

Soziales Recht

Wissenschaftliche Zeitschrift
für Arbeits- und Sozialrecht

Herausgegeben von
Prof. Dr. Olaf Deinert und
Prof. Dr. Rüdiger Krause,
Institut für Arbeitsrecht
der Georg-August Universität
Göttingen



in Zusammenarbeit mit



Abhandlungen

Betriebsrentenanwartschaften werden unverfallbar

Bertram Zwanziger Seite **41**

**Kontinuitäten der Ausbeutung: Migrantische Saisonarbeiter*innen in der
deutschen Landwirtschaft während der COVID-19-Pandemie**

Vladimir Bogoeski Seite **56**

Rezensionsaufsätze

Phillip Knitter,

**Digitale Weisungen – Arbeitgeberentscheidungen auf Grundlage
algorithmischer Berechnungen**

Reingard Zimmer Seite **74**

Basiswissen Wirtschaftsausschuss



Disselkamp

Praxis im Wirtschafts- ausschuss von A bis Z

Das Lexikon für die Arbeit im Wirtschaftsausschuss
6., erweiterte und aktualisierte Auflage
2024. 400 Seiten, gebunden
€ 56,-

ISBN 978-3-7663-7392-2

bund-shop.de/7392

Der Wirtschaftsausschuss berät den Betriebsrat in allen wirtschaftlichen Angelegenheiten. Das Lexikon vermittelt in über 50 Stichwörtern von »A« wie Abschreibungen über »G« wie Gewinn- und Verlustrechnung bis »W« wie Wirtschaftsprüfungsbericht die Grundlagen für eine erfolgreiche Arbeit im Wirtschaftsausschuss.

Die Schwerpunkte:

- › Handlungsmöglichkeiten des Wirtschaftsausschusses
- › Organisation des Gremiums
- › Analyse der wirtschaftlichen Lage
- › Aktuelle Managementthemen
- › Jahresabschluss
- › Monatsbericht
- › Bilanzen und Bilanzanalyse
- › Alle wichtigen Wirtschaftsdaten
- › Digitalisierung und digitale Transformation
- › Wettbewerbsfähigkeit

Zahlreiche Abbildungen und Schaubilder, Beispiele, Tipps und wichtige Hinweise ermöglichen einen schnellen Einstieg in die komplexe Materie.

Soziales Recht

2/2024
ISSN 2193-5157
April 2024, 14. Jahrgang

Herausgeber

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

in Zusammenarbeit mit:

Hugo Sinzheimer Institut für Arbeits- und Sozialrecht
(HSI) der Hans-Böckler-Stiftung, Frankfurt

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

Rainer Jöde, Jürgen Scholl

Geschäftsbereich Zeitschriften

Bettina Frowein (verantwortlich)
Tel. 069/79 50 10-83

Anschrift des Verlages

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

Anzeigen

Peter Beuther (verantwortlich)
Heike Sandrock
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.

Umschlag und Layout

Ute Weber, Geretsried

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.
Alle in diesem Supplement veröffentlichten
Beiträge und Abbildungen sind
urheberrechtlich geschützt.
Jede Verwertung – auch auszugsweise – bedarf der
vorherigen Zustimmung des Verlages.

Betriebsrentenanwartschaften werden unverfallbar

Dr. Bertram Zwanziger, Vorsitzender Richter am
Bundesarbeitsgericht a.D., Berlin

I. Problem und Vorlauf

1. Problem

Eine gesetzliche Pflicht zur Gewährung einer arbeitgeberfinanzierten Betriebsrente gibt es nicht. Das lässt deren Ausgestaltung weitgehend offen. Zu den danach der Gestaltung im Arbeitsverhältnis unterliegenden Fragen gehört auch, ob Betriebsrente zu zahlen ist, wenn das Arbeitsverhältnis endet, ohne dass bereits die Voraussetzungen für den Bezug einer Betriebsrente vorliegen, also dann, wenn der Versorgungsfall noch nicht eingetreten ist. Scheidet ein Arbeitnehmer also zB. vor Eintritt des Rentenalters aus dem Arbeitsverhältnis aus, ist es durchaus problematisch, ob damit seine erworbenen Betriebsrentenanwartschaften erhalten bleiben oder verfallen.

Heute schreibt § 1a Abs. 1 S. 1 BetrAVG vor, dass die Anwartschaft erhalten bleibt, wenn das Arbeitsverhältnis vor Eintritt des Versorgungsfalles, jedoch nach Vollendung des 21. Lebensjahres endet und die Versorgungszusage zu diesem Zeitpunkt mindestens drei Jahre bestanden hat. Die Anwartschaft wird dann unverfallbar. Im Versorgungsfall ist eine Rente zu zahlen mindestens in Höhe des Teiles der ohne das vorherige Ausscheiden zustehenden Leistung, der dem Verhältnis der Dauer der Betriebszugehörigkeit zu der Zeit vom Beginn der Betriebszugehörigkeit bis zum Erreichen der maßgeblichen festen Altersgrenze entspricht (§ 2 Abs. 1 Satz 1 BetrAVG).¹ Davon kann – außer durch Tarifvertrag bei der Berechnung der Leistung – nicht zuungunsten der Versorgungsberechtigten abgewichen werden (§ 19 BetrAVG).

Diese Rechtslage war nicht immer so. Vielmehr wurde die Problematik lange als eine Frage allein der vertraglichen Gestaltung aufgefasst. Für die gesetzliche Regelung war eine Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts aus dem Jahre 1972 weichenstellend. Gegenstand der nachfolgenden Ausführungen sind der lange Weg dorthin und die Schilderung der Bedeutung der Entscheidung für das Entstehen des Betriebsrentengesetzes im Jahre 1974.

Zudem soll kurz auf die nachfolgenden Entwicklungen eingegangen werden.

2. Kaiserreich und Weimarer Republik

Im Kaiserreich hatte sich trotz heftiger politischer und rechtlicher Auseinandersetzungen² die Position durchgesetzt, Versorgungszusagen könnten so ausgestaltet werden, dass ein Ende des Arbeitsverhältnisses auch das Ende der Rechte auf Versorgung begründete, soweit der Arbeitnehmer dann nicht in Rente ging oder mit Hinterbliebenenversorgung ablebte, das Arbeitsverhältnis also vor Eintritt des Versorgungsfalles endete. Dies änderte sich auch in der Weimarer Republik nicht, was mit der Vertragsfreiheit begründet wurde.³ Das ist wenig verwunderlich, denn der Kern arbeitsrechtlicher Gesetzgebung der Weimarer Republik lag im Kollektivrecht; Arbeitsvertragsrecht war dagegen nicht ihr Gegenstand.⁴ Es gab also auch keinen Grund für die Rechtsprechung, hier besonders aktiv zu werden.

3. Nationalsozialismus

Der Nationalsozialismus beseitigte durch die Gewaltakte gegen die Gewerkschaften am 2. Mai 1933 sowie durch das »Gesetz über die Treuhänder der Arbeit«⁵ und das »Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit« (AOG)⁶ jede

1 Besonderheiten mittelbarer Durchführungswege seien nicht erörtert; im Grundsatz gilt dort nichts anderes.

2 Dazu Zwanziger, AuR 2023, G 5 ff.; G. Wiedemann, Die historische Entwicklung der betrieblichen Altersversorgung unter besonderer Berücksichtigung des Arbeitsrechts, Erlangen 1990 (zugl. Erlangen-Nürnberg, Univ., Diss 1990), S. 136 ff.

3 RAG, 18.6.1930 – RAG 579/29 – BenschSlg 9 Abt. I, S. 359.

4 Einzelheiten bei Zwanziger, in: Seifert/Vieweg/Ecker/Eichenhofer (Hrsg.), Karl Korsch zwischen Rechts- und Sozialwissenschaften, Stuttgart 2018, S. 85, 86 ff.; neben dem Kollektivrecht sind das Recht der Arbeitskräfteelkung im Rahmen der Demobilisierung, das Schwerbehindertenrecht, das öffentliche Arbeitszeitrecht (Acht-Stunden-Tag) und das Arbeitsgerichts-gesetz zu nennen.

5 RGBl. I 1933, S. 285.

6 RGBl. I 1934, S. 45; vgl. zu den gleichgelagerten Regelungen für die öffentliche Verwaltung das entsprechende Gesetz, RGBl. I 1934, S. 220.

Form aktiver kollektiver Mitwirkung von Beschäftigten im Arbeitsleben.⁷ Gleichzeitig enthielt das AOG in § 2 Abs. 2 die Regelung, dass der »Führer des Betriebes«, im Ergebnis der Arbeitgeber, für das Wohl der Gefolgschaft zu sorgen und diese ihm die in der Betriebsgemeinschaft begründete Treue zu halten hatte – Fürsorge- und Treuepflicht. Diese die individuellen Pflichten der Arbeitsvertragsparteien zum Ausdruck bringende Regelung verwies darauf, dass letztlich als Ausgleich für den Ausfall kollektiver Interessenvertretung sich die individualrechtliche Position der Arbeitnehmer verbessern konnte.⁸

Ohne das Gesetz ausdrücklich zu erwähnen, entwickelte das Reichsarbeitsgericht (RAG) eine Generalklausel, nach der es bei einer Betriebsrentenanwartschaft verblieb, auch wenn das Arbeitsverhältnis vor Eintritt des Versorgungsfalls endete. Grundlage war das Verständnis des Arbeitsverhältnisses als »Gemeinschaftsverhältnis«. Das führte zu einer Abwägung hinsichtlich des »ob« und der Höhe des Ruhegeldes unter dem Gesichtspunkt der »Treuepflicht« des Arbeitnehmers und der »Fürsorgepflicht« des Arbeitgebers sowie der Interessenlage auf beiden Seiten. Dabei waren auf Arbeitnehmerseite einzusetzen die Dauer des Arbeitsverhältnisses sowie eventuell Betriebsunfälle und bei Invalidität kurz nach Ausscheiden deren Gründe, insbesondere ein Zusammenhang mit dem Arbeitsverhältnis. Auf Arbeitgeberseite war einzubringen die Verletzung von »Gemeinschaftspflichten« durch den Arbeitnehmer, wobei keine übermäßig scharfe Wertung von kleineren Vorkommnissen und Verstimmungen vorzunehmen war. Zu berücksichtigen waren auch die Umstände des Ausscheidens, insbesondere falls nach dem damaligen Kündigungsschutzrecht eine Abfindung geflossen war, die den Verlust der Anwartschaft berücksichtigte.⁹ Wie *Alfred Hueck* zu Recht bemerkte, erwähnte das RAG zwar § 2 Abs. 2 AOG nicht, wandte ihn aber an.¹⁰ Die Entscheidung entsprach der allgemeinen Linie der Rechtsprechung des RAG und des Reichsgerichts.¹¹ Diese Rechtsprechung betraf aber nur Extremfälle und diente damit der Legitimierung der an sich ungünstigen Rechtslage.¹²

Betriebliche Altersversorgung wurde zu dieser Zeit auch praktisch wichtiger. Die Verbreitung betrieblicher Altersversorgung nahm deutlich zu, zwischen 1937 und 1941 um ca. 100 vH. Grund waren die durch die Kriegsvorbereitung erhöhten Gewinne, die aber nicht voll ausgezahlt werden durften, weil Dividenden durch den Vierjahresplan auf 6 vH. begrenzt waren. Zudem regelte § 77

Abs. 3 S. 1 des Aktiengesetzes von 1937,¹³ dass Gewinnbeteiligungen der Vorstandsmitglieder von Aktiengesellschaften in einem angemessenen Verhältnis ua. »zu den Aufwendungen zugunsten der Gefolgschaft« zu stehen hatten. Die Verbreitung der betrieblichen Altersversorgung war auch im Interesse der Nationalsozialisten, da sie Defizite der gesetzlichen Rentenversicherung ausglich und zudem dem Ziel diente, die Loyalität der Arbeitnehmer zum Regime zu fördern. Eine Auszeichnung als nationalsozialistischer Musterbetrieb hing deshalb davon ab, dass eine betriebliche Zusatzversorgung geschaffen wurde. Ferner konnte mit einer Versorgungszusage der gesetzliche Lohnstopp umgangen und es konnten Arbeitskräfte gebunden werden.¹⁴

4. Bundesrepublik Deutschland

Die Rechtsentwicklung in der Bundesrepublik schloss sich nahtlos an den Stand der Vorkriegsrechtsprechung an und ermöglichte unter Billigkeitsgesichtspunkten in Ausnahmefällen Ansprüche. Das gilt für das grundlegende Werk zur betrieblichen Altersversorgung (bAV) von *Marie-Luise Hilger*,¹⁵ die später als Mitglied des Dritten Senats des Bundesarbeitsgerichts zusammen mit *Hermann Stumpf* als dessen Vorsitzenden entscheidend die Rechtsprechung zur bAV prägen sollte.¹⁶ Auch *Nikisch*

7 Einzelheiten bei *Kittner*, in: *Däubler/Kittner*, Geschichte und Zukunft der Betriebsverfassung, 2. Aufl., Frankfurt aM. 2022, S. 277 ff.

8 Im Kündigungsschutzrecht wurde das sogar unmittelbar durch entsprechende gesetzliche Regelungen deutlich und wirkt bis heute fort; vgl. *Kittner/Klengel*, Die Entstehung des Kündigungsschutzgesetzes, Frankfurt aM. 2022 passim.

9 RAG, 23.8.1939 – RAG 7/39 – Benschlg/ARS 37 Abt. I, 71 ff.

10 *Hueck*, Anm. zu dieser Entscheidung in Benschlg/ARS unter 3.

11 Vgl. RAG, 16.7.1943 – RAG 23/43 – Benschlg/ARS 46 Abt. I, 397; RG, 1.12.1936 – III 27/36 – JW 37, 1721, 1722 f.; RG, 19.4.1939 – II 186/38 – DR 1939, 1527; vgl. auch *G. Wiedemann* (Fn. 2), S. 139 f.

12 Die antisemitische Ausrichtung der NS-Politik auch im Betriebsrentenrecht *Zwanziger*, SR 2020, 57, 58 ff. – spielte in diesem Zusammenhang keine unmittelbare Rolle.

13 RGBl. I S. 107 ff.

14 75 Jahre aba 2013, <https://www.aba-online.de/verbandsgeschichte> (1.3.2024) (aba-Geschichte) S. 8; *Schmähl*, Alterssicherungspolitik in Deutschland, Tübingen 2018, S. 94 f.; für die Aussage, das Aktiengesetz 1937 habe eine betriebliche Altersversorgung gefordert, gibt dessen Text nichts her.

15 *Hilger*, Das betriebliche Ruhegeld, Heidelberg 1959, S. 240 ff.

16 *Kittner*, 50 Urteile, 3. Aufl., Frankfurt aM. 2024, S. 113 f.; allgemein zu *Hilger* deren Biographie *Frederike Misselwitz*, Marie Luise Hilger: Zum Leben und Wirken einer Arbeitsrechtlerin im 20. Jahrhundert, Baden-Baden 2016 (zugl. Jena, Univ. Diss. 2016).

lag auf dieser Linie.¹⁷ Ebenso ging die höchstrichterliche Rechtsprechung von dieser Position aus.¹⁸ Interessanterweise betrafen die so entschiedenen Fälle ausschließlich das, was später als »gewisse Nachkriegsfälle« bezeichnet wurde,¹⁹ nämlich überwiegend Personen, die ihren Arbeitsplatz wegen angeblich lediglich geringfügiger Verstrickung in das NS-System verloren hatten. Dem wurden andere mit dem Kriegsende verbundene Beendigungen des Arbeitsverhältnisses gleichgestellt.

Diese Ausnahme ging dem LAG Frankfurt aM. zu weit. Es entschied am 30. Januar 1957 in einem nicht besondere Nachkriegsfälle betreffenden Fall: »Der Gedankengang einer endlosen Fürsorgepflicht beruht auf einer typisch nationalsozialistischen Phraseologie, die letzten Endes darauf abzielte, dem Arbeitnehmer eine endlose Treuepflicht abzuverlangen.«²⁰ Das setzte sich nicht durch, wozu möglicherweise eine Anmerkung von *Götz Hueck*²¹ beitrug, in der er diese Argumentation als »einigermaßen befremdend« und »erhebliches Mißverständnis« einordnete. Das entsprach der Position seines Vaters, *Alfred Hueck*, der bereits in der Weimarer Zeit den Gedanken der Fürsorge- und Treuepflicht entwickelt hatte.²² Nur eine leichte dogmatische Verfeinerung nahm dagegen *Siebert* bereits 1954 vor.²³ Er betonte, die von der Rechtsprechung herangezogene »Billigkeit« könne »nach unserem Privatrechtssystem niemals allein eine Anspruchsgrundlage bilden«. Erforderlich sei ein Vertrags- oder sonstiges Rechtsverhältnis, das nach § 242 BGB der Ausfüllung bedürfe, was aber in diesen Fällen vorliege. Das wich von seiner Position unter der Geltung des AOG ab, wo er die Treuepflicht als Anspruchsgrundlage und Boden der Pflichten im Arbeitsverhältnis sah und sich mehr an »konkreten Ordnungen« als am Gesetz orientierte.²⁴ *Siebert* war der akademische Lehrer von *Marie-Luise Hilger*.²⁵

II. Ein Prinzip wird aufgelöst

1. Praktische Bedeutung

Die so entwickelten Grundsätze hatten eine weitreichende praktische Bedeutung. 1962 erklärte *Hilger* als Mitglied des für die bAV zuständigen Dritten Senats des BAG bei einer Veranstaltung der Arbeitsgemeinschaft bAV (aba) die meisten ihr bekannten Versorgungsordnungen ließen bei Ausscheiden des Arbeitnehmers vor

dem Versorgungsfall die Anwartschaften ersatzlos entfallen.²⁶ Die aba zählt nach ihrer Selbstdarstellung zu ihren fast 1.300 Mitgliedern Unternehmen aller Größenordnungen, Träger der bAV und Verbände, wie etwa Spitzenverbände der Arbeitgeber und Arbeitnehmer sowie Einzelpersonen (Gutachter, Versicherungsmathematiker, Rechtsanwälte, Steuerberater und Wirtschaftsprüfer) sowie Interessenten aus dem europäischen Ausland;²⁷ Arbeitnehmervertreter sind damit beteiligt, aber in keiner Weise paritätisch.

Das war nicht nur dort Thema. Auch eine umfassende Untersuchung verschiedener Pensionspläne durch die Anwaltskanzlei Towers ergab 1970,²⁸ dass circa 25 vH. eine Unverfallbarkeit unter bestimmten Voraussetzungen vorsahen, davon 35 vH. lediglich bei Kündigung durch den Arbeitgeber. Allerdings erhielten – seinerzeit nicht gesetzlich vorgeschriebene – Sozialpläne bei größeren Entlassungen oft Anwartschaften aufrecht.²⁹

Der Verfall entsprach nicht dem Verständnis der Versorgungsberechtigten, weshalb beim Bundesministerium für Arbeit und Sozialordnung eine Vielzahl von Eingaben zu dieser Frage einging.³⁰ Das lag auch daran, dass betriebliche Altersversorgung zwar nicht flächendeckend, aber weit verbreitet war. Nach einer späteren Erhebung der Bundesregierung lag der Anteil der Arbeitnehmer mit betrieblicher Altersversorgung Ende 1973 bei 60,5 vH.,

17 *Nickisch*, NJW 1954, 529 ff.

18 BAG, 14.12.1956 – 1 AZR 29/55 – AP Nr. 3 zu § 611 BGB Fürsorgepflicht sowie BAG, 8.5.1956 – 3 AZR 65/54 – AP Nr. 11; BAG, 25.2.1960 – 3 AZR 446/57 – AP Nr. 50; BAG, 5.11.65 – 3 AZR 381/64 – AP Nr. 103 und BGH, 17.12.1956 – II ZR 47/56 – AP Nr. 25 jeweils zu § 242 BGB Ruhegehalt, vgl. auch BGH, 28.1.1953 – II ZR 265/51 – BGHZ 8, 348.

19 *H. Wiedemann*, RdA 1969, 244; zur Rechtsentwicklung in der Nachkriegszeit auch *G. Wiedemann* (Fn. 2), S. 140 ff.

20 LAG Frankfurt aM., 30.1.1957 – II LA 422/56 – AP Nr. 26 zu § 242 BGB Ruhegehalt.

21 *Hueck*, Anm. zu RAG, 18.6.1930 – RAG 579/29 – BenschlG 9 Abt. I, 359.

22 *Becker*, Arbeitsvertrag und Arbeitsverhältnis, Frankfurt aM. 2005 (zugl. Frankfurt aM., Univ. Habil. 2002) S. 282 f.

23 *Siebert*, BB 1954, 658 f.

24 *Becker* (Fn. 20), S. 479 ff.

25 *Misselwitz* (Fn. 14), S. 135 ff.

26 *Hilger*, BetrAV 1962, 83, 84.

27 aba-Geschichte (Fn. 14), S. 2; die Zeitschrift »Betriebliche Altersversorgung« (BetrAV) der aba ist eine wertvolle historische Quelle.

28 *Siebert/Schmal*, BB 1970, 539.

29 *So Höhne*, BetrAV 1968, 85, 90.

30 *Frank*, Der Arbeitgeber 1968 (Nr. 21/22), 601, 602 f.

das waren in der Privatwirtschaft ca. 7 Millionen Menschen. Dabei stieg der Anteil der Unternehmen mit betrieblicher Altersversorgung mit der Unternehmensgröße; bei Unternehmen mit 10 bis 49 Arbeitnehmern lag er bei 18,3 vH., bei Unternehmen ab 1000 Arbeitnehmern bei 86,2 vH.³¹

2. Frühe Diskussionen

Vor diesem Hintergrund war der Grundsatz der Unverfallbarkeit nicht völlig unumstritten.³² So vertrat *Lemke* bereits 1957³³ die Ansicht, Betriebsrente sei Arbeitsentgelt und eine Verfallbarkeit sei wegen des Grundsatzes der gleichen Kündigungsfrist für beide Arbeitsvertragsparteien (seinerzeit § 122 S. 2 und 3 GewO und § 67 Abs. 1 Hs. 1 HGB) problematisch. In einer von *Nipperdey* betreuten Dissertation ging *Hoffmann* im Jahre 1966³⁴ davon aus, Ruhegeld sei Arbeitsentgelt und der nach der »modernen Lehre« seines Doktorvaters³⁵ unmittelbar als Verbots-gesetz iSv. § 139 BGB anwendbare Art. 12 GG verbiete den Verfall bei Arbeitsplatzwechsel, so dass das Ruhegeld zeitanteilig erhalten bleibe.

Aus dem Bundesarbeitsgericht berichtete *Hilger* – nach eigenem Bekunden unter »Unwillen einiger Zuhörer« –³⁶ auf einer Tagung der aba schon 1962³⁷ das Problem der Unverfallbarkeit stelle »uns« in der Rechtsprechung vor Schwierigkeiten, ohne dass dies in Urteilen in gleichem Umfang Ausdruck finde. Das führe »bislang« wohl nur zu einer Neigung der Gerichte, nach Möglichkeit auf Vergleiche hinzuwirken. 1965 fragte das BAG erstmals, ob die Unverfallbarkeit zu erweitern sei, wenn ein unkündbarer Arbeitnehmer ohne eigenes Verschulden – etwa aus betrieblichen Gründen – vor Eintritt des Versorgungsfalles ausscheide.³⁸

3. Volkswirtschaftliche Diskussion

Sowohl der Bericht der Sozialenquete-Kommission³⁹ von 1966,⁴⁰ als auch das Jahresgutachten 1966/67 des Sachverständigenrats zur Begutachtung der gesamtwirtschaftlichen Lage⁴¹ stellten die These auf, die Verfallbarkeit erschwere die volkswirtschaftlich erforderliche Mobilität zur Erleichterung der notwendigen Strukturwandlungen auf dem Arbeitsmarkt. Hintergrund derartiger Überlegungen war der durch einen Exportboom nach dem Koreakrieg ausgelöste Strukturwandel, der weg von Kohlebergbau, Eisen- und Stahlproduktion hin

zu chemischer und elektrotechnischer Industrie sowie Maschinenbau einschließlich der Automobilindustrie sowie zum Wohnungsbau führte.⁴²

Auch der Präsident des Bundesarbeitsgerichts *Müller* ging auf einer Informations- und Diskussionsveranstaltung des Bundesarbeitsministeriums im September 1967 davon aus, wegen der Verfallbarkeit verhindere die betriebliche Altersversorgung eine auf Mobilität gerichtete Arbeitsmarktpolitik, was nur der Gesetzgeber ändern könne.⁴³ Dies löste energischen Protest seitens des damaligen Geschäftsführers und späteren Vorsitzenden der aba Dr. *Gerhard Höhne*⁴⁴ aus,⁴⁵ weil die mobilitätshemmende Wirkung der Verfallbarkeit umstritten war. Umfragen zeigten, dass ein Teil der Arbeitnehmer – vor allem jüngere – durchaus bereit war, bei Arbeitsplatzwechsel auf Anwartschaften zu verzichten.⁴⁶

Trotzdem hieß es in den von SPD-Wirtschaftsminister *Schiller* – seit Dezember 1966 gab es eine Koalition aus Union und SPD, in der *Hans Katzer* für die CDU Arbeitsminister und *Franz-Josef Strauß* für die CSU Finanzminister war –⁴⁷ im Januar 1968 dem Bundestag übermittelten »Grundsätze(n) der sektoralen Strukturpolitik«, ein befriedigendes Wachstum setze unter anderem eine verstärkte

31 BT-Drs. 8/2377 S. 5, 10.

32 Dazu *Steinmeyer*, BAV und Arbeitsverhältnis, München 1991, S. 21 ff.; *G. Wiedemeier* (Fn. 2), S. 144 ff.

33 *Lemke*, BB 1957, 512 ff.

34 *Hoffmann*, Die Bedeutung der Beendigung des Arbeitsverhältnisses für den Anspruch auf betriebliches Ruhegeld, Köln 1966 (zugl. Köln, Univ. Diss. 1966), S. 135 ff.

35 Die hat sich allerdings bis heute nicht durchgesetzt.

36 *Hilger*, BetrAV 1967, 92, 93.

37 *Hilger*, BetrAV 1962, 83, 84 f.

38 BAG, 5.11.1965 – 3 AZR 381/64 – AP Nr. 103 zu § 242 BGB Ruhegehalt zu 2. der Gründe.

39 Diese sollte nach einem Beschluss der Bundesregierung vom 29.4.1964 das geltende Sozialrecht einschließlich betrieblicher Sozialleistungen im Hinblick auf die Auswirkungen für verschiedene Bevölkerungsgruppen untersuchen; Anlage zum Bericht.

40 *Bogs/Achinger/Meinhold/Neundörfer/Schreiber*, Stuttgart 1966, Rn. 473, 530 ff.

41 Stuttgart 1966 Rn. 94 und 96.

42 *Wehler*, Deutsche Gesellschaftsgeschichte, 5. Bd., München 2008, S. 55 ff.

43 *Müller*, BetrAV 1968, 17, 18 f.

44 Zur Person aba-Geschichte (Fn. 14), S. 46; *Höhne* war seit 1948 ständiger Autor des BB, für den zeitgleich auch *Hilger* als wissenschaftliche Schriftleiterin tätig war (*Misselwitz* [Fn. 14], S. 378 ff.).

45 *Höhne*, BetrAV 1968, 21 f.

46 *Doetsch*, Der Arbeitgeber 1968 (Nr. 21/22), 604, 607; BetrAV 1967, 164 ff.

47 *Winkler*, Der lange Weg nach Westen, 3. Aufl., München 2001, S. 236 f., 240 f., 254 ff.

Beweglichkeit der Arbeitskräfte voraus. Deshalb sei auch zu überprüfen, ob bAV-Systeme, bei denen der Arbeitnehmer im Falle eines Wechsels seine Anwartschaft verliere, geändert werden sollten.⁴⁸

4. Sozialpolitische Diskussion

Etwas robust wurde das Thema durch eine sozialpolitische Grundsatzdiskussion aufgegriffen. Ansatzpunkt war, dass Arbeitgeber steuermindernde Rückstellungen⁴⁹ für Pensionszusagen bilden konnten, auch wenn diese verfallbar waren. Das war Gegenstand der mündlichen Antwort, die der Parlamentarische Staatssekretär im Finanzministerium *Albert Leicht* (CDU),⁵⁰ auf eine Anfrage des SPD-MdB und früheren Gewerkschafters *Willi Wolf*⁵¹ am 4. April 1968 gab.⁵²

Einen Sturmangriff auf die bAV fuhr der SPD-MdB *Arthur Killat*, der zunächst in der DAG, dann im DGB und als stellvertretender Vorsitzender der HBV als Gewerkschafter tätig war.⁵³ Er war wohl auch Informant der Stasi, die jedoch keinen Einfluss auf seine politischen Aktivitäten genommen zu haben scheint, so dass die nachfolgend geschilderten Aktivitäten wohl nicht der DDR zuzurechnen sind.⁵⁴ *Killat* stellte im Jahre 1968 einen Zusammenhang zwischen der schon seinerzeit problematischen finanziellen Lage der gesetzlichen Rentenversicherung und den für die bAV gebildeten steuerlichen Rückstellungen her.⁵⁵ Im Interesse der Aufrechterhaltung der Finanzierungsgrundlagen der gesetzlichen Rentenversicherung werde zu prüfen sein, inwieweit »die betrieblichen Altersversicherungen in Zukunft noch Leistungen gewähren dürfen, die rechtlich für den einzelnen nicht gesichert sind, die zum anderen die Mobilität der Arbeitskräfte behindern und die in der Kumulierung ihrer Leistungen mit der gesetzlichen Rentenversicherung zu Rentenleistungen führen, die weit über das hinausgingen, was im Interesse einer sozial gerechten Gleichbehandlung aller Beschäftigten noch vertretbar ist«. Er fügte hinzu: »In keinem Fall darf auf Dauer zugelassen werden, daß immer wieder reaktionäre Wirtschaftskreise die gesetzliche Rentenversicherung zur Zielscheibe ihrer sozialpolitischen Betrachtungen machen, aber auf der anderen Seite Milliardenbeträge für sogenannte betriebliche Sozialleistungen zurückstellen, ohne sie jemals für den gedachten Personenkreis voll auszuschütten.« Im »Sozialdemokratischen Pressedienst – Volkswirtschaft« (SPD-PD-Vwi) vom

10. April⁵⁶ und 2. Mai 1968⁵⁷ erschienen dann zwei Artikel, die in dieselbe Richtung gingen, mit dem zweiten wurde gefordert, die Rückstellungen für die bAV bei der Finanzierung der Rentenversicherung nicht »außer Ansatz« zu lassen. Im ersten war auch ein Bezug zur Verfallbarkeit der Anwartschaften hergestellt. Daraufhin ging bei den betroffenen Unternehmen eine »Angst vor Teilenteignung« um, da vermutet wurde, *Killat* habe weitere Unterstützung in der SPD-Bundestagsfraktion,⁵⁸ die ja immerhin zu den Regierungsfractionen gehörte.

Die FDP-Bundestagsfraktion nahm die Ausführungen im Pressedienst vom 2. Mai 1968 zum Anlass für eine kleine Anfrage zur Zukunft der betrieblichen Altersversorgung, die unter dem 1. Juli 1968 vom Bundesminister für Arbeit und Sozialordnung im Einvernehmen unter anderem mit dem Bundesminister für Wirtschaft und damit innerhalb der Koalition parteiübergreifend beantwortet wurde.⁵⁹ Darin lehnte die Bundesregierung Zahlungen aus den Rückstellungen für bAV in die gesetzliche Rentenversicherung ab, deutete aber Prüfungen an, ob bei der Höhe der Rückstellungen die Fluktuationsmöglichkeit zu berücksichtigen sei und erklärte eine flexiblere und mobilitätsgerechte bAV, die auch bisher nicht ausgeschlossene soziale Härten beseitige, für möglich.

Das reichte dem SPD-PD-Vwi nicht. In einem Artikel vom 15. Juli 1968 wurde erneut die »Frage« aufgeworfen, ob nicht »diese Kapitalien«, also die Rückstellungen, »zur Leistung an alle in Betracht gezogen werden sollten.« Das rief nunmehr den stellvertretenden Vorsitzenden der SPD-Bundestagsfraktion und Mitglied im Parteipräsidium

48 BT-Drs. V/2469, S. 2 f.

49 Rechtsgrundlage für Rückstellungen war und ist § 6a EStG.

50 <https://www.bundesfinanzministerium.de/Content/DE/Bilderstreifen/Bildergalerien/Chronik/Parlamentarische-Staatssekretaere/chronik-parlamentarische-staatssekretaere.html> (1.3.2024).

51 [https://de.wikipedia.org/wiki/Willi_Wolf_\(Politiker,_1924\)](https://de.wikipedia.org/wiki/Willi_Wolf_(Politiker,_1924)) (1.3.2024).

52 StenBer. 5. WP, S. 8794.

53 https://de.wikipedia.org/wiki/Arthur_Killat (1.3.2024).

54 *Müller-Enbergs*, Rosenholz, 2. Aufl., Berlin 2007, S. 83 ff.; Bundesbeauftragter für die MfS Unterlagen, Der Deutsche Bundestag 1949 bis 1989 in den Akten des MfS der DDR, Berlin 2013, S. 65, 226 ff.

55 *Killat*, Sozialer Fortschritt 1968, Heft 2, 25 ff., insbesondere aber *Killat*, Industriekurier 16.3.1968, 12.

56 SPD-PD-Vwi, 10.4.1968, S. 6 ff.

57 SPD-PD-Vwi, 2.5.1968, S. 1 ff.

58 aba-Geschichte (Fn. 14), S. 21.

59 BT-Drs. V/3119.

Alex Möller auf den Plan, der – abgestimmt mit dem SPD-Präsidium –⁶⁰ in zunächst zwei Artikeln⁶¹ erläuterte, dass es sich beim letzten Artikel im SPD-PD-Vwi um eine nicht als solche gekennzeichnete Privatmeinung eines Journalisten gehandelt habe. Er setzte sich politisch für die bAV ein, die gemessen am Ziel der größtmöglichen sozialen Sicherung der Arbeitnehmer zu begrüßen sei. Sie müsse stärker als bisher gesichert werden. Dazu gehöre vor allem, dass der Anspruch, den sich der Mitarbeiter erdiene, bei Arbeitsplatzwechsel erhalten bleibe. Seitens des ab-Geschäftsführers Höhne wurde deshalb begrüßt, dass »die Haltung dieser großen Partei«, der SPD, gegenüber der bAV ausgesprochen positiv sei.⁶² Der Sache nach setzte sich die SPD dabei vor allem für die Beschäftigten in den Großbetrieben ein, wo bAV ja am weitesten verbreitet war. Das war für eine Partei, die seinerzeit noch im industriellen Milieu stark verhaftet war,⁶³ naheliegend.

Der DGB richtete seit den Jahren 1969/1970 zB. durch Beschluss des 9. Ordentlichen Bundeskongresses 1972 unter Hinweis auf die Rückstellungen auch für nicht gesicherte Anwartschaften seine Forderungen darauf, dass betriebliche Altersversorgung allen Arbeitnehmern zugutekommen und über überbetriebliche Pensionsfonds abgewickelt werden müsse, was das Problem der Unverfallbarkeit gelöst hätte.⁶⁴

5. Zwischenstand

Damit war klar, dass die Frage der Unverfallbarkeit nicht weiter so gelöst werden konnte, wie bislang, zumal nach den Bundestagswahlen im September 1969 unter Führung der SPD eine sozial-liberale Koalition mit einer auf die Verbesserungen der Lebensbedingungen gerichteten Reformagenda gebildet wurde und Alex Möller sogar zunächst das Finanzministerium übernahm.⁶⁵

III. Lösungswege⁶⁶

1. Juristische Diskussion⁶⁷

Befeuert wurde zunächst die juristische Diskussion.⁶⁸ So vertrat Hans-Herbert von Arnim,⁶⁹ in seiner 1969 vorgelegten Dissertation⁷⁰ die Ansicht, Betriebsrente sei Arbeitsentgelt und das rechtfertige eine Verfallbarkeit lediglich für drei bis fünf Jahre auch bei außerordentlicher Kündigung

durch den Arbeitgeber.⁷¹ Herbert Wiedemann schlug unter Berufung auf das arbeitsrechtliche Schutzprinzip vor, eine Verfallbarkeit lediglich dann anzunehmen, wenn die Beendigung nach Ablauf einer Wartezeit nicht auf einer vom Arbeitnehmer verschuldeten Entlassung oder unberechtigter vorzeitiger Lösung des Arbeitsverhältnisses beruhe.⁷² Monjau⁷³ vertrat im Hinblick auf das Entgeltprinzip die Ansicht, Anwartschaften dürften nur verfallen, soweit das Arbeitsverhältnis aus vom Arbeitnehmer verschuldeten Gründen, jedoch nicht aufgrund Eigenkündigung, ende. Ähnlich äußerten sich Säcker⁷⁴ und Söllner.⁷⁵

Thomas Dieterich stellte auf unzulässige Kündigungsschwerungen sowie – bei Arbeitgeberkündigungen – auf das Verhältnismäßigkeitsprinzip ab und schlug vor, Höchstfristen für Wartezeiten und Verfallsfristen ggf. auch durch die Rechtsprechung festzulegen. Solche Fristen sollten keineswegs länger als 10 Jahre ab dem 40. Lebensjahr dauern. Bei betriebsbedingten Kündigungen sollten die Wartezeiten nicht greifen und auch eine außerordentliche Arbeitgeberkündigung nicht immer zum Verfall führen.⁷⁶ Der spätere Verfassungsrichter und Präsident des Bundesarbeitsgerichts Dieterich hatte Arbeitsrecht bei Hilger gehört, seine

60 Höhne, BB 1969, 679.

61 Möller, Versicherungswirtschaft 1968, 954 und SPD-PD-Vwi, 29.7.1968, S. 1., beide dokumentiert in BetrAV 1968, 159 ff., dort auch der Hinweis auf einen weiteren Artikel Möller, Versicherungswirtschaft Heft 17/1968.

62 Höhne, BB 1969, 679.

63 Wehler (Fn. 42), S. 161.

64 Gerd Muhr, in: Beratungsgesellschaft für Altersversorgung Steuerberatungsgesellschaft Dr. Dr. Ernst Heissmann/Deutsches Institut für Betriebswirtschaft e.V. (Hrsg.), Betriebliche Altersversorgung im Umbruch, Berlin 1980 S. 93, 98 f.; Muhr war ein aus der IG-Metall stammender Sozialpolitiker, zuletzt war er stellv. DGB-Bundesvorsitzender: https://de.wikipedia.org/wiki/Gerd_Muhr (1.3.2024); Schmäl (Fn. 14), S. 566 Fn. 21.

65 Winkler (Fn. 44), S. 272 ff., 279 ff.

66 Dazu auch G. Wiedemann (Fn. 2), S. 1 f., 144 f.; Heither, AuR 2022, 162 ff.

67 Dazu Steinmeyer (Fn. 29), S. 22 f.

68 Für die alte Linie allerdings Sieg, BB 1968, 1202 ff. = BetrAVG 1968, 176 ff.

69 Er ist heute als Verwaltungsrechtler dafür bekannt, den Politikprozess und angeblich oder tatsächlich überhöhte Ruhegeldansprüche von Politikern heftig zu kritisieren: https://de.wikipedia.org/wiki/Hans_Herbert_von_Arnim (1.3.2024).

70 von Arnim, Die Verfallbarkeit von Ruhegeldansprüchen, überarbeitet, Heidelberg 1970 (zugl. Heidelberg, Univ. Diss. 1969); ihr ging auch ein Gedankenaustausch mit Hilger voraus (vgl. die Danksagung im Vorwort).

71 Vgl. auch von Arnim, BetrAV 1971, 167 ff.

72 Wiedemann, RdA 1969, 244, 247 ff.

73 Monjau, DB 1970, 1784, 1787.

74 Säcker, SAE 1970, 269, 273.

75 Söllner, Arbeitsrecht, 2. Aufl., München 1969, S. 227.

76 Dieterich, AuR 1971, 129, 132 ff.

Dissertation wurde durch sie betreut und er war wissenschaftlicher Mitarbeiter des Ruhgeldsenats, als sie diesem unter Vorsitz von *Stumpf* angehörte; *Dieterich* war ab 1972 Bundesrichter, von 1974 bis 1980 im Dritten Senat, ab 1980 war er dessen Vorsitzender bis er 1987 Bundesverfassungsrichter wurde.⁷⁷

Derartige Positionen gingen auch in die Rechtsprechung der Instanzgerichte ein. Das Arbeitsgericht Herne⁷⁸ nahm wegen der wirtschaftlichen Ungleichgewichtigkeit eine Vertragskontrolle vor und ließ grundsätzlich in Anlehnung an das Sozialrecht nur eine Bindung von 15 Jahren zu, wobei eine Billigkeitskontrolle aber auch bei längerer Bindung zugunsten des Versorgungsträgers ausfallen konnte. Das LAG Düsseldorf⁷⁹ kontrollierte bei einseitig erlassenen Versorgungsordnungen den Vertragsinhalt und ließ wegen des Entgeltcharakters des Ruhegeldes die Anwartschaft anteilig bestehen, soweit nicht schwere Treupflichtverstöße des Arbeitnehmers vorlagen, wozu allerdings seiner Ansicht nach nicht die Eigenkündigung gehörte. Ebenso gewährte das LAG Baden-Württemberg – Kammern Mannheim –⁸⁰ aufgrund einer Billigkeitskontrolle zeitanteilige Ansprüche.

2. Aufforderung zu freiwilligen Lösungen

Hilger forderte schon 1967 auf einer *aba*-Tagung zu entsprechenden Regelungen auf, damit »die Lösung nicht den Gerichten zugeschoben wird« und verwies in diesem Zusammenhang darauf, dass Verfallsklauseln nicht durch die Vertragsfreiheit gerechtfertigt werden könnten, weil das Kräfteverhältnis bei betrieblichen Ruhegeldordnungen ungleich sei. Dabei betonte sie, die Versorgungsregeln gefährdeten die grundgesetzlich garantierte freie Wahl des Arbeitsplatzes und man müsse wohl anerkennen, dass betriebliche Ruhegeldzahlungen auch eine besondere Form des Entgelts für in der Vergangenheit geleistete Dienste darstellten.⁸¹

Die Bundesvereinigung der deutschen Arbeitgeberverbände (BdA) vertrat im Rahmen eines Papiers mit dem Namen »Freiheitliche soziale Ordnung – heute und morgen« im Jahr 1968 die Ansicht, bei betriebsbedingten Kündigungen älterer Arbeitnehmer mit langjähriger Betriebszugehörigkeit sollten erworbene Pensionsanwartschaften und Versorgungsansprüche erhalten bleiben. Eine Forderung nach gesetzlicher Regelung war damit jedoch nicht verbunden.⁸²

Die *aba* schlug – zur Vermeidung von Eingriffen des Gesetzgebers – im Jahre 1969 in einem Memorandum⁸³ eine Unverfallbarkeit vor, wenn keine außerordentliche Kündigung durch den Arbeitgeber erfolgte und der Arbeitnehmer eine Mindestdienstzeit von 15 Jahren und ein Mindestlebensalter von 45 oder 50 Jahren habe. Denkbar sei auch eine Regelung, in der es auf die Summe von Lebens- und Dienstalter ankomme. Das war eine Reaktion auf die öffentliche Diskussion, wie der *aba*-Geschäftsführer *Höhne* im Mai 1969 auf einer Tagung der Organisation erklärte.⁸⁴

3. Gesetzgebungspläne

Politisch stellte sich die Frage, ob das Problem der Verfallbarkeit rein steuerrechtlich angegangen werden sollte. Das lag nahe, weil in der Zeit vor dem Betriebsrentengesetz die Praxis der Versorgungszusagen wesentlich durch die steuerlichen Vorgaben für die Ermöglichung von Rückstellungen geprägt waren und nach Aussage des *aba*-Geschäftsführers *Höhne* sich der maßgebliche Abschnitt 41 der Einkommensteuerrichtlinien »in weiten Teilen wie ein arbeitsrechtlicher Leitfaden« las,⁸⁵ jedoch gerade nicht die Berücksichtigung einer Unverfallbarkeit für die Steuerbegünstigung voraussetzte.

Forderungen des prominenten CDU Sozialausschüßlers und Bundestagsabgeordneten *Hermann Josef Russe*,⁸⁶ unverfallbare Betriebsrentenzusagen steuerlich gegenüber verfallbaren zu begünstigen, lehnte das Finanzministerium – wie der dort zuständige Oberamtsrat *Hans-Gerd Rau* auf einer *aba*-Veranstaltung im Jahre 1968 mitteilte –⁸⁷ ab. Finanzminister *Strauß* (CSU) wolle für die Wirtschaft steuerpolitische Ruhe und es handle sich zudem um eine sozialpolitische Frage, die arbeitsrechtlich zu lösen sei.

77 *Dieterich*, Ein Richterleben, Berlin 2016, S. 53, 60 f., 68 ff., 97, 107 ff., 141, 143 ff., 165.

78 AG Herne, 3.2.1971 – 1 Ca 1566/71 – DB 1971, 1674 = BetrAV 1971, 184 f.

79 LAG Düsseldorf, 8.6.1971 – 11 Sa 795/70 – DB 1971, 1968 f.

80 LAG Baden-Württemberg, 4.11.1971 – 7 Sa 104/71 – DB 1971, 2414.

81 *Hilger*, BetrAV 1967, 92, 93 f.

82 Vgl. die Darstellung der Arbeitgeberposition in den Hinweisen der BdA aus Oktober 1972 BetrAV 1973, 20, 21 sowie *Paulsdorf*, BetrAV 1973, 23 ff.

83 *aba*, RdA 1969, 267 ff.

84 *Höhne*, BB 1969, 679, 683; dort auch zu anderen politischen Stellungnahmen.

85 *Höhne*, BetrAV 1968, 85, 86.

86 Zur Person: https://de.wikipedia.org/wiki/Hermann_Josef_Russe (1.3.2024).

87 *Rau*, BetrAV 1968, 107.

Anders stellte sich die Lage nach dem Regierungsantritt der sozial-liberalen Koalition 1969 dar. Zwar hieß es noch im Sozialbericht 1970 der Bundesregierung lediglich, die Vorarbeiten für eine Verbesserung der betrieblichen Altersversorgung seien auf eine mobilitätsgerechte Lösung gerichtet, die vor allem die Verfallbarkeit der Versorgungsansprüche bei Betriebswechsel und bei Kündigung durch den Arbeitgeber vermeide,⁸⁸ jedoch zeichnete sich später eine steuerrechtliche Lösung ohne gleichzeitige arbeitsrechtliche Regelung ab. Im Sozialbericht 1971 hieß es dazu, es werde zu prüfen sein, ob und inwieweit im Rahmen der Steuerreform⁸⁹ die Rückstellungsbildung für eine Versorgungsverpflichtung auch davon abhängig gemacht werden könne, dass der Versorgungsanspruch beim Ausscheiden aus dem Beschäftigungsverhältnis vor Eintritt des Versorgungsfalles unter bestimmten Bedingungen erhalten bleibt.⁹⁰ Einen dahingehenden Beschluss fasste das Bundeskabinett am 11. Juni 1971 über »Eckwerte und Grundsätze zur Steuerreform 1974«.⁹¹ In einem im Juni 1971 veröffentlichten Vortrag vor der aba äußerte sich *Rau* dahingehend, die Unverfallbarkeit habe in der sozialpolitischen Diskussion einen derart hohen Stellenwert erhalten, dass der Gesetzgeber der Frage nicht mehr ausweichen könne. Aus von ihm nicht zu erörternden Gründen dürfte eine arbeitsrechtliche Regelung in der laufenden Legislaturperiode nicht mehr zu erwarten sein, so dass lediglich eine steuerrechtliche Lösung in Betracht komme, auch wenn die Steuerreformkommission dies aus steuersystematischen Gründen abgelehnt habe. Er stellte dann den Vorschlag vor, die Rückstellung erst ab einem Zeitraum von zehn Jahren vor dem Zeitpunkt zuzulassen, ab dem – unabhängig von den Gründen der Beendigung des Arbeitsverhältnisses – eine Unverfallbarkeit nach der Versorgungsordnung bestehe oder der Versorgungsfall mit 65 Jahren eintrete. Zudem dürften Rückstellungen erst ab dem 30. Lebensjahr des Versorgungsberechtigten gebildet werden.⁹²

Als dann im Rahmen der beim Bundesministerium für Arbeit und Sozialordnung gebildeten Sozialpolitischen Gesprächsrunde zwischen Arbeitgebern und Gewerkschaften unter Beteiligung auch der aba am 7. Juli 1971 unter dem Vorsitz von SPD-Minister *Walter Ahrendt*, einem Gewerkschafter aus dem Bergbau,⁹³ eine Einigung dahingehend stattfand, dass die Unverfallbarkeit »über Auflagen in steuerrechtlichen Vorschriften« erreicht werden solle,⁹⁴ war der politische Weg in Richtung einer rein

steuerrechtlichen Lösung eingeschlagen und die aba konnte stolz berichten, dass dies bereits bei ihr vorher durch *Rau* entsprechend vorgetragen worden sei.⁹⁵ Am 10. Dezember 1971 lag ein Referentenentwurf für ein Einkommensteuergesetz 1974 vor, der auf dieser Grundlage erstellt war (§ 30-E).⁹⁶ Die Bundesregierung übernahm dieses allein auf steuerrechtliche Anreize gerichtete Ergebnis in den Sozialbericht 1972.⁹⁷

Allerdings war seinerzeit fraglich, wie weit derartige Weichenstellungen angesichts der gesamtpolitischen Situation tatsächlich tragen konnten. Am 21. Oktober 1969 war *Willy Brandt* mit zwei Stimmen mehr als nötig und drei weniger als die Koalition Abgeordnete hatte, zum Bundeskanzler gewählt worden.⁹⁸ Seit Oktober 1970 hatte es mehrere Übertritte zur CDU/CSU Opposition gegeben. Weitere Übertritte lagen in der Luft. Spätestens seit April 1972 hatte die Regierung keine parlamentarische Mehrheit mehr. Das führte später aufgrund einer Vertrauensfrage am 20. September 1972 zu Neuwahlen am 19. November 1972, die die sozial-liberale Koalition mit großer Mehrheit bestätigten und die SPD zur stärksten Fraktion im Bundestag machten. *Walter Ahrendt* blieb Arbeitsminister.⁹⁹

4. Paukenschlag aus dem BAG

a) Die Entscheidung

Bei dieser Diskussionslage kam das BAG unter dem Vorsitz von *Stumpf* und Beteiligung von *Hilger* im März 1972 zu dem Ergebnis, Betriebsrentenanwartschaften seien bereits arbeitsrechtlich nicht unbeschränkt unverfallbar.¹⁰⁰ Es ist davon ausgegangen, Betriebsrenten seien zwar kein Arbeitsentgelt, eine Versorgungszusage sei aber

88 BT-Drs. VI/643, Rn. 67.

89 Damals gleichzeitig diskutiert.

90 BT-Drs. VI/2155, Rn. 35.

91 <https://kabinettsprotokolle.bundesarchiv.de/protokoll/bacef4ee-c675-40d1-b7d8-1569a32721e2#Kd70-4a3-466> (1.3.2024).

92 *Rau*, BetrAV 1971, 82, 84 ff.

93 Zur Person: https://de.wikipedia.org/wiki/Walter_Arendt (1.3.2024).

94 aba, BetrAV 1971, 159 f.

95 aba, BetrAV 1971, 159.

96 BetrAV 1972, 54 ff.

97 BT-Drs. VI/3432, Rn. 50.

98 *Winkler* (Fn. 44), S. 274.

99 *Winkler* (Fn. 44), S. 307, 310 ff.

100 BAG, 10.3.1972 – 3 AZR 278/71 – AP Nr. 156 zu § 242 BGB Ruhegehalt.

auf das ganze Arbeitsverhältnis hin angelegt und beide Vertragsparteien gingen davon aus, dass ein Pensionsanspruch entstehe. Scheide ein Arbeitnehmer vor Eintritt des Versorgungsfalls aus, habe er die erwartete »Betriebstreue« zumindest zum Teil erbracht. Daraus entstehe eine Anwartschaft, die im Vergleich zum Vollrecht nicht wert- und substanzlos sei. Auch könne der Arbeitnehmer die im Arbeitsverhältnis verbrachte Zeit nicht mehr anderweitig zur Absicherung verwenden. Das führe jedenfalls dann zu sozial untragbaren Ergebnissen, wenn mehr als 20 Jahre an »Betriebstreue« erbracht wurden und die Beendigung des Arbeitsverhältnisses auf den Arbeitgeber zurückginge. Das daraus soziale Härten entstünden, sei in der Diskussion anerkannt. Angesichts der Verbreitung betrieblicher Altersversorgung müsse eine gesetzliche Regelung erfolgen. Vertragliche Regelungen seien wegen der Einseitigkeit der Regelungen durch den Arbeitgeber nicht zur Lösung geeignet. Da der Gesetzgeber arbeitsrechtlich seit langem nicht tätig geworden sei und dies auch nicht bevorstehe, müssten die Gerichte »wegen der gegebenen Rechtsnot« im Wege der Rechtsfortbildung tätig werden. Weitere Fallgestaltungen, in denen dies erforderlich werden könne, seien denkbar, auch bei kürzerer Betriebszugehörigkeit.

Ausdrücklich nicht gehindert sah sich der Ruhegeldsenat durch die im politischen Raum, allerdings vor dem Stadium eines förmlichen Gesetzentwurfs, angestrebte und mit den Koalitionen geeinte steuerrechtliche Lösung. Es sei zwar zu begrüßen, wenn dadurch weniger verfallbare Zusagen erteilt würden, dies mache aber eine arbeitsrechtliche Lösung nicht entbehrlich. Das Steuerrecht bestimme über die Steuerpflicht, das Arbeitsrecht darüber, ob ein Arbeitnehmer nach einer Teilleistung »leer ausgehen« dürfe. Die Prioritäten würden verschoben, wenn das, was als sozial gerecht erkannt ist, nicht arbeitsrechtlich verwirklicht werde, sondern nur mittelbar steuerrechtlich. Es gelte der Grundsatz, dass die steuerliche Folge sich aus dem Arbeitsrecht ergeben müsse, nicht umgekehrt. Die Arbeitgeber seien zudem nicht gezwungen, die steuerlichen Vorteile (vollständig) auszunutzen. Davon dürfe aber nicht abhängen, ob Anwartschaften verblieben.

Ebenfalls im Wege der Rechtsfortbildung beschränkte der Senat die Wirkungen des Urteils auf Arbeitnehmer, die nach Verkündung des Urteils aus dem Arbeitsverhältnis ausschieden und solche, die – wie der konkrete Kläger – nach dem 1. Januar 1969 ausgeschieden waren und einen

Anspruch deutlich geltend gemacht hatten. Das Datum ergab sich aus dem Positionspapier der BdA aus dem Jahr 1968. Damit bestehe kein schützenswertes Vertrauen mehr dahingehend, niemand werde eine Unverfallbarkeit geltend machen.

Rechtsfolge ist die anteilige Aufrechterhaltung der Anwartschaft.

b) Reaktionen

Natürlich wurde das Urteil juristisch diskutiert.¹⁰¹ Zudem gab es Stellungnahmen, die sich allein oder doch im Wesentlichen auf die Darstellung seiner praktischen Auswirkungen beschränkten.¹⁰² In der juristischen Diskussion ging es um die zentrale Frage, ob angesichts der politisch sich andeutenden Lösung auf rein steuerlicher Basis die Voraussetzungen einer richterlichen Rechtsfortbildung vorlagen. Angefasst reagierten die Akteure aus dem politischen Bereich. Vehement bestritt auch Ministerialrat Dr. *Harald Fenge*¹⁰³ aus dem Arbeitsministerium das Recht des BAG, vor dem Hintergrund der laufenden Entscheidungsprozesse hin zu einer rein steuerrechtlichen Lösung eine arbeitsrechtliche Lösung zu wählen.¹⁰⁴

Rau, als Vertreter des Finanzministeriums, erklärte in einem im Juni 1972 – vor den Bundestagswahlen – veröffentlichten Vortrag auf einer Tagung der aba im November 1972, das Richterrecht dürfe kein geeignetes Instrument sein, um die Unverfallbarkeit in die bAV »hineinzuzwingen«, da der Richterspruch jeweils nur im entschiedenen Fall verbindlich sei. Der Gesetzgeber müsse tätig werden. Da eine arbeitsrechtliche Lösung mit dem Prinzip der Freiwilligkeit der bAV breche, habe die Bundesregierung eine arbeitsrechtliche Lösung »zunächst zurückgestellt« und sich für eine steuerliche Lösung entschieden.¹⁰⁵ Noch auf einer Tagung am 28. November 1972 – wenige Tage nach den Bundestagswahlen – führte er aus, seiner Auffassung nach solle an der rein steuerlichen Regelung trotz des Urteils festgehalten werden, weil damit eine entsprechende

101 Vgl. zB. zustimmend von *Arnim*, BB 1972, 1411 ff. = BetrAV 1973, 46 ff.; ablehnend *Adomeit*, SAE 1972, 200 = BetrAV 1973, 53 f. sowie *Höfer/Ahrend*, DB 1972, 1824 ff. = BetrAV 1973, 41 ff. und *Lieb/Westhoff*, DB 1973, 69 ff.

102 *Höhne*, BB 1972, 1563 ff. = BetrAV 1973, 29 ff.; *Heubeck*, BetrAV 1973, 36 ff.

103 *Fenge* wurde Anfang 1978 BAG-Richter, starb aber bereits 1980 (*Schmähl* [Fn. 14], S. 568 Fn. 27). Er gehörte in dieser Zeit dem Fünften Senat an, dessen Vorsitz damals *Hilger* führte (*Misselwitz* [Fn. 16], S. 556).

104 *Fenge*, JZ 1972, 705 ff. = BetrAV 1973, 51 ff.

105 *Rau*, BetrAV 1972, 98 ff.

Flexibilisierung gewährleistet und zu erwarten sei, dass es künftig lediglich unverfallbare Anwartschaften nach den steuerlichen Anforderungen geben werde. Er machte jedoch den Vorbehalt, es bleibe abzuwarten, wie die neue Bundesregierung entscheiden werde.¹⁰⁶

Die BdA empfand schon den Referentenentwurf zum Einkommensteuergesetz als »Schreck« und dann das Urteil als einen weiteren.¹⁰⁷ In Hinweisen zur Anwendung aus Oktober 1972 erklärte sie es als auch verfassungsrechtlich außerordentlich bedenklich, dass das BAG rechts- und sozialpolitische Erwägungen anstellt und dezidiert für eine arbeitsrechtliche Regelung eintritt mit der Begründung die von der Bundesregierung in Aussicht genommene steuerliche Regelung sei nicht ausreichend.¹⁰⁸ Zu einem verfassungsgerichtlichen Angriff auf die Rechtsprechung ist es nie gekommen, wahrscheinlich weil auch in Arbeitgeberkreisen sich die Ansicht verfestigt hatte, der Verweis auf die seit jeher bestehende Verfallbarkeit sei »wahrscheinlich noch nie« eine gute Basis für betriebliche Sozialpolitik gewesen.¹⁰⁹ Demgegenüber hatte der DGB die steuerrechtliche Lösung als einen Kompromiss empfunden und ordnete die Entscheidung als der gewerkschaftlichen Vorstellung durchaus entsprechend ein.¹¹⁰

Auf der aba-Tagung am 27. November 1972 wurde über die Berechtigung zur Rechtsfortbildung intensiv diskutiert. Dabei meinte deren Geschäftsführer *Höhne* in der Begrüßungsansprache, das BAG sei mit seiner »mutigen Entscheidung« und der »arbeitsrechtlichen Lösung der Unverfallbarkeit durch Richterspruch als erster Sieger in dem Wettstreit um die Lösung des Problems durchs Ziel gegangen«. Es habe Vorarbeiten des Bundesfinanz- und -arbeitsministeriums überholt, was beide etwas schmerzen möge, er sehe aber keinen Grund, warum nicht in friedlichem Zusammenwirken aller Kräfte »etwas Ersprießliches« für die bAV herauskommen solle.¹¹¹

Hilger, die an der Diskussion teilnahm, hatte dabei Gelegenheit, zur Kritik am Urteil Stellung zu nehmen. In ihrem Referat¹¹² erklärte sie, das Gesetz erkenne zwar Vertragsfreiheit, nicht jedoch Diktatfreiheit an und erklärte – in gewisser Abweichung vom Urteil und unter Bezug auf eine mündliche Äußerung von *Gamillscheg* – das Entgelt bestehe eben darin, dass Versorgung gewährt werde. Das Urteil habe für den entschiedenen Fall Rechtssicherheit geschaffen, ob eine geringere Betriebszugehörigkeit, etwa 15 Jahre in Anlehnung an sozialversicherungsrechtliche Regelungen, ausreiche, werde sich zeigen, jedoch werde es

nicht auf Einzelfälle wie Bedarf oder Notlage ankommen. Es sei nicht einzusehen, dass ein ungerechtes Urteil einem, das durch richterliche Rechtsfortbildung Recht schöpfe, vorzuziehen sei. Das sei auch eine Gewissenfrage.

Zwar sei eine steuerliche Regelung erwartet worden. Diese habe aber Altfälle nicht betreffen können. Zudem sei ein Gesetzgebungsverfahren noch nicht eingeleitet gewesen. Das Steuerrecht lasse das Arbeitsrecht offen; allenfalls könne ihm eine bestimmte Grenze entnommen werden. In einer Erwiderung auf andere Diskussionsbeiträge¹¹³ betonte sie nochmals, Steuerrecht und Arbeitsrecht seien keine Alternative; gebe es keine arbeitsrechtliche Lösung, würde den Gerichten weiter im arbeitsrechtlichen Bereich »der schwarze Peter [...] zugeschoben.« Es sei zwar anzuerkennen, dass gerichtliche Entscheidungen den Gesetzgeber, wenn auch nicht rechtlich, so aber doch politisch und praktisch präjudizieren könnten. Das gebiete eine Zurückhaltung bei der Rechtsfortbildung. Daran habe sich der Senat aber gehalten, weil er sich nicht reformfreudiger hinsichtlich der für die Unverfallbarkeit notwendigen Betriebstreue gezeigt habe als der Referentenentwurf zum Steuerrecht, also nicht etwa trotz der im Referentenentwurf angedachten Zehn-Jahresfrist etwa von fünf Jahren ausgegangen sei.

5. Betriebsrentengesetz

Mit der Neubildung einer Regierung der sozial-liberalen Koalition nach der Bundestagswahl 1972 kam es dann zu einem Umdenken hin zu einer arbeitsrechtlichen Lösung der Unverfallbarkeit durch Gesetz, die steuerrechtlich nur »unterstützt« wurde.¹¹⁴ Dies war Gegenstand eines Referentenentwurfs vom 4. April 1973.¹¹⁵ Ministerialrat Dr. *Harald Fenge* vom Bundesministerium für Arbeit und Sozialordnung, der dort für die Erarbeitung des

¹⁰⁶ *Rau*, BetrAV 1973, 18, 19.

¹⁰⁷ *Paulsdorf* (bei der BdA zuständiger Referent für die bAV – *Höhne*, BetrAV 1973, 1, 2) BetrAV 1973, 23.

¹⁰⁸ BdA, BetrAV 1973, 20, 21.

¹⁰⁹ *Paulsdorf*, BetrAV 1973, 23, 24.

¹¹⁰ So rückblickend *Muhr* (Fn. 64), S. 99.

¹¹¹ *Höhne*, BetrAV 1973, 1, 2.

¹¹² *Hilger*, BetrAV 1973, 9 ff.

¹¹³ *Hilger*, BetrAV 1973, 26 ff.

¹¹⁴ *Rau*, BetrAVG 1973, 124 ff.

¹¹⁵ BetrAV 1973, 112 ff.

Entwurfs zuständig war,¹¹⁶ begründete den Meinungswechsel auf einer aba-Tagung im Mai 1973 damit, es sei vor allem das Bundesarbeitsgericht im genannten Urteil gewesen, das die Schwächen einer steuerrechtlichen Lösung dargelegt habe. Die vom Gericht als notwendig erkannte umfassende Regelung könne nur der Gesetzgeber mit arbeitsrechtlichen Normen vornehmen. Damit werde auch der unbefriedigende Zustand beendet, dass die Rechtsprechung eine dem Gesetzgeber obliegende Aufgabe übernehme.¹¹⁷

Dem entsprach auch die Begründung des Gesetzentwurfs der Bundesregierung, der dem Bundestag im November 1973 zugeleitet wurde.¹¹⁸ Nach dem Entwurf wird die Versorgungsanwartschaft unverfallbar, wenn der Arbeitnehmer das 35. Lebensjahr vollendet hat und die Versorgungszusage mindestens zehn Jahre bestanden hat, unabhängig von der Dauer der Zusage jedoch spätestens 15 Jahre nach Beginn der Betriebszugehörigkeit. Die Höhe der unverfallbaren Anwartschaft wird berechnet nach dem Teil der vollen betrieblichen Versorgungsleistung, der dem Verhältnis der Dauer der Betriebszugehörigkeit zu der Zeit vom Beginn der Betriebszugehörigkeit bis zur Vollendung des 65. Lebensjahres oder einer sonstigen festen Altersgrenze entspricht (§ 1 Abs. 1 iVm. § 2 Abs. 1 S. 1). Die Regelungen waren – außer durch Tarifvertrag bei der Berechnung der Leistung – unabdingbar (§ 7 Abs. 2). Der Gesetzentwurf war bewusst nicht schlechter angelegt als die bestehenden steuerlichen Regelungen und die BAG-Rechtsprechung. Er sah zudem eine Neufassung von § 6a EstG vor, wonach eine Rückstellung nur gebildet werden konnte für Zeiten ab dem 30. Lebensjahr des Versorgungsberechtigten (Abs. 2) um so die Fluktuation pauschal zu berücksichtigen.¹¹⁹

In den Ausschussberatungen¹²⁰ wurde die Unverfallbarkeit dahingehend modifiziert, dass in der zweiten Variante nicht mehr auf 15 Jahre Betriebszugehörigkeit abgestellt wurde, sondern nur noch auf mindestens zwölf Jahre, falls die Versorgungszusage mindestens drei Jahre bestanden hat. Das sollte verhindern, dass die Bereitschaft der Unternehmen, auch langjährigen Mitarbeitern noch eine Versorgung zuzusagen, durch eine starre Frist beeinträchtigt wird. Jedoch sollten Arbeitnehmer keine unverfallbare Anwartschaft erwerben können, wenn sie schon kurze Zeit nach Erteilung des Versorgungsversprechens ausscheiden.

Dass es weiter eine Verbindung zwischen Steuer- und Arbeitsrecht gab, zeigte sich an der Ablehnung eines

Antrags der CDU/CSU-Fraktion, insbesondere im Interesse der Arbeitnehmerinnen das 35. durch das 30. Lebensjahr zu ersetzen; es ging darum diesen Frauen zu ermöglichen, aus dem Arbeitsverhältnis auszuschneiden, um Kinder zu bekommen.¹²¹ Könnten unverfallbare Versorgungsanwartschaften schon vom 30. Lebensjahr an erworben werden, so müssten nämlich nach Ansicht der Ausschussmehrheit auch die Bildung von Rückstellungen vom 25. statt vom 30. Lebensjahr an zugelassen werden, um dem Arbeitgeber vor Eintritt der Unverfallbarkeit eine wenigstens teilweise Finanzierung der Anwartschaft zu ermöglichen. Das war dem Ausschuss zu teuer.¹²²

Im Anhörungsverfahren hatten die Arbeitgeber gefordert, wieder zur steuerrechtlichen Lösung zurückzukehren, zwischen Arbeitgeber- und Arbeitnehmerkündigung zu unterscheiden sowie die im Gesetzentwurf vorgesehenen Fristen um fünf Jahre zu verlängern und die Invaliditätsversorgung aus der Unverfallbarkeit auszunehmen. Dem hatten die Arbeitnehmerorganisationen widersprochen und die Verkürzung der vorgesehenen Fristen um fünf Jahre gefordert. Der seinerzeit von der oppositionellen Union beherrschte Bundesrat war in seiner Gegenäußerung zum Gesetzentwurf für eine Unverfallbarkeit bereits nach zehn Jahren eingetreten.¹²³ Das alles setzte sich letztlich nicht durch.

Das Betriebsrentengesetz wurde im Deutschen Bundestag am 5. Dezember 1974 abschließend diskutiert und einstimmig beschlossen.¹²⁴ Es regelte¹²⁵ neben der Frage der Unverfallbarkeit noch drei weitere in der rechtspolitischen Diskussion, oft in einem Atemzug damit genannte

116 *Schmähl* (Fn. 14), S. 568 Fn. 27; politisch wurde der Entwurf gegenüber den Gesetzgebungsorganen von *Reinhard Bartolomäi* vertreten, der über wissenschaftliche Tätigkeit in der SPD-Bundestagsfraktion Unterabteilungsleiter im Bundesministerium für Arbeit und später unter Ministerpräsident Holger Börner Chef der hessischen Staatskanzlei wurde (dazu ebenfalls *Schmähl* [Fn. 14], S. 568 Fn. 27).

117 *Fenge*, BetrAV 1973, 117, 118.

118 BT-Drs. 7/1281, S. 19 f.

119 BT-Drs. 7/1281, S. 38 f.

120 Dazu Bericht und Antrag des Ausschusses für Arbeit und Sozialordnung BT-Drs. 7/2843; zur Orientierung an der bestehenden Lage der Unverfallbarkeit: *Schmähl* (Fn. 14), S. 569 Fn. 31.

121 Dazu Unionsabgeordneter *Zink*, BT-StenBer 7. WP, S. 4195 f.

122 Zu beiden Punkten BT-Drs. 7/2843, S. 6 f.

123 *Rau*, BetrAV 1974, 112, 114; *Schmähl* (Fn. 14), S. 571; zur Gegenäußerung BT-Drs. 7/1281 S. 52, zur Unionsbeherrschung: [https://de.wikipedia.org/wiki/Geschichte_des_Bundesrates_\(Deutschland\)](https://de.wikipedia.org/wiki/Geschichte_des_Bundesrates_(Deutschland)) (1.3.2024).

124 BT-StenBer 7. WP, S. 9058 ff.

125 BGBl. I 1974, S. 3610.

Probleme¹²⁶: die Auszehrung von Versorgungsansprüchen durch Steigerungen der gesetzlichen Rente, die Anpassung laufender Leistungen und die Insolvenzversicherung. Daneben wurde das Recht auf Betriebsrentenbezug bei Ausscheiden aufgrund der flexiblen Altersgrenze in der gesetzlichen Rentenversicherung aufgenommen.¹²⁷ Die Insolvenzversicherung trat am 1. Januar 1975, das übrige Gesetz am 22. Dezember 1974 in Kraft (§ 32). Die arbeitsrechtlichen Regeln über die Unverfallbarkeit galten jedoch nicht für vor Inkrafttreten des Gesetzes ausgeschiedene Arbeitnehmer (§ 26). In der Debatte wurde durch sozialdemokratische Teilnehmer betont, dass das Gesetz die bAV von einer patriarchalischen zu einer partnerschaftlichen Ausgestaltung weiterentwickelt, diese nicht mehr Wohltätigkeitsveranstaltung der Arbeitgeber, sondern Gegenleistung (für Arbeit) darstellt, also der Lohncharakter der Betriebsrente gestärkt wurde.¹²⁸

IV. Neben- und Nachlauf

1. Rechtsprechung

Der Gesetzentwurf der Bundesregierung führte dazu, dass es das Bundesarbeitsgericht im Hinblick auf die Gewaltenteilung ablehnte, die von ihm in seiner Entscheidung zugrunde gelegte Frist von 20 Jahren als Voraussetzung für die Unverfallbarkeit zu verkürzen. Es wollte einen Widerspruch zwischen seiner Rechtsprechung und dem sich abzeichnenden Gesetz vermeiden.¹²⁹ Demgegenüber sah es sich nicht gehindert, seine Rechtsprechung auf Fälle auszudehnen, in denen der Arbeitnehmer selbst gekündigt hatte. Dies beruhe auf dem Teilleistungsprinzip und eine andere Rechtsprechung sei inkonsequent. Zudem unterscheide auch die bei der mündlichen Verhandlung am 21. November 1974 absehbare gesetzliche Lösung nicht zwischen den Gründen der Beendigung des Arbeitsverhältnisses.¹³⁰

Von einer Übertragung seiner Grundsätze auf Menschen, die keine Ansprüche nach Betriebsrentenregelungen in der DDR erwerben konnten, hat das BAG dagegen abgesehen. Da der Einigungsvertrag dort das Betriebsrentengesetz nur auf Versorgungszusagen aus der Zeit nach dem 31. Dezember 1991 für anwendbar erklärte (Anl. I Kap. VIII Sachgeb. A Abschn. III Nr. 16 zum Einigungsvertrag), kam nach Ansicht des BAG auch eine

Anwendung allgemeiner Rechtsgrundsätze, die durch dieses Gesetz abgelöst wurden, nicht in Betracht.¹³¹

2. Gesetzliche Entwicklung

Die Einführung von Fristen für die gesetzliche Unverfallbarkeit von Anwartschaften auf bAV bei gleichzeitigem Erreichen eines Mindestalters war der Beginn der Entwicklung für die Verkürzung dieser Fristen und der Herabsetzung dieses Alters. Mit dem Altersvermögensgesetz vom 26. Juni 2001¹³² war eine Anwartschaft schon unverfallbar, wenn das Arbeitsverhältnis nach fünfjähriger Zusage nach Vollendung des 30. Lebensjahres endete. Das wurde damit begründet, die Mobilität der Arbeitnehmer solle erhöht werden und zudem die Benachteiligung von Frauen, die ihre Erwerbstätigkeit häufig durch Kindererziehung unterbrechen, vermieden werden.¹³³ Zudem führte das Gesetz einen Anspruch auf Entgeltumwandlung ein, der zu einer sofortigen gesetzlichen Unverfallbarkeit führt. Alle diese Maßnahmen standen allerdings in Zusammenhang mit einem Umbau der gesetzlichen Rentenversicherung, der eine Beitragsstabilisierung bei Leistungskürzung vornahm.¹³⁴

Mit Gesetz vom 10. Dezember 2007¹³⁵ wurde das zu erreichende Lebensalter auf 25 Jahre herabgesetzt und auch insoweit auf die Interessen von Frauen, die wegen Kindererziehung aus dem Unternehmen ausschieden, verwiesen. Die Absenkung trage zur Verbesserung der eigenständigen Altersabsicherung von Frauen bei.¹³⁶

Auch das Unionsrecht trug zur Verkürzung der Unverfallbarkeitsfristen bei. Das Gesetz vom 21. Dezember 2015¹³⁷

126 Vgl. nur *Höhne*, BB 1969, 679; *G. Wiedemann* (Fn. 2), *passim*.

127 Zum Gesetzgebungsverfahren *Schmähl* (Fn. 14), S. 568 ff.

128 MdB *Eugen Glombig* BT-StenBer 7. WP, S. 9072; *Glombig* war als Sozialpolitiker tätig: https://de.wikipedia.org/wiki/Eugen_Glombig (1.3.2024).

129 BAG, 23.11.1973 – 3 AZR 33/73 – AP Nr. 3 zu § 242 BGB Ruhegehalt Unverfallbarkeit = BetrAV 1974, 81.

130 BAG, 20.2.1975 – 3 AZR 514/73 – AP Nr. 8 zu § 242 BGB Ruhegehalt Unverfallbarkeit = BetrAV 1975, 155.

131 BAG, 29.7.1997 – 3 AZR 72/97 – AP Nr. 6 zu Einigungsvertrag Anlage II Kap VIII.

132 BGBl. 2001 I, S. 1310.

133 BT-Drs. 14/4595, S. 40, 68.

134 Vgl. BT-Drs. 14/4595, S. 1 ff.

135 BGBl. 2007 I, S. 2838.

136 BT-Drs. 16/6539, S. 7.

137 BGBl. 2015 I, S. 2553.

zur Umsetzung der EU-Mobilitätsrichtlinie vom 16. April 2014¹³⁸ setzte die Unverfallbarkeit auf eine dreijährige Zusage und eine Beendigung nach Vollendung des 21. Lebensjahres fest. Die Richtlinie hat den Zweck, die Wahrnehmung des Rechts auf Freizügigkeit zwischen den Mitgliedstaaten dadurch zu erleichtern, dass die Hindernisse, die durch einige Vorschriften für die an ein Beschäftigungsverhältnis gekoppelten Zusatzrentensysteme entstanden sind, abgebaut werden; sie gilt nicht für Abwanderung innerhalb eines Mitgliedstaates. Trotz dieser Beschränkungen hat sich der deutsche Gesetzgeber entschlossen, die Vorgaben der Richtlinie für die Unverfallbarkeit zur Vermeidung einer unerwünschten Diskriminierung der in Deutschland bleibenden Beschäftigten und aus Praktikabilitätsgründen auch bei Arbeitgeberwechsel innerhalb Deutschlands anzuwenden.¹³⁹

Die Gesetzesänderungen machten Rückwirkungsvorschriften erforderlich, die im heute geltenden § 30f BetrAVG enthalten sind.

Alle Gesetze haben die steuerlichen Regeln zur Bildung von Rückstellungen für Betriebsrentenanwartschaften an die arbeitsrechtlichen Vorgaben angepasst.

V. Bewertung

1. Arbeitsrechtliche Lösung

Es kann keinem Zweifel unterliegen, dass der arbeitsrechtliche Weg der Regelung der Unverfallbarkeit rechtspolitisch richtig ist. Die vom Bundesarbeitsgericht in der maßgeblichen Entscheidung und von *Hilger* in ihrer Verteidigung dieser Entscheidung angeführten Gründe überzeugen.

2. Argumentationsweg

Bemerkenswert ist, dass das Bundesarbeitsgericht nicht den Weg gegangen ist, etwa den »überkommenen« Fürsorgegedanken fortzuführen, sondern sich unter Bezug auf die Überlegenheit des Arbeitgebers bei Vertragsverhandlungen zu einer am sozialen Schutzprinzip orientierten Rechtsfortbildung entschieden hat.¹⁴⁰ Damit hat es auch Rudimenten im Nationalsozialismus herrschender Rechtsfiguren eine Absage erteilt. Heute ist seine Argumentation spätestens über das Bürgerschaftsurteil des Bundesverfassungsgerichts, Allgemeingut. Berichterstatter war *Thomas*

Dieterich, Hilger akademisch verbunden, die maßgeblich an dem entscheidenden Urteil des BAG mitgewirkt hat.¹⁴¹

Es fällt auf, dass *Marie-Luise Hilger* in ihren öffentlichen Äußerungen sowohl vor als auch nach dem Urteil – anders als der Senat, dem sie angehörte – eher auf den Entgeltgedanken abstellte. Auch dies ist ein klassischer auf die Gleichberechtigung im Arbeitsverhältnis abstellender Gedanke, der nichts mit nationalsozialistischem Gedankengut zu tun hat, sondern sich aus klassischem zivilrechtlichem Gedankengut speist. Mit den Vorstellungen, die ihr Lehrer *Siebert* im Nationalsozialismus vertreten hat, hat dies nichts mehr zu tun.¹⁴²

Bekanntlich¹⁴³ gibt es im Bundesarbeitsgericht eine Bildergalerie, in der alle Richterinnen und Richter mit einem Foto vertreten sind, frühere Präsidenten und die bislang einzige pensionierte Präsidentin mit Ölgemälden. Das hat wegen im Einzelfall hervorgetretener Verstrickungen in den Nationalsozialismus zu öffentlicher Kritik und einem laufenden Forschungsvorhaben geführt. Diese soll persönliche Kontinuitäten und deren Auswirkungen auf die Rechtsprechung erforschen. Erfasst sind alle Personen, die bis 1913 geboren wurden, also auch *Marie-Luise Hilger*, die 1912 geboren wurde.¹⁴⁴ Gegenstand der Forschung sollen auch Kontinuitäten in der Rechtsprechung sein. Eine solche wird man bei der Frage der Unverfallbarkeit von Betriebsrenten beim Dritten Senat und seinen Mitgliedern – vor allem *Marie-Luise Hilger*, vor dem Hintergrund ihrer eigenen engagierten Argumentation – nicht feststellen können.

3. Gewaltenteilung

Problematisch ist dagegen, dass sich das BAG in einer bestimmten politischen Situation letztlich zum politischen Akteur gemacht hat, indem es einer politisch praktisch ausgehandelten Lösung eines Regelungsproblems in der Sache, wiewohl nicht rechtlich, eine andere gegenüberstellte. Angesichts der an einer Verbesserung der sozialen Lage der

138 Richtlinie 2014/50/EU, ABl. 2014 L 128/1.

139 BT-Drs. 18/6283.

140 *Heither*, AuR 2022, 162, 164.

141 BVerfG, 19.10.1993 – 1 BvR 567/89, 1 BvR 1044/89 – AP Nr. 35 zu Art. 2 GG; dazu *Dieterich* (Fn. 77), S. 197 ff.

142 Bei der Herausarbeitung dieses Gedankens war ein Gespräch mit RiBAG Prof. Dr. *Sebastian Roloff* sehr fruchtbar.

143 Zum Folgenden: *Reinfelder*, AuR 2022, 389 ff.

144 *Misselwitz* (Fn. 14), S. 39.

Arbeitnehmerschaft orientierten politischen Atmosphäre der damaligen Zeit war dies politisch nicht mehr rückgängig zu machen.

Seine Rechtfertigung findet dies aber letztlich darin, dass die unbefriedigende Rechtslage auf einer seit Jahrzehnten bestehenden Fehlentwicklung der Rechtsprechung beruhte, die den Entgeltcharakter der bAV nicht grundsätzlich anerkannt hat. Die Offenheit für eine gesetzliche Regelung allein im Steuerrecht bestand nur aufgrund dieser Fehlentwicklung. Es gab dann aber auch das Recht und die Pflicht der Rechtsprechung, diese Fehlentwicklung rückgängig zu machen.¹⁴⁵ Angebracht wäre es jedoch gewesen, eben den Entgeltcharakter der Betriebsrente zum Ansatzpunkt der Überlegungen zu machen.¹⁴⁶ Das hätte – konsequent durchgeführt – dazu geführt, dass allenfalls bei sehr kurzer Tätigkeit die Verfallbarkeit abzulehnen gewesen wäre. Zwar hätte diese Rechtsprechungsänderung auch Rückwirkungsschutz ermöglicht, aber die dogmatisch saubere Lösung wäre angesichts der Bandbreite der Diskussionen und der schon in der steuerlichen Gesetzgebungsvorbereitung genannten Zahlen politisch weitergehend gewesen als der demokratietheoretisch problematische Weg über die Rechtsfortbildung. Dass dies dem Senat bewusst war, ergeben die Ausführungen von *Marie-Luise Hilger* bei der aba zur Verteidigung des Urteils.

4. Einpassung in die Entwicklung

Alles hängt mit allem zusammen. Das gilt auch bezogen auf die Unverfallbarkeit. Solange die Entwicklung individualvertraglich auf Vertragsfreiheit ausgerichtet war, war alles möglich. Als das AOG zur Legitimation nationalsozialistischer Herrschaft in begrenztem Umfang Individualrechte ermöglichte, betraf dies in gewissen Sonderfällen auch die Unverfallbarkeit. Es ist wohl keine Ironie der Geschichte, sondern folgerichtig, dass gerade in den Nationalsozialismus Verstrickte davon in der Nachkriegszeit profitierten. Man verzieh sich gegenseitig damals manches.¹⁴⁷ In die reformorientierten Zeitläufe unter der sozial-liberalen Koalition passt es dann, dass der Dritte Senat engagiert für den Übergang von Fürsorge- und Treuepflicht zu einem auf Gleichberechtigung gerichteten Rechtsverständnis war.

Auch später war ein Gleichklang mit den Zeitläufen festzustellen. Die Unverfallbarkeit wurde gefördert, um bei Einschränkungen der gesetzlichen Rente die private

Vorsorge in Form der Entgeltumwandlung zu stützen. Soweit im Hinblick auf Frauen das Mindestalter verringert wurde, war die Argumentation nicht mehr, das solle ihnen die Möglichkeit geben Kinder zu bekommen, sondern anti-diskriminierungsrechtlich: Weil sie es tun, solle keine Benachteiligung stattfinden.

Die Nicht-Übertragung der Regeln zur Unverfallbarkeit auf die ehemalige DDR – gesetzlich durch den Einigungsvertrag, richterrechtlich durch das BAG – ist Teil der Problematik der Nicht-Übertragung mancher Errungenschaften der alten Bundesrepublik auf die ehemalige DDR. Sie mag damit auch Teil der Ursachen für eine Unzufriedenheit der dortigen Bevölkerung sein, die ihre Lage genau im Vergleich mit den Verhältnissen in der alten Bundesrepublik beurteilt.¹⁴⁸

Zuletzt wird auch die immer stärkere Auswirkung des Unionsrechts auf das deutsche Recht in der Frage der gesetzlichen Unverfallbarkeit wirksam. Dabei fällt auf, dass die Verschiebung auf die unionsrechtliche Ebene nicht die Sachprobleme ändert: Die dem deutschen Gesetz zugrundeliegende Richtlinie spricht das Problem der – allerdings aus unionsrechtlichen Gründen nur grenzüberschreitenden – Mobilität an. Die Frage der Behinderung von Mobilität durch Verfallbarkeit wird seit 1966 auch in Deutschland diskutiert.

Das Betriebsrentengesetz hat der Verbreiterung der betrieblichen Altersversorgung zunächst nicht entgegenstanden.¹⁴⁹ Jedoch zeichnete sich ab 1982 ein Entwicklungsstillstand bei der Verbreitung ab. Dies führte zu rechtspolitischen Forderungen aus dem Arbeitgeberlager, die auf eine Verschlechterung der Rechtsposition der Versorgungsberechtigten hinauslief, jedoch Probleme der Unverfallbarkeit nicht betraf.¹⁵⁰ Offensichtlich ist eine angemessene Unverfallbarkeitsregelung so eindeutig rechtspolitisch richtig, dass sie weitgehende Akzeptanz gefunden hat.

145 Allgemein zur Pflicht der Gerichte, das Recht fortzubilden: *Dieterich*, RdA 1993, 67 ff.

146 *Heither*, AuR 2022, 162, 164.

147 Beispielhaft zu juristischen Experten mit NS-Vergangenheit: *Kittner/Klengel* (Fn. 8), S. 235 ff.

148 Allgemein zu diesem Punkt: *Herbert*, Geschichte Deutschlands im 20. Jahrhundert, 3. Aufl., München 2023, S. 1157 f.

149 Ausführlich BT-Drs. 8/2377 ff.; dazu *Schmähl* (Fn. 14), S. 580.

150 *Schmähl* (Fn. 14), S. 985 ff.

5. Persönlichkeiten und Institutionen

Persönliche Beziehungen sind immer ein interessanter Gesichtspunkt, wenn es um die Nachverfolgung von Entwicklungen geht. Der Weg von *Siebert* zu *Hilger*, deren Betonung nicht-nationalsozialistischer, sondern sozialliberal-emanzipativer Rechtsgrundsätze, insbesondere zum Schutz der unterlegenen Vertragspartei, weiter zu *Dieterich* und dem Bürgschaftsurteil ist fast schon faszinierend zu nennen. Auch fällt auf, wie viele Menschen, die sich an führender Stelle auch mit anderem als Betriebsrente befasst haben, sich zu der Frage der Unverfallbarkeit geäußert haben.

Das betrifft einzelne kleine Beiträge wie die von *Siebert* und *Nikisch* sowie größere von *Herbert Wiedemann*, *Dieterich* und *von Arnim*. Betriebsrentenrecht ist eben doch nicht immer exotisch.

Dass im Übrigen die Stasi über den Abgeordneten *Killat* bei der politischen Diskussion nicht weit weg war, ist nicht wirklich untypisch für deutsche Verhältnisse während der Teilung des Landes.

Schließlich hat die aba eine zentrale Stellung in der betriebsrentenrechtlichen Diskussion. Das war schon lange so, auch bei den hier geschilderten Vorgängen, und ist noch immer so.

Kontinuitäten der Ausbeutung: Migrantische Saisonarbeiter*innen in der deutschen Landwirtschaft während der COVID-19-Pandemie*

Dr. Vladimir Bogoeski, Amsterdam Centre for Transformative Private Law, Universität Amsterdam

I. Einleitung

Landwirtschaftliche Arbeit wird im Globalen Norden zum großen Teil von migrantischen (häufig saisonalen) Arbeiter*innen geleistet.¹ Sie ist ein Beispiel für harte, oftmals rassifizierte Arbeit,² die systematisch – sowohl diskursiv als auch materiell –³ zum Nachteil der rechtlichen und politischen Position migrantischer Landarbeiter*innen entwertet wird. Diese Prozesse führen meist zu ausbeuterischen Arbeits- und unwürdigen Wohnbedingungen. Zu Beginn der COVID-19-Pandemie drohten Einreiseverbote viele migrantische Saisonarbeiter*innen am Erreichen ihrer Einsatzorte zu hindern. Dies führte – zumindest zeitweise – dazu, dass Landwirte »kreative« Lösungen in Betracht zogen, um ihre Ernte zu »retten«.⁴ In Deutschland wurde die Landwirtschaft zu Beginn der Pandemie aufgrund ihrer Bedeutung für die allgemeine Ernährungssicherheit zur »kritischen Infrastruktur« und »systemrelevanten Branche« erklärt.⁵ Daraus folgend wurden migrantische Saisonarbeiter*innen, die für das Funktionieren der deutschen Agrarindustrie unabkömmlich sind, während der globalen Krise der Ernährungssicherheit ebenfalls als »systemrelevant« anerkannt.

In der ersten pandemischen Erntesaison wurde ein drohender Arbeitskräftemangel und eine daraus resultierende Lebensmittelknappheit durch die politische Entscheidung, 80.000 Saisonarbeiter*innen aus Zentral- und Osteuropa einzufliegen, abgewandt.⁶ Zu einer Zeit, als auf europäischen Flughäfen annähernd Stillstand herrschte, machte diese Entscheidung landwirtschaftliche Saisonarbeiter*innen zu einer der wenigen Ausnahmen des damals gültigen Einreiseverbots.⁷ Der Entschluss, Arbeiter*innen einzufliegen, um sie anschließend in Unterkünften, Kantinen, Transportmitteln und auf den Feldern zusammenzubringen, während *Social-Distancing*-Maßnahmen für die

Mehrheit der Bevölkerung noch strengste Gültigkeit hatten, ließ ernsthafte moralische Bedenken an der Behandlung einer ganzen Kategorie von Arbeiter*innen aufkommen. Diese Bedenken wurden bald durch ein starkes mediales Interesse an migrantischen Saisonarbeiter*innen in der Landwirtschaft sowie mehrere Reportagen untermauert, die systematische Arbeitsrechtsverletzungen, täglich drohende

* Der Beitrag basiert auf dem bereits in Bogoeski, *Continuities of exploitation: seasonal migrant workers in German agriculture during the COVID-19 pandemic*, *Journal of Law and Society* 49 (2022), 681–702, <https://doi.org/10.1111/jols.12389> (22.1.2024) auf Englisch erschienenen Aufsatz.

1 Anderson *et al.*, *Comparative Migration Studies* 9 (2021), 1, 2 ff.; s. auch Gelatt, *Immigrant Workers: Vital to the US COVID-19 Response, Disproportionately Vulnerable*, 2020, <https://www.migrationpolicy.org/research/immigrant-workers-us-covid-19-response> (22.1.2024); Grimwood/McGuinness, *Migrant Workers in Agriculture*, House of Commons Research Briefing 7987, 2017, <https://commonslibrary.parliament.uk/research-briefings/cbp-7987/> (22.1.2024); OECD, *COVID-19 und Key Workers: What Role Do Migrants Play in Your Region?*, 2020, <https://www.oecd.org/coronavirus/policy-responses/covid-19-and-keyworkers-what-role-do-migrants-play-in-your-region-42847cb9/> (22.1.2024).

2 S. Ashiagbor, *Industrial Law Journal* 50 (2021), 506.

3 Zur Entwertung von Arbeit s. Currie, *International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations* 23 (2007), 83; s. auch Sahraoui, in: Fedyuk/Stewart (eds.), *Inclusion and Exclusion in Europe: Migration, Work and Employment Perspectives*, Colchester 2018, p. 101.

4 Die »Pick for Britain«-Kampagne hatte beispielsweise zum Ziel, heimische Arbeiter*innen als Ersatz für migrantische Saisonarbeitskräfte, die aufgrund der COVID-19-Beschränkungen nicht mehr einreisen durften, anzuwerben, s. *Attack*, *Britain Looks to Replace Seasonal Workers Kept Away by the Virus*, *New York Times*, 7.7.2020, <https://www.nytimes.com/2020/07/07/business/britain-looks-to-replace-seasonal-workers-kept-away-by-coronavirus.html> (22.1.2024); zur Situation in Deutschland s. Bogoeski, *The German Asparagus Saga*, *Journal for International Politics and Society (IPS)* 2020, <https://www.ips-journal.eu/regions/europe/the-german-asparagus-saga-4321/> (22.1.2024).

5 Bundesministerium für Ernährung und Landwirtschaft, *Pressemitteilung Nr. 54/2020*, 23.2.2020, *Corona-Paket der Bundesregierung: wichtige Hilfen für die Land- und Ernährungswirtschaft erreicht*, <https://www.bmel.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/DE/2020/054-coronapaket-der-bundesregierung.html> (22.1.2024).

6 Mehr als die Hälfte dieser Landarbeiter*innen kam während der Erntesaison 2020 ins Land, s. Initiative Faire Landarbeit, *Saisonarbeit in der Landwirtschaft*, Frankfurt aM./Berlin 2020, S. 8, <https://igbau.de/Faire-Landarbeit.html> (22.1.2024).

7 Bogoeski, *IPS* 2020 (Fn. 4).

Gesundheitsrisiken und zutiefst unwürdige Wohnbedingungen ans Licht brachten.

Vor dem Hintergrund der ausgeprägten strukturellen Abhängigkeit des deutschen Agrarsektors von migrantischen Saisonarbeitskräften, vorrangig aus den östlichen Mitgliedstaaten der EU,⁸ versucht dieser Artikel nachzuvollziehen, inwiefern die in der Pandemie bekannt gewordene Lage migrantischer Saisonarbeiter*innen in der deutschen Landwirtschaft zum großen Teil das Ergebnis bereits zuvor etablierter Ausbeutungsstrukturen war. Obwohl das plötzliche mediale Interesse an den Saisonarbeiter*innen hervorstach, bestanden die meisten Strukturen, die die Probleme der Arbeiter*innen verursachten, bereits seit langer Zeit. Angesichts dessen räumt der Artikel mit dem Mythos auf, dass die ausbeuterischen Arbeits- und unangemessenen Wohnsituationen, die zu den massenhaften Ausbrüchen von COVID-19-Infektionen in den Betrieben führten, lediglich das Ergebnis des pandemischen Ausnahmezustands waren. Mit analytischem Fokus auf zwei pandemische Erntejahre untersucht dieser Artikel, wie die pandemische *Governance* von Saisonarbeit mit Ausbeutungsstrukturen, die bereits zuvor durch Gesetze, Verordnungen sowie behördliche und Arbeitgeberpraktiken etabliert wurden, interagiert und diese verstärkte. Auf Basis schriftlicher Interviews mit zehn gewerkschaftsnahen Berater*innen für migrantische Arbeiter*innen aus acht deutschen Bundesländern (durchgeführt im Mai und Juni 2021) und einer Analyse der politischen und rechtlichen Maßnahmen, die während der Pandemie beschlossen und umgesetzt wurden, zeigt dieser Artikel, dass die Anerkennung der »Systemrelevanz« migrantischer Saisonarbeitskräfte in der Landwirtschaft zu keiner Verbesserung ihrer allgemeinen Arbeits- und Wohnbedingungen geführt hat. Ganz im Gegenteil: Die Analyse verweist auf eine verschärfte »Entbettung« und Prekarisierung migrantischer Saisonarbeiter*innen sowie einer Stärkung der Strukturen, die die Ausbeutung der Arbeiter*innen ermöglichen.

Im Folgenden gebe ich einen kurzen Überblick über den Aufbau des Artikels. Abschnitt II erläutert den konzeptionellen Rahmen und argumentiert, dass saisonale migrantische Arbeiter*innen auf deutschen Bauernhöfen und Feldern eine besonders »entbettete« und kommodifizierte Form von Arbeitskraft darstellen. Diese Form der ausbeutbaren Arbeitskraft entsteht im Zusammenspiel etablierter institutioneller Ausbeutungsstrukturen und

-praktiken, welche die deutsche Agrarindustrie und ihren Arbeitsmarkt prägen. Abschnitt III skizziert diese Strukturen und bietet einen Überblick über den bestehenden regulatorischen und institutionellen Rahmen, der die Arbeitsverhältnisse im deutschen Agrarsektor formt. Abschnitt IV erörtert die politischen und rechtlichen Maßnahmen, die in Deutschland seit dem ersten Ausbruch von COVID-19 Anfang 2020 ergriffen wurden. Gestützt auf Interviewdaten klassifiziert und analysiert Abschnitt V schließlich die Probleme, die migrantische Saisonarbeiter*innen in den ersten beiden pandemischen Erntejahren 2020 und 2021 in der Landwirtschaft erlebt haben. Dieser Abschnitt versucht die Beziehung zwischen diesen Problemen der Arbeiter*innen, den in der Pandemie ergriffenen rechtlichen Maßnahmen sowie den bereits zuvor bestehenden institutionellen Strukturen herzustellen. Das abschließende Resümee erläutert die Ergebnisse der Analyse und erörtert das Verhältnis zwischen den pandemischen politischen Maßnahmen und bereits zuvor bestehenden Ausbeutungsstrukturen, welche in ihrem Zusammenspiel zu einer verschärfte »Entbettung« von migrantischer Saisonarbeit auf deutschen Feldern führten.

II. Die Entbettung migrantischer Saisonarbeitskräfte in der deutschen Landwirtschaft durch rechtliche und institutionelle Strukturen

Um die Situation migrantischer Saisonarbeiter*innen in der deutschen Landwirtschaft während der COVID-19-Pandemie zu analysieren, schlägt dieser Artikel einen vom Konzept der »Entbettung« ausgehenden theoretischen Rahmen vor. *Karl Polanyi* argumentierte, dass Märkte nicht nur ein Geflecht wirtschaftlicher Beziehungen seien, sondern gesellschaftlich *eingebettet* sind. *Polanyi* und weitere Denker*innen, die sich auf seine Arbeit beziehen, erklären, dass Arbeit neben den anderen fiktiven Waren (Land und Geld) in eine komplexe Vielfalt sozialer Beziehungen und Institutionen eingebettet ist. In ihrer abstrahierten Form als Waren, die auf Märkten zum Verkauf stehen, wird die Essenz und Funktion dieser sozialen Einbettung verkannt – zum

8 Ebd.; s. auch Initiative Faire Landarbeit, Saisonarbeit in der Landwirtschaft 2020 (Fn. 6), S. 8; Initiative Faire Landarbeit, Saisonarbeit in der Landwirtschaft 2021, <https://igbau.de/Binaries/Binary16991/2021-InitiativeFaireLandarbeit-Saisonarbeitsbericht.pdf>. (22.1.2024).

Schaden der fiktiven Ware.⁹ Neben einer Vielfalt sozialer Beziehungen sorgen Arbeitsgesetze und eine Reihe von Institutionen für die soziale Einbettung von Arbeit, indem sie Schutz vor den kommodifizierenden und ausbeuterischen Effekten der systematischen und individuellen Unterordnung von Arbeit unter Kapital, was letztlich den Kern aller Arbeitsbeziehungen in kapitalistischen Ökonomien ausmacht, bieten oder diese Effekte zumindest zum Teil abschwächen.¹⁰ Allgemein ist die Landwirtschaft in die umfassende Dynamik der globalen Wertschöpfungsketten der Nahrungsmittelproduktion verstrickt.¹¹ In Deutschland hat die Kombination aus starken Einzelhandelsakteuren, die die Lebensmittelpreise niedrig halten, und den Praktiken der Landwirt*innen, die entwickelt wurden, um diesem Preisdruck Rechnung zu tragen, zur intensivierten Kommodifizierung der Arbeiter*innen geführt. Dies gilt ganz besonders für migrantische Saisonarbeiter*innen.¹²

Im Globalen Norden haben einige Entwicklungen in der Nachkriegszeit – eine Zeit, die im Kontext Nord-West Europas als »eingebetteter Liberalismus«¹³ oder »les Trente Glorieuses« bezeichnet wird – zeitweise zu politischen Prozessen und Regulationen geführt, die einen bedeutenden Teil der arbeitenden Bevölkerung in dieser Weltgegend sozial einbetteten.¹⁴ Jedoch wurde ein ebenso maßgeblicher Teil der arbeitenden Bevölkerungen nie wirklich in solche sozial einbettenden Strukturen inkludiert, oder zumindest war der einbettende Effekt dieser Strukturen für sie deutlich weniger spürbar.¹⁵ Migrantische Arbeiter*innen gehören generell zur Kategorie von Arbeiter*innen, die größtenteils von den »Einbettungsstrukturen« der Ära des eingebetteten Liberalismus ausgeschlossen blieben.¹⁶ Tatsächlich wirkten einbettende Institutionen manchmal sogar zum Nachteil migrantischer Arbeiter*innen.¹⁷ Trotz formaler Grundsätze der Gleichbehandlung und einiger Erfolgsgeschichten kollektiven Widerstands¹⁸ war das Ausmaß, in dem Arbeitsmigrant*innen – geschweige denn saisonale Arbeitsmigrant*innen – in die Strukturen kollektiver Interessensvertretung, wie zB. Gewerkschaften oder Betriebsräte, integriert wurden, in den meisten Ländern des Globalen Nordens recht begrenzt.¹⁹ Selbst in der EU (bzw. der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft, wie sie während *les Trente Glorieuses* genannt wurde), wo Freizügigkeitsrechte und Gleichbehandlungsgrundsätze – zumindest theoretisch – viele Hindernisse, die den Status von Arbeitsmigrant*innen

zur Quelle von Verwundbarkeit und Ausbeutung machen (wie bspw. Kurzzeit-Visa-Regelungen),²⁰ beseitigt haben, sind viele entbettende Elemente bestehen geblieben.²¹ Zudem scheitert das Recht, das theoretisch für Arbeitsmigrant*innen gilt und sie schützen sollte, in der Praxis oftmals an verschiedenen Formen der strukturellen Isolation und Exklusion dieser Migrant*innen sowie am Mangel der systematischen Kontrolle und Umsetzung der bestehenden Rechtsvorschriften.²²

Migrantische Saisonarbeiter*innen – insbesondere im Agrarbereich – stellen ein noch extremeres Beispiel entbetteter und ausbeutbarer Arbeitskraft als weniger mobile Arbeitsmigrant*innen in anderen Industrien dar.

9 Polanyi, *The Great Transformation: The Political and Economic Origins of Our Time*, Boston 2001, p. 57; *Frerichs*, *Österreichische Zeitschrift für Soziologie* 2019, 197, 200.

10 Bogoeski, *Global Perspectives* 2 (2021), 1.

11 Zu dieser Feststellung s. Ferrando et al., in: Tornaghi/M. Dehaene (eds.), *Resourcing an Agroecological Urbanism: Political, Transformational and Territorial Dimensions*, New York 2021, p. 61.

12 Schneider/Götte, *Are Agri-Food Workers Only Exploited in Southern Europe? Case Studies on Migrant Labour in Germany, the Netherlands, and Sweden* (2020), S. 7, <https://www.opensocietyfoundations.org/publications/are-agri-food-workers-only-exploited-in-southern-europe> (22.1.2024); eine Analyse der Beziehung zwischen den unterschiedlichen Motiven von Staaten, Einzelhändlern und Landwirten, die Preise niedrig zu halten, geht über den Rahmen dieses Artikels hinaus, s. dazu *Fakhri*, *Food Systems and Human Rights: Interim Report of the Special Rapporteur on the Right to Food A/76/237*, 2021, <https://www.ohchr.org/en/documents/thematic-reports/a76237-food-systems-and-human-rights-interim-report-special-rapporteur> (22.1.2024).

13 Ruggie, *International Organization* 36 (1982), 379; *Ashiagbor*, *European Law Journal* 19 (2013), 303.

14 Für eine Auseinandersetzung mit der unkritischen Erinnerung an diese Zeit, die verschleierte, wer von einbettenden Strukturen ausgeschlossen blieb, was einer umfänglichen Gleichgültigkeit gegenüber Arbeiter*innen in den (ehemaligen) Kolonien gleichkommt, s. *Ashiagbor*, *Industrial Law Journal* 50 (2021), 506; *Blackett*, in: Davidov/Langille (eds.), *The Idea of Labour Law*, Oxford 2011, p. 420.

15 *Blackett* verweist auf die unterschiedlichen Gruppen marginalisierter Arbeiter*innen, die außerhalb des Schutzbereichs von Arbeitsrecht und weiterer Institutionen fallen als »South in the North«: *Blackett*, in: Davidov/Langille (Fn. 14), p. 428.

16 S. die Diskussionen in *Sahraoui*, in: Fedyuk/Stewart (Fn. 3), p. 101.

17 Für eine Erörterung im Kontext des Vereinigten Königreichs s. *Dias-Abey*, *Industrial Law Journal* 50 (2021), 532.

18 Adler et al. (eds.), *Mobilizing against Inequality: Unions, Immigrant Workers, and the Crisis of Capitalism*, Cornell 2014.

19 *Gorodzeisky/Richards*, *European Journal of Industrial Relations* 19 (2013), 239; s. auch die Diskussion in: *Penninx/Roosblad*, *Trade Unions, Immigration, and Immigrants in Europe, 1960–1993: A Comparative Study of the Attitudes and Actions of Trade Unions in Seven West European Countries*, New York 2002.

20 *Anderson*, *Work, Employment and Society* 24 (2010), 300.

21 *Wagner/Lillie*, *Journal of Common Market Studies* 52 (2014), 403.

22 *Kullmann*, *Enforcement of Labour Law in Cross-Border Situations: A Legal Study of the EU's Influence on the Dutch, German, and Swedish Enforcement Systems*, Deventer 2015 (zugl. Nijmegen, Univ., Diss. 2015).

Im Vergleich zu den meisten Gruppen nicht-migrantischer Arbeiter*innen ist das Ausmaß ihrer Entbettung sogar noch gravierender. Bevor ich auf die spezifischen Aspekte der Entbettung im Kontext der migrantischen Saisonarbeit eingehe, möchte ich zunächst in Kürze den Begriff der »migrantischen Saisonarbeit/er*innen« im Kontext der deutschen Landwirtschaft erörtern.

Weder auf den Feldern noch im wissenschaftlichen Diskurs stellt die Präsenz migrantischer Saisonarbeiter*innen in der deutschen Landwirtschaft ein neues Phänomen dar. Schon im 19. Jahrhundert, als *Max Weber* über die polnischen Landarbeiter*innen auf den Landgütern östlich der Elbe schrieb,²³ waren migrantische Saisonarbeiter*innen für das Funktionieren der deutschen Landwirtschaft und Nahrungsmittelproduktion unabdingbar.²⁴ Derzeit ist der deutsche Agrarsektor jedes Jahr auf rund 300.000 Saisonarbeiter*innen angewiesen, die überwiegend aus mittel- und osteuropäischen EU-Mitgliedstaaten anreisen.²⁵ Zwar existieren begrenzte Jahreskontingente für Saisonarbeiter*innen aus Nicht-EU-Ländern,²⁶ doch die Mehrheit der migrantischen Saisonarbeiter*innen auf deutschen Feldern kommt nach wie vor aus EU-Mitgliedstaaten (zumeist aus Rumänien, Polen und Bulgarien).²⁷

Angesichts dessen drängt sich die Frage auf, warum man den Begriff »migrantische Arbeiter*innen« und nicht etwa »mobile EU-Arbeitnehmer*innen«, »EU-Saisonarbeiter*innen« oder einen anderen verwenden sollte, der darauf hinweist, dass die meisten Arbeiter*innen EU-Bürger*innen sind und daher automatisch über eine größere Reihe an Rechten verfügen als »richtige« migrantische Arbeiter*innen? Ich schlage die Verwendung des Begriffs »migrantische Saisonarbeiter*innen« vor, da die Bezeichnung »mobile Arbeiter*innen« von der Tatsache ablenken könnte, dass diese Arbeiter*innen tatsächlich Migrant*innen sind, die aus einem anders strukturierten sozialen und rechtlichen Umfeld kommen, um temporärer Arbeit in einem anderen Staat nachzugehen. In diesem Kontext verschleiert der Begriff »mobile Arbeitnehmer*innen« das Ausmaß der strukturellen Entbettung migrantischer Saisonarbeiter*innen von den sozialen und institutionellen Strukturen, die (andere) Arbeitskräfte am Ort der Saisonarbeit einbetten. (Kurzzeit-) Visumpflichten und weitere Herausforderungen, die mit dem Aufenthaltsstatus vieler Arbeitsmigrant*innen verbunden sind,²⁸ verschärfen ohne Zweifel die Prekarität der betroffenen Migrant*innen. Allerdings hat die Verwendung des

Begriffs »migrantische Arbeiter*innen« in diesem Artikel die Funktion, darauf hinzuweisen, dass diese Arbeiter*innen ungeachtet ihres formalen europäischen Freizügigkeitsrechts, welches sie objektiv im Vergleich zu Arbeiter*innen mit Visumpflichten privilegiert, mit den meisten Herausforderungen konfrontiert sind, denen alle migrantischen Saisonarbeiter*innen gegenüberstehen. Die Mobilitätseinschränkungen (bspw. das Verbot, Felder und Unterkünfte zu verlassen) und die zunehmende Abhängigkeit von den Arbeitgeber*innen, die während der Pandemie im Kontext migrantischer Saisonarbeit in Deutschland beobachtet werden konnten (inklusive des Entzugs von Reisepässen und Ausweisdokumenten), bestätigen die zentrale Bedeutung der »migrantischen« Dimension für die Lebens- und Arbeitsrealitäten von Saisonarbeitskräften.

Die charakteristischen Probleme von migrantischen Saisonarbeitskräften in der Landwirtschaft, die nicht nur während der Pandemie, sondern schon vorher zu einem solch hohen Maß an Entbettung und Ausbeutbarkeit geführt haben, sind vielfältig. Sprachbarrieren oder ein Mangel an Vertrautheit mit dem rechtlichen und sozialen Umfeld der »Aufnahmegesellschaft« betreffen viele Gruppen migrantischer Arbeitskräfte. Weitere Charakteristika betreffen zwar auch andere Kategorien migrantischer Arbeiter*innen, sind in der migrantischen Saisonarbeit im Agrarbereich aber deutlich häufiger anzufinden oder deutlich stärker ausgeprägt. Unter dieser Kategorie fasse ich (1) die kurze Beschäftigungszeit in der Saisonarbeit, die eine Eingewöhnung in den lokalen, sozialen und institutionellen Kontext fast verunmöglicht; (2) die doppelte Isolation migrantischer Saisonarbeiter*innen in der Landwirtschaft – eine Isolation sowohl vom gewohnten sozialen Umfeld und Unterstützungssystem in den Herkunftsgesellschaften als auch eine physische Isolation

23 *Weber*, *Economy and Society* 8 (1979), 177.

24 *Schmidt*, in: Groth et al. (Hrsg.), *Vernetzt, entgrenzt, prekär? Kulturwissenschaftliche Perspektiven auf Arbeit im Wandel*, Frankfurt aM. 2020, S. 67; s. auch *Anong*, »Saisonarbeitskräfte dringend benötigt«: das Regime landwirtschaftlicher Saisonarbeit in Deutschland im Kontext der Corona-Pandemie, IMIS Working Paper 09, Osnabrück 2021, S. 9.

25 *Schneider/Götte* (Fn. 12), S. 4; s. auch Initiative Faire Landarbeit, *Saisonarbeit in der Landwirtschaft 2021* (Fn. 8), S. 4, 6–7.

26 Zusätzlich zu den bereits etablierten Kontingenten aus Bosnien-Herzegowina, Nordmazedonien, Serbien und der Türkei stieß im Jahr 2021 auch Georgien dazu, s. *Schneider/Götte* (Fn. 12), S. 9. Ebenso gehörten Kontingente aus der Ukraine und Moldawien dazu, s. Initiative Faire Landarbeit, *Saisonarbeit in der Landwirtschaft 2021* (Fn. 8), S. 7–8.

27 Ebd.

28 *Anderson*, *Work, Employment and Society* 24 (2010).

von der (deutschen) Aufnahmegesellschaft, da Höfe und Unterkünfte räumlich weit abseits der meisten Orte sozialer Interaktion gelegen sind; (3) das hohe Maß finanzieller Prekarität, da viele landwirtschaftliche Saisonarbeiter*innen in ihren Herkunftsländern unbeschäftigt sind;²⁹ (4) in Anbetracht der bereits genannten Aspekte: das hohe Maß an Abhängigkeit von den Arbeitgeber*innen; (5) der Mangel an gemeinsamer Arbeiter*innenorganisation (teils bedingt durch den saisonalen Charakter der Arbeitseinsätze) und der beschränkte Zugang zu kollektiven Repräsentationsstrukturen, die migrantischen Saisonarbeiter*innen Schutz und Interessenvertretung bieten könnten.

Diese Formen der Entbettung machen migrantische Saisonarbeitskräfte leicht ausbeutbar, da sie als atomisierte Arbeiter*innen größtenteils außerhalb der kollektiv organisierten Strukturen der Arbeiter*innenschaft stehen und somit für kurze Zeiträume gleich »wegwerfbarer« Ressourcen eingesetzt werden können.³⁰ Die Zentrums-Peripherie-Architektur der EU, die von einer deutlichen materiellen Ungleichheit zwischen dem nordwestlichen Kern und der (vorwiegend) östlichen Peripherie geprägt ist, ermöglicht diese Behandlung migrantischer Saisonarbeitskräfte, denn die Armut in bestimmten Regionen Osteuropas erweckt den Anschein eines Überflusses an verfügbaren Arbeiter*innen, die Arbeitsangebote unter jeglichen Bedingungen annehmen, solange sie ihre Lebensbedingungen auf lange Sicht möglicherweise verbessern könnten.³¹

Diese strukturellen Bedingungen, die die Entbettung und Kommodifizierung³² der Arbeiter*innen ermöglichen, machen migrantische Saisonarbeiter*innen leicht ausbeutbar und resultieren letztlich in ihrer tatsächlichen Ausbeutung. Der Ausdruck »Ausbeutung« beschreibt in diesem Kontext die Praxis der systematischen Ausnutzung der prekären Position von Arbeiter*innen in einem gegebenen Arbeitsmarkt.³³ Zum Zweck dieser Analyse wird ein bestimmtes Vorgehen nicht nur dann als ausbeuterisch verstanden, wenn es eine extreme Form (zB. Fälle von Sklaverei und Zwangsarbeit) annimmt, sondern auch wenn mehrere Faktoren in der Festigung einer prekären Position von Arbeiter*innen zusammenwirken und so deren Möglichkeit, diese Lage individuell oder kollektiv zu verbessern, verhindern.

Es ist von entscheidender Bedeutung zu betonen, dass die entbettenden Strukturen, die zu Ausbeutung führen, keine natürlichen oder unausweichlichen Ergebnisse von

Märkten bzw. von Arbeitsmärkten sind.³⁴ Ganz im Gegenteil: Entbettung, Kommodifizierung und Ausbeutung sind das Ergebnis politischer Entscheidungen und gesetzlicher Maßnahmen und deren (nicht vorhandener) Umsetzung, welche gemeinsam die komplexen Strukturen hervorbringen, die Arbeitsverhältnisse in spezifischen Sektoren formen und bestimmen.³⁵ Zum Zweck dieses Artikels werden diese institutionellen Strukturen als Gesamtheit der Gesetze, Policy-Instrumente und Praktiken (von Landwirten, Agrarunternehmen, Regierungsinstitutionen und Vollzugsbehörden) verstanden, die direkt oder indirekt bestimmte Gruppen von Arbeiter*innen in einer besonders verwundbaren Position platzieren, welche Arbeitgeber*innen systematisch ausnutzen. Die folgenden Abschnitte erläutern diese Strukturen, die solche Ausbeutungsverhältnisse konstituieren, in Bezug auf migrantische Saisonarbeiter*innen in der deutschen Landwirtschaft vor und während der Pandemie.

III. Institutionelle Strukturen vor der Pandemie

Vor der Erläuterung des relevanten institutionellen Rahmens ist es wichtig anzuerkennen, dass es sich bei migrantischen Saisonarbeiter*innen in der Landwirtschaft um eine diverse und keine homogene Gruppe von Arbeiter*innen handelt, wie es die Bezeichnung implizieren könnte. Sowohl die vielfältigen demografischen Charakteristika als auch die

29 Bogoeski, *Harvesting Injustice*, Verfassungsblog, 20.4.2021, <https://verfassungsblog.de/harvesting-injustice/> (22.1.2024).

30 Bejan, *COVID-19 and Disposable Migrant Workers*, Verfassungsblog, 16.4.2020, <https://verfassungsblog.de/covid-19-and-disposable-migrant-workers/> (22.1.2024); für eine ausführlichere Diskussion der »Wegwerfbarkeit« (engl. »disposability«) s. Wright, *Disposable Women and Other Myths of Global Capitalism*, London 2006.

31 Bogoeski, *The German Asparagus Saga*, *Journal for International Politics and Society* (IPS), 2020, (Fn. 4).

32 Rosewarne, *The Economic and Labour Relations Rev.* 20 (2010), 99.

33 Für eine umfassendere Diskussion des Begriffs der »Ausbeutung« s. Wolff, in: Collins et al. (eds.), *Philosophical Foundations of Labour Law*, Oxford 2019, p. 175; zur rechtlichen Konstruktion von Ausbeutung s. Mantouvalou, in: H. Collins et al. (Hrsg.), *Philosophical Foundations of Labour Law*, p. 188.

34 Für eine kritische Diskussion von Märkten als natürliche Ordnung in der Tradition der neoklassischen Ökonomie s. Harcourt, *The Illusion of Free Markets: Punishment and the Myth of Natural Order*, Harvard 2011.

35 Dies könnte als institutionalistische Perspektive verstanden werden. Für eine detaillierte Besprechung des rechtlichen Institutionalismus (engl. »legal institutionalism«) im Kontext des Arbeitsmarktes und der Migration s. Dias-Abey, *Industrial Law Journal* 50 (2021).

Besonderheiten der Ernte spezifischer Gemüse- und Obstsorten, die ein unterschiedliches Maß an körperlicher Anstrengung und letztendlich unterschiedliche Arbeitsbedingungen mit sich bringen, könnten möglicherweise durch den Sammelbegriff der »landwirtschaftlichen Saisonarbeiter*innen«, der sich auf alle Arbeiter*innen als eine Gruppe bezieht, verdeckt werden. Der Artikel nähert sich migrantischen Saisonarbeiter*innen jedoch trotzdem als einer Kategorie, da er die Strukturen und Veränderungen, die die meisten migrantischen Saisonarbeiter*innen betreffen, unabhängig von Unterschieden zwischen EU- und Nicht-EU-Saisonarbeiter*innen sowie Arbeiter*innen in verschiedenen Agrarbereichen oder Regionen Deutschlands, erörtert.

Auch wenn die neue Koalitionsregierung angekündigt hat, dies zu ändern, hat Deutschland das Übereinkommen Nr. 184 der Internationalen Arbeitsorganisation (IAO; engl. »ILO«) zur Sicherheit und Gesundheit in der Landwirtschaft bis dato nicht unterzeichnet.³⁶ Deutschland verfügt daher aktuell über keine einheitliche Rechtsgrundlage für den Arbeiter*innenschutz im Agrarbereich, sondern über ein eher fragmentiertes regulatorisches Regime. Zusätzlich zu den allgemeinen Grundsätzen der Freizügigkeit und den dazugehörigen Rechten ist aus dem gesetzlichen EU-Rahmenwerk für den deutschen Kontext die Saisonarbeiter-RL³⁷ relevant, obwohl die meisten Saisonarbeitskräfte in der Landwirtschaft aus EU-Mitgliedstaaten kommen.³⁸

Die Saisonarbeiter-RL sichert den Gleichbehandlungsgrundsatz im Hinblick auf die soziale Absicherung nach der Verordnung (EG) Nr. 883/2004 über soziale Sicherheit und ihre späteren Ergänzungen (Verordnung [EG] Nr. 987/2009 sowie Verordnung [EU] Nr. 1231/2010) für kurzzeitig beschäftigte Saisonarbeiter*innen aus Drittstaaten, die in einem anderen EU-Staat wohnen und arbeiten, mit der Möglichkeit von Ausnahmen im Fall von Familien- und Arbeitslosenleistungen nach Art. 23 (2)i.³⁹ Die vor Kurzem überarbeitete Entsende-RL und die Saisonarbeiter-RL⁴⁰ beinhalten beide Bestimmungen zu Arbeiter*innen-Unterkünften, aber diese angepasste Gesetzgebung gilt nicht direkt für kurzzeitig beschäftigte EU-Saisonarbeiter*innen.⁴¹ Schließlich sehen Gewerkschaften hoffnungsvolle Anzeichen im unlängst getroffenen politischen Übereinkommen zwischen der EU-Kommission, dem Rat der EU sowie dem Europäischen Parlament, eine »soziale Konditionalitäts-Klausel« für EU-Zahlungen im Rahmen der Gemeinsamen Agrarpolitik (GAP) zu

verabschieden. Es bleibt jedoch abzuwarten, wie diese Initiative künftig konkret umgesetzt wird.⁴²

Grundsätzlich gelten viele der Mindestschutzstandards und Regeln des deutschen (Arbeits-)Rechts für Saisonarbeiter*innen. Einige der relevantesten sind das ArbZG,⁴³ das MiLoG,⁴⁴ die Arbeitsstättenverordnung (inklusive Bestimmungen zu Unterkünften)⁴⁵ und das SGB IV in Hinsicht auf die soziale, gesundheitliche und Rentensicherheit.⁴⁶ Im Jahr 2015 wurde per Rechtsverordnung ein tariflicher Mindestlohn auf alle Saisonarbeiter*innen im Agrarsektor erstreckt,⁴⁷ der über dem damaligen gesetzlichen Mindestlohn lag. Die Verordnung ist zum 31.12.2017 ausgelaufen, daher gilt seit 2018 gilt auch für migrantische Saisonarbeiter*innen in der Landwirtschaft nur noch der deutschlandweite gesetzliche Mindestlohn.

36 Bogoeski, Essential, and yet on the Margins, Verfassungsblog, 21.12.2021, abrufbar unter: <https://verfassungsblog.de/essential-and-yet-on-the-margins/> (22.1.2024).

37 RL 2014/36/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26.2.2014 über die Bedingungen für die Einreise und den Aufenthalt von Drittstaatsangehörigen zwecks Beschäftigung als Saisonarbeitnehmer (Saisonarbeiter-RL), ABl. 2014, L 94, 375–390.

38 Auch für den deutschen Kontext stellt die Richtlinie durchaus ein wichtiges Instrument dar. Drittstaatsangehörige sind bereits präsent und ihre Präsenz könnte sich in der Zukunft noch verstärken, wie etwa die Rekrutierung georgischer Arbeiter*innen im Jahr 2021 zeigte, s. Lomsadze, Germany's New Gastarbeiters: Georgians, Eurasianet, 19.3.2021, <https://eurasianet.org/germanys-new-gastarbeiters-georgians> (22.1.2024); das bilaterale Abkommen sah ein Kontingent von 5.000 georgischen Arbeiter*innen vor. Allerdings arbeiteten weniger als 200 georgische Arbeiter*innen in der Erntesaison 2021 in deutschen Landwirtschaftsbetrieben, Initiative Faire Landarbeit, Saisonarbeit in der Landwirtschaft 2021 (Fn. 8), S. 4.

39 Verschueren, European Journal of Social Security 20 (2018), 100, 109.

40 RL (EU) 2018/957 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 28.6.2018 zur Änderung der RL 96/71/EG über die Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen (Entsendungs-RL) (Text von Bedeutung für den EWR), ABl. 2018, L 173, 16–24.

41 Initiative Faire Landarbeit, Saisonarbeit in der Landwirtschaft 2020 (Fn. 6), S. 9.

42 EU Kommission, Political Agreement on New Common Agricultural Policy: Fairer, Greener, More Flexible, EU Kommission, 25.6.2021, https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_21_2711 (22.1.2024); s. auch Initiative Faire Landarbeit, Saisonarbeit in der Landwirtschaft 2021 (Fn. 8), S. 30–31.

43 Arbeitszeitgesetz vom 6.6.1994 (BGBl. 1994 I, S. 1170, 1171), zuletzt durch Art. 6 des Gesetzes vom 22.12.2020 (BGBl. 2020 I, S. 3334) geändert.

44 Mindestlohngesetz vom 11.8.2014 (BGBl. 2014 I, S. 1348), zuletzt durch Art. 1 des Gesetzes vom 28.6.2022 (BGBl. 2022 I, S. 969) geändert.

45 Arbeitsstättenverordnung vom 12.8.2004 (BGBl. 2004 I, S. 2179), zuletzt durch Art. 4 des Gesetzes vom 22.12.2020 (BGBl. 2020 I, S. 3334) geändert.

46 Das Vierte Buch Sozialgesetzbuch – Gemeinsame Vorschriften für die Sozialversicherung – in der Fassung der Bekanntmachung vom 12.11.2009 (BGBl. 2009 I, S. 3710, 3973; BGBl. 2011 I, S. 363), zuletzt durch Art. 3 des Gesetzes vom 7.11.2022 (BGBl. 2022 I, S. 1985) geändert.

47 Schneider/Götte (Fn. 12), S. 7.

Dieser rechtliche Rahmen agiert in einem institutionellen Kontext von miteinander verknüpften politischen und geschäftlichen Akteuren sowie Kontroll- und Vollzugsbehörden, die wiederum eine entscheidende Rolle in der Fortentwicklung und Umsetzung derselben rechtlichen Struktur spielen.⁴⁸ Das Zollamt und die Finanzkontrolle Schwarzarbeit (FKS) überwachen Bezahlung, Arbeitszeiterfassung und die Einhaltung von Sozialversicherungspflichten. Die örtlichen Gesundheitsämter beaufsichtigen die Umstände in den Unterkünften, den arbeitsbezogenen Transport sowie die Einhaltung von Sicherheitsstandards am Arbeitsplatz. Zusätzlich haben die Sozialpartner (Gewerkschaften und Arbeitgeberverbände) auf europäischer und nationaler Ebene Einfluss auf Gesetzesentwürfe.⁴⁹ Auf lokaler Ebene können Gewerkschaften zudem durch Informationskampagnen mit Arbeiter*innen in Kontakt treten und Arbeitsbedingungen überwachen – wengleich dies nicht immer problemlos möglich ist.⁵⁰ Wenn auch noch überschaubar, gibt es eine Vielfalt formeller und informeller sowie unabhängiger und mit Gewerkschaften verbundener Netzwerke, die migrantischen Saisonarbeiter*innen unterschiedliche Arten von Unterstützung anbieten.⁵¹ Zu guter Letzt sind Arbeitsgerichte – zumindest theoretisch – Bestandteil des relevanten institutionellen Gesamtrahmens.

Im Kontext der Agrarindustrie, in dem mehrere mächtige Einzelhändler den Markt beherrschen und niedrige Nahrungsmittelpreise und daher niedrige Kosten für den gesamten Produktionsprozess aufrechterhalten,⁵² waren Arbeitgeberpraktiken wie das Voraussetzen von Überstunden, das Streichen von Überstunden auf Lohnzetteln, die Berechnung von Löhnen anhand von Akkordarbeit sowie hohe Mieten für überfüllte Unterkünfte (oftmals in der Form von Lohnabzügen) schon lange vor der Pandemie weitverbreitet.⁵³ Dies ging vorrangig auf den generellen Mangel an Aufsicht und Kontrolle durch die Vollzugsbehörden zurück, was wiederum zumeist an deren Kapazitätsproblemen lag (die Behörden sind chronisch unterbesetzt und unterfinanziert).⁵⁴ Aber auch der eingeschränkte Zugang für Gewerkschaften (die meisten Arbeiter*innen sind keine Mitglieder) und strukturelle Hindernisse, die die Inanspruchnahme von Arbeitsgerichten durch migrantische Saisonarbeiter*innen behinderten, trugen dazu bei, diese Situation aufrechtzuerhalten.⁵⁵ Die nächsten Abschnitte untersuchen, wie die entbettenden Wirkungsweisen des bereits

vorher bestehenden rechtlichen und institutionellen Rahmens während der COVID-19-Pandemie für migrantische Saisonarbeitskräfte weiter verschärft wurden.

IV. Entwicklungen während der Pandemie: politische Reaktionen und rechtliche Interventionen

Im Hinblick auf den deutschen Rechtsrahmen zur Regelung der Konditionen landwirtschaftlicher Saisonarbeit kam es im Wesentlichen in zwei Hauptkategorien zu Veränderungen, zum einen in Bezug auf die Sicherheitsbedingungen am Arbeitsplatz und in den Unterbringungen, zum anderen hinsichtlich der Sozialversicherungsvorschriften für Saisonarbeitskräfte.

Das vom Bundesministerium für Ernährung und Landwirtschaft und dem Bundesministerium des Innern während des ersten COVID-19-Ausbruchs Anfang 2020 veröffentlichte sogenannte »Konzeptpapier« führte diese maßgeblichen Veränderungen in Reaktion auf die neuen

48 So war zB. die Verlängerung der Befreiung von der Sozialversicherungspflicht das Ergebnis erfolgreichen Lobbyings des Agrarsektors, s. Initiative Faire Landarbeit, Saisonarbeit in der Landwirtschaft 2020 (Fn. 6), S. 4.

49 Institutionen der kollektiven Arbeiter*innenvertretung können jedoch weiterhin systematisch von Policy- und Gesetzgebungsverfahren ausgeschlossen werden. So wurde die für Beschäftigte in der Landwirtschaft zuständige Gewerkschaft (IG BAU) beispielsweise nicht eingeladen, Teil der Zukunftskommission Landwirtschaft zu sein. Die Kommission war ein Gremium von Experten und Interessenvertretern, das von Kanzlerin Merkel als Reaktion auf die Beschwerden von Landwirten über die Agrarpolitik der Bundesregierung zusammengestellt wurde, s. Initiative Faire Landarbeit, Saisonarbeit in der Landwirtschaft 2021 (Fn. 8), S. 28 f.

50 Initiative Faire Landarbeit, Saisonarbeit in der Landwirtschaft 2020 (Fn. 6); Mitglieder der Initiative Faire Landarbeit berichten, dass es während der zweiten pandemischen Erntesaison (2021) besonders schwierig war, mit Arbeiter*innen in Kontakt zu treten, da die Arbeitgeber*innen häufig den Zugang zu den Arbeiter*innen verhinderten: Initiative Faire Landarbeit, Saisonarbeit in der Landwirtschaft 2021 (Fn. 8), S. 16.

51 So beispielsweise das gewerkschaftsnahe Netzwerk Faire Mobilität, das Beratungsdienste für Arbeitsmigrant*innen aus Mittel- und Zentraleuropa anbietet und dessen Berater*innen ich für diese Untersuchung interviewt habe.

52 Schneider/Götte (Fn. 12), S. 7.

53 Schmidt, in: Groth et al. (Fn. 24); s. auch Abschnitt V. im Folgenden.

54 Die Vereinte Dienstleistungsgewerkschaft (ver.di) hat auf dieses Problem aufmerksam gemacht, ver.di, setzt sich für eine Stärkung der Finanzkontrolle Schwarzarbeit ein, <https://www.verdi.de/presse/pressemitteilungen/++co++af9cc802-54d4-11eb-b026-001a4a160129> (22.1.2024).

55 S. die Diskussion der Interviews in Abschnitt V; für einige Beobachtungen zu allgemeinen Problemen des Zugangs zu Gerichten für EU-Migrant*innen s. Barnard/Fraser Butlin, Journal of Common Market Studies 58 (2020), 1621; Barnard/Ludlow, Industrial Law Journal 45 (2016), 1.

pandemischen Umstände ein.⁵⁶ Zunächst erklärte das Konzeptpapier eine verpflichtende 14-tägige »Arbeitsquarantäne« nach Ankunft in Deutschland. Diese Form der »Gruppenquarantäne«, die nur begrenzten Kontakt zwischen einer streng festgelegten Gruppe von Arbeiter*innen am Arbeitsplatz und in den Unterkünften erlaubte, wurde wegen der damit verbundenen Möglichkeit der Infektionsausbreitung kritisiert. In der Praxis wurden Gruppen von bis zu 20 Personen zum gemeinsamen Arbeiten und Wohnen eingeteilt und von anderen Gruppen abgetrennt. Die Gruppeneinteilung erfolgte jedoch unabhängig davon, ob die einzelnen Arbeiter*innen aus unterschiedlichen Städten und Regionen angereist waren und sich somit am Arbeitsort möglicherweise in ihren neu erstellten Gruppen anstecken konnten.⁵⁷ Des Weiteren mussten die Arbeitgeber*innen während der Quarantänezeit Verpflegung bereitstellen, Besuche auf dem Betriebsgelände, einschließlich in den Unterkünften, waren verboten und die Zimmer in den Unterkünften durften nur zu »halber Kapazität« belegt werden. Angesichts der Tatsache, dass die Überbelegung von Unterkünften in der deutschen Agrarbranche bereits in den vorherigen Erntejahren üblich war, war diese Vorschrift sehr unpräzise, denn es war schlicht nicht klar, was »halbe Kapazität« in konkreten Zahlen zu bedeuten hatte.

Neben »Social-Distancing«- und Hygieneregulungen sowie dem Transport von und zu den Feldern erklärte das Konzeptpapier, dass die Einreise nach und Ausreise von Deutschland ausschließlich von den Arbeitgeber*innen bei der Bundespolizei oder in einem zu diesem Zweck eingerichteten Portal registriert werden musste. Die Maßnahme hatte eine zusätzliche Abhängigkeit der Arbeiter*innen von den Arbeitgeber*innen zufolge. Denn nun hatten die Freizügigkeitsrechte von Saisonarbeiter*innen aus EU-Mitgliedstaaten, die ihnen vormals erlaubten nach Belieben nach Deutschland ein- und auszureisen, keine Gültigkeit mehr. Falls die Dinge nicht wie erwartet oder gewünscht verliefen, konnten die Arbeiter*innen weder ihr Betriebsgelände noch das Land verlassen. Die Anmeldepflicht durch die Arbeitgeber*innen sowie die meisten anderen Reisebeschränkungen wurden 2021 aufgehoben (wobei die allgemeinen Test- und Quarantänebestimmungen noch länger Bestand hatten).⁵⁸

Für alle systemrelevanten Sektoren und Berufe wurde die gesetzlich zulässige Arbeitszeit auf bis zu 60 Stunden wöchentlich sowie zwölf Stunden täglich ausgedehnt,

ohne dass die Arbeitgeber*innen eine vormals notwendige zusätzliche Genehmigung oder Erlaubnis einholen mussten. Die tägliche Ruhezeit wurde auf neun Stunden verkürzt und die tägliche Höchstarbeitszeit, wenn auch nur unter außergewöhnlichen Umständen zulässig, auf bis zu zwölf Stunden an sechs Tagen in Folge ausgedehnt.⁵⁹

Auf EU-Ebene veröffentlichte die EU-Kommission am 16. Juli 2020,⁶⁰ einer Resolution des EU-Parlaments vom 19. Juni 2020 folgend,⁶¹ Richtlinien zur Behandlung migrantischer Saisonarbeiter*innen in der Pandemie. Diese Richtlinien hielten die Länder dazu an, Saisonarbeiter*innen besser zu schützen. Insbesondere drängten sie auf einen verbesserten Sozialversicherungsschutz, was für den deutschen Kontext besonders wichtig war. Denn tatsächlich war eine der umstrittensten Maßnahmen, die die bereits prekäre Position von migrantischen Saisonarbeiter*innen in der deutschen Landwirtschaft noch verschlechterte, eine Änderung der Sozialversicherungsvorschriften. Der ursprüngliche Zeitraum von 70 Arbeitstagen (drei Monate), in dem Arbeitgeber*innen von migrantischen Saisonarbeiter*innen vor der Pandemie von der Sozialversicherungspflicht befreit waren, wurde während der ersten pandemischen Erntesaison im Jahr 2020 auf 115 Arbeitstage verlängert. Ein Jahr später, am 22. April 2021, verabschiedete der Bundestag einen Vorschlag des Ministeriums für Ernährung und Landwirtschaft, wonach der Zeitraum wieder auf 102 Tage (vier Monate) verkürzt wurde.⁶²

56 Bundesministerium für Ernährung und Landwirtschaft (BMEL)/Bundesministerium des Innern (BMI), Konzeptpapier: Saisonarbeiter in der Landwirtschaft im Hinblick auf den Arbeits- und Gesundheitsschutz, Bundesministerium für Ernährung und Landwirtschaft, 10.6.2020, https://www.bmel.de/SharedDocs/Downloads/DE/_Landwirtschaft/konzept-saisonarbeitskraefte-corona-200610.html (22.1.2024).

57 Ebd.; weitere Bestimmungen des Bundesministeriums für Ernährung und Landwirtschaft konkretisierten, dass eine Gruppe aus vier Arbeiter*innen bestehen sollte, aber erlaubten eine Gruppengröße von bis zu 15 Arbeiter*innen, falls spezielle Maschinen dies erforderlich machten: Bundesministerium für Ernährung und Landwirtschaft, Rahmenbedingungen für Saisonbeschäftigte in der Landwirtschaft im Hinblick auf die Corona Pandemie, Bundesministerium für Ernährung und Landwirtschaft, 15.11.2021.

58 BMEL/BMI (Fn. 56).

59 Ebd.

60 Europäische Kommission, Guidelines on Seasonal Workers in the EU in the Context of the COVID-19 Outbreak (2020/C235 1/01), <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A52020XC0717%2804%29> (22.1.2024).

61 Entschließung des Europäischen Parlaments vom 19.6.2020 zum europäischen Schutz von Grenzgängern und Saisonarbeitskräften im Zusammenhang mit der COVID-19-Krise (2020/2664[RSP]).

62 Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Ernährung und Landwirtschaft (10. Ausschuss) zu dem Gesetzentwurf der Bundesregierung – Entwurf eines Vierten Gesetzes zur Änderung des Seefischereigesetzes, 21.4.2021, BT Drs. 19/26840, § 132.

Vor einer detaillierteren Diskussion der tatsächlichen und potenziellen Konsequenzen der Verlängerung der sozialversicherungsfreien Beschäftigungsdauer lohnt es sich, den Ursprung und breiteren Kontext zu betrachten, in welchem die Ausnahme von der Sozialversicherungspflicht eingeführt und letztlich auf migrantische Saisonarbeit übertragen wurde. Saisonarbeit fällt in Deutschland in die Kategorie »kurzfristige Beschäftigung«.⁶³ Seit der Einführung des SGB IV im Jahr 1976 wurde die Kategorie »kurzfristige Beschäftigung« auf Basis von zwei Bedingungen vollständig aus dem gesetzlichen Sozialversicherungssystem ausgeschlossen. Erstens war jede kurzfristige Beschäftigung auf ein Maximum von 50 Tagen (zwei Monate) pro Jahr beschränkt. Zweitens konnte die kurzfristige Beschäftigung von den Arbeiter*innen nicht »berufsmäßig ausgeübt« werden, sondern durfte nur einen Hinzuverdienst darstellen.⁶⁴ Die zweite Bedingung setzt voraus, dass diejenigen, die in einer kurzfristigen Beschäftigung tätig waren, bereits anderweitig sozialversichert waren (zB. als Studierende oder Rentner*innen bzw. durch ihr primäres Arbeitsverhältnis oder ihre Familienversicherung). 2014 wurde die maximale Dauer auf 70 Arbeitstage (drei Monate) pro Jahr verlängert.⁶⁵

Vor der Pandemie wurde Saisonarbeit von bis zu 70 Arbeitstagen pro Jahr fast automatisch als kurzfristige Beschäftigung behandelt und war deshalb von den gesetzlichen Sozialversicherungspflichten ausgenommen. Ironischerweise erlauben die Gleichbehandlungsgrundsätze der EU-Verordnung zur Koordinierung der Sozialversicherungssysteme Nr. 883/2004,⁶⁶ dass Saisonarbeit, inklusive von Migrant*innen durchgeführter Saisonarbeit, teilweise auf die gleiche Art wie eine kurzfristige Beschäftigung behandelt wird. Während diese vorgebliche »Gleichbehandlung« hauptsächlich in der kurzen Beschäftigungszeit der Saisonarbeit begründet liegt, korrespondiert die gegenwärtige Realität migrantischer Saisonarbeiter*innen in der Landwirtschaft nicht mit den Arbeitsbeziehungen, die ursprünglich von den neoliberalen Arbeitsmarktmaßnahmen, die den Regelungen zugrunde liegen, angestrebt wurden. Denn diese begründeten die Ausnahme von der Sozialversicherungspflicht im Falle kurzfristiger Beschäftigung mit der Absicht, Beschäftigung und allgemeine wirtschaftliche Aktivität anzuregen.⁶⁷

Aktuell werden die beiden Hauptkriterien, nach denen migrantische Saisonarbeiter*innen als kurzfristige Beschäftigte behandelt werden, aus zwei Gründen selten erfüllt.

Erstens wird die Anforderung, dass die kurzfristige Beschäftigung nicht »berufsmäßig« als Hauptbeschäftigung ausgeübt wird und lediglich einen »Hinzuverdienst« darstellt, meistens nicht erfüllt, da migrantische Saisonarbeiter*innen aus der osteuropäischen Peripherie in ihren Herkunftsländern oftmals beschäftigungslos sind und die Saisonarbeit ihre Haupteinkommensquelle darstellt.⁶⁸ Zweitens bedeutet die Nichterfüllung der ersten Bedingung fast zwingend, dass die Annahme, die Arbeiter*innen seien andernorts in ein Sozialversicherungssystem integriert, unzutreffend ist. Diese falschen Vermutungen, auf denen der gegenwärtige Ausschluss migrantischer Saisonarbeiter*innen aus dem Sozialversicherungssystem beruht, sind durch eine Vielfalt von Quellen, aber nicht durch offizielle und verlässliche landesweite Daten belegt. Somit kann das bestehende System der Exklusion migrantischer Saisonarbeiter*innen aus dem deutschen Sozialversicherungssystem auf Basis einer Kombination aus politischer Realitätsverweigerung und dem Fehlen von systematischer Aufsicht und Kontrolle aufrechterhalten werden.⁶⁹ Letztere wären von entscheidender Bedeutung, da Bescheinigungen, die belegen, dass in den Herkunftsländern der Arbeiter*innen Sozialversicherung bezahlt wurde, wie beispielsweise A1-Formulare, aktuell nicht systematisch überprüft,⁷⁰ und die Echtheit solcher Dokumente häufig nicht zuverlässig verifiziert werden kann.⁷¹

63 § 8 SGB IV idF. der Bekanntmachung vom 12.11.2009 (BGBl. 2009 I, S. 3710, 3973; BGBl. 2011 I, S. 363), zuletzt durch Art. 3 des Gesetzes vom 7.11.2022 (BGBl. 2022 I, S. 1985) geändert.

64 Ebd.

65 Art. 9 Gesetz zur Stärkung der Tarifautonomie (Tarifautonomiestärkungsgesetz) vom 11.8.2014, BGBl. 2014 I, 1348.

66 Art. 23 Saisonarbeiter-RL (Fn. 37).

67 *Eichhorst et al.*, Geringfügige Beschäftigung: Situation und Gestaltungsoptionen, Gütersloh 2012.

68 DGB, Miserable Bedingungen für Saisonarbeitnehmer*innen beenden: DGB und IG BAU fordern sozialversicherungspflichtige Beschäftigung, 25.5.2022, <https://www.dgb.de/themen/+++co++8043b236-71c7-11eb-9e8c-001a4a160123> (22.1.2024); s. zB. *Emerging Europe, Destination Germany: Desperate to Leave Romania, Farm Workers Besiege Airports*, *Emerging Europe*, 10.2.2020, <https://emerging-europe.com/news/destination-germany-desperate-to-leave-romania-farm-workers-besiege-airports/> (22.1.2024); Initiative Faire Landarbeit, Saisonarbeit in der Landwirtschaft 2021 (Fn. 8), S. 15.

69 *Bogoeski*, *Harvesting Injustice* (Fn. 29).

70 Zum Problem fehlender Kontrollen s. Initiative Faire Landarbeit, Saisonarbeit in der Landwirtschaft 2021 (Fn. 8), S. 11.

71 Dies wurde in Studien und Diskussionen zur Ost-West-Entsendung in diversen Sektoren festgestellt, s. zB. *Rennuy*, *Posting of Workers: Enforcement, Compliance, and Reform*, *European Journal of Social Security* 22 (2020), 212; s. auch *Bogoeski*, *Harvesting Injustice* (Fn. 29).

V. Die Erfahrungen migrantischer Saisonarbeiter*innen während der Pandemie

Unabhängig von der Pandemie fehlt es allgemein an offiziellen und verlässlichen Daten zu Saisonarbeitskräften in der deutschen Landwirtschaft.⁷² Zwischen dem 15. März und 15. Juni 2020 kamen 40.318 Saisonarbeiter*innen nach Deutschland (dies ist zumindest die Anzahl der Arbeiter*innen, die von ihren Arbeitgeber*innen angemeldet wurden) und damit deutlich weniger als die ursprünglich erwarteten 80.000.⁷³ Der Verband Süddeutscher Spargel- und Erdbeeranbauern (VSSE) schätzt basierend auf einer Umfrage unter seinen Mitgliedern, dass im Jahr 2020 im Vergleich zu den Vorjahren 28 % weniger Saisonarbeiter*innen in der Spargel- und Erdbeerernte eingesetzt wurden.⁷⁴ Dies erhöhte den Druck auf die Arbeiter*innen, die auch in den Pandemie-Jahren auf deutschen Feldern ernteten.⁷⁵

Dieser Artikel zielt darauf ab, die gegenwärtige Lücke an Wissen und Daten zur Situation migrantischer Saisonarbeiter*innen in der Landwirtschaft zumindest teilweise zu füllen. Hierfür wurde neues Datenmaterial aus schriftlichen Interviews mit Berater*innen für migrantische Arbeiter*innen, die für gewerkschaftsnahe Beratungszentren tätig sind, analysiert. Es ist wichtig klarzustellen, dass dieser Artikel zwar von den Erfahrungen migrantischer Landarbeiter*innen berichtet, sich jedoch nicht auf Berichte aus erster Hand – direkt von den Arbeiter*innen – stützt. Stattdessen basiert die Analyse auf den schriftlichen Berichten von Berater*innen gewerkschaftsnahe Beratungszentren, die Informations- und Beratungsdienste in allen mittel- und osteuropäischen Sprachen anbieten und für migrantische Saisonarbeiter*innen bei arbeitsbezogenen Problemen oder der generellen Suche nach Informationen während ihres Aufenthalts in Deutschland häufig die erste Anlaufstelle sind. Da die Berater*innen über die Jahre dutzende Fälle mit Beteiligung migrantischer Saisonarbeiter*innen aus der Landwirtschaft betreut haben und dabei direkten Kontakt zu zahlreichen Arbeiter*innen hatten, sind sie gut (wenn nicht sogar bestens) positioniert, um die Entwicklungen, die die Arbeits- und Lebensbedingungen migrantischer Arbeiter*innen während der Pandemie beeinträchtigt haben, zu beurteilen.

Im Mai und Juni 2021 sammelte ich Daten von zehn Beratungszentren. Diese sind über acht Bundesländer

verteilt und bieten Beratungsdienste für Arbeitsmigrant*innen in arbeits- und sozialrechtlichen Belangen an. Jede Berater*in beantwortete schriftlich 35 Fragen. Acht der zehn Berater*innen gehören zum Beratungsstellennetzwerk Faire Mobilität, das institutionell mit dem Deutschen Gewerkschaftsbund (DGB) verbunden ist.⁷⁶ Diese Beratungsstellen von Faire Mobilität befinden sich in Mannheim (Baden-Württemberg), Stuttgart (Baden-Württemberg), Frankfurt a.M. (Hessen), Oldenburg (Niedersachsen), Kiel (Schleswig-Holstein), München (Bayern), Dortmund (Nordrhein-Westfalen) und Nürnberg (Bayern). Die anderen beiden Beratungsstellen sind das Beratungszentrum Migration und Gute Arbeit, das mit der Berliner Vertretung des DGB verbunden ist, und das Beratungszentrum Arbeit und Leben in Potsdam (Brandenburg), das wiederum mit der regionalen Vertretung des DGB verbunden ist. Die Berater*innen dokumentieren die Kontakte und Fälle, die sie jeden Monat bearbeiten. Aus diesen Daten erstellt das Netzwerk Faire Mobilität wiederum Jahresstatistiken.⁷⁷ Die Befragung von Berater*innen aus acht Bundesländern und dementsprechend acht unterschiedlichen landwirtschaftlichen Regionen stellt die geografische Repräsentativität der Daten sicher. Obwohl die Berater*innen in acht unterschiedlichen Bundesländern tätig sind, erhalten sie zusätzlich Anrufe und Beratungsanfragen von Arbeiter*innen außerhalb ihres jeweiligen Bundeslandes. Das bedeutet, dass die zehn Beratungsstellen tatsächlich Anfragen aus dem ganzen Bundesgebiet bearbeiten. Während der Pandemie war der Zugang zu Betrieben und Unterkünften stark eingeschränkt, dies machte es sehr schwierig bis unmöglich, direkte Interviews mit Arbeiter*innen zu führen. Die Berater*innen waren die Informationsquellen, die der direkten Berichterstattung

⁷² Schneider/Götte (Fn. 12), S. 4.

⁷³ Initiative Faire Landarbeit, Saisonarbeit in der Landwirtschaft 2020 (Fn. 6), S. 9.

⁷⁴ Seinen Erhebungen zufolge schätzt der VSSE, dass anstelle der vormaligen üblichen 146.000 lediglich 106.000 Saisonarbeiter*innen eingesetzt wurden Initiative Faire Landarbeit, Saisonarbeit in der Landwirtschaft 2020 (Fn. 6), S. 8.

⁷⁵ Initiative Faire Landarbeit, Saisonarbeit in der Landwirtschaft 2020 (Fn. 6), S. 8; dies wurde auch häufig in den Antworten der interviewten Berater*innen für migrantische Arbeiter*innen angesprochen.

⁷⁶ S. Faire Mobilität, <https://www.faire-mobilitaet.de> (22.1.2024).

⁷⁷ Einige Jahresstatistiken sind bei von Faire Mobilität verfügbar: <https://www.faire-mobilitaet.de/ueber-uns/+co+af7d0f74-fb2b-11e5-b0c3-52540023ef1a> (22.1.2024).

durch migrantischen Saisonarbeiter*innen am nächsten kamen, da sie die Erfahrungen der Arbeiter*innen direkt beobachten konnten. Zudem waren die Berater*innen durch die Erfahrungen, die sie in vielen Jahren der Beratung migrantischer Saisonarbeiter*innen vor dem Ausbruch von COVID-19 sammeln konnten, bestens aufgestellt, um mögliche Veränderungen während der Pandemie zu beurteilen.

Man könnte erwarten, dass das erhöhte Medieninteresse am Thema der landwirtschaftlichen Saisonarbeit seit Beginn der Pandemie zu einer gesteigerten Fallzahl in den Beratungszentren geführt hat. Allerdings stellten die meisten interviewten Berater*innen im Jahr 2021 im Vergleich zum Vorjahr – und interessanterweise auch den Jahren vor der Pandemie – dahingehend keine Veränderungen fest, mit einigen kleinen Ausnahmen.⁷⁸ Die Beratungsstellen machten, wiederum mit einigen kleinen Unterschieden, ähnliche Erfahrungen mit der Anzahl von migrantischen Saisonarbeiter*innen. Zum Zeitpunkt der Interviews (Mai und Juni 2021) berichtete keine der Beratungsstellen von einer großen Menge an Kontaktaufnahmen/Anrufen von migrantischen Saisonarbeiter*innen. Der Anteil bewegte sich im Bereich von 1 bis 8 %, der von den Beratungsstellen insgesamt betreuten Fälle. Je nach Beratungsstelle bedeutete dies in absoluten Fallzahlen durchschnittlich zwei bis acht (in manchen Fällen auch mehr) Beratungsanfragen pro Monat. Den Interviewangaben zufolge kamen die meisten Anfragen von Saisonarbeiter*innen aus Rumänien und Polen, gefolgt von Arbeitskräften aus Bulgarien, Kroatien und der Ukraine.⁷⁹

Auf Grundlage des Inhalts der Anfragen und Gesuche, mit denen sich die migrantischen Saisonarbeiter*innen an die Beratungszentren wandten, klassifiziere ich die Probleme der Arbeiter*innen analytisch in zwei Kategorien (s. Tabelle). Die erste Kategorie umfasst Probleme, die bereits vor der Pandemie signifikant und weithin bekannt waren. Die zweite Kategorie umfasst Probleme, die erst während der Pandemie auftraten. Wie die Analyse der Daten im Folgenden jedoch zeigt, sind beide Kategorien miteinander verknüpft. Die meisten Probleme, die zunächst pandemiebezogen erscheinen, sind mit den Strukturen verbunden oder häufig das Ergebnis der Strukturen, die ihre Ursache in den bereits vor der Pandemie bestehenden allgemeineren Problemen finden.

1. Lohnprobleme

Den Interviews zufolge war das häufigste Problem, mit dem sich migrantische Saisonarbeiter*innen an die Bera-

tungszentren wandten, teilweise oder gänzlich unbezahlte Löhne. Dieses Problem war bereits aus der Zeit vor der Pandemie bekannt und liegt den Interviews zufolge nicht an bestehenden Gesetzen und Bestimmungen, sondern tritt systematisch vor allem wegen der mangelhaften Um- und Durchsetzung existierender Gesetze und Bestimmungen auf.⁸⁰ Laut den Berater*innen sind die Unregelmäßigkeiten bei der Bezahlung der Arbeiter*innen auf mehrere etablierte Arbeitgeber*innen-Praktiken zurückzuführen, wie zB. der intransparenten Erfassung und Bezahlung von Arbeitsstunden oder der Auszahlung eines großen Lohnanteils unmittelbar vor der Rückkehr der Arbeiter*innen in ihre Herkunftsländer. Den Berater*innen zufolge erhalten die Arbeiter*innen ihre Gehaltsabrechnungen und ihren vollständigen Lohn erst ganz am Ende der Erntesaison bzw. am Ende ihres »Einsatzes« in einer spezifischen Erntezeit.⁸¹ Da die Arbeiter*innen erst in diesem Moment entdecken, für weniger Stunden als für die von ihnen angenommene oder dokumentierte Stundenanzahl bezahlt worden zu sein, ist dies oft der Punkt, an dem sie sich zur Unterstützung an die Beratungszentren wenden.

Eine Reihe von Charakteristika der migrantischen Saisonarbeit in der deutschen Landwirtschaft ermöglichen solche Praktiken. So erschwert oder verhindert die Sprachbarriere die Kommunikation zwischen Arbeiter*innen und leitenden Angestellten, ganz zu schweigen von der Kommunikation zwischen Arbeiter*innen und Arbeitgeber*innen.⁸² Die Arbeiter*innen sind daher darauf angewiesen, sich auf die festgelegten »Vorarbeiter*innen« zu verlassen, die in der Regel ihre Sprache sprechen, aber oftmals langjährige Vertraute der Arbeitgeber*innen sind.⁸³ Da die Arbeiter*innen oftmals keinen regelmäßigen Nachweis

78 In den von mir gesammelten Interviewdaten berichteten die Berater*in von Faire Mobilität Stuttgart von einer leichten Zunahme an Kontaktaufnahmen durch migrantische Saisonarbeiter*innen aus der Landwirtschaft in der Pandemie. Die Berater*innen aus Kiel und München berichteten hingegen von einem leichten Rückgang.

79 Diese Zahlen spiegeln sich auch in der von der Initiative Faire Landarbeit beobachteten Zusammensetzung der Arbeiter*innen wider. Die Initiative Faire Landarbeit trat in den Erntejahren 2020 und 2021 durch ihre Informationskampagnen mit ca. 2.500 Saisonarbeitskräften in Kontakt, s. Initiative Faire Landarbeit, Saisonarbeit in der Landwirtschaft 2021 (Fn. 8), S. 12–13.

80 S. Initiative Faire Landarbeit, Saisonarbeit in der Landwirtschaft 2020 (Fn. 6); Schmidt, in: Groth et al. (Fn. 24).

81 Ganz besonders von den Berater*innen der Beratungszentren von Faire Mobilität in Kiel und Nürnberg hervorgehoben.

82 Zur Rolle der Sprache s. Sargeant/Tucker, Policy and Practice in Health and Safety 7 (2009), 51.

83 Von einem/einer Berater*in von Faire Mobilität Kiel berichtet.

Tabelle. Übersicht der häufigsten Probleme, mit denen in der Landwirtschaft tätige migrantische Saisonarbeiter*innen in den Jahren 2020 und 2021 an gewerkschaftsnahe Beratungszentren in Deutschland herantreten sind.

Reihenfolge	Probleme, die migrantische Saisonarbeiter*innen in der Landwirtschaft erlebten	Kategorie: allgemein/ pandemiebedingt
1	Teils oder komplett unbezahlte Löhne ^a	allgemein
2	Erhebliche Lohnabzüge für Unterkunft und Verpflegung (sowie weitere Abzüge) ^b	allgemein, durch Pandemie verschärft
3	Unterkunftsprobleme (schlechte Unterkunftsbedingungen) ^c : Mehrbetträume, schlechte hygienische Zustände, Missachtung von Abstandregelungen	allgemein, durch Pandemie verschärft
4	Keine Bezahlung während der verpflichtenden Quarantäne ^d	pandemiebedingt
5	Unklarheit über und Missachtung von Quarantänebestimmungen ^e	pandemiebedingt
6	Arbeitszeit (12-14 Stunden täglich) ^f	allgemein, durch Pandemie verschärft
7	Krankenversicherung ^g	allgemein, durch Pandemie verschärft
8	Lohnfortzahlung im Krankheitsfall während der Quarantäne (bzw. allgemein) ^h	pandemiebedingt
9	Nicht nachvollziehbare Lohnabrechnungen ⁱ	allgemein
10	Vorenthalt von Arbeits- oder persönlichen Dokumenten (Ausweise oder Reisedokumente) ^j	unklar
11	Mobilitätseinschränkungen während und nach der verpflichtenden Quarantäne ^k	pandemiebedingt
	Weitere Probleme: Umgehung des Mindestlohns durch Akkordarbeit/-lohn ^l ; Arbeitsunfälle ^m ; andere Lohnabzüge (zB. für »Vermüllung«) ⁿ ; Steuern ^o ; Schwierigkeiten mit der Kündigung in der Quarantänezeit ^p ; Kündigungen allgemein ^q ; Nicht-Ausstellung arbeitsbezogener Unterlagen (keine Arbeitsverträge) ^r ; Mangel an Informationen über COVID-19 ^s ; Lohnabzüge für Anreise aus Rumänien und Vermittlungsdienste ^t	

Erläuterung: Die Probleme sind nach absteigender Häufigkeit auf Basis meiner Interviewdaten geordnet. a: durch Berater*innen aller zehn Beratungsstellen genannt; b: durch die Berater*innen von Faire Mobilität in Mannheim, Stuttgart, Frankfurt am Main, Kiel und Dortmund sowie den Berater*innen der Beratungszentren Migration und Gute Arbeit in Berlin sowie Arbeit und Leben in Potsdam genannt; c: von den Berater*innen von Faire Mobilität in Mannheim, Frankfurt am Main, Oldenburg, München und Kiel sowie den Berater*innen des Beratungszentrums Migration und Gute Arbeit Berlin genannt; d: von den Berater*innen von Faire Mobilität in Stuttgart, Nürnberg, München und Dortmund genannt; e: von den Berater*innen von Faire Mobilität in München, Oldenburg, Kiel und den Berater*innen des Beratungszentrums Arbeit und Leben Potsdam genannt; f: von den Berater*innen von Faire Mobilität in Frankfurt am Main, Dortmund und Nürnberg genannt; g: von den Berater*innen von Faire Mobilität in Stuttgart und Kiel genannt; h: von den Berater*innen von Faire Mobilität in Nürnberg und München genannt; i: von den Berater*innen des Beratungszentrums Migration und Gute Arbeit Berlin und des Beratungszentrums von Faire Mobilität in Nürnberg genannt; j: von den Berater*innen des Beratungszentrums Migration und Gute Arbeit Berlin und des Beratungszentrums von Faire Mobilität in München genannt; k: von den Berater*innen des Beratungszentrums Migration und Gute Arbeit in Berlin genannt; l: von den Berater*innen von Faire Mobilität Frankfurt am Main genannt; m: von den Berater*innen von Faire Mobilität Kiel genannt; n: von den Berater*innen von Faire Mobilität München genannt; o: von den Berater*innen von Faire Mobilität Stuttgart genannt; p: von den Berater*innen des Beratungszentrums Migration und Gute Arbeit in Berlin genannt; q: von den Berater*innen von Faire Mobilität Kiel genannt; r: von den Berater*innen von Faire Mobilität München genannt; s: von den Berater*innen von Faire Mobilität München genannt; t: von den Berater*innen von Faire Mobilität München genannt.

über ihre Arbeitszeit erhalten, können Unterschiede zwischen ihrer Wahrnehmung bzw. Eigendokumentation und der letztendlichen Entlohnung durch die offiziellen Gehaltsabrechnungen selten oder erst kurz vor ihrer Abfahrt festgestellt werden. Eine Berater*in von Faire Mobilität Nürnberg berichtet dementsprechend: »Sehr oft kommen die Menschen am Tag der Auszahlung zu uns, meistens melden sie sich über die Hotline. Erst dann stellen sie fest, dass der Arbeitgeber nicht alles bezahlen möchte.«

Die folgende Darlegung einer Berater*in von Faire Mobilität Kiel gibt einen Überblick über die Techniken, die zur Umgehung der Vorschriften der Arbeitszeiterfassung und Entlohnung genutzt werden und spiegelt die Eindrücke von einigen weiteren interviewten Berater*innen wider:

»In der Regel bekommen die Saisonkräfte nach der Beendigung der Arbeit eine Lohnsumme, die der Höhe nach nicht nachvollziehbar ist. Die Lohnabrechnungen weisen hohe Lohnabzüge auf, Stundenanzahlen, die den echten nicht entsprechen (Überstunden werden nicht erfasst, wetterbedingte Arbeitsausfälle werden nicht nach § 615 BGB bezahlt). Das Ganze wird durch Akkordvorgaben zusätzlich erschwert. Die Überprüfung und Berechnung der richtigen Lohnhöhe gestaltet sich in der Praxis sehr schwierig und aus diesem Grund werden die Forderungen so selten geltend gemacht.«

Die Bezahlung nach Akkordlohn ist im Ausnahmefall erlaubt, solange der gesetzliche stündliche Mindest- bzw. der gültige Tariflohn nicht unterlaufen wird.⁸⁴ Das bedeutet allerdings, dass die Bezahlung nach Akkordlohn nur dann zulässig ist, wenn sie den Arbeiter*innen ermöglicht, mehr als den stündlichen Mindestlohn zu verdienen. Den Interviews sowie den Berichten der Initiative Faire Landarbeit zufolge werden migrantische Saisonarbeiter*innen in der Landwirtschaft jedoch häufig ausschließlich nach Akkordlohn bezahlt. Die Akkordvorgaben sind dabei häufig so hoch angesetzt, dass es praktisch unmöglich ist, diese zu erfüllen und man schlussendlich weniger als den gesetzlichen stündlichen Mindestlohn verdient.⁸⁵

Ein weiteres oftmals genanntes Problem im Hinblick auf die Verringerung von Arbeitslöhnen und die Verschleierung von Lohnabrechnungen sind die erheblichen Lohnabzüge, die zumeist für Unterkunft (250–300 € pro Person/Bett im geteilten Zimmer pro Monat)⁸⁶ und Verpflegung, aber auch für Arbeitskleidung⁸⁷ vorgenommen werden. Selbst schlicht nicht nachvollziehbare Abzüge kommen mitunter vor, so zB. für »Vermüllung«.⁸⁸

Auch wenn die Behörden Unregelmäßigkeiten feststellen und Arbeitgeber*innen mit Geldstrafen belegen, müssen die Arbeiter*innen ihre unbezahlten Löhne und andere Ansprüche stets individuell einfordern.⁸⁹ Obwohl es wichtig ist, die strukturellen Bedingungen zu verstehen, die diese Praxis des »Lohndiebstahls«⁹⁰ (als ungerechtfertigte Kürzung tatsächlich geleisteter Arbeitszeit auf Lohnabrechnung verstanden) ermöglichen, ist es ebenso wichtig zu verstehen, über welche Möglichkeiten die Arbeiter*innen in solchen Fällen zur Einforderung ihrer Rechte verfügen. Aus den Berichten der Berater*innen ergeben sich drei mögliche Vorgehensweisen, um Arbeiter*innen bei ihrem Kampf um die Anerkennung ihrer unvollständig erfassten oder entlohnenden Arbeitsstunden, zu unterstützen. Die erste Möglichkeit besteht darin, die Arbeitgeber*in mit den Lohnforderungen zu konfrontieren. Dabei vertreten Berater*innen in Zusammenarbeit mit den zuständigen örtlichen Gewerkschaften die Interessen eines/einer spezifischen Arbeiter*in oder einer Gruppe von Arbeiter*innen vom selben Arbeitsplatz, die sich in der gleichen Situation befinden, um die Anerkennung und Entlohnung nicht-erfasster Arbeitszeit in außergerichtlichen Verhandlungen durchzusetzen. Zweitens gibt es abhängig vom spezifischen Fall, sofern eine größere Gruppe von Arbeiter*innen betroffen ist, die Möglichkeit, zusammen mit der zuständigen Gewerkschaft Unterstützung bei der Organisation eines kollektiven ad-hoc Protests anzubieten. Dieser kann beispielsweise mediale Berichterstattung anstreben und die Arbeitgeber*innen dazu bringen, Gehaltsabrechnungen und fälschlich erfasste Arbeitszeiten zu überdenken und zu revidieren. Die dritte Möglichkeit ist – zumindest theoretisch – der Rechtsweg. Kaum eine der zehn Berater*innen hatte Erfahrung mit einem Fall, der es bis zu den deutschen Arbeitsgerichten geschafft hatte oder dort gar von Erfolg

84 Arbeitsrechte, Was heißt leistungsorientierte Bezahlung? 24.8.2022, <https://www.arbeitsrechte.de/leistungsorientierte-bezahlung/>. (22.1.2024).

85 Der/die Berater*in von Faire Mobilität München berichtete von Akkordvorgaben von »16 Kilogramm Spargel pro Stunde«, auf die er/sie in ihrer Beratungsarbeit gestoßen ist.

86 Von einem/einer Berater*in von Faire Mobilität Mannheim berichtet.

87 Von einem/einer Berater*in von Faire Mobilität Mannheim berichtet.

88 Von einem/einer Berater*in von Faire Mobilität München berichtet.

89 Initiative Faire Landarbeit, Saisonarbeit in der Landwirtschaft 2021 (Fn. 8), S. 12–13.

90 Für eine theoretische Diskussion des Konzepts des »Lohndiebstahls« s. Rogers, Berkeley Journal of Employment and Labor Law 31 (2010), 1.

gekrönt war.⁹¹ Die strukturellen Gründe, warum ein gerichtliches Vorgehen oftmals von vornherein als Option ausgeschlossen bleibt, sind vielfältig: der Mangel finanzieller Möglichkeiten, Sprachbarrieren, fehlendes grundlegendes Wissen, um sich in einem komplexen rechtlichen und institutionellen System zurechtzufinden, generelles Misstrauen gegenüber den Behörden⁹² sowie die übliche Dauer von Gerichtsprozessen im Kontrast zur kurzen Aufenthaltsdauer der Arbeiter*innen, welche die Rückkehr in die Herkunftsländer zum Ende der Erntesaison zwangsläufig mit sich bringt.⁹³

2. Unterkünfte und Quarantäneregelungen

Das Problem schlechter oder schlicht inakzeptabler Zustände in Betriebsunterkünften für migrantische Saisonarbeiter*innen auf deutschen Höfen und Feldern ist seit langer Zeit bekannt.⁹⁴ Die Unterbringung in stickigen, überfüllten Containerräumen inmitten der Sommerhitze wird von Gewerkschafter*innen, Berater*innen, Aktivist*innen und Journalist*innen seit langem als entwürdigend und unsicher eingestuft.⁹⁵ Die Verhältnisse in den geteilten Unterkünften waren einer der Hauptkritikpunkte am Beschluss, migrantische Saisonarbeiter*innen nach der Verhängung des allgemeinen Einreisestopps und inmitten des ersten sogenannten *Lockdowns* einreisen zu lassen. Denn bereits damals war klar, dass die übliche Praxis der Mehrbett-Zimmerbelegung ideale Bedingungen für COVID-19-Massenausbrüche bieten würde.⁹⁶ Trotz der Vorschriften, laut denen die Unterkünfte nur zur Hälfte ausgelastet werden durften,⁹⁷ berichteten Berater*innen von Fällen, in denen Schlafräume weiterhin von einer großen Anzahl von Arbeiter*innen geteilt wurden. Letztere mussten dafür jeweils mehrere Hundert Euro bezahlen.⁹⁸ Das gängige Modell, in dem Landwirte Unterkünfte und Verpflegung an Subunternehmer*innen auslagern, hat seit Jahren negative Konsequenzen für die Arbeiter*innen, da die Subunternehmen generell versuchen, ihre Gewinne dadurch zu maximieren, so viele Arbeiter*innen wie möglich in ein Zimmer zu quetschen und hohe Preise für Betten und Verpflegung zu berechnen.⁹⁹

Zusätzlich zu diesen wohlbekannten Problemen wurden während der Pandemie zwei Formen der verpflichtenden Quarantänezeit eingeführt. Zum einen wurden, zumindest zu Beginn der Pandemie im Jahr 2020, alle Arbeiter*innen nach Ankunft für zwei Wochen gruppenweise unter

»Arbeitsquarantäne« gestellt, einer Zeit, während der sie gemeinsam exklusiv in ihrer separaten Gruppe arbeiten mussten. Die zweite Art der Quarantäne betraf Arbeiter*innen, die Symptome einer möglichen COVID-19-Infektion zeigten oder nachweislich erkrankt waren, oder kam im Falle eines größeren Ausbruchs im Betrieb zum Tragen. Die meisten interviewten Berater*innen wiesen auf eine allgemeine Angst vor COVID-19-Infektionen unter den Arbeiter*innen sowie verschiedene durch die Quarantänen bedingte Probleme hin. So erklärte beispielsweise eine Berater*in von Faire Mobilität München:

»Die Pandemie hat die Probleme verschärft und ans Licht gebracht. Die Menschen hatten Angst, in Deutschland zu bleiben oder zu erkranken. Die Heimreise war wegen der Kontrollen und Grenzschießungen nicht mehr jederzeit möglich, aber auch weil Landwirte Personalausweise behalten haben. Die Isolation in der Quarantäne hat die Arbeiter*innen stark verunsichert, weil sie die Regelungen nicht kannten und darüber nicht in ihrer Muttersprache informiert wurden. Oft wurden sie in der Quarantäne von ihren Bezugspersonen getrennt.«¹⁰⁰

91 Die einzige Ausnahme wurde von einem/einer Berater*in von Faire Mobilität München berichtet. Eine weitere bekannte Ausnahme bildet die Gruppe von 18 georgischen Saisonarbeiter*innen, die mit Unterstützung georgischer und deutscher Gewerkschaften sowie Berater*innen für Arbeitsmigrant*innen 2021 eine Klage am ArbG Ravensburg (Baden-Württemberg) einbrachten. Am 10. Juni entschied das ArbG Ravensburg zugunsten der Saisonarbeitenden. Der Hofbesitzer hat Berufung beim LAG Stuttgart eingelegt. Der Prozess endete nach eineinhalb Jahren im Dezember 2022 mit einem Vergleich. S. taz, Erntehelfende erreichen Vergleich, 27.3.2023, <https://taz.de/Streit-um-faire-Loehne/15921994/> (17.2.2024).

92 *Barnard/Fraser Butlin*, *Journal of Common Market Studies* 58 (2020), 1631.

93 Für einen Vergleich mit den Schwierigkeiten des Zugangs zu Gerichten für zentral- und osteuropäische EU-Arbeitsmigrant*innen im Vereinigten Königreich s. *Barnard/Ludlow*, *Industrial Law Journal* 45 (2016).

94 S. die von der Initiative Faire Landarbeit seit 2015 veröffentlichten Jahresberichte, <https://www.peco-ev.de/veroeffentlichungen/> (22.1.2024).

95 S. ebd.; für ein Beispiel menschenunwürdiger Wohnverhältnisse aus Baden-Württemberg, wo 24 georgische Arbeiter*innen untergebracht waren s. Initiative Faire Landarbeit, Saisonarbeit in der Landwirtschaft 2021 (Fn. 8), S. 23.

96 *Bogoeski*, *The German Asparagus Saga*, *Journal for International Politics and Society* (IPS), 2020, (Fn. 4).

97 S. BMEL/BMI (Fn. 56); die neuen Leitlinien des Bundesministeriums für Ernährung und Landwirtschaft (Stand November 2021) enthalten eine vage Formulierung, die Einzelzimmer zum vorgesehenen Standard erklärt. In Fällen, in denen dies nicht möglich ist, müssen die Arbeiter*innen, die sich ein Zimmer teilen, zumindest einer Arbeitsgruppe angehören, s. BMEL, Rahmenbedingungen für Saisonbeschäftigte in der Landwirtschaft im Hinblick auf die Corona Pandemie, 15.11.2021 (Fn. 57), S. 5.

98 Dies wurde von mehreren Berater*innen berichtet. S. auch Initiative Faire Landarbeit, Saisonarbeit in der Landwirtschaft 2020 (Fn. 6); *Schneider/Götte* (Fn. 12).

99 Initiative Faire Landarbeit, Saisonarbeit in der Landwirtschaft 2021 (Fn. 8), S. 21–25.

100 Von einem/einer Berater*in von Faire Mobilität München berichtet. Für einen Fall des Entzugs von Reisedokumenten in Niedersachsen s. Initiative Faire Landarbeit, Saisonarbeit in der Landwirtschaft 2021 (Fn. 8), S. 20.

Obwohl die Quarantäneregelungen – zumindest theoretisch – zum Gesundheitsschutz der Arbeiter*innen eingeführt wurden, wurden sie schnell Teil der Strukturen, welche die Prekarität der Arbeiter*innen de facto verschärfen. Ungewissheit, Isolation, die Trennung vom Rest der Welt und vor allem die Abhängigkeit von Arbeitgeber*innen für den Erhalt von Essen, Unterkunft, Finanzen und Mobilität wurden durch die Quarantäneregelungen drastisch zugespitzt. Bereits vor der Pandemie war die Abhängigkeit von Arbeitgeber*innen für migrantische Saisonarbeiter*innen in der Landwirtschaft sehr hoch, was eine ganze Reihe an Nachteilen mit sich brachte. Obwohl die meisten Arbeiter*innen EU-Bürger*innen sind und daher kein Visum oder eine Arbeitserlaubnis (die mit Verlust des Arbeitsverhältnisses erlischt) benötigen, waren sie auf oftmals abgelegenen Höfen und in ihren Unterkünften von lokalen Gemeinschaften isoliert und stets darauf angewiesen, dass Arbeitgeber*innen ihnen das Nötigste – an erster Stelle Unterkunft und Essen – zur Verfügung stellten. Diese Konstellation ging immer mit der Gefahr einher, dass die Arbeiter*innen ihren Zugang zu diesen Grundgütern durch einen Konflikt oder die Beendigung ihres Arbeitsverhältnisses unmittelbar verlieren könnten.

Die Quarantäneregelungen erschwerten es auch Berater*innen und Gewerkschaften, Kontakt zu den Arbeiter*innen aufzunehmen und Informationskampagnen wie in den vorherigen Jahren durchzuführen.¹⁰¹ Eine Berater*in von Faire Mobilität Nürnberg fasste dies wie folgt zusammen:

- »Die Abhängigkeit der Saisonarbeiter*innen ist größer geworden. Die Arbeitsquarantäne ist nur ein Beispiel dafür, wie schnell die Saisonarbeiter von der Welt abgeschnitten werden.«

Die umfassendste Form von Isolation und gesteigerter Abhängigkeit ereignete sich, wenn die Arbeiter*innen unter Quarantäne gestellt wurden, weil bei ihnen COVID-19-Symptome aufgetreten waren oder eine Infektion vermutet oder diagnostiziert wurde. Dies wurde eindrücklich von den Berater*innen der Faire Mobilität-Zentren in Dortmund und München veranschaulicht:

- »Er war drei Wochen in Quarantäne, hat keine Verpflegung vom Arbeitgeber bekommen und am Ende auch keine Lohnfortzahlung für diesen Zeitraum. Er war die ganze Zeit allein in einem Zimmer, die Kolleg*innen haben ihn mit Lebensmitteln versorgt.«¹⁰²
- »Die Menschen wurden isoliert und wochenlang alleingelassen. Die Behörden haben keine Dolmetscher bereitgestellt oder für

Übersetzungen gesorgt. Das Quarantäne-Geld wurde oft nicht gezahlt oder es wurde nur ein fester Betrag ausgezahlt.«¹⁰³

Es gibt keine offiziellen Berichte darüber, wie streng die Abstandsregelungen während der Arbeitszeit auf den Feldern, in den Unterkünften oder beim Transport der Arbeiter*innen umgesetzt wurden. Aus den Beobachtungen der Berater*innen geht jedoch hervor, dass die Abstandsregelungen selten eingehalten werden konnten, was das Infektionsrisiko für die Arbeiter*innen deutlich erhöhte. Ein/eine Berater*in von Faire Mobilität Frankfurt aM. vermerkte dementsprechend:

- »Bei den Feldbesuchen haben uns die Saisonarbeiter berichtet, sie werden ein- bis zweimal die Woche getestet, die Unterkunft wird halb belegt und nach der Einreise mussten sie in Arbeitsquarantäne bleiben. Aber was ich beobachtet habe, ist, dass sie weiterhin zu fünf bis sechs in Bussen auf die Felder reisen und dabei oft keine Maske tragen.«

Diese neue Form der erhöhten Abhängigkeit von den Arbeitgeber*innen und eine durch die verpflichtenden Quarantänezeiten allgemein verschärfte Vulnerabilität zeigen eindrücklich, dass die generell angenommenen Vorteile der EU-Bürgerschaft und Freizügigkeit im Fall der Saisonarbeiter*innen während der Pandemie erheblich eingeschränkt waren. *Andersons* Konzept der »production of institutional uncertainty«¹⁰⁴ dient gut dazu, zu erfassen, wie die neuen Maßnahmen bestehende institutionelle Strukturen verstärkten, die migrantische Saisonarbeiter*innen in der deutschen Landwirtschaft bereits zuvor zu einer prekären und leicht ausbeutbaren Gruppe von Arbeiter*innen gemacht hatten.

3. Kranken- und Sozialversicherungsstatus

Auch wenn die Schutzmaßnahmen in Europa inklusive Deutschlands recht abrupt aufgehoben wurden, durchleben wir weiterhin eine Pandemie. Nicht zuletzt deswegen bleibt die Frage des Zugangs zu Krankenversorgung und -versicherung für migrantische Saisonarbeiter*innen im deutschen Agrarsektor von großer Bedeutung. Eine der

101 Von einem/einer Berater*in des Beratungszentrums Arbeit und Leben Potsdam berichtet. Diese erklärte: »Die Bedingungen haben sich verschlechtert. Die Saisonarbeitskräfte sind aufgrund der Pandemie noch mehr isoliert und schwierig zu erreichen.«

102 Von einem/einer Berater*in von Faire Mobilität Dortmund berichtet.

103 Von einem/einer Berater*in von Faire Mobilität München berichtet.

104 *Anderson*, *Work, Employment and Society* 24 (2010), 311.

kontroversesten Maßnahmen, die die bereits prekäre Position der migrantischen Saisonarbeiter*innen weiter verschlechterte, war die Reform der für migrantische Saisonarbeiter*innen in der Landwirtschaft geltenden Sozialversicherungsregeln, die auch den Zugang zur Krankenversicherung betreffen. Wie in Abschnitt IV. erläutert, wurde die ursprüngliche Befreiung von der Sozialversicherungspflicht für kurzfristige Beschäftigung in der ersten pandemischen Erntesaison (2020) von 70 auf 115 Arbeitstage verlängert und im Jahr 2021 wieder auf 102 Tage verkürzt.¹⁰⁵

Auf Basis der Interviewdaten könnte man darauf schließen, dass es noch zu früh sein könnte, die tatsächlichen Auswirkungen der Verlängerung der Ausnahme von der Sozialversicherungspflicht für migrantische Saisonarbeiter*innen in der Landwirtschaft zu bewerten. Da es keine offiziellen und zuverlässigen Daten über die Aufenthaltsdauer der einzelnen Saisonarbeitskräfte gibt, ist es schwer zu beurteilen, ob die Arbeiter*innen während der beiden pandemischen Erntejahre tatsächlich länger als die üblichen drei Monate in Deutschland blieben. Die offizielle Begründung für die Verlängerung war, die Mobilität der Saisonarbeitskräfte einzuschränken und somit die Verbreitung von COVID-19 zu verhindern sowie zugleich die Ernährungssicherheit während der Pandemie zu gewährleisten. Auch wenn keine Daten darüber existieren, wie viele Arbeiter*innen tatsächlich länger als gewöhnlich in Deutschland geblieben sind, kann man aufgrund vorheriger Erfahrung mit Sicherheit davon ausgehen, dass die Verlängerung der Ausnahme von der Sozialversicherungspflicht – insbesondere im Fall der Krankenversicherung – für die Arbeiter*innen insgesamt keine positive Entwicklung darstellte. Der folgende Kommentar eines/einer Berater*in von Faire Mobilität München fasst einige der damit verbundenen Bedenken zusammen:

»Das ist schlimm. Die kranken Menschen werden vernachlässigt und eventuell gekündigt, so wie bis jetzt. Wer nicht mehr kann, wird ausgetauscht. Manche Landwirte bringen ihre Arbeiter nicht zum Krankenhaus und lassen sie in der Unterkunft liegen, weil sie sich die Kosten sparen wollen.«

Da die meisten Arbeiter*innen in ihren Herkunftsländern weder sozial- noch krankenversichert sind,¹⁰⁶ bedeutet das Fehlen einer Krankenversicherung in Deutschland im Fall einer Erkrankung, dass sie Behandlungen entweder aktiv vermeiden oder mit hohen Behandlungskosten belastet werden.¹⁰⁷ Darüber hinaus wird das Fehlen von

Einzahlungen in Sozialversicherungs- und Rentenkassen bei der Rückkehr in die Herkunftsländer für die Arbeiter*innen zwangsläufig zum Ausschluss von Arbeitslosenunterstützung und der Aussicht auf Altersarmut in ohnehin stark verarmten Regionen Europas führen. Die Zeit, die arbeitend auf deutschen Feldern verbracht wurde, wird schlicht nicht auf die Altersrente in den Heimatländern angerechnet werden.¹⁰⁸ Letzteres wird weitreichende sozioökonomische und politische Folgen haben, da dadurch die Zentrums-Peripherie-Dynamik der wachsenden Ungleichheit zwischen verschiedenen europäischen Regionen, insbesondere entlang der Ost-West-Achse, erneut verschärft wird.¹⁰⁹

VI. Fazit

Die Analyse der politischen Interventionen und rechtlichen Maßnahmen, die auf migrantische Saisonarbeiter*innen in der Landwirtschaft während der Pandemie abzielten, sowie der Interviews mit den Berater*innen zeigt Folgendes: Die Reaktionen auf die Pandemie haben Strukturen, welche die Entbettung und Ausbeutbarkeit migrantischer Arbeitskräfte in der Landwirtschaft bereits vor der Pandemie prägten, weiter verstärkt.

Sprachbarrieren, mangelnde Vertrautheit mit den deutschen Institutionen, physische Isolation auf abgelegenen Höfen und in den Unterkünften sowie Praktiken intransparenter Arbeitszeiterfassung und unzulässiger Akkordbezahlung, die durch den Mangel an systematischer behördlicher Aufsicht und Kontrolle unentdeckt blieben, hatten schon vor Beginn der Pandemie ein Umfeld geschaffen, in dem migrantische Saisonarbeiter*innen ausgebeutet werden konnten. In diesem Artikel

105 Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Ernährung und Landwirtschaft (10. Ausschuss) zu dem Gesetzentwurf der Bundesregierung – Entwurf eines Vierten Gesetzes zur Änderung des Seefischereigesetzes, 21.4.2021, BT Drs. 19/26840, § 132.

106 Von einem/einer Berater*in von Faire Mobilität Dortmund berichtet.

107 Maurin, 80.000 Euro von armer Erntehelferin, taz, 28.2.2022, <https://taz.de/15837192/> (22.1.2024).

108 Bogoeski, The German Asparagus Saga, Journal for International Politics and Society (IPS), 2020 (Fn. 4).

109 S. die Erläuterungen in: Kukovec, European Law Journal 21 (2015), 406; Bruzelius, Journal of European Public Policy 28 (2021), 930; Bruzelius, Why the EU Must Debate and Address the Challenges Arising from Emigration EUROPP, 24.6.2019, <https://blogs.lse.ac.uk/europpblog/2019/06/24/why-the-eu-must-debate-and-address-the-challenges-arising-from-emigration> (22.1.2024).

wurde analysiert, welche Praktiken, institutionalisierten Beziehungen und Bestandteile des regulatorischen Rahmens bereits vor der Pandemie existierten, und wie diese in der Pandemie weiterentwickelt wurden. Die verschärfte Entbettung von Saisonarbeitskräften und die Stärkung der Strukturen, die ihre Ausbeutung ermöglichen, erfolgten vorrangig auf zwei Wegen. Zum einen haben sich die meisten politischen Maßnahmen zur Prävention von COVID-19-Infektionen negativ auf migrantische Saisonarbeiter*innen in der Landwirtschaft ausgewirkt, weil sie die Abhängigkeit von den Arbeitgeber*innen, Isolation, Unsicherheit, Arbeitslast und lohnbezogene Probleme verstärkten. Zudem haben Abstandsregelungen und Mobilitätsbeschränkungen dazu geführt, dass noch weniger staatliche Aufsicht vorhanden war und die Möglichkeiten der kollektiven Organisation stark eingeschränkt blieben. Zum anderen wurden die bereits existenten entbettenden Strukturen dadurch verstärkt, dass der Status der Arbeiter*innen als »systemrelevant« dazu instrumentalisiert wurde, die Dauer der sozialversicherungsfreien Beschäftigungszeit zum Nachteil der migrantischen Saisonarbeiter*innen in der Landwirtschaft zu verlängern. Dementsprechend standen die Arbeiter*innen einer globalen Krise ohne (angemessene) Krankenversicherung und soziale Absicherung gegenüber.

Wie aus den Antworten der interviewten Berater*innen klar hervorgeht, betraf die durch Pandemie und Abstandsregelungen bedingte Isolation die migrantischen Saisonarbeiter*innen sowohl individuell als auch kollektiv. Zusätzlich zur Tatsache, dass sich die Arbeiter*innen nicht in ihrem gewohnten Umfeld befanden, wurden sie durch Quarantäneregelungen, Mobilitätsbeschränkungen und die willkürliche Einteilung in Gruppen nach Ankunft von anderen Arbeiter*innen getrennt, die sie aus ihren Heimatgemeinden kannten.¹¹⁰ Da die Möglichkeiten, Erfahrungen und Informationen kollektiv zu sammeln und auszutauschen, dadurch ebenfalls erheblich reduziert wurden, war es für die Arbeiter*innen noch schwieriger bereits etablierte Praktiken, wie ungerechtfertigte Lohnabzüge, intransparente Arbeitszeiterfassungen und den Abzug von Arbeitsstunden auf Lohnabrechnungen, nachzuweisen.

Gewerkschaften und Beratungsdienste sahen sich zudem mit einem deutlich eingeschränkteren Zugang zu den Höfen und Unterkünften konfrontiert, da die Arbeitgeber*innen die neuen Sicherheits- und Abstandsregelungen dazu nutzten, den Kontakt zu den Arbeiter*innen zu ver-

hindern, selbst wenn es sich lediglich um die Bereitstellung arbeitsrechtlicher Informationen, so zB. durch die Berater*innen der Initiative Faire Landarbeit, handelte.¹¹¹ Die Beratungszentren berichteten, dass die nachlässige Aufsicht durch die Behörden¹¹² während der Pandemie noch laxer wurde, was zum einen an den neuen Sicherheits- und Abstandsregelungen, zum anderen aber auch am chronischem Personalmangel der Behörden lag.¹¹³ Laut den Berater*innen schlug sich der pandemisch bedingte Rückgang der Anzahl migrantischer Saisonarbeiter*innen, die nach Deutschland einreisen konnten, direkt in einer Steigerung der Arbeitsstunden für die auf den Feldern verbliebenen Arbeitskräfte nieder,¹¹⁴ was in einigen Fällen wiederum nicht auf deren Lohnabrechnungen und Arbeitszeiterfassungen dokumentiert wurde. Diese Kombination aus der Abschottung der Arbeiter*innen sowohl innerhalb des Betriebs (von anderen Arbeiter*innen und Gruppen von Arbeiter*innen) als auch nach außen (von Gewerkschaften und Aufsichtsbehörden) führte dazu, dass ausbeuterische Praktiken, die bereits vor der Pandemie fest etabliert waren, in der Pandemie noch seltener entdeckt, gemeldet oder von Arbeiter*innen, Gewerkschaften und den zuständigen Aufsichts- und Vollzugsbehörden adressiert werden konnten.

Insbesondere durch die Diskussion der Auswirkungen der Verlängerung des sozialversicherungsfreien Beschäftigungszeitraums für kurzfristig Beschäftigte, im Speziellen in Bezug auf migrantische Saisonarbeiter*innen in der Landwirtschaft, ist deutlich geworden, dass die Erklärung dieser Arbeiter*innen-Gruppe als »systemrelevant« für die Ernährungssicherheit, und daraus folgend für das allgemeine Funktionieren der gesamten Gesellschaft, schlussendlich zum Nachteil der Arbeiter*innen instrumentalisiert wurde. Denn tatsächlich nutzte das Bundesministerium für Ernährung und Landwirtschaft unter

110 Dies wurde besonders von einem/einer Berater*in von Faire Mobilität Dortmund hervorgehoben.

111 Initiative Faire Landarbeit, Saisonarbeit in der Landwirtschaft 2020 (Fn. 6).

112 Von einer/einem Berater*in der Beratungsstelle Gute Arbeit Berlin berichtet. S. auch Initiative Faire Landarbeit, Saisonarbeit in der Landwirtschaft 2021 (Fn. 8), S. 11.

113 Böcking, Schwarzarbeit: warum bei der Zoll-Einheit FKS Frust herrscht, Spiegel Online, 15.7.2019, <https://www.spiegel.de/wirtschaft/soziales/schwarzarbeit-warum-bei-der-zoll-einheit-fks-frust-herrscht-a-1276872.html> (22.1.2024); Vetter, Mindestlohn wird oft unterlaufen, Saarbrücker Zeitung Online, 21.9.2017, https://www.saarbruecker-zeitung.de/nachrichten/wirtschaft/mindestlohn-wird-oft-unterlaufen_aid-4832591 (22.1.2024).

114 Besonders von einer/einem Berater*in von Faire Mobilität Frankfurt aM. betont: »Der Leistungsdruck ist stärker«.

dem Vorwand, die Arbeiter*innenmobilität lediglich zum Zweck der Infektionsprävention einzuschränken, die Erklärung der Arbeiter*innen als »systemrelevant« dazu, sie länger auf deutschen Feldern arbeiten zu lassen. Ihre »Systemrelevanz« hat den Arbeiter*innen letztlich nicht dazu verholfen, Schutz durch den deutschen Wohlfahrtsstaat zu erlangen. Ganz im Gegenteil: Die Ausweitung ihres faktischen Ausschlusses von den deutschen Sozialversicherungskassen hat die negativen Folgen, ohne Sozial-, Kranken- und Rentenversicherung zu arbeiten, weiter verschärft. Da die Arbeiter*innen nicht in Deutschland versichert sind und angesichts der Tatsache, dass die Mehrheit in ihren Herkunftsländern in keinem Sozial- oder Krankenversicherungssystem inkludiert ist,¹¹⁵ bleiben sie im Krankheitsfall weitgehend schutzlos. Einige Berater*innen berichteten von Fällen, in denen Arbeiter*innen nicht ins Krankenhaus gebracht, sondern lediglich in Unterkunftsräumen isoliert wurden.

Der Fall des rumänischen Arbeiters, der 2020 nach einer COVID-19-Infektion verstarb, zeigt eindrücklich, welche Folgen der fehlende Zugang zu notwendiger medizinischer Versorgung haben kann.¹¹⁶ In Kombination mit der verstärkten Isolation und Abhängigkeit von den Arbeitgeber*innen sowie größeren Schwierigkeiten für Aufsichts- und Vollzugsbehörden, die Lage vor Ort zu kontrollieren, hat die Pandemie die bereits vorhandenen prekarisierenden Strukturen verschärft und die Ausbeutbarkeit migrantischer Saisonarbeiter*innen in der Landwirtschaft weiter verstärkt.

115 Von einer/einem Berater*in von Faire Mobilität Dortmund berichtet.

116 *Ulrich/Felix*, Rumänischer Erntehelfer nach Corona-Infektion gestorben, Spiegel Online, 15.4.2020 <https://www.spiegel.de/panorama/gesellschaft/coronavirus-rumaenischer-erntehelfer-in-baden-wuerttemberg-nach-corona-infektion-gestorben-a-7ca0532c-6acd-49b3-b443-bcb806816bb7> (22.1.2024).

Digitale Weisungen – Arbeitgeberentscheidungen auf Grundlage algorithmischer Berechnungen

Dissertation von Phillip Knitter, 2022, Duncker & Humblot, Berlin, 284 S. (ISBN 978-3-428-18661-7), 89,90 €, erschienen als Band 372 der Schriften zum Sozial- und Arbeitsrecht (SAR)

Laudatio auf Herrn Dr. Phillip Knitter*

Sehr geehrte Damen und Herren, liebe Freundinnen und Freunde, lieber Preisträger, ich freue mich, dass wir heute hier versammelt sind und ich die Ehre habe, unseren diesjährigen Preisträger, Dr. *Phillip Knitter*, zu würdigen.

Unser diesjähriger Preisträger hat uns nicht nur aufgrund der Aktualität seines Themas überzeugt – es gab auch andere Arbeiten, die sich mit besonders aktuellen Themen beschäftigten, wie bspw. dem Recht auf Homeoffice. Überzeugt hat uns vor allem die Qualität seiner Untersuchung und seine im Geiste *Hugo Sinzheimers* stehenden Abwägungen – aber dazu später.

Unser Preisträger hat sich in seiner Arbeit mit einer virulenten Thematik beschäftigt, er greift das wichtige Thema der Transformation der Arbeitswelt auf. Allerdings widmet er sich nicht dem Themenkomplex der Automatisierung von Aufgaben der Arbeitnehmer*innen, sondern analysiert mit »digitalen Weisungen« einen Bereich, in dem typische AG-Aufgaben mit modernen Hilfsmitteln erledigt werden. Die Arbeit geht der Fragestellung nach, welche Anforderungen das geltende Recht an digitale Weisungen zu stellen hat, wenn einerseits die neuartige Entscheidungstechnik bspw. als automatisierte Datenverarbeitung berücksichtigt, aber auch ihr Charakter als Weisung im herkömmlichen Sinn nicht außer Acht gelassen wird. Wie ist also das billige Ermessen des § 106 GewO im 21. Jahrhundert zu werten? Und was gilt es beim Ausgleich der widerstreitenden Interessen zu beachten?

Dieses Thema wurde bislang arbeitsrechtlich kaum untersucht, auch wenn auf EU-Ebene mit der KI-Verordnung ein Regulierungsvorschlag vorliegt und das BMAS eine KI-Strategie mittels diverser Konsultationsverfahren gestartet hat. Ich bin mir sicher, Herr *Knitter*, dass Ihr Werk auch in diesem Rahmen umfassend gewürdigt werden wird.

Analysiert werden in dem Werk digitale Weisungen, dh. arbeitgeberseitige Anordnungen – an Arbeitnehmer*innen, die auf algorithmischen Entscheidungen beruhen. Hierbei ist zwischen statischen und lernenden algorithmischen Systemen zu unterscheiden.

Wie in der Dissertation ausgeführt, versprechen Algorithmen, Entscheidungen objektiv und neutral zu treffen, sind aber faktisch »Diener ihres Urhebers«, wie Herr *Knitter* herausarbeitet, da die Konstruktion des Algorithmus und insbesondere die Frage, welche Kriterien wie stark gewichtet werden, sich nachhaltig auf die Entscheidung selbst auswirken. In diesem Teil der Dissertation arbeitet der Verfasser bestehende Debatten umfassend auf – ist es doch nicht neu und insbesondere in feministischen Diskursen vielfach thematisiert worden, dass insbesondere Data-Mining diskriminieren kann, wenn der Algorithmus vor allem mit den Daten bevorzugter Gruppen (bspw. Männer) gespeist und trainiert wurde, sodass andere Gruppen (bspw. Frauen) später als unbedeutend aussortiert werden. Dementsprechend werden Diskriminierungsprobleme beim E-Recruiting in der Dissertation überzeugend herausgearbeitet.

Eine Stärke der Arbeit liegt darin, dass sie in Teilen interdisziplinär angelegt ist. Einerseits wird die Problematik beim Einsatz von Algorithmen über die Analyse angrenzender Rechtsgebiete erläutert, wie Fragen des algorithmischen Handels an Kapitalmärkten oder Entscheidungen der Organe von Kapitalgesellschaften, wobei letztere nur durch Algorithmen unterstützt, aber keine Entscheidungen durch diese getroffen werden, da es nach deutschem Recht ausgeschlossen ist, dass ein technisches System zum Organ einer Kapitalgesellschaft berufen wird. In erster Linie wird hier der Vorteil genutzt, dass Algorithmen in sehr kurzer Zeit Prognosen erstellen können, indem sie große Mengen an Daten in sehr kurzer Zeit auswerten. Der Verfasser geht zudem auf automatisierte Verwaltungsakte ein. Erkenntnisse aus der Analyse der angrenzenden Rechtsgebiete sind, dass algorithmische Entscheidungen einer belastbaren Datengrundlage bedürfen sowie eine Kontrolle durch Verfahrensregeln gegeben sein muss.

Nachdem die Wichtigkeit von Transparenz für die Entscheidungsfindung sowie die Grenzen des Weisungsrechtes herausgearbeitet werden, kommt der Verfasser zum

* Die Vortragsform, der am 29.11.2022 an der Goethe-Universität Frankfurt aM. gehaltenen Laudatio aus Anlass der Verleihung des Hugo Sinzheimer Preises 2022, wird beibehalten.

interessantesten Teil seiner Arbeit, der Entwicklung der »Responsivität« als Kategorie, die auch im Recht, dh. konkret als Kategorie bei der Analyse Algorithmen-basierter Weisungen zu berücksichtigen ist. Unter »Responsivität« wird die Notwendigkeit verstanden, mit Entscheider*innen über einen argumentativen Austausch interagieren zu können. Die Begrifflichkeit ist aus der Naturwissenschaft sowie aus den Sozialwissenschaften wie der Philosophie und Politikologie bekannt, bislang fand sie noch keine Anwendung in der Rechtswissenschaft.

Unter Anwendung der Kategorie der »Responsivität« wird die Notwendigkeit ausgeführt, dass Entscheidungsträger*innen formulierte Standpunkte empfangen und verstehen können müssen, um durch deren Berücksichtigung mit der eigenen Entscheidung darauf zu reagieren. Hier wird die individuelle »Responsivität« aus der Politikwissenschaft rezipiert.

Wie der Preisträger ausführt, wird »Responsivität« unerlässlich, wenn Weisungsrechte und Mitbestimmung des Betriebsrates aufeinandertreffen. Werden Überstunden automatisch angesetzt oder Schichtpläne automatisch erstellt, so kommt es zu einer Kollision mit der Mitbestimmung des Betriebsrates aus § 87 Abs. 1 Nr. 2 und 3 BetrVG. Derartige algorithmisch basierte Weisungssysteme werden im Übrigen als technische Anlagen iSv. § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG eingeordnet, da sie dazu geeignet sind, Verhalten und Leistung der einzelnen Arbeitnehmer*innen zu überwachen – mit der bekannten Rechtsfolge beim Eingreifen des Mitbestimmungsrechtes.

Widerspruch muss sich der Verfasser allerdings gefallen lassen, wenn er die Einführung solcher Systeme idR. nicht als Betriebsänderung iSv. § 11 BetrVG einordnet, da er aufgrund der schrittweisen Einführung solcher Systeme mangels grundlegender Veränderungen keine wesentlichen Nachteile für die Beschäftigten sieht. Eine solche Betrachtungsweise würde es Arbeitgeber*innen jedoch erlauben, die Rechtsfolge einer Betriebsänderung, mithin die betriebliche Mitbestimmung immer zu umgehen, da jegliche grundlegende Änderung dann immer nach und nach vorgenommen werden. Auch scheinbar durchgeführte

Änderungen sind jedoch als eine zusammenhängende Maßnahme zu qualifizieren, wenn eine (einzige) unternehmerische Entscheidung dem zugrunde liegt. Diese kleine Kritik soll aber nicht den Verdienst der Arbeit von Herrn *Knitter* schmälern. Die von ihm aufgeworfene Frage, wie bei digitalen Weisungen »Responsivität« sichergestellt werden kann, ist von zentraler Bedeutung und das von ihm entwickelte 3-stufige Modell zukunftsweisend.

Nach der ersten Stufe sind alle Beteiligten zu informieren und der Betriebsrat kann seine Beteiligungsrechte ausüben. In der 2. Stufe sind die Zuständigkeiten festzulegen, insbesondere ist zu klären, wer Interaktionspartner auf Arbeitgeberseite sein wird. Die 3. Stufe umfasst dann eine permanente Evaluation. Der Bedarf an »Responsivität« wird dann als am stärksten eingeordnet, wenn das einseitige Weisungsrecht des Arbeitgebers durch rechtliche Vorgaben bzw. aufgrund einer besonderen Situation den Diskurs benötigt. Das kann bspw. der Fall sein, wenn Arbeitnehmer*innen Zweifel an der Rechtmäßigkeit einer Weisung haben und diese Zweifel äußern möchten, gleiches gilt, wenn durch die Weisungen das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrates tangiert ist, wie bspw. beim Anordnen von Überstunden.

Die Arbeit schließt mit der Feststellung, dass ein/e Arbeitgeber*in, der/die ein digitales Weisungssystem einsetzen will, das keine natürliche Interaktion mit der Arbeitnehmer*in zuverlässig gewährleisten kann, im Entscheidungsprozess eine menschliche Letztentscheidung vorzusehen hat. Diese Überlegungen reihen sich gut in die Tradition einer Arbeitsrechtswissenschaft im Dienste der werktätigen Bevölkerung ein, für die *Hugo Sinzheimer* Pionier war. Ihr Preis für diese innovative Arbeit, lieber Herr *Knitter*, ist wohlverdient und ich gratuliere Ihnen recht herzlich, auch im Namen der weiteren Jury-Mitglieder Prof. *Martin Gruber-Risak* und Prof. *Rüdiger Krause*.

Der Verfasser wurde zweifach für das Werk prämiert, er erhielt den Wissenschaftspreis der Wolfgang-Hromadka-Stiftung und zudem den Hugo-Sinzheimer Preis.

*Prof. Dr. Reingard Zimmer,
Hochschule für Wirtschaft und Recht Berlin*

Zusammenfassungen

Zwanziger: Betriebsrentenanwartschaften werden unverfallbar

SR 2/2024, S. 41–55

Der Autor widmet sich in seinem Beitrag der Rechtsentwicklung zur Unverfallbarkeit der Betriebsrentenanwartschaft in den verschiedenen Phasen der deutschen Geschichte. Dabei werden die verschiedenen Entwicklungsschritte und Lösungsvorschläge in den jeweiligen historischen Kontext eingeordnet. Prägende Ereignisse sowie die verschiedenen Ansichten der für die Diskussion wesentlichen Akteure und deren Einfluss auf die Entwicklung werden besonders hervorgehoben. Zum Schluss bewertet der Autor die Vorgehensweisen und Lösungsvorschläge anhand des heute geltenden Rechtsbestands.

Bogoeski: Kontinuitäten der Ausbeutung: Migrantische Saisonarbeiter*innen in der deutschen Landwirtschaft während der COVID-19-Pandemie

SR 2/2024, S. 56–73

Die Abhandlung befasst sich mit den Missständen und Risiken der Wohn- und Arbeitssituation migrantischer Saisonarbeiter*innen in Deutschland während der COVID-19-Pandemie. Dabei wird auch die Situation vor Ausbruch der Pandemie beleuchtet und aufgezeigt, dass die Missstände keine besondere Ausprägungen der Pandemie sind. Vielmehr bestanden sie bereits vorher. Ferner geht der Autor auf die Rechtsstellung migrantischer Saisonarbeiter*innen in der deutschen Landwirtschaft sowie ihre rechtlichen Möglichkeiten und die Hürden einer Inanspruchnahme derselben ein.

Abstracts

Zwanziger: Occupational pension benefits become vested

SR 2/2024, pp. 41–55

In his article, the author examines the legal development of the vesting of occupational pension benefits in the various phases of German history. The various stages of development and proposed solutions are categorised in their respective historical contexts. Key events as well as the different views of the key players in the discussion and their influence on the development are particularly emphasised. Finally, the author assesses the approaches and proposed solutions on the basis of the current legal situation.

Bogoeski: Continuities of exploitation: Migrant seasonal workers in German agriculture during the COVID-19 pandemic

SR 2/2024, pp. 56–73

The paper deals with the grievances and risks of the living and working situation of migrant seasonal workers in Germany during the COVID-19 pandemic. It also sheds light on the situation before the outbreak of the pandemic and shows that the grievances are not a specific manifestation of the pandemic. Rather, they already existed beforehand. The author also discusses the legal status of migrant seasonal workers in the German agricultural sector as well as their legal options and the obstacles to making use of these options.

Vorschau In einer der nächsten Ausgaben von »Soziales Recht« werden Sie voraussichtlich lesen:

Abhandlungen

- *R. Dukes*: Das Streikrecht im Vereinigten Königreich: eine Tragödie in vier Akten?
- *D. Ulber*: Das Urlaubskassenverfahren als besondere Ausprägung der Bauwirtschaft
- *T. Klein*: Soziale Grundrechte

Rezensionen

- Kittner/Klengel, Entstehung des KSchG (*T. Keiser*)



Mandalka

Abmahnung

Ratgeber für Beschäftigte und ihre Interessenvertretung

3., aktualisierte und erweiterte Auflage

2024. 205 Seiten, kartoniert

€ 29,90

ISBN 978-3-7663-7361-8

bund-shop.de/7361

Abmahnung Risiken und Nebenwirkungen

Die Abmahnung ist die »gelbe Karte« im Arbeitsrecht. Der Arbeitgeber kann sie ziehen, wenn der Arbeitnehmer gegen seine Pflichten aus dem Arbeitsvertrag verstoßen hat. Zugleich droht der Arbeitgeber für den Wiederholungsfall arbeitsrechtliche Konsequenzen an – das ist in der Regel die Kündigung. Beschäftigte und deren Interessenvertretungen sollten wissen, was eine Abmahnung bedeutet und welche Folgen sie hat.

Der Ratgeber »Abmahnung« beantwortet zuverlässig alle wichtigen Fragen anhand konkreter Beispiele, Checklisten und umfangreicher Mustertexte. Daneben zeigt die Autorin Betriebs- und Personalräten, welche Handlungsmöglichkeiten sie haben.

Die Themen:

- > Welches Verhalten kann der Arbeitgeber abmahnen?
- > Wann können Beschäftigte ihren Arbeitgeber abmahnen?
- > Wie muss eine wirksame Abmahnung formuliert sein?
- > Welche formellen Kriterien sind zwingend zu beachten?
- > Wie wehren sich Betroffene am besten gegen eine Abmahnung?

Einfach online bestellen:

1. Einsteigen auf bund-shop.de/7361 2. Daten eingeben 3. Absenden
oder Coupon ausfüllen und abschicken:

Expl.	Best.-Nr. 978-3-7663-	Autor / Kurztitel	Preis / €
	7361-8	Mandalka Abmahnung	29,90

Absender: Frau Herr

Name / Vorname:

Firma / Funktion:

Straße / Nr.:

PLZ / Ort:

Telefon:

E-Mail:

Datum / Unterschrift:

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.



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

KITTNER

DER NEUE HAT IMMER RECHT!



**PRINT
+
ONLINE**

OHNE WENN UND ABER
für jedes Betriebsrats-
und Personalratsmitglied

Jetzt bestellen!

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