

# Arbeit und Recht

Deutsches und Europäisches Arbeitsrecht

## Aufsätze

Seite 96

- **Ulrike Wendeling-Schröder**  
Schadensersatz drittbetroffener Unternehmen bei Streiks?
- **Thomas Klein/Dominik Leist**  
Kein Einsatz von Leiharbeitnehmern als Streikbrecher –  
Die Neuregelung in § 11 Abs. 5 AÜG n.F. im Hinblick auf  
Auslegung, Schutzlücken, Rechtsfolgen und Durchsetzung
- **Marcel Halgmann**  
Betriebsvereinbarungen zur Arbeitszeit – Die Rolle von  
Macht in Verhandlungsprozessen



arbeitundrecht.eu

## Arbeit und Rechtsgeschichte

Seite 65

- **Luitwin Mallmann**  
Arbeit-Nordwest und METALL NRW, Kontinuität oder  
Diskontinuität?

## Rechtsprechung

Seite 121

- **EuGH:** Anwendbarkeit der Leiharbeitsrichtlinie auf  
Rotkreuzschwestern (*Heuschmid/Hlava*)
- **BAG:** Schadensersatz wegen unterbliebener Erhöhung  
der Wochenarbeitszeit – Benachteiligung wegen  
(Schwer-)Behinderung (m. Anm.)
- **LAG Berlin-Brandenburg:** Land Berlin muss an abgelehnte  
Lehrerin Entschädigung wegen Kopftuchverbots zahlen  
(m. Anm.)
- **EFTA Überwachungsbehörde:** Gegen norwegischen tariflichen  
Mindestlohn (m. Anm.)
- **EU-Kommission:** Deutsche Unternehmensmitbestimmung  
mit EU-Recht vereinbar (m. Anm.)

(Gleiss Lutz, Stuttgart); Dr. Gerlind Wisskirchen (CMS Hasche Sigle, Köln); Dr. Mario Eylert (VorsRiBAG); Prof. Dr. h.c. Ulrich Preis (Uni Köln); Prof. Dr. Ulrich Koch (VorsRiBAG); Ernst Burger (VorsRiLAG München a. D.); Tagungsort: Großer Redoutensaal, Gottfried-Schäffer-Str. 2; Anmeldung: Arbeitsrechtssymposium Passau, Postfach 11 03, 94001 Passau, Fax: 0851/49 08 38 12, E-Mail: info@stiftung-arbeitsrecht.de; Info: Birgit-Bianca Rosani, Tel: 0851/49 08 38 10, Internet: www.hromadka.de

## Info

### Geschäftslage des BAG zum 1.1.2017

Im Geschäftsjahr 2016 gingen beim BAG 2.376 Sachen ein, davon entfielen 40,6 % auf Revisionen und Rechtsbeschwerden in Beschlussverfahren. Gegenüber dem Vorjahr stellt dies einen geringfügigen Anstieg von 4 % dar. Erledigt wurden 2.195 Sachen. Von den erledigten Revisionen und Rechtsbeschwerden waren 27,6 % erfolgreich (Vorjahr: 25,2 %). Die Erfolgsquote bei den NZB betrug 9,3 % (Vorjahr: 6,1 %). Anhängig sind am Ende des Berichtsjahres noch 1.639 Sachen. Die durchschnittliche Verfahrensdauer aller erledigten Verfahren belief sich beim BAG auf 7 Monate 2 Tage. Die Frauenquote unter den BAG-Richtern kann sich sehen lassen: sie liegt bei 41 % und 30 % im Bereich der Vorsitzenden.

Der größte Teil der Verfahren kam aus dem Bereich der Beendigung der Arbeitsverhältnisse (21,04 %), wobei hier das Befristungsrecht an Gewicht zugelegt hat, gefolgt von Fragen des Tarifvertragsrechts und der Tarifauflegung, einschl. Eingruppierung (14,82 %), des Arbeitsentgelts (11,62 %), der Betriebsverfassung und Personalvertretung (11,49 %) sowie der betr. Altersversorgung (10,35 %). BAG-Präsidentin **Ingrid Schmid** wies darauf hin, dass die Komplexität der Verfahren gestiegen sei. Grund hierfür sei, dass inzwischen Unionsrecht und das Recht der EMRK in anhängigen Verfahren regelmäßig zu prüfen seien. Eur. Recht habe durch das Zusammenspiel von *EuGH* und *EGMR* im Mehrebenensystem zunehmend an Bedeutung gewonnen, zumal auch vorinstanzliche Gerichte und Prozessbevollmächtigte eur. Recht verstärkt in die Verfahren einbrächten.

Inhaltlich wies **Ingrid Schmid** auf einzelne Entscheidungen hin, bspw. zur Zahlungspflicht des Mindestlohns für Bereitschaftszeiten, zur Vergütungspflicht von Überstunden auch im Falle des Verstoßes der Arbeitszeitvereinbarung gegen die ges. Höchstgrenzen, zur Unwirksamkeit der AVE der SOKA-Bau-Verfahrens-TV, zum Mitbestimmungsrecht des BR beim Facebook-Auftritt des AG sowie auf 2 Vorlagebeschlüsse zum *EuGH* im Urlaubsrecht. In Zukunft werden Entscheidungen vor allem im Bereich der Internetnutzung und Digitalisierung erwartet, durch deren technische Möglichkeiten eine stärkere Überwachung von Arbeitsabläufen etwa durch die Kontrolle von Browser-Verläufen und sog. Keylogger-Programmen ermöglicht wird. Das Lesen von e-mails in der Freizeit wird das BAG in einem beim 1. Senat anhängigen Verfahren beschäftigen (vgl. S. 128). Im Bereich des MiLoG liegt der zukünftige Schwerpunkt bei Zeitungszustellern. Öff. Aufmerksamkeit dürfte das Verfahren der befr. Beschäftigung des Torwarts **Müller** bei Mainz 05 erhalten. Zusammenfassend beschrieb **Ingrid Schmid** die Tätigkeit des BAG als eine solche mit »großer Normalität in unruhiger Zeit«. Einzelheiten des Jahresberichts können auf der Homepage des BAG unter [www.bundesarbeitsgericht.de](http://www.bundesarbeitsgericht.de) eingesehen werden.

### Tagungsbericht zum Vierzehnten Göttinger Forum zum Arbeitsrecht

#### Demographischer Wandel in der Arbeitswelt – Herausforderungen für das Arbeits- und Sozialrecht.

Zum 14. Göttinger Forum zum Arbeitsrecht am 27.10.2016 kamen ca. 150 Gäste aus Wissenschaft und Praxis. Prof. Dr. **Hansjörg Otto**, Institut für Arbeitsrecht der Uni Göttingen und Vorsitzender des Fördervereins, entwarf vor dem Hintergrund der »Industrie 4.0« die Agenda für das Forum mit folg. Leitfragen: »Welche Lücken reißt der demographische Wandel auf dem Arbeitsmarkt? Eignen sich gegenläufige Trends durch Migration oder technologische Entwicklung zur Kompensation? Welche Steuerungsmöglichkeiten bestehen auf gesetzgeberischer, tarifl. und betriebl. Ebene? Wie können die Akteure des Arbeits- und Sozialrechts zu einem Schutz vor Altersarmut beitragen?« Prof. Dr.

**Frauke Brosius-Gersdorf**, L.L.M. (Leibniz Uni Hannover), legte mit ihrem Vortrag »Demographischer Wandel und Beschäftigung – Herausforderung für die Rechtsordnung« das Fundament für die weiteren Redner und Diskutanten. Deutschland sei trauriger Vor- und Spitzenreiter der weltweiten demographischen Entwicklung, da die Geburtenrate sehr früh einbrach und Deutschland das einzige Land Europas sei, in dem die Geburtenrate seit über 40 Jahren auf dem konstant niedrigen Niveau von 1,4 Kindern/Frau liege. Zugleich habe sich die Lebenserwartung in den vergangenen 150 Jahren mehr als verdoppelt. Prognostiziert werde eine durchschnittliche Lebenserwartung von 86 – 90 Jahren in 2060. Für dieses Referenzjahr zeichnete **Brosius-Gersdorf** folgendes Bild: Der Anteil Erwerbsfähiger zwischen 20 u. 64 Jahren werde von heute 49 Mio. um 25 % auf 37 Mio. sinken. 1/3 der Bevölkerung werde über 65 Jahre alt sein. Die prognostizierten Prozesse verlaufen heterogen mit unterschiedlicher Betroffenheit der Länder und Regionen. Das Altern der Bevölkerung mindere nicht bloß die Arbeitsproduktivität, sondern auch die Innovationskraft der Wirtschaft. Ausgleichende Effekte durch Zuwanderung seien marginal. Sodann beleuchtete **Brosius-Gersdorf** Chancen und Risiken der Digitalisierung von Wirtschaft und Gesellschaft für die alternde Bevölkerung. Die Veränderung von Berufen und Branchen durch Industrie 4.0 veranschaulichte sie am Beispiel eines ausschließlich von Robotern betriebenen Hotels in Japan und eines »automatisierten Insolvenzanwalts« in den USA. Eine Studie der Wissenschaftler **Frey** u. **Osborne** aus 2013 prognostiziere die Substituierbarkeit von 47 % aller Arbeitsplätze in den USA durch digital gesteuerte Maschinen innerhalb der kommenden 20 Jahre. Vergleichbare Ergebnisse seien von Forschungsinstituten für Deutschland errechnet worden, wobei gegenüber derartigen Studien Zurückhaltung erforderlich sei. Insg. sei das Risiko für Geringqualifizierte und Geringverdiener besonders hoch. Ob der technologische Wandel die neg. Folgen der Bevölkerungsschwäche verstärken oder abschwächen werde, sei noch nicht absehbar. Jedenfalls werde der demographische und technologische Wandel zu einer Polarisierung der Arbeitsmärkte führen. Zusammenfassend stellte die Referentin die Unumkehrbarkeit des demographischen Wandels fest. Um neg. Folgen der Bevölkerungsentwicklung abzuschwächen, plädierte sie für Zuwanderung qualifizierter Fachkräfte und für eine Ausschöpfung

des zur Verfügung stehenden Erwerbspotentials durch Erhöhung der Frauenbeschäftigungsquote sowie durch Steigerung der Erwerbstätigkeit Älterer.

BSG-Präsident Prof. Dr. Rainer Schlegel behandelte »Arbeits- und sozialrechtliche Rahmenbedingungen für die Bewältigung des demographischen Wandels«. 3 Leitfragen griff er auf: »Was sind die Steuerungsmöglichkeiten auf gesetzgeberischer, tarifl. und betriebl. Ebene? Welche Vorkehrungen sind für eine altersgerechte Arbeit zu treffen? Wie können die Akteure des Arbeits- und Sozialrechts einen Beitrag gegen Altersarmut leisten?« Auch Schlegel begann mit einer Bestandsaufnahme, in welcher er sich *Brosius-Gersdorfs* anschloss. Soziale Sicherung, sozialer Friede und sozialer Ausgleich müssten Hand in Hand gehen. Eine Chance sah der Referent im Erwerbspotential Älterer. Unter Verweis auf *Gerhard Mackenroths* Thesen zum Sozialsystem hob er hervor, dass aller Sozialaufwand immer aus dem Volkseinkommen der laufenden Periode gedeckt werden müsse. Das Volkseinkommen sei die Quelle, aus der unsere sozialen Leistungen finanziert werden müssten und das Volkseinkommen wiederum werde in 1. Linie durch die Erwerbstätigen erwirtschaftet. Die gesetzliche Anhebung des Renteneintrittsalters von 65 auf 67 Jahre und die Einführung der Rentenabschläge hätten dazu geführt, dass die Erwerbsbeteiligung älterer AN zugenommen habe und weiterhin deutlich zunehmen werde. Im Hinblick auf gesetzgeberische Handlungsmöglichkeiten positionierte sich Schlegel als Befürworter des geplanten Flexi-Rentengesetzes. Es lockere das komplizierte Teilrentenrecht auf, ermögliche stufenlose Teilrenten und vereinfache die Anrechnung von Hinzuverdiensten. Wer künftig trotz vorgezogener altersbedingter Vollrente weiterarbeite, werde dadurch den Rentenanspruch erhöhen. Anschließend richtete Schlegel die Aufmerksamkeit auf die Selbstständigen. Der Vermengung von abhängiger und selbstständiger Arbeit durch Zuwachs atypischer Beschäftigungsformen will er mit einer Erwerbstätigenpflichtversicherung begegnen. Für Crowdworker zog Schlegel in Erwägung, die Plattformbetreiber in Form eines Beitragseinzugs im Quellenabzugsverfahren in die Pflicht zu nehmen. Auf tarifl. Ebene sei der Demographie-TV mit Maßnahmen und Instrumenten zur altersgerechten Gestaltung der Arbeitswelt die Antwort auf die demographische Herausforderung. Schließlich sollen auf betriebl. Ebene

Gesundheitsförderung und Prävention ausgebaut werden.

Die Diskussion leitete Prof. Dr. Olaf Deinert (Institut für Arbeitsrecht, Uni Göttingen). Die in den Beiträgen vorgeschlagene Steigerung der Erwerbstätigkeit Älterer wurde mehrfach aufgegriffen und begrüßt. Die Politik müsse durch konsistente Arbeits-, Sozial- und Familienpolitik gezielt auf die stärkere Beteiligung von Frauen am Arbeitsmarkt einwirken. Dazu müssten Hürden für erwerbstätige Frauen abgebaut werden. Insbes. müsse der immer noch mangelnden Vereinbarkeit von Familie und Beruf durch weiteren Ausbau der Betreuungsinfrastruktur entgegen gewirkt werden.

Nach der Mittagspause leitete Prof. Dr. Rüdiger Krause (Institut für Arbeitsrecht, Uni Göttingen) zum 2. Teil der Veranstaltung über *Melanie R. Hack, Ph.D.* (Max-Planck-Institut für Sozialrecht und Sozialpolitik, München) erweiterte den nationalen Blick mit der Darstellung der Situation in Norwegen. Ebenso wie Deutschland sei Norwegen mit dem doppelten demographischen Wandel konfrontiert – Altern der Bevölkerung durch längere Lebenserwartung auf der einen und Rückgang der Bevölkerungszahl, bedingt durch niedrige Geburtenraten, auf der anderen Seite. 2030 werde jeder 4. Einwohner Norwegens zur Gruppe der Senioren gehören. Im Zentrum des Vortrags stand die norweg. Rentenreform 2011. Ihr Kernziel sei es, Anreize zur Verlängerung des Erwerbslebens zu schaffen. Hiermit seien Einsparungen in Höhe von 30 Mrd. Kronen bis 2030 und 50 Mrd. Kronen bis 2050 verbunden. Das norweg. Rentensystem zeichne sich durch ein duales Modell aus Einwohner- und Zusatzversicherung aus. Schlüsselinstrument der norweg. Reform sei ein flexibles Rentenmodell, welches den Renteneintritt im Alter von 62-75 Jahren ermögliche. Der Rentenberechtigte könne auch Altersteilrente beziehen – Arbeit und Rente könnten ohne Hinzuverdienstgrenze miteinander kombiniert werden. Ergänzt werde das norweg. Rentenmodell durch eine dynamische Anpassung der Rente an die Lebenserwartung der jeweiligen Kohorte (*Life Expectancy Adjustment*). Der gesamte Rentenbetrag verteile sich über die Phase des Lebens, die man voraussichtlich als Rentner in seiner jeweiligen Kohorte verlebe. Werde der Eintritt der Rente nach hinten verschoben, werde der Rentenbetrag durch eine geringere Teilungszahl dividiert, womit sich die jährliche Rentenauszahlung erhöhe. Einheitliche Altersgrenzen für AN gebe es in Norwegen nicht, für den Privatsektor sei mit

dem Wegfall des Kündigungsschutzes eine »unechte« Grenze von 72 Jahren vorgesehen. Für den öff. Sektor bestehe hingegen eine echte Altersgrenze von 70 Jahren. Zum Abschluss bezog die Referentin am Beispiel der Altersdiskriminierung Stellung zum Verhältnis von norweg. Arbeitsrecht zu eur. Recht. In einer Reihe von Urteilen habe das *Hoyesterett*, der Oberste Gerichtshof Norwegens, festgelegt, dass in der Auslegung des norweg. Altersdiskriminierungsverbotes EU-Recht zu berücksichtigen sei.

In der von Krause geleiteten Podiumsdiskussion nahmen Dr. Klaus-Peter Stiller (Hauptgeschäftsführer BAVC), Ralf Sikorski (Gf. Hauptvorstand IG BCE), Peer-Michael Dick (Hauptgeschäftsführer Südwestmetall) sowie Alexander R. Zumkeller (Lt. HR Policies, ABB AG) teil. Die Podiumsteilnehmer waren sich einig, dass der demographische Wandel kein Phänomen ferner Zukunft sei, sondern bereits jetzt das Gesicht der eur. Bevölkerung fundamental ändere. Für das frühzeitige Ausscheiden aus dem Erwerbsleben sei die jahrzehntelange »Frühverrentungspolitik« verantwortlich. Hier sei ein Mentalitätswandel unumgänglich. Kontrovers wurden einzelne Ansätze zur Förderung des Erwerbspotentials Älterer diskutiert.

Abschließend dankte Otto Teilnehmern und Referenten und schloss mit einem Ausblick auf das 15. Göttinger Forum am 26.10.2017 zum Thema »Lohngerechtigkeit«.

*Amélie Kipping, Ass. jur. und wiss. Mitarbeiterin am Lehrstuhl von Prof. Dr. Deinert, Universität Göttingen*

## 50 Jahre UN-Sozialpakt

1966 wurde der Internationale Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte – kurz UN-Sozialpakt – verabschiedet und trat 10 Jahre später in Kraft. Gemeinsam mit der Allg. Erklärung der Menschenrechte v. 1948 steht der UN-Sozialpakt am Ausgangspunkt des Schutzes der wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen (wsk) Menschenrechte. Obwohl er kraft Ratifizierung rechtlich verbindlich ist, stützen nationale Gerichte ihre Entscheidungen wenig auf den Sozialpakt. Dabei formuliert er konkrete Anforderungen an nationale Rechtspraxen, wie *Lörcher* in AuR 12/2016, S. 488 ff., überzeugend dargelegt hat. Grund genug für eine gemeinsam veranstaltete Konferenz von FORUM MENSCHENRECHTE, DGB, WSI, FRIEDRICH EBERT STIFTUNG (FES) am 6./7.12.2016 in