die entsprechenden Regelungen unter Außerachtlassung der EG-widrigen Einschränkungen zugunsten der benachteiligten Gruppe so lange anzuwenden, bis durch die Tarifvertragsparteien und/oder den Gesetzgeber eine diskriminierungsfreie Regelung geschaffen ist?«⁹⁴ Der EuGH hat in ständiger Rechtsprechung geantwortet, dass tarifvertragliche Regelungen durch Gerichte auf Diskriminierung überprüfbar sind.⁹⁵ So ist im Falle einer mittelbaren Diskriminierung durch eine Bestimmung eines Tarifvertrags das nationale Gericht verpflichtet, diese Bestimmung – ohne dass es ihre vorherige Beseitigung durch Tarifverhandlungen oder auf anderen Wegen beantragen oder abwarten müsste – außer Anwendung zu lassen und auf die Angehörigen der durch diese Diskriminierung benachteiligten Gruppe die gleiche Regelung wie auf die übrigen Arbeitnehmer anzuwenden, wobei diese Regelung, solange Art. 157 AEUV – bzw. die Vorgängerbestimmungen wie Art. 119 EWG-Vertrag – im nationalen Recht nicht ordnungsgemäß durchgeführt ist, das einzig gültige Bezugssystem bleibt.⁹⁶ Auch im Fall eines Verstoßes gegen die Richtlinie 76/207/EWG durch gesetzliche oder tarifvertragliche Regelungen, die eine mit der Richtlinie unvereinbare Diskriminierung vorsehen, sind die nationalen Gerichte gehalten, die Diskriminierung auf jede denkbare Weise und insbesondere dadurch auszuschließen, dass sie diese Regelungen zugunsten der benachteiligten Gruppe anwenden, ohne die Beseitigung der Diskriminierung

durch den Gesetzgeber, die Tarifvertragsparteien oder in anderer Weise zu beantragen oder abzuwarten.⁹⁷

Mit Entscheidungen vom 20. Mai 2010 hat der Sechste Senat des BAG beim EuGH nachgefragt, wie die Frage der Überprüfbarkeit von Tarifverträgen in Anbetracht des Rechts auf Kollektivverhandlungen und Kollektivmaßnahmen nach Art. 28 der Charta zu beurteilen ist.⁹⁸ Der EuGH hat geantwortet, dass die Überprüfbarkeit von Tarifverträgen und der Rechtsanspruch auf Angleichung nach oben mit Art. 28 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union vereinbar sind.⁹⁹ Das in Art. 28 der Charta proklamierte Recht auf Kollektivverhandlungen als Bestandteil des Unionsrechts muss im Rahmen der Anwendung des Unionsrechts im Einklang mit diesem ausgeübt werden.¹⁰⁰ Es wäre nämlich mit dem Wesen des Unionsrechts unvereinbar, wenn dem nationalen Gericht die uneingeschränkte Befugnis abgesprochen würde, unmittelbar bei der ihm obliegenden Anwendung des Unionsrechts Bestimmungen eines Tarifvertrags außer Anwendung zu lassen, die die volle Wirksamkeit der unionsrechtlichen Vorschriften möglicherweise behindern.¹⁰¹

Das BAG wendet selbstverständlich die Rechtsprechung des EuGH zur Überprüfbarkeit von Tarifverträgen seit vielen Jahren an.¹⁰²

2. Kann ein nationales Umsetzungsgesetz Tarifverträge wirksam von Regelungen der ETRL ausnehmen?

Vor dem Hintergrund tarifvertragsbezogener Privilegierungen im bisherigen EntgTranspG 2017 (wie etwa dessen § 4 Abs. 5¹⁰³) werden teilweise tarifvertragsbezogene Privilegierungen für die Umsetzung der ETRL in Deutschland vorgeschlagen. So wird etwa eine privilegierte Sonderstellung für Tarifverträge bei der Überprüfung auf Gleichwertigkeit von Arbeit diskutiert.¹⁰⁴ Al-

89 EuGH, 8.4.1976 – C-43/75 – Slg. 1976, 455 (*Defrenne II*), Tenor.

90 Vgl. auch EuGH, 30.3.2000 – C-236/98 – Slg. 2000 I-2189 (*JämO*), Rn. 41 mwN.

91 Vgl. BAG, 20.5.2010 – 6 AZR 148/09 (A) – NZA 2010, 961, Rn. 29 mit dem Versuch, das nationale Verständnis für die Auslegung von Art. 28 der Charta fruchtbar zu machen. Allerdings ist der EuGH dem nicht gefolgt.

92 EuGH, 27.6.1990 – C-33/89 – Slg. 1990 I-2591 (*Kowalska*), Rn. 5.

93 EuGH, 7.2.1991 – C-184/89 – Slg. 1991 I-297 (*Nimz*), Rn. 5.

94 EuGH, 20.3.2003 – C-187/00 – Slg. 2003 I-2741 (*Kutz-Bauer*), Rn. 36.

95 EuGH, 20.3.2003 – C-187/00 – Slg. 2003 I-2741 (*Kutz-Bauer*), Rn. 75 und Tenor 2;

EuGH, 7.2.1991 – C-184/89 – Slg. 1991 I-297 (*Nimz*), Rn. 21 und Tenor 2; EuGH,

27.6.1990 – C-33/89 – Slg. 1990 I-2591 (*Kowalska*), Rn. 20 und Tenor 2.

96 EuGH, 27.6.1990 – C-33/89 – Slg. 1990 I-2591 (*Kowalska*), Rn. 20 und Tenor 2; EuGH,

7.2.1991 – C-184/89 – Slg. 1991 I-297 (*Nimz*), Rn. 21 und Tenor 2.

97 EuGH, 20.3.2003 – C-187/00 – Slg. 2003 I-2741 (*Kutz-Bauer*), Rn. 75 und Tenor 2.

98 Vorabentscheidungsersuchen BAG, 20.5.2010 – 6 AZR 148/09 (A) – NZA 2010, 961, Vergütung nach dem Lebensalter im BAT – Diskriminierung; sowie BAG, 20.5.2010 – 6 AZR 319/09 (A) Überleitung in den TVöD-Besitzstand – Diskriminierung; zur wiedergegebenen Vorlagefrage in der Rechtssache C-298/10 vgl. EuGH, 8.9.2011 – C-297/10 und C-298/10 – NZA 2011, 1100 (*Hennigs und Mai*), Rn. 34: »Verstößt eine tarifliche Entgeltregelung für die Angestellten im öffentlichen Dienst, die wie § 27 BAT in Verbindung mit dem Vergütungstarifvertrag Nr. 35 zum BAT die Grundvergütungen in den einzelnen Vergütungsgruppen nach Lebensaltersstufen bemisst, auch unter Berücksichtigung des primärrechtlich gewährleisteten Rechts der Tarifvertragsparteien auf Kollektivverhandlungen (jetzt Art. 28 der Charta) gegen das primärrechtliche Verbot der Diskriminierung wegen des Alters (jetzt Art. 21 der Charta) in seiner Konkretisierung durch die Richtlinie 2000/78?«

99 EuGH, 8.9.2011 – C-297/10 und C-298/10 – NZA 2011, 1100 (*Hennigs und Mai*), Rn. 78 und Tenor 1 (»Insoweit beeinträchtigt die Tatsache, dass das Unionsrecht der betreffenden Maßnahme entgegensteht und dass diese in einem Tarifvertrag enthalten ist, nicht das in Art. 28 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union anerkannte Recht, Tarifverträge auszuhandeln und zu schließen«).

100 EuGH, 8.9.2011 – C-297/10 und C-298/10 – NZA 2011, 1100 (*Hennigs und Mai*), Rn. 67 mwN.

101 EuGH, 7.2.1991 – C-184/89 – Slg. 1991 I-297 (*Nimz*), Rn. 20 mit in dem damaligen Verfahren noch zutreffender Bezugnahme auf das »Gemeinschaftsrecht«.

102 Vgl. etwa BAG, 5.12.2024 – 8 AZR 370/20 – sowie – 8 AZR 372/20 – zur Diskriminierung von Teilzeitbeschäftigten bei tarifvertraglichen Überstundenzuschlägen; BAG, 25.8.2020 – 9 AZR 266/19 – NZA 2021, 282, Rn. 42 ff., tarifvertragliche Ausgleichszahlung bei Inanspruchnahme vorgezogener Altersrente – Benachteiligung wegen Schwerbehinderung; BAG, 10.11.2011 – 6 AZR 148/09 – NZA 2012, 161 sowie – 6 AZR 481/09 – NZA-RR 2012, 100 Vergütung nach dem Lebensalter im BAT – Diskriminierung.

103 In § 4 Abs. 5 EntgTranspG 2017 heißt es: »Für tarifvertragliche Entgeltregelungen sowie für Entgeltregelungen, die auf einer bindenden Festsetzung nach § 19 Absatz 3 des Heimarbeitsgesetzes beruhen, gilt eine Angemessenheitsvermutung. Tätigkeiten, die aufgrund dieser Regelungen unterschiedlichen Entgeltgruppen zugewiesen werden, werden als nicht gleichwertig angesehen, sofern die Regelungen nicht gegen höherrangiges Recht verstoßen.« Allerdings wurde im Wortlaut – durch den letzten Satzteil (»sofern«) – eine Privilegierung unterlaufen. Sie wäre auch nicht möglich. Ein einfaches Gesetz kann eine Überprüfung durch »höherrangiges Recht« (ua. Art. 157 AEUV) nicht ausschließen.

104 Bejaht etwa von *Günther/Schiffelholz/Westenrieder*, NZA 2024, 1305.

lerdings wäre ein solcher Privilegierungsversuch – soweit in einem nationalen Umsetzungsgesetz formuliert – mit Blick auf das höherrangige Unionsrecht letztlich nicht wirksam. Die ETRL eröffnet keine Privilegierungsmöglichkeit. Sie enthält keine Bestimmung, nach der für Tarifverträge Ausnahmen von den Richtlinienbestimmungen vorgesehen sind oder die Mitgliedstaaten selbst für Tarifverträge solches vorsehen dürften. Da Richtlinien nach Art. 288 Abs. 3 AEUV für jeden Mitgliedstaat, an den sie gerichtet sind, hinsichtlich des zu erreichenden Ziels verbindlich sind und den innerstaatlichen Stellen nur die Wahl der Form und der Mittel überlassen ist, muss die ETRL von den Mitgliedstaaten, so auch von Deutschland, vollständig in das nationale Recht umgesetzt werden. Es besteht die Pflicht der Mitgliedstaaten zur Gewährleistung der vollen Wirksamkeit des Unionsrechts, wozu es gehört, die vollständige Umsetzung einer Richtlinie sicherzustellen.¹⁰⁵ Gegenstand der ETRL sind laut ihrem Art. 1 Mindestanforderungen zur Stärkung der Anwendung des Grundsatzes des gleichen Entgelts nach Art. 157 AEUV und des Diskriminierungsverbots nach Art. 4 der Richtlinie 2006/54/EG, insbesondere durch Entgelttransparenz und verstärkte Durchsetzungsmechanismen. Die Richtlinie setzt also Art. 157 AEUV und die Rechtsprechung des EuGH dazu voraus, auch die og. zur Überprüfbarkeit von Tarifverträgen. Soweit ein Mitgliedstaat unionsrechtswidrige Sonderbestimmungen und Ausnahmen von der ETRL für Tarifverträge normieren würde, würde damit das verbindlich zu erreichende Ziel der Richtlinie unterlaufen.¹⁰⁶ Eine Überprüfung mit dem höherrangigen Art. 157 AEUV bleibt stets möglich; ein nationales Umsetzungsgesetz kann dies nicht wirksam ausschließen.¹⁰⁷ Soweit Sozialpartner und Arbeitgebende sich auf einen privilegierenden nationalen Gesetzestext verlassen würden, könnten im Fall von Klagen im Rahmen von Gerichtsverfahren ungute Überraschungen anstehen. Ein unionsrechtswidrig privilegierendes nationales Gesetz birgt Rechtsunsicherheit in sich.

3. Aktive Einbeziehung der Sozialpartner

Die Rolle der Sozialpartner ist nach der ETRL kein Raum für Ausnahmen, sondern im Gegenteil ein Raum für Kooperation unter Einbringung ihrer besonderen sachnahen Kompetenzen.

Dies wird sowohl in Art. 13 ETRL (Sozialer Dialog), Art. 28 Abs. 2 ETRL (enge Zusammenarbeit und Koordinierung mit ua. Gleichbehandlungsstellen), Art. 33 ETRL (Möglichkeit der Übertragung bestimmter Durchführungsaufgaben auf die Sozialpartner) als auch in den Erwägungsgründen (insbesondere Erwägungsgründe 11, 23, 30, 32, 45, 64) der ETRL deutlich.

¹⁰⁵ Vgl. zur st. Rspr. etwa EuGH, 14.3.2024 – C-452/22 – (Kommission/Polen), Rn. 77 mwN.

¹⁰⁶ Soweit *Günther/Schiffelholz/Westenrieder*, NZA 2024, 1305 für die Richtlinienumsetzung bezogen auf die Überprüfung auf Gleichwertigkeit von Arbeit für tarifvertragliche Regelungen eine Sonderstellung durch »Angemessenheitsvermutung und Ungleichwertigkeitsfiktion« bzw. eine Qualifizierung als »Angemessenheitsindiz« vorschlagen, betreffe eine solche Umsetzung eben nicht die »Mittel« oder »Form« iSd. Vorgaben von Art. 288 Abs. 3 AEUV, sondern sie wäre inhaltlicher Art und damit geeignet, ein wesentliches Ziel der ETRL zu beeinträchtigen (vgl. nur Erwägungsgründe 11, 16, 20, 26). Die angeführte Entscheidung Brunnhofer des EuGH (26.6.2001 – C-381/99 – Slg. 2001, I-4961) stützt den Vorschlag einer solchen Sonderstellung gerade nicht, denn die wesentlichen Passagen in Rn. 80 lauten im Gegenteil: »allein aus dem Umstand, dass die Arbeitnehmerin [...] und der zum Vergleich herangezogene Arbeitnehmer nach dem [...] Kollektivvertrag in dieselbe Tätigkeitsgruppe eingestuft sind, kann noch nicht gefolgert werden, dass die beiden betroffenen Arbeitnehmer gleiche oder als gleichwertig anerkannte Arbeit [...] verrichten, da dieser Umstand nur eines von mehreren Indizien für die Erfüllung dieses Kriteriums darstellt«.

¹⁰⁷ Vgl. auch Fn. 103 oben.

Nach Art. 13 Abs. 1 ETRL ergreifen die Mitgliedstaaten unbeschadet der Autonomie der Sozialpartner und im Einklang mit den nationalen Rechtsvorschriften und Gepflogenheiten geeignete Maßnahmen, um sicherzustellen, dass die Sozialpartner wirksam einbezogen werden, indem die in dieser Richtlinie festgelegten Rechte und Pflichten erörtert werden, ggf. auf ihr Ersuchen. Nach Art. 13 Abs. 2 ETRL ergreifen die Mitgliedstaaten – unbeschadet der Autonomie der Sozialpartner und unter Berücksichtigung der Vielfalt der nationalen Gepflogenheiten – geeignete Maßnahmen zur Förderung der Rolle der Sozialpartner und zur Ermutigung zur Ausübung des Rechts auf Kollektivverhandlungen über Maßnahmen, um gegen Entgeltdiskriminierung und deren nachteilige Auswirkungen auf die Bewertung von Arbeit, die überwiegend von einem Geschlecht verrichtet wird, vorzugehen.

Nach Erwägungsgrund 45 ist es wichtig, dass die Sozialpartner Fragen des gleichen Entgelts in Tarifverhandlungen erörtern und ihnen besondere Aufmerksamkeit widmen. Dazu werden Vorschläge gemacht, bei denen die verschiedenen Merkmale des nationalen sozialen Dialogs und der Tarifverhandlungssysteme, die Autonomie und Vertragsfreiheit der Sozialpartner sowie ihre Eigenschaft als Arbeitnehmer- und Arbeitgebervertreter berücksichtigt werden sollen. Laut Erwägungsgrund 64 spielen die Sozialpartner eine entscheidende Rolle bei der Gestaltung der Art und Weise, wie Maßnahmen zur Entgelttransparenz in den Mitgliedstaaten umgesetzt werden, insbesondere in den Mitgliedstaaten mit einer hohen Tarifbindung. So haben die Mitgliedstaaten nach Art. 33 ETRL die Möglichkeit, die Sozialpartner mit der Entwicklung von Analyseinstrumenten oder -methoden gemäß Art. 4 Abs. 2 ETRL zu betrauen.

Sofern die Mitgliedstaaten den Sozialpartnern Aufgaben nach der ETRL übertragen, müssen die Mitgliedstaaten alle erforderlichen Maßnahmen treffen, um zu gewährleisten, dass die mit der ETRL angestrebten Ergebnisse jederzeit erzielt werden. Auch in solchen Fällen sind es letztlich die Mitgliedstaaten, die die Verpflichtungen gemäß dieser Richtlinie erfüllen müssen. Daraus folgt, dass bei ungenügender Aufgabenerfüllung letztlich immer der Mitgliedstaat selbst verantwortlich bleibt und ggf. haftet (insbesondere: Vertragsverletzungsverfahren, Staatshaftung).

VII. Was bedeuten die Vorgaben der ETRL für tarifvertragliche Entgeltsysteme?

Verbreitet wird angenommen, Regeln zur Eingruppierung/-stufung in Tarifverträgen seien generell frei von Diskriminierung wegen des Geschlechts. Gibt es also schon gar kein Problem, wenn tarifvertragliche Systeme der Eingruppierung/-stufung an den Maßstäben der ETRL überprüft werden? Im Folgenden wird diese Annahme zur Diskussion gestellt, bevor auf einzelne (tarifvertragliche) Entgeltstrukturen/-systeme ein cursorischer Blick mit der »Brille« des Art. 4 Art. 4 ETRL gerichtet wird. Dabei steht hier »tarifvertraglich« in Klammern, weil die Beispiele zwar an tarifvertragliche Regelungen angelehnt sind, der Sache nach aber alle ähnlich strukturierten Entgeltstrukturen/-systeme betroffen sein können.

1. Sind Systeme der Eingruppierung/-stufung in Tarifverträgen generell frei von Diskriminierung?

Zwar trifft eine solche Annahme in der Regel zu, soweit es um die Frage einer »unmittelbaren« Entgeltdiskriminierung wegen des Geschlechts und damit um die Frage »gleicher« Arbeit geht. Denn eine unmittelbare Entgeltdiskriminierung wegen des Geschlechts, bei der innerhalb der Regeln zur Eingruppierung/-stufung ausdrücklich an ein Geschlecht angeknüpft würde,¹⁰⁸ findet nicht (mehr¹⁰⁹) statt. Wie steht es aber mit »mittelbarer« Entgeltdiskriminierung wegen des Geschlechts bei »gleichwertiger Arbeit«? Sind sog. »Frauen-« und »Männerberufe« in Tarifverträgen diskriminierungsfrei bewertet?¹¹⁰ Angesichts eines entsprechenden gesamtgesellschaftlichen Problems liegt es nicht fern, dass auch Tarifverträge Unter-Bewertungen enthalten können. Ohne eine systematische Überprüfung tarifvertraglicher Regelungen zur Eingruppierung/-stufung hat eine Behauptung der Diskriminierungsfreiheit bei gleichwertiger Arbeit keine Grundlage. Da eine solche Überprüfung – etwa durch die Tarifvertragsparteien selbst – aussteht, kann insofern Diskriminierungsfreiheit nicht verlässlich behauptet werden.

Mit der ETRL sollen Organisationen bzw. Arbeitgebende und Sozialpartner ermutigt werden, ihre Vergütungsstrukturen zu überprüfen, um sicherzustellen, dass Frauen und Männer, die gleiche oder gleichwertige Arbeit leisten, das gleiche Entgelt erhalten.¹¹¹ Geeignete Prüfinstrumente diskriminierungsfreier Arbeitsbewertung¹¹² sind vorhanden bzw. sind in der Entwicklung/Überarbeitung.¹¹³

2. Ein cursorischer Blick mit der »Brille« des Art. 4 Abs. 4 ETRL auf einzelne (tarifvertragliche) Entgeltstrukturen/-systeme

Der folgende cursorische Blick beansprucht nicht, eine umfassende Antwort auf die Frage »Was bedeuten die Vorgaben der ETRL für tarifvertragliche Entgeltsysteme?« zu geben. Vielmehr geht es um einen Aufschlag zur Diskussion und um die Anregung an die Sozialpartner, das Thema rechtzeitig in den Blick zu nehmen, bevor eventuelle Ergebnisse von gemeinsamen Entgeltbewertungen nach Art. 10 ETRL bzw. nach der zukünftigen nationalen Umsetzungsnorm überraschen und dann ggf. die Zeit für fundierte und gut vorbereitete Abhilfe eng wird oder gar fehlt.

Wie bereits ausgeführt, müssen nach Art. 4 Abs. 4 ETRL Entgeltstrukturen so beschaffen sein, dass anhand objektiver, geschlechtsneutraler Kriterien beurteilt werden kann, ob

sich die Arbeitnehmenden im Hinblick auf den Wert der Arbeit in einer vergleichbaren Situation befinden. Diese Kriterien umfassen zumindest Kompetenzen, Belastungen, Verantwortung und Arbeitsbedingungen. Ggf. umfassen sie etwaige weitere Faktoren, die für den konkreten Arbeitsplatz oder die konkrete Position relevant sind. Um die erforderliche Vergleichbarkeit zu gewährleisten, ist Transparenz erforderlich. Danach müssen in der jeweiligen Entgeltstruktur die zugrundeliegenden Kriterien – darunter jedenfalls die Kriterien Kompetenzen, Belastungen, Verantwortung und Arbeitsbedingungen – offengelegt werden. Es spricht viel dafür, dass dafür – wie unter IV.1.b) ausgeführt – der Sache nach allein Verfahren der analytischen Arbeitsbewertung in Betracht kommen und dies auch nur, soweit die Struktur und Kriterien geschlechtsneutral sind.

Demnach stellt sich die Frage, ob aktuelle (tarifvertragliche) Entgeltstrukturen/-systeme diesen verbindlichen Vorgaben genügen. Dazu sollen im Folgenden drei tarifvertragliche Beispiele herausgegriffen werden – teilweise etwas verfremdet und exemplarisch vorgestellt – die so oder so ähnlich in verschiedenen (tarifvertraglichen) Entgeltstrukturen vorkommen.

Im ersten Beispiel wird bei der Eingruppierung zwar auf das Kriterium »Kompetenzen« (hier: Kenntnisse und Fertigkeiten) abgestellt, aber es ist nicht erkennbar – also nicht transparent und deshalb nicht rechtskonform –, ob und ggf. inwieweit die übrigen drei Mindest-Kriterien (Belastungen, Verantwortung und Arbeitsbedingungen) berücksichtigt worden sind:

- E1 Beschäftigte mit Tätigkeiten, die eine kurze Einweisung erfordern und die jederzeit durch andere verrichtet werden können;
- E2 Beschäftigte mit Tätigkeiten, für die Kenntnisse und Fertigkeiten erforderlich sind, die durch eine abgeschlossene zweijährige Berufsausbildung erworben werden;
- E3 Berufseinsteiger*innen mit abgeschlossener dreijähriger Berufsausbildung oder Beschäftigte mit mehrjähriger Berufspraxis und deshalb gleichwertigen Kenntnissen und Fertigkeiten;
- E4 Beschäftigte mit mehrjähriger Berufserfahrung, die höherwertige Tätigkeiten nach Anweisung verrichten, für die eine zusätzliche Aus- oder Weiterbildung oder zusätzliche Fachkenntnisse erforderlich sind;
- E5 Beschäftigte mit Tätigkeiten, die einen (Fach-)Hochschul-Abschluss sowie praktische Erfahrung erfordern.

Im zweiten Beispiel (angelehnt an Tätigkeitsmerkmale für technische Beschäftigte in Theatern und Bühnen im Öffentlichen Dienst) wird bei der Eingruppierung keines der vier Mindestkriterien genannt (wobei das Kriterium »Kompetenzen« implizit in den Benennungen der Tätigkeiten in Gestalt von Ausbildungsabschlüssen enthalten sein kann):

- Entgeltgruppe 4:
 - Magazinmeisterinnen und Magazinmeister,
 - Orchesterwartinnen und Orchesterwarte,
 - Verwalterinnen und Verwalter von Rollen- und Stimmenmaterial.

¹⁰⁸ Eine andere, davon zu unterscheidende Frage ist die der Diskriminierungsfreiheit bei der Anwendung des Entgeltsystems in der betrieblichen Praxis.

¹⁰⁹ Nur noch von historischer Bedeutung sind die sog. »Lohnabschlagsklauseln« in Tarifverträgen, nach denen für dieselbe Tätigkeit an Frauen erheblich weniger Entgelt pro Stunde gezahlt wurde als an Männer. Das BAG erkannte am 15.1.1955 (1 AZR 305/54 – NJW 1955, 684) die Unvereinbarkeit solcher Klauseln mit Art. 3 Abs. 2 und 3 GG.

¹¹⁰ Vgl. auch Löw, BB 2024, Heft 45, Umschlagteil, I: »Mit Blick auf gleichwertige Arbeit lässt sich aber die These von der strukturellen Diskriminierungsfreiheit tarifvertraglicher Entgeltregelungen nicht aufrechterhalten.«

¹¹¹ Erwägungsgrund 16 ETRL.

¹¹² Näher zu Systemen zur geschlechtsneutralen Arbeitsbewertung und beruflichen Einstufung sowie zu Leitlinien, Instrumenten, Methoden und Kriterien: EuArbR-Winter (Fn. 9), Art. 4 Richtlinie (EU) 2023/970 Rn. 15 ff. mwN.

¹¹³ Langjährig vorhanden sind etwa Abakaba (<https://www.abakaba.ch/de/>) und das von Tondorf/Jochmann-Döll entwickelte Prüfinstrument »eg-check.de« (Entgeltgleichheits-Check); dazu ua. Jochmann-Döll, RdA 2017, 169 ff. Informationen zu diesem Prüfinstrument und Anleitungen sind im Internet sowohl bei der Hans-Böckler-Stiftung (HBS) als auch bei der Antidiskriminierungsstelle des Bundes (ADS) verfügbar. Vgl. zudem oben Fn. 47.

- Entgeltgruppe 5:
 - Eintrittskartenkassiererinnen und -kassierer,
 - Hausinspektorinnen und Hausinspektoren,
 - Modellbauerinnen und Modellbauer,
 - Requisiteurinnen und Requisiteure.

Tatsächlich wird – nicht rechtskonform – jeweils nur das Ergebnis der Bewertung genannt – eine Einstufung einer bestimmten Tätigkeit in eine bestimmte Entgeltgruppe –, ohne dass Kriterien ersichtlich und transparent verwendet sind. Auf welcher Grundlage die einen Tätigkeiten in der höheren Entgeltgruppe eingruppiert sein sollen, die anderen in der niedrigeren, ist nicht sicht- und erkennbar.

Im dritten Beispiel (angelehnt an Tätigkeitsmerkmale im Sozial- und Erziehungsdienst im Öffentlichen Dienst) wird bei der Eingruppierung ebenfalls keines der vier Mindestkriterien transparent genannt (wobei auch hier das Kriterium »Kompetenzen« implizit in den Benennungen der Tätigkeiten in Gestalt von Ausbildungsabschlüssen enthalten sein kann sowie teilweise durch den Zusatz »mit schwierigen fachlichen Tätigkeiten« ggf. implizit die Kriterien Belastungen und Verantwortung enthalten sein könnten):

- Entgeltgruppe S3:
 - Kinderpflegerinnen/Kinderpfleger, Sozialassistentinnen/Sozialassistenten und Heilerziehungspflegehelferinnen/Heilerziehungspflegehelfer mit staatlicher Anerkennung oder mit staatlicher Prüfung und entsprechender Tätigkeit.
- Entgeltgruppe S4:
 - Kinderpflegerinnen/Kinderpfleger, Sozialassistentinnen/Sozialassistenten und Heilerziehungspflegehelferinnen/Heilerziehungspflegehelfer mit staatlicher Anerkennung oder mit staatlicher Prüfung und entsprechender Tätigkeit mit schwierigen fachlichen Tätigkeiten.
 - Beschäftigte im handwerklichen Erziehungsdienst mit abgeschlossener Berufsausbildung.

Für alle drei exemplarischen Beispiele ist ersichtlich, dass die grundlegende Vorgabe von Art. 4 Abs. 4 ETRL nicht erfüllt ist, nach der die Bewertung der Tätigkeiten mit vier grundlegenden (Mindest-)Kriterien – Kompetenzen, Belastungen, Verantwortung und Arbeitsbedingungen – abzubilden ist. Transparenz im Sinne der rechtlichen Vorgaben kann keinem der Beispiele bescheinigt werden.

Nach dem 7. Juni 2026 kann es einschneidende Folgen für Arbeitgebende nach sich ziehen, ein Entgeltsystem anzuwenden, mit dem die grundlegenden Vorgaben von Art. 4 Abs. 4 ETRL nicht erfüllt sind. Dabei ist es unerheblich, ob es sich dabei um ein tarifvertragliches Entgeltsystem¹¹⁴ oder um ein einseitig gesetztes Entgeltsystem (darunter die gesetzlichen Besoldungsregelungen im Öffentlichen Dienst) handelt.

Denkbare Folgen liegen insbesondere im Bereich der Rechtfertigung (Art. 3 Abs. 1 Buchst. j ETRL), die Sache der Arbeitgebenden ist und wofür vor Gericht das Beweismaß des sog. Vollbeweises gilt.¹¹⁵ Eine entsprechend beweispflichtige Rechtfertigung kann ua. bei der Berichterstattung über das Entgeltgefälle zwischen Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern (Art. 9 Abs. 10 Satz 3 ETRL; vgl. auch Erwägungsgrund 39 letzter Satz) bei Intransparenz sehr erschwert sein. Verbunden mit einer nicht erfolgreichen Rechtfertigung können sich ggf. Auswirkungen für die Frage der Erforderlichkeit einer gemeinsamen Entgeltbewertung nach Art. 10 ETRL (Art. 10 Abs. 1 Buchst. b und Art. 10 Abs. 2 ETRL) ergeben. Auch im Fall einer auf höheres Entgelt gerichteten Klage von Betroffenen sind bei mangelnder Transparenz der Entgeltstruktur Folgen für die Frage des Erfolgs einer Rechtfertigung denkbar, ggf. auch eine erhebliche Erleichterung der Darlegungs- und Beweislast der klagenden Seite.¹¹⁶ Arbeitgebende ohne entsprechend objektive Entgeltsysteme gehen erhebliche Risiken ua. im Hinblick auf die Rechtfertigung und die ihnen insoweit obliegende Darlegungs- und Beweislast ein.¹¹⁷ Als Sozialpartner sind im Ergebnis beide Seiten betroffen. Sie können im Fall tatenlosen Abwartens ggf. von gerichtlichen Entscheidungen überrascht werden.

Ein gesondertes Rechtsproblem zeigt sich bei den beiden letztgenannten Beispielen, bei denen die Bewertung von Tätigkeiten durch »spezielle Tätigkeitsmerkmale« für bestimmte Bereiche (hier Sozial- und Erziehungsdienst einerseits, technische Beschäftigte in Theatern und Bühnen andererseits) in unterschiedlichen Entgeltstrukturen geregelt sind. Soweit dieselben Tarifvertragsparteien für unterschiedliche Berufsgruppen, deren Tätigkeiten überwiegend von einerseits Männern und andererseits Frauen ausgeübt werden, jeweils sog. spezielle Tätigkeitsmerkmale vorsehen, deren Entgeltbedingungen für die eine Gruppe vorteilhafter sind als für die andere, kann darin ein Verstoß gegen den Grundsatz des gleichen Entgelts im Sinne von Art. 157 AEUV, Art. 4 der Richtlinie 2006/54/EG, § 3 Abs. 1 und § 7 EntgTranspG 2017 liegen.¹¹⁸ Die nachteilig behandelten Personen haben die Möglichkeit, durch Klage eine Angleichung des Entgelts nach oben zu beanspruchen. Kein Hindernis sind insoweit Bestimmungen in Tarifverträgen, die einen Vorrang spezieller Tätigkeitsmerkmale vorsehen. Bei den genannten Bestimmungen des Unionsrechts handelt es sich um höherrangiges Recht, das Vorrang hat.

¹¹⁵ Vgl. nur EuGH, 16.7.2015 – C-83/14 – (CHEZ Razpredelenie Bulgaria), Rn. 85; EuGH, 25.4.2013 – C-81/12 – AP Nr. 20 zu Richtlinie 2008/78/EG (Asotia Accept), Rn. 55 mwN.; EuGH, 28.2.2013 – C-427/11 – NZA 2013, 315 (Kenny ua.), Rn. 20; EuGH, 10.7.2008 – C-54/07 – Slg. 2008, I-5187 – EuZW 2013, 469 (Feryn), Rn. 32; EuGH, 3.10.2006 – C-17/05 – Slg. 2006, I-9583 (Cadman), Rn. 31; EuGH, 26.6.2001 – C-381/99 – Slg. 2001 I-4961 (Brunnhöfer), Rn. 60 sowie BAG, 21.1.2021 – 8 AZR 488/19 – BAGE 173, 331, Rn. 31.

¹¹⁶ Vgl. etwa EuGH, 17.10.1989 – 109/88 – Slg. 1989, 3199 (Danfoss), Rn. 13, 16 und Tenor 1 zur Anwendung eines Entgeltsystems, dem jede Durchschaubarkeit fehlt. Vgl. auch BAG, 21.1.2021 – 8 AZR 488/19 – BAGE 173, 331, Rn. 30.

¹¹⁷ Näher *Krieger/Plambeck*, NZA 2023, 1001, 1002. Auch Rn. 52 der viel beachteten Entscheidung des BAG vom 16.2.2023 – 8 AZR 450 – BAGE 180, 194 (»höheres Entgelt verhandelt«) zeigt, dass bereits nach den bestehenden Rechtsgrundlagen die Darlegungs- und Beweislast von besonderer Bedeutung ist.

¹¹⁸ Nach Art. 4 Abs. 2 der Richtlinie 2006/54/EG müssen Entgeltsysteme »auf für männliche und weibliche Arbeitnehmer gemeinsamen Kriterien beruhen und so beschaffen sein, dass Diskriminierungen aufgrund des Geschlechts ausgeschlossen werden«; vgl. auch EuGH, 27.10.1993 – C-127/92 – Slg. 1993, I-5535 (Enderby), Rn. 22: »Wenn der Arbeitgeber einen Unterschied im Entgelt damit rechtfertigen könnte, dass bei jeder dieser Verhandlungen für sich genommen keine Diskriminierung vorliege, könnte er sich der Beachtung des Grundsatzes des gleichen Entgelts leicht durch getrennte Verhandlungen entziehen.«

¹¹⁴ Sowohl tarifvertragsgebundene als auch tarifynwendende Arbeitgebende.

VIII. Ausblick

Unabhängig davon, ob und wann die nationale Gesetzgebung den an sie gestellten Anforderungen einer fristgerechten und unionsrechtskonformen Richtlinienumsetzung gerecht werden wird, spricht viel dafür, dass eine eigenständige und zeitige ETRL-Compliance die Akteure der Entgeltgestaltung vor unangenehmen Überraschungen bewahren kann. Insofern gilt: Die Zeit läuft; die Vorgaben der Richtlinie liegen auf dem Tisch und die nationale Gesetzgebung hat in den grundlegenden Fragen

so gut wie keinen Spielraum.¹¹⁹ Transparente, nachvollziehbare und diskriminierungsfreie Entgeltstrukturen sind eine wesentliche Voraussetzung, um nicht mit ggf. negativen Folgen von Berichts- und Auskunftspflichten konfrontiert zu sein. Nicht zuletzt sind moderne, transparente und diskriminierungsfreie Entgeltstrukturen eine Frage der Fairness und können in Situationen des Fachkräftemangels auch zur Unternehmens-Attraktivität für Bewerber:innen beitragen.

¹¹⁹ Vgl. auch AUA-Podcast »Kurz gefragt: Handlungsbedarf für Arbeitgeber: RL zur Entgelttransparenz« (»haben es viele Unternehmen leider noch nicht auf dem Schirm«, »man kann mit der Richtlinie jetzt schon arbeiten«). Vgl. zudem Günther/Schiffelholz, NZA-RR 2023, 568, 574 (Arbeitgebende sollten »bereits jetzt ihre Entgeltregelungen sowie ihre Entgeltpraxis im Hinblick auf geschlechtsspezifische Entgeltdiskriminierung überprüfen und sich auf die neuen Pflichten« der ETRL gut vorbereiten); Rolfs, EuZW 2023, 489, 490 (»Die Zeit drängt. Jetzt.«); Winter, NZA 2024, 8 ff.

Der krankensicherungsrechtliche Status von Saisonarbeitenden in der Landwirtschaft

PROF. DR. THORSTEN KINGREEN, UNIVERSITÄT REGENSBURG*

ZUSAMMENFASSUNG Menschen, die als Erntehelfer, nach Deutschland kommen, werden häufig mit der Begründung von der Sozialversicherungspflicht befreit, dass der Schwerpunkt ihrer beruflichen Tätigkeit im Herkunftsstaat liege. Sie verfügen aber dort meist nur über eine unzureichende Krankenversicherung und auch das Leistungsniveau der privaten Gruppenversicherungsverträge, die Arbeitgeber in der Landwirtschaft für sie abschließen, ist unzureichend. Der Beitrag enthält Vorschläge, den Krankenversicherungsschutz der Saisonarbeiter durch Integration in die deutsche gesetzliche Krankenversicherung zu verbessern.

ABSTRACT People who come to Germany as harvest workers are often exempted from compulsory social insurance on the grounds that the focus of their professional activity is in their country of origin. However, they usually only have inadequate health insurance there, and the level of benefits provided by the private group insurance policies that employers in agriculture take out for them is also inadequate. The article contains proposals for improving health insurance cover for seasonal workers by integrating them into the German statutory health insurance system.

I. Einleitung

In Deutschland arbeiten derzeit jährlich etwa 300.000 Saisonarbeiterinnen und -arbeitnehmer in der Landwirtschaft und Nahrungsmittelproduktion;¹ sie stellen fast ein Drittel der in der Landwirtschaft Beschäftigten.² Mehrheitlich kommen sie aus den ost- und südosteuropäischen EU-Mitgliedstaaten. Sozialversicherungsrechtlich handelt es sich bei ihrer Tätigkeit um eine Beschäftigung iSv. § 7 Abs. 1 SGB IV, die daher grundsätzlich die Sozialversicherungspflicht auslöst. Wenn allerdings

der Tatbestand der geringfügigen Beschäftigung (§ 8 SGB IV) vorliegt, besteht nach § 7 Abs. 1 S. 1 Hs. 1 SGB V Versicherungsfreiheit in der gesetzlichen Krankenversicherung.³ Der Gesetzgeber geht nämlich in den Fällen des § 8 Abs. 1 SGB IV davon aus, »dass sie nicht dem wesentlichen Lebensunterhalt zu dienen bestimmt sind und daher anderweitige, insbesondere sozialversicherungsrechtliche oder privatrechtliche Absicherungen aufgrund anderer Tätigkeiten vorliegen.«⁴

Zu unterscheiden ist die Entgeltgeringfügigkeit nach § 8 Abs. 1 Nr. 1 SGB IV und die Zeitgeringfügigkeit nach § 8 Abs. 1 Nr. 2 SGB IV. Allein letztere ist vorliegend von Interesse: Eine geringfügige Beschäftigung liegt nach § 8 Abs. 1 Nr. 2 SGB IV insbesondere vor, wenn die Beschäftigung innerhalb

* Prof. Dr. Thorsten Kingreen ist Inhaber des Lehrstuhls für Öffentliches Recht, Sozialrecht und Gesundheitsrecht an der Universität Regensburg. – Der Beitrag beruht auf einem von der Hans-Böckler-Stiftung geförderten Rechtsgutachten für das PECO-Institut für nachhaltige Entwicklung eV., das sich vielfältig mit der Situation von Saisonbeschäftigten in der Landwirtschaft beschäftigt hat, s. zuletzt Bericht der Initiative Faire Landarbeit 2023: Saisonarbeit in der Landwirtschaft, <https://www.peco-ev.de/allgemein/bericht-der-initiative-faire-landarbeit-2023-saisonarbeit-in-der-landwirtschaft/> (4.11.2024).

¹ Bogoeski, SR 2024, 56, 58.

² Kohte/Rabe-Rosendahl, ZESAR 2021, 371, 374.

³ Versicherungsfreiheit besteht auch in den anderen Sozialversicherungszweigen (§§ 27 Abs. 2 SGB III, 5 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 SGB VI und 20 Abs. 1 SGB XI) mit Ausnahme der Unfallversicherung, die keinen entsprechenden Ausnahmetatbestand kennt.

⁴ BT-Drs. 19/28840, S. 12.

eines Kalenderjahres auf längstens drei Monate oder 70 Arbeitstage nach ihrer Eigenart begrenzt zu sein pflegt oder im Voraus vertraglich begrenzt ist, es sei denn, dass die Beschäftigung berufsmäßig ausgeübt wird und die Geringfügigkeitsgrenze übersteigt. Die Saisonarbeit in der Landwirtschaft ist zwar regelmäßig iSv. § 8 Abs. 1 Nr. 2 SGB IV befristet. Zudem übersteigt die monatliche Bruttovergütung in diesen Fällen stets die Geringfügigkeitsgrenze von derzeit 556 € monatlich⁵ (vgl. § 8 Abs. 1a SGB IV). Es kommt daher für die Frage der Versicherungspflicht in der gesetzlichen Krankenversicherung maßgeblich darauf an, ob die Tätigkeiten berufsmäßig ausgeübt werden. Das Bundessozialgericht nimmt eine Berufsmäßigkeit iSv. § 8 Abs. 1 Nr. 2 SGB IV an, »wenn sie für den Beschäftigten nicht nur von untergeordneter wirtschaftlicher Bedeutung ist und er damit seinen Lebensunterhalt überwiegend oder doch in einem solchen Umfang bestreitet, dass seine wirtschaftliche Situation zu einem erheblichen Teil auf dieser Beschäftigung beruht.«⁶

Arbeitgeber sind nach § 28a Abs. 1 S. 1 Nr. 1 SGB IV verpflichtet, bei Beginn einer versicherungspflichtigen Beschäftigung eine Meldung an die nach § 28i S. 5 iVm. § 28h Abs. 2 S. 4 SGB IV zuständige Minijob-Zentrale der Deutschen Rentenversicherung Knappschaft-Bahn-See zu erstatten. Für die Prüfung der Versicherungsfreiheit der »Saisonmitarbeiter« stellt die Minijobzentrale den Arbeitgeberinnen und Arbeitgebern Fragebögen in Deutsch und der jeweiligen Landessprache ihrer Mitarbeitenden zur Verfügung.⁷ Diese enthalten Fragen zur abhängigen oder selbständigen Beschäftigung, Arbeitslosmeldung, zum Schulbesuch und Studium und schließlich zum Rentenbezug im Heimatland. In der Praxis sind im Wesentlichen zwei Fallkonstellationen zu unterscheiden:

- Regelmäßig geben die Betroffenen an, dass sie im Heimatstaat abhängig oder selbständig beschäftigt sind. Sie legen als Nachweis die sog. A1-Bescheinigung vor, die die Beschäftigung und die Sozialversicherung im Heimatstaat nachweist und damit die auch sozialrechtliche Zuständigkeit des Heimatstaats dokumentiert.⁸ In vielen Fällen erbringt diese Tätigkeit im Heimatstaat aber, gemessen an den Einkünften aus der Saisonarbeit, nicht den wesentlichen Teil der Einkünfte zum Lebensunterhalt.
- Mitunter werden die Fragen zur Beschäftigung aber auch verneint, und es wird als Status im Herkunftsland »Hausfrau bzw. -mann« angegeben.⁹ Die Antwort »Hausmann/Hausfrau« führt regelmäßig dazu, dass die Minijobzentrale eine Versicherungsfreiheit vermutet,¹⁰ ohne dass im Einzelnen geprüft wird, wie viel die Betroffenen im Herkunftsstaat verdienen und wie sie dort sozial abgesichert

sind.¹¹ Teilweise werden die Fragebögen offenbar durch Arbeitgeber schon vorab maschinell entsprechend ausgefüllt.¹² Die sozialgerichtliche Rechtsprechung ist insoweit uneinheitlich. Das LSG Baden-Württemberg geht davon aus, dass der Arbeitgeber insoweit auch keine weiteren Prüfungspflichten hat, und zwar selbst bei Ehepaaren.¹³ Das SG Landshut vertritt demgegenüber die Ansicht, dass das bloße Ankreuzen des Feldes Hausmann/Hausfrau nicht per se zur unwiderleglichen Vermutung der fehlenden Berufsmäßigkeit führen könne.¹⁴

Die Versicherungsfreiheit nach § 8 Abs. 1 Nr. 2 SGB IV beruht auf der Prämisse, dass ein anderweitiger Versicherungsschutz besteht, bei Saisonarbeitenden also im Wohnsitzstaat. Diesen Versicherungsschutz haben die Betroffenen aber häufig nicht.¹⁵ Zudem leistet die Saisonarbeit oftmals einen wesentlichen Beitrag zur Sicherung des Lebensunterhalts, was die Verneinung der Berufsmäßigkeit iSv. § 8 Abs. 1 Nr. 2 SGB IV fragwürdig erscheinen lässt.¹⁶ Auch die Rechtsfolge einer geringfügigen Beschäftigung nach § 8 Abs. 1 Nr. 2 SGB IV ist sozialpolitisch fragwürdig. Anders als bei der sog. Entgeltgeringfügigkeit nach § 8 Abs. 1 Nr. 1 SGB IV fällt bei der Zeitgeringfügigkeit iSv. § 8 Abs. 1 Nr. 2 SGB IV noch nicht einmal die pauschale Beitragspflicht der Arbeitgeberinnen und Arbeitgeber nach § 249b SGB V in der gesetzlichen Krankenversicherung an. Für die geringfügige Beschäftigung nach § 8 Abs. 1 Nr. 2 SGB IV werden daher überhaupt keine Beiträge für die gesetzliche Krankenversicherung entrichtet.

Der Gesetzgeber hat das Problem mittlerweile erkannt, wenn auch nur ansatzweise gelöst. Gemäß dem am 1. Januar 2022 in Kraft getretenen § 28 Abs. 9a S. 1 SGB IV haben Arbeitgeberinnen und Arbeitgeber nunmehr zusätzlich anzugeben, wie diese für die Dauer der Beschäftigung krankenversichert sind. Damit möchte der Gesetzgeber »sicherstellen, dass kurzfristig Beschäftigte auch tatsächlich über eine anderweitige Absicherung im Krankheitsfall verfügen.«¹⁷ Meldepflichtige müssen daher angeben, ob kurzfristig Beschäftigte gesetzlich oder privat krankenversichert oder anderweitig gegen das Risiko Krankheit abgesichert sind. Als privat krankenversichert gilt ein kurzfristig Beschäftigter,

- › »wenn er über seinen Arbeitgeber für die Zeit der Beschäftigung über eine private Gruppenversicherung (beispielsweise für Saison-Arbeitskräfte) abgesichert ist und dadurch die notwendige Versorgung im Krankheitsfall gewährleistet ist.«¹⁸

In der Praxis haben Arbeitgeber in der Landwirtschaft schon vor Einführung dieser speziellen Meldepflicht sog. Gruppenversicherungen für ihre Beschäftigten abgeschlossen. Anhand

5 <https://www.bmas.de/DE/Soziales/Sozialversicherung/Geringfuegige-Beschaeftigung/mini-jobs.html> (4.11.2024).

6 BSG, 14.3.2018 – B 12 KR 17/16 R – Rn. 12.

7 Zu finden unter https://www.minijob-zentrale.de/DE/service/formulare/formulare_node.html#doc72186765-12c6-47b8-a773-05fad6c04ff8bodyText5 (4.11.2024).

8 Zur Funktion der A1-Bescheinigung näher *Schreiber*, in: *Rolfs/Körner/Krasney/Mutschler* (Hrsg.), *beck-online.Großkommentar*, München Stand: 15.8.2024 (im Folgenden: *beckOGK*), Art. 12 VO(EG) 883/2004 Rn. 34 ff.

9 Damit erübrigt sich die Beantwortung der siebten Frage nach dem Lebensunterhalt, s. LSG Baden-Württemberg, 9.4.2024 – L 5 BA 3595/23 ER-B – BeckRS 2024, 8555 Rn. 2; *Latzel*, NZS 2022, 281, 285.

10 Das ergibt sich aus der von der Minijobzentrale herausgegebenen »Arbeitshilfe zur Berufsmäßigkeit«, s. https://www.minijob-zentrale.de/DE/service/schaubilder-und-pruefhilfen/schaubilder-und-pruefhilfen_node.html (4.11.2024).

11 Zu der verbreiteten Kritik an dieser Praxis *Kohte/Rabe-Rosendahl*, ZESAR 2021, 371, 375; *Latzel*, NZS 2022, 281, 285 f.; *beckOGK-Zieglmeier* (Fn. 8), § 8 SGB IV Rn. 70.

12 Dazu *beckOGK-Zieglmeier* (Fn. 8), § 8 SGB IV Rn. 69.2.

13 Zuletzt LSG Baden-Württemberg, 9.4.2024 – L 5 BA 3595/23 ER-B – BeckRS 2024, 8555 Rn. 2; krit. dazu *Knispel*, in: *Schlegel/Voelzke* (Hrsg.), *jurisPK SGB IV*, Saarbrücken Stand: August 2021, § 8 Rn. 61.2.

14 SG Landshut, 9.3.2023 – S 1 BA 3/21 – BeckRS 2023, 4462 Rn. 39.

15 *Bogoeski*, SR 2024, 56, 71.

16 Dazu noch unten IV.

17 BT-Drs. 19/28840, S. 12.

18 BT-Drs. 19/28840, S. 12.

der Versicherungsbedingungen eines Unternehmens¹⁹ soll beispielhaft geklärt werden, welche wesentlichen Unterschiede zwischen der gesetzlichen Krankenversicherung und der privaten Erntehelferversicherung in der Landwirtschaft bestehen (dazu später III.). Um diese tatsächlich bestehenden Unterschiede einzuordnen und zu gewichten, werden zuvor die rechtlichen Vorgaben für den Krankenversicherungsschutz der Saisonarbeitenden behandelt (II.). Der Text schließt mit rechtspolitischen Lösungsvorschlägen (IV.) und einer abschließenden Zusammenfassung (V.).

II. Rechtliche Vorgaben für einen Krankenversicherungsschutz für Saisonarbeitende

Vorgaben für den Krankenversicherungsschutz von Saisonarbeitenden können sich aus dem einfachen Gesetzesrecht sowie aus dem höherrangigen Recht der Europäischen Union und dem deutschen Grundgesetz ergeben:

1. § 28a Abs. 9a SGB IV

Gemäß § 28a Abs. 9a SGB IV haben Arbeitgeber und Arbeitgeberinnen für geringfügig Beschäftigte nach § 8 Abs. 1 Nr. 2 SGB IV bei der Meldung nach § 28a Abs. 1 S. 1 Nr. 1 SGB IV zusätzlich zu den üblichen Angaben anzugeben, wie diese für die Dauer der Beschäftigung krankenversichert sind.

§ 28a Abs. 9a S. 1 SGB IV begründet eine Meldepflicht, aber er verpflichtet die Arbeitgeber nicht, für eine Krankenversicherung zu sorgen. Eine solche Pflicht wäre nämlich ein Eingriff in die Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG) der Arbeitgeber. Dieser Eingriff bedürfte einer hinreichend konkreten gesetzlichen Ermächtigung: Der parlamentarische Gesetzgeber muss nämlich nach dem aus dem Rechtsstaats- und Demokratieprinzip (Art. 20 Abs. 2, 3 GG) ableitbaren Parlamentsvorbehalt »in grundlegenden normativen Bereichen, zumal im Bereich der Grundrechtsausübung, [...] alle wesentlichen Entscheidungen selbst [...] treffen.«²⁰ Eine Entscheidung über eine Versicherungspflicht hat er aber nicht getroffen; diese müsste regelungssystematisch auch außerhalb des Sozialgesetzbuchs IV speziell für einzelne Versicherungszweige (etwa im Sozialgesetzbuch V für die gesetzliche Krankenversicherung) normiert werden.

Arbeitgeberinnen und Arbeitgeber können also eine Gruppenkrankenversicherung für ihre saisonal Beschäftigten abschließen, sie müssen das aber nicht. Sie müssen nur melden, *wie* die Saisonbeschäftigten versichert sind.²¹ Dieser Pflicht kommen sie aber schon nach, wenn sie pauschal auf einen Krankenversicherungsschutz im Heimatstaat der Saisonarbeitenden verweisen, auch wenn dieser noch so defizitär bzw. noch nicht einmal nachweisbar ist. Denn aus § 28a Abs. 9a S. 1 SGB IV ergibt sich auch nicht, dass der Versicherungsschutz dem Standard entsprechen muss, der durch die in Deutschland geltende allgemeine Versicherungspflicht (§ 193 Abs. 3 VVG) vorausgesetzt wird. Das gilt entsprechend auch für die Gruppenkrankenversicherungen.

Auch die Beschäftigten selbst unterliegen nicht der allgemeinen, ggfs. durch einen privatrechtlichen Versicherungsvertrag, zu erfüllenden Versicherungspflicht. Denn die allgemeine Versicherungspflicht gilt nach § 193 Abs. 3 S. 1 VVG nur für Personen mit Wohnsitz im Inland.²²

Im Koalitionsvertrag für die 20. Legislaturperiode war zwar vereinbart worden, dass die Koalition für Saisonbeschäftigte »für den vollen Krankenversicherungsschutz ab dem ersten Tag«²³ sorgen will. Es gab dazu aber nur überschaubare Initiativen,²⁴ die sich aufgrund des vorzeitigen Endes der Legislaturperiode erledigt haben.

2. Vorgaben des höherrangigen Rechts

Zu fragen ist aber, ob sich aus höherrangigem Recht zwingende Standards für die Krankenversicherung von Saisonarbeitenden ergeben.

a) Europäisches Unionsrecht

Für Saisonarbeitende aus anderen Mitgliedstaaten gilt die Wanderarbeitnehmerverordnung.²⁵ Diese enthält auch für den Bereich der Krankenversicherung (vgl. Art. 3 VO[EG] 883/2004) Kollisionsregeln, die bei grenzüberschreitenden Sachverhalten zur Vermeidung von Doppelbelastungen und -begünstigungen über das anwendbare Recht entscheiden.

Eine Person, die gewöhnlich in zwei oder mehr Mitgliedstaaten eine Beschäftigung ausübt, unterliegt nach Art. 13 Abs. 1 lit. a) VO(EG) 883/2004 den Rechtsvorschriften des Wohnmitgliedstaats, wenn sie dort einen wesentlichen Teil ihrer Tätigkeit ausübt. Im Einzelfall ist allerdings nicht ganz einfach zu ermitteln, ob eine Tätigkeit wesentlich ist. Insoweit muss differenziert werden:

- Nach Art. 14 Abs. 5 lit. b) VO(EG) 997/2009 liegt schon keine Tätigkeit in zwei Mitgliedstaaten iSv. Art. 13 Abs. 1 VO(EG) 883/2004 vor, wenn die Tätigkeit in einem der Mitgliedstaaten »unbedeutend« ist. Saisonarbeitende, die angeben, im Heimatstaat nicht oder nur unwesentlich beschäftigt zu sein (»Hausfrau/Hausmann«),²⁶ fallen daher schon tatbestandlich nicht unter Art. 13 Abs. 1 lit. a) VO(EG) 883/2004. Für sie gilt nach Art. 11 Abs. 3 lit. a) VO(EG) 883/2004 als Beschäftigungsort Deutschland und damit auch das deutsche Krankenversicherungsrecht.²⁷
- Art. 14 Abs. 8 VO(EG) 987/2009 regelt demgegenüber den Fall, dass in beiden Mitgliedstaaten nicht nur »unbedeutende« Tätigkeiten ausgeübt werden. Hier geht es also um den Personenkreis, der mittels der A1-Bescheinigung eine Beschäftigung im Wohnsitzstaat nachweist. Dann bedeutet nach Art. 14 Abs. 8 UAbs. 1 Hs. 1 VO(EG)

¹⁹ Versicherungsbedingungen zur Reiseversicherung der *Klemmer International Versicherungsmakler GmbH* (RVB 04-201).

²⁰ BVerfG, 20.10.1982 – 1 BvR 1470/80 – BVerfGE 61, 260, 275; BVerfG, 2.3.1993 – 1 BvR 1213/85 – BVerfGE 88, 103, 116.

²¹ Zutreffend, aber die Frage der fehlenden Versicherungspflicht nicht ansprechend, die Antwort der Bundesregierung auf eine Kleine Anfrage der (damaligen) Fraktion DIE LINKE im deutschen Bundestag, s. BT-Drs. 20/7659, S. 3.

²² Insoweit ist die Aussage der Bundesregierung, dass für Personen mit Wohnsitz in einem anderen EU-Mitgliedstaat eine Krankenversicherungspflicht bestehe (BT-Drs. 20/7659, S. 3) jedenfalls auslegungsbedürftig. Eine Krankenversicherungspflicht mag in diesem Staat bestehen, in Deutschland besteht sie aber jedenfalls nicht.

²³ Mehr Fortschritt wagen. Bündnis für Freiheit, Gerechtigkeit und Nachhaltigkeit. Koalitionsvertrag 2021-2025 zwischen der Sozialdemokratischen Partei Deutschlands (SPD), Bündnis 90/Die Grünen und den Freien Demokraten (FDP), S. 56.

²⁴ BT-Drs. 20/7659.

²⁵ Verordnung (EG) 883/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29.4.2004 zur Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit, ABl. 2004, L 166/1.

²⁶ S. oben 1.

²⁷ So auch *Kohte/Rabe-Rosendahl*, ZESAR 2021, 371, 373.

987/2009 die Wendung »eines wesentlichen Teils der Beschäftigung oder selbständigen Erwerbstätigkeit« in Art. 13 Abs. 1 VO(EG) 883/2004, dass der Arbeitnehmer oder Selbständige in dem betreffenden Mitgliedstaat einen quantitativ erheblichen Teil seiner Tätigkeit ausübt. Das muss aber nach Art. 14 Abs. 8 UAbs. 1 Hs. 2 VO(EG) 987/2009 »nicht notwendigerweise der größte Teil seiner Tätigkeit sein«. Um festzustellen, ob ein wesentlicher Teil der Tätigkeit in einem Mitgliedstaat ausgeübt wird, werden nach Art. 14 Abs. 8 UAbs. 2 lit. a) VO(EG) 987/2009 im Falle einer Beschäftigung die Arbeitszeit und/oder das Arbeitsentgelt herangezogen. Wird im Rahmen einer Gesamtbewertung bei diesen beiden Kriterien ein Anteil von weniger als 25 % erreicht, so ist dies ein Anzeichen dafür, dass ein wesentlicher Teil der Tätigkeit nicht in dem entsprechenden Mitgliedstaat ausgeübt wird. Angesichts des Entgeltgefälles zwischen Deutschland und den Wohnmitgliedstaaten dürfte dieser Anteil von 25 % häufig nicht erreicht werden, mit der Folge, dass auch insoweit, deutsches Sozialversicherungsrecht anwendbar ist.²⁸

Ferner enthält die Wanderarbeitnehmerverordnung Sachregeln, die verhindern, dass Grenzübertritt und Staatsangehörigkeit zu sozialrechtlichen Brüchen und Benachteiligungen führen, wie etwa ein Gebot der Zusammenrechnung von Versicherungszeiten und den Grundsatz des Leistungsexports. Insbesondere sieht Art. 4 VO(EG) 883/2004 ein Gebot der Gleichbehandlung von Unionsbürgerinnen und Unionsbürgern aus anderen Mitgliedstaaten mit Inländern vor. Dieses Gleichbehandlungsgebot gilt gemäß Art. 23 Abs. 1 lit. d) RL 2014/36/EU²⁹ auch für Drittstaatsangehörige. Art. 4 VO(EG) 883/2004 verpflichtet aber »nur« zur Gleichbehandlung. Hingegen setzt er, ebenso wenig wie die anderen Normen der Verordnung, keine Standards für die Krankenversicherung, weil insoweit keine Gesetzgebungskompetenz der Europäischen Union besteht.³⁰ Gegen das Gebot der Gleichbehandlung wird aber jedenfalls formal nicht verstoßen, denn die Saisonarbeitenden werden im Rahmen der kurzzeitigen Beschäftigung nach § 8 Abs. 1 Nr. 2 SGB IV nicht anders behandelt als andere Kurzzeitbeschäftigte. Eine für Art. 4 VO(EG) 883/2004 relevante Ungleichbehandlung läge nur dann vor, wenn die zuständigen Einzugsstellen das Feststellungsverfahren nach § 28a SGB IV so ausgestalten würden, dass Saisonarbeitende stets als kurzfristig Beschäftigte nach § 8 Abs. 1 Nr. 2 SGB IV gelten, etwa durch eine pauschale Verneinung der Berufsmäßigkeit iSv. § 8 Abs. 1 Nr. 2 SGB IV.³¹

b) Deutsches Verfassungsrecht

Ergiebiger sind die Vorgaben des Grundgesetzes.

In seiner Entscheidung zur Verfassungsmäßigkeit der Bemessung der Regelsätze für die soziale Grundsicherung hat das Bundesverfassungsgericht unmittelbar aus der Menschenwürde (Art. 1 Abs. 1 GG) abgeleitet, dass die Gewährleistung

eines menschenwürdigen Existenzminimums durch einen gesetzlichen Anspruch gesichert sein muss, so dass Hilfebedürftige nicht auf freiwillige Leistungen des Staates oder Dritte verwiesen werden, deren Erbringung nicht durch ein subjektives Recht des Hilfebedürftigen gewährleistet ist.³² Das verfassungsrechtlich zwingende Existenzminimum, das »als Menschenrecht [...] deutschen und ausländischen Staatsangehörigen, die sich in der Bundesrepublik Deutschland aufhalten, gleichermaßen zu[steht]«³³, erfasst auch die »physische Existenz des Menschen, also Nahrung, Kleidung, Hausrat, Unterkunft, Heizung, Hygiene und Gesundheit.«³⁴

Bei der Ausgestaltung des Existenzminimums hat der Gesetzgeber einen gewissen, durch das Sozialstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 1 GG) geprägten Spielraum. Dieser

- › »umfasst die Beurteilung der tatsächlichen Verhältnisse ebenso wie die wertende Einschätzung des notwendigen Bedarfs und ist zudem von unterschiedlicher Weite: Er ist enger, soweit der Gesetzgeber das zur Sicherung der physischen Existenz eines Menschen Notwendige konkretisiert, und weiter, wo es um Art und Umfang der Möglichkeit zur Teilhabe am gesellschaftlichen Leben geht [...]. Entscheidend ist, dass der Gesetzgeber seine Entscheidung an den konkreten Bedarfen der Hilfebedürftigen ausrichtet.«³⁵

Verfassungswidrig wäre aber eine Orientierung des physischen Existenzminimums an den sozialen Standards des Herkunftsstaates:

- › »Maßgeblich für die Bestimmung des Existenzminimums können dabei nur die Gegebenheiten in Deutschland sein, dem Land, in dem dieses Existenzminimum gewährleistet sein muss. Daher erlaubt es die Verfassung nicht, das in Deutschland zu einem menschenwürdigen Leben Notwendige unter Hinweis auf das Existenzniveau des Herkunftslandes von Hilfebedürftigen oder auf das Existenzniveau in anderen Ländern niedriger als nach den hiesigen Lebensverhältnissen geboten festzulegen.«³⁶

Der Schutz des physischen Existenzminimums ist zudem während der gesamten Dauer des Aufenthalts in Deutschland zu gewährleisten; selbst ein absehbar kurzer Aufenthalt in Deutschland ermächtigt den Gesetzgeber nicht, das physische Existenzminimum zu unterschreiten.³⁷ Allerdings ist es »dem Gesetzgeber nicht verwehrt, Art und Umfang von Sozialleistungen an Ausländer grundsätzlich von der voraussichtlichen Dauer ihres Aufenthalts in Deutschland abhängig zu machen.«³⁸ Daraus folgert *Stephan Rixen* zu Recht: »Je verlässlicher das Ende des Aufenthalts in Deutschland absehbar ist und je genauer sich ein gerade deswegen bestehender geminderter Bedarf an Gesundheitsleistungen nachvollziehbar bemessen lässt, desto eher darf auch die gesundheitliche Versorgung reduziert werden.«³⁹ Damit ist zwar nicht zwingend ein dem deutschen Krankenversicherungsrecht vergleichbarer

28 Kohte/Rabe-Rosendahl, ZESAR 2021, 371, 373 f.

29 Richtlinie 2014/36/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2014 über die Bedingungen für die Einreise und den Aufenthalt von Drittstaatsangehörigen zwecks Beschäftigung als Saisonarbeitnehmer, ABl. 2014, L 94/375.

30 Vgl. zu den sehr eingeschränkten Zuständigkeiten der EU im Bereich der Sozial- und Gesundheitspolitik Kingreen, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, 6. Aufl., München 2022, Art. 168 AEUV Rn. 26.

31 Zu der insoweit problematischen Praxis s. oben I.

32 BVerfG, 9.2.2010 – 1 BvL1/09, 1 BvL 3/09, 1 BvL 4/09 – BVerfGE 125, 175, 223.

33 BVerfG, 18.7.2012 – 1 BvL 10/10, 1 BvL 2/11 – BVerfGE 132, 134 Rn. 63.

34 BVerfG, 9.2.2010 – 1 BvL1/09, 1 BvL 3/09, 1 BvL 4/09 – BVerfGE 125, 175, 223.

35 BVerfG, 18.7.2012 – 1 BvL 10/10, 1 BvL 2/11 – BVerfGE 132, 134 Rn. 67.

36 BVerfG, 18.7.2012 – 1 BvL 10/10, 1 BvL 2/11 – BVerfGE 132, 134 Rn. 65.

37 BVerfG, 18.7.2012 – 1 BvL 10/10, 1 BvL 2/11 – BVerfGE 132, 134 Rn. 94.

38 BVerfG, 11.7.2006 – 1 BvR 293/05 – BVerfGE 116, 229, 239.

39 Rixen, NVwZ 2015, 1640, 1643.

Standard verfassungsrechtlich gefordert. Abstriche sind etwa bei langwierigen Behandlungen von chronischen Erkrankungen denkbar, aber bei akuten Erkrankungen ausgeschlossen.⁴⁰

Unmittelbar aus Art. 1 Abs. 1 GG leitet das Bundesverfassungsgericht schließlich ab, dass das physische Existenzminimum durch einen Rechtsanspruch gesichert sein muss:

- › »Die Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums muss durch einen gesetzlichen Anspruch gesichert sein. Dies verlangt bereits unmittelbar der Schutzgehalt des Art. 1 Abs. 1 GG. Ein Hilfebedürftiger darf nicht auf freiwillige Leistungen des Staates oder Dritter verwiesen werden, deren Erbringung nicht durch ein subjektives Recht des Hilfebedürftigen gewährleistet ist. Der gesetzliche Leistungsanspruch muss so ausgestaltet sein, dass er stets den gesamten existenznotwendigen Bedarf jedes individuellen Grundrechtsträgers deckt. Wenn der Gesetzgeber seiner verfassungsmäßigen Pflicht zur Bestimmung des Existenzminimums nicht hinreichend nachkommt, ist das einfache Recht im Umfang seiner defizitären Gestaltung verfassungswidrig.«⁴¹

Art. 1 Abs. 1 iVm. Art. 20 Abs. 1 GG verpflichtet die Bundesrepublik Deutschland daher, allen Personen, die sich auch nur vorübergehend in Deutschland aufhalten, ein physisches Existenzminimum zu gewährleisten, das zwar nicht zwingend eine Krankenversicherung, wohl aber eine hinreichende Krankenversorgung beinhaltet, und das durch einen Rechtsanspruch gesichert ist. Der Gesetzgeber darf sich also aus verfassungsrechtlichen Gründen nicht darauf verlassen, dass Arbeitgeberinnen und Arbeitgeber in der Landwirtschaft für ihre Saisonbeschäftigten private Gruppenversicherungsverträge abschließen. Vielmehr muss unabhängig davon ein Rechtsanspruch auf Krankenversorgung in Deutschland bestehen, der das physische Existenzminimum abdeckt. Ein solcher gesetzlicher Anspruch besteht für Saisonarbeitnehmerinnen und -arbeitnehmer bislang nicht. Das einfache Gesetzesrecht ist insoweit defizitär und daher nach den aufgeführten Maßstäben des Bundesverfassungsgerichts verfassungswidrig.

III. Der Krankenversicherungsschutz durch Gruppenversicherungen für Saisonarbeitende im Vergleich

Trotz der verfassungsrechtlichen Vorgaben sind derzeit die von den Arbeitgeberinnen und Arbeitgebern für ihre Saisonarbeitenden abgeschlossenen privaten Gruppenkrankenversicherungen das einzige Instrument für ihren Krankenversicherungsschutz in Deutschland. Anhand von vier Referenzfeldern (Leistungsanspruch, Leistungsinhalt, Leistungsausschlüsse und Leistungsabwicklung) lässt sich im Folgenden zeigen, dass die Gruppenversicherungsverträge einen im Vergleich mit dem SGB V-Standard reduzierten bzw. schwerer zugänglichen Krankenversicherungsschutz gewährleisten.

1. Leistungsanspruch

Das auch verfassungsrechtlich unhaltbare, größte Defizit beim Krankenversicherungsschutz für Saisonarbeitende ist der fehlende Rechtsanspruch. Arbeitgeber und Arbeitgeberinnen können die Versicherungen abschließen, sind dazu aber nicht gesetzlich verpflichtet. Auch die Modalitäten des Versicherungsschutzes sind nicht gesetzlich normiert.

Dementsprechend haben die Saisonarbeitenden auch keinen Einfluss auf Art und Umfang ihres Krankenversicherungsschutzes. In der gesetzlichen Krankenversicherung entscheiden nach § 173 Abs. 2 SGB V allein die Versicherten selbst darüber, bei welcher Krankenkasse sie sich versichern möchten. Dies zeigen sie nach § 175 Abs. 3 S. 1 SGB V den nach § 198 SGB V meldepflichtigen Arbeitgeberinnen und Arbeitgebern an, so dass alle Beteiligten über den Versicherungsschutz informiert sind. Hingegen entscheiden bei Saisonbeschäftigten allein die Arbeitgeberinnen und Arbeitgeber darüber, ob sie ihre Beschäftigten überhaupt versichern und ggfs. bei welchem Unternehmen dies geschieht. Sie sind zudem gesetzlich nicht verpflichtet, die Beschäftigten über das Bestehen und den Inhalt der Versicherung zu informieren.

Aus der Praxis wird dementsprechend berichtet, dass die Saisonbeschäftigten entweder gar keine oder nur unvollständige Informationen über das Bestehen von Versicherungsschutz haben und deshalb davon absehen, medizinische Hilfe in Anspruch zu nehmen.⁴² Offenbar kommt es auch vor, dass Arbeitgeberinnen und Arbeitgeber Saisonbeschäftigte im Krankheitsfall kündigen und in deren Heimatland zurückschicken, um die Inanspruchnahme von Gesundheitsleistungen zu verhindern und damit ein eigenes Kostenrisiko auszuschließen.⁴³

2. Leistungsinhalt: Ärztliche und zahnärztliche Leistungen

Bei den Leistungsinhalten sind insbesondere die Beschränkungen bei den (zahn-)ärztlichen Leistungen augenfällig:

a) Grundlagen

Gemäß § 27 Abs. 1 S. 1 SGB V haben Versicherte Anspruch auf Krankenbehandlung, wenn sie notwendig ist, um eine Krankheit zu erkennen, zu heilen, ihre Verschlimmerung zu verhüten oder Krankheitsbeschwerden zu lindern. § 27 Abs. 1 S. 2–6 SGB V benennen zwar die Leistungsbereiche, in denen Krankenbehandlung stattfindet (insbesondere also die vertragsärztliche und die Krankenhausbehandlung sowie die Versorgung mit Arzneimitteln). Aber welche Leistungen genau zu erbringen sind, ergibt sich nicht aus dem Sozialgesetzbuch V selbst, sondern aus einem komplexen, nach Leistungsbereichen differenzierenden Regelungssystem. Eine herausgehobene Rolle spielt dabei der Gemeinsame Bundesausschuss, ein aus Vertreterinnen und Vertretern der gesetzlichen Krankenkassen, der Kassenärztlichen Vereinigungen und der Deutschen Krankenhausgesellschaft bestehendes Gremium, das den Anspruch der Versicherten durch Richtlinien konkretisiert (§§ 91, 92 SGB V). Demgegenüber stehen regelmäßig nur knappe Bestimmungen in den Versicherungsbedingungen der privatrechtlichen Gruppenversicherungsverträge. Im Folgenden werden die

⁴⁰ Vgl. die entsprechenden Regelungen in den §§ 4 und 6 AsylbLG. – Rechtspolitisch wäre die Übernahme dieser Bestimmungen aber durchaus fragwürdig, weil es sich bei den Saisonarbeitnehmerinnen und -arbeitnehmern um Personen handelt, die aus Gründen der Beschäftigung nach Deutschland kommen und für die Nahrungsmittelversorgung durch die Landwirtschaft zwingend benötigt werden. Dazu auch noch unten IV.2.

⁴¹ BVerfG, 18.7.2012 – 1 BvL 10/10, 1 BvL 2/11 – BVerfGE 132, 134 Rn. 65.

⁴² Initiative Faire Landarbeit, Saisonarbeit in der Landwirtschaft. Bericht 2022, S. 29.
⁴³ <https://www.rnd.de/politik/saisonarbeiter-und-ernte Helfer-gesundheits-schutz-trotz-koalitionsversprechen-schlecht-GFGKFM7DDNFLRNIV3HPHXCRK-HM.html> (4.11.2024).

Leistungsinhalte im Sozialgesetzbuch V einerseits und in einem exemplarisch herangezogenen Gruppenversicherungsvertrag⁴⁴ andererseits anhand der drei Leistungsbereiche (Zahn-) Ärztliche ambulante Versorgung – Krankenhausversorgung – Arzneimittelversorgung miteinander verglichen.

Gemäß § 28 Abs. 1 SGB V umfasst die ärztliche Behandlung die Tätigkeit des Arztes, die zur Verhütung, Früherkennung und Behandlung von Krankheiten nach den Regeln der ärztlichen Kunst ausreichend und zweckmäßig ist. Die zahnärztliche Behandlung beinhaltet nach § 28 Abs. 2 S. 1 SGB V die Tätigkeit des Zahnarztes, die zur Verhütung, Früherkennung und Behandlung von Zahn-, Mund- und Kieferkrankheiten nach den Regeln der zahnärztlichen Kunst ausreichend und zweckmäßig ist; sie umfasst auch konservierend-chirurgische Leistungen und Röntgenleistungen, die im Zusammenhang mit Zahnersatz einschließlich Zahnkronen und Suprakonstruktionen erbracht werden.

Diese Ansprüche werden im Wesentlichen untergesetzlich konkretisiert. Neue (zahn-)ärztliche Untersuchungs- und Behandlungsmethoden dürfen nach § 135 Abs. 1 S. 1 SGB V nur nach einer entsprechenden Empfehlung des Gemeinsamen Bundesausschusses (§§ 91, 92 SGB V) erbracht werden. Die mit Abstand größte praktische Bedeutung für den Leistungskatalog hat das kollektive Vertragsrecht: Nach § 87 Abs. 1 S. 1 SGB V vereinbaren die Kassenärztlichen Bundesvereinigungen mit dem Spitzenverband Bund der Krankenkassen durch Bewertungsausschüsse einen Einheitlichen Bewertungsmaßstab (EBM) für die ärztlichen Leistungen. Der EBM ist ein sog. Normsetzungsvertrag, der die Wirkungen einer Rechtsnorm hat.⁴⁵ Er bestimmt gemäß § 87 Abs. 2 S. 1 Hs. 1 SGB V den Inhalt der abrechnungsfähigen Leistungen und ihr wertmäßiges, in Punktzahlen (also nicht in Geldbeträgen) ausgedrücktes Verhältnis zueinander. Jeder einzelnen ärztlichen Leistung wird eine Punktzahl zugeordnet, die den Zeitaufwand und die Kosten dieser Leistung im Verhältnis zu anderen Leistungen wiedergibt.⁴⁶ Der EBM ist damit nicht nur die Grundlage für die Berechnung der Vergütung des Arztes, sondern erfüllt zugleich die Funktion eines abschließenden Leistungskataloges.⁴⁷ Im Bereich der vertragszahnärztlichen Versorgung übernimmt diese Aufgabe der Bewertungsmaßstab für zahnärztliche Leistungen (BEMA).

b) Leistungsvergleich

Der Gruppenversicherungsvertrag *Klemmer* enthält Regelungen über Ansprüche auf ärztliche und zahnärztliche Behandlungen.

(1) Ärztliche Behandlung

Im Bereich der ärztlichen Behandlung gibt es erhebliche Einschränkungen im Vergleich mit dem Leistungsspektrum der gesetzlichen Krankenversicherung.

Nach Nr. 10.1.1.1. der *Klemmer*-Versicherungsbedingungen wird nur die »akut notwendige ambulante Heilbehand-

lung« erbracht; hier werden 100 % der Kosten bis zum 1,7fachen Satz der GOÄ erstattet. Die auf akute Erkrankungen beschränkte Leistungspflicht bedeutet gerade für körperlich arbeitende Menschen, die häufig unter Muskel-Skelett-Erkrankungen leiden, eine erhebliche Einschränkung. Sie wird in der Praxis regelmäßig dazu führen, dass akute Schmerzen medikamentös bekämpft, aber nicht dem Grunde nach behandelt werden. In diesem Zusammenhang ist auch problematisch, dass physiotherapeutische Leistungen nach Nr. 10.1.3. nur nach entsprechender Genehmigung des Versicherungsunternehmens erbracht werden dürfen.

Das gesetzliche Krankenversicherungsrecht kennt eine Beschränkung auf »akut notwendige Behandlungen« nicht. Es sieht, anders als der private Gruppenversicherungsvertrag, nicht nur umfangreiche Ansprüche auf Präventionsleistungen (§§ 20–26 SGB V) vor, sondern greift auch bei chronischen Krankheiten. Schon die Unterscheidung zwischen »akuten« und »chronischen« Krankheiten ist dem gesetzlichen Krankenversicherungsrecht fremd, denn nach § 27 Abs. 1 S. 1 SGB V besteht ein Anspruch auf alle Leistungen, die notwendig sind, um eine Krankheit zu erkennen, zu heilen, ihre Verschlimmerung zu verhüten oder Krankheitsbeschwerden zu lindern. Auch das untergesetzliche Leistungsrecht, insbesondere der EBM, konkretisiert zwar die erstattungsfähigen Methoden der Leistungserbringung, aber es unterscheidet nirgends zwischen akuten und chronischen Erkrankungen.

Auch ist die Inanspruchnahme von nichtärztlichen Leistungen, insbesondere der Physiotherapie, zwar nach § 73 Abs. 2 S. 1 Nr. 7 SGB V von einer ärztlichen Verordnung abhängig.⁴⁸ Der einschlägige Leistungsanspruch in § 32 SGB V fordert aber keine Genehmigung der Krankenkasse.

Unproblematisch dürfte allein die Beschränkung der Abrechnung auf den 1,7-fachen Steigerungssatz nach der GOÄ in den *Klemmer*-Bedingungen sein. Zwar lassen sich der vertragsärztliche EBM⁴⁹ und die GOÄ wegen ihrer unterschiedlichen Systematiken nicht ohne Weiteres vergleichen.⁵⁰ Aber in der Absenkung gegenüber dem in der Praxis üblichen Steigerungssatz von 2,3 (vgl. § 5 Abs. 2 S. 4 GOÄ) liegt eine nachvollziehbare Annäherung an die Vergütung der vertragsärztlichen Leistungen nach dem EBM, wie sie § 75 Abs. 3a SGB V in differenzierter Form auch für die ärztliche Versorgung in den privatversicherungsrechtlichen Standardtarifen, dem brancheneinheitlichen Basistarif und dem Notlagertarif enthält.

(2) Zahnärztliche Behandlung

Wesentlich einschneidender sind die Einschränkungen im Bereich der vertragszahnärztlichen Versorgung. Geleistet wird hier nur die »ambulante Schmerzbehandlung beim Zahnarzt oder Kieferchirurgen und zur Schmerzeseitigung notwendige Füllungen in einfacher Ausführung bis insgesamt 260,00 €; darüber hinausgehende Behandlungen je nach gewähltem Tarif und nach vorheriger Genehmigung durch *Klemmer International Versicherungsmakler GmbH*« (10.1.1.2.). Eine solche Genehmigung ist insbesondere erforderlich bei der »Behandlung von mehr als drei Zähnen im gesamten Versicherungszeitraum nach Vorlage von Unterlagen (Röntgenbild etc.), aus denen die

44 Reiseversicherung der *Klemmer International Versicherungsmakler GmbH* (im Folgenden: *Klemmer*).

45 BSG, 17.9.1997 – 6 RKA 36/97 – BSGE 81, 86, 89; BSG, 20.1.1999 – B 6 KA 9/98 – BSGE 83, 218, 219; BSG, 16.5.2001 – B 6 KA 20/00 R – BSGE 88, 216, 233.

46 Scholz, in: Becker/Kingreen (Hrsg.), SGB V. Gesetzliche Krankenversicherung, 9. Aufl., München 2024 (im Folgenden: BK SGB V), § 87 Rn. 6.

47 BSG, 13.11.1996 – 6 RKA 31/95 – BSGE 79, 239, 242; BSG, 17.9.1997 – 6 RKA 36/97 – BSGE 81, 86, 92; BSG, 25.8.1999 – B 6 KA 39/98 – BSGE 84, 247, 248.

48 Die Physiotherapie ist ein sog. Heilmittel, vgl. § 124 Abs. 1 S. 1 SGB V.

49 Zu ihm oben (1).

50 Dazu *Kingreen*, GesR 2023, 621, 622 und *Wollenschläger*, NZS 2018, 385, 385 f.

unaufschiebbare Notwendigkeit der Behandlung hervorgeht, sowie Zahnbehandlungen von mehr als 260,00 € inklusive eventuell anfallender Fremd- und Eigenlaborkosten im gesamten Versicherungszeitraum, je nach gewähltem Tarif und die Behandlung besonders schmerzhafter Parodontal-Erkrankungen (zB. ANUG)« (10.1.3.).

Das zahnärztliche Leistungsrecht enthält derartige Einschränkungen nicht. Das maßgebliche Leistungsverzeichnis, der BEMA, führt in seinem Teil 1 einen umfassenden Katalog konservierender und chirurgischer Leistungen sowie Röntgenleistungen auf, die nicht nur auf akute Schmerzbehandlung gerichtet sind, sondern etwa auch die Entfernung harter Zahnbeläge (Nr. 107) zum Gegenstand hat. Zudem gibt es keine betragsmäßige Beschränkung bei Zahnfüllungen. Leistungseinschränkungen, insbesondere Kostenbeteiligungen der Versicherten, enthält das gesetzliche Krankenversicherungsrecht lediglich beim Zahnersatz, wozu nach § 55 Abs. 1 S. 1 SGB V auch Zahnkronen und Suprakonstruktionen (Brücken) zählen. Immerhin werden diese Leistungen aber grundsätzlich zu Lasten der gesetzlichen Krankenversicherung erbracht, während sie in den *Klemmer*-Versicherungsbedingungen (11.6) in der Regel ausgeschlossen sind.

3. Leistungsbeschränkungen und -ausschlüsse

Gravierender als die Beschränkung der Ansprüche auf (zahn-)ärztliche Leistungen sind die allgemeinen Leistungsbeschränkungen und -ausschlüsse. Sie betreffen nämlich alle Leistungsbereiche und wirken damit dahingehend prohibitiv, dass auch notwendige Leistungen nicht in Anspruch genommen werden.

a) Eigenbeteiligungen

Nach § 61 SGB V müssen die gesetzlich Krankenversicherten für die meisten Leistungen (Ausnahme sind insbesondere die vertragsärztlichen Leistungen) Zuzahlungen leisten, die allerdings durch die in § 62 SGB V näher ausformulierte, primär einkommensabhängige Belastungsgrenze der Höhe nach beschränkt sind. Mehr als die gesetzlich vorgesehenen Eigenbeteiligungen müssen die Versicherten daher auch nicht leisten. Das ist in dem untersuchten Gruppenversicherungsvertrag anders. Dabei muss zwischen expliziten und faktischen Eigenbeteiligungen unterschieden werden:

(1) Explizite Eigenbeteiligungen

Der *Klemmer*-Vertrag sieht zwar nur vereinzelt Eigenbeteiligungen vor, etwa, sofern dies vereinbart wurde, für Arzneimittel (10.1.1.3.: 5,00 €). Zuzahlungen für Arzneimittel betragen in der gesetzlichen Krankenversicherung hingegen 10 % des Abgabepreises und höchstens 5 % (§ 61 S. 1 SGB V). Dieser Unterschied mag noch verkraftbar sein. Gravierender ist aber, dass der *Klemmer*-Vertrag keine Belastungsgrenze normiert, wie sie § 62 SGB V enthält. Vielmehr fällt die vereinbarte Eigenbeteiligung aus Anlass jeder Verordnung immer wieder von Neuem an. Solche Eigenbeteiligungen sind gerade bei Menschen mit sehr geringem Einkommen geeignet, sie von der Inanspruchnahme an sich notwendiger Arzneimittel abzuhalten.

(2) Faktisch drohende Eigenbeteiligungen

Eine besonders missbrauchsanfällige Klausel findet sich in Nr. 10.1.2.4 der *Klemmer*-Versicherungsbedingungen. Diese

lautet wie folgt: »Übersteigen Heilbehandlungen oder sonstige Maßnahmen, für die Leistungen vereinbart sind, das medizinisch notwendige Maß, so kann der Versicherer die Leistungen auf einen angemessenen Betrag herabsetzen. Bei der Berechnung von aufwendigen Behandlungs- und Untersuchungsmaßnahmen durch die Behandler – ohne dass diese durch den Versicherer vor Beginn der Behandlung genehmigt wurden – steht es dem Versicherer frei, die abgerechneten Leistungen auf die Vergütung für eine notwendige, standardmäßige diagnostische und therapeutische Maßnahme zu kürzen.«

Das gesetzliche Krankenversicherungsrecht unterbindet diese Gestaltungsmöglichkeit bei den Krankenkassen dadurch, dass im untergesetzlichen Leistungserbringungsrecht fachliche Standards normiert werden, namentlich in den Richtlinien des Gemeinsamen Bundesausschusses (§§ 91, 92 SGB V) und durch daran anknüpfende (kollektiv-)vertraglich vereinbarte Vergütungen. Zwar kommt es auch im Leistungserbringungsrecht der gesetzlichen Krankenversicherung regelmäßig zu Auseinandersetzungen über die Vergütung der Leistungserbringer. Diese Auseinandersetzungen beschränken sich aber wegen des Sachleistungsprinzips⁵¹ in der Regel auf das Rechtsverhältnis zwischen Leistungserbringern und Krankenkassen, berühren also den Leistungsanspruch der Versicherten nicht.

Die besagte Klausel kann hingegen faktisch zu Eigenbeteiligungen führen, die sich wiederum dahingehend auswirken können, dass notwendige Leistungen gar nicht erst in Anspruch genommen werden. Sie regelt nämlich nicht das Rechtsverhältnis zum Leistungserbringer, der die Leistungen in der abgerechneten Höhe beanspruchen kann, sondern sie beschränkt den Anspruch auf Versicherungsschutz. Die übersteigenden Kosten müssen daher die Versicherungsnehmer und -nehmerinnen tragen oder ihre Arbeitgeberinnen und Arbeitgeber, die aber aus eben diesem Grunde versucht sein könnten, die Inanspruchnahme der Leistung insgesamt zu unterbinden. Hier sind Konflikte vorprogrammiert, die letztlich zu Lasten der notwendigen Krankenversorgung gehen werden.

b) Ausschluss des Versicherungsschutzes

(1) Bestimmte Erkrankungen

Bei bestimmten Vorerkrankungen besteht nach den *Klemmer*-Versicherungsbedingungen generell kein Versicherungsschutz. In diesen Fällen werden nicht nur keine ärztlichen Leistungen, sondern generell keine Leistungen (also insbesondere keine Arzneimittel) geleistet. Zu diesen Erkrankungen zählen solche, die vor Versicherungsbeginn entstanden sind (11.1), Ansteckungskrankheiten, die ggfs. erst bei einer unmittelbar mit der Einreise durchgeführten Untersuchung festgestellt werden (11.2), Behandlungen, von denen bei Reisebeginn feststand, dass sie bei planmäßiger Durchführung der Reise stattfinden müssen (11.3) und etwa auch HIV-Infektionen (11.22).

Solche Beschränkungen sind der gesetzlichen Krankenversicherung fremd. Diese beruht auf dem Solidarprinzip, das auch einen Ausgleich zwischen Kranken und Gesunden beinhaltet, dh. niemand muss wegen Vorerkrankungen oder auch wegen Selbstverschuldens⁵² höhere Beiträge zahlen. Die genannten Versicherungsbedingungen

⁵¹ Dazu noch 4.

⁵² Dazu gleich (2).

stellen hingegen das physische Existenzminimum in Frage: Selbst bei schwerwiegenden Erkrankungen mit akuten Schmerzzuständen haben die Saisonarbeitenden in diesen Fällen keine Leistungsansprüche. Das ist insbesondere bei Erkrankungen, die zwar vor Versicherungsbeginn, aber etwa aufgrund einer früheren Tätigkeit in der Landwirtschaft entstanden sind, ausgesprochen problematisch. Unter die Ausschlussklausel nach 11.1 fallen nämlich auch Personen, die sich bei früheren Tätigkeiten insbesondere Muskel-Skelett-Erkrankungen zugezogen haben, die aus Anlass der erneuten Tätigkeit wieder manifest werden.

(2) Selbstverschulden

Nach Nr. 11.8 der *Klemmer*-Versicherungsbedingungen besteht keine Leistungspflicht für »auf Vorsatz oder strafbaren Handlungen beruhende Krankheiten (einschließlich Selbstmord und Selbstmordversuch⁵³) und Unfälle einschließlich deren Folgen sowie für Entzugs- und Entwöhnungsbehandlungen und durch Missbrauch von Alkohol, Arzneien, Narkotika und Drogen/Rauschmittel entstandene Kosten.«

Das bedeutet eine erhebliche Einschränkung im Vergleich mit der gesetzlichen Krankenversicherung. Leistungsbeschränkungen und -ausschlüsse spielen in der GKV eine nur untergeordnete Rolle. Maßgebend ist nämlich das Finalprinzip, dh. es ist – auch mit Rücksicht auf das allgemeine Persönlichkeitsrecht (Art. 2 Abs. 1 iVm. Art. 1 Abs. 1 GG) – regelmäßig unerheblich, worauf die Erkrankung zurückzuführen ist, sondern es kommt allein darauf an, wie sie zu behandeln ist. Die schuldhafte Verursachung einer Erkrankung beeinflusst daher den Leistungsanspruch grundsätzlich nicht. Eine Ausnahme gilt nach § 52 Abs. 1 SGB V ua. für den Fall, dass sich Versicherte eine Krankheit vorsätzlich oder bei einem von ihnen begangenen Verbrechen oder vorsätzlichen Vergehen zugezogen haben. Darunter fällt etwa der Selbstmordversuch⁵⁴ ebenso wenig wie eine ungesunde Lebensführung⁵⁵, etwa durch übermäßigen Alkoholkonsum. Aber selbst bei Vorliegen der Voraussetzungen des § 52 Abs. 1 SGB V ist der Versicherungsschutz nicht ausgeschlossen, dh. die Krankenkasse muss die Leistung vollumfänglich erbringen und kann die Versicherten an den Kosten der Leistungen in angemessener Höhe beteiligen, ohne dazu aber verpflichtet zu sein.

4. Leistungsabwicklung

a) Das Sachleistungsprinzip in der gesetzlichen Krankenversicherung, § 2 Abs. 2 S. 1 SGB V

Die Versicherten der gesetzlichen Krankenversicherung erhalten die Leistungen nach § 2 Abs. 2 S. 1 SGB V grundsätzlich als Sach- und Dienstleistungen, wenn das SGB V oder das SGB XI nicht etwas anderes bestimmen. Dieses sog. Sachleistungsprinzip bedeutet, dass die Krankenkassen den Versicherten die Leistungen entweder selbst oder durch Verträge mit Leistungserbringern verschaffen müssen. Eine Leistungsabwicklung über das Kostenerstattungsprinzip, also eine Selbstbeschaffung durch die Versicherten mit anschließender Erstattung durch die

Krankenkassen, ist nur in den gesetzlich vorgesehenen Fällen zulässig (§ 13 Abs. 1 SGB V). Die praktisch wichtigsten Fälle sind die Erstattung von Kosten für selbstbeschaffte Leistungen, deren Erbringung die Krankenkasse zu Unrecht abgelehnt hat (§ 13 Abs. 3 S. 1 Alt. 2 SGB V), über die sie nicht rechtzeitig entschieden hat (§ 13 Abs. 3a S. 7 SGB V) und die Inanspruchnahme von Leistungserbringern in anderen Mitgliedstaaten der Europäischen Union (§ 13 Abs. 4 und 5 SGB V).⁵⁶

Das Sachleistungsprinzip hat für die Versicherten den Vorteil, dass sie nicht in die Abrechnung der Leistungen und damit auch nicht in dabei auftretende Unstimmigkeiten involviert sind. Abgesehen von den Zuzahlungen (§§ 61, 62 SGB V) ist die Inanspruchnahme von Gesundheitsleistungen für Versicherte der gesetzlichen Krankenversicherung daher nicht mit finanziellen Risiken verbunden; insbesondere müssen sie auch – anders als beim Kostenerstattungsprinzip – nicht in Vorleistung treten.

b) Kostenerstattungsprinzip in der Gruppenversicherung

Hingegen gilt für die Gruppenversicherungsverträge – wie stets in der privaten Krankenversicherung – das Kostenerstattungsprinzip (s. 10.3 der *Klemmer*-Versicherungsbedingungen). Für die Abrechnung wird den Versicherten bürokratisch einiges abverlangt, und dies in einer Sprache, die sie regelmäßig allenfalls eingeschränkt beherrschen. Insbesondere muss nach 10.3 der Versicherungsbedingungen vor Behandlungsbeginn der durch *Klemmer International Versicherungsmakler GmbH* ausgehändigte Behandlungsschein/Infolyer bei Ärzten, Zahnärzten oder im Krankenhaus vorgelegt werden. Das setzt allerdings voraus, dass die Betroffenen erstens über ihre Versicherung informiert sind, zweitens der Arbeitgeber ihnen diese Unterlagen auch vorlegt und sie drittens informiert sind, dass sie diese bei der Inanspruchnahme von ärztlichen Leistungen auch vorlegen müssen.

Das Kostenerstattungsprinzip ist im privaten Krankenversicherungsrecht zwar üblich. In der privaten Krankenversicherung sind aber tendenziell (wenn auch nicht ausschließlich) Personen versichert, die in der Lage sind, für die in Anspruch genommenen Leistungen finanziell in Vorleistung zu treten und zudem die bürokratische Abrechnung zu bewältigen. Beides kann bei Saisonarbeitenden nicht vorausgesetzt werden. Das Kostenerstattungsprinzip wirkt also jedenfalls dann prohibitiv, wenn die Saisonarbeitenden selbst die Verantwortung für die Abrechnung haben und nicht ihre Arbeitgeber und Arbeitgeberinnen.

5. Fazit

Die Leistungen des hier exemplarisch herausgegriffenen Gruppenversicherungsvertrags sind typisch für eine Reisekrankenversicherung. Sie kommt nur für Akuterkrankungen auf und verhindert durch diverse Ausschlussstatbestände, dass die Versicherung auch für Leistungen in Anspruch genommen wird, die schon zu Reisebeginn bestanden bzw. Aufschub bis nach Beendigung der Reise erlauben. Das ist für Reisende legitim, weil sie sich regelmäßig nur vorübergehend im Ausland aufhalten und in ihrem Herkunftsstaat versichert sind.

Saisonarbeitende sind aber keine typischen Reisenden. Sie gehen in Deutschland Beschäftigungsverhältnisse ein, die

⁵³ Nur am Rande sei bemerkt, dass diese Klausel schon in sich absurd ist, weil bei einem erfolgreichen Selbstmord keine Kosten der Krankenbehandlung mehr anfallen.

⁵⁴ Heberlein, in: Rofls/Giesen/Meßling/Udsching (Hrsg.), BeckOK Sozialrecht, 73. Ed., München 1.9.2024, § 52 SGB V Rn. 15b.

⁵⁵ BK SGB V-Lang (Fn. 46), § 52 Rn. 2.

⁵⁶ Zu weiteren Fällen und zu den konzeptionellen Unterschieden zwischen Sachleistungs- und Kostenerstattungsprinzip BK SGB V-Kingreen (Fn. 46), § 13 Rn. 4.

regelmäßig in einem erheblichen, wenn nicht überwiegenden Maße zur individuellen finanziellen Existenzsicherung beitragen. Zugleich haben die Betroffenen im Heimatstaat entweder keinen oder nur einen sehr eingeschränkten Krankenversicherungsschutz, was auch damit zusammenhängt, dass sie dort keiner oder einer wirtschaftlich nur unwesentlichen regulären Beschäftigung nachgehen. Aufgrund dieser Umstände hat die Bundesrepublik Deutschland eine aus Art. 1 Abs. 1 iVm. Art. 20 Abs. 1 GG ableitbare Verpflichtung, das physische Existenzminimum der Saisonarbeitenden zu sichern. Aus verfassungsrechtlicher Perspektive sind dabei weniger Leistungsbeschränkungen problematisch, die an den regelmäßig nur vorübergehenden Aufenthalt in Deutschland anknüpfen, also namentlich eine Beschränkung auf die Akutversorgung. Politisch und medizinethisch lässt sich aber schon über diese Beschränkungen streiten, weil sie die Saisonarbeitenden faktisch zu Krankenversicherten zweiter Klasse machen und chronische Erkrankungen vor allem am Bewegungsapparat häufig gerade die Folge der harten Arbeitsbedingungen in der Landwirtschaft sind. Es ist eine fragwürdige Rosinenpickerei, auf der einen Seite vom Arbeitseinsatz der Saisonarbeitenden wirtschaftlich profitieren zu wollen, auf der anderen Seite aber die Verantwortung für ihren Krankenversicherungsschutz an das Herkunftsland abzuschieben.⁵⁷

Verfassungsrechtlich unhaltbar ist es jedenfalls, dass die Saisonarbeitenden keinen Rechtsanspruch auf eine Krankheitsbehandlung haben, die das physische Existenzminimum garantiert. Problematisch sind zudem alle Bestimmungen, die die Betroffenen veranlassen könnten, an sich notwendige Leistungen nicht in Anspruch zu nehmen. Dazu zählen insbesondere Bestimmungen in den Versicherungsverträgen, die dem Versicherungsunternehmen die Entscheidung darüber vorbehalten, die Kostenerstattung zu kürzen, wenn die in Anspruch genommenen Leistungen seines Erachtens nicht erforderlich sind, aber auch Kostenbeteiligungsregelungen und bürokratische Anforderungen, die die Saisonarbeitenden sprachlich und organisatorisch überfordern.

IV. Reformoptionen

Der exemplarische Vergleich zwischen den Versicherungsbedingungen des Gruppenversicherungsvertrags *Klemmer* und dem Leistungsrecht im Sozialgesetzbuch V hat zum Teil erhebliche Unterschiede ergeben. Insbesondere das Fehlen eines unbürokratisch durchsetzbaren Rechtsanspruchs und drohende Eigenanteile sind geeignet, das verfassungsrechtlich garantierte physische Existenzminimum der Betroffenen in Frage zu stellen. Es besteht damit Reformbedarf. Im Ansatz zutreffend möchte daher der Koalitionsvertrag »vollen Krankenversicherungsschutz ab dem ersten Tag«⁵⁸ gewährleisten, was die Einbeziehung in die gesetzliche Krankenversicherung unter Einschluss aller dort gewährleisteten Leistungen voraussetzt. Legt man das als Prämisse zugrunde, bestehen zwei unterschiedlich ansetzende Lösungswege, die jeweils Vor- und Nachteile haben:

1. Konsolidierung der sozialgerichtlichen Rechtsprechung zur Berufsmäßigkeit der Beschäftigung

Es lässt sich mit guten Gründen vertreten, dass die Saisonbeschäftigten die Voraussetzung der Berufsmäßigkeit iSv. § 8 Abs. 1 Nr. 2 SGB IV erfüllen, sie daher nicht geringfügig, sondern regulär als Beschäftigte iSv. § 5 Abs. 1 Nr. 1 SGB V in der gesetzlichen Krankenversicherung pflichtversichert sind.

Dafür lässt sich die überzeugende Entscheidung des Sozialgerichts Landshut vom 9. März 2024 anführen.⁵⁹ Gegenstand der Entscheidung ist die Klage eines Arbeitgebers gegen die Nachentrichtung von Sozialversicherungsbeiträgen für rumänische Saisonarbeitende. Das Sozialgericht zitiert zunächst die gefestigte Rechtsprechung des Bundessozialgerichts. Danach wird eine Tätigkeit berufsmäßig ausgeübt iSv. § 8 Abs. 1 Nr. 2 SGB IV, »wenn sie für den Beschäftigten nicht nur von untergeordneter wirtschaftlicher Bedeutung ist und er damit seinen Lebensunterhalt überwiegend oder doch in einem solchen Umfang bestreitet, dass seine wirtschaftliche Situation zu einem erheblichen Teil auf dieser Beschäftigung beruht.«⁶⁰ Es komme also, so das Sozialgericht Landshut, »entscheidend auf den Anteil an, den die Vergütung der zeitgeringfügigen Tätigkeit an dem Jahreseinkommen der betreffenden Person hat.«⁶¹ Dieser Ansatz entspricht namentlich auch den unionsrechtlichen Vorgaben, die die Wesentlichkeit der Beschäftigung auch danach bemessen, wie hoch der Anteil des in Deutschland bezogenen Arbeitsentgelts am Jahreseinkommen ist.⁶²

Für das Sozialgericht Landshut besteht kein Zweifel daran, dass Saisonarbeitende regelmäßig berufsmäßig tätig sind:

- › »Wenn Saisonarbeitskräfte – wie vorliegend – aus Niedriglohnländern den Zeitraum einer zeitgeringfügigen Beschäftigung in großem Umfang ausschöpfen, wird die wirtschaftliche Relevanz für ihren Lebensunterhalt kaum verneint werden können. So ist für Erntehelfer aus Rumänien die Annahme einer Absicherung des Lebensunterhalts durch eine Hausfrauenehe oder Unterhaltsleistungen des Schwiegervaters fernliegend. Dies jedenfalls so lange, wie nicht konkrete Einnahmen nachgewiesen werden. Wenn Erntehelfer über Wochen oder Monate ihren Haushalt für eine Arbeit in Deutschland verlassen, wird damit dokumentiert, dass hier ein Beruf zur Existenzsicherung ausgeübt werden soll, der notwendigerweise auf sozialrechtlichen Schutz angewiesen ist. Nur dies entspricht auch der Normsystematik, denn § 8 SGB IV ist eine eng auszulegende Ausnahmvorschrift (mwH Kothe/Rabe-Rosendahl ZESAR 2021, 371 ff.). Somit ist die Berufsmäßigkeit bei grenzüberschreitenden Saisonkräften bei einem großen Entgeltgefälle zwischen der Bundesrepublik Deutschland und dem Herkunftsland in der Regel gegeben. Der Mindestlohn in Rumänien liegt laut Daten des Europäischen Statistikamtes Eurostat auf dem drittniedrigsten Niveau unter den 21 EU-Ländern, die ein gesetzliches Mindestgehalt haben (Stand Januar 2022; vgl. auch <https://adz.ro/artikel/artikel/eurostat-rumaenien-mit-drittniedrigstem-bruttomindestlohn>). In der Regel wird in Rumänien weniger als 30 Prozent des deutschen Mindestlohns verdient. Wer

⁵⁷ »Wir riefen Arbeitskräfte und es kamen Menschen« (*Max Frisch*).

⁵⁸ Mehr Fortschritt wagen. Bündnis für Freiheit, Gerechtigkeit und Nachhaltigkeit. Koalitionsvertrag 2021–2025 zwischen der Sozialdemokratischen Partei Deutschlands (SPD), Bündnis 90/Die Grünen und den Freien Demokraten (FDP), S. 56.

⁵⁹ SG Landshut, 9.3.2023 – S 1 BA 3/21 – BeckRS 2023, 4462. Vgl. bereits oben z.

⁶⁰ So BSG, 14.3.2018 – B 12 KR 17/16 R – Rn. 12; aufgegriffen durch SG Landshut, 9.3.2023 – S 1 BA 3/21 – BeckRS 2023, 4462 Rn. 33.

⁶¹ SG Landshut, 9.3.2023 – S 1 BA 3/21 – BeckRS 2023, 4462 Rn. 34.

⁶² S. oben II.2.a).

in Rumänien tätig ist, verdient somit in drei Monaten in Deutschland deutlich mehr als manche Arbeitnehmer in der restlichen Jahreszeit in Rumänien.«⁶³

Unzureichend sei es daher insbesondere, wenn sich die Betroffenen auf den einschlägigen Fragebögen als »Hausmann/Hausfrau«⁶⁴ bezeichnen:

- › »Sozialversicherungsträger und Gerichte sind im Rahmen der Amtsermittlung berechtigt und verpflichtet, den Personenstatus aufzuklären. Eine pauschalierende Betrachtungsweise kann nur funktionieren, wenn der jeweilige Personenstatus rechtssicher feststeht. Der Status ›Hausfrau‹ oder ›Hausmann‹ setzt gerade voraus, dass diese (Saison-)Arbeitnehmer dem Arbeitsmarkt grundsätzlich nicht – mehr – zur Verfügung stehen (z.B. bei Pflege von Familienangehörigen) und auch nicht als ›Arbeitslose‹ beurteilt werden können. Arbeits- bzw. Beschäftigungslose, die Arbeit gefunden haben, werden eben in der Regel berufsmäßig tätig. Man wird eben nicht durch ein bloßes Ankreuzen des Feldes Hausmann im ›Fragebogen zur Feststellung der Versicherungspflicht/Versicherungsfreiheit rumänischer Saisonarbeitnehmer zum Hausmann und damit zum versicherungsfreien und beitragsfreien Beschäftigten. Ansonsten wäre einer massenweisen Umgehung der Sozialversicherungssysteme in vielen Branchen Tür und Tor geöffnet. Eine solche Umgehungsmöglichkeit kann die Funktionsfähigkeit der Sozialversicherungssysteme erheblich beeinträchtigen. Der Status als Hausmann setzt voraus, dass diese Person dem Arbeitsmarkt nicht zur Verfügung steht und der Lebensunterhalt anderweitig gesichert ist.«⁶⁵

Beständen daher im Hinblick auf die Angaben der betroffenen Arbeitnehmer bzw. im Hinblick auf den vom Arbeitgeber vorausgefüllten Fragebögen Zweifel, so müsse nachermittelt werden.⁶⁶

- › »Es ist eben in der Allgemeinheit nicht richtig, dass Hausfrauen und Hausmänner generell nicht berufsmäßig tätig werden können. Wenn die Einnahmen aus der zeitgeringfügigen Beschäftigung der Existenzsicherung und damit dem Lebensunterhalt dienen, liegt Berufsmäßigkeit auf der Hand.«⁶⁷

Das gilt entsprechend auch für Personen, die zwar über eine A1-Bescheinigung über die Beschäftigung im Wohnsitzstaat verfügen, aber aus dieser Beschäftigung nur einen unwesentlichen Teil ihrer Einkünfte generieren.⁶⁸

Das Sozialgericht Landshut schließt mit einer grundsätzlichen Bemerkung:

- › »Abschließend ist anzumerken, dass ein etwaiger Fachkräftemangel in der Landwirtschaft nichts am gefundenen Ergebnis ändert. Für Unternehmer bestehende Schwierigkeiten, qualifizierte Beschäftigte zu gewinnen, und Erfordernisse einer Kostenoptimierung sind für die sozialversicherungsrechtliche Einordnung einer Tätigkeit nicht relevant (BSG, Urt. v. 4.6.2019 – B 12 R 11/18 R,

DStR 2019, 2429 zum Fachkräftemangel im Gesundheitswesen). Finden Landwirte nicht genügend Personal, das bereit ist, ein Arbeitsverhältnis im Niedriglohnsektor einzugehen, weil die Arbeitsbedingungen als nicht attraktiv angesehen werden, können landwirtschaftliche Unternehmer die insoweit bestehenden Probleme de lege lata nicht dadurch lösen, dass sie mit ausländischen Saisonarbeitskräften über das Vehikel ›Hausmann‹ die Voraussetzungen der zeitlichen Geringfügigkeit umgehen. Zwingende Regelungen des Sozialversicherungsrechts können nicht dadurch außer Kraft gesetzt werden, dass ausländische Arbeitskräfte flächendeckend als Hausmänner deklariert werden.«⁶⁹

Wenn sich diese Rechtsauffassung durchsetzen würde, wären vermutlich die meisten Saisonarbeitenden nicht nach § 8 Abs. 1 Nr. 2 SGB IV geringfügig beschäftigt und damit auch nicht nach § 7 Abs. 1 S. 1 Hs. 1 SGB V in der gesetzlichen Krankenversicherung versicherungsfrei. Sie wären vielmehr regulär als Beschäftigte nach § 5 Abs. 1 Nr. 1 SGB V versicherungspflichtig und hätten die verfassungsrechtlich notwendigen Rechtsansprüche. Damit bestünde auch nicht die Notwendigkeit eines gesetzgeberischen Eingreifens, das trotz der Ankündigung im Koalitionsvertrag⁷⁰ in den verbleibenden Wochen der 20. Legislaturperiode nicht mehr erfolgen wird.

Gegen eine Lösung allein im Bereich der Rechtsprechung spricht allerdings erstens die fehlende Rechtssicherheit. Bei der Entscheidung des Sozialgerichts Landshut handelt es sich bislang um eine singuläre Entscheidung, deren Rechtskraft zudem nicht bekannt ist. Das LSG Baden-Württemberg vertritt in zwei Entscheidungen die gegenteilige Ansicht.⁷¹ Es müsste daher bis zu einer letztinstanzlichen Entscheidung des Bundessozialgerichts abgewartet werden, um Rechtssicherheit herzustellen. Der rechtspolitisch unbefriedigende unzureichende Krankensicherungschutz für Saisonbeschäftigte würde damit möglicherweise noch mehrere Jahre andauern.

Gegen eine Lösung im Sinne der Entscheidung des Sozialgerichts Landshut könnte zweitens eingewendet werden, dass mit der Beschäftigtenversicherung nach § 5 Abs. 1 Nr. 1 SGB V eine erhebliche Beitragsbelastung der Arbeitgeberinnen und Arbeitgeber in der Landwirtschaft einherginge, die angesichts der allgemeinen Debatten über die Belastungen der Landwirtschaft zur Unzeit käme. Das spricht eher für ein gesetzgeberisches Tätigwerden.

2. Steuerfinanzierte Krankenversorgung, § 264 Abs. 1 SGB V

Aufgrund der bislang nicht konsolidierten Rechtsprechung sollte eine Lösung im Bereich der beiden anderen Staatsgewalten gefunden werden. Rechtstechnisch ließe sich die Krankenversorgung der Saisonarbeitenden über § 264 Abs. 1 SGB V realisieren, der die (steuerfinanzierte) Übernahme der Behandlungskosten für bestimmte Personen vorsieht, die nicht versichert sind.

Nach Satz 1 dieser Vorschrift können die Krankenkasse für Arbeits- und Erwerbslose, die nicht gesetzlich gegen Krankheit versichert sind, für andere Hilfeempfänger sowie für die vom Bundesministerium für Gesundheit bezeichneten Perso-

63 SG Landshut, 9.3.2023 – S 1 BA 3/21 – BeckRS 2023, 4462 Rn. 36.

64 Dazu schon oben II.

65 SG Landshut, 9.3.2023 – S 1 BA 3/21 – BeckRS 2023, 4462 Rn. 39.

66 SG Landshut, 9.3.2023 – S 1 BA 3/21 – BeckRS 2023, 4462 Rn. 40.

67 SG Landshut, 9.3.2023 – S 1 BA 3/21 – BeckRS 2023, 4462 Rn. 41.

68 Dazu oben III.1.

69 SG Landshut, 9.3.2023 – S 1 BA 3/21 – BeckRS 2023, 4462 Rn. 44.

70 Dazu oben 2.

71 LSG Baden-Württemberg, 11.10.2022 – L 11 BA 3083/20 – BeckRS 2022, 32893 Rn. 29 und LSG Baden-Württemberg, 9.4.2024 – L 5 BA 3595/23 ER-B – BeckRS 2024, 8555 Rn. 2.

nenkreise die Krankenbehandlung übernehmen, sofern der Krankenkasse Ersatz der vollen Aufwendungen für den Einzelfall sowie eines angemessenen Teils ihrer Verwaltungskosten gewährleistet wird. Bei Empfängern von Gesundheitsleistungen nach den §§ 4 und 6 des Asylbewerberleistungsgesetzes ist sie dazu nach § 264 Abs. 1 S. 2 SGB V sogar verpflichtet, wenn die erforderlichen Vereinbarungen auf Landesebene abgeschlossen worden sind. Die Vorschrift füllt damit letztlich die Lücke, die durch das selektive Krankenversicherungssystem entstanden ist, das nicht alle Personen versichert, die sich in der Bundesrepublik Deutschland aufhalten, sondern nach sozioökonomischen Status differenziert (vgl. § 5 SGB V).⁷² Ihr Vorteil besteht darin, dass die Gesundheitsversorgung auch für die von der Vorschrift erfassten Nichtversicherten im etablierten Leistungs- und Leistungserbringungssystem der gesetzlichen Krankenversicherung erfolgt. Die begünstigten Nichtversicherten werden im Wesentlichen den Versicherten in der gesetzlichen Krankenversicherung gleichgestellt.⁷³

Es bestehen zwei Möglichkeiten, die Saisonarbeitenden in § 264 Abs. 1 SGB V zu integrieren. Denkbar wäre zum einen, dass das Bundesministerium für Gesundheit die Saisonarbeitenden als sonstige Berechtigte iSv. § 264 Abs. 1 S. 1 SGB V bezeichnet. Das hätte den Vorteil einer zügigen Umsetzung der verfassungsrechtlichen Vorgaben. Der Nachteil bestünde dann zwar darin, dass es sich bei § 264 Abs. 1 S. 1 SGB V um eine Ermessensvorschrift handelt; das Ermessen wäre allerdings aufgrund der verfassungsrechtlichen Notwendigkeit, das physische Existenzminimum zu gewährleisten, auf null reduziert. Will man das Risiko einer Ermessensvorschrift gleichwohl nicht eingehen, ist zum anderen eine § 264 Abs. 1 S. 2 SGB V entsprechende Vorschrift, die der Krankenkasse kein Ermessen einräumt, denkbar. Dafür bedürfte es aber eines Gesetzgebungsverfahrens zur Änderung von § 264 SGB V.

Aber auch gegen eine Lösung über § 264 SGB V lassen sich Bedenken formulieren. Die Vorschrift begründet keine Rechtsansprüche, sondern regelt lediglich die Verpflichtungen von Krankenkassen im Hinblick auf nicht versicherte Personen und die Finanzierung der erbrachten Leistungen (§ 264 Abs. 7 SGB V). Dieses Problem ließe sich allerdings lösen, wenn die Leistungsansprüche selbst in einem eigenständigen Leistungsgesetz geregelt werden, wie das für Asylsuchende im Asylbewerberleistungsgesetz geschehen ist. Problematisch ist allerdings die Finanzierung. Die Aufwendungen für Leistungen nach § 264 Abs. 1 SGB V werden gemäß § 264 Abs. 7 SGB V von den Trägern der Sozial- bzw. Jugendhilfe und damit letztlich von den kommunalen Gebietskörperschaften aufgebracht. Es wäre zwar denkbar, dass eine Erstattung der Kosten durch den Bund erfolgt, wie das § 46a SGB XII für die bereits unter § 264 SGB V fallenden Grundsicherungen im Alter vorsieht. Die Konsequenz, dass die Arbeitgeberinnen und Arbeitgeber in der Landwirtschaft damit gar keine Kosten für die Krankenversicherung ihrer Beschäftigten zu tragen hätten, wäre allerdings rechtspolitisch ebenfalls fragwürdig. Eine mögliche Lösung wäre eine abgesenkte pauschale Beitragspflicht der Arbeitgeber-

rinnen und Arbeitgeber in der Landwirtschaft, wie sie § 249b SGB V für geringfügig Beschäftigte nach § 8 Abs. 1 Nr. 1 SGB IV vorsieht.

V. Zusammenfassung

1. Saisonarbeitende in der Landwirtschaft werden in der Rechtspraxis regelmäßig als geringfügig Beschäftigte nach § 8 Abs. 1 Nr. 2 SGB IV angesehen. Sie sind daher nach § 7 Abs. 1 S. 1 Hs. 1 SGB V in der gesetzlichen Krankenversicherung versicherungsfrei und unterliegen damit nicht der Krankenversicherungspflicht. Arbeitgeberinnen und Arbeitgeber in der Landwirtschaft müssen nach § 28a Abs. 9a SGB IV nur angeben, wie die Beschäftigten gegen Krankheit versichert sind. Regelmäßig schließen sie zu ihren Gunsten private Krankenversicherungen als Gruppenversicherungen ab, ohne dazu gesetzlich verpflichtet zu sein.

2. Unionsrechtlich gilt für die Saisonarbeitenden idR. das Recht des Beschäftigungsortes (Art. 13 Abs. 1 lit. a) VO[EG] 883/2004) und damit das deutsche Krankenversicherungsrecht, weil sie entweder angeben, dass sie im Heimatstaat als »Hausfrau/Hausmann« keiner Beschäftigung nachgehen oder weil sie zwar eine A1-Bescheinigung des Heimatstaates haben, das dort erzielte Einkommen aber im Verhältnis zu den Einkünften aus der Saisonarbeit unbedeutend iSv. Art. 14 Abs. 5 lit. b) VO(EG) 987/2009 ist.

3. Verfassungsrechtlich folgt aus dem aus Art. 1 Abs. 1 GG iVm. Art. 20 Abs. 1 GG ableitbaren Grundrecht auf ein menschenwürdiges Existenzminimum, dass allen Personen, für die die Bundesrepublik Deutschland unionsrechtlich zuständig ist (s. oben 2.) das physische Existenzminimum gewährleistet werden muss. Dieses muss durch einen Rechtsanspruch gesichert werden, der derzeit nicht besteht. Daher ist das einfache Gesetzesrecht derzeit defizitär und damit verfassungswidrig.

4. Im Vergleich mit den Standards in der gesetzlichen Krankenversicherung weisen die Versicherungsbedingungen der privaten Gruppenversicherungen einige Defizite auf, die jeweils auf der Tatsache beruhen, dass sie als Reiseversicherungen ausgestaltet sind, aber nicht als Versicherungen für Beschäftigte. Im Einzelnen lässt sich auf der Grundlage eines exemplarisch behandelten Gruppenversicherungsvertrags Folgendes hervorheben:

- Die Gruppenversicherungsverträge werden von den Arbeitgeberinnen und Arbeitgebern in der Landwirtschaft abgeschlossen, nicht von den Beschäftigten selbst. Diese verfügen oftmals entweder gar nicht oder nur über unvollständige Informationen über das Bestehen von Versicherungsschutz und sehen daher davon ab, medizinische Hilfe in Anspruch zu nehmen. Offenbar kommt es auch vor, dass Arbeitgeberinnen und Arbeitgeber Saisonbeschäftigte im Krankheitsfall kündigen und ins Heimatland zurückschicken, um die Inanspruchnahme von Gesundheitsleistungen zu verhindern und damit ein eigenes Kostenrisiko auszuschließen.
- Die Gruppenversicherungsverträge kommen nur für Akuterkrankungen auf und verhindern durch diverse Ausschlussstatbestände, dass die Versicherung auch für

⁷² Zur Kritik daran, dass es nach wie vor keine allgemeine Wohnerversicherung in Deutschland gibt, schon *Kingreen*, Verhandlungen des 69. Deutschen Juristentages 2012 Bd. II/1, 2013, K1 ff.

⁷³ *beckOGK-Beck* (Fn. 8), § 264 SGB V Rn. 23 ff. und *BK SGB V-Mülder* (Fn. 46), § 264 Rn. 5. – Für Asylsuchende gelten allerdings die Einschränkungen der §§ 4 und 6 AsylbLG, auf die § 264 Abs. 1 S. 2 SGB V verweist.

Leistungen in Anspruch genommen wird, die schon zu Reisebeginn bestanden bzw. Aufschub bis nach Beendigung der Reise erlauben.

- Die Gruppenversicherungsverträge enthalten zudem diverse Bestimmungen, die die Betroffenen veranlassen könnten, an sich notwendige Leistungen nicht in Anspruch zu nehmen. Dazu zählen insbesondere Bestimmungen in den Versicherungsverträgen, die dem Versicherungsunternehmen die Entscheidung darüber vorbehalten, die Kostenerstattung zu kürzen, wenn die in Anspruch genommenen Leistungen seines Erachtens nicht erforderlich sind, aber auch Kostenbeteiligungsregelungen und bürokratische Anforderungen, die die Saisonarbeitenden sprachlich und organisatorisch überfordern.

5. Es gibt im Wesentlichen zwei Reformoptionen, die aber jeweils Vor- und Nachteile aufweisen und daher noch näherer rechtspolitischer Diskussion bedürfen:

- Wenn sich in der sozialgerichtlichen Rechtsprechung die Tendenz durchsetzen sollte, dass die Saisonbeschäftigten berufsmäßig in Deutschland arbeiten und daher nicht zeitgeringfügig iSv. § 8 Abs. 1 Nr. 2 SGB IV beschäftigt

sind, sondern nach § 5 Abs. 1 Nr. 1 SGB V regulär versicherungspflichtig sind, wäre das Problem des defizitären Krankenversicherungsschutzes gelöst. Allerdings ist noch unsicher, wie sich die Rechtsprechung entwickeln wird. Zudem hätte sie erhebliche Beitragsbelastungen der Arbeitgeberinnen und Arbeitgeber in der Landwirtschaft zur Folge.

- Eine zweite Möglichkeit bestünde darin, dass die Saisonarbeitenden durch administrative Entscheidung des Bundesministeriums für Gesundheit oder durch den Gesetzgeber in den Personenkreis nach § 264 Abs. 1 SGB V (Übernahme der Krankenbehandlung für nicht Versicherungspflichtige) einbezogen werden. Die Kosten für die Krankenversorgung müssten nach § 264 Abs. 7 SGB V allerdings die kommunalen Gebietskörperschaften tragen, während die Arbeitgeberinnen und Arbeitgeber in der Landwirtschaft gar keine Aufwendungen für die Krankenversicherung ihrer Beschäftigten hätten. Eine mögliche Lösung wäre eine abgesenkte pauschale Beitragspflicht der Arbeitgeberinnen und Arbeitgeber in der Landwirtschaft, wie sie § 249b SGB V für geringfügig Beschäftigte nach § 8 Abs. 1 Nr. 1 SGB IV vorsieht.

Das Streikrecht in Österreich und Deutschland im Vergleich

PROF. DR. RUDOLF MOSLER, UNIVERSITÄT SALZBURG

ZUSAMMENFASSUNG Der Beitrag vergleicht das Streikrecht in Österreich und Deutschland. Dabei werden die Unterschiede der Kollektivsysteme beider Länder sowie die Entwicklung des Streikrechts in Österreich unter Beachtung der Rechtsprechung zur EMRK herausgearbeitet.

ABSTRACT The article compares the right to strike in Austria and Germany. It highlights the differences between the two countries' collective bargaining systems and the development of the right to strike in Austria, considering the case law on the ECHR.

I. Einleitung

Kann man Österreich und Deutschland überhaupt sinnvoll vergleichen, wenn es um Streik und Streikrecht geht? Gerne wird bei Vergleichen zwischen Österreich und Deutschland das Bonmot zitiert »Was die Österreicher und die Deutschen trennt, ist ihre gemeinsame Sprache«.¹ Diese ironische Zuspitzung könnte man auch auf das Arbeitsrecht übertragen. Der deutsche Tarifvertrag heißt in Österreich Kollektivvertrag, die außerordentliche Kündigung entspricht der vorzeitigen Auflösung aus wichtigem Grund und auch das Wort »Streikfreiheit«

hat eine unterschiedliche Bedeutung (dazu unten II.). Unterschiede in Bezeichnungen von sozialen Phänomenen und rechtlichen Institutionen kann man erklären, sie behindern einen Vergleich nicht wesentlich. Schwieriger wird es schon, wenn man sich die faktische Bedeutung von Streiks, die rechtliche Ausgangslage und die Entwicklung der Arbeitsrechtssysteme ansieht. Auch das ist aber letztlich kein Hindernis, wenn man Arbeitsrechtsvergleiche nicht institutionell sondern funktionell begreift.² Die Ausgestaltung des Streikrechts mag unterschiedlich sein, die Funktion des Streiks ist international die gleiche. Normative und institutionelle Details kann man

¹ Zu Unrecht wird *Karl Kraus* als Urheber angesehen, vgl. <https://www.diepresse.com/1313957/was-die-oesterreicher-und-die-deutschen-trennt> (13.1.2025).

² So schon *Schregle*, DRdA 1987, 82 ff., der es in seinen Arbeiten meisterhaft verstanden hat, arbeitsrechtliche Institutionen auf ihre Funktion zurückzuführen und damit die Basis für sinnvolle und lehrreiche Vergleiche zu schaffen.

zwar meist nicht unmittelbar vergleichen, sie sind aber funktional betrachtet durchaus in den Vergleich einzubeziehen.³ Der Blick auf andere Rechtsordnungen bringt ganz allgemein einen zusätzlichen Wissens- und Erkenntnisgewinn, allenfalls auch Anregungen für die Lösung innerstaatlicher Rechtsprobleme. Zwischen Österreich und Deutschland verspricht der Vergleich sogar noch mehr Ertrag, weil es auch bei den Institutionen viele Parallelen gibt. Ob Betriebsräte einen Streik organisieren dürfen, kann sinnvoll nur in Österreich und Deutschland gefragt werden, weil die Institution Betriebsrat als Teil einer gesetzlichen Betriebsverfassung in dieser Form nur in den beiden Ländern besteht. Auch dort wo es strukturelle Unterschiede wie bei der überbetrieblichen Arbeitsverfassung gibt, sind diese in der Regel nicht so erheblich, dass ein hoher Grad der Abstraktion gewählt werden müsste.

Im Folgenden wird ohne Vollständigkeit anzustreben auf Gemeinsamkeiten und Unterschiede beim Streikrecht in Österreich und Deutschland eingegangen. Dabei werden vorweg einige Grundlagen des österreichischen Systems des kollektiven Arbeitsrechts skizziert, ohne deren Verständnis ein Vergleich beim Streikrecht nicht angestellt werden kann. Danach werden die Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen und schließlich Sonderkonstellationen behandelt.

II. Grundlagen der Arbeitsbeziehungen und des Streikrechts

In Österreich wird viel seltener als in Deutschland gestreikt. Eine für Österreich spektakuläre Ausnahme waren die Streiks in der Metallindustrie im November 2023, die eine Reaktion auf das (vorläufige) Scheitern der Kollektivvertragsverhandlungen in dieser Branche waren. Bei einer längerfristigen durchschnittlichen Betrachtung stimmt aber der Befund, wie der internationale Vergleich zeigt. Während in Österreich im langjährigen Schnitt ein bis zwei Arbeitstage pro 1.000 Arbeitnehmer im Jahr ausfallen, liegen die Vergleichswerte in Frankreich und Belgien bei ca. 100, in Finnland bei 90 Arbeitstagen, in Deutschland bei 18, in den USA bei neun.⁴ Auf dem Niveau von Österreich oder knapp darunter liegen Japan, die Schweiz und die Slowakei. Aussperrungen, ob offensiv oder defensiv als Abwehrmaßnahme gegen einen Streik durchgeführt, kommen in Österreich nicht vor oder wurden jedenfalls nicht bekannt.

Die Gründe für die niedrigen Streikzahlen in Österreich sind zweifellos vielfältig. Sie mögen – psychoanalytisch betrachtet – in der Bereitschaft der Österreicher zu vorauseilendem Gehorsam, Autoritätsgläubigkeit und mangelnder Streitkultur liegen.⁵ Positiv formuliert könnte man auch von Harmoniebedürftigkeit sprechen. Belastbare wissenschaftliche Belege für einen entsprechenden Zusammenhang gibt es freilich nicht. Zweifellos einen erheblichen Einfluss hat das System der Arbeitsbeziehungen, das in dieser Form einzigartig ist. Der Einfluss der Sozialpartnerschaft auf das politische System ist äußerst

groß. Die Sozialpolitik (und zum Teil auch die Wirtschaftspolitik) wird auf fast allen Ebenen von den Sozialpartnern gestaltet oder jedenfalls maßgeblich beeinflusst. Das betrifft das Zustandekommen von Gesetzen dadurch, dass Gewerkschafter und Interessenvertreter aus Wirtschafts- und Arbeiterkammer prominent im Parlament vertreten sind und Gesetzesvorschläge einbringen bzw. verhandeln. In den Gewerkschaften und Kammern sind fast alle politischen Fraktionen in den Führungsgremien vertreten. Auf der tariflichen Ebene werden ca. 97 % der Arbeitnehmer von Kollektivverträgen oder kollektivvertragsähnlichen Verordnungen erfasst. Und auch die Betriebsvereinbarungen werden von Betriebsräten abgeschlossen, deren Mitglieder in vielen Fällen Gewerkschaftsfunktionäre sind. Umgekehrt sind diese Betriebsräte in die Tarifverhandlungen eingebunden. Es besteht also eine enge Verknüpfung zwischen betrieblicher und überbetrieblicher Ebene. Die kollektive Rechtsetzung ist in einem außergewöhnlich hohen Ausmaß faktisch wie rechtlich an die Sozialpartner delegiert. Ich teile daher die Auffassung, dass sich diese ein häufiges Scheitern einer Konfliktlösung gar nicht leisten können, wenn sie nicht das System an sich (und damit auch ihre Gestaltungsmacht) aufs Spiel setzen wollen.⁶ Damit im Zusammenhang steht, dass die österreichischen Kollektivvertragsverhandlungen zwar in einem jahrzehntelang geübten Kampfritual stattfinden, letztlich aber von hoher gegenseitiger Wertschätzung und (beidseitig) hoher wirtschaftspolitischer Kompetenz getragen sind. Das Funktionieren der staatlichen Wirtschaftspolitik wird quasi mitverhandelt, indem bei den Lohnverhandlungen Inflationsrate, Arbeitsmarktdaten und Produktivitätsentwicklung aufgrund von präzise erhobenen und meist von beiden Seiten akzeptierten Daten berücksichtigt werden.⁷ Dieses System funktioniert – bisher – vor allem deshalb, weil es zentralistisch ausgerichtet ist und nur wenige maßgebliche Akteure vorhanden sind.⁸ Der Österreichische Gewerkschaftsbund (ÖGB) hat ein faktisches Vertretungsmonopol auf Arbeitnehmerseite. Gewerkschaften für einzelne Berufsgruppen, die mit radikalen Forderungen großen Druck ausüben können, wie etwa die Gewerkschaft Deutscher Lokomotivführer (GDL), gibt es in Österreich nicht. Die Voraussetzungen der Tariffähigkeit im Hinblick auf Größe und Repräsentativität (§§ 4 ff. Arbeitsverfassungsgesetz [ArbVG]) bilden für kleinere Gewerkschaften eine meist unüberwindbare Hürde. Dazu kommt die Existenz von Kammern mit Pflichtmitgliedschaft. Alle Arbeitnehmer sind Mitglied der Arbeiterkammern, die tariffähig sind, aber keine Kollektivverträge abschließen, sondern den ÖGB bei den Kollektivvertragsverhandlungen unterstützen. Alle gewerblichen Unternehmen sind Mitglied der Wirtschaftskammern, die im Bereich ihrer Zuständigkeit fast flächendeckend Kollektivverträge mit dem ÖGB schließen. Eigene Kammern gibt es für die freien Berufe (zB. Ärztinnen und Ärzte, Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte), die zum Teil auch Kollektivverträge vereinbaren. Freiwillige Berufsvereinigungen auf Arbeitgeberseite sind vor allem

³ Firlei, DRdA 1984, 208, 215.

⁴ <https://de.statista.com/statistik/daten/studie/384248/umfrage/jaerlich-durch-streiks-ausgefallene-arbeitstage-nach-laendern/> (13.1.2025). Vgl. auch Schulten, Schon wieder Streik? Arbeitskämpfe in Deutschland im europäischen Vergleich, <https://www.bpb.de/shop/zeitschriften/apuz/streik-2024/556157/schon-wieder-streik/> (13.1.2025). Die Statistiken weisen zT. sehr unterschiedliche Werte auf, man kann aber doch Tendenzen gut herauslesen.

⁵ Auf diese Eigenschaften weist der berühmte österreichische Psychoanalytiker Erwin Ringel ua. in seinem Buch »Die österreichische Seele«, Wien 1984, hin.

⁶ So Marhold, in: Giesen/Junker/Rieble (Hrsg.), *Arbeitskampf, Verhandlung und Schlichtung*, München 2017, S. 53 ff.

⁷ Zurecht weist Giesen/Junker/Rieble-Marhold (Fn. 6), S. 63 darauf hin, dass die Arbeiterkammern den brain trust der Arbeitnehmerbewegung darstellen und die Gewerkschaft mit ihrer Kompetenz unterstützen.

⁸ Man spricht auch von der österreichischen Version des Neo-Korporatismus, einer der im internationalen Vergleich hervorragenden und ausdauernden Beispiele einer Konsensdemokratie, vgl. *Wineroither*, in: Pellar (Konzept und Redaktion), *Wissenschaft über Gewerkschaft*, Wien 2013, S. 39.

in den Bereichen Banken, Versicherungen, Medien sowie im sozialen und kulturellen Bereich tätig. Auch hier ist die Kollektivvertragsdichte äußerst hoch. Dazu kommt, dass die meisten Kollektivverträge für ganze Branchen abgeschlossen werden, Firmenkollektivverträge sind die (eher seltene) Ausnahme. Die Geltung der Kollektivverträge für Arbeitnehmer, die nicht Gewerkschaftsmitglied sind, ist durch die Außenseiterwirkung (§ 12 ArbVG) gesetzlich abgesichert.

Bei einer ersten oberflächlichen auf den Streik bezogenen rechtlichen Betrachtung zeigen sich Gemeinsamkeiten wie Unterschiede. In Österreich wie in Deutschland gibt es keine Streikgesetze, nur mittelbar wird in der innerstaatlichen Rechtsordnung in einzelnen Vorschriften auf den Streik eingegangen. So dürfen etwa Arbeitslose grundsätzlich nicht in Betriebe vermittelt werden, in denen Arbeitskämpfe stattfinden.⁹ Es darf auch nicht durch die Leistung von Arbeitslosengeld in den Arbeitskampf eingegriffen werden.¹⁰ Der Staat hält sich aus kollektiven Streitigkeiten in der Arbeitswelt heraus, man spricht von der diesbezüglichen Neutralität des Staates.¹¹ Dies kommt (scheinbar) auch in einer gesetzlichen Regelung im österreichischen Koalitionsgesetz 1870 (§ 2) zum Ausdruck, wonach sowohl Streikvereinbarungen zwischen Arbeitnehmern als auch Verabredungen von Arbeitgebern zur Durchsetzung ungünstiger Arbeits- und Entgeltbedingungen mittels BetriebsEinstellung oder Entlassung von Arbeitnehmern rechtlich unwirksam sind.¹² Da die Rechtsfolgen von Arbeitskämpfen nicht dezidiert geregelt sind, kommt es letztlich darauf an, wie sie nach der allgemeinen Rechtsordnung zu beurteilen sind.

Begrifflich beginnen hier freilich schon die Unterschiede. In der älteren österreichischen Literatur wird in diesem Zusammenhang meist von »Streikfreiheit« gesprochen, die mit »natürlicher Kampffreiheit« begründet wird.¹³ Soweit die Rechtsordnung keine Einschränkungen vorsehe, sei auch der Arbeitskampf zulässig.¹⁴ In Deutschland wird unter »Streikfreiheit« die Streikerlaubnis verstanden, also das – aus dem in Art. 9 Abs. 3 GG positivierten Grundrecht der Koalitionsfreiheit abzuleitende – Recht zu streiken. Dieses ist heute als koalitionspezifische Betätigung dem Grunde nach unbestritten, nach wie vor diskutiert werden nur die Grenzen des Schutzbereichs.¹⁵ Nach ständiger Rechtsprechung des BAG seit 1955 stellt die Teilnahme an einem rechtmäßigen Streik keine Verletzung des Arbeitsvertrags dar und berechtigt den Arbeitgeber nicht zur Kündigung.¹⁶ Ein Streikrecht in einem derartigen Verständnis wurde in Österreich lange Zeit nicht anerkannt. Es wurde vertreten, dass die Rechtmäßigkeit des Streiks als Gesamaktion getrennt von der Streikbeteiligung des einzelnen Arbeitnehmers zu beurteilen sei. Als Gesamaktion sei der Streik nur rechtswidrig, wenn es ein Streikverbot oder Streikbeschränkungen gebe. Die Streikbeteiligung des einzelnen Arbeitnehmers sei aber in der Regel als unentschuldigtes

Unterlassen der Arbeitsleistung und damit als Verletzung des Arbeitsvertrags anzusehen, das arbeitsvertraglich sanktioniert werden und unter Umständen einen Entlassungsgrund darstellen könne.¹⁷ Diese sog. Trennungsthese ist nach mittlerweile hM. nicht mehr aufrechtzuerhalten.¹⁸ Der Grund dafür liegt in der internationalen Rechtsentwicklung. Art. 11 EMRK, der in Österreich im Verfassungsrang steht, schützt die Versammlungs- und Vereinigungsfreiheit einschließlich des Rechts Gewerkschaften zu bilden und diesen beizutreten. In Abkehr von seiner langjährigen Judikatur hat der EGMR ab 2009 entschieden, dass die Koalitionsfreiheit des Art. 11 EMRK auch ein Streikrecht der Gewerkschaften beinhaltet.¹⁹ Obwohl sich die Urteile meist auf das Streikrecht der Gewerkschaften bezogen haben, wird daraus auch ein Streikrecht der einzelnen Arbeitnehmer abgeleitet, weil Art. 11 EMRK bei der Koalitionsfreiheit diesbezüglich nicht differenziert.²⁰ Daraus ergibt sich als zwingende Folge, dass nicht nur die Organisation eines rechtmäßigen Streiks, sondern auch die Beteiligung daran nicht sanktioniert werden darf. Eine Entlassung aufgrund eines rechtmäßigen Streiks ist daher unzulässig.²¹ Im Ergebnis – nicht in der Begründung – entspricht dies der in Deutschland praktisch unbestrittenen »Einheitsthese«. Diese wird aber in Deutschland aus Art. 9 Abs. 3 GG abgeleitet, während Art. 11 EMRK in der Diskussion nur eine geringe Rolle spielt. Die Norm ist als völkerrechtlicher Vertrag zwar bei der Auslegung des innerstaatlichen Rechts zu beachten, sie steht aber in Deutschland im Unterschied zu Österreich nicht im Verfassungsrang und hat daher eine begrenzte Wirkung in der gerichtlichen Praxis.²² Auch Art. 6 Ziff. 4 ESC, der ein ausdrückliches subjektives Streikrecht enthält, wird bei der Auslegung innerstaatlichen Rechts, aber auch von EGMR und EuGH, zur Konkretisierung der Koalitionsfreiheit herangezogen. Diese Bestimmung ist jedoch in Österreich wegen eines im Zuge der Revision erklärten Vorbehalts nicht verbindlich.²³

Das Unionsrecht hat beim Streik in Deutschland wie in Österreich eher geringe praktische Bedeutung. Dies mag verwundern, weil sich die EU verpflichtet hat, der EMRK beizutreten und die darin enthaltenen Grundrechte als allgemeine Grundsätze Teil des Unionsrechts sind (Art. 6 Abs. 2 und 3 EUV). Aufgrund der geänderten Rechtsprechung des EGMR gehört das Streikrecht daher zu diesen allgemeinen Grundsätzen der EU. Seit dem Vertrag von Lissabon sieht das Unionsrecht außerdem in Art. 28 GRC sogar ein ausdrückliches Streikrecht vor. Dieses gilt für Arbeitnehmer und Arbeitgeber oder ihre jeweiligen Organisationen nach dem Unionsrecht und den einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und Gepflogenheiten. Der Verweis auf das Unionsrecht dürfte ins Leere gehen, weil die Union gem. Art. 153 Abs. 5 AEUV für das Streikrecht gar nicht zuständig ist.²⁴ Ob durch den Verweis auf das Recht der Mitgliedstaaten Art. 28 GRC eigenständige Bedeutung hat, ist

9 § 36 Abs. 3 SGB III bzw. § 9 Abs. 2 AIVG.

10 § 160 Abs. 1 SGB III bzw. § 13 AIVG.

11 *Tennstedt*, AuR 1973, 168; *Strasser/Jabornegg*, Arbeitsrecht II, 4. Aufl., Wien 2001, S. 194.

12 Es ist allerdings fraglich, welche Bedeutung diese Regelung im Hinblick auf die unten geschilderte Entwicklung des Streikrechts noch hat.

13 *Strasser/Jabornegg* (Fn. 11), S. 194 f.; *Krejci*, Recht auf Streik, Wien 2015, S. 193 ff.

14 *Strasser/Jabornegg* (Fn. 11), S. 194 f. Genauer müsste es »Arbeitskampffreiheit« heißen, allerdings spielen in Österreich Aussperrungen praktisch keine Rolle.

15 *Klein*, in: *Frieling/Jacobs/Krois* (Hrsg.), Arbeitskampfrecht, München 2021, § 2 Rn. 84 ff.

16 BAG GS, 28.1.1955 – GS 1/54 – BAGE 1, 291 = NJW 1955, 882.

17 *Krejci* (Fn. 13), S. 268 f.

18 ZB. *Kohlbacher*, Streikrecht und Europarecht, Wien 2014, S. 161 f.; *Felten*, Koalitionsfreiheit und Arbeitsverfassungsgesetz, Wien 2015, S. 209; *Krejci* (Fn. 13), S. 277; *Marhold*, DRdA 2015, 413 ff.; *Mair*, JAS 2017, 58 ff.; *Brameshuber*, ASoK 2023, 75; *Mosler*, WISO 3/2023, 34 ff.

19 Beginnend mit EGMR, 21.4.2009 – Bsw 68/959/01 – *Enerji Yapi-Yol Sen gegen Türkei*.

20 Vgl etwa *Brameshuber*, ASoK 2023, 78; *Mair*, JAS 2017, 56 f.

21 *Marhold*, DRdA 2015, 415 mwN.

22 *Giesen*, Streikrecht, München 2022, S. 143. Zum Beamtenstreik siehe unten III.2.

23 Ausführlich dazu *Felten* (Fn. 18), S. 315 f.

24 *Riesenhuber*, Europäisches Arbeitsrecht, 2. Aufl., Berlin/Boston 2021, S. 76 (Rn. 52).

umstritten. Nach Art. 51 Abs. 1 GRC gilt die Charta nämlich nur bei der Durchführung des Rechts der Union. Wann Unionsrecht durchgeführt wird, ist im Detail unklar. Vom EuGH und großen Teilen der Literatur wird »Durchführung« von Unionsrecht eher weit verstanden.²⁵ Bei Arbeitskämpfen ist aber nur der Fall relevant, in dem im Zuge der Ausübung des Grundrechts in eine Grundfreiheit der Union eingegriffen wird. Das könnte bei grenzüberschreitenden Standortverlagerungen oder Entsendungen der Fall sein.²⁶ So ging es in den Entscheidungen *Viking* und *Laval* um das Verhältnis des – vom EuGH anerkannten – Grundrechts auf Streik zur Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit bei jeweils grenzüberschreitenden Sachverhalten.²⁷ Dass der EuGH offenkundig von einem Vorrang der Grundfreiheiten vor einem Grundrecht ausging und Streiks nur bei ernstlicher Gefährdung von Arbeitsplätzen im Rahmen der Verhältnismäßigkeit als gerechtfertigt ansah, wurde in der Literatur vielfach (zu Recht) kritisiert.²⁸ Seit dem Inkrafttreten der GRC, die nach Art. 6 Abs. 1 EUV mit den Verträgen gleichrangig ist, ist den Entscheidungen *Viking* und *Laval* endgültig die rechtliche Basis entzogen.²⁹ Da Art. 52 Abs. 3 GRC die Grundrechte der EMRK als Mindeststandard der GRC festlegt, kann Art. 28 GRC nur den gleichen oder einen weitergehenden Schutz gewähren.³⁰ Unabhängig davon, welchen Anwendungsbereich Art. 28 GRC tatsächlich hat, ist daher unionsrechtlich von einem dem Grunde nach unbeschränkten Streikrecht auszugehen. Innerstaatliche Beschränkungen sind an Art. 11 Abs. 2 EMRK bzw. Art. 52 Abs. 1 GRC zu messen. Sie bedürfen daher einer gesetzlichen Grundlage, müssen erforderlich sein und dem Gemeinwohl, der Sicherheit und den Erfordernissen der Rechte anderer entsprechen.³¹ Es ist nicht nur die Organisation eines Streiks durch die Gewerkschaft, sondern auch die Teilnahme am Streik geschützt.³²

Dass die Streikfreiheit Privatrechtswirkung hat, ist in Österreich wie in Deutschland unbestritten. In Österreich wird meist eine mittelbare Drittwirkung angenommen,³³ in Deutschland ist die Frage umstritten, Art. 9 Abs. 3 S. 2 GG deutet auf eine unmittelbare Drittwirkung hin.³⁴ Im Ergebnis scheinen die Unterschiede eher gering zu sein.

Wie erwähnt gibt es weder in Deutschland noch in Österreich ausdrückliche gesetzliche Regelungen zu den Kernfragen des Streiks. Während in Deutschland diese Lücke durch richterliche Rechtsfortbildung ausgefüllt wurde, ist dies in Österreich nicht der Fall. Es gibt nur ganz wenige oberstgerichtliche Entscheidungen zum Streik. Unmittelbar um die Rechtsfolgen eines Streiks ging es in einer älteren Entscheidung.³⁵ Ein Arbeitgeber verklagte (letztlich erfolglos) den ÖGB auf Schadenersatz, weil im Rahmen eines vom ÖGB genehmigten Streiks ein nicht dem ÖGB zurechnender Streikposten

das Ausladen einer Waggonladung Bananen verhindert hatte und dadurch die Bananen verdorben waren. Die Information eines ÖGB-Mitarbeiters von dieser Aktion hat zu keiner haftungsbegründenden Zurechnung zum ÖGB geführt, eine solche wäre nur bei Zustimmung zu Delikten eines Streikpostens anzunehmen. Nähere Aussagen zur Streikfreiheit und ihren Grenzen findet man in der Entscheidung nicht. Das Höchstgericht vermied grundsätzliche Aussagen. Das gilt auch für andere Entscheidungen, die den Streik nur am Rande oder in Bezug auf Detailfragen behandeln.³⁶ Auch die literarische Diskussion ist überschaubar. Neben älteren Werken und neueren Auseinandersetzungen mit den europarechtlichen Grundlagen gibt es vergleichsweise wenig Literatur zur innerstaatlichen Rechtslage. Das hat mehrere Ursachen. Vor allem wird – wie oben dargestellt – in Österreich wenig gestreikt. Eine jedenfalls bisher sehr starke und gefestigte Sozialpartnerschaft hat wenig Interesse an einer kampfwisen Auseinandersetzung. Sofern es doch zu gerichtlichen Streitigkeiten kommt, ist die Rechtsprechung tendenziell zurückhaltend.³⁷ Das hängt im Land der großen Rechtspositivisten wie *Hans Kelsen* einerseits wohl mit einer methodisch enger verstandenen Bindung an das Gesetz zusammen, andererseits ist die Nichtregelung des Streiks als bewusster Akt des Gesetzgebers zu sehen. Initiativen für ein Streikgesetz hat es in Österreich kaum gegeben. Die Regelungslücke ist also durchaus planmäßig, was Lückenfüllung jedenfalls erschwert. Trotzdem müssen Einzelfälle entschieden werden, was unter Rückgriff auf die bestehenden zivilrechtlichen Regeln (zB. Schadenersatzrecht) erfolgt. Die Grenze zwischen Gesetzauslegung und Rechtsfortbildung ist zwar auch in Österreich keineswegs eindeutig. Das zeigt sich etwa daran, dass die Rechtsprechung ein betriebsverfassungsrechtliches Arbeitskampfverbot aus einem Gebot des Interessenausgleichs (§ 39 Abs. 1 ArbVG) abgeleitet hat, obwohl das Gesetz den Interessenausgleich nur als Ziel und nicht als Gebot formuliert.³⁸ In Österreich wird das allerdings nicht als richterliche Rechtsfortbildung verstanden.

III. Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen eines Streiks

1. Allgemeines

In Deutschland wie in Österreich gilt, dass ein Streik »die gemeinsame und planmäßig durchgeführte Arbeitseinstellung durch eine größere Zahl von Arbeitnehmern zu einem bestimmten Kampfziel« ist.³⁹ In Deutschland wurden die Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen in vielen Entscheidungen des BAG entwickelt. Wie erwähnt gibt es in Österreich nur wenige Entscheidungen dazu, weshalb auf Literatur zurückgegriffen werden muss. Dabei zeigen sich zum Teil ganz unterschiedliche Ansätze. Im Folgenden soll dies anhand der Tarifakzessorietät, der Streikparteien, der Art und Umsetzung des Streikziels, der Friedenspflicht und der Bedeutung der Verhältnismäßigkeit aufgezeigt werden. Auf Sonderkonstellationen wird unter IV. eingegangen.

25 Dazu *Brameshuber*, ASoK 2023, 75 mwN.

26 Vgl. Frieling/Jacobs/Krois-Klein (Fn. 15), § 2 Rn. 77 ff.

27 EuGH, 11.12.2007 – C-438/05 (*Viking*); EuGH, 18.12.2007 – C-341/05 (*Laval*).

28 Vgl. etwa *Fuchs/Marhold*, Europäisches Arbeitsrecht, 6. Aufl., Wien 2020, S. 579 ff.; *Däubler*, Tarifverträge zur Unternehmenspolitik? Rechtliche Zulässigkeit und faktische Bedeutung, Frankfurt aM. 2016, S. 84 ff.

29 *Fuchs/Marhold* (Fn. 28), S. 591.

30 *Brameshuber*, ASoK 2023, 76.

31 In Art. 52 Abs. 1 GRC werden Wesensgehaltssperre und Verhältnismäßigkeit noch gesondert erwähnt, die Unterschiede dürften aber nicht besonders groß sein.

32 *Brameshuber*, ASoK 2023, 78.

33 *Felten* (Fn. 18), S. 181.

34 Zur Diskussion Frieling/Jacobs/Krois-Klein (Fn. 15), S. 64 ff. (Rn. 125 ff.) mwN.

35 OGH, 14.5.1963 – 8 Ob 75/63 und OGH, 18.1.1966 – 8 Ob 344/65 – ZAS 1966, 161 mit Kritik von *Bydlinski*, *Gschntzer* und *Nipperdey*.

36 ZB. OGH, 19.11.2003 – 9 ObA 125/03b – DRdA 2004, 558 zum betriebsverfassungsrechtlichen Arbeitskampfverbot.

37 *Strasser/Reischauer*, Der Arbeitskampf. Eine rechtsdogmatische und rechtspolitische Studie, Wien 1972, S. 30.

38 Dazu unten III.5.

39 So die Definition in BAG GS, 28.1.1955 – GS 1/54 – BAGE 1, 291 = NJW 1955, 882.

2. Tarifbindung und Streikparteien

Nach Rechtsprechung und überwiegender Meinung ist in Deutschland ein Arbeitskampf nur rechtmäßig, wenn er um tariflich regelbare Ziele geführt wird.⁴⁰ Konsequenterweise dürfen deshalb auch nur tariffähige Parteien streiken. Beides wird unmittelbar aus der in Art. 9 Abs. 3 GG verfassungsrechtlich geschützten Tarifautonomie abgeleitet. Arbeitskämpfe dienen der Sicherung und Durchsetzung der Tarifautonomie, weshalb sie auch nur insoweit geschützt seien, als die Tarifautonomie reiche.⁴¹ Es besteht daher ein gewerkschaftliches Streikmonopol, sog. »wilde« Streiks gelten als rechtswidrig. Die Voraussetzung der Tariffähigkeit stehe mit Art. 9 Abs. 3 GG im Einklang, weil sie sicherstelle, dass sehr kleine und durchsetzungsschwache Vereinigungen keine Tarifverträge abschließen können.⁴²

In Österreich gibt es insofern ein Äquivalent zur Tariffähigkeit, als Kollektivverträge grundsätzlich nur von kollektivvertragfähigen Körperschaften abgeschlossen werden können. Die Kollektivvertragfähigkeit ergibt sich für die in Österreich bestehenden gesetzlichen Interessenvertretungen (Kammern mit Pflichtmitgliedschaft) unmittelbar aus dem Gesetz. Den freiwilligen Berufsvereinigungen der Arbeitgeber und Arbeitnehmer wird sie mit behördlichem Bescheid verliehen, wenn sie eine gewisse Größe und Repräsentativität aufweisen und gegenüber der anderen Seite unabhängig sind.⁴³ Eine Tarifbindung bei Streiks wird in Österreich überwiegend abgelehnt.⁴⁴ Das wurde lange Zeit damit begründet, dass sich in der innerstaatlichen Rechtsordnung keine Ansatzpunkte für eine Differenzierung zwischen tarifbezogenen und nicht tarifbezogenen bzw. gewerkschaftlichen und nicht gewerkschaftlichen Streiks finden lassen.⁴⁵ Zudem enthalte § 2 Koalitionsgesetz als die einzige den Arbeitskampf materiell betreffende Norm keinerlei Einschränkung im Hinblick auf Kollektivverträge, sondern umfasse Arbeits- und Entgeltbedingungen generell.⁴⁶ Leitet man ein Streikrecht aus – dem in Österreich im Verfassungsrang stehenden – Art. 11 EMRK bzw. Art. 28 GRC ab, wie es mittlerweile die h.M. in Österreich macht, spricht noch mehr gegen die Tarifakzessorität. Die Koalitionsfreiheit ist als individuelles Recht (Menschenrecht) konzipiert, auf das sich auch die Interessenvertretungen berufen können. Wenn das Streikrecht eine untrennbare Folge der Koalitionsfreiheit ist, dann muss es ebenso ein individuelles Recht darstellen.⁴⁷ Daher wird überwiegend vertreten, dass auch nicht gewerkschaftlich organisierte bzw. getragene (»wilde«) Streiks geschützt sind. Eine ausdrückliche Äußerung des EGMR oder des EuGH gibt es dazu noch nicht.⁴⁸

Umstritten ist, ob die Kammern einen Streik organisieren dürfen. Die meisten Kammern sind ermächtigt, Kollektiv-

verträge abzuschließen, zum Teil sogar für Arbeitnehmer und Arbeitgeber.⁴⁹ Die Koalitionsfreiheit gem. Art. 11 EMRK setzt freiwillige Mitgliedschaft voraus, weshalb sie für Organisationen mit Pflichtmitgliedschaft nicht gelten kann.⁵⁰ Hingegen wird die Kollektivvertragfähigkeit als Argument für ein Arbeitskampfrecht ins Treffen geführt, weil die Möglichkeit des Streiks dazu dient Druck aufzubauen, um einen Kollektivvertrag durchzusetzen.⁵¹ Dabei wird oft auf das Diktum des BAG verwiesen, wonach Tarifverhandlungen ohne Streikrecht bloß »kollektives Betteln« seien.⁵² Das hat sich allerdings auf Gewerkschaften bezogen. Kammern sind als Selbstverwaltungseinrichtungen Körperschaften öffentlichen Rechts und damit Teil der staatlichen Verwaltung. Sie erfüllen eine öffentliche Aufgabe, sind strikt an die gesetzlichen Vorgaben gebunden und unterliegen der staatlichen Aufsicht. Auch wenn § 4 Abs. 1 Arbeiterkammergesetz die Arbeiterkammern ermächtigt, »alle« zur Interessenvertretung der Arbeitnehmer erforderlichen und zweckmäßigen Maßnahmen zu treffen, ist unklar, ob dies ein Streikrecht umfassen sollte.⁵³ Es könnte sich – entgegen der in Österreich sonst abgelehnten Tarifbindung – jedenfalls nur auf kollektivvertraglich regelbare Forderungen beziehen.⁵⁴ Faktisch werden in Österreich Kollektivverträge auf Arbeitnehmerseite nur von den Gewerkschaften abgeschlossen, die Arbeiterkammern waren auch an der Organisation von Streiks bisher nicht, jedenfalls nicht unmittelbar, beteiligt.

3. Streikziel und Verhältnismäßigkeit

Dem Grunde nach unbestritten ist, dass ein Streik rechtswidrig sein kann, wenn das Streikziel nicht klar und bestimmt genug zum Ausdruck kommt. In Österreich wird das Thema kaum diskutiert. Da »wilde« Streiks als zulässig angesehen werden, kommt es ferner nicht darauf an, ob ein formeller Streikbeschluss gefasst wurde. Allerdings sind auch in Deutschland die Anforderungen an einen solchen Beschluss nicht sehr hoch. Er muss von den zuständigen Gremien gefasst und der Gegenseite zugestellt werden. Die Form ist unerheblich, sogar ein verteiltes Flugblatt kann ausreichen.⁵⁵

Die inhaltlichen Voraussetzungen sind im Ergebnis ähnlich – sieht man davon ab, dass in Österreich keine Tarifbindung besteht. Aus diesem Grund sind Streiks nicht deshalb rechtswidrig, weil sie etwa gegen Kündigungen oder die Verlegung von Arbeitsplätzen in das Ausland oder gegen die Rücknahme von übertariflichen Entgeltkürzungen gerichtet sind. Das BAG hat einen Streik mit dem Ziel, den Arbeitgeber zu verpflichten, einen besonderen Kündigungsschutz, nämlich den Abschluss betriebsbedingter Kündigungen, in die Arbeitsverträge aufzunehmen, wegen eines Verstoßes gegen das »System des Tarifvertragsgesetzes« als rechtswidrig angesehen, weil sich die Tarifvertragsparteien damit ihrer Regelungsbefugnis begeben

40 ZB. BAG, 10.12.2002 – 1 AZR 96/02 – BAGE 104, 155; Frieling/Jacobs/Krois-Frieling (Fn. 15), S. 165 ff. mwN.

41 ZB. BAG, 5.3.1985 – 1 AZR 468/83 – BAGE 48, 160.

42 BVerfG, 13.9.2019 – 1 BvR 1/16 – NZA 2019, 1649.

43 Regelt in den §§ 4 ff. ArbVG. Einzelne Arbeitgeber sind nur ganz ausnahmsweise kollektivvertragfähig, nämlich größere Vereine gem. § 4 Abs. 3 ArbVG und juristische Personen öffentlichen Rechts gem. § 7 ArbVG. Zum Ganzen Mosler, in: Gahlleitner/Mosler (Hrsg.), Arbeitsverfassungsrecht, Bd. 2, 6. Aufl., Wien 2020, S. 114 ff.

44 Strasser/Jabornegg (Fn. 11), S. 207; Tomandl, Streik und Aussperrung als Mittel des Arbeitskampfes, Wien 1965, S. 255 ff.; vgl. auch Krejci (Fn. 13), S. 262.

45 Strasser/Jabornegg (Fn. 11), S. 207.

46 So Löschnigg, Arbeitsrecht, 13. Aufl., Wien 2017, 13/040. Gegen die Bezugnahme auf § 2 KoalG kann man einwenden, dass dieses Gesetz aus 1870 stammt und damals Kollektivverträge im heutigen Sinne noch nicht bestanden haben.

47 Brameshuber, ASoK 2023, 78.

48 Vgl. auch Frieling/Jacobs/Krois-Frieling (Fn. 15), S. 168 f. (Rn. 14 ff.).

49 Die Rspr. hält das bei den Ärztekammern wegen der organisatorischen Trennung der Angestellten- und der Selbständigenkurie für zulässig: OGH, 25.6.2019 – 9 OBA 40/19a. Es bleiben aber Bedenken im Hinblick auf die Gegnerunabhängigkeit und die Koalitionsfreiheit, vgl. Gahlleitner/Mosler-Mosler (Fn. 43), S. 123 Rn. 19.

50 Das gilt m.E. ebenso für Art. 28 GRC, wenn auch der Wortlaut nicht eindeutig ist.

51 Zum Problem ausführlich Felten (Fn. 18), S. 125 ff.

52 BAG, 12.9.1984 – 1 AZR 342/83.

53 Wegen des stärkeren Einflusses auf die Mitglieder (Disziplinarrecht) spricht bei den Kammern der freien Berufe (insb. Ärztekammern) noch mehr gegen ein Streikrecht, vgl. Mosler, WISO 3/23, 38 f. Kritisch zur Streikorganisation durch Ärztekammern auch Noll, RdM 2018/83, 107 ff.; anders Resch, RdM 2009/39, 55; Jabornegg, RdM 2009/163, 241.

54 Zum Problem ausführlich Felten (Fn. 18), S. 125 ff.

55 BAG, 19.6.2012 – 1 AZR 775/10 – BAGE 142, 98.

würden.⁵⁶ Das würde man in Österreich wohl anders sehen. Nach ständiger Rechtsprechung darf der Kollektivvertrag den gesetzlichen Kündigungsschutz (§§ 105 ff. ArbVG) nicht erweitern, weil diese Regelungen als zweiseitig zwingend angesehen werden.⁵⁷ Die Kollektivvertragsparteien hätten daher gar keine Regelungsbefugnis, die sie aufgeben könnten. Das Streikziel wäre unproblematisch, weil ein Streik um die Verbesserung des Kündigungsschutzes im Arbeitsvertrag grundsätzlich zulässig ist. Hingegen würde man den zweiten Streikgrund in der zitierten Entscheidung des BAG auch in Österreich als rechtswidrig ansehen. Die Gewerkschaft hatte nämlich ein ausdrückliches Bekenntnis des Arbeitgebers im Tarifvertrag zur dauerhaften Beibehaltung seiner Mitgliedschaft im Arbeitgeberverband verlangt. Das könnte in Österreich nur dann eine Rolle spielen, wenn auf Arbeitgeberseite eine freiwillige Berufsvereinigung und nicht die Wirtschaftskammer den Kollektivvertrag verhandelt. In diesem Fall wäre aber – im Sinne der Ausführungen des BAG – ebenso von einer Beeinträchtigung der negativen Koalitionsfreiheit auszugehen.⁵⁸

Streiks dürfen nicht um Ziele geführt werden, die nichts mit Arbeitnehmer- bzw. Arbeitgeber-Interessen zu tun haben.⁵⁹ In beiden Staaten ist anerkannt, dass Streikforderungen nicht verhältnismäßig sein müssen, sondern auch unrealistisch hoch sein können. Eine Aussicht auf vollständige Durchsetzung besteht typischerweise ohnehin nicht. Es gibt also kein Übermaßverbot und daher keine Übermaßkontrolle. Das BAG begründet das mit dem Erhalt der Funktionsfähigkeit der Tarifautonomie, die eine »Tarifzensur« verbiete.⁶⁰ Die Grenze wird meist dort gezogen, wo es um die Vernichtung der wirtschaftlichen Existenz des Streikgegners geht.⁶¹ In Österreich werden Vernichtungsstreikämpfe unter dem Gesichtspunkt der Sittenwidrigkeit wegen unzulässiger Streikziele diskutiert.⁶² Streiks sind ferner dann sittenwidrig und damit unzulässig, wenn gezielt gegen gesetzliche Vorschriften (insb. strafrechtliche Verbote) verstoßen wird, zB. Gewaltanwendung strategisch eingeplant wird.⁶³ Dasselbe wird für unerfüllbare bzw. völlig unzumutbare Streikforderungen gelten.

Ob darüber hinaus ein Missverhältnis zwischen Kampfziel und Schadensprognose zur Rechtswidrigkeit des Streiks führen kann, wird unterschiedlich beurteilt. Konkrete Fallgestaltungen werden kaum diskutiert, Rechtsprechung besteht nicht. Manchmal werden auch die Grenzen von Streikforderungen mit der Diskussion um ein Verhältnismäßigkeitsprinzip bei den Kampfmaßnahmen vermischt.⁶⁴ Wie konkret Streikforderungen erhoben werden müssen, wird in der Literatur nur am Rande angesprochen. Die Geltung eines ultima-ratio-Prinzips ist umstritten. ZT. wird ein Streik als rechtswidrig angesehen, wenn ein gerichtlich oder behördlich durchsetzbarer Rechtsanspruch besteht.⁶⁵ Manche Autoren gehen von einer dem Streik

zwingend vorgeschalteten Verhandlungspflicht aus,⁶⁶ andere lehnen das ultima-ratio-Prinzip generell ab.⁶⁷

Das BAG und der Großteil der Literatur in Deutschland wenden den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz bei der rechtlichen Prüfung von Streiks an. Es komme darauf an, ob ein Kampfmittel zur Erreichung eines rechtmäßigen Kampfziels geeignet und erforderlich und bezogen auf das Kampfziel angemessen sei.⁶⁸ Aus der Bedeutung der aus Art. 9 Abs. 3 GG abzuleitenden Betätigungsfreiheit folge, dass die Wahl der Mittel, welche die Koalitionen zur Erreichung des Zwecks der Regelungen für geeignet halten, den Koalitionen selbst obliegt. Eine Bewertung von Arbeitsk Kampfmaßnahmen als rechtswidrig komme nur in Betracht, wenn eine Arbeitsk Kampfmaßnahme offensichtlich ungeeignet oder unverhältnismäßig ist.⁶⁹ Auch bei der Erforderlichkeit kommt den Koalitionen eine weitgehende Einschätzungsprärogative bis zur Grenze des Rechtsmissbrauchs zu. Daher ist auch das ultima-ratio-Prinzip darauf reduziert, dass Forderungen für den Inhalt des abzuschließenden Tarifvertrags erhoben und darüber tatsächlich Verhandlungen geführt wurden, außer diese Verhandlungen wurden vom Gegenüber abgelehnt.⁷⁰ Ein Rechtsmissbrauch liegt vor, wenn der Streik nicht mehr notwendig ist, insb. weil der Kampfgegner ohnehin bereit ist, die Forderung zu erfüllen.⁷¹

Die praktische Bedeutung der Prüfung der Geeignetheit und Erforderlichkeit wird daher als gering angesehen, weil es kaum Fälle gebe, bei denen Streiks wegen fehlender Verhältnismäßigkeit als rechtswidrig angesehen werden.⁷² Der Prüfungsschwerpunkt liegt daher bei der Angemessenheit. Auch diesbezüglich besteht aber ein weiter Spielraum. Es sei das Wesen einer Arbeitsk Kampfmaßnahme, durch Zufügung wirtschaftlicher Nachteile Druck zur Erreichung eines legitimen Ziels auszuüben. Unangemessen sei ein Arbeitsk Kampfmittel daher erst, wenn es sich auch unter Berücksichtigung dieses Zusammenhangs als unangemessene Beeinträchtigung gegenläufiger, ebenfalls verfassungsrechtlich geschützter Rechtspositionen darstelle.⁷³ Insofern scheint die Einschätzung richtig, dass die neuere Rechtsprechung des BAG aufgrund ihrer geringen Kontrolldichte und einer hohen Schwelle bei der Unangemessenheit einer Rechtsmissbrauchskontrolle nahekommt.⁷⁴ ZT. wird in der Literatur ohnehin gefordert, an Stelle der Verhältnismäßigkeitsprüfung auf den Rechtsmissbrauch als Grenze des Streikrechts abzustellen.⁷⁵ Das würde der in Österreich lange Zeit überwiegend vertretenen Sichtweise entsprechen. Ob die Grenze eines Streikrechts unter Bezugnahme auf Art. 11 EMRK (und in Fällen mit grenzüberschreitendem Bezug auch auf Art. 28 GRC) der Rechtsmissbrauch bzw. die Sittenwidrigkeit oder nicht doch ein Verhältnismäßigkeitsprinzip ist, scheint noch nicht ausdiskutiert. Es dürfte sich aber nur

56 BAG, 10.12.2002 – 1 AZR 96/02 – BAGE 104, 155.

57 OGH, 24.5.2017 – 9 ObA 153/161 – DRdA 2018, 152 (Felten).

58 Zu einem ähnlichen Fall *Marhold/Osmanovic*, ASoK 2012, 202, 211 ff.

59 *Krejci* (Fn. 13), S. 236 f. Zu politischen Streiks unten IV.4.

60 BAG, 24.4.2007 – 1 AZR 252/06 – BAGE 122, 134.

61 BAG, 21.4.1971 – GS 1/68 – BAGE 23, 292; BAG, 24.4.2007 – 1 AZR 252/06 – BAGE 122, 134.

62 *Tomandl* (Fn. 44), S. 126 ff.; *Strasser/Jabornegg* (Fn. 11), S. 210; *Krejci* (Fn. 13), S. 254.

63 *Krejci* (Fn. 13), S. 252.

64 Vgl. etwa *Krejci* (Fn. 13), S. 252 ff.

65 *Krejci* (Fn. 13), S. 256.

66 *Tomandl* (Fn. 44), S. 150 ff.

67 *Strasser/Jabornegg* (Fn. 11), S. 210.

68 BAG, 19.6.2007 – 1 AZR 396/06 – BAGE 123, 134.

69 BAG, 19.6.2007 – 1 AZR 396/06 – BAGE 123, 134 unter Verweis auf BVerfG, 10.9.2004 – 1 BvR 1191/03 – AP Nr. 167 zu Art. 9 GG Arbeitsk Kampf = EzA GG Art. 9 Arbeitsk Kampf Nr. 136, zu B II 2 b der Gründe.

70 BAG, 21.6.1988 – 1 AZR 651/86 – BAGE 58, 364.

71 BAG, 19.6.2007 – 1 AZR 396/06 – BAGE 123, 134.

72 *Greiner*, Das arbeitskampfrechtliche Verhältnismäßigkeitsprinzip, Frankfurt aM. 2018, S. 65.

73 BAG, 19.6.2007 – 1 AZR 396/06 – BAGE 123, 134.

74 Kritisch dazu *Krois* und *Jacobs*, in: *Frieling/Jacobs/Krois* (Fn. 15), § 2 Rn. 221 ff.

und § 4 Rn. 159; zustimmend *Greiner* (Fn. 72), S. 63 f.; *Däubler*, in: *Däubler* (Hrsg.), *Arbeitskampfrecht*, 4. Aufl., Baden-Baden 2018, § 14 Rn. 4.

75 *Däubler-Däubler* (Fn. 74), § 14 Rn. 20.

um graduelle Unterschiede handeln, weil auch die Feststellung sittenwidrigen Handelns Abwägungen und eine wertende Bezugnahme auf geeignete, erforderliche und angemessene Verhaltensweisen verlangt.

4. Tarifliche Friedenspflicht

Beinahe unbestritten ist, dass die Tarifvertrags- bzw. Kollektivvertragsparteien eine Friedenspflicht trifft. In ihren Grundsätzen stimmt sie in Deutschland und Österreich überein.⁷⁶ Sie ist nicht ausdrücklich normiert, gilt aber als immanenter Bestandteil des (schuldrechtlichen Teils) des Tarifvertrags/Kollektivvertrags. Nach hM. umfasst die Friedenspflicht die Verpflichtung, die Veranstaltung und Unterstützung von Arbeitskämpfen gegen die andere Vertragspartei zu unterlassen und sich für die Erhaltung des Arbeitsfriedens einzusetzen, insbesondere die Mitglieder mit den zur Verfügung stehenden Mitteln von der Veranstaltung von Arbeitskämpfen abzuhalten. Erfasst sind die Gegenstände, die im Tarifvertrag/Kollektivvertrag konkret geregelt sind (relative Friedenspflicht), ein absolutes Streikverbot könnte aber vereinbart werden. Die Friedenspflicht bezieht sich grundsätzlich auf die Geltungsdauer, während der Nachwirkung besteht sie nicht.⁷⁷ Gebunden sind nur die Kollektivvertragsparteien als solche und nicht ihre Mitglieder.⁷⁸ Der ausdrückliche Ausschluss der Friedenspflicht im Kollektivvertrag wird in Österreich als zulässig angesehen,⁷⁹ in Deutschland ist dies umstritten.⁸⁰

Dieser Unterschied hängt in erster Linie mit der dogmatischen Ableitung der Friedenspflicht zusammen. Die These, wonach dem Kollektivvertrag die Friedenspflicht als Wesensmerkmal immanent sei, wurde ursprünglich v.a. in Deutschland vertreten und später in Österreich – unreflektiert – übernommen.⁸¹ Sie hängt damit zusammen, dass der Arbeitskampf in Deutschland als eine Art Absicherung der – grundrechtlich geschützten – Tarifautonomie gilt und Streiks daher nur zum Zweck des Abschlusses von Tarifverträgen geführt werden dürfen. Das ist in Österreich aber gerade nicht der Fall.⁸² Arbeitskämpfe unabhängig vom Kollektivvertrag sind keineswegs verboten. Die verfassungsrechtliche Grundlage des Streikrechts ist in Österreich wie erwähnt Art. 11 EMRK, der zwar eine Friedenspflicht wohl nicht ausschließt, sie aber nicht als zwingende Begrenzung der Tarifautonomie verlangt. Kollektivverträge dienen auch der Erhaltung des Arbeitsfriedens, weil sie dazu beitragen, Arbeitskämpfe zu vermeiden. Kollektivverträge sind aber ohne weiteres ohne Friedenspflicht denkbar, was sich durch einen internationalen Vergleich belegen lässt.⁸³ Es handelt sich daher um kein Wesensmerkmal. Mit der Annahme einer Friedenspflicht ist faktisch ein – partieller – Verzicht auf

das Streikrecht verbunden.⁸⁴ Dieses besteht für die Gewerkschaften deshalb, um ein Druckmittel zu haben, mit dessen Hilfe die Interessen der Mitglieder effizient und auf Augenhöhe mit den Arbeitgebern vertreten werden können. Daher ist die Disposition über das Streikrecht nicht zur Gänze der Verbandsautonomie überlassen.⁸⁵ Ein vollständiger Verzicht auf das Streikrecht wäre zweifellos sittenwidrig.⁸⁶ Soweit sich der Streikverzicht im Rahmen der Friedenspflicht nur auf abgeschlossene Kollektivverträge bezieht, ist allerdings das maßgebliche Ziel der Interessendurchsetzung erreicht und es daher legitim, dem Verhandlungspartner – quasi als Gegenleistung – den Streikverzicht zuzugestehen. Ein Grundrechtsverzicht wird im Zweifel eng auszulegen sein. Wenn keine ausdrückliche Vereinbarung besteht, wie es in Österreich übliche Praxis ist, wird man davon auszugehen haben, dass die Gewerkschaft das Streikrecht nur soweit und solange aufgegeben hat, als es für den Abschluss des Kollektivvertrags unbedingt erforderlich war. Der Staat vertraut darauf, dass die kollektiven Mächte auf Augenhöhe verhandeln und zu einem für alle Seiten verträglichen und insgesamt »vernünftigen« Ergebnis kommen. Es erschien daher auch nicht notwendig, Regelungen für den Fall der Nichteinigung zu treffen oder sonst in die kollektive Auseinandersetzung einzugreifen. Mangels gesetzlicher Vorgaben können die Kollektivvertragsparteien eine Friedenspflicht und ihre Reichweite vereinbaren oder eine solche auch ausschließen. Geschieht das – wie es die österreichische Praxis ist – nicht ausdrücklich, kann man von einer »mitvereinbarten« Friedenspflicht ausgehen. Die Ableitung aus dem Vertrag (»Konsentheorie«) bzw. die Konzeption des Kollektivvertrags im ArbVG liefern ein schlüssiges Erklärungsmuster.

Im Hinblick auf die langjährige österreichische Praxis bei den meisten Kollektivverträgen überzeugt es auch nicht, wenn die Friedenspflicht strikt auf die Geltungsdauer des gesamten Kollektivvertrags bezogen wird.⁸⁷ In den meisten Branchen gibt es einen unbefristeten Rahmen-Kollektivvertrag, wobei meist jedes Jahr das Mindestentgelt neu verhandelt wird. Faktisch gehen die Kollektivvertragsparteien davon aus, dass der jeweilige Kollektivvertrag bis zur nächsten Lohnverhandlung aufrecht bleibt. Nur auf diese langjährige Praxis kann sich ein Streikverbot beziehen, jedenfalls wenn nichts Gegenteiliges vereinbart wurde.⁸⁸ Andernfalls würde man die Gewerkschaft dazu drängen, jedes Jahr rechtzeitig vor den Lohnverhandlungen den Kollektivvertrag zu kündigen, weil sonst ein rechtmäßiger Streik zur Durchsetzung von Lohnforderungen nicht möglich wäre.

5. Betriebsverfassungsrechtliches Streikverbot

Während § 74 Abs. 2 S. 1 BetrVG Arbeitskämpfmaßnahmen zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat für unzulässig erklärt, gibt es in der österreichischen Betriebsverfassung kein ausdrückliches Verbot. Ein solches – oft als betriebsverfassungsrechtliche Friedenspflicht bezeichnet – wird aber meist aus § 39

76 Zum Folgenden vgl. etwa Däubler-Reinfelder (Fn. 74), § 15 Rn. 1 ff.; Frieling/Jacobs/Krois-Mehrens (Fn. 15), § 4 Rn. 122 ff.; für Österreich Felten, GS Rebhahn, 2019, S. 47 ff.; Mosler, in: Mosler (Hrsg.), 50 Jahre Arbeitsverfassungsgesetz, Wien 2024, S. 475 ff.

77 BAG, 24.4.2007 – 1 AZR 252/06 (Rn. 67) – BAGE 122, 134; Strasser/Jabornegg (Fn. 11), S. 203. Siehe dazu auch gleich unten.

78 Strasser/Jabornegg (Fn. 11), S. 162 mwN.

79 Strasser/Jabornegg (Fn. 11), S. 162 mwN.

80 Dafür Däubler-Reinfelder (Fn. 74), § 15 Rn. 4; dagegen Frieling/Jacobs/Krois-Mehrens (Fn. 15), § 4 Rn. 153.

81 In Österreich geht die (früher) hM. im Wesentlichen auf Strasser zurück, der sich in einem grundlegenden Aufsatz (RdA 1965, 401 ff.) an der deutschen Lehre orientiert hat.

82 Auf diesen Unterschied hat zu Recht Felten, GS Rebhahn, 2019, S. 47, 56 hingewiesen.

83 Vgl. Rebhahn, wbl 2001, 295.

84 Felten, GS Rebhahn, 2019, S. 47, 58 f.

85 So aber Krejci (Fn. 13), S. 258.

86 Zum deutschen Recht etwa Adam, AuR 2005, 129 ff. (insb. 134).

87 So aber Strasser/Jabornegg (Fn. 11), S. 203 und die wohl überwiegende Meinung, insb. Krejci (Fn. 13), S. 223; Mazal, eolex 2024/45, 77; Brameshuber/Kain, ASoK 2024, 38, 44.

88 Vgl. schon Felten, GS Rebhahn, 2019, S. 47, 59.

Abs. 1 ArbVG abgeleitet.⁸⁹ Danach ist Ziel der Bestimmungen über die Betriebsverfassung und deren Anwendung die Herbeiführung eines Interessenausgleichs zum Wohl der Arbeitnehmer und des Betriebes. Der Wortlaut – deutlich zurückhaltender als die »vertrauensvolle Zusammenarbeit« des § 2 Abs. 1 BetrVG – gibt genau genommen wenig her für die Annahme einer Friedenspflicht bzw. eines Arbeitskampfverbots. Es handelt sich vielmehr um eine programmatische Bestimmung, die das Gesetzesziel beschreibt, aber keine Verpflichtung für die Belegschaftsorgane enthält.⁹⁰ Deshalb wurde auch vertreten, dass ein Arbeitskampfverbot nur daraus begründet werden könne, dass die Betriebsverfassung zwar von einem Interessengegensatz ausgehe, gleichwohl aber ein Kooperationsgebot enthalte.⁹¹ Dass es sich um ein sanktionierbares Gebot handelt, also eine Verpflichtung zur Kooperation besteht, lässt sich dem Gesetz jedoch nicht entnehmen. Auch Störungen des Betriebs sind bei der Interessenvertretungstätigkeit nur »tunlichst« zu vermeiden (§ 39 Abs. 3 ArbVG). Das impliziert eine Abwägung zwischen den Interessen der Belegschaft und denen des Arbeitgebers. Allerdings können sich Belegschaftsorgane nicht auf ein allgemeines Streikrecht berufen. Art. 11 EMRK erfasst nur Koalitionen mit freiwilliger Mitgliedschaft. Die Belegschaft ist keine Koalition, es besteht »Pflichtmitgliedschaft«. Auch Art. 28 GRC ist nicht anwendbar.⁹² Ein Streikrecht für Belegschaftsorgane könnte sich daher nur aus dem innerstaatlichen Recht ergeben, ein solches wurde aber weder ausdrücklich geregelt, noch gibt es einen Hinweis im Gesetz, dass es der Absicht des Gesetzgebers entsprechen würde, dass Belegschaftsorgane streiken dürfen. Die Rechte und Pflichten sind sehr konkret im Gesetz aufgelistet. Auch deren Durchsetzung, etwa durch Vetorechte oder der Inanspruchnahme eines Schlichtungsinstrumentariums, ist strikt normiert. Für die kampfwise Durchsetzung der ihr verliehenen Rechte hat die Belegschaft grundsätzlich keine gesetzliche Legitimation.⁹³ Das betrifft insbesondere den Abschluss von Betriebsvereinbarungen, die nicht durch Streik erzwungen werden dürfen.

Nach hM. betrifft das Arbeitskampfverbot in Österreich wie in Deutschland nur die Institution Belegschaft bzw. ihre Organe. Die Mitglieder des Betriebsrats dürfen nur in dieser Funktion keinen Streik organisieren, ihr Streikrecht als Arbeitnehmer bzw. Gewerkschaftsmitglied ist nicht eingeschränkt.⁹⁴ Sie dürfen daher an einem gewerkschaftlichen Streik im Betrieb teilnehmen und sogar an der Organisation mitwirken, wenn sie dies nicht in ihrer Funktion als Betriebsratsmitglied machen und dafür keine Mittel der Geschäftsführung des Betriebsrats verwenden. Die Einberufung einer Betriebsversammlung zur Organisation eines Streiks und ein dort gefasster Streikbeschluss sind daher nach hM. unzulässig.⁹⁵ Zulässig ist es aber, in einer Betriebsversammlung über laufende oder

geplante Arbeitskampfmaßnahmen der Gewerkschaft zu informieren und auch den Protest über Maßnahmen des Arbeitgebers zur Kenntnis zu bringen.⁹⁶ Wird die Betriebsversammlung geschlossen und danach ohne Beanspruchung der betriebsverfassungsrechtlichen Organisationsstrukturen ein Streikbeschluss gefasst, wäre das nicht rechtswidrig.⁹⁷ Zur Neutralität im Rahmen eines gewerkschaftlichen Streiks ist der Betriebsrat nach österreichischem Recht nicht verpflichtet. Er darf daher auch Forderungen der Gewerkschaft unterstützen, aber in seiner Funktion als Belegschaftsvertreter keine Teilnehmehandlungen setzen. Letzteres gilt auch für die deutsche Rechtslage.⁹⁸ Ob es eine darüber hinausreichende Neutralitätspflicht gibt, ist umstritten. Möglicherweise handelt es sich auch um ein bloß begriffliches Problem, das mit dem unglücklichen Ausdruck »Neutralität« zusammenhängt.⁹⁹ Da sich Betriebsratsmitglieder als Arbeitnehmer des Betriebs auf das Streikrecht berufen können, müssen sie auch nicht neutral sein. Wenn sie nicht im Rahmen des Betriebsratsamts tätig werden, sondern als Arbeitnehmer einen gewerkschaftlichen Streik unterstützen, gilt für sie kein Kampfverbot.¹⁰⁰ Im Ergebnis ist daher die diesbezügliche Rechtslage in Österreich und Deutschland sehr ähnlich.

Die Belegschaftsorgane trifft auch keine Einwirkungspflicht. Der Betriebsrat ist bei einem gewerkschaftlichen oder »wilden« Streik daher nicht verpflichtet, die Arbeitnehmer des Betriebs von der Streikorganisation oder von der Teilnahme am Streik abzuhalten.¹⁰¹ Das Streikrecht der Gewerkschaften und Arbeitnehmer wird auch nicht dadurch eingeschränkt, dass eine Regelung des Streikgegenstands in einer Betriebsvereinbarung erfolgen könnte. Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats entfalten keine Sperrwirkung im Hinblick auf tarifliche Streiks.¹⁰² Daher darf etwa auch für einen Tarifsozialplan gestreikt werden.¹⁰³ Wegen der fehlenden Tarifbindung gilt das in Österreich auch für Streiks, die nicht im Zusammenhang mit dem Abschluss eines Kollektivvertrags geführt werden.¹⁰⁴

IV. Sonderkonstellationen

1. Begleitmaßnahmen und ungewöhnliche Arbeitskämpfmittel

Klassische Streiks sind durch die vollständige kollektive Zurückbehaltung der Arbeitsleistung gekennzeichnet. Andere Kampfmaßnahmen dienen meist der Begleitung und Unterstützung bzw. der Herstellung einer breiteren Öffentlichkeit. Es kann sich um Demonstrationen, Öffentlichkeitsarbeit, Boykottmaßnahmen, Betriebsblockaden handeln, oder um ungewöhnliche Mittel, wie sie etwa durch die Flashmob-Aktionen bekannt geworden sind. Ihre Zulässigkeit ist nicht immer eindeutig. Der Schutz des Streikrechts bezieht sich nicht unbedingt auf alle mit dem Streik im Zusammenhang stehenden Maßnahmen. Unzulässige Begleitmaßnahmen (zB. Sachbeschädigungen, Beleidigungen, Mediendelikte bei der Öffent-

89 OGH, 19.11.2003 – 9 ObA 125/03b – DRdA 2004, 558; kritisch: Cerny, DRdA 2004, 517 ff.; Gahleitner/Mosler-Gahleitner (Fn. 43), § 39 Rn. 12; Felten, in: Felten/Trost (Hrsg.), 50 Jahre Institut für Arbeitsrecht und Sozialrecht der Johannes Kepler Universität Linz, Wien 2017, S. 30 ff.; differenzierend Krejci (Fn. 13), S. 223 ff.

90 Felten/Trost-Felten (Fn. 89), S. 31.

91 Strasser/Jabornegg (Fn. 11), S. 201.

92 Felten (Fn. 18), S. 248.

93 Vgl. näher Mosler-Mosler (Fn. 76), S. 480 ff.

94 Frieling/Jacobs/Krois-Husemann (Fn. 15), § 8 Rn. 29; Marhold/Brameshuber/Friedrich, Österreichisches Arbeitsrecht, 4. Aufl., Wien 2021, S. 607; Krejci (Fn. 13), S. 224.

95 Frieling/Jacobs/Krois-Husemann (Fn. 15), § 8 Rn. 36; Marhold/Brameshuber/Friedrich (Fn. 94), S. 607.

96 Vgl. auch Jabornegg, FS Bauer/Maier/Petrag, 2004, S. 12.

97 Marhold/Brameshuber/Friedrich (Fn. 94), S. 607.

98 Vgl. zB. Klocke, Das BetrVG und der Arbeitskampf im Betrieb, Frankfurt aM. 2019, S. 27.

99 IdS. Frieling/Jacobs/Krois-Husemann (Fn. 15), § 8 Rn. 22 ff.

100 Frieling/Jacobs/Krois-Husemann (Fn. 15), § 8 Rn. 29.

101 BAG, 5.12.1978 – 6 AZR 485/76 – AiB 2011, 471; Mosler-Mosler (Fn. 74), S. 482.

102 Krause, Standortsicherung und Arbeitsrecht, Baden-Baden 2007, S. 72 ff.

103 BAG, 24.4.2007 – 1 AZR 252/06 (Rn. 75 ff.) – BAGE 122, 134; Däubler-Däubler (Fn. 74), § 13 Rn. 38 ff.; Krause (Fn. 102), S. 109 ff.

104 Zum Ganzen Mosler-Mosler (Fn. 76), S. 482.

lichkeitsarbeit) können ausnahmsweise dazu führen, dass der gesamte Streik als rechtswidrig zu qualifizieren ist, wenn sie geplant erfolgen bzw. Teil des Streikkonzepts sind.¹⁰⁵ Ist dies nicht der Fall, treffen die Folgen die rechtswidrig handelnden Personen, der Streik als Gesamtaktion wird dadurch nicht rechtswidrig.¹⁰⁶ Ansonsten ist zu prüfen, ob sich der Schutz des Streikrechts auf die getroffenen Maßnahmen erstreckt. Das setzt zunächst voraus, dass diese in einem ausreichenden Konnex zu einem gerechtfertigten Streikziel stehen. Eine Boykottmaßnahme im Rahmen einer Konsumentenschutzaktivität lässt sich nicht unter Arbeitskampf subsumieren. Ein streikbegleitender Boykottauftritt¹⁰⁷ einer Gewerkschaft gegen einen Arbeitgeber ist dem Grunde nach vom Streikrecht umfasst. Das gilt in Deutschland gem. Art. 9 Abs. 3 GG¹⁰⁸ wie in Österreich gem. Art. 11 EMRK.¹⁰⁹ Die Grenzen werden im Rahmen einer Rechtsmissbrauchs- oder Verhältnismäßigkeitsprüfung zu ziehen sein.

Eine Betriebsblockade durch Verhinderung des Zu- und Abgangs von Waren und Kunden sowie die Hinderung arbeitswilliger Arbeitnehmer am Betreten des Betriebs hat das BAG – jedenfalls nach dem konkreten Sachverhalt – als nicht vom Streikrecht gedeckt angesehen.¹¹⁰ In der Flashmob-Entscheidung scheint das BAG die Grenzen des Streikrechts weiter zu ziehen, obwohl ausdrücklich eine Abgrenzung zur Betriebsblockade vorgenommen wird.¹¹¹ Konkret ginge es um kurz (ca. eine Stunde) andauernde Aktionen von ca. 40 Personen im Einzelhandel, wie das Einkaufen von sog. Cent-Artikeln oder das Befüllen von Einkaufswagen, die an der Kasse abgestellt wurden, mit dem Ziel den Betrieb durch das Blockieren des Kassensbereichs und das Erzeugen von Warteschlangen zu behindern. Solche Flashmob-Aktionen sind nach dem BAG nicht generell sittenwidrig bzw. unverhältnismäßig. Im Unterschied zu streikenden Arbeitnehmern, die ihren Entgeltanspruch verlieren, sei die Belastung bzw. das Risiko der Teilnehmer zwar gering. Die Verhandlungspartit sei bei gewerkschaftlich getragenen Flashmobs aber vor allem deshalb nicht maßgeblich gestört, weil bzw. insoweit den Arbeitgebern Verteidigungsmöglichkeiten zur Verfügung stehen. Mit einer Betriebsschließung könne nach der Rechtsprechung des BAG erreicht werden, dass auch arbeitswillige Arbeitnehmer ihren Entgeltanspruch verlieren. Längeren Störungen könne man mit der Ausübung des Hausrechts begegnen. Diese Entscheidung wurde zum Teil heftig kritisiert.¹¹²

Wie ein solcher Fall in Österreich ausgehen würde, lässt sich schwer vorhersagen. Die Argumentation wäre vermutlich eine andere, weil Fragen der Kampfpartit in der arbeitsrechtlichen Diskussion bisher kaum eine Rolle gespielt haben.¹¹³

Die Grundlage des Streikrechts ist in Österreich wie erwähnt Art. 11 EMRK in der Auslegung des EGMR. Dieser musste sich zu einem vergleichbaren Fall noch nicht äußern. Die Linie des EGMR dürfte sein, dass auch Randbereiche des Arbeitskampfes in den Schutzbereich des Art. 11 Abs. 1 EMRK einbezogen werden, allerdings großzügigere Ausnahmen als im Kernbereich nach Art. 11 Abs. 2 EMRK möglich sind.¹¹⁴ Die Einschränkungen müssen im Gesetz vorgesehen und aus den aufgezählten Gründen in einer demokratischen Gesellschaft notwendig sein. Die Notwendigkeit könnte im Schutz der Rechte und Freiheiten anderer, nämlich der Arbeitgeber, liegen. Kurze Flashmob-Aktionen allein dürften in ihren Auswirkungen auf die Arbeitgeber nicht schwerwiegend genug sein, um eine Einschränkung des Streikrechts zu rechtfertigen. Fraglich ist auch, ob es überhaupt eine gesetzliche Grundlage für die Einschränkung gibt. Das könnte in Österreich nur die Bezugnahme auf die Sittenwidrigkeit in § 879 ABGB bzw. § 1295 Abs. 2 ABGB (»absichtliche sittenwidrige Schädigung«) sein. Ob dies als im Gesetz vorgesehene Einschränkung ausreicht, lässt sich nicht mit letzter Sicherheit beantworten. Der EGMR ist aber diesbezüglich eher großzügig und verlangt keine ausdrückliche gesetzliche Regelung, nicht einmal ein Gesetz im formellen Sinn. Es sind Verwaltungsakte und sogar gerichtliche Entscheidungen ausreichend. Maßgeblich ist, dass die Betroffenen Kenntnis von der Beschränkung erlangen können und sie somit von ihrer Wirkung nicht überrascht werden.¹¹⁵ Freilich ist zu bedenken, dass es nicht einmal einschlägige Entscheidungen zur Sittenwidrigkeit von Arbeitskampfmaßnahmen gibt und diese Vorhersehbarkeit gerade nicht gegeben ist. Lässt man aber den Sittenwidrigkeitsmaßstab als Einschränkung iSd. Art. 11 Abs. 2 EMRK gelten, dann müsste man abwägen, ob schon eine schikanöse Rechtsausübung vorliegt. Das dürfte bei einzelnen kurzen Aktionen wie im vorliegenden Fall noch nicht gegeben sein. Es ist dabei aber auch auf die Gesamtaktion Bedacht zu nehmen. Eine Vielzahl kleiner »Nadelstiche« kann insgesamt zu einer größeren Beeinträchtigung führen.

2. Beamtenstreik

In Deutschland wie in Österreich stehen Beamte in einem öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnis und unterliegen einer besonderen Treuepflicht. Eine institutionelle Garantie des Berufsbeamtentums ist in Deutschland in Art. 33 Abs. 4 GG verfassungsrechtlich verankert. In Österreich fehlt eine solche Norm. Die Rechtsprechung leitet aus der Bundesverfassung ein vorgegebenes Berufsbild des Bundesbeamten ab,¹¹⁶ ob die Institution garantiert ist oder der Staat Beamte durch vertraglich Beschäftigte sogar in der Hoheitsverwaltung ersetzen darf, ist umstritten.¹¹⁷ Ausdrückliche Regelungen zum Beamtenstreik gibt es in beiden Staaten nicht. In Deutschland wird ein Streikverbot aus Art. 33 Abs. 5 GG abgeleitet, wonach das Recht des öffentlichen Dienstes unter Berücksichtigung der hergebrachten Grundsätze des Berufsbeamtentums zu regeln und fortzuentwickeln ist. Ein Streikverbot wird als solch traditioneller Grundsatz angesehen, der mit den verfassungsrechtlichen Fundamenten des Berufsbeamtentums, insbesondere Treuepflicht

105 Das BAG hat bei rechtswidrigen Handlungen anlässlich eines Streiks (Betriebsblockade) keine Rechtswidrigkeit des gesamten Streiks, sondern nur eine Haftung für den Schaden aufgrund der rechtswidrigen Handlungen angenommen, BAG, 21.6.1988 – 1 AZR 651/86 – BAGE 58, 364.

106 *Krejci* (Fn. 13), S. 251 ff.

107 Zu diversen Fallgestaltungen *Mair*, Arbeitskampf und Arbeitsvertrag, Wien 2008, S. 18 f.

108 *Frieling/Jacobs/Krois-Schmitt* (Fn. 15), § 5 Rn. 112 f.

109 Vgl. *Krejci* (Fn. 13), S. 58.

110 BAG, 21.6.1988 – 1 AZR 651/86 – BAGE 58, 364; BAG, 8.11.1988 – 1 AZR 417/86 – BAGE 60, 101.

111 BAG, 22.9.2009 – 1 AZR 972/08 (Rn. 64) – BAGE 132, 140.

112 ZB, *Otto*, RdA 2010, 135 ff.; *Jacobs*, ZfA 2011, 71; zustimmend *Däubler-Däubler* (Fn. 74), § 31 Rn. 6 ff.

113 *Krejci* (Fn. 13), S. 158, sieht die Entscheidung des BAG aber immerhin als Orientierungshilfe.

114 Das war etwa die Argumentation beim Sympathiestreik, EGMR, 8.4.2014 – Bsw. 31045/10, National Union of Rail, Maritime and Transport Workers. Dazu unten 3.

115 Dazu *Felten* (Fn. 18), S. 336 mit ausführlicher Analyse der Rspr. des EGMR.

116 VfGH, 10.10.2002 – B 913/02 – VfSlg 16.687.

117 Vgl. etwa *Zellenberg*, ZöR 2003, 227 ff.

und Alimentationsprinzip, untrennbar verbunden ist.¹¹⁸ Durch die neuere Rechtsprechung des EGMR zum Streikrecht ist diese Argumentation unter Druck gekommen. Der EGMR sah es als Verstoß gegen Art. 11 EMRK an, dass Beschäftigten des öffentlichen Dienstes in der Türkei pauschal das Recht zur Führung von Tarifverhandlungen¹¹⁹ bzw. das Recht zu streiken vorenthalten wurde.¹²⁰ Aus dieser Rechtsprechung wurde vielfach abgeleitet, dass ein statusbezogenes Streikverbot für Beamte konventionswidrig ist.¹²¹ Sogar das BVerwG hat eine Unvereinbarkeit des nach Art. 33 Abs. 5 GG innerstaatlich geltenden Streikverbots mit dem auch im öffentlichen Dienst – außer in den Streitkräften, der Polizei und der genuinen Hoheitsverwaltung – zum Tragen kommenden Streikrecht nach Art. 11 EMRK angenommen.¹²² Das BVerfG hat das Beamtenstreikverbot hingegen als rechtmäßig qualifiziert.¹²³ Die zu den streikenden türkischen öffentlich Bediensteten ergangenen Entscheidungen hätten nur relative Bindungswirkung. Es gebe auch inhaltliche Unterschiede, weil der Verlust des Streikrechts durch zahlreiche Vorteile des Berufsbeamtentums wie Unkündbarkeit und Alimentationsprinzip kompensiert werde. Etwas überraschend wurde diese Argumentation vom EGMR im Kern bestätigt.¹²⁴ Hervorgehoben wurden darüber hinaus die Möglichkeiten der Interessendurchsetzung für deutsche Beamte, die sich gewerkschaftlich organisieren dürften und über eine organisierte Personalvertretung verfügen.

In Österreich wird ein generelles Streikverbot für den öffentlichen Dienst überwiegend abgelehnt.¹²⁵ Die Rechtsstellung der Beamten ist ähnlich wie in Deutschland. Es bestehen auf einfachgesetzlicher Ebene eine erhöhte Treuepflicht (§ 43 BDG), aber auch Absicherungen wie Unkündbarkeit¹²⁶ und eine gesetzlich vorgesehene Personalvertretung. Dem steht das Streikrecht des in Österreich im Verfassungsrang stehenden Art. 11 EMRK gegenüber. Bis zur Deutschland betreffenden Beamtenstreikentscheidung des EGMR konnte man unter Bezug auf die Rechtsprechung des EGMR argumentieren, dass § 43 BDG, der das staatliche Interesse an einer ordnungsgemäßen Dienstverrichtung schützt, verfassungskonform im Sinne des aus der Koalitionsfreiheit abgeleiteten Streikrechts des Art. 11 EMRK zu interpretieren ist.¹²⁷ Daraus ergebe sich, dass Arbeitskämpfe insoweit zulässig seien, als sie sozialadäquat sind und die Staatstätigkeit nicht über Gebühr beeinträchtigen bzw. die staatlichen Interessen angemessen berücksichtigen.¹²⁸ Je bedeutender die Aufgabenstellung und je höher die hierarchische Stellung von Beamten, desto mehr werden danach die

staatlichen Interessen gegenüber den Interessen der Dienstnehmer durchschlagen. Nach der Entscheidung des EGMR in der Rechtssache *Humpert* stellt sich die Frage, ob man diese Position, die ein Streikverbot für Beamte dem Grunde nach als zulässig ansieht, noch aufrechterhalten kann. Dafür sprechen aber doch mehrere Argumente. Zunächst ist die Situation in Österreich insofern anders, als auch vor der Rechtsprechung des EGMR zum Streikrecht ab 2009 in der Literatur schon mehrfach vertreten wurde, dass Beamte beim Streik grundsätzlich wie Arbeitnehmer zu behandeln sind. Ihnen käme kein Streikrecht aber Streikfreiheit zu, ihre Handlungen seien daher an der allgemeinen Rechtsordnung zu messen.¹²⁹ Ein Streikverbot für Beamte gab es in Österreich zwar durch eine Streikverordnung aus 1914. Deren Geltung war aber wegen ihres Zustandekommens umstritten, bevor sie per 1. Januar 2000 ausdrücklich aufgehoben wurde. Einschlägige innerstaatliche Rechtsprechung liegt nicht vor. Im Unterschied zu Deutschland gibt es also keine gesicherte Praxis eines Beamtenstreikverbots. Das ist deshalb von Bedeutung, weil Art. 11 Abs. 2 EMRK vorsieht, dass ein Eingriff in die Koalitionsfreiheit gesetzlich vorgesehen sein muss.¹³⁰ Auch wenn das nicht durch ein Gesetz im formellen Sinn erfolgen muss, ist jedenfalls eine eindeutige Rechtspraxis erforderlich, die sich in Deutschland, nicht aber in Österreich, durch die innerstaatliche Rechtsprechung nachweisen lässt. Dazu kommt, dass die Stellung der Beamten in Österreich zwar ähnlich, aber nicht gleich ist wie in Deutschland. Ob eine institutionelle Garantie des Berufsbeamtentums besteht, ist jedenfalls umstritten. Tatsächlich werden in weiten Bereichen freiwerdende Beamtenstellen in Vertragsstellen umgewandelt und wurden große Gruppen wie die Hochschullehrer zur Gänze in das Angestelltenrecht transferiert. Die Beamtenpensionen als wichtigster Teil des Alimentationsprinzips werden im Hinblick auf Beiträge und Leistungen an die Pensionen für Arbeitnehmer angeglichen. Der Schutzstandard dürfte daher insgesamt doch niedriger als in Deutschland sein. Und schließlich verpflichtet das Urteil des EGMR keineswegs dazu, ein Streikverbot für Beamte einzuführen. Es war vielmehr zu entscheiden, ob ein auf der Basis der innerstaatlichen Verfassung von der innerstaatlichen Rechtsprechung angenommenes Streikverbot mit Art. 11 EMRK vereinbar ist. Diesbezüglich sind die Voraussetzungen in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht doch unterschiedlich.

Für die Unzulässigkeit von Streiks im öffentlichen Dienst in Österreich könnte noch sprechen, dass die Arbeits- und Entgeltbedingungen nicht in Kollektivverträgen, sondern (bei Beamten und Vertragsbediensteten) im Gesetz geregelt werden. Ein Streik um die Beibehaltung oder Änderung von Gesetzen wird meist als unzulässig angesehen, weil er sich gegen die staatliche Willensbildung richtet («politischer Streik»).¹³¹ Soweit allerdings der Staat als Arbeitgeber auftritt und die gesetzliche Regelung nur den Kollektivvertrag ersetzt, also Arbeits- und Entgeltbedingungen sozialpartnerschaftlich ausverhandelt werden und dann in einem Gesetz beschlossen anstatt in einem Kollektivvertrag festgelegt werden, nimmt die wohl h.M. keinen

118 BVerfG, 12.6.2018 – 2 BvR 1738/12. Kritisch zu dieser Argumentation schon *Däubler*, *Der Streik im öffentlichen Dienst*, Tübingen 1970, S. 66 ff.; *Däubler-Hensche* (Fn. 74), § 18a Rn. 15 ff.; *Frieling/Jacobs/Krois-Klein* (Fn. 15), § 3 Rn. 16 ff.

119 EGMR, 12.11.2008 – Bsw. 34503/97, *Demir and Baykara gegen Türkei*.

120 EGMR, 21.4.2009 – Bsw. 68/959/01, *Enerji Yapi-Yol Sen gegen Türkei*.

121 So etwa *Brameshuber*, *ASoK* 2023, 79; *Frieling/Jacobs/Krois-Klein* (Fn. 15), § 3 Rn. 35 ff.

122 BVerwG, 27.2.2014 – 2 C 1-13 – AuR 2014, 431.

123 BVerfG, 12.6.2018 – 2 BvR 1738/12 – BVerfGE 148, 296.

124 EGMR, 14.12.2023 – Bsw. 59433/18 *Humpert* ua. gegen Deutschland; zustimmend *Greiner/Kalle*, *EuZA* 2024, 429 ff.; ablehnend *Lörcher*, *AuR* 2024, 234 ff.

125 ZB. *Löschnigg* (Fn. 46), 13/046 f.; *Julcher/Kneihls*, in: *Reissner/Neumayr* (Hrsg.), *ZellKomm ÖfFD*, Wien Stand 1.1.2022, § 43 BDG Rn. 22 (rdb.at); *Brameshuber*, *ASoK* 2023, 79; abwägend mit Blick auf die deutsche Rechtslage *Krejci* (Fn. 13), S. 244.

126 Der Unterschied zu Arbeitnehmern der Privatwirtschaft ist allerdings als Folge der zitierten Rechtsprechung des EGMR geringer geworden, weil diesen bei einem rechtmäßigen Streik keine Verletzung ihres Arbeitsvertrags mehr vorgeworfen werden kann und daher aus diesem Grund keine Beendigung (insbesondere Entlassung) zulässig ist.

127 *Reissner/Neumayr-Julcher/Kneihls* (Fn. 125), § 43 BDG Rn. 22.

128 *Löschnigg* (Fn. 46), 13/046.

129 Dazu oben II.

130 Siehe dazu schon oben 1.

131 Dazu unten 4.

unzulässigen politischen Streik an.¹³² Es spricht viel dafür, dass auch der EGMR diese Sichtweise teilen würde.¹³³

Zusammenfassend ist davon auszugehen, dass es in Österreich kein generelles Streikverbot für Beamte gibt. In der Regel werden allerdings wegen der erhöhten Loyalitätspflicht gegenüber dem Staat nur kurzfristige Arbeitsniederlegungen zulässig sein und sich Einschränkungen bei der Streikdurchführung ergeben.¹³⁴ Dabei ist insbesondere auf die dienstliche Stellung und den Aufgabenbereich abzustellen.¹³⁵ In bestimmten Bereichen wie bei der Sicherheit (Polizei, Militär) oder Gesundheit hat der Staat ein besonderes ausgeprägtes Interesse am Funktionieren der Versorgung. Je bedeutender die Aufgabenstellung und je höher die hierarchische Stellung von Beamten, desto mehr werden die staatlichen Interessen gegenüber den Dienstnehmerinteressen durchschlagen.

3. Partizipationsstreik, Sympathie- oder Unterstützungstreik

Diese Streikformen haben gemeinsam, dass die streikenden Arbeitnehmer nicht für eigene Ziele streiken, sondern einen anderen Arbeitskampf unterstützen. Wird bei einem Streik um einen Verbandstarifvertrag ein Außenseiter-Arbeitgeber bestreikt, handelt es sich um einen Partizipationsstreik, wenn die Übernahme des Verbandstarifvertrags durch einen dynamischen Verweis in einem Firmenkollektivvertrag oder in den Arbeitsverträgen rechtlich gesichert ist. Das wird vom BAG als zulässig angesehen, weil der Arbeitgeber auf eigenständiges Verhandeln verzichtet hat und vom Verbandstarifvertrag partizipiert. Darin liege keine Beeinträchtigung der Koalitionsfreiheit, weil der Außenseiter den Firmentarifvertrag kündigen und eigenständige Verhandlungen mit der Gewerkschaft führen könne.¹³⁶ Ein Unterstützungs-, Sympathie- oder Solidaritätsstreik liegt hingegen vor, wenn fremde Streikziele (ein Hauptarbeitskampf in einem anderen Tarifgebiet) unterstützt werden und eine Partizipation im beschriebenen Sinn nicht vorliegt. Auch Unterstützungstreiks sind nach dem BAG als koalitionspezifische Betätigung vom Schutzbereich des Art. 9 Abs. 3 GG erfasst, obwohl der Arbeitgeber die Forderung nicht selbst erfüllen kann. Sie sind rechtmäßig, wenn sie nach den allgemeinen Grundsätzen als verhältnismäßig angesehen werden können. Dabei kommt es vor allem auf die Nähe (zB wirtschaftliche Verflechtungen) oder Ferne des Unterstützungskampfs zum Hauptarbeitskampf, ob beide Streiks von derselben Gewerkschaft geführt werden und auf Dauer und Umfang des Unterstützungstreiks, an.¹³⁷

Partizipationsstreiks sind in Österreich zwar nicht unmöglich, aber aufgrund des Systems der kollektiven Arbeitsbeziehungen sehr unwahrscheinlich. Der Großteil der Kollektivverträge wird von den Wirtschaftskammern abgeschlossen, zu denen Pflichtmitgliedschaft besteht. Echte Firmentarifverträge gibt es nur wenige, das ArbVG sieht sie nur für größere Vereine (§ 4 Abs. 3) und juristische Personen des öffentlichen Rechts (§ 7) vor. Denkbar wäre allerdings, dass ein Arbeitskampf gegen die Unternehmen eines freiwilligen Arbeitgeberverbands

(zB. Verband Österreichischer Zeitungen) und ein unterstützender Streik gegen ein Zeitungsunternehmen geführt wird, das nicht Verbandsmitglied ist, aber den Kollektivvertrag arbeitsvertraglich übernommen hat. Es gibt dazu weder Rechtsprechung noch – soweit ersichtlich – Literatur. Es spricht aber viel dafür, einen solchen Arbeitskampf wegen der mittelbaren Auswirkungen des Hauptarbeitskampfs auf die Arbeitnehmer des Unternehmens, das nicht Verbandsmitglied ist, als nicht sittenwidrig und damit als zulässig zu qualifizieren. Die Rechtslage würde also im Ergebnis mit der Rechtsprechung des BAG übereinstimmen.

Bei Sympathiearbeitskämpfen könnte das anders sein. Von der älteren Literatur wurden sie als sittenwidrig angesehen, wenn nicht ausnahmsweise der vom Streik betroffene Arbeitgeber mit Aussicht auf Erfolg auf den eigentlichen Adressaten des Hauptarbeitskampfes einwirken könne.¹³⁸ Sympathiestreiks sind aber mittlerweile vom Schutz des Art. 11 EMRK erfasst.¹³⁹ Zwar ist der EGMR der Ansicht, dass der Sympathiestreik stärkeren Beschränkungen, bis hin zu einem gänzlichen Verbot, unterworfen werden kann.¹⁴⁰ Das setzt aber gem. Art. 11 Abs. 2 EMRK wiederum voraus, dass sich das Verbot von Solidaritätsstreiks auf eine gesetzliche Grundlage zurückführen lässt.¹⁴¹ Es muss gewährleistet sein, dass die Betroffenen Kenntnis von der Beschränkung erlangen können und von ihrer Wirkung nicht überrascht werden.¹⁴² Eine dezidierte Regelung, der zu entnehmen wäre, dass Sympathiestreiks unzulässig sind, gibt es nicht. Zum Teil wird in der neueren Literatur diesbezüglich wieder auf die Sittenwidrigkeit (§ 879 ABGB) zurückgegriffen.¹⁴³ Es ist aber äußerst fraglich, ob damit die Transparenzanforderungen an einen gesetzlichen Eingriff im Sinne des Art. 11 Abs. 2 EMRK erfüllt würden.¹⁴⁴ Es gibt dazu nämlich auch keine Rechtsprechung in Österreich, auf die man sich beziehen könnte. Soweit die Anwendung von § 879 ABGB damit gerechtfertigt wird, dass ihr eine Interessenabwägung immanent ist,¹⁴⁵ müsste man diese Interessenabwägung im Einzelfall auch durchführen. Das würde letztlich auf eine Art Verhältnismäßigkeitsprüfung hinauslaufen, bei der ähnliche Kriterien wie in Deutschland zum Tragen kommen könnten. Damit würden jedenfalls kürzere Sympathiestreiks, die in Österreich aufgrund des faktischen Gewerkschaftsmonopols des ÖGB praktisch immer von derselben Gewerkschaft durchgeführt würden, in den meisten Fällen zulässig sein.

4. Politischer Streik

Als politischer Streik wird meist ein Streik bezeichnet, der sich zwar in den allgemeinen Handlungsformen abspielt, also eine planmäßige kollektive Arbeitsniederlegung darstellt, dessen Ziele aber den Staat zu einer Reaktion bewegen sollen.¹⁴⁶ Die Besonderheit liegt – ähnlich wie beim Sympathiestreik – darin, dass der Arbeitgeber als vom Streik Betroffener die gegen den Staat gerichtete Streikforderung nicht erfüllen kann.

¹³² Strasser/Jabornegg (Fn. 11), S. 207; Tomandl (Fn. 44), S. 123 f.

¹³⁹ Brameshuber, ASoK 2023, 74, 78.

¹⁴⁰ EGMR, 8.4.2014 – Bsw. 31045/10, National Union of Rail, Maritime and Transport Workers vs. Vereinigtes Königreich.

¹⁴¹ Brameshuber, ASoK 2023, 74, 79.

¹⁴² Felten (Fn. 18), S. 336 f.

¹⁴³ Brameshuber/Kain, ASoK 2024, 38, 41.

¹⁴⁴ Schindler, in: Jabornegg/Resch (Hrsg.), Aktuelle Entwicklungen im Arbeitskampfrecht, Wien 2016, S. 105, 109.

¹⁴⁵ Brameshuber/Kain, ASoK 2024, 43.

¹⁴⁶ Vgl. etwa Kissel, Arbeitskampfrecht. Ein Leitfadens, München 2002, § 24 Rn. 51.

¹³² Rebhahn, DRdA 2004, 503, 512 ff.

¹³³ In diesem Sinne Felten (Fn. 18), S. 195.

¹³⁴ Krejci (Fn. 13), S. 245.

¹³⁵ Reissner/Neumayr-Julcher/Knehs (Fn. 125), § 43 BDG Rn. 22.

¹³⁶ BAG, 19.6.2012 – 1 AZR 775/10 – BAGE 142, 98.

¹³⁷ BAG, 19.6.2007 – 1 AZR 396/06 – BAGE 123, 134.

Dabei kann es unterschiedliche Ausformungen geben.¹⁴⁷ Das Streikziel kann im Bereich der Arbeits- und Entgeltbedingungen angesiedelt sein, wenn etwa eine Verbesserung der arbeitsrechtlichen Rahmenbedingungen (zB. gesetzliche Arbeitszeitverkürzung) angestrebt oder gegen eine Verschlechterung (zB. Kürzung des gesetzlichen Urlaubsanspruchs) gekämpft wird. Ein politischer Streik kann auch Bereiche außerhalb des Arbeitsrechts betreffen, die aber noch im Zusammenhang mit Arbeitnehmer- bzw. Arbeitgeberinteressen stehen, wenn es etwa um die soziale Absicherung (zB. Kranken- oder Pensionsversicherung) oder um Umstrukturierung staatlicher oder staatsnaher Unternehmen geht. Ein Streik um allgemein politische Ziele kann die politische Ausrichtung der Regierung (zB. Generalstreik) oder umstrittene Vorhaben (zB. mehr oder weniger Klimaschutz, Verschärfung von Asylregelungen) betreffen. Vom politischen Streik wird oft der Demonstrationsstreik unterschieden, bei dem es (noch) nicht um die Durchsetzung eines Streikziels, sondern um eine Meinungsäußerung geht, meist um die Ernstlichkeit eines verkündeten Streikziels zu demonstrieren.¹⁴⁸ Manchmal werden allgemein politische Streiks mit Forderungen zu Arbeitsbedingungen verbunden. Die von der Gewerkschaft ver.di organisierten Streiks zur Mobilitätswende¹⁴⁹ hatten eine politische Schlagseite, die über Interessenvertretungspolitik zugunsten der Arbeitnehmer hinausging. Im konkreten Fall wurde ein gegen einen bzw. mehrere Arbeitgeber gerichteter Streik um die Verbesserung der Arbeitsbedingungen der im Personennahverkehr Beschäftigten verknüpft mit Forderungen an die Politik zum Ausbau des Nahverkehrs und dem Hinweis auf den »Klimastreik« genannten Aktionstag von Fridays for Future, der am selben Tag wie der Streik stattgefunden hat. Implizit war dies wohl so zu verstehen, dass sich die Streikenden an den Aktionen von Fridays for Future beteiligen sollen (es wurde auch dazu aufgefordert).¹⁵⁰

In Deutschland werden von der hM. politische Streiks schon deshalb generell als rechtswidrig angesehen, weil ein Streik nur um tariflich regelbare Ziele geführt werden dürfe. Das entspricht auch der Linie der Rechtsprechung, wobei es nur wenige Urteile gibt. Das BAG hat einem angestellten Lehrer kein Recht zuerkannt, Unterricht ausfallen zu lassen, um an einer gewerkschaftlichen Demonstration teilzunehmen, mit der auf soziale Missstände hingewiesen werden sollte, die aber nicht der Durchsetzung tariflicher Forderungen diene.¹⁵¹ Konkret ging es um die zeitliche Überbeanspruchung von Lehrern. Es bestand also durchaus ein Konnex mit Arbeitsbedingungen, aber eben außerhalb von Tarifverhandlungen.¹⁵² In der Literatur¹⁵³ wird gegen ein politisches Streikrecht noch die Unvereinbarkeit mit dem Demokratieprinzip angeführt. Es sei verfassungswidrig, durch Arbeitskampf die demokratische Ordnung als Ausdruck der Volkssouveränität unter Druck zu setzen. Außerdem könnten politische Streiks schon deshalb nicht

durch Art. 9 Abs. 3 GG geschützt sein, weil der Arbeitgeber bloß »Durchgangsadressat« sei und die Streikforderungen nicht erfüllen könne.¹⁵⁴ Für ein politisches Streikrecht wird angeführt, dass jedenfalls bei Demonstrationsstreiks kein verfassungsrechtlich problematischer Druck auf Regierung und Parlament entstehe, weil es sich um zeitlich befristete Aktionen handle, die gerade nicht auf die Erzwingung der Forderung gerichtet seien.¹⁵⁵ Soweit es um die Förderung der Wirtschafts- und Arbeitsbedingungen gehe, sei dies vom Schutz der Koalitionsfreiheit erfasst, was den Demonstrationsstreik umfasse. Die Nichterfüllbarkeit von Forderungen sei auch beim Unterstützungstreik und bei der Aussperrung Nichtorganisierter unbeachtlich. Es sei nicht zwingend, dass ein Streik sich nur gegen den richten dürfe, der die Forderung erfüllen kann.¹⁵⁶ Schließlich wird noch auf das Europarecht und das Völkerrecht verwiesen, das politische Streiks in den Schutz einbeziehe.¹⁵⁷

In Österreich gibt es zum politischen Streik keine Rechtsprechung. Die Diskussionslinien in der Literatur laufen ähnlich wie in Deutschland, sieht man wiederum davon ab, dass das Streikrecht nach hM. nicht an tariflich regelbare Ziele gebunden ist.¹⁵⁸ In der älteren Literatur wurde die Rechtmäßigkeit generell verneint, weil einerseits die verfassungsrechtlich geordnete Willensbildung der Staatsorgane nicht unter Druck gesetzt werden dürfe, andererseits der Arbeitgeber die Kampfforderung nicht erfüllen könne.¹⁵⁹ Politische Streiks wurden an sich als sittenwidrig angesehen.¹⁶⁰ Es gab aber auch die Ansicht, dass zu unterscheiden sei. Tritt der Staat als Arbeitgeber auf und wird durch die gesetzliche Regelung der Arbeitsbedingungen bloß der Kollektivvertrag ersetzt, sei der Streik dem Grunde nach zulässig.¹⁶¹ Das ist in Österreich nicht nur bei den Beamten, sondern auch bei den Vertragsbediensteten der staatlichen Einrichtungen der Fall. Die Arbeits- und Entgeltbedingungen werden zwar sozialpartnerschaftlich verhandelt, aber als Gesetz beschlossen.¹⁶² Für diese These spreche daher, dass es materiell ohnehin um tarifliche Materien gehe und nur aus formalrechtlichen Gründen kein Kollektivvertrag abgeschlossen werde. Der Arbeitgeber Staat könne grundsätzlich die Forderung erfüllen. Zwar sei der Staat in unterschiedlicher Rolle betroffen, nämlich einerseits als Arbeitgeber im Rahmen der Exekutive andererseits aber im Rahmen der Gesetzgebung. Der Druck auf die politische Willensbildung werde jedoch durch das Strafrecht geschützt. Danach sei nur die Druckausübung mit Gewalt, nicht aber durch Arbeitsniederlegung verboten. Eine Verstärkung dieses Schutzes durch das Privatrecht sei nicht erforderlich.¹⁶³

Hingegen spreche gegen die Zulässigkeit eines Streiks für oder gegen ein allgemeines arbeitsrechtliches Gesetz tatsächlich, dass der Arbeitgeber die Forderung nicht erfüllen kann.¹⁶⁴

147 Einen Überblick über das politische Streikgeschehen und eine politische Bewertung findet man bei Däubler, WISO 3/23, 46 ff.

148 Krejci (Fn. 13), S. 26.

149 <https://www.verdi.de/themen/politik-wirtschaft/++co++g24118e6-gd39-11eb-84f5-001a4a16012a> (13.1.2025).

150 Vgl. auch Däubler, Klimaschutz und Arbeitsrecht, Frankfurt aM. 2023, S. 19 ff.

151 BAG, 23.10.1984 – 1 AZR 126/81 – AP Nr. 82 zu Art. 9 GG Arbeitskampf.

152 Nicht ganz so eng offenbar das BVerfG (26.6.1991 – 1 BvR 779/85 – BVerfGE 84, 212, 225): Arbeitskampfmaßnahmen, die auf den Abschluss von Tarifverträgen gerichtet sind, »werden jedenfalls insoweit von der Koalitionsfreiheit erfaßt, als sie allgemein erforderlich sind, um eine funktionierende Tarifautonomie sicherzustellen.«

153 Vgl. den Überblick bei Polzin, SR 2020, 216, 219 ff.

154 Brox, in: Brox/Rüthers (Hrsg.), Arbeitskampfrecht, 2. Aufl., Stuttgart 1982, § 3 Rn. 42.

155 Vgl. wiederum die Nachweise bei Polzin, SR 2020, 216, 221 ff.

156 Däubler-Däubler (Fn. 74), § 13 Rn. 66.

157 Nachweise wiederum bei Polzin, SR 2020, 216, 223 f.

158 Vgl. zum Folgenden schon Mosler, DRdA 2024, 104, 107.

159 Strasser/Jabornegg (Fn. 11), S. 208.

160 Besonders deutlich Strasser/Jabornegg (Fn. 11), S. 208: »stets rechtswidrig«. Siehe dazu die oben dargestellte Diskussion.

161 Rebhahn, DRdA 2004, 503 ff.

162 Siehe auch oben 2.

163 Rebhahn, DRdA 2004, 505 f.

164 Rebhahn, DRdA 2004, 506 ff.

Eine ähnliche Situation ist aber auch bei einem Streik um die Änderung oder Beibehaltung eines Kollektivvertrags gegeben, weil in Österreich meist Branchenkollektivverträge von einem Arbeitgeberverband mit Pflichtmitgliedschaft abgeschlossen werden. Der einzelne Arbeitgeber ist vom Streik betroffen, kann aber den Streik weder durch Verbandsaustritt noch durch Erfüllung der Forderung beenden. Er hat typischerweise keinen direkten Einfluss auf die Kollektivvertragsverhandlungen. Daher wurde vertreten, dass für die Zulässigkeit eines Streiks für oder gegen ein arbeitsrechtliches Gesetz ein relevanter Zusammenhang mit Arbeitsbedingungen bzw. Arbeitsplätzen der Kämpfenden ausreicht, wenn der Arbeitskampf grundsätzlich geeignet ist, dem betreffenden Anliegen zu dienen.¹⁶⁵

Ob die Änderung der Rechtsprechung des EGMR und die Einführung der GRC zu einer geänderten Beurteilung politischer Streiks führen, ist noch offen. Wie erwähnt hat der EGMR Sympathie- oder Unterstützungstreiks als dem Schutz von Art. 11 EMRK unterworfen angesehen.¹⁶⁶ Der Anwendungsbereich dieser Bestimmung wurde also relativ weit gezogen. Das spricht für die Einbeziehung von politischen Streiks, als und insoweit sie mit der Verbesserung der Arbeitsbedingungen im Zusammenhang stehen.¹⁶⁷ Auch der EGMR sieht das Streikrecht aber nicht als absolutes Recht, sondern berücksichtigt die Rechte »anderer«. Das bedeutet zunächst, dass Einschränkungen zwar Art. 11 Abs. 2 EMRK entsprechen müssen, aber weiter als bei klassischen Streiks gehen können.¹⁶⁸ Wiederum könnte das Fehlen einer ausdrücklichen gesetzlichen Regelung oder wenigstens einschlägiger Rechtsprechung als Hürde für die Zulässigkeit einer Einschränkung angesehen werden. Lässt man den Rückgriff auf die Sittenwidrigkeit als generelle Grenze des Streikrechts genügen, müsste eine Abwägung mit ungewissem Ausgang erfolgen. Dabei wären insb. Dauer und Intensität des politischen Streiks zu berücksichtigen. Kurzzeitige Arbeitsniederlegungen, zB Warnstreiks, auch in Verbindung mit Demonstrationen oder Kundgebungen, um die Unterstützung oder Ablehnung einer gesetzlichen Regelung mit Bezug zu den Arbeitsbedingungen zum Ausdruck zu bringen, wären danach unter Umständen zulässig. Politische Streiks, die so lange fortgesetzt werden, bis die Forderung vom Gesetzgeber erfüllt bzw. die Erfüllung verbindlich zugesagt wurde, wären hingegen sittenwidrig. Das läuft letztlich auf ein Verhältnismäßigkeitsprinzip hinaus,¹⁶⁹ wie es in Deutschland – freilich bei abweichender Rechtslage – beim allgemeinen Streik angewendet wird.

V. Zusammenfassung und Schlussfolgerungen

1) Streiks gibt es in Österreich viel seltener als in Deutschland. Die Gründe dafür sind vielfältig. Die Arbeitsverfassung ist geprägt durch Kammern mit Pflichtmitgliedschaft und eine Gewerkschaft mit einem faktischen Vertretungsmonopol. Es werden überwiegend Branchenkollektivverträge abgeschlossen, die auch für Nicht-Gewerkschaftsmitglieder gelten. Eine konsensual ausgerichtete

Sozialpartnerschaft mit überragender politischer Bedeutung und ein System der Arbeitsbeziehungen, in dem gesetzliche, überbetriebliche und betriebliche Ebene eng verknüpft sind, sind bisher Garanten für Kontinuität und Verhandlungslösungen, die kampfwise Durchsetzung von Forderungen hat keine Tradition.

- 2) In Österreich gibt es wie in Deutschland keine Streikgesetze, nur mittelbar wird in der innerstaatlichen Rechtsordnung in einzelnen Vorschriften auf den Streik eingegangen. Ein wesentlicher Unterschied liegt darin, dass sich in Deutschland ein Richterrecht zum Streik entwickelt hat, während es in Österreich fast keine einschlägigen Entscheidungen gibt.
- 3) Die Teilnahme an einem rechtmäßigen Streik stellt nach dem BAG keine Verletzung des Arbeitsvertrags dar und berechtigt den Arbeitgeber nicht zur Kündigung. In Österreich wurde lange vertreten, dass die Rechtmäßigkeit des Streiks als Gesamttaktion getrennt von der Streikbeteiligung des einzelnen Arbeitnehmers zu beurteilen sei (»Trennungsthese«). Als Gesamttaktion sei der Streik nur rechtswidrig, wenn es ein Streikverbot oder Streikbeschränkungen gebe. Die Streikbeteiligung des einzelnen Arbeitnehmers sei aber in der Regel als unentschuldigtes Unterlassen der Arbeitsleistung und damit als Verletzung des Arbeitsvertrags anzusehen, das arbeitsvertraglich sanktioniert werden könne.
- 4) Die EMRK ist in Österreich im Verfassungsrang. Wegen der 2009 erfolgten Änderung der Rechtsprechung des EGMR, wonach die Koalitionsfreiheit des Art. 11 EMRK auch ein Streikrecht der Gewerkschaften beinhaltet, lässt sich nach mittlerweile hM. die Trennungsthese nicht mehr vertreten. Dies führt im Ergebnis zu einer Annäherung an die deutsche Rechtslage, obwohl das Streikrecht in Deutschland aus Art. 9 Abs. 3 GG abgeleitet wird und Art. 11 EMRK in der Diskussion wenig Rolle spielt.
- 5) Das Unionsrecht hat beim Streik in Deutschland wie in Österreich eher geringe praktische Bedeutung. Das Streikrecht nach Art 28 GRC könnte allenfalls bei grenzüberschreitenden Standortverlagerungen oder Entsendungen von größerer Bedeutung sein. Kritik an den Entscheidungen *Viking* und *Laval* des EuGH gab es in beiden Staaten, infolge des Inkrafttretens der GRC dürfte ihnen endgültig die rechtliche Basis entzogen worden sein.
- 6) Streiks dürfen nicht um Ziele geführt werden, die nichts mit Arbeitnehmer- bzw. Arbeitgeber-Interessen zu tun haben. Streikforderungen müssen nicht verhältnismäßig sein, es darf aber nicht die Vernichtung der wirtschaftlichen Existenz des Streikgegners angestrebt werden. In Österreich werden Vernichtungsarbeitskämpfe meist unter dem Gesichtspunkt der Sittenwidrigkeit wegen unzulässiger Streikziele diskutiert. Streiks sind auch dann sittenwidrig und damit unzulässig, wenn gezielt gegen gesetzliche Vorschriften (strafrechtliche Verbote) verstoßen wird, zB Gewaltanwendung strategisch eingeplant wird.
- 7) Die neuere Rechtsprechung des BAG zum Verhältnismäßigkeitsprinzip kommt nach einer verbreiteten Meinung aufgrund ihrer geringen Kontrolldichte und einer hohen Schwelle bei der Unangemessenheit einer Rechtsmiss-

¹⁶⁵ Grillberger, FS Bauer/Maier/Petrag, 2004, S. 22 ff.

¹⁶⁶ EGMR, 8.4.2014 – 31045/10, National Union of Rail, Maritime and Transport Workers.

¹⁶⁷ Felten (Fn. 18), S. 195; Mosler, DRdA 2024, 107.

¹⁶⁸ Brameshuber, ASoK 2023, 76.

¹⁶⁹ Vgl. Nußberger, DRdA 2015, 409.

brauchskontrolle nahe. Das würde der in Österreich lange Zeit überwiegend vertretenen Sichtweise entsprechen. Generell dürften die Unterschiede zwischen Verhältnismäßigkeitsprinzip und Sittenwidrigkeit geringer sein, als es die Begriffe zum Ausdruck bringen.

- 8) Die Tarifvertrags- bzw. Kollektivvertragsparteien trifft eine Friedenspflicht, die in ihren Grundsätzen in Deutschland und Österreich übereinstimmt. Der ausdrückliche Ausschluss der Friedenspflicht im Kollektivvertrag wird in Österreich als zulässig angesehen, in Deutschland ist dies umstritten. Aufgrund der langjährigen Abschlusspraxis spricht in Österreich mehr dafür, dass die Friedenspflicht nicht unbedingt bis zum Ende der Geltungsdauer, sondern bis zur nächsten (meist jährlichen) Lohnverhandlung aufrecht bleibt.
- 9) Trotz unterschiedlicher Rechtsgrundlagen gilt in Deutschland wie in Österreich ein betriebsverfassungsrechtliches Arbeitskämpfverbot. Es betrifft nur die Institution Belegschaft bzw. ihre Organe. Die Mitglieder des Betriebsrats dürfen nur in dieser Funktion keinen Streik organisieren, ihr Streikrecht als Arbeitnehmer und als Gewerkschaftsmitglied ist nicht eingeschränkt.
- 10) Dem Streik dienende Begleitmaßnahmen wie Demonstrationen, Öffentlichkeitsarbeit, Boykottmaßnahmen sind grundsätzlich vom Streikrecht umfasst. Die Grenzen werden im Rahmen einer Rechtsmissbrauchs- oder Verhältnismäßigkeitsprüfung zu ziehen sein. Kurze Flashmob-Aktionen allein dürften auch in Österreich nicht schwerwiegend genug sein, um eine Einschränkung des Streikrechts zu rechtfertigen.
- 11) In Deutschland wie in Österreich stehen Beamte in einem öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnis und unterliegen einer besonderen Treuepflicht. Ausdrückliche Regelungen zum Beamtenstreik gibt es in beiden Staaten nicht. In Deutschland wird ein Streikverbot aus Art. 33 Abs. 5 GG abgeleitet. In Österreich wird ein generelles Streikverbot für den öffentlichen Dienst überwiegend abgelehnt. Daran dürfte auch die Deutschland betreffende Beamtenstreikentscheidung des EGMR nichts geändert haben. Wegen der erhöhten Loyalitätspflicht gegenüber dem Staat können sich Einschränkungen bei Streikumfang und -durchführung ergeben.
- 12) Partizipationsstreiks sind in Deutschland zulässig. In Österreich wäre das wohl ebenso, sie können aber systembedingt kaum eine Rolle spielen. Sympathiestreiks sind nach dem BAG ebenfalls rechtmäßig, wenn sie nach den allgemeinen Grundsätzen als verhältnismäßig angesehen werden können. Der EGMR hat Sympathiestreiks in den Schutz des Art. 11 EMRK einbezogen, diese können jedoch stärkeren Beschränkungen, bis hin zu einem gänzlichen Verbot, unterworfen werden. In Österreich ist umstritten, ob Sympathiestreiks generell als sittenwidrig anzusehen sind oder nicht doch – ähnlich wie es das BAG macht – eine Verhältnismäßigkeits- oder Rechtsmissbrauchsprüfung durchzuführen ist.
- 13) In Deutschland werden politische Streiks meist schon deshalb generell als rechtswidrig angesehen, weil ein Streik nur um tariflich regelbare Ziele geführt werden dürfe. In der älteren österreichischen Literatur wurde die Rechtmäßigkeit generell verneint, weil einerseits die verfassungsrechtlich geordnete Willensbildung der Staatsorgane nicht unter Druck gesetzt werden dürfe, andererseits der Arbeitgeber die Kampfforderung nicht erfüllen könne. Ob die Änderung der Rechtsprechung des EGMR und die Einführung der GRC zu einer geänderten Beurteilung politischer Streiks führen, ist noch offen. Ähnlich wie beim Sympathiestreik könnte das Streikrecht bejaht, aber durch eine Rechtsmissbrauchs- bzw. Verhältnismäßigkeitskontrolle begrenzt werden.
- 14) Letztlich zeigt sich, dass trotz erheblicher Unterschiede in den Arbeitsbeziehungen, den politischen Traditionen und den Rechtsgrundlagen, doch überraschend viele Parallelen im Streikrecht erkennbar sind. Die geänderte Rechtsprechung des EGMR zur Koalitionsfreiheit, die seit 2009 auch den Streik schützt, am Rande auch der fast gleichzeitig in Kraft getretene Art. 28 GRC, der ein ausdrückliches Streikrecht enthält, haben das österreichische Streikrecht letztlich mehr in die Richtung des deutschen Streikrechts geführt, wie es seit der Liberalisierung des Streikrechts durch das BAG (weg von der Kernbereichsthese) judiziert wird. Zu betonen ist freilich, dass dieser Befund nicht unmittelbar auf der Basis geschriebenen Rechts oder der Rechtsprechung, sondern der arbeitsrechtlichen Literatur erfolgt.



Deinert / Wenckebach / Zwanziger (Hrsg.)

Arbeitsrecht

Handbuch für die Praxis

11., aktualisierte, überarbeitete Auflage
2024. 2.740 Seiten, gebunden inklusive Zugang
zur Online-Ausgabe mit allen Arbeitshilfen

€ 198,-

ISBN 978-3-7663-7200-0

bund-shop.de/7200

Der Hochkaräter im Arbeitsrecht

Das in der 11. Auflage komplett überarbeitete Standardwerk Arbeitsrecht Handbuch liefert eine umfassende systematische Darstellung zum materiell-rechtlichen Arbeitsrecht – konzentriert aufbereitet in einem Band. Die Kommentierungen haben gezielt die Arbeitnehmerposition im Blick. Großen Wert legen die Autorinnen und Autoren auf das Einbeziehen des die betriebliche Praxis prägenden Sozialrechts.

Der Aufbau des Werkes orientiert sich an den typischen Fragen, die in der täglichen Beratungspraxis zum Arbeitsrecht auftauchen. Neue Autorinnen und Autoren liefern frische Impulse.

Die Neuauflage berücksichtigt:

- > Arbeitnehmerüberlassungsgesetz
- > Umsetzung der reformierten Entsenderichtlinie
- > Arbeitsschutzkontrollgesetz
- > Betriebsrätemodernisierungsgesetz
- > Berufsbildungsgesetz
- > Umsetzung der EU-Vereinbarkeitsrichtlinie
- > Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz
- > Mindestlohngesetz
- > Umsetzung der EU-Transparenzrichtlinie
- > Teilzeit- und Befristungsgesetz
- > Das neue Nachweisgesetz
- > Hinweisgeberschutzgesetz
- > Revidierte Europäische Sozialcharta

Ein weiteres Plus:

Der Online-Zugriff auf alle Inhalte, auf Musterverträge, Formulare und Schriftsätze zur Bearbeitung in der eigenen Textverarbeitung, erleichtert die Arbeit und führt schnell zu guten Lösungen.

Einfach online bestellen:

1. Einsteigen auf bund-shop.de/7200 2. Daten eingeben 3. Absenden
oder Coupon ausfüllen und abschicken:

Expl.	Best.-Nr. 978-3-7663-	Autor / Kurztitel	Preis / €
	7200-0	Deinert / Wenckebach / Zwanziger (Hrsg.) Arbeitsrecht	198,-

Absender: Frau Herr

Name / Vorname:

Firma / Funktion:

Straße / Nr.:

PLZ / Ort:

Telefon:

E-Mail:

Datum / Unterschrift:



Bund-Verlag GmbH
60424 Frankfurt am Main

Infotelefon:
069 / 79 50 10-20

Fax:
069 / 79 50 10-11

E-Mail:
kontakt@bund-verlag.de

www.bund-verlag.de

Immer topaktuell informiert sein

- Ja, ich möchte den kostenlosen Newsletter für **Betriebsräte** nutzen.
 Ja, ich möchte den kostenlosen Newsletter für **Personalräte** nutzen.
 Den Newsletter kann ich jederzeit wieder abbestellen.



JAHRE KOMPETENZ AUF JEDER SEITE



**Print und online
– jetzt bestellen!**

Für jedes Betriebsrats-
und Personalratsmitglied

www.mein-kittner.de | kontakt@bund-verlag.de
Bestellhotline: 069 / 79 501 020