

Kapitel 2: Anwendung der Methode auf Beispiele

Einzelne Beispiele wurden bereits bei der „Ermittlung“ und der „Fortbildung“ der Entscheidungsregel erläutert. Im Folgenden sollen nunmehr alle Stufen der Methode jeweils im Zusammenhang an je einem ausführlichen Beispiel für Entscheidungsregeln deutscher Fachgerichte (I.), solchen aus der EuGH-Rechtsprechung (II.) und solchen aus der EGMR-Rechtsprechung (III.) erläutert werden.

I. Beispiel für Entscheidungsregeln deutscher Fachgerichte: Rückforderung überzahlter Honorare bei „Statusirrtum“

Im Folgenden wird zunächst die rechtliche Ausgangskonstellation der Rückforderung überzahlter Honorare bei „Statusirrtümern“ erörtert (1.). Anschließend wird die Entscheidung des LAG Baden-Württemberg zusammengefasst, um den Ausgangspunkt für dessen Regelhypothese nachzuvollziehen (2.). Schließlich wird die vom LAG Baden-Württemberg durch Rezeption der BAG-Rechtsprechung aufgestellte Regelhypothese anhand der zuvor entwickelten Methode der Präjudizieninterpretation überprüft (3.).

1. Ausgangskonstellation

Ein Beispiel bildet die Rechtsprechung zur Rückforderung überzahlter Honorare, wenn sich ein vermeintlich freies Dienstverhältnis im Nachhinein als Arbeitsverhältnis herausstellt.¹⁶⁸⁹ Typischerweise geht es um folgende Situation:¹⁶⁹⁰ Die Vertragsparteien einigen sich über einen freien Dienstvertrag gem. § 611 BGB. Zeigt die tatsächliche Durchführung später, dass es sich um ein Arbeitsverhältnis handelt, ist die Falschbezeichnung gem. § 611a Abs. 1 S. 6 BGB unbeachtlich. Der Dienstverpflichtete erhält ein Honorar, das typischerweise deutlich über dem Gehalt liegt, das ein Arbeit-

¹⁶⁸⁹ BAG 26.6.2019 – 5 AZR 178/18, AP BGB § 812 Nr. 37.

¹⁶⁹⁰ Vertiefend *Schlegel*, in: FS Ingrid Schmidt, 2021, S. 875, 881ff.; *U. Fischer*, jurisPR-ArbR 46/2019 Anm. 1.

nehmer mit entsprechender Tätigkeit erhalten hätte. Dafür muss er die auf den Betrag anfallenden Steuern selbst abführen. Anders als Arbeitnehmer sind Dienstverpflichtete außerdem nicht kraft Gesetzes sozialversichert. Streitigkeiten entstehen oft nach Ende des Vertragsverhältnisses, insbesondere wenn eine der Vertragsparteien bei der Deutschen Rentenversicherung gem. § 7a Abs. 1 SGB IV beantragt festzustellen, dass eine abhängige Beschäftigung vorlag. Erfolgt diese Feststellung, steht zwar zunächst nur fest, dass der Dienstverpflichtete gem. § 7 SGB IV sozialversicherungspflichtig war. Die Kriterien des Beschäftigtenbegriffs gem. § 7 SGB IV und die des Arbeitnehmerbegriffs gem. § 611a BGB ähneln sich jedoch stark; mit der Feststellung der Sozialversicherungspflichtigkeit der Beschäftigung geht in der Regel ein Arbeitsverhältnis iSd § 611a BGB einher. Der Dienstberechtigte sieht sich in der Folge hohen Nachforderungen der Rentenversicherungsträger ausgesetzt. Mit dem Argument, bei Kenntnis der tatsächlichen Sachlage hätte man sich nie auf ein solch hohes Honorar geeinigt, nimmt er daher den Dienstverpflichteten auf Rückzahlung überzahlter Honorare in Anspruch.¹⁶⁹¹ In diesen Fällen stellt sich die Frage, ob die Entgeltvereinbarung rechtlich untrennbar mit der Annahme verknüpft ist, dass der selbstständige Dienstverpflichtete vom Bruttoentgelt Steuern und – im eigenen Interesse – Sozialversicherungsbeiträge abzuführen hat.¹⁶⁹²

2. Entscheidung des LAG Baden-Württemberg vom 30.10.2017

2017 hatte das LAG Baden-Württemberg erneut über eine derartige Honorarklage¹⁶⁹³ zu entscheiden. In diesem Fall ging es um einen IT-Mitarbeiter bei einem gemeinnützigen Privatunternehmen. Der Klage ging ein sozialversicherungsrechtliches Statusfeststellungsverfahren voraus, gegen dessen Ergebnis die Klägerin gerichtlich vorgegangen war. Nachdem das zweitinstanzliche Urteil rechtskräftig geworden war, wurde die Klägerin auf Zahlung der Sozialversicherungsbeiträge in Anspruch genommen.¹⁶⁹⁴ Daraufhin er hob sie ihrerseits Klage gegen den IT-Mitarbeiter auf Rück-

1691 Weiterführend zum Umfang des Rückforderungsanspruchs *Schlegel*, in: FS Ingrid Schmidt, 2021, S. 875, 885; *Haidn*, ArbRAktuell 2020, 281, 283 f.

1692 BAG 26.6.2019 – 5 AZR 178/18, AP BGB § 812 Nr. 37 Rn. 26; vgl. auch *U. Fischer*, jurisPR-ArbR 46/2019 Anm. 1.

1693 LAG Baden-Württemberg 30.10.2017 – II Sa 66/16, juris.

1694 LAG Baden-Württemberg 30.10.2017 – II Sa 66/16, juris Rn. 3.

zahlung des überzahlten Honorars. Das LAG wies die Klage ab und führte unter Berufung auf die BAG-Rechtsprechung¹⁶⁹⁵ aus, es sei Voraussetzung eines Rückforderungsanspruchs, dass im Betrieb zwei verschiedene Vergütungsordnungen vorlägen.¹⁶⁹⁶ Das LAG entnahm den Präjudizien des BAG also eine Entscheidungsregel des Inhalts: „*Gehen die Parteien eines Arbeitsverhältnisses irrtümlich von einem freien Dienstverhältnis aus, so ist eine teilweise Rückforderung von Honorarzahlungen nur möglich, wenn bei dem Arbeitgeber verschiedene Vergütungsordnungen existieren.*“

3. Überprüfung am Maßstab der Methode der Präjudizieninterpretation

Ob aus der Rechtsprechung des BAG eine Regel dieses Inhalts folgt oder ob andernfalls eine Fortbildung mit diesem Inhalt in Betracht kommt, wird im Folgenden nach dem oben¹⁶⁹⁷ entwickelten Stufenmodell geprüft.

Das LAG Baden-Württemberg knüpft an die Entscheidung des BAG vom 9.2.2005¹⁶⁹⁸ an.¹⁶⁹⁹ Entsprechend dem oben entwickelten Stufenmodell wird zunächst die Vertretbarkeit des BAG-Präjudizes untersucht (a). Anschließend wird die gemeinte Entscheidungsregel anhand einzelner Kriterien ermittelt (b). Zum Schluss wird geprüft, ob eine Fortbildung der Entscheidungsregel in Betracht kommt (c).

a) Vertretbarkeit des Präjudizes

Die Entscheidung des BAG müsste zunächst im Ergebnis vertretbar sein.¹⁷⁰⁰ Aus der Sicht eines prognostizierenden Rechtsanwenders bestehen daran keine Zweifel. Die „gelebten Grenzen“ der Vertretbarkeit sind nicht überschritten.¹⁷⁰¹ Für die Konkretisierung von unbestimmten Rechtsbegriffen und Generalklauseln gelten nur die allgemeinen inhaltlichen Grenzen der

1695 BAG 9.2.2005 – 5 AZR 175/04, AP BGB § 611 Lohnrückzahlung Nr. 12 Rn 23; 29.5.2002 – 5 AZR 680/00, NZA 2002, 1328 Rn. 17; 12.12.2001 – 5 AZR 257/00, AP BGB § 612 Nr. 65 unter I.3.; 14.3.2001 – 152/00 Rn. 64.

1696 LAG Baden-Württemberg 30.10.2017 – 11 Sa 66/16, juris Rn. 26 und Leitsatz 1.

1697 Vgl. bei → Fn. 527.

1698 BAG 9.2.2005 – 5 AZR 175/04, AP BGB § 611 Lohnrückzahlung Nr. 12.

1699 LAG Baden-Württemberg 30.10.2017 – 11 Sa 66/16, juris Rn. 26.

1700 Zu prüfen ist nur die letzte Entscheidung in der Kette vgl. bei → Fn. 897.

1701 Vgl. bei → Fn. 618.

Rechtsanwendung.¹⁷⁰² Dass das Präjudiz diese Grenzen im Ergebnis überschreitet, ist nicht ersichtlich.

Aus der Sicht des entscheidenden Rechtsanwenders muss ein engerer Vertretbarkeitsmaßstab zugrundegelegt werden. Der Sache nach geht es um eine ergänzende Auslegung der Vereinbarung gem. §§ 133, 157 BGB.¹⁷⁰³ Es erscheint indes auch nach dem engeren Maßstab nicht *im Ergebnis* unvertretbar, im Präjudizienfall zu entscheiden, dass ein Rückforderungsanspruch des Arbeitgebers besteht. Mit Blick auf die verschiedenen Vergütungsordnungen im Betrieb liegt es jedenfalls nicht fern, dass in diesen Fällen der Status als freier Mitarbeiter der Vergütungsabrede zugrundeliegt.¹⁷⁰⁴ Die Entscheidung ist daher auch aus Sicht des entscheidenden Rechtsanwenders vertretbar.

b) Ermittlung der Entscheidungsregel

Aus der zitierten Rechtsprechung des BAG folgt jedoch keine Entscheidungsregel, wonach eine Rückforderung überzahlten Honorars nur in Betracht kommt, wenn es beim Arbeitgeber zwei Vergütungsordnungen gibt.

aa) Einzelne Kriterien

Das Präjudiziengericht müsste eine Entscheidungsregel mit dem genannten Inhalt gemeint haben. Der Wortlaut des Präjudizes kann in diesem Sinn verstanden werden. Das BAG stellt in dem Präjudiz fest, dass ein Rechtsgrund für die Rückforderung nicht besteht, wenn beim Arbeitgeber mehrere Vergütungsordnungen bestanden.¹⁷⁰⁵ Zum richtigen Verständnis muss jedoch auch die Entscheidungskette einbezogen werden.

1702 Vgl. bei → Fn. 642.

1703 BAG 26.6.2019 – 5 AZR 178/18, AP BGB § 812 Nr. 37 Rn. 24; BAG 12.1.2005 – 5 AZR 144/04, NJOZ 2005, 5098; *Deinert*, Anm. zu AP BGB § 611 Abhängigkeit Nr. 132, unter III.2.b); *Reinecke*, RdA 2001, 357, 363.

1704 *D. Ulber*, in: *Deinert/Wenckebach/Zwanziger*, Arbeitsrecht, 11. Aufl. 2024, § 3 Rn. 173; *Deinert*, Anm. zu AP BGB § 611 Abhängigkeit Nr. 132, unter III.2.a).

1705 BAG 9.2.2005 – 5 AZR 175/04, AP BGB § 611 Lohnrückzahlung Nr. 12 unter III.1.a).

Das BAG hatte unter anderem bereits 1998¹⁷⁰⁶, 2001¹⁷⁰⁷, 2002¹⁷⁰⁸ und 2005¹⁷⁰⁹ über Honorarforderungsklagen nach Statusirrtümern entschieden. In fast allen Fällen hatte ein Arbeitgeber des öffentlichen Dienstes gegen einen früheren Arbeitnehmer geklagt.¹⁷¹⁰ Das BAG hielt eine Rückforderung grundsätzlich für möglich. Indes bestand in diesen Fällen eine Besonderheit. Im öffentlichen Dienst gibt es grundsätzlich zwei parallele Vergütungsordnungen: eine für Arbeitnehmer und eine für selbstständige Dienstverpflichtete. Es fiel daher besonders leicht zu begründen, wieso den Arbeitnehmern im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses nicht das gleiche Gehalt gezahlt worden wäre wie einem selbstständigen Dienstverpflichteten.¹⁷¹¹

Demgegenüber wurde die Rückforderung in dem einzigen Fall, der die Privatwirtschaft betraf, zwar abgelehnt.¹⁷¹² Dieser wies allerdings wiederum Besonderheiten auf. Geklagt hatte ein Kraftfahrer, der bei einem schwedischen Transportunternehmen als vermeintlich Selbstständiger beschäftigt war. Nachdem das BAG für einen anderen Kraftfahrer des Unternehmens die Arbeitnehmereigenschaft festgestellt hatte, versuchte das Unternehmen, mit sämtlichen Dienstverpflichteten Arbeitsverhältnisse zu vereinbaren. Der Kläger lehnte den Abschluss des Arbeitsvertrags ab, erhielt aber weiterhin Aufträge. Die Beklagte zahlte fortan nur noch die reduzierte Tagespauschale für Arbeitnehmer, dagegen wandte sich der Kläger schließlich vor den Arbeitsgerichten. Nach dem ersten Leitsatz der Entscheidung soll eine Statusveränderung „nicht ohne weiteres zur Unwirksamkeit einer bestehenden Vergütungsvereinbarung“ führen. Das gelte „regelmäßig nur dann, wenn der Arbeitgeber – wie insbesondere im öffentlichen Dienst – Selbstständige und freie Mitarbeiter in [gegenüber Arbeitnehmern] unterschiedlicher Form (Stundenpauschale bzw. Tarifgehalt) vergütet.“¹⁷¹³ Auf den ersten Blick scheint das die Interpretation des LAG Baden-Württemberg zu stützen.

1706 BAG 21.1.1998 – 5 AZR 50/97, NZA 1998, 594.

1707 BAG 21.11.2001 – 5 AZR 87/00, AP BGB § 612 Nr. 63; BAG 12.12.2001 – 5 AZR 257/00, AP BGB § 612 Nr. 65.

1708 BAG 29.5.2002 – 5 AZR 680/00, NZA 2002, 1328.

1709 BAG 9.2.2005 – 5 AZR 175/04, AP BGB § 611 Lohnrückzahlung Nr. 12.

1710 Anders nur in BAG 12.12.2001 – 5 AZR 257/00, NJW 2002, 2733.

1711 *Deinert*, Anm. zu AP BGB § 611 Abhängigkeit Nr. 132, unter III.2.a).

1712 BAG 12.12.2001 – 5 AZR 257/00, AP BGB § 612 Nr. 65.

1713 BAG 12.12.2001 – 5 AZR 257/00, AP BGB § 612 Nr. 65 Ls. 1.

Der 5. Senat knüpft dabei aber explizit an eine unmittelbar zuvor ergangene Entscheidung an.¹⁷¹⁴ Dort hatte der 5. Senat seine Rechtsprechung zu Rückforderungsansprüchen im öffentlichen Dienst bestätigt und die Konstellation in den Orientierungssätzen zugleich von Rückforderungsstreitigkeiten in der Privatwirtschaft abgegrenzt.¹⁷¹⁵ Da die Entscheidungen zu diesen Rechtsfragen ausnahmslos vom 5. Senat stammen, können die Orientierungssätze zur Interpretation der Entscheidung herangezogen werden.¹⁷¹⁶ Liest man die jeweiligen Leitsätze im Zusammenhang mit den Orientierungssätzen und den Gründen, bilden sich jedoch schärfere Konturen heraus.¹⁷¹⁷ Die Entscheidung vom 21.11.2001 ergibt dann, dass im öffentlichen Dienst auch bei pauschaler Zahlung bestimmter Honorarsätze die Vergütungsabrede regelmäßig mit der Statusänderung entfällt. Die Entscheidungsgründe zeigen, warum. Im öffentlichen Dienst werde eine Pauschalvergütung immer nur vereinbart, wenn die Vertragsparteien von einem freien Dienstverhältnis ausgehen. Umgekehrt erfolge immer die Eingruppierung in eine Tarifgruppe, wenn von einem Arbeitsverhältnis ausgegangen wird. Die Vergütungsform ist daher im öffentlichen Dienst strukturell mit der Statusfrage verbunden. Vor diesem Hintergrund ist der 1. Orientierungssatz zu verstehen.¹⁷¹⁸

In der Privatwirtschaft lässt sich ebendiese regelmäßig automatische Verknüpfung von Statusirrtum und Entfall der Vergütungsabrede nicht halten: Dort gibt es keine entsprechende Praxis. Das BAG deutet an, dass sich in der Privatwirtschaft „eine vereinbarte Vergütung vielfach unabhängig von der rechtlichen Qualifizierung des Vertragsverhältnisses als für die Vergangenheit und sogar für die Zukunft maßgeblich erweisen“ wird.¹⁷¹⁹ Die Aussage hängt jedoch nur entfernt mit dem Anlassfall zusammen und wird argumentativ nicht näher entfaltet.¹⁷²⁰

Auch die Aussage der Folgeentscheidung vom 12.12.2001 wird durch deren Orientierungssatz präzisiert.¹⁷²¹ Zwar ist der Leitsatz für sich genommen mehrdeutig. Die Formulierung „Dies gilt regelmäßig nur dann [...]“

1714 BAG 21.11.2001 – 5 AZR 87/00, AP BGB § 612 Nr. 63.

1715 BAG 21.11.2001 – 5 AZR 87/00, AP BGB § 612 Nr. 63 Ls. 1 und Os. 1.

1716 Vgl. bei → Fn. 971.

1717 Dazu allgemein bei → Fn. 960.

1718 BAG 21.11.2001 – 5 AZR 87/00, AP BGB § 612 Nr. 63 Os. 1.

1719 BAG 21.11.2001 – 5 AZR 87/00, AP BGB § 612 Nr. 63 Os. 1.

1720 Vgl. dazu bei → Fn. 482.

1721 BAG 12.12.2001 – 5 AZR 257/00, AP BGB § 612 Nr. 65 Os. 1; vgl. allgemein bei → Fn. 969.

im zweiten Satz des Orientierungssatzes kann sich sowohl allgemein auf die „Unwirksamkeit einer bestehenden Vergütungsvereinbarung“ als auch weitergehend auf „nicht ohne weiteres zur Unwirksamkeit einer bestehenden Vergütungsvereinbarung“ beziehen. Nimmt man den Orientierungssatz hinzu, wird aber deutlich, dass eine engere Aussage gemeint ist. Werde nach Stunden- oder Tagespauschalen vergütet, könne nicht allein aus der Statusänderung auf die Unwirksamkeit der Vergütungsabrede geschlossen werden.¹⁷²² Aus dem Zusammenhang ergibt sich für beide Entscheidungen, dass eine Rückforderung auch jenseits des Sonderfalls getrennter Vergütungsordnungen nicht allgemein ausscheidet. Vielmehr kommt es auf die Umstände des Einzelfalls an.

Wollte man die Zwecke der Entscheidungsregel¹⁷²³ mit einbeziehen, ergäbe sich nichts anderes. Für die vom LAG behauptete Regel spräche lediglich die größtmögliche Rechtssicherheit. Ob der „Konkretisierungsauftrag“¹⁷²⁴, den der Gesetzgeber dem Richter mit §§ 133, 157 BGB erteilt, überhaupt eine so schematische Regelbildung zuließe, ist fraglich.¹⁷²⁵ Konsequent angewendet ergäbe sich dann kein Rückzahlungsanspruch, selbst wenn starke Indizien dafür sprechen, dass die Parteien die Vergütungshöhe an die Statusbestimmung knüpfen wollten.¹⁷²⁶ Jedenfalls ist den zitierten Entscheidungen des BAG ohnehin nicht der Wille zu entnehmen, auf Kosten von Einzelfallgerechtigkeit für größtmögliche Rechtssicherheit zu sorgen.¹⁷²⁷ Auch in der Entscheidung vom 21.11.2001 lässt der 5. Senat Spielraum dafür, die Umstände des Einzelfalls zu berücksichtigen.¹⁷²⁸ Eine weitergehende Entscheidungsregel des obigen Inhalts ergibt sich daher nicht aus den vom LAG zitierten Entscheidungen des BAG.¹⁷²⁹

1722 BAG 12.12.2001 – 5 AZR 257/00, AP BGB § 612 Nr. 65 Os. 1.

1723 Richtigerweise haben teleologische Kriterien keine eigenständige Bedeutung gegenüber den anderen Kriterien vgl. bei → Fn. 1039.

1724 Röthel, Normkonkretisierung im Privatrecht, 2004, S. 133, 162 und *passim*.

1725 Vgl. auch Schellen, Die verständigen Arbeitsvertragsparteien, 2022, S. 252 ff.

1726 Deinert, Anm. zu AP BGB § 611 Abhängigkeit Nr. 132, unter III.2.b) hält eine Rückforderung konsequent nur bei einem offenen Kalkulationsirrtum für möglich.

1727 Zur Notwendigkeit, den Willen des Präjudiziengerichts zu ermitteln vgl. bei → Fn. 771.

1728 BAG 21.11.2001 – 5 AZR 87/00, AP BGB § 612 Nr. 63 Os. 1: „wird sich [...] vielfach [...] als für die Vergangenheit und sogar für die Zukunft maßgeblich erweisen.“ (Hervorhebung nicht im Original).

1729 Klargestellt in BAG 26.6.2019 – 5 AZR 178/18, AP BGB § 812 Nr. 37 Rn. 24.

bb) Fehlerhafte Rezeption durch das LAG Baden-Württemberg

Das LAG verwechselte bei der Rezeption dieser Entscheidungskette eine hinreichende mit einer notwendigen Bedingung. Tatsächlich lässt sich der BAG-Rechtsprechung bis 2005 folgende Regel entnehmen: „Gehen die Parteien eines Arbeitsverhältnisses irrtümlich von einem freien Dienstverhältnis aus, so ist eine teilweise Rückforderung von Honorarzahlungen *jedenfalls* möglich, wenn bei dem Arbeitgeber für Arbeitnehmer und freie Mitarbeiter generell verschiedene Vergütungsordnungen vorgesehen sind.“¹⁷³⁰

cc) Vertretbarkeit der Entscheidungsregel

Eine solche Regel ist ohne Weiteres vertretbar.¹⁷³¹ Dass bei Vorliegen zweier verschiedener Vergütungsordnungen eine Rückforderung möglich ist, ist eine plausible Zuschreibung. Es liegt fern, dass auch bei zwei eigenständigen Vergütungsordnungen die Vergütungshöhe nach dem gemeinsamen Willen der Vertragsparteien nicht davon abhängen soll, welcher Vergütungsordnung der Dienstverpflichtete richtigerweise zugeordnet werden müsste. Eine solche *Jedenfalls-Rechtsprechung* lässt sich vertretbar als konkretisierende Regelbildung anhand von §§ 133, 157 BGB begründen. Dieser Inhalt wird sowohl von den prozessualen Sachverhalten als auch der Entscheidungskette gestützt.

c) Fortbildung der Entscheidungsregel

Auch für eine Fortbildung der Entscheidungsregel in der vom LAG angenommenen Weise besteht kein Raum. Aus der Sicht des prognostizierenden Rechtsanwenders spricht nichts dafür, dass das BAG zukünftig einer derart strikten Regelbildung zuneigen würde. Der Rechtsprechung ist der Wille zu entnehmen, die Einzelfallumstände zu würdigen. Eine ausdehnende Reformulierung der Entscheidungsregel im Wege eines Umkehrschlusses scheidet aus.¹⁷³²

1730 Vgl. zu *Jedenfalls-Rechtsprechung* bei → Fn. 823.

1731 Zur Trennung von Vertretbarkeit der Entscheidung und ihrer Entscheidungsregeln vgl. bei → Fn. 1051.

1732 Vgl. bei → Fn. 1223.

Auch für den entscheidenden Rechtsanwender scheidet eine Fortbildung der Entscheidungsregel mit dem genannten Inhalt aus. Zum einen bestehen große Bedenken dagegen, ob nicht die Grenzen zulässiger Konkretisierung überschritten wären. §§ 133, 157 BGB verpflichten den entscheidenden Rechtsanwender, den Willen der Vertragsparteien zu ermitteln.¹⁷³³ Eine Entscheidungsregel, die den Prüfungsmaßstab auf das Bestehen von zwei Vergütungsordnungen reduziert, karikiert den Auslegungsauftrag eher, als ihn umzusetzen.¹⁷³⁴

Zum anderen gibt es keine ausreichende Analogiebasis. Die vom LAG Baden-Württemberg zugrundegelegte Entscheidungsregel wurde im Hinblick auf den speziellen Kontext der statusabhängigen Vergütung im öffentlichen Dienst entwickelt. Es handelt sich um einen begrenzten Sonderfall, aus dem sich keine Rückschlüsse auf die Lösung im Allgemeinen ziehen lassen. Eine Erweiterung der ermittelten Regel auf diese Fälle scheidet demnach aus. Im Wege des *distinguishing* ist diese Ausdehnung stattdessen abzulehnen.¹⁷³⁵

d) Zwischenergebnis

Das LAG Baden-Württemberg hat demnach die Entscheidungsregeln des BAG zur Frage der Rückzahlung überzahlter Honorare in Fällen der Scheinselbstständigkeit fehlerhaft rezipiert. Die Entscheidung ist insofern kein Einzelfall. Vielmehr steht sie stellvertretend für eine insbesondere im Arbeitsrecht weit verbreitete unkritische Praxis der Rezeption revisionsgerichtlicher Entscheidungsregeln.¹⁷³⁶ Diese schlägt sich real in unvollständigen Entscheidungsbegründungen, aber auch in Fehlentscheidungen nieder.

II. Beispiel für Entscheidungsregeln aus der EuGH-Rechtsprechung:
Entdynamisierung einer Bezugnahmeklausel im Betriebsübergang

Zunächst wird die rechtliche Ausgangskonstellation der dynamischen Fortgeltung arbeitsvertraglicher Bezugnahmeklauseln auf Tarifverträge im Be-

1733 Näher dazu *Mittelstädt*, Die Auslegung empfangsbedürftiger Willenserklärungen, 2016, S. 35 ff.

1734 Siehe zu einem ähnlichen Problem bei der „Betriebsvereinbarungsoffenheit“ des Arbeitsvertrags *Schellen*, Die verständigen Arbeitsvertragsparteien, 2022, S. 256 f.

1735 Vgl. bei → Fn. 1214.

1736 Vgl. dazu die Beispiele in → Kap. I.II.3.b).

triebsübergang skizziert (1.). Anschließend wird die hier untersuchte Entscheidung des EuGH in der Rechtsache *Alemo-Herron* zusammengefasst und eine Hypothese für die der Entscheidung innewohnende Entscheidungsregel aufgestellt (2.). Dann wird diese Regelhypothese im Wege der Anwendung der hier entwickelten Methode der Präjudizieninterpretation untersucht (3.).

1. Ausgangskonstellation

Ein „Dauerbrenner“¹⁷³⁷ in der arbeitsrechtlichen Diskussion ist die Frage einer dynamischen Fortgeltung arbeitsvertraglich in Bezug genommener Tarifarbeitsbedingungen nach einem Betriebsübergang. Als dynamische Bezugnahme bezeichnet man eine Klausel, nach der ein Tarifvertrag in der jeweils gültigen Fassung anzuwenden ist.¹⁷³⁸ Im Blickpunkt stehen die EuGH-Entscheidungen *Werhof*¹⁷³⁹, *Alemo-Herron*¹⁷⁴⁰ und *Asklepios*¹⁷⁴¹. Die Folgen dieser Entscheidungen für das deutsche Recht wurden jeweils kontrovers diskutiert.¹⁷⁴² Von den etlichen damit verbundenen Streitfragen wird hier nur eine exemplarisch beleuchtet.

2. Entscheidung des EuGH in der Rechtsache *Alemo-Herron*

Der Entscheidung *Alemo-Herron*¹⁷⁴³ entnahmen einige Stimmen die Aussage, dass 1. eine dynamische Fortgeltung nur in Betracht komme, wenn der Erwerber nach dem Übergang an Verhandlungen über die Tarifverträge teilnehmen könne.¹⁷⁴⁴ In *Asklepios* entschied der EuGH, eine dynami-

1737 So allgemein zum Betriebsübergang im europäischen Arbeitsrecht *Kamanabrou*, RdA 2023, 2, 6.

1738 Auch als „Jeweiligkeitsklausel“ bezeichnet, *Henssler*, in: *Henssler/Moll/Bepler*, Der Tarifvertrag, 2. Aufl. 2016, Rn. 19, 58.

1739 EuGH 9.3.2006 – C-499/04, AP Richtlinie 77/187/EWG Nr. 2 (Werhof).

1740 EuGH 18.7.2013 – C-426/11, AP Richtlinie 2001/23/EG Nr. 10 (Alemo-Herron).

1741 EuGH 27.4.2017 – C-680/15 ua., AP Richtlinie 2001/23/EG Nr. 13 (Asklepios).

1742 Statt vieler EuArbR/Winter, 3. Aufl. 2020, RL 2001/23/EG Art. 3 Rn. 35 mwN.

1743 EuGH 18.7.2013 – C-426/11, AP Richtlinie 2001/23/EG Nr. 10 Rn. 33 f. (Alemo-Herron).

1744 Vgl. *Löwisch/Rieble*, TVG, 4. Aufl. 2017, § 3 Rn. 21; *Junker*, in: *Giesen/Junker/Rieble*, Neue Tarifrechtspolitik?, 2014, S. 173, 179; *Latzel*, RdA 2014, 110, 117; *Lobinger*, NZA 2013, 945, 947; vorsichtiger *Jacobs/Frieling*, EuZW 2013, 737, 739 f.

sche Bezugnahmeklausel im Arbeitsvertrag verliere ihre Dynamik nicht durch den Übergang auf einen Erwerber, wenn das nationale Recht Veränderungen durch den Erwerber einvernehmlich und einseitig zulasse.¹⁷⁴⁵ Auf den ersten Blick harmonieren diese Aussagen nicht miteinander. Laut BAG-Richterin *Regine Winter* sind die Entscheidungen indes „*in jeglicher Hinsicht als ‚Kontinuität‘ zu verstehen.*“¹⁷⁴⁶ Im Folgenden wird untersucht, ob aus *Alemo-Herron* eine automatische Entdynamisierung folgt, wenn der Erwerber nach Betriebsübergang von den Tarifverhandlungen ausgeschlossen ist. Außerdem wird geprüft, inwiefern die Entscheidungsregeln aus *Alemo-Herron* nach *Asklepios* fortgelten. Weitere aus *Alemo-Herron* folgende Entscheidungsregeln, nach denen 2. der Erwerber in der Lage sein müsse, nach dem Übergang die für die Fortsetzung seiner Tätigkeit erforderlichen Anpassungen vorzunehmen und es 3. ihm möglich sein müsse, seine Interessen im Rahmen eines zum Vertragsabschluss führenden Verfahrens, an dem er beteiligt ist, wirksam geltend zu machen, sollen zunächst ausgeklammert werden. Deren Fortgeltung nach *Asklepios* wird im Anschluss erläutert.¹⁷⁴⁷

3. Überprüfung am Maßstab der Methode der Präjudizieninterpretation

Im Folgenden wird zunächst geprüft, ob die Entscheidung in *Alemo-Herron* im Ergebnis vertretbar ist (a). Anschließend wird untersucht, ob eine Anwendung der einzelnen Kriterien zur Ermittlung der Entscheidungsregel die Regelhypothese bestätigt (b). Schließlich wird erläutert, ob die ermittelte Entscheidungsregel fortzubilden ist (c).

a) Vertretbarkeit des Präjudizes

Aus der Sicht eines prognostizierenden Rechtsanwenders bestehen gegen die Vertretbarkeit des Präjudizes keine Bedenken. Die Grenzen der Ultra-vires-Kontrolle sind nicht überschritten.¹⁷⁴⁸ Aus der Sicht eines ent-

1745 EuGH 27.4.2017 – C-680/15 ua., AP Richtlinie 2001/23/EG Nr. 13 Rn. 29 (Asklepios).

1746 EuArbR/*Winter*, 5. Aufl. 2024, RL 2001/23/EG Art. 3 Rn. 22 und näher unter Rn. 24 ff., 30 ff., insbesondere Rn. 37.

1747 Vgl. bei → Fn. 1793.

1748 Vgl. bei → Fn. 710.

scheidenden Rechtsanwenders ist die methodische Vertretbarkeit weniger klar.¹⁷⁴⁹ Allerdings kommt es nur darauf an, ob der EuGH die – unter Umständen von ihm umfomulierte – Vorlagefrage (vgl. Art. 267 AEUV) vertretbar beantwortet hat.¹⁷⁵⁰ Dass die Entscheidung mit Blick auf die Herleitung des Normzwecks schwere argumentative Mängel aufweist,¹⁷⁵¹ spielt keine Rolle, sofern sie alternativ vertretbar begründet werden kann.

In *Alemo-Herron* formulierte der EuGH die Vorlagefragen dahin um, ob Art. 3 der RL 2001/23/EG einer dynamischen Fortgeltung einer Verweisungsklausel auf Kollektivverträge nach nationalem Recht im Fall eines Unternehmensübergangs wie dem des Ausgangsverfahrens entgegensteht.¹⁷⁵² Insofern weist der Sachverhalt zwei Besonderheiten auf. Zunächst betraf der Vorlagefall die Privatisierung eines bisher öffentlich geführten Unternehmens. Der EuGH ging auf dieser Grundlage davon aus, dass besonders große Anpassungen der Arbeitsbedingungen unumgänglich seien.¹⁷⁵³ Zudem hatte der Erwerber als Arbeitgeber der Privatwirtschaft von vornherein keine Möglichkeit, an den zukünftigen Verhandlungen über den Inhalt der geltenden Tarifverträge teilzunehmen.¹⁷⁵⁴ Hinzu kommt, dass andere Möglichkeiten, die Arbeitsbedingungen zu beeinflussen, im Vorlageverfahren nicht näher diskutiert wurden.¹⁷⁵⁵ Die Antwort ist also vor dem Hintergrund zu lesen, dass dem Erwerber nach der Darstellung im Vorlageverfahren auch keine effektiven Möglichkeiten blieben, die dynamische Bindung zu beenden.¹⁷⁵⁶

Kritisiert wird gleichwohl mit Recht, dass der EuGH in *Alemo-Herron* darauf verzichtete, die Unternehmerfreiheit des Erwerbers gem. Art. 16 GRC gegen die Grundrechte der betroffenen Arbeitnehmer abzuwägen.¹⁷⁵⁷

1749 Stellvertretend für die vielstimmige Kritik *Weatherill*, European Review of Contract Law 10 (2014), 167.

1750 Vgl. bei → Fn. 656.

1751 Höpfner, JbArbR 57 (2020), 69, 81; Jacobs/Frieling, EuZW 2013, 737, 739.

1752 EuGH 18.7.2013 – C-426/11, AP Richtlinie 2001/23/EG Nr. 10 Rn. 20 (Alemo-Herron).

1753 EuGH 18.7.2013 – C-426/11, AP Richtlinie 2001/23/EG Nr. 10 Rn. 26 f. (Alemo-Herron).

1754 EuGH 18.7.2013 – C-426/11, AP Richtlinie 2001/23/EG Nr. 10 Rn. 34 (Alemo-Herron).

1755 EuArbR/Winter, 5. Aufl. 2024, RL 2001/23/EG Art. 3 Rn. 37; vgl. dazu die Schlussanträge des Generalanwalt Cruz Villalón 19.2.2013 – C-426/11 Rn. 55.

1756 Vgl. Krause, in: FS Willemse, 2018, S. 257, 265 f.

1757 Fenyves/Kerschner/Vonkilch/Rebhahn, Großkommentar zum ABGB – Klang Kommentar, 3. Aufl. 2014, Nach §§ 6, 7 ABGB Rn. 68, 152; Höpfner, JbArbR 57

Das bedeutet aber nicht, dass eine solche Abwägung unter den besonderen Umständen in *Alemo-Herron* zulasten des Erwerbers ausfallen müsste. Akzeptiert man im Ausgangspunkt, dass die dauerhafte Bindung an eine dynamische Bezugnahmeklausel in die Unternehmerfreiheit des Erwerbers gem. Art.16 GRC eingreift, so erscheint die Entscheidung im Ergebnis noch vertretbar.¹⁷⁵⁸

b) Ermittlung der Entscheidungsregel

Der EuGH müsste jedoch eine Entscheidungsregel gemeint haben, nach der eine automatische Entdynamisierung erfolgt, wenn der Erwerber nach Betriebsübergang von den Tarifverhandlungen ausgeschlossen ist. Bei näherer Betrachtung stellt der EuGH in *Alemo-Herron* keine allgemeine Entscheidungsregel des genannten Inhalts auf.

aa) Einzelne Kriterien

Zwar formuliert er nahezu wörtlich, dass die dynamische Bezugnahme nicht fortbestehen darf, wenn der Erwerber keine Möglichkeit hat, über die später geschlossenen Kollektivverträge zu verhandeln.¹⁷⁵⁹ Jedoch ist nicht jede Urteilspassage als allgemeine Entscheidungsregel gemeint. Die Formulierung ist nur mit Blick auf die sonstigen Umstände zu verstehen.

Im Ausgangsfall ging es, wie bereits erwähnt, um den Übergang eines Arbeitsverhältnisses des öffentlichen Dienstes auf einen Erwerber aus der Privatwirtschaft.¹⁷⁶⁰ Die Besonderheiten eines „Systemwechsels“¹⁷⁶¹ zwi-

(2020), 69, 80, 81; *Krause*, in: FS Willemsen, 2018, S. 257, 264; *Heuschmid*, AuR 2013, 500, 501; *Jacobs/Frieling*, EuZW 2013, 737, 739; *Eylert/Schinz*, RdA 2017, 140, 146 f.

1758 C. Meyer, Anm. zu AP Richtlinie 2001/23/EG Nr. 10 unter III. Methodisch ließe sich dieses Ergebnis wohl über eine primärrechtskonforme Rechtsfortbildung von Art. 3 RL 2001/23/EG begründen. Dass der Wille des Unionsgesetzgebers auch unter diesen sehr speziellen Umständen einer Rechtsfortbildung entgegensteht, scheint jedenfalls nicht zwingend.

1759 EuGH 18.7.2013 – C-426/11, AP Richtlinie 2001/23/EG Nr. 10 Rn. 37 (Alemo-Herron).

1760 EuGH 18.7.2013 – C-426/11, AP Richtlinie 2001/23/EG Nr. 10 Rn. 9, 26 f. (Alemo-Herron).

1761 EuArbR/Winter, 5. Aufl. 2024, RL 2001/23/EG Art. 3 Rn. 34.

schen öffentlichem Dienst und Privatwirtschaft hat der EuGH bereits in früheren Präjudizien betreffend die Betriebsübergangs-RL 2001/23/EG und die Vorgängerrichtlinie RL 77/187/EWG hervorgehoben.¹⁷⁶² Aber auch in *Alemo-Herron* knüpft er explizit an diesen Umstand an. So verweist der Gerichtshof auf die „unvermeidlichen Unterschiede, die zwischen diesen beiden Sektoren bei den Arbeitsbedingungen bestehen [und die] beträchtliche Anpassungen“¹⁷⁶³ nötig machten. „In einer solchen Situation“¹⁷⁶⁴ könnten die Interessen des Erwerbers übermäßig eingeschränkt sein. Dass das der Fall ist, steht auch bei einem systemübergreifenden Übergang noch nicht fest.

Im Vorlagefall hielt der EuGH die Einschränkung für übermäßig, weil der Erwerber als privater Arbeitgeber nicht einmal die theoretische Möglichkeit hatte, auf die Tarifverhandlungen des öffentlichen Dienstes einzuwirken.¹⁷⁶⁵ Daraus ergibt sich aber nicht, dass der Erwerber generell nur an Tarifverträge gebunden sein soll, bei denen er auf die Tarifverhandlungen Einfluss ausüben konnte.¹⁷⁶⁶ Vielmehr ist die Einwirkungsmöglichkeit nur in diesem Zusammenhang als Entscheidungskriterium gemeint.¹⁷⁶⁷ Der Gedankengang aus *Alemo-Herron* lautet daher bei näherem Hinsehen: In bestimmten Situationen eines Betriebsübergangs seien typischerweise starke Anpassungen der Arbeitsbedingungen wirtschaftlich notwendig. Dazu zähle die Privatisierung eines bisher öffentlich geführten Betriebs. Aufgrund dieses ungewöhnlich großen Anpassungsbedarfs müsse der Erwerber die Möglichkeit haben, die Arbeitsbedingungen für die Zukunft effektiv zu beeinflussen. Wenn der Erwerber strukturell gehindert sei, an den Tarif-

1762 Vgl. EuGH 11.11.2004 – C-425/02, AP EWG-Richtlinie Nr. 77/187 Nr 37 Rn. 32 f. (Delahaye); 26.9.2000 – C-175/99, AP EWG-Richtlinie Nr. 77/187 Nr. 30 Rn. 56 (Mayeur); deutlich auch die Schlussanträge der Generalanwältin *Sharpston* 6.5.2010 zu C-151/09, BeckRS 2010, 90558 (UGT-FSP), dort Rn. 72 ff.

1763 EuGH 18.7.2013 – C-426/11, AP Richtlinie 2001/23/EG Nr. 10 Rn. 27 (Alemo-Herron); kritisch dazu *Eylert/Schinz*, RdA 2017, 140, 145, 146; vgl. auch *Junker*, in: *Giesen/Junker/Rieble*, Neue Tarifrechtspolitik?, 2014, S. 173, 180.

1764 EuGH 18.7.2013 – C-426/11, AP Richtlinie 2001/23/EG Nr. 10 Rn. 28 (Alemo-Herron).

1765 EuGH 18.7.2013 – C-426/11, AP Richtlinie 2001/23/EG Nr. 10 Rn. 34 f. (Alemo-Herron); so auch EuArbR/*Winter*, 5. Aufl. 2024, RL 2001/23/EG Art. 3 Rn 34.

1766 Richtig *F. Hartmann*, EuZA 2015, 203, 209 f., der die Konsequenzen einer solchen Regel aufzeigt.

1767 So auch *Reufels*, in: *Hümmerich/Reufels*, Gestaltung von Arbeitsverträgen und Dienstverträgen für Geschäftsführer und Vorstände, 4. Aufl. 2019, Rn. 1736; EuArbR/*Winter*, 5. Aufl. 2024, RL 2001/23/EG Art. 3 Rn. 34; *Höpfner*, Die Tarifgeltung im Arbeitsverhältnis, 2015, S. 379; anders wohl *Commandeur/Kleinebrink*, BB 2014, 181, 182.

verhandlungen teilzunehmen, könne ein nicht gerechtfertigter Eingriff in Art. 16 GRC vorliegen. Insofern sieht der EuGH sogar eine Grenze für „günstigere Vorschriften“ iSv Art. 8 RL 2001/23/EG erreicht.

Diese Argumentation zeigt, dass der EuGH offenbar „dramatische“ Folgen für die Unternehmerfreiheit des Erwerbers befürchtet.¹⁷⁶⁸ Es kann nicht unterstellt werden, dass der Richtliniengeber auch in typischen Anwendungsfällen von Art. 3 RL 2001/23/EG kaum Spielraum für günstigere Regelungen lassen wollte. Eine weitreichende Einschränkung dieses Vorbehalts würde den Grenzen vertretbarer Rechtsanwendung jedenfalls nahekommen. In den Grenzen einer erkennbar gemeinten Regelung sollte den Entscheidungen des EuGH jedoch keine Regel entnommen werden, die dem geschriebenen Recht zuwiderläuft.¹⁷⁶⁹ Der weitreichende Ansatz des EuGH lässt erkennen, dass der Gerichtshof die Möglichkeit der effektiven Privatisierung öffentlicher Betriebe grundsätzlich gefährdet sieht.¹⁷⁷⁰ Es liegt nahe, die Entscheidungsregel auf diese Fälle zu beschränken. Bei der Privatisierung trifft ein besonders dringender Anpassungsbedarf des Erwerbers mit seinem pauschalen Ausschluss von den Tarifverhandlungen zusammen. Es handelt sich zudem um eine Kammerentscheidung, sodass auch insofern keine allgemeinere Aussage anzunehmen ist.¹⁷⁷¹

Auch in der Folgeentscheidung *Asklepios* wurde arbeitsvertraglich auf einen Tarifvertrag des öffentlichen Dienstes Bezug genommen. Auf den ersten Blick scheint der EuGH bei gleichem Sachverhalt anders entschieden zu haben. Zwar ging es auch in *Asklepios* um die weitere Anwendung von Arbeitsbedingungen aus Tarifverträgen des öffentlichen Dienstes. Der Unterschied zwischen *Alemo-Herron* und *Asklepios* beruht jedoch nicht zuletzt auf dem *Framing* durch die Vorlagefragen und die Schlussanträge der Generalanwälte. In *Alemo-Herron* hatte der vorlegende Supreme Court des Vereinigten Königreichs ergebnisoffen gefragt, wie die nationalen Gerichte eine dynamische Bezugnahmeklausel im Betriebsübergang nach der Richtlinie im Zusammenhang mit der Entscheidung *Werhof* zu beurteilen hätten.¹⁷⁷² Auch die Schlussanträge des Generalanwalts *Cruz Villalón* folgten dieser Linie und schlugen vor, dass die Richtlinie einer dynamischen

1768 Krause, in: FS Willemsen, 2018, S. 257, 261 f.

1769 Darin liegt noch keine normkonforme Auslegung, sondern eine bloße normorientierte Auslegung, vgl. bei → Fn. 954.

1770 Vgl. EuArbR/Winter, 5. Aufl. 2024, RL 2001/23/EG Art. 3 Rn. 34.

1771 Vgl. Junker, in: Giesen/Junker/Rieble, Neue Tarifrechtspolitik?, 2014, S. 173, 184.

1772 EuGH 18.7.2013 – C-426/11, AP Richtlinie 2001/23/EG Nr. 10 Rn. 19 (Alemo-Herron).

Fortgeltung nach nationalem Recht nicht entgegenstehe.¹⁷⁷³ Der EuGH legte dagegen völlig überraschend¹⁷⁷⁴ den Schwerpunkt auf die Auswirkungen der Privatisierung und entschied entgegengesetzt. Die Vorlage des BAG in *Asklepios* war hingegen zielgerichtet formuliert.¹⁷⁷⁵ Das BAG betonte bereits in seiner Vorlagefrage nachdrücklich, dass keine mit dem Sachverhalt in *Alemo-Herron* vergleichbare Privatisierungssituation vorliege. Schließlich habe der Veräußerer die Bezugnahmeklausel abgeschlossen, ohne seinerseits dem öffentlichen Dienst anzugehören.¹⁷⁷⁶ Der EuGH akzeptierte diese Differenzierung und ging in *Asklepios* mit keinem Wort auf seine Rechtsprechung zum „Systemwechsel“ ein.¹⁷⁷⁷

Die Entscheidung ist außerdem im Lichte der Gesamtsystematik der Rechtsprechung zu sehen. Die Entscheidungen des EuGH in den Rechtssachen *Scattolon*¹⁷⁷⁸ und *Unionen*¹⁷⁷⁹ wurden zum Teil dahin interpretiert, dass der EuGH auch für die kollektivvertragliche Ablösung im Betriebsübergang ein allgemeines Verschlechterungsverbot zugrunde legt.¹⁷⁸⁰ Träfe das zu, spräche die Gesamtsystematik dagegen, aus *Alemo-Herron* eine allgemeine Entdynamisierung bei fehlender Verhandlungsmöglichkeit des Betriebserwerbers abzuleiten. Bei näherem Hinsehen ist *Scattolon* und *Unionen* aber kein allgemeines Verschlechterungsverbot zu entnehmen.¹⁷⁸¹

1773 Schlussanträge des Generalanwalts *Cruz Villalón* 19.2.2023 – C-426/11, Rn. 39, 41.

1774 Vgl. *Eylert/Schinz*, RdA 2017, 140, 146.

1775 Sehr offen *Eylert/Schinz*, RdA 2017, 140, 149.

1776 BAG 17.6.2015 – 4 AZR 61/14 (A), AP TVG § 1 Bezugnahme auf Tarifvertrag Nr. 132 Rn. 46.

1777 Dazu bei → Fn. 1761.

1778 EuGH 6.9.2011 – C-108/10, AP Richtlinie 2001/23/EG Nr. 9 (Scattolon).

1779 EuGH 6.4.2017 – C-336/15, AP Richtlinie 2001/23/EG Nr. 12 (Unionen).

1780 ErfK/Preis, 24. Aufl. 2024, BGB § 613a Rn. 125; Schweibert, in: Willemse/Hohenstatt/Schweibert/Seibt, Umstrukturierung und Übertragung von Unternehmen, 6. Aufl. 2021, Teil I Rn. 66; Greiner/Pionteck, RdA 2020, 169, 175; Klein, EuZA 2014, 325, 332 f.; Sagan, ZESAR 2019, 407, 408 f.; Sagan, EuZA 2012, 247, 251 ff.; Steffan, NZA 2012, 473, 475 f.; Witschen, EuZA 2017, 534, 543; tendenziell auch Felten, ZESAR 2012, 139, 142; offenlassend Klengel, Kollektivverträge im EU-Betriebsübergangsrecht, 2020, 326 f.

1781 BAG 15.12.2020 – 1 AZR 499/18, AP BetrVG 1972 § 77 Nr. 122 Rn. 44; 12.6.2019 – 1 AZR 154/17, AP BGB § 613a Nr. 478 Rn. 93; 23.1.2019 – 4 AZR 445/17, AP BGB § 613a Nr. 476 Rn. 44; Staudinger/Annuf, 2022, BGB, § 613a Rn. 228; EuArbR/Winter, 5. Aufl. 2024, RL 2001/23/EG Art. 3 Rn. 67; Fenyves/Kerschner/Vonkilch/Rebhahn, Großkommentar zum ABGB – Klang Kommentar, 3. Aufl. 2014, Nach §§ 6, 7 ABGB Rn. 121 Fn. 466; Grau/F. Hartmann, in: Preis/Sagan, Europäisches Arbeitsrecht, 3. Aufl. 2024, § 9 Rn. 124 f.; Krause, in: Schlachter/Heinig, Europäisches Arbeits- und Sozialrecht, 2. Aufl. 2021, § 7 Rn. 82; Denke, Tarifvertrag und

Ob sich diese Regelbildung überhaupt methodisch vertretbar aus Art. 3 Abs. 3 der RL 2001/23/EG ableiten ließe, ist höchst zweifelhaft.¹⁷⁸² Bei der Interpretation aus dem Gesamtsystem der Rechtsprechung spielt das zwar keine Rolle, sofern eine solche Entscheidungsregel erkennbar gemeint war und damit die nachfolgende Regelbildung beeinflussen konnte.¹⁷⁸³ Allerdings sprechen die klar besseren Gründe dafür, dass der EuGH in *Scattolon* kein allgemeines Verschlechterungsverbot aufstellen wollte.¹⁷⁸⁴ Die Gesamtsystematik spricht damit nicht gegen die oben formulierte Regelbildung.

bb) Keine bruchlose Fortführung in *Asklepios*

Insgesamt weisen die Entscheidungen des EuGH in *Werhof*, *Alemo-Herron* und *Asklepios* jeweils Besonderheiten auf, die Ansätze für eine Kontextualisierung der jeweiligen Entscheidungsregeln bieten. Gleichwohl sind die Entscheidungen entgegen *Winter* nicht „*in jeglicher Hinsicht als „Kontinuität“ zu verstehen*.“¹⁷⁸⁵ Im Anschluss an die Regelbildung des EuGH in *Asklepios* findet auch in den Fällen einer „unmittelbaren“ Privatisierung keine Entdynamisierung der tariflichen Bezugnahmeklausel statt. Zwar hätte der EuGH in Anknüpfung an die Vorlage des BAG darauf abstellen können, dass die Bezugnahmeklauseln vom Veräußerer vereinbart worden waren, der seinerseits nicht dem öffentlich-rechtlichen Sektor angehörte.¹⁷⁸⁶ Das geschah jedoch weder in den Schlussanträgen von Generalanwalt *Bot* noch in den Entscheidungsgründen. Anders als noch in *Alemo-Herron* stellt der EuGH bei der Formulierung der Vorlagefrage auch nicht auf Besonderheiten des Einzelfalls ab.¹⁷⁸⁷

Betriebsübergang, 2020, S. 66 ff.; Höpfner, Die Tarifgeltung im Arbeitsverhältnis, 2015, S. 433 f.; Siegfanz-Strauß, Tarifrecht im Betriebsübergang, 2017, S. 461; Sittard/Pant, in: FS Henssler, 2023, S. 627, 635; Junker, EuZA 2016, 428, 439 f.; Junker, EuZA 2020, 1, 1f.; Sittard/Flockenhaus, NZA 2013, 652, 657; Willemsen, RdA 2012, 291, 301 f.; Winter, RdA 2013, 36, 38; zweifelnd auch J. Schubert/Jerchel, EuZW 2012, 926, 929.

1782 Ablehnend Sittard/Pant, in: FS Henssler, 2023, S. 627, 635, 642.

1783 Vgl. bei → Fn. 897.

1784 Siehe die Nachweise in → Fn. 1781.

1785 EuArbR/Winter, 5. Aufl. 2024, RL 2001/23/EG Art. 3 Rn. 22.

1786 BAG 17.6.2015 – 4 AZR 61/14 (A), AP TVG § 1 Bezugnahme auf Tarifvertrag Nr. 132 Rn. 29.

1787 EuGH 27.4.2017 – C-680/15 ua., AP Richtlinie 2001/23/EG Nr. 13 Rn. 15 (Asklepios).

Es handelt sich um eine Entscheidung der 3. Kammer, der EuGH gibt also auch nicht durch die Entscheidungsformation zu verstehen, dass er der Entscheidung besonders große allgemeine Bedeutung beimisst.¹⁷⁸⁸

Damit tritt in *Asklepios* jedoch auch nicht bloß „*eine weitere Facette denkbarer Einzelfalllösung hinzu*.“¹⁷⁸⁹ Zwar sind neben der unmittelbaren Privatisierung auch andere Fälle dringenden Anpassungsbedarfs bei gleichzeitigem Ausschluss von den Tarifverhandlungen denkbar.¹⁷⁹⁰ Es ist aber kaum vorstellbar, warum in solchen Fällen nur die automatische Entdynamisierung mit der Unternehmerfreiheit des Erwerbers gem. Art. 16 GRC vereinbar sein sollte. Stattdessen kommt es nunmehr darauf an, ob der Erwerber einvernehmliche oder einseitige Möglichkeiten zur Anpassung der Arbeitsbedingungen hat.¹⁷⁹¹ Diese Kriterien überlagern nach der neuen Entscheidung die Frage, ob ein „*Systemwechsel*“ vorliegt und ob der Erwerber im Zusammenhang damit von den Verhandlungen über die Tarifinhalte ausgeschlossen ist.¹⁷⁹² Gibt es im nationalen Recht solche Möglichkeiten, scheidet eine automatische Entdynamisierung aus. Nur wenn das nicht der Fall ist, sind die Kriterien aus *Alemo-Herron* näher zu prüfen.¹⁷⁹³

Zugleich bestätigt der EuGH in *Asklepios* zwei abstraktere Entscheidungsregeln aus *Alemo-Herron*. Danach muss der Erwerber in der Lage sein, nach dem Übergang die für die Fortsetzung seiner Tätigkeit erforderlichen Anpassungen vorzunehmen. Außerdem muss es ihm möglich sein, seine Interessen im Rahmen eines zum Vertragsabschluss führenden

1788 Dazu bei → Fn. 1505.

1789 So aber EuArbR/*Winter*, 5. Aufl. 2024, RL 2001/23/EG Art. 3 Rn. 37.

1790 EuArbR/*Winter*, 5. Aufl. 2024, RL 2001/23/EG Art. 3 Rn. 37 weist auf den Ausstieg aus einem „*Konzerntarifvertrag*“ hin, wenn der Betrieb aus dem Konzern ausgegliedert wird. Einen „*Konzerntarifvertrag*“ im Sinne eines Tarifvertrags mit dem Konzern auf Arbeitgeberseite gibt es allerdings nicht, näher *Höpfner*, in: *Rieble/Junker/Giesen, Arbeitsrecht im Konzern*, 2011, S. 115 ff. Hier dürfte die Gestaltungsform eines Tarifvertrags zwischen „*Konzern-Arbeitgeberverband*“ und Gewerkschaft gemeint sein, *Höpfner*, in: *Rieble/Junker/Giesen, Arbeitsrecht im Konzern*, 2011, S. 115, 136 ff.

1791 EuGH 27.4.2017 – C-680/15 ua., AP Richtlinie 2001/23/EG Nr. 13 Rn 29 (Asklepios).

1792 *Grau/F. Hartmann*, in: *Preis/Sagan, Europäisches Arbeitsrecht*, 3. Aufl. 2024, § 9 Rn. 133; *Krause*, in: *Schlachter/Heinig, Europäisches Arbeits- und Sozialrecht*, 2. Aufl. 2021, § 7 Rn. 87.

1793 Vgl. *F. Hartmann*, EuZA 2017, 521, 525 f.; *Moll/Katerndahl*, Anmerkung zu AP TVG § 1 Bezugnahme auf Tarifvertrag Nr. 139 unter I.I.c); *Tiedemann*, EuZW 2017, 513, 514.

Verfahrens, an dem er beteiligt ist, wirksam geltend zu machen.¹⁷⁹⁴ Diese Entscheidungsregeln gelten fort und können in zukünftigen Fällen der Anknüpfungspunkt für weitere Konkretisierungen sein. Im Wege der Ermittlung der Entscheidungsregel folgt aus *Alemo-Herron* im Zusammenhang mit der späteren Rechtsprechung in *Asklepios* kein „Entdynamisierungsgebot“ bei fehlender Einflussmöglichkeit in späteren Kollektivverhandlungen.

cc) Vertretbarkeit der Entscheidungsregel

Da aus *Alemo-Herron* keine Entscheidungsregel mit dem Inhalt einer automatischen „Entdynamisierung“ folgt, kann die Vertretbarkeit einer solchen Regel dahinstehen.

c) Fortbildung der Entscheidungsregel

Eine Erstreckung der automatischen Entdynamisierung durch Fortbildung der Entscheidungsregel wäre zwar grundsätzlich für andere Fälle strukturell fehlender Einwirkungsmöglichkeiten des Erwerbers denkbar.¹⁷⁹⁵ Aus der Sicht eines prognostizierenden Rechtsanwenders steht dem jedoch die neue Rechtsprechungslinie aus *Asklepios* entgegen.¹⁷⁹⁶ Auch aus dem inneren System der Entscheidungsregeln folgt nichts anderes. Die neuere Rechtsprechung in *Unionen* lässt nicht auf ein allgemeines Verschlechterungsverbot schließen. Das zeigt ein Vergleich der Formulierungen in *Scattolon* und *Unionen*. Die Diskussion um ein allgemeines Verschlechterungsverbot hatte sich in *Scattolon* daran entzündet, dass der EuGH formulierte, die kollektivvertragliche Ablösung dürfe „also nicht zum Ziel oder zur Folge haben, dass diesen Arbeitnehmern insgesamt schlechtere Arbeitsbedingungen als

1794 EuGH 27.4.2017 – C-680/15 ua., AP Richtlinie 2001/23/EG Nr. I.3 Rn. 22 f. (*Asklepios*); vgl. *Krause*, in: *FS Willemsen*, 2018, S. 257, 261.

1795 Vgl. *Naber/Krois*, ZESAR 2014, 121, 127; *Reufels*, in: *Hümmerich/Reufels*, Gestaltung von Arbeitsverträgen und Dienstverträgen für Geschäftsführer und Vorstände, 4. Aufl. 2019, Rn. 1736; andeutungsweise auch EuArbR/*Winter*, 5. Aufl. 2024, RL 2001/23/EG Art. 3 Rn. 37. Keinesfalls übertragbar ist die Regel auf Situationen, in denen sich der Erwerber freiwillig gegen einen Verbandsbeitritt entscheidet, so aber *Commandeur/Kleinebrink*, BB 2014, 181, 182; richtig dagegen *Höpfner*, Die Tarifgeltung im Arbeitsverhältnis, 2015, S. 379.

1796 BAG 30.8.2017 – 4 AZR 95/14, NZA 2018, 255 (260) Rn. 44 ff.; ErfK/*Preis*, 24. Aufl. 2024, BGB § 613a Rn. 127c.

die vor dem Übergang geltenden auferlegt werden.“¹⁷⁹⁷ Obwohl Generalanwalt *Tanchev* diese Formulierung in den Schlussanträgen¹⁷⁹⁸ zu *Unionen* aufgriff, modifizierte der EuGH seine Formulierung.¹⁷⁹⁹ Die deutlich stärker einzelfallbezogene Formulierung indiziert, dass der EuGH kein allgemeines Verschlechterungsverbot aufstellen will.¹⁸⁰⁰

Insgesamt ist damit weder aus Sicht des prognostizierenden noch des entscheidenden Rechtsanwenders Raum für eine Entscheidungsregel, nach der die vereinbarte Dynamik einer Bezugnahmeklausel nach einem Betriebsübergang automatisch endet, wenn der Erwerber keine Möglichkeit hat, auf die zukünftige Gestaltung der einschlägigen kollektivvertraglichen Arbeitsbedingungen Einfluss zu nehmen.

d) Zwischenergebnis

Weder im Wege der Ermittlung noch dem der Fortbildung der Entscheidungsregel aus *Alemo-Herron* ist eine allgemeine Entdynamisierung von Bezugnahmeklauseln bei fehlender Einflussmöglichkeit des Erwerbers in späteren Kollektivverhandlungen anzunehmen. Offen ist, welche Anforderungen sich aus dem Recht des Arbeitgebers, erforderliche Anpassungen vorzunehmen, im Einzelnen ergeben. Die Formulierung der Vorlagefragen in *Asklepios* hat insofern keine letzte Klarheit gebracht.¹⁸⁰¹ Nicht ausgeschlossen scheint, dass der EuGH aufgrund des *Framings* der Vorlage einem „Motivirrtum“ über das Bestehen effektiver Anpassungsmöglichkeiten unterlag. Eine erneute Vorlage, in der die Voraussetzungen einer einseitigen Anpassung durch den Arbeitgeber näher dargelegt werden, könnte insofern Rechtssicherheit schaffen.

1797 EuGH 6.9.2011 – C-108/10, AP Richtlinie 2001/23/EG Nr. 9 Rn. 76 (Scattolon).

1798 Schlussanträge des Generalanwalts *Tanchev* 1.2.2017 – C-336/15 Rn. 33.

1799 EuGH 6.4.2017 – C-336/15, AP Richtlinie 2001/23/EG Nr. 12 Rn. 31, 33 (Unionen).

1800 *Sittard/Pant*, in: FS Henssler, 2023, S. 627, 636.

1801 Wiedemann/*Thüsing*, TVG, 9. Aufl. 2023, Einleitung Rn. 245; *R. Wolf*, in: FS Willemesen, 2018, S. 641, 645: „[der EuGH] ist in gewisser Weise [...] vom BAG um die Fichte geführt worden“; *Krause*, in: FS Willemesen, 2018, S. 257, 266; *F. Hartmann*, EuZA 2017, 521, 531f.; *Latzel*, GPR 2017, 301, 303; *Moll/Katerndahl*, Anmerkung zu AP TVG § 1 Bezugnahme auf Tarifvertrag Nr. 139 unter II.; *T. Wißmann/Niklas*, NZA 2017, 697, 701.

III. Beispiel für Entscheidungsregeln aus der EGMR-Rechtsprechung: Zusammentreffen rechtmäßiger und rechtswidriger Streikziele

Entscheidungen des EGMR spielen im deutschen Arbeitsrecht eine zunehmende, bisher aber untergeordnete Rolle im Vergleich zu denen von BAG und EuGH. Nur eine begrenzte Anzahl dieser Entscheidungen bereitet bei der Interpretation für die deutsche Rechtsanwendung Schwierigkeiten. Das liegt nicht zuletzt daran, dass die meisten Sachfragen, die das Konventionsrecht erfasst, auch unionsrechtlich determiniert sind. Nicht zuletzt aufgrund der zum Teil extensiven Anwendung der richtlinienkonformen Auslegung in der Rechtsprechung¹⁸⁰² steht das Unionsrecht in diesen Fällen stärker im Vordergrund. Bedeutung erlangt das Arbeitsvölkerrecht danach vor allem im Arbeitskampfrecht. Auf diesem Gebiet gibt es nur punktuelle unionsrechtliche Vorgaben des EuGH.¹⁸⁰³ Auch künftig wird die EGMR-Rechtsprechung größere eigenständige Bedeutung behalten, da sich die Unionskompetenzen gem. Art. 153 Abs. 5 AEUV explizit nicht auf dieses Gebiet erstrecken.¹⁸⁰⁴

Im Folgenden wird zunächst die rechtliche Ausgangskonstellation der Gesamtrechtswidrigkeit von Arbeitskampfmaßnahmen bei Zusammentreffen rechtmäßiger und rechtswidriger Arbeitskampfziele erklärt (1.). Anschließend wird die Entscheidung des EGMR in der Rechtssache *HLS* beleuchtet und eine Regelhypothese entwickelt (2.). Zum Schluss wird die Regelhypothese anhand der entwickelten Methode der Präjudizieninterpretation überprüft (3.).

1. Ausgangskonstellation

Verfolgt eine Koalition im Arbeitskampf sowohl rechtswidrige als auch rechtmäßige Streikziele, stellt sich die Frage nach der Rechtmäßigkeit des Arbeitskampfs insgesamt. Die in Deutschland heute anerkannte „Röhre-Theorie“¹⁸⁰⁵ geht davon aus, dass bei einer rechtswidrigen Streikforderung

1802 Ausführlich und nach einzelnen Entscheidungen differenzierend *Kamanabrou*, Richtlinienkonforme Auslegung im Rechtsvergleich, 2021, S. 115 ff.

1803 Praktisch bedeutsam sind vor allem die EuGH-Entscheidungen *Viking* und *Laval*, vgl. bei → Fn. 1440.

1804 *Junker*, EuZA 2018, 304, 311. Zur (ebenfalls) zweifelhaften völkerrechtlichen Kompetenz für das Arbeitskampfrecht vgl. bei → Fn. 1816.

1805 Begriff von *Reuss*, AuR 1966, 33, allerdings in kritischer Stoßrichtung.

grundsätzlich der gesamte Streik rechtswidrig ist.¹⁸⁰⁶ Im Anschluss an eine Entscheidung des EGMR¹⁸⁰⁷ wurde allerdings bezweifelt, ob diese Auffassung weiter bestehen könne.¹⁸⁰⁸

2. Entscheidung des EGMR in der Rechtssache *HLS*

In den verfahrensgegenständlichen kroatischen Sachverhalten hatten die Gerichte in einem vorausgegangenen Prozess festgestellt, dass die Hauptforderungen der Gewerkschaft rechtswidrig waren. Daraufhin hatten die Gerichte im nachfolgenden Prozess darauf verzichtet, alle weiteren Streikgründe im Einzelnen auf ihre Rechtmäßigkeit zu überprüfen und den Streik für rechtswidrig erklärt. Diese Vorgehensweise beanstandete der EGMR.¹⁸⁰⁹ In der deutschen Literatur folgerten manche daraus, dass ein Streik bereits insgesamt rechtmäßig sein könne, wenn eine unter verschiedenen Streikforderungen rechtmäßig sei.¹⁸¹⁰ Bei näherer Betrachtung spricht aber vieles dagegen, der Entscheidung eine derart allgemeine Regel zu entnehmen.¹⁸¹¹

Ob das Urteil des EGMR eine für den Sachverhalt einschlägige Entscheidungsregel aufstellt und wenn ja, was daraus folgt, ist Schritt für Schritt

1806 BAG 26.7.2016 – 1 AZR 160/14, NZA 2016, 1543 (1549) Rn. 50 ff.; *Löwisch/Rieble*, TVG, 4. Aufl. 2017, Grundlagen Rn. 516; *Kissel*, Arbeitskampfrecht, 2002, § 24 Rn. II; *Otto*, Arbeitskampf- und Schlichtungsrecht, 2006, § 5 Rn. 25; *Benecke*, ZFA 2018, 2, 15; zurückhaltender noch BAG 10.12.2002 – 1 AZR 96/02, NZA 2003, 734, 741; nur bei rechtswidriger „Hauptforderung“; differenzierend auch *Rüthers*, in: *Brox/Rüthers*, Arbeitskampfrecht, 2. Aufl. 1982, Rn. 159.

1807 EGMR 27.11.2014 – 36701/09, BeckRS 2015, 80123 (Hrvatski Liječnički Sindikat (HLS)/Kroatien).

1808 So *J. Schubert*, Arbeitsvölkerrecht, 2017, S. 166; *Jacobs/L. Schmidt*, EuZA 2016, 82, 95; *Lörcher*, AuR 2015, 126, 129; *Walser*, EuZA 2022, 338, 351f.; hinsichtlich der schadensrechtlichen Folgen auch *Jacobs/Holle*, in: *FS Preis*, 2021, S. 501, 508, 509 f.; *Junker*, EuZA 2018, 304, 314 erkennt jedenfalls einen „Widerspruch“.

1809 EGMR 27.11.2014 – 36701/09, BeckRS 2015, 80123 Rn. 58 (Hrvatski Liječnički Sindikat (HLS)/Kroatien).

1810 *Jacobs/Holle*, in: *FS Preis*, 2021, S. 501, 510; *Bram*, AuR 2017, 242, 244; *Bücker*, AuR 2017, 328, 332; *Däubler*, AuR 2017, 232, 234; *Jacobs/L. Schmidt*, EuZA 2016, 82, 95; *Lörcher*, AuR 2015, 126, 129; wohl auch *Poscher*, RdA 2017, 235, 244; *J. Schubert/Jerchel*, EuZW 2017, 551, 561.

1811 *Lettmeier*, Funktionselemente der Koalitionsfreiheit nach Art. II EMRK, 2021, S. 135; *Junker*, ZFA 2015, 267, 277.

zu überprüfen.¹⁸¹² Das gilt umso mehr, als der Sachverhalt in diesem Fall komplex und eher unzugänglich ist.

3. Überprüfung am Maßstab der Methode der Präjudizieninterpretation

Zunächst wird geprüft, ob sich die Entscheidung des EGMR als im Ergebnis vertretbar erweist (a). Im Anschluss wird anhand der einzelnen Kriterien zur Ermittlung der Entscheidungsregel geprüft, ob sich die Regelhypothese in näherer Hinsicht bestätigt (b). Zum Schluss wird erläutert, ob die gemeinte Entscheidungsregel im Sinne der Regelhypothese fortzubilden ist (c).

a) Vertretbarkeit der Entscheidung

Auf der ersten Stufe muss der Einzelfall vertretbar entschieden worden sein. Dabei wird jeweils die Perspektive des prognostizierenden Rechtsanwenders von der des entscheidenden Rechtsanwenders unterschieden.

Aus der Sicht des prognostizierenden Rechtsanwenders sind keine näheren Überlegungen erforderlich. Für die Entscheidungsregeln des EGMR haben sich in der Rechtsprechung bisher keine gelebten Grenzen der Vertretbarkeit herausgebildet. Zwar wird vertreten, dass es sich bei der Rechtsprechung des EGMR zum Arbeitskampfrecht um Ultra-vires-Akte handele.¹⁸¹³ Da die Ultra-vires-Kontrolle jedoch bisher nicht auf Entscheidungen des EGMR angewendet wird, ist diese Kategorie für den prognostizierenden Rechtsanwender ohne Bedeutung.¹⁸¹⁴

Der entscheidende Rechtsanwender hat dagegen die Entscheidungen des EGMR nach den allgemeinen Regeln der Rechtsanwendung im Völkerrecht auf ihre Vertretbarkeit zu überprüfen.¹⁸¹⁵ Nach dem ursprünglichen Konzept der Vertragsparteien sollte Art. 11 Abs. 1 Hs. 2 EMRK keine Vorgaben für das Arbeitskampfrecht enthalten.¹⁸¹⁶ Ein normativer Anknüpfungspunkt für die Berücksichtigung eines Wertewandels durch den EGMR ist

1812 Zu den einzelnen Stufen vgl. bei → Fn. 527.

1813 Löwisch/Rieble, TVG, 4. Aufl. 2017, Rn. 329, 516.

1814 Vgl. bei → Fn. 764.

1815 Vgl. bei → Fn. 721.

1816 Vgl. Schlachter, RdA 2011, 341, 344 f.

Art. 32 Abs. 1 EMRK.¹⁸¹⁷ Der EGMR verweist für die Auslegung zudem auf Art. 31 WVK. Nach Art. 31 Abs. 3 (c) WVK sind einschlägige Völkerrechtssätze zu berücksichtigen. Art. 5 WVK erklärt einschlägige Vorschriften internationaler Organisationen jedoch für vorrangig gegenüber diesen allgemeinen Auslegungsregeln. Nach Art. 31 Abs. 3 (b) WVK ist eine spätere übereinstimmende Anwendungspraxis der Vertragsparteien zu berücksichtigen. In der Zusammenschau leitet der EGMR aus diesen Vorschriften her, dass die Auslegungen der intern zuständigen Gremien von International Labour Organization (ILO) und Europarat maßgebliche Bedeutung hätten.¹⁸¹⁸

Dieser Ansatz wurde in der Literatur als „ganzheitliche“ Methode des EGMR bezeichnet.¹⁸¹⁹ Methodisch bestehen gegen diesen Interpretationsansatz große Bedenken.¹⁸²⁰ Die Ableitung eines Rechts auf Arbeitskampf aus Art. 11 Abs. 1 Hs. 2 EMRK kann nicht im Wege der Auslegung erfolgen. Der Wortlaut des Art. 11 Abs. 1 Hs. 2 EMRK erfasst nur die Gewerkschaftsgründung und den Gewerkschaftsbeitritt. Auch die Entstehungsgeschichte der Norm spricht gegen ein Recht auf Arbeitskampf. Die Europäische Sozialcharta enthält Regelungen zum Arbeitskampf. Anders als die EMRK sieht sie indes keine individuellen Durchsetzungsmöglichkeiten vor.¹⁸²¹ Die Zweiteilung in die sozialen und wirtschaftlichen Rechte der ESC einerseits und die Menschenrechte der EMRK andererseits zeigt, dass die Herleitung arbeitskampfrechtlicher Vorgaben aus der EMRK nicht dem ursprünglichen Konzept der Konventionsstaaten entspricht.¹⁸²²

In Betracht kommt daher nur eine dynamische Rechtsfortbildung von Art. 11 Abs. 1 Hs. 2 EMRK.¹⁸²³ Entscheidende Voraussetzung dafür ist, dass die zwischenzeitliche Weiterentwicklung des Rechts im Einzelnen dargelegt wird.¹⁸²⁴ Die Begründung des EGMR in der Entscheidung *Enerji Yapı-Yol*

1817 *Schlachter*, RdA 2011, 341, 345.

1818 *Schlachter*, RdA 2011, 341, 345; *Seifert*, KritV 2009, 357, 362.

1819 *Buchholtz*, in: *Schlachter/Heuschmid/Ulber*, Arbeitsvölkerrecht, 2019, § 10 Rn. 27; *Lörcher*, AuR 2011, 88; vgl. zur Kritik bereits bei → Fn. 1673.

1820 Kritisch *Löwisch/Rieble*, TVG, 4. Aufl. 2017, Grundlagen Rn. 327 f.; *Seifert*, KritV 2009, 357, 363 ff.; zweifelnd auch *Schlachter*, RdA 2011, 341, 345 ff.

1821 *Löwisch/Rieble*, TVG, 4. Aufl. 2017, Grundlagen Rn. 327 f.; *Schlachter*, RdA 2011, 341, 344.

1822 *C. Schubert*, AöR 137 (2012), 92, 101.

1823 Auch insofern zweifelnd *C. Schubert*, AöR 137 (2012), 92, 103; entsprechend für ein Recht auf Kollektivverhandlungen *D. Schmidt*, Die deutsche Tarifordnung im europäischen Mehrebenensystem, 2023, S. 260 ff.

1824 Vgl. bei → Fn. 758.

Sen unter Rückgriff auf *Demir und Baykara* genügt diesen Anforderungen nicht.¹⁸²⁵ Der vermeintliche Konsens zwischen den Konventionsstaaten beruht auf einer methodisch mangelhaften Rechtsvergleichung.¹⁸²⁶ Darüber hinaus kann ein allgemeiner Konsens auch nicht auf die Spruchpraxis der Sachverständigenausschüsse gestützt werden.¹⁸²⁷ Zwar kommt es nur auf die Vertretbarkeit der Entscheidung im Ergebnis an. Auch dann ist jedoch zweifelhaft, ob ein Streikrecht aus Art. 11 Abs. 1 Hs. 2 EMRK im Wege der Rechtsfortbildung abgeleitet werden kann. Schon deshalb spricht einiges dagegen, der Entscheidung eine verbindliche allgemeine Regel zu entnehmen, nach der die „Rührei-Theorie“ aufzugeben wäre.

b) Ermittlung der Entscheidungsregel

Die Vertretbarkeit kann jedoch dahinstehen, wenn sich ohnehin keine Entscheidungsregel ermitteln lässt, die der „Rührei-Theorie“ entgegensteht.

aa) Einzelne Kriterien

Zunächst fällt der Wortlaut der zitierten Passage auf – besser gesagt: ihr Tonfall. Die resolute Formulierung gilt manchen als Bestätigung, dass der EGMR seine Aussage allgemein verstanden wissen wolle.¹⁸²⁸ Vor dem Hintergrund des vollständigen Sachverhalts¹⁸²⁹ deutet jedoch gerade die

1825 EGMR 21.4.2009 – 68959/01, NZA 2010, 1423 Rn. 24 (Enerji Yapi-Yol Sen); EGMR (Große Kammer) 12.11.2008 – 34503/97, NZA 2010, 1425 Rn. 34 ff. (Demir und Baykara); *D. Schmidt*, Die deutsche Tarifordnung im europäischen Mehrebenensystem, 2023, S. 279.

1826 *D. Schmidt*, Die deutsche Tarifordnung im europäischen Mehrebenensystem, 2023, S. 268 ff.

1827 *Katerndahl*, Tarifverhandlung und Streik als Menschenrechte, 2017, S. 119 ff.; *D. Schmidt*, Die deutsche Tarifordnung im europäischen Mehrebenensystem, 2023, S. 276; *Povedano Peramato*, Streikrecht und Arbeitsvölkerrecht, 2020, S. 269 f.; *Boecken/Düwell/Diller/Hanau/Sagan*, NK-GA, 2. Aufl. 2023, EMRK Art. 11 Rn. 18; *C. Schubert*, AöR 137 (2012), 92, 101, 102; großzügiger dagegen *Goren*, Der Tarifbezug des Arbeitskampfes, 2014, S. 212 f.; *Ickenroth*, Das deutsche Beamtentstreikverbot im Lichte der Europäischen Menschenrechtskonvention, 2016, S. 155 f.

1828 In dieser Tendenz *Jacobs/L. Schmidt*, EuZA 2016, 82, 95.

1829 Dieser ist in keiner Fachzeitschrift auf Deutsch ohne Auslassungen nachzulesen. Die einzige deutsche Übersetzung von *Buschmann/Lörcher* in AuR 2015, 146 ent-

Wortwahl auf das Gegenteil. Der kroatische Staat hatte sich im Vorfeld der nationalen Gerichtsverfahren in einer Weise verhalten, die dem EGMR ersichtlich nicht behagte.¹⁸³⁰ Ähnliches gilt für die Prozesse selbst. Der oberste kroatische Gerichtshof hatte zwar in einem Parallelverfahren entschieden, dass zwischen den Parteien kein einschlägiger Tarifvertrag bestand. Trotzdem – so der EGMR – habe er es nicht „für nötig gehalten zu prüfen“¹⁸³¹, ob die Gewerkschaft für einen neuen Tarifvertrag streiken dürfe.¹⁸³² Im Ergebnis sei die Gewerkschaft für drei Jahre und acht Monate daran gehindert gewesen, ihr stärkstes Druckmittel, den Streik, auszuüben. Das sei insbesondere in diesem Fall kaum hinzunehmen. Denn ein entsprechender Tarifvertrag sei von den Sozialpartnern bereits abgeschlossen, anschließend jedoch aus rein formellen Gründen für unwirksam erklärt worden.¹⁸³³

An dieser Stelle klingt der implizite Vorwurf selbstwidersprüchlichen Verhaltens an die kroatische Regierung und die kroatischen Gerichte besonders deutlich an.¹⁸³⁴ Im Ausgangsfall ging es um Streikziele, die sich auf zwei sich ausschließende Rechtslagen bezogen und beziehen mussten: Die betroffene Gewerkschaft hätte den Streik jedenfalls nicht zugleich auf die Wirksamkeit und (mit anderen Streikzielen) auf die Unwirksamkeit der Vereinbarung stützen können. Nachdem sich die kroatische Regierung an die Vereinbarung nicht mehr gebunden fühlte, war die kroatische Gewerkschaft in einer schwierigen Situation. Zum Zeitpunkt der Weigerung war bereits die Klage der Konkurrenzgewerkschaft auf Feststellung der Nichtigkeit der Vereinbarung anhängig. Hätte die Klage später Erfolg ge-

hält leider nicht den gesamten Tatbestand. Beispielhaft zu Problemen bei der Rezeption nur auszugsweise veröffentlichter Rechtsprechung *Schulze-Osterloh*, JZ 1984, 276.

1830 Vgl. dazu die subtilen Hinweise bei *Junker*, ZFA 2015, 267, 277.

1831 In der englischen Originalsprache: „neither the Zagreb County Court nor the Supreme Court found it necessary to examine“, EGMR 27.II.2014 – 36701/09, BeckRS 2015, 80123 Rn. 58 (Hrvatski Liječnički Sindikat (HLS)/Kroatien).

1832 Der Richter *Pinto De Albuquerque* sieht sogar einen Selbstwiderspruch des obersten kroatischen Gerichtshofs, AuR 2015, 146, 151 Rn. 13 der zustimmenden Meinung.

1833 EGMR 27.II.2014 – 36701/09, BeckRS 2015, 80123 Rn. 59 (Hrvatski Liječnički Sindikat (HLS)/Kroatien).

1834 EGMR 27.II.2014 – 36701/09, BeckRS 2015, 80123 (Hrvatski Liječnički Sindikat (HLS)/Kroatien) Rn. 12 der zustimmenden Meinung des Richters *Pinto De Albuquerque*; vgl. auch die knappe Zusammenfassung in EGMR 15.5.2018 – 2451/16 Rn. 26 (Association of Academics).

habt, wäre der damalige Streik ohne das zusätzliche Streikziel in jedem Fall rechtswidrig gewesen. Hätte die streikende Gewerkschaft dagegen nur für den Abschluss einer neuen Vereinbarung gestreikt, hätte sie damit die Unwirksamkeit ihrer Vereinbarung einräumen müssen. Zugleich zogen sich die Prozesse über die Wirksamkeit der Vereinbarung nach dem Streik noch über nahezu fünf Jahre hin.¹⁸³⁵ Das Feststellungsverfahren abzuwarten, hätte daher für die Gewerkschaftsmitglieder keine effektive Interessenvertretung bedeutet.

Hinzu kam, dass § 10 Abs. 2 des Haupttarifvertrags Arbeitskampfmaßnahmen im Falle von Streitigkeiten über Zusätze zur Vereinbarung ausdrücklich zuließ. Genau um einen solchen Zusatz handelte es sich jedoch bei der Vereinbarung der streikenden Gewerkschaft.¹⁸³⁶ Dieser Umstand wird in der Urteilsbegründung des EGMR nicht erwähnt, mag aber zum Gesamteindruck der entscheidenden 1. Sektion beigetragen haben. Das Gesamtbild zeigt, dass die Gewerkschaft keine zumutbare Alternative zu ihrem Streik hatte, durch die Prozesssituation jedoch insgesamt trotz des vorweggenommenen Ergebnisses (der oberste Gerichtshof hatte die Wirksamkeit der Vereinbarung bereits im Prozess um das Streikverbot verneint)¹⁸³⁷ für drei Jahre und acht Monate keinen weiteren Streik organisieren konnte.

Die Gesamtsystematik der EGMR-Rechtsprechung zum Streikrecht zeigt ein gemischtes Bild.¹⁸³⁸ Einerseits wird in der neueren Rechtsprechung stets hervorgehoben, dass das Streikrecht ein „wichtiges Element“ des Art. 11 Abs. 1 Hs. 2 EMRK sei.¹⁸³⁹ Andererseits hat der EGMR stets betont, dass das Streikrecht nicht absolut gewährleistet sei, sondern gem. Art. 11 Abs. 2 EMRK beschränkt werden könne.¹⁸⁴⁰ So hat er in der Rechtssache RMT auch ein generelles Verbot des Unterstützungsarbeitskampfs nicht

1835 EGMR 27.11.2014 – 36701/09, BeckRS 2015, 80123 Rn. 21, 30 (Hrvatski Liječnički Sindikat (HLS)/Kroatien).

1836 EGMR 27.11.2014 – 36701/09, BeckRS 2015, 80123 (Hrvatski Liječnički Sindikat (HLS)/Kroatien) Rn. 12 der zustimmenden Meinung des Richters *Pinto De Albuquerque*.

1837 EGMR 27.11.2014 – 36701/09, BeckRS 2015, 80123 (Hrvatski Liječnički Sindikat (HLS)/Kroatien) Rn. 23.

1838 Bröhmer, in: Dörr/Grote/Marauhn, EMRK/GG/ Band 1 / Kapitel 1–19, 3. Aufl. 2022, Kap. 19 Rn. 131.

1839 EGMR 20.11.2018 – 44873/09 Rn. 56, 70 (Ognevenko); sinngleich wohl EGMR (Große Kammer) 14.12.2023 – 59433/18 u.a. Rn. 108 (Humpert): „eines der wichtigsten Mittel“.

1840 So bereits in EGMR 21.4.2009 – 68959/01, NZA 2010, 1423 Rn. 32 (Enerji Yapı-Yol Sen).

beanstandet.¹⁸⁴¹ Außerdem können auch weitgehende Beschränkungen des Streikrechts im Einzelfall rechtmäßig sein.¹⁸⁴² Im Vergleich mit den bisherigen Beanstandungen des EGMR betrifft die Theorie der Gesamtrechtswidrigkeit eher eine Detailfrage des Arbeitskampfs. Auch die Gesamtsystematik spricht daher nicht dafür, der Entscheidung in der Rechtssache *HLS* eine entgegenstehende Entscheidungsregel zu entnehmen.

bb) Keine völkerrechtliche Ablehnung der „Rührei-Theorie“

Die Entscheidung hat dennoch lauten Widerhall in der deutschen Literatur hervorgerufen. Manche¹⁸⁴³ betonen den langjährigen Ausschluss des Streikrechts aufgrund bloß formaler Gründe. Andere¹⁸⁴⁴ sehen in ihr zwar den Stellenwert des Arbeitskampfrechts hervorgehoben, ziehen aber keine spezifischen Schlüsse für das Zusammentreffen rechtmäßiger und rechtswidriger Streikziele. Zum Teil wurde sogar versucht, Rückschlüsse auf eine vermeintliche völkerrechtliche Unzulässigkeit der deutschen Tarifeinheit zu ziehen.¹⁸⁴⁵

Aus dem Gesamtkontext wird indes deutlich, dass vom EGMR keine allgemeine Entscheidungsregel gemeint war, die der „Rührei-Theorie“ entgegensteht.¹⁸⁴⁶ So wird die Entscheidung auch vom BAG und einem erheblichen Teil der Literatur mit Recht nicht als Aussage zur Unzulässigkeit der

1841 EGMR 8.4.2014 – 31045/10, Rn. 98 (RMT).

1842 Überblicksweise EGMR (Große Kammer) 14.12.2023 – 59433/18 u.a. Rn. 103 ff. (Humpert); EGMR 15.5.2018 – 2451/16 Rn 26 f. (Association of Academics); Lettmeier, Funktionselemente der Koalitionsfreiheit nach Art. II EMRK, 2021, S. 168 f.; EuArB/C. Schubert, 5. Aufl. 2024, EMRK Art. II Rn. 73 ff.

1843 Katerndahl, Tarifverhandlung und Streik als Menschenrechte, 2017, S. 155 Fn. 536; Lettmeier, Funktionselemente der Koalitionsfreiheit nach Art. II EMRK, 2021, S. 136 f.; Nußberger, DRdA 2015, 408, 409 f.

1844 Katerndahl, in: FS Moll, 2019, S. 339, 345; Walser, EuZA 2022, 338, 347; hinsichtlich Arbeitskampfverboten aufgrund einstweiliger Verfügungen Heuschmid, NZA-Beil. 2018, 68, 76.

1845 So generell Schlachter, AuR 2015, 217, 222; mit Blick die arbeitskampfrechtlichen Auswirkungen der Tarifeinheit Jacobs/L. Schmidt, EuZA 2016, 82, 93 f.; Lörcher, AuR 2015, 126, 129; andeutungsweise auch J. Schubert, Arbeitsvölkerrecht, 2017, S. 166.

1846 Treber, in: Schlachter/Heuschmid/Ulber, Arbeitsvölkerrecht, 2019, § 13 Rn. 57; C. Frank, ZESAR 2024, 217, 221.

„Rührei-Theorie“ gelesen.¹⁸⁴⁷ Eine Abstraktion mag dahingehend möglich sein, dass nach Auffassung des EGMR der Schutzbereich von Art. 11 Abs. 1 EMRK bei Zusammentreffen rechtmäßiger und rechtswidriger Streikziele eröffnet ist.¹⁸⁴⁸ Daraus folgt aber nicht, dass eine abweichende Regelung auf nationaler Ebene gegen Art. 11 EMRK verstößt. Vielmehr spricht alles dafür, dass ein Eingriff in der Form der in Deutschland anerkannten „Rührei-Theorie“ gem. Art. 11 Abs. 2 S. 1 EMRK gerechtfertigt werden kann.¹⁸⁴⁹ Dafür genügt eine gefestigte höchstgerichtliche Rechtsprechung.¹⁸⁵⁰

cc) Vertretbarkeit der Entscheidungsregel

Eine Entscheidungsregel des Inhalts, dass die deutsche „Rührei-Theorie“ generell unzulässig sei, ergibt sich nicht aus der Rechtsprechung des EGMR. Es kann daher offenbleiben, ob eine solche Regel vertretbar wäre. Auch eine Entscheidungsregel, nach der für eine Prüfung der Gesamtrechtswidrigkeit im Sinne der „Rührei-Theorie“ der Schutzbereich von Art. 11 Abs. 1 EMRK eröffnet ist, wäre nur vertretbar, wenn man eine Rechtsfortbildungskompetenz der EGMR für das Arbeitskampfrecht anerkannte. Selbst dann spräche jedoch alles für eine Rechtfertigung gem. Art. 11 Abs. 2 S. 1 EMRK.¹⁸⁵¹

c) Fortbildung der Entscheidungsregel

Auch eine Fortbildung der Entscheidungsregel dahin, dass die Rechtmäßigkeit eines Streiks stets davon abhänge, ob zumindest eins von mehreren verfolgten Streikzielen rechtmäßig ist, scheidet aus.

1847 Einschränkend auch BAG 26.7.2016 – 1 AZR 160/14, NZA 2016, 1543 (1552) Rn. 75; *Povedano Peramato*, Streikrecht und Arbeitsvölkerrecht, 2020, S. 370, 385 f.; *Löwisch/Rieble*, TVG, 4 Aufl. 2017, Grundlagen Rn. 516; *Ricken*, in: MHdBArbR, 4. Aufl. 2019, Bd. 3, § 272 Rn. 33; *Boecken/Düwell/Diller/Hanau/Sagan*, NK-GA, 2. Aufl. 2023, EMRK Art. 11 Rn. 16; EuArbR/C. *Schubert*, 5. Aufl. 2024, EMRK Art. 11 Rn. 76 mit jeweils unterschiedlichen Distinktionsansätzen.

1848 *Povedano Peramato*, Streikrecht und Arbeitsvölkerrecht, 2020, S. 385.

1849 *Povedano Peramato*, Streikrecht und Arbeitsvölkerrecht, 2020, S. 387.

1850 EuArbR/C. *Schubert*, 5. Aufl. 2024, EMRK Art. 1 Rn. 47 mwN.

1851 So im Ergebnis auch *Povedano Peramato*, Streikrecht und Arbeitsvölkerrecht, 2020, S. 387.

Das gilt zunächst aus der Perspektive des prognostizierenden Rechtsanwenders. Einerseits verfolgt der EGMR im Arbeitskampfrecht eine eher strenge Linie.¹⁸⁵² Andererseits berücksichtigt er, ob im jeweiligen Konventionsstaat der Schutz der Gewerkschaftsfreiheit insgesamt ein gewisses Niveau erreicht.¹⁸⁵³ Die neueren Entscheidungen des EGMR zum deutschen Tarifeinheitsgesetz und zum Beamtenstreikverbot¹⁸⁵⁴ können insofern als „Vertrauensbeweise“ verstanden werden.¹⁸⁵⁵ Insbesondere trennt der EGMR in der Entscheidung zur Tarifeinheit klar zwischen einem Recht auf Tarifverhandlungen und einem Recht auf Anwendung der vereinbarten Tarifverträge.¹⁸⁵⁶ Außerdem stellt der EGMR auf den Konsens der Konventionsstaaten ab. Insgesamt lässt sich eine Tendenz zur stärkeren Anerkennung konventionsstaatlicher Besonderheiten erkennen.¹⁸⁵⁷ Im Unterschied zu anderen Gewährleistungsgehalten hat der EGMR das Streikrecht stets als „wichtiges Element“ des Art. II Abs. 1 Hs. 2 EMRK, jedoch nicht als „wesentliches Element“ bezeichnet.¹⁸⁵⁸ Eine solche Fortbildung ist auch nicht aufgrund einer zum Teil erkennbaren Tendenz des EGMR zur extensiven Rechtsfortbildung zu erwarten.¹⁸⁵⁹ Die „ganzheitliche Methode“ aus den früheren Entscheidungen des EGMR hat er in seiner neueren Rechtsprechung relativiert.¹⁸⁶⁰

Eine Ablehnung der „Röhrei-Theorie“ lässt sich zudem nicht aus der EGMR-Entscheidung *Norwegischer Gewerkschaftsbund und Norwegische*

1852 HK-ArbR/*Hensche*, 5. Aufl. 2022, GG Art. 9 Rn. 123; *Löwisch/Rieble*, TVG, 4. Aufl. 2017, Grundlagen Rn. 324 ff.

1853 EGMR 5.7.2022 – 815/18 ua., NZA 2022, 1058 Rn. 56 (Beamtenbund und Tarifunion ua/Deutschland); besonders deutlich EGMR (Große Kammer) 14.12.2023 – 59433/18 ua. Rn. 128 ff. (Humpert); *Gooren*, NZA 2022, II72, II74.

1854 EGMR (Große Kammer) 14.12.2023 – 59433/18 ua. (Humpert).

1855 *Gooren*, NZA 2022, II72, II74.

1856 Kritisch *Jacobs*, EuZA 2023, 202, 215; ausführlich gegen einen völkerrechtlichen Schutz von „Zweckerreichungsgarantien“ *Lettmeier*, Funktionselemente der Koalitionsfreiheit nach Art. II EMRK, 2021, S. 131 ff.

1857 *Nußberger/Schoog*, in: FS *Henssler*, 2023, S. 433, 441; kritisch dazu *Jacobs*, EuZA 2023, 202, 213; *Walser*, EuZA 2022, 338, 346 f.

1858 Erneut klargestellt in EGMR 15.5.2018 – 2451/16 Rn. 24 (Association of Academics); *Lettmeier*, Funktionselemente der Koalitionsfreiheit nach Art. II EMRK, 2021, S. 167; *Povedano Peramato*, Streikrecht und Arbeitsvölkerrecht, 2020, S. 357; irreführend dagegen der redaktionelle erste Leitsatz in EGMR 21.4.2009 – 68959/01, NZA 2010, 1423 (Enerji Yapı-Yol Sen).

1859 Ausführlich bei → Fn. 1664.

1860 *Katerndahl*, Tarifverhandlung und Streik als Menschenrechte, 2017, S. 159 ff.; *D. Schmidt*, Die deutsche Tarifordnung im europäischen Mehrebenensystem, 2023, S. 243 f.; vgl. bei → Fn. 1675.

*Transportarbeitergewerkschaft*¹⁸⁶¹ ableiten.¹⁸⁶² Auch darin geht der EGMR nicht darauf ein, ob eine Theorie der Gesamtrechtswidrigkeit iSv Art. 11 Abs. 2 S. 1 EMRK gerechtfertigt werden kann. Er stellt lediglich fest, dass der Schutzbereich von Art. 11 Abs. 1 Hs. 2 EMRK eröffnet ist, wenn die Gewerkschaft jedenfalls auch „berufliche Belange“ verfolgt. Für die Unzulässigkeit einer „Rührei-Theorie“ gibt die Entscheidung nichts her.¹⁸⁶³

Auch für den entscheidenden Rechtsanwender liegt eine Regelfortbildung fern, nach der eine „Rührei-Theorie“ im Sinn der deutschen Rechtslage unzulässig in Art. 11 Abs 1 Hs. 2 EMRK eingreift. Streikrechtliche Gewährleistungen lassen sich aus Art. 11 Abs. 1 Hs. 2 EMRK nur im Wege einer „evolutiv-dynamischen Auslegung“, also durch Rechtsfortbildung¹⁸⁶⁴ herleiten.¹⁸⁶⁵ Der Eingriff in das Recht der Gewerkschaft aus Art. 11 Abs. 1 Hs. 2 EMRK durch eine „Rührei-Theorie“ wiegt regelmäßig nicht schwer. Den Konventionsstaaten steht insofern ein weiter Beurteilungsspielraum zu.¹⁸⁶⁶ Das Zusammentreffen rechtmäßiger und rechtswidriger Streikziele betrifft eine Detailfrage, deren Auswirkungen nicht zuletzt stark von der nationalen Ausgestaltung der Rechtsfolgen rechtswidriger Arbeitskämpfe abhängen. Eine Regelfortbildung mit dem Inhalt, dass eine „Rührei-Theorie“ generell nicht gem. Art. 11 Abs. 2 S. 1 EMRK gerechtfertigt werden kann, scheidet danach aus.

d) Zwischenergebnis

Aus der Rechtsprechung des EGMR lässt sich keine Entscheidungsregel ermitteln, die der „Rührei-Theorie“ generell entgegensteht. Auch eine Fortbildung mit diesem Ergebnis kommt nicht in Betracht. Das Beispiel unterstreicht, dass auch mit Blick auf die EGMR-Rechtsprechung besondere Vorsicht geboten ist, aus den Entscheidungen plakativer Ausgangsfälle allgemeine Entscheidungsregeln abzuleiten.¹⁸⁶⁷

1861 EGMR 10.6.2021 – 45487/17 (LO and NTF).

1862 So aber *Walser*, EuZA 2022, 338, 351 f.

1863 Unzutreffend insofern *Walser*, EuZA 2022, 338, 351 f.

1864 Vgl. bei → Fn. 756.

1865 So auch die Begründung des EGMR selbst, vgl. dazu ausführlich bei → Fn. 1665.

1866 *Povedano Peramato*, Streikrecht und Arbeitsvölkerrecht, 2020, S. 370 f.

1867 *Holmes*, Harvard Law Review 10 (1897), 457, 475: „to look straight through all the dramatic incidents and to discern the true basis for prophecy.“

