

# 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



## Editorial

Arbeitsrecht und Regierungskoalitionen

*Michael Kittner* ..... Seite 45

## Abhandlungen

Ein neues Arbeitsrecht für Frankreich?

*Pascal Lokiec* ..... Seite 48

International law as a stimulus for developing social rights  
in the case-law of the ECJ

*Ninon Colneric* ..... Seite 62

Demografischer Wandel in Deutschland – Auswirkungen auf die  
Arbeitswelt und Herausforderungen für die Rechtsordnung

*Frauke Brosius-Gersdorf* ..... Seite 70

Zusammenfassungen (Abstracts) / Vorschau

Seite 84

## Arbeitsrecht und Regierungskoalitionen\*

Das hat es so wohl noch nie in der Geschichte der Bundesrepublik gegeben: Eine arbeitsrechtliche Frage – der Umfang sachgrundloser Befristungen von Arbeitsverhältnissen – war eines von zuletzt nur noch zwei Themen, an denen sich entscheiden sollte, ob eine Regierungskoalition zustande kam oder nicht (das andere war die Frage der »Zwei-Klassen-Medizin«)! Stand dies für einen ganz unerwarteten Bedeutungszuwachs des Arbeitsrechts in der deutschen Innenpolitik? Nun – die Antwort fällt nicht ganz so eindeutig aus, wie es die Frage nahe legen könnte. Gemessen am geschrumpften Stimmenanteil bei der Bundestagswahl, hat die SPD insbesondere auf dem Gebiet des Arbeitsrechts nicht schlecht abgeschnitten. Neben dem »Highlight« der Begrenzung von sachgrundlosen und Kettenbefristungen konnte sie eine Reihe zwar nicht so hochrangiger, aber doch nicht unbedeutender Punkte durchsetzen:<sup>1</sup>

- Recht auf vorübergehende Verkürzung der Arbeitszeit und Rückkehrrecht aus Teilzeit- in Vollzeitarbeit;
- Begrenzung der Arbeit auf Abrufl;
- Erleichterung von Betriebsratswahlen in Kleinbetrieben;
- Sicherung der Unternehmensmitbestimmung bei grenzüberschreitenden Sitzverlagerungen und
- Verbesserungen bei der Frauengleichstellung.

Nach einhelliger Meinung hat die SPD sich darüber hinaus auch bei vielen anderen Sachthemen überproportional durchsetzen können – zusammen mit der »Eroberung« des Finanzministeriums neben den schon bisher von ihr besetzten Ministerien des Äußeren und für Arbeit und Soziales in einem Ausmaß, dass der Verdross bei der CDU übergroß zu werden drohte.<sup>2</sup>

Um den Stellenwert des Arbeitsrechts in den jüngeren Legislaturperioden zu verstehen, muss man zurückgehen ins Jahr 2005. Damals gab es nämlich so etwas wie eine »kopernikanische Wende« hinsichtlich der arbeitsrechtspolitischen Ausrichtung von CDU/CSU und FDP. Bis dahin galt als ausgemacht, dass sie – je nach Gunst und Bedarf der Stunde mal mehr, mal weniger – als Wahrer und Vollstrecker von Arbeitgeberpositionen tätig wurden, ein Markenzeichen der vielen Regierungen Kohl (Beschäftigungsförderungsgesetz 1985; Änderung des § 116 AFG 1986). An diese Tradition gedachten sie im Bundestagswahlkampf 2005 nicht nur anzuknüpfen, sondern sie regelrecht zu einem nie da gewesenen Höhepunkt zu führen. Mit gleichlautenden Anträgen und Beschlüssen im Bundestag und Bundesrat übernahmen sie vollumfänglich Maximalpositionen der Arbeitgeberverbände, die auf eine »Schleifung« des Arbeitsrechts und der Arbeitsgerichtsbarkeit in der ganzen Breite hinaus gelaufen wären. Mit diesem Programm scheiterten sie in der Bundestagswahl. Statt der als sicher angenommenen schwarz-gelben Koalition kam es zur zweiten Großen Koalition nach 1969. Nach allgemeiner Einschätzung war ein wesentlicher Grund für den Misserfolg insbesondere der Union, ihre offen zur Schau gestellte »soziale Kälte«, auf einem anderen Politikfeld als dem Arbeitsrecht besonders sinnfällig im Steuerkonzept des »Professors aus Heidelberg« (wie Gerhard Schröder instinktsicher den steuerpolitischen Vormann der Union, Paul Kirchhof, zum Wahlkampfobjekt machte).

Die Kolumne wurde geschrieben, nachdem CDU/CSU und SPD sich auf den Koalitionsvertrag vom 7.2.2018 verständigt hatten, der Ausgang der darüber abgehaltenen SPD-Mitgliederbefragung aber noch nicht bekannt war. Die darin ausgebreiteten Gedanken sehe ich als davon unabhängig an. Sie haben nach meinem Dafürhalten Geltung auch für die nächsten Koalitionsverhandlungen, sei es nach einer planmäßigen Legislaturperiode in vier Jahren, sei es nach Neuwahlen noch im Jahre 2018.

\* Diese Kolumne wurde geschrieben, nachdem CDU/CSU und SPD sich auf den Koalitionsvertrag vom 7.2.2018 verständigt hatten, der Ausgang der darüber abgehaltenen SPD-Mitgliederbefragung aber noch nicht bekannt war. Die darin ausgebreiteten Gedanken sehe ich als davon unabhängig an. Sie haben nach meinem Dafürhalten Geltung auch für die nächsten Koalitionsverhandlungen, sei es nach einer planmäßigen Legislaturperiode in vier Jahren, sei es nach Neuwahlen noch im Jahre 2018.

1 Öffentlich praktisch nicht thematisiert, hat sie allerdings ein Zugeständnis gemacht, das in den interessierten Finanzkreisen eigentlich niemand erwartet hatte: Sog. Risikoträger in Finanzinstituten, also Mitarbeiter und Mitarbeiterinnen, deren berufliche Tätigkeit sich wesentlich auf das Risikoprofil eines Instituts auswirkt, die das Dreifache der Beitragsbemessungsgrenze in der Rentenversicherung verdienen, sollen im KSchG leitenden Angestellten gleichgestellt werden. Damit sollen wegen des »Brexit« abwanderungswilligen Londoner Banken der Umzug nach Frankfurt aM. schmackhaft gemacht werden.

2 Der Grund dafür liegt nach Ansicht vieler Beobachter in einem politischen Paradoxon: Die SPD hat so viel durchsetzen können, nicht obgleich, sondern weil sie so schwach geworden ist. Das schlechte Abschneiden in der Bundestagswahl hat in einer großen Zahl ihrer Mitglieder den Gedanken reifen lassen, überhaupt nicht mehr in eine dafür verantwortlich gemachte Große Koalition zu gehen (das war auch der Grundimpuls des SPD-Vorstands bis zum Scheitern der »Jamaika«-Verhandlungen). Um gegen eine solche Stimmung gleichwohl die Zustimmung zur Koalition zu erhalten, bedurfte es besonderer »Trophäen« in den Koalitionsverhandlungen. Gleichzeitig mussten beide Lager – Union wie SPD – weitere herbe Verluste im Falle von Neuwahlen befürchten. Das nahm sich aus Sicht der Union wie die Drohung mit einem »erweiterter Suizid« aus: Ein Selbstmörder reißt einen weiteren, ihm meist eng verbundenen Menschen mit sich in den Tod!

Die Union – oder treffender: Angela Merkel – hat daraus eine bis heute tragende Schlussfolgerung gezogen: keine Politik mehr frontal gegen Arbeitnehmer und Gewerkschaften! Das schlug sich nieder in allen seither beschlossenen Programmen zur Bundestagswahl. Von 2009 über 2013 bis hin zu 2017 blieben sie in diesem Bereich mehr oder weniger abstinent.<sup>3</sup> Die FDP zog mit einer Legislaturperiode Verspätung nach. Nach den 2009 noch geradezu reflexhaft wiederholten Forderungen zum Abbau von Arbeitnehmerrechten verzichtete sie 2013 und 2017 auf vergleichbare Positionierungen.

Wie viel davon inhaltlicher Gesinnungswandel sein mag, sei dahin gestellt. Jedenfalls ist das aus der Sicht beider »bürgerlichen« Parteien nichts weiter als die logische Folge einer nüchternen Bestandaufnahme: Insbesondere die Union muss sich angesichts kontinuierlich abschmelzender Prozentsätze fragen, wo ihr Wählerreservoir der Zukunft liegt. Und auch die FDP hat sich der »hart arbeitenden« Bevölkerungsmitteln unter Einschluss von Facharbeitern und qualifizierten Dienstleistern zugewandt.

»Keine Politik gegen Arbeitnehmer und Gewerkschaften« heißt natürlich nicht zwangsläufig eine Politik für sie. Das haben CDU/CSU und FDP augenfällig demonstriert in ihrer »klassischen« Koalition von 2009 bis 2013. Auch wenn man ihr zugute halten konnte, dass das Regierungshandeln jener Zeit vor allem der Bewältigung der Finanz- und Eurokrise einschließlich der Griechenlandrettung galt, so war die arbeitsrechtspolitische Bilanz doch eher kläglich.<sup>4</sup> Sie erschöpfte sich im Wesentlichen im Nachvollzug europarechtlicher Vorgaben und in der Korrektur verfassungs- oder europarechtswidriger Gesetze. Die Rubrik »nicht erfolgte Regelungen« war bei einer Bilanz bei weitem die längste.

Die beiden Großen Koalitionen davor (2005–2009) und danach (2013–2017) waren von der immer gleichen »Schlachtordnung« geprägt: Die Union hatte zwar ihre Zielsetzungen zum Abbau von Arbeitnehmerrechten abgelegt, war aber jedenfalls auf diesem Politikfeld weit davon entfernt, als »sozialdemokratisiert« verrufen werden zu können. »Vor Tische« wurden alle von der SPD auf die Agenda gebrachten Themen der Union bei den Koalitionsverhandlungen mühsam abgerungen und aus wechselseitigem Misstrauen teils bis ins Kleinste vorab fixiert. »Nach Tische« offenbarte das Abarbeiten des arbeitsrechtlichen Programms durchweg das bekannte Muster der Lager-Antagonismen: Kein Thema konnte konfliktfrei erledigt werden. Jeder erste ministerielle Entwurf wurde als aus

Arbeitgebersicht »zu weit gehend« kritisiert, vielfach garniert mit dem Vorwurf, die Ministerin (Andrea Nahles) wolle »auf den Koalitionsvertrag drauf satteln«. Stets schlossen sich zT. monatelange Verhandlungen an, bis schließlich ein einvernehmliches Resultat zur Abstimmung in den Bundestag kam. So ist praktisch jeder wichtige Punkt abgearbeitet worden. Lediglich der Anspruch auf Rückkehr zu Vollzeitarbeit aus Teilzeit blieb in sonstigen größeren Turbulenzen des Sommers 2017 auf der Strecke.

Im Wahlprogramm des Jahres 2017 ließen CDU/CSU immerhin Erinnerungen an Deregulierungsvorstellungen des Jahres 2005<sup>5</sup> wach werden, wenn sie forderten, dass hinsichtlich der Tarifautonomie »gesetzliche Regelungen so ausgestaltet werden, dass zusätzliche Flexibilität, Spielräume und Experimentierräume für Unternehmen entstehen, für die ein Tarifvertrag gilt oder angewendet wird, oder in denen eine Vereinbarung mit dem Betriebsrat erfolgt«. Dazu bekannte sie sich zu dem aus der vorangegangenen Legislaturperiode liegen gebliebenen Vorhaben eines Rückkehrrechts von Teilzeitbeschäftigten in Vollzeit (ab einer bestimmten Betriebsgröße). Ähnlich verfuhr die FDP, die eher noch wolkiger und offenbar auf die individualvertragliche Ebene zielend von neuen Flexibilitätsfrei-räumen sprach (einschließlich der Aufgabe des 8-Stunden-Tages nach dem ArbZG). Sie forderte darüber hinaus – an die »alte« FDP erinnernd – die Rück-Änderung von »Fesseln« für Leiharbeit und selbständige Tätigkeiten. Die Grünen wiederum votieren für Flexibilität aus der Sicht von Arbeitnehmern. Daneben formulierten sie eine kleine arbeitsrechtliche Agenda: leichtere Allgemeinverbindlichkeit von Tarifverträgen, das Verbot sachgrundloser Befristungen, ein Rückkehrrecht von Teilzeitbeschäftigten zu Vollzeitarbeit, mehr Grenzen für Leiharbeit einschließlich gleicher Bezahlung vom 1. Tag an, und Ausbau von Betriebsratsrechten. Die SPD verzichtete 2017 auf einen großen arbeitsrechtlichen Forderungskatalog, sondern beschränkte sich auf folgende »Essentials«: Verbot sachgrundloser Befristung, Rückkehrrecht von Teilzeitbeschäftigten, gleiche Bezahlung für Leiharbeitnehmer vom ersten Tag an.

3 Zur Aufstellung der Parteien zu den Bundestagswahlen und die praktische Arbeitsrechtspolitik der jeweils gebildeten Regierungskoalitionen vgl. *Deinert/Kittner*, RdA 2009, 265; 2013, 257; 2017, 342.

4 Eingehend *Deinert/Kittner*, RdA 2013, 257.

5 Vgl. *Deinert/Kittner*, RdA 2009, 265.

Die Mehrheitsverhältnisse nach der Bundestagswahl ließen rechnerisch und politisch nur zwei realistische Koalitionsmöglichkeiten zu: Union und SPD oder CDU/CSU, FDP und Grüne (»Jamaika«). Nachdem die SPD noch am Wahlabend eine erneute Große Koalition ausgeschlossen hatte, kam es zu wochenlangen »Sondierungen« zwischen den drei (im Hinblick auf die CSU besser: vier) so ungleichen Parteien, die dann vom FDP-Vorsitzenden Christian Lindner aus bis heute nicht ganz durchschaubaren Motiven abgebrochen wurden. Was immer mit dieser neuartigen Koalition an Hoffnungen verbunden gewesen sein mag – das Arbeitsrecht hätte nicht dazu gehört. In dem berühmtenberühmten Papier mit den wenigen Einigungen und den vielen Desideraten in eckigen Klammern war von ihm so gut wie keine Rede.<sup>6</sup> Danach kam es auf Intervention des Bundespräsidenten erneut zu Verhandlungen zwischen CDU/CSU und SPD über eine Regierungsbildung.

Deren Dramaturgie liefert den Schlüssel zum Verständnis des überraschend hohen Stellenwerts des Befristungsthemas. Die SPD-Führung tat sich – zumal nach ihrem Zick-Zack-Kurs nach der Wahl – unendlich schwer, ihre Basis für den erneuten Gang in eine Große Koalition zu erwärmen. Dabei hatte sie zunächst das Ausmaß des Bedürfnisses nach original-sozialdemokratischen Inhalten in den Reihen ihrer Mitglieder und Funktionäre unterschätzt. Nach einer ersten »Sondierungs«-Runde musste sie sich die Aufnahme von regelrechten Koalitions-»Verhandlungen« durch einen Sonderparteitag genehmigen lassen. Das gelang nur, indem Nachbesserungen der »Sondierungs«-Ergebnisse zu drei Themen in Aussicht gestellt wurden: neben einer humanitären Verbesserung beim Familiennachzug für Kriegsflüchtlinge zwei ausgewiesene »soziale« Forderungen: die Zurückdrängung sachgrundloser Befristungen und Maßnahmen gegen die »Zwei-Klassen-Medizin« (wie die ursprüngliche Funda-

mentalforderung nach einer »Bürgerversicherung« bald umbenannt wurde). Nachdem es hierzu in Koalitions-(Nach-)Verhandlungen die oben skizzierten Kompromisse gab, dürfte es das für das Arbeitsrecht vorerst »gewesen sein«. Es gibt wenig Anzeichen, dass man sich dazu im künftigen Regierungsalltag anders verhalten sollte als in den vier Jahren zuvor.

Soll das aber wirklich alles sein? Hier braucht es einmal einen kräftigen Schritt zurück, um mit größerer Distanz zum aktuellen Geschehen wieder das »Große und Ganze« in den Blick zu bekommen. Denn wovon reden wir denn die ganze Zeit? Von wirklich großen Themen, dem fundamentalen Reformbedarf des Arbeitsrechts, schon lange nicht mehr. Auch auf die Gefahr hin, den Dinosaurier des »rheinischen Kapitalismus« zu geben, möchte ich doch daran erinnern:

- Sicherung und Ausbau der Unternehmensmitbestimmung,
- Sicherung und Ausbau der betrieblichen Mitbestimmung,
- Reform des Arbeitsschutzrechts bis hin
- zum nahezu vergessenen § 160 SGB III (§ 116 AFG seligen Angedenkens).

Ich würdige wohl, wie unendlich schwierig es war, auch nur das jetzt beschlossene Arbeitsrechtsprogramm durchzusetzen (mit überzeugenden Gründen, in der SPD-Mitgliederbefragung mit »Ja« zu stimmen). Aber es sollte erlaubt sein, fundamentalen Reformbedarf nicht untergehen zu lassen.

*Prof. Dr. Michael Kittner,  
Hanau/Universität Kassel*

<sup>6</sup> Ich hatte mich für den Fall einer erfolgreichen Regierungsbildung dieser drei Koalitionäre ebenfalls auf eine Kolumne eingestellt. Dazu hätte ich als Überschrifts-Gag eine Paraphrase des berühmten Sombart-Titels gewählt: »Warum gibt es kein Arbeitsrecht in »Jamaika?«.

# Ein neues Arbeitsrecht für Frankreich?\*

Prof. Pascal Lokiec, Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne

Unabhängig davon, ob die »Rechtsverordnungen Macron« auf Zustimmung stoßen oder nicht, stellen sie eine der wichtigsten Arbeitsreformen dar, die das französische Arbeitsrecht in seiner Geschichte sowohl hinsichtlich der Vielfalt der behandelten Themen als auch hinsichtlich des Ausmaßes der Änderungen bislang kennengelernt hat. Zu den tiefgreifendsten Veränderungen zählt die Vereinheitlichung der Arbeitnehmerinteressenvertretung, die Einführung von Tabellenwerten für Abfindungen bei Kündigungen ohne tatsächlichen und schwerwiegenden Grund oder auch die Neuordnung des Verhältnisses von Branchenkollektivvereinbarung und Unternehmenskollektivvereinbarung.

## Einleitung

Die »Rechtsverordnungen Macron« stellen aufgrund ihrer Vielzahl an Themen (Arbeitnehmervertretung, Kollektivverhandlung, Kündigung, Telearbeit etc.) und aufgrund ihres Ausmaßes an Veränderungen (Vorrang der Unternehmenskollektivvereinbarungen, Deckelung der Abfindungen, Vereinheitlichung der Arbeitnehmerinteressenvertretung, Beendigung des Arbeitsverhältnisses durch kollektive Aufhebungsvereinbarung etc.) sowie aufgrund des grundlegenden Verweises auf den sozialen Dialog für die Bestimmung der sozialen Agenda (Informationen, Beratungen und verpflichtende Vereinbarungen), die bisher im Wesentlichen durch das Gesetz bestimmt wurde, eine grundlegende Reform des französischen Arbeitsrechts dar.

Um die Tragweite der Änderungen zu rechtfertigen, wird stets auf das Arbeitsmodell der Flexicurity verwiesen. Die bisher erlassenen Rechtsverordnungen bilden den Teil der »Flexibilisierung« innerhalb der Reform ab, während für den Bereich der »Sicherheit« Gesetzestexte zur Arbeitslosenversicherung, Weiterbildung und zur Rente noch zu erwarten sind. Auch wenn es noch zu früh ist, sich ein Urteil über die Ausgewogenheit des Systems zu bilden, so ist doch zur Kenntnis zu nehmen, dass zur Umsetzung des Arbeitsmodells der Flexicurity das gesamte Sozialversicherungsrecht angepasst werden müsste. Dies ist mit einem

potenziell hohen Kostenaufwand verbunden. Bereits die Ausweitung der Arbeitslosenversicherung auf Arbeitnehmer, die ihrerseits gekündigt haben, wird voraussichtlich mehr Kosten verursachen als anfänglich erwartet. Schließlich ist zu berücksichtigen, dass Dänemark, Vorreiter des Arbeitsmodells der Flexicurity, im europäischen Vergleich den höchsten gesetzlichen Sozialabgabensatz hat. Auf jeden Fall ist es angebracht, die Kernpunkte der Rechtsverordnungen und die dahinterliegenden Intentionen zu untersuchen. Ziel der Rechtsverordnungen kann nicht allein die Einführung eines Flexicurity-Modells sein, denn die von der Flexicurity gekennzeichneten Gesetze, und so auch das dänische Recht, privilegieren nicht Unternehmenskollektivvereinbarungen, sondern Branchenkollektivvereinbarungen.

Tatsächlich versucht die »Reform Macron« zuallererst ein Modell<sup>1</sup>, welches seit zehn Jahren ausgearbeitet wird, zum Abschluss zu bringen: Vorrang des im Unternehmen ausgehandelten Rechts (I.). Nicht alle in den Rechtsverordnungen enthaltenen Regelungen entsprechen diesem Modell und selbst diejenigen, die ihm entsprechen, scheinen allen voran vom Willen getragen, die Funktionsfähigkeit der Unternehmen verbessern zu wollen. Dies entspricht auch der rechtspolitischen Intention. Der Arbeitnehmerschutz bildet heute nicht mehr den Eckpfeiler von Arbeitsrechtsformen. Diese entwickeln sich vielmehr, unter bestimmten Gesichtspunkten, zu einem neuen Unternehmensrecht (II.).

## I. Modellwechsel

Nach dem Vorbild der Vereinigten Staaten sowie Italiens, Spaniens und Griechenlands verfolgt Frankreich seit 2004

\* Dieser Artikel wurde ursprünglich in einer längeren Version in der Sammlung Dalloz am 30.10.2017 veröffentlicht. Die Übersetzerin *Amélie Sutterer-Kipping* ist wissenschaftliche Mitarbeiterin und Doktorandin am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Arbeitsrecht und Sozialrecht an der Georg-August-Universität Göttingen.

<sup>1</sup> Für dieses Modell vgl. [http://www.gouvernement.fr/sites/default/files/document/document/2015/09/rapport\\_combrexelle.pdf](http://www.gouvernement.fr/sites/default/files/document/document/2015/09/rapport_combrexelle.pdf) (2.2.2018); *Cette/Barthélémy, Réformer le droit du travail*, Paris 2015.

mit der Förderung von Kollektivvereinbarungen auf Unternehmensebene eine Politik der Dezentralisierung der Regulierung von Arbeitsbeziehungen in Richtung Unternehmen.<sup>2</sup>

## 1. Die Parameter dieses Modells

Auch wenn bereits jetzt einige bedauern, dass die Branchenebene nicht weiter an Einfluss verloren hat,<sup>3</sup> so ist doch das von den Rechtsverordnungen geförderte Modell, die Priorisierung des im Unternehmen ausgehandelten Rechts, bestehend aus vier Parametern.

### a) Erster Parameter: Dezentralisierung hin zum Unternehmen

Die Rechtsverordnungen bedeuten einen maßgeblichen Schritt für die Gestaltung des Verhältnisses zwischen Branche und Unternehmen. Bisher galt das Prinzip des Vorrangs der Branchenkollektivvereinbarungen vor Unternehmenskollektivvereinbarungen. Hiervon gab es einige Ausnahmen, die sich seit den »Gesetzen Fillion« von 2004 und »Bertrand« von 2008 vervielfacht hatten, bis hin zum Gesetz »Loi Travail«, das den Vorrang der Unternehmenskollektivvereinbarungen auf den Kernbereich der Arbeitszeit (Arbeitszeitgestaltung, Rufbereitschaft, Nacharbeit, Vergütung für die Zeit während des An- und Entkleidens, etc.) erstreckte. Das Prinzip lautet nunmehr, dass die Unternehmenskollektivvereinbarung vor der Branchenkollektivvereinbarung Vorrang hat.

*Die drei Blöcke* – Die Rechtsverordnungen lassen sich in drei Blöcke gliedern:

Der erste Teil fasst die Bereiche zusammen, für welche die Branchenkollektivvereinbarung gegenüber der Unternehmenskollektivvereinbarung vorrangig ist. Diese haben sich von sechs auf dreizehn Bereiche erhöht (hierunter fallen unter anderem Mindestlöhne und Einstufungen). Der Eindruck des zahlenmäßigen Anstiegs lässt sich damit erklären, dass viele dieser Bereiche bereits zuvor existierten, aber im Arbeitsgesetzbuch verstreut waren (so beispielsweise die Probezeit). Andere wiederum sind tatsächlich neu, ihre Regelung war zuvor ausschließlich dem Gesetzgeber vorbehalten. Sie sind nunmehr Gegenstand von Kollektivverhandlungen auf Branchenebene. Hierzu gehören: befristete Arbeitsverträge (Vertragsdauer, Anzahl der Vertragsverlängerungen, Dauer der Karenzzeit) und die Erweiterung unbefristeter Arbeitsverträge für die Dauer eines Bauprojektes auf andere Sektoren, in welchen ihre Anwen-

dung ansonsten unüblich ist (die Branchenkollektivvereinbarung ist in diesem Fall verpflichtend).<sup>4</sup>

Der zweite Block führt die Themen auf, die in den Zuständigkeitsbereich der Unternehmenskollektivvereinbarung fallen, es sei denn eine etwaige Branchenkollektivvereinbarung sieht eine Sperrklausel vor.<sup>5</sup> Diese Themen lassen sich wie folgt zusammenfassen: Schutz vor Belastungen am Arbeitsplatz (*prévention de la pénibilité*), berufliche Eingliederung von Menschen mit Behinderung, Ernennung und Werdegang von Gewerkschaftsvertretern, Arbeitsprämien für gefährliche und gesundheitsgefährdende Arbeiten.

Alles was nicht unter Block 1 und 2 aufgelistet ist, fällt unter Block 3. Für diesen Regelungsbereich hat die Unternehmenskollektivvereinbarung (unabhängig davon, ob eine Branchenkollektivvereinbarung hierfür Regelungen vorsieht) Vorrang. Daraus folgt, unter anderem, dass für wichtige Prämien (Altersprämie, 13. Monatsgehalt, etc.) die Unternehmenskollektivvereinbarung vorrangig ist. Konkret hat dies zur Folge, dass die Sozialpartner der Branche nicht mehr verhindern können, dass Unternehmen der Branche mittels Unternehmenskollektivvereinbarung geringere Prämien festlegen. Kaum waren die Rechtsverordnungen verabschiedet, wurde die Frage aufgeworfen, ob es innerhalb des von den Rechtsverordnungen festgelegten Rahmens möglich sei, die Kompetenz für die Prämien wieder an die Branchen zurückzugeben. Der Branchentarifvertrag für den Straßentransport von Anfang Oktober zeichnet einen solchen Weg vor. Darin wurden die Prämien (betreffend die *Nachtarbeits- sowie Sonn- und Feiertagszuschläge*) von Block 3 zu Block 1 verschoben und unter den Begriff des Mindestlohns nach Hierarchiestufe subsumiert, welcher, wie oben beschrieben, zum Themengebiet von Block 1 gehört.

2 Antonmattei, SSL 2017, n°1781; Favennec-Héry, SSL 2017, n°1782.

3 Cahuc, Loi Travail: «Le Big Bang n'a pas eu lieu», le Monde v. 25.9.2017, abrufbar unter [http://www.lemonde.fr/economie/article/2017/09/25/loi-travail-le-big-bang-n-a-pas-eu-lieu\\_5190783\\_3234.html](http://www.lemonde.fr/economie/article/2017/09/25/loi-travail-le-big-bang-n-a-pas-eu-lieu_5190783_3234.html) (2.2.2018).

4 Anm.d.Übers.: Es handelt sich hierbei um eine spezielle Form des unbefristeten Arbeitsvertrages für Bauprojekte, deren Dauer nicht absehbar ist. Der Arbeitgeber kann dann unter einfacheren Bedingungen als beim »normalen« CDI das Arbeitsverhältnis beenden (Art L. 1236-8 C. trav.). Dieses Modell wurde speziell für die Bauwirtschaft entwickelt.

5 Die Sperrklausel ist eine Klausel, die in der Branchenkollektivvereinbarung enthalten ist und vorsieht, dass die Branchenkollektivvereinbarung vor der Unternehmenskollektivvereinbarung Vorrang hat, unabhängig davon, ob diese für die Arbeitnehmer günstiger ist oder nicht.

*System der Blöcke* – Um das neue Abstimmungssystem von Branche und Unternehmen zu verstehen, sind zwei zusätzliche Erläuterungen erforderlich.

Erstens ist vorgesehen, dass die Branchenkollektivvereinbarung im ersten und zweiten Block Anwendung findet, es sei denn, die Unternehmenskollektivvereinbarung enthält »mindestens gleichwertige« (»au moins équivalentes«) Garantien. Eine neue und zugleich unbestimmte Formulierung, die ohne Zweifel noch Monate Nährboden weiterer juristischer Debatten sein wird (was bedeutet gleichwertig? Sind die Vorteile insgesamt oder einzeln zu betrachten? Kann der Branchentarifvertrag Kriterien für die Auslegung des Begriffes »gleichwertig« vorgeben, etc.), obwohl bislang in diesem Fall das Günstigkeitsprinzip angewandt wurde.

Zweitens, wurde das zeitliche Rangverhältnis der jeweiligen Blöcke zueinander geregelt. Dabei wird das Ziel einer »Entsperrung« verfolgt, um weitestgehend Verhandlungen auf Unternehmensebene zu ermöglichen. Im Regelungsbereich des ersten Blocks ist die Branchenkollektivvereinbarung gegenüber der Unternehmenskollektivvereinbarung vorrangig, *unabhängig davon, ob sie vorher oder nachher zustande gekommen ist. Im Regelungsbereich des zweiten Blocks* hat die Branchenkollektivvereinbarung gegenüber der Unternehmenskollektivvereinbarung Vorrang, wenn sie *später* geschlossen worden ist. Kam die Branchenkollektivvereinbarung jedoch *vorher* zustande, kann die Branche *bis zum 1. Januar 2019* entscheiden, ob sie von den Sperrklauseln Gebrauch macht. Im dritten Block gilt, dass die Unternehmenskollektivvereinbarung Vorrang hat, unabhängig davon, ob vorher oder hinterher eine Branchenkollektivvereinbarung zustande kommt. Das ist besonders günstig für Unternehmenskollektivvereinbarungen und könnte dazu führen, dass Unternehmen Klauseln aus alten Kollektivvereinbarungen (oder sogar ganze Kollektivvereinbarungen), die seit Jahren ruhen, wieder aufleben lassen.

## b) Zweiter Parameter:

### Abschluss von Kollektivvereinbarungen

Damit das Modell des ausgehandelten Rechts auf Unternehmensebene Bestand haben kann, sind Vereinbarungen erforderlich! Hieraus ergeben sich zwei Schwierigkeiten, auf die die Rechtsverordnungen mit zwei neuen Maßnahmen reagieren: Einerseits das Referendum auf Initiative des Arbeitgebers und andererseits die Möglichkeit der Ver-

handlung in Kleinunternehmen (TPE) ohne gewerkschaftliche Anwesenheit oder Anwesenheit anderer gewählter Vertreter.

*Mehrheitsprinzip und Referendum* – die erste Schwierigkeit hängt unmittelbar mit der Verallgemeinerung des Mehrheitsprinzips zusammen, die mit den Rechtsverordnungen zum 1. Mai 2018 voranschreitet. Als unverzichtbares Gegenstück für die gewährte Förderung von Unternehmenskollektivvereinbarungen, erschwert sie wiederum deren Abschluss! Daher wurde ein Ausgleichsverfahren geschaffen, das, wie zuvor in der »Loi Travail«, die Gestalt eines Referendums annimmt. Dieses Referendum war seit 2016 allein den unterzeichnenden Gewerkschaften vorbehalten, die im ersten Wahlgang der letzten Arbeitnehmervertretungswahlen<sup>6</sup> mindestens 30 % der auf repräsentative Gewerkschaften entfallenden Stimmen erhalten hatten. Nunmehr ist es auch auf Initiative des Arbeitgebers möglich. Im Einzelnen haben die oben genannten Gewerkschaften einen Monat Zeit, um die Organisation einer Beratung der Arbeitnehmer zu beantragen, nach Ablauf dieser Frist kann der Arbeitgeber diese Aufgabe übernehmen, sofern dem nicht widersprochen wird. Die Förderung eines Referendums ist vor dem Hintergrund, dass das Arbeitsrecht bisher hinsichtlich der direkten Mitwirkung der Arbeitnehmer zurückhaltend war, besonders symbolträchtig. Auch wenn der Verfassungsrat sich bisher geweigert hat, die Alleinstellung der Gewerkschaften bei der Vertretung der Arbeitnehmer im Rahmen von Kollektivverhandlungen anzuerkennen,<sup>7</sup> so hat er doch stets die Auffassung vertreten, dass Arbeitnehmer ihre Interessen besser durch die Vermittlung von Repräsentanten verteidigen, die beauftragt sind ihre Kollektivinteressen wahrzunehmen. Wohingegen bei einer unmittelbaren Interessenwahrnehmung das Risiko einer Anhäufung individueller Präferenzen besteht.<sup>8</sup> Zum jetzigen Zeitpunkt ist es schwierig, die Auswirkungen des Referendums abzuschätzen.

6 Anm.d.Übers.: Wahlen zum Unternehmensausschuss, einheitlichen Personalausschuss (DUP) und der Personaldelegierten.

7 Cons. const., 6.11.1996 – déc. 96-383 DC; Cons. const., 7.9.2017 – déc. 2017-751 DC (bezüglich der Ermächtigungsgrundlage zur Reform des Arbeitsrechts durch die Rechtsverordnungen).

8 *Morin*, Droit ouvrier. 2017, 590, 590; *Bréda*, Loi Travail : « la voix des salariés est affaiblie dans les petites entreprises », le Monde v. 29.09.2017, abrufbar unter [http://www.lemonde.fr/economie/article/2017/09/29/loi-travail-la-voix-des-salaries-est-affaiblie-dans-les-petites-entreprises\\_5193308\\_3234.html](http://www.lemonde.fr/economie/article/2017/09/29/loi-travail-la-voix-des-salaries-est-affaiblie-dans-les-petites-entreprises_5193308_3234.html) (2.2.2018).

*Die Frage der Kleinstunternehmen (très petites entreprises, TPE)* – Die zweite Schwierigkeit beruht auf der Abwesenheit der Gewerkschaften in Kleinunternehmen (TPE) (nur 4% der Unternehmen mit weniger als 50 Arbeitnehmern haben Gewerkschaftspräsenz). Vor dem Hintergrund, dass die neuen Flexibilisierungsräume für die meisten von ihnen eine Unternehmenskollektivvereinbarung vorsehen, ist es aber nicht hinnehmbar auf 95% der französischen Unternehmen das Arbeitsgesetzbuch oder Branchenverträge anzuwenden, die von großen Unternehmen aus derselben Branche allein in ihrem Sinne ausgehandelt wurden. Seit Mitte der 90er Jahren beschäftigt dieses Problem Gesetzgeber und Sozialpartner, wobei die Lösungsansätze – unter ihnen das »mandatement«, welches sich als Misserfolg erwies – stets wenig zielführend waren. Indem sie abweichende Verhandlungsmodelle anerkennen, gehen die »Rechtsverordnungen Macron« erstmals weiter. Während die Bestimmungen zu den Verhandlungen in Unternehmen mit mindestens 50 Arbeitnehmern ohne Gewerkschaftsdelegierte weitgehend unverändert bleiben, ändern sich die Vorschriften für andere Unternehmen erheblich. In Unternehmen ohne Gewerkschaftsdelegierte, die zwischen 11 und 49 Arbeitnehmer beschäftigen, können Vereinbarungen entweder durch ein oder mehrere Mitglieder der Arbeitnehmervertretung aus dem Wirtschafts- und Sozialausschuss oder durch einen oder mehrere mandatierte Arbeitnehmer verhandelt, geschlossen oder überarbeitet werden. In diesem Fall muss die Vereinbarung von den Arbeitnehmern mit der Mehrheit der abgegebenen Stimmen angenommen werden. Eine wesentliche Änderung ist dabei, dass diese Vereinbarungen alle Themen abdecken können, die möglicher Gegenstand einer Kollektivvereinbarung auf Unternehmens- oder Betriebsebene sind.

Die wichtigste Änderung betrifft Unternehmen, mit weniger als elf Arbeitnehmern (oder weniger als 21 bei Abwesenheit eines »gewählten Vertreters«). Bei ihnen kann der Arbeitgeber seinen Arbeitnehmern einen Vereinbarungsentwurf vorschlagen, der, wenn er von ihnen mit einer Zweidrittelmehrheit ratifiziert wird, als Kollektivvereinbarung gilt. Die Vereinbarung kann sich auf alle Themen erstrecken, die möglicher Gegenstand einer Kollektivvereinbarung auf Unternehmens- oder Betriebsebene sind.

Der Vereinbarungsentwurf wirkt wie vom Arbeitgeber diktiert! Wie könnte es denn auch anders sein? Es wurde keine Verpflichtung zur Verhandlung über den Vertragentwurf vorgesehen: der Gesetzestext ermächtigt die

Arbeitnehmer nicht zur Verhandlung, sondern lediglich zur Ratifizierung des Vereinbarungsentwurfs, was keinesfalls vergleichbar ist. Entgegen aller Entwicklung des Rechts der Kollektivverhandlungen entsteht eine Kollektivvereinbarung (oder zumindest ein kollektivvertraglicher Akt, der als Kollektivvereinbarung gilt) ohne Verhandlung!

*Gestaltung der Berufung* – Um zu verhandeln, sind Akteure erforderlich! Wenn möglich sollten dies keine »gewöhnlichen Arbeitnehmer« sein, sondern Inhaber eines Gewerkschaftsmandats oder sonst gewählte Vertreter. Die Rechtsverordnungen enthalten Maßnahmen zur Anerkennung der Kompetenzen in Bezug auf das Mandat. Im Simonpoli-Bericht<sup>9</sup> wird unter anderem die Ausweitung des Anwendungsbereichs des Fachgesprächs am Ende eines Mandats und die Übernahme der Teilnahmekosten an Branchenverhandlungen durch einen paritätischen Fonds vorgeschlagen.

### c) Dritter Parameter: Vorrang vor dem Arbeitsvertrag

*Vereinheitlichen* – Der Vorrang der Unternehmenskollektivvereinbarung beschränkt sich nicht auf Branchenkollektivvereinbarungen, sondern kann sich auch auf Arbeitsverträge beziehen. Dabei stellt sich die Frage, ob der Arbeitnehmer das Recht hat, sein individuelles Interesse über die Kollektivvereinbarung zu stellen, die das kollektive Interesse abbildet und die Förderung des Allgemeininteresses zum Ziel hat, beispielsweise um Arbeitsplätze zu schaffen. Nach der gefestigten Rechtsprechung des Kassationsgerichtshofs führt der Abschluss oder die Änderung einer Kollektivvereinbarung nicht zur Änderung des Arbeitsvertrages. Vielmehr kann sich der Arbeitnehmer Änderungen, die durch Kollektivvereinbarung vorgesehen sind, widersetzen, indem er sich auf die Bestimmungen seines Arbeitsvertrages beruft. Dieses Ergebnis ist seit langem unter dem Gesichtspunkt umstritten, ob der einzelne Arbeitnehmer sich auch dann bestimmten Vereinbarungen widersetzen kann, wenn diese besonders wichtige Ziele verfolgen, wie beispielsweise die Arbeitsplatzsicherung oder die Schaffung von Arbeitsplätzen. Diese Debatte begann zur Zeit der »Aubry Gesetze« Nr. 98-461 vom 13. Juni 1998 und Nr. 2000-37 vom 19. Januar 2000 über die ausgehandelte Verringerung zur 35-Stunden-Woche mit dem Ansatz, dass jene Unternehmen von der Anwendung der Vorschriften über betriebsbedingte Kündigungen be-

<sup>9</sup> Abrufbar unter [http://travail-emploi.gouv.fr/IMG/pdf/03\\_08\\_2017\\_rapport\\_reconnaissance\\_et\\_valorisation\\_des\\_competences\\_2\\_.pdf](http://travail-emploi.gouv.fr/IMG/pdf/03_08_2017_rapport_reconnaissance_et_valorisation_des_competences_2_.pdf) (2.2.2018).



freit sein sollten, die einen Wechsel zur 35 Stunden Woche auf der Grundlage einer Vereinbarung vornehmen. Diese Problematik wurde auf die Vereinbarungen über die Gestaltung der Arbeitszeit (»modulation de la durée du travail«),<sup>10</sup> die interne Mobilität (»mobilité interne«), die Erhaltung von Arbeitsplätzen (»maintien de l'emploi«) und seit der »Loi Travail« auch auf Vereinbarungen über die Beschäftigungsförderung und Sicherung (»préservation et développement de l'emploi«) erstreckt.

Die Rechtsverordnungen – und das ist zu begrüßen – treiben – mit Ausnahme der Vereinbarungen über die Arbeitszeitgestaltung, für welche die Arbeitsvertragsparteien selbst entscheiden können, ob sie sich der aktuellen Vereinbarung anschließen wollen, was eine disziplinarische Kündigung<sup>11</sup> nach sich ziehen kann – die Verschmelzung der verschiedenen Vereinbarungen voran. In diesem einheitlichen System beruht die Kündigung des Arbeitnehmers, der sich der Anwendung der Vereinbarung widersetzt (»refraktären Arbeitnehmers«), auf einem besonderen Kündigungsgrund (Kündigung sui generis). Die Rechtfertigung der Kündigung wird unwiderlegbar vermutet. Dem so gekündigten Arbeitnehmer steht eine Abfindung zu und er wird von der Arbeitsagentur Pole Emploi begleitet. Der Arbeitsgeber ist seinerseits verpflichtet das Trainingskonto (CPF) des Arbeitnehmers aufzustocken.

*Entsperren* – Die Rechtsverordnungen tragen nicht nur zur Vereinheitlichung bei. Die Vereinbarungen, die der Verfassungsrat auch als »Wettbewerbsvereinbarungen« bezeichnet hat, können mit der Begründung der »Notwendigkeit im Zusammenhang mit der Funktionsfähigkeit des Unternehmens« gerechtfertigt sein. Der Gesetzeswortlaut hätte nicht weiter gefasst werden können! Parallel zur Öffnung des Anwendungsbereichs wird ein Großteil der zwingenden Bestimmungen des vorherigen Systems dispositiv. Zugleich ist keinerlei Beschränkung hinsichtlich der zeitlichen Dauer der Vereinbarungen vorgesehen.<sup>12</sup> Mit anderen Worten, jeder bzw. fast jeder Vertrag über Arbeitszeit, Vergütung oder Mobilität kann in dieses System fallen, solange die Sozialpartner sich in der Präambel der Vereinbarung auf Art. 2254-2 Code du travail beziehen. Damit wird ein Weg geschaffen, unter erleichterten Bedingungen zu kündigen, was der »klassische Weg« so nicht vorsieht. Auch wenn es keine Zweifel gibt, dass es sich hierbei um eine der wichtigsten Rechtsverordnungen Macrons handelt, ist der Erfolg dieser neuen Regelung, im Hinblick auf die geringe Anzahl von Vereinbarungen, die sich auf Be-

schäftigung beziehen, noch ungewiss. Eine mehrheitliche Einigung dürfte angesichts der Auswirkungen auf die individuelle Situation der Arbeitnehmer nicht einfach zu erzielen sein, zumal diese seit 2008 mit ihrer Stimme die Repräsentativität der Gewerkschaft bestimmen!

Wie im vorherigen System<sup>13</sup> können auch hier Probleme in Hinblick auf Verfassungsmäßigkeit und Vereinbarkeit mit internationalen Konventionen, wie der EMRK, auftreten. Die Frage stellt sich insbesondere mit Blick auf Art. 1 des Ersten Zusatzprotokolls der EMRK, der berechnete Erwartungen schützt. Der Schutz der Eigentums-garantie erstreckt sich ebenfalls auf Lohnforderungen (wie beschrieben ermöglichen die Rechtsverordnungen unter anderem Verhandlungen über die Vergütung und über Prämien).<sup>14</sup> Eine Eigentumsentziehung ist nur zulässig, wenn das öffentliche Interesse dies verlangt. Eine Rechtfertigung mit Erwägungen des Allgemeinwohls ist bei Betrachtung des Zwecks der Vereinbarungen zweifelhaft. Sie befassen sich weder mit Beschäftigung, noch mit Wettbewerb im engeren Sinn, sondern vielmehr mit der Funktionsfähigkeit des Unternehmens, welche nicht unmittelbar dem Allgemeinwohl dient.

#### d) Vierter Parameter: Sicherstellen der Verträge

Um das Modell des im Unternehmen ausgehandelten Rechts zu vollenden, sichern Rechtsverordnungen die Vereinbarungen auf drei Arten ab:<sup>15</sup>

10 Die Vereinbarungen über die Arbeitszeitgestaltung sollen die Wahrung der 35-Stunden-Regelung nicht streng wöchentlich, sondern auf den Monat oder das Jahr verteilt gewährleisten, was den Unternehmen mehr Flexibilität einräumt.

11 Anm.d.Übers.: Die disziplinarische Kündigung wegen Fehlverhaltens ist anders als in Deutschland eine Disziplinarmaßnahme und zwischen Sanktion und Kündigung einzuordnen. Das französische Recht kennt die disziplinarische Kündigung, die nicht disziplinarische Kündigung und die wirtschaftlich bedingte Kündigung. Sie entsprechen weitgehend den deutschen Formen der »verhaltensbedingten«, »personenbedingten« und »betriebsbedingten« Kündigung.

12 Anmerkung Original: Une interrogation se fait jour en ce sens, dans le cas d'un accord de compétitivité à durée déterminée. Si logiquement les clauses du contrat de travail impactées par l'accord collectif devraient retrouver application au terme dudit accord, la rédaction de l'ordonnance (Le salarié peut refuser »la modification de son contrat de travail résultant de l'application de l'accord.«, Art. L. 2254-2 C. trav. nouv.) laisse entendre que l'accord collectif modifierait le contrat de sorte que le salarié ne pourrait plus, sauf à conclure un nouvel avenant à son contrat, retrouver l'application des clauses initiales de son contrat.

13 Cons. Const., 15.3.2017 – déc. 2012-649 DC.

14 Cass. Soc., 21.3.2012 – n°04-47.532.

15 Diese neuen Regelungen finden auf Verträge und Vereinbarungen Anwendung, die nach Veröffentlichung der Rechtsverordnung geschlossen wurden.

Sie verschärfen die Bedingungen der Nichtigkeitsklage, die fortan innerhalb einer Frist von zwei Monaten zu erheben ist. Die Frist beginnt mit Zugang der Unternehmenskollektivvereinbarung bei den repräsentativen Organisationen, die über eine Gewerkschaftssektion verfügen – und in allen anderen Fällen ab Bekanntgabe der Vereinbarung über eine öffentlich zugängliche Datenbank. Der Arbeitnehmer kann sich auch nach Fristablauf zur Unterstützung seiner individuellen Klage vor den Arbeitsgerichten auf die Nichtigkeit der Kollektivvereinbarung berufen.

Darüber hinaus wird dem Richter die Möglichkeit eingeräumt, die Kollektivvereinbarungen rückwirkend aufzuheben. Dies ist wohl eine Reaktion auf die Aufhebung der Bestimmungen im Branchentarifvertrag zu den Tagespauschalen (Chemie, Großhandel etc.) und der Bestimmungen zur nachträglichen Überstundenerinnerung!

Die Verordnungsentwürfe sahen schlussendlich vor, Kollektivvereinbarungen durch die Vermutung der Rechtmäßigkeit abzusichern. Dieser Ansatz wurde aber zugunsten einer »Beweisregel« aufgegeben. Derjenige, der die Rechtmäßigkeit eines Kollektivvertrages oder einer Kollektivvereinbarung bestreitet, muss darlegen, dass der Kollektivvertrag oder die Kollektivvereinbarung<sup>16</sup> nicht den gesetzlichen Vorschriften entspricht.<sup>17</sup> Die Vermutung der Rechtmäßigkeit wurde nur für Kollektivverträge zur Durchführung von Nachtarbeit beibehalten, weil bei diesen angenommen wird, dass sie rechtmäßig dahingehend ausgehandelt und beschlossen wurden, dass die Nachtarbeit nur in Ausnahmefällen zur Anwendung kommt und nur wenn dies zur Gewährleistung des Geschäftsbetriebs notwendig ist. Mit anderen Worten, die Vereinbarung kann selbst den Ausnahmeharakter von Nachtarbeit bestimmen.

## 2. Le pari de la confiance

Das Model des im Unternehmen ausgehandelten Rechts beruht auf zwei Grundannahmen.

Nach der ersten Grundannahme sind Regelungen dann am besten, wenn sie »sachnah« und »vor Ort« beschlossen werden. Auch wenn es nachvollziehbar erscheint, große Verhandlungsspielräume auf Unternehmensebene einzuräumen (mittlerweile werden 35.000 Kollektivvereinbarungen pro Jahr geschlossen), birgt das Prinzip des Vorrangs der Unternehmenskollektivvereinbarung gewisse Risiken im Hinblick auf die Segmentierung des Arbeitsrechts (Arbeitsrecht à la carte) und des Sozialdumpings.

Dieser letzte Punkt ist umso empfindlicher, als die Vergütung (zur Erinnerung: die Kernpunkte der Prämien fallen unter Block 3) ein sehr viel stärkerer Hebel des Sozialdumpings ist, als die Arbeitszeit, die bislang bevorzugter Gegenstand des Vorrangprinzips war! Es sollte nicht, wie beim wohlbekanntem Phänomen Walmart in den Vereinigten Staaten, dazu führen, dass ein Unternehmen, um seine Preise zu senken, und um dadurch Marktanteile zu gewinnen, mit den Prämien konkurriert und dadurch seine Mitbewerber dazu veranlasst, es ihm gleich zu tun. Dies ist ein allgemeines Problem des »race to the bottom«. Um diese Art von Praktiken, insbesondere seitens kleiner Unternehmen mit weniger als elf Arbeitnehmern,<sup>18</sup> die neu auf dem Markt sind und besonderes von diesem System der Lockerung des Abschlusses von Vereinbarungen auf Unternehmensebene profitieren könnten, zu verhindern, wurde, wie oben bereits beschrieben, eine Vereinbarung für die Transportbranchen geschlossen.

Die Einwände gegen die Ausweitung der Brancheverträge stehen dem spiegelbildlich gegenüber, denn aus Sicht ihrer Gegner wäre die gleichmäßige Anwendung einheitlicher Standards auf alle Unternehmen eines Sektors, gerade für Kleinunternehmen und für den Eintritt neuer Marktteilnehmer, sehr nachteilig.<sup>19</sup> Die Rechtsverordnungen berücksichtigen dies. Einerseits indem dem Minister die Möglichkeit eingeräumt wird, die Ausweitung der Kollektivvereinbarung aus Gründen des Allgemeininteresses, insbesondere aufgrund einer übermäßigen Beeinträchtigung des freien Wettbewerbs, abzulehnen, andererseits durch Bildung einer Expertengruppe, die beauftragt ist, die wirtschaftlichen und sozialen Auswirkungen, die aus ihrer Ausweitung resultieren können, zu beurteilen.

Nach der zweiten Grundannahme, soll ausgehandeltes Recht generell Vorrang vor auferlegtem Recht haben! Ein Vorrang, der dazu führte, dass die »Loi Travail« das dispositive Recht in das Arbeitsrecht aufnahm, welches traditionellerweise vom Siegel des *ordre public* geprägt

16 Anm.d.Übers.: Gemäß Art L. 2221-2 C. trav. kennt das französische Recht zwei Arten von Tarifverträgen: *accord collectif* (Kollektivvereinbarung) und *convention collective* (Kollektivvertrag). Während die Kollektivvereinbarung nur einzelne Fragen behandelt, befasst sich der Kollektivvertrag mit der Gesamtheit der möglichen Regelungsgegenstände.

17 Art. L2262-13 C. trav. nouv.

18 Die Transportbranche besteht größtenteils aus Kleinunternehmen.

19 Cahuc/Zylberberg, Halte à l'extension des conventions de branche!, les echos v. 26.6.2017, abrufbar unter <https://www.lesechos.fr/idees-debats/cercle/030410877994-halte-a-l-extension-des-conventions-de-branche-2097594.php> (2.2.2018).

ist. Das dispositive Recht gewinnt durch die Rechtsverordnungen an Bedeutung: Befristungsdauer, verpflichtende Verhandlungen, rechtzeitige und wiederkehrende Beratungen, Festlegung des Beitrages zu den sozialen und kulturellen Aktivitäten des Sozial- und Wirtschaftsausschusses (CSE), die Datenbank zu den wirtschaftlichen und sozialen Angelegenheiten (BDES) etc.<sup>20</sup> So kann eine Vereinbarung über die Vorgehensweise zum Beispiel hinsichtlich der jährlich verpflichtenden Verhandlungen die Häufigkeit (die Zeitspanne kann nun auf vier Jahre ausgeweitet werden) und den Inhalt der Verhandlungen bestimmen. In gleicher Weise sind die drei wichtigen wiederkehrenden Beratungen (strategische Orientierungen, wirtschaftliche und finanzielle Situation, Sozialpolitik, Arbeitsbedingungen und Beschäftigung)<sup>21</sup> nicht mehr jährlich verpflichtend. Was die BDES (Datenbank) anbelangt, werden die meisten der speziellen Regelungen des Arbeitsgesetzbuches dispositiv und zwar in dem Maße, dass beispielsweise nur noch acht Themen darin enthalten sein müssen.<sup>22</sup> Jedes Mal, wenn die Rechtsverordnungen auf die von der »Loi El Khomri«<sup>23</sup> initiierte und vom Combrexelle-Bericht<sup>24</sup> inspirierte Architektur zurückgreifen, entsteht folgendes Gerüst: *ordre public*/Bereich der Kollektivverhandlungen/dispositives Recht.

Auch wenn die Vorzüge des ausgehandelten Rechts nicht bezweifelt werden sollen, so hat die schrittweise Auflösung der Schutzmaßnahmen, die sich aus dem Günstigkeitsprinzip ergeben, doch eines zur Folge: Die Konstruktion beruht letztlich auf dem Vertrauen in die Sozialpartner und darauf, dass sie nicht unterschreiben, wenn die Vereinbarung unbillig ist. »Qui dit conventionnel dit juste«! Auch wenn das Vertrauen rechtlich durch die Grundsätze der Vertretung in Verbindung mit dem Mehrheitsprinzip beim Abschluss von Kollektivvereinbarungen (wobei die wichtigen Einschränkungen für Kleinunternehmen zu berücksichtigen sind, siehe oben) abgesichert ist und das Vertrauen in den allermeisten Fällen zu ausgewogenen Vereinbarungen führt, so kann dieses, gerade in einem Land wo die Gewerkschaftsdichte besonders gering ist, dennoch nicht das Grundprinzip für das Verhältnis der Sozialpartner zueinander bilden. Die Zurückhaltung der Sozialpartner auf Branchenebene gegenüber dem Vorrang der Unternehmenskollektivvereinbarung (neben dem jüngsten Beispiel aus der Transportbranche von Oktober 2017 wurde im Anschluss

an das »Gesetz Fillion« im Jahr 2004 ebenfalls ein massiver Rückgriff auf die Sperrklauseln durch die Branche festgestellt) zeigt ferner, dass dieses Vertrauen nicht immer vorhanden ist.

Um das Vertrauen juristisch auszurüsten, fehlt ein wesentliches Element. Die Gestaltung des Arbeitsrechts um den sozialen Dialog im Unternehmen ist nur zielführend, wenn nicht nur die Verhandlungsfelder und Verhandlungsmodalitäten überprüft werden, sondern auch die Unternehmensführung! Obwohl das Ermächtigungsgesetz die Regierung dazu befugte, »die Bedingungen festzulegen, unter denen die Arbeitnehmervertreter in die Entscheidungen des Arbeitgebers in bestimmten Angelegenheiten besser eingebunden werden können«, sehen die »Rechtsverordnungen Macron« eine solche Überprüfung nicht vor. Zur Unternehmensführung schweigt der Text. Die Rechtsverordnungen enthalten nur gezielte Vetorechte (Berufsbildung/Gleichstellung von Männern und Frauen). Voraussetzung hierfür ist, dass der vereinheitlichten Arbeitnehmervertretung durch Mehrheitsentscheidung die Aufgabe zu verhandeln übertragen wurde. Dies dürfte selten der Fall sein. Selbst wenn ein Betriebsrat mittels Kollektivvereinbarung eingerichtet wird (werden die Gewerkschaftsdelegierten damit einverstanden sein, eine Kollektivvereinbarung zu unterzeichnen, die ihnen tatsächlich ihre Verhandlungsbefugnisse nimmt?), sind wir von einer Mitwirkung »à la française« weit entfernt.

20 Im Original: »La durée des CDD, les négociations obligatoires, les consultations récurrentes et ponctuelles, la détermination de la contribution aux activités sociales et culturelles du comité social et économique (CSE), la base de données économiques et sociales (BDES).«

21 Im Original: »Orientations stratégiques; situation économique et financière; politique sociale et conditions de travail et emploi.«

22 Der französische Gesetzeswortlaut: L'investissement social, l'investissement matériel et immatériel, l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes au sein de l'entreprise, les fonds propres, l'endettement, l'ensemble des éléments de la rémunération des salariés et dirigeants, les activités sociales et culturelles, la rémunération des financeurs, les flux financiers à destination de l'entreprise; Art. L2312-21 C. trav. nouv.

23 Anm.d.Übers.: Bereits im Jahr 2016 hatte die damalige Arbeitsministerin Myriam El Khomri einen Gesetzesentwurf à la Flexicurity française vorgelegt (ua. eine neue Definition der betriebsbedingten Kündigung). Die meisten Regelungen des El Khomri Gesetzes konnten aufgrund des heftigen Widerstands in der Öffentlichkeit jedoch nicht durchgesetzt werden.

24 Anm.d.Übers.: Die Reform des französischen Tarifrechts beruht auf einem Bericht des Vorsitzenden der arbeits- und sozialrechtlichen Abteilung des Conseil d'Etat Jean-Denis Combrexelle aus dem Jahr 2015. In diesem Bericht spricht sich Combrexelle ua. für eine Priorisierung der Unternehmenskollektivvereinbarung aus.

## II. Verstreute Bestimmungen

Die anderen Bestimmungen der Rechtsverordnungen fügen sich nicht in ein Modell, obwohl einige von ihnen, namentlich diejenigen, die sich auf die vereinheitlichte Arbeitnehmerinteressenvertretung beziehen, der Unternehmenskollektivvereinbarung den Vorrang einräumen.

### 1. Die sinnentleerten Gleichungen

»Einstellungsbremse und Abschreckung für ausländische Investoren in Frankreich – das Arbeitsrecht soll Unternehmen ungewisse und hohe Kosten verursachen!« Diese Auffassung ist weit verbreitet, auf ihr beruhen auch die meisten Bestimmungen zur Sicherung und Vorhersehbarkeit der Arbeitsbeziehungen. Zu den bedeutendsten gehören die Deckelung der Abfindungszahlungen und die Herabsenkung des Wertungsmaßstabes für die Kündigung aus wirtschaftlichen Gründen. Das Argument, Regulierung verursache Kosten (einschließlich der Regelungen zur Gesundheit und Sicherheit), kann leicht entkräftet werden, denn diese Kosten sind für das Unternehmen gleichzeitig nützlich (abgesicherte Arbeitnehmer sind produktiver) außerdem wirken sich Kostenüberlegungen in einem Bereich, in dem es um die physische und psychische Gesundheit einer Person geht, notwendigerweise negativ aus.<sup>25</sup>

#### a) Deckelung der Abfindungen

Seinerzeit von der »Loi Travail« aufgegeben, widmen sich nun die »Rechtsverordnungen Macron« der Deckelung von Abfindungen anhand von zwei Stufenmodellen – eines für Unternehmen mit elf oder mehr Arbeitnehmern, das andere für Unternehmen mit weniger als elf Arbeitnehmern.<sup>26</sup> Diese neuen Regelungen finden auf Kündigungen Anwendung, die nach der Veröffentlichung der Rechtsverordnungen im Amtsblatt am 23. September 2017 zugegangen sind. Sie revolutionieren die Ersatzansprüche bei Kündigung ohne tatsächlichen und schwerwiegenden Grund, indem sie die Abfindungen begrenzen und staffeln. Um die Probleme dieser Reform zu verstehen, müssen zwei Begründungen zur Deckelung der Abfindungen klar unterschieden werden. Die erste und am häufigsten vorgebrachte, betrifft die Vereinheitlichung der Abfindungen, die von einem Arbeitsgericht zum anderen, erheblich variieren können (eine Begründung, die im Übrigen auch herangezogen wird, um die Höhe der

festgelegten Abfindungen zu rechtfertigen, die sich nach dem Durchschnitt der ausgezahlten Abfindungen bei den Arbeitsgerichten richten).<sup>27</sup> Um dies zu erreichen ist die verbindliche Deckelung aber keineswegs erforderlich, vielmehr genügt ein Richtwert, wie ihn andere Bereiche des Rechts, so zB. die »Dintilhac Nomenklatur für Personenschäden« und seit einigen Jahren das Kündigungsrecht, heranziehen (siehe zuletzt die Dekrete vom 23.11.2016).<sup>28</sup> Das primäre Ziel der Staffelung scheint tatsächlich nicht in der Vereinheitlichung zu liegen, sondern in der Absicherung (es ist schwer vorstellbar, dass es tatsächlich um Vereinheitlichung geht, wenn sich ab dem 14. Dienstjahr die Spanne zwischen Untergrenze und Höchstgrenze theoretisch vervierfachen kann).<sup>29</sup> Die Begründung ist bekannt: Hätte der Arbeitgeber hinsichtlich der mit der Kündigung verbundenen Kosten (ob gerechtfertigt oder nicht) mehr Rechtssicherheit, würde das Unternehmen den potentiellen Arbeitnehmer eher einstellen. Die Kritik ist ebenfalls bekannt: Auch wenn es nachvollziehbar ist, dass der Arbeitgeber im Voraus die Abfindungskosten abschätzen möchte (die sich aus allen Kündigungen ergeben, bis auf die Kündigung wegen einer schwerwiegenden Verfehlung), so berechtigt ihn das nicht zur genauen Kenntnis der voraussichtlichen Abfindungskosten für eine ungerechtfertigte Kündigung, denn andernfalls würden derartige Rechtsverletzungen gefördert. Hinter der Idee der Sicherheit steckt auch der Wille den Einfluss des Richters zu beschränken, dies bestätigt sich durch die Verkürzung der Klagefrist von zwei auf ein Jahr (sie wird der Frist bei Kündigung aus wirtschaftlichen Gründen angeglichen).<sup>30</sup>

25 *Lyon-Caen*, Les ordonnances portent une profonde dévaluation sociale, *Le Monde* v. 2.10.2017, abrufbar unter [http://www.lemonde.fr/idees/article/2017/10/02/les-ordonnances-portent-une-profonde-devaluation-sociale\\_5194552\\_3232.html](http://www.lemonde.fr/idees/article/2017/10/02/les-ordonnances-portent-une-profonde-devaluation-sociale_5194552_3232.html) (2.2.2018).

26 Die Tabelle enthält nur spezifische Untergrenzen, dies ist wohl darauf zurückzuführen, dass die Festlegung einer spezifischen Höchstgrenze verfassungsrechtlich problematisch gewesen wäre; Cons. const., 5.8.2015 – déc. 2015-715 DC; Cons. const., 13.10.2016 – déc. 2016-582 QPC.

27 Vgl. hierzu die Arbeitsministerin in der Sendung *Cash investigation*, France 2, Di. 27.9.2017.

28 Décret, 23.11.2016 – n°2016-1581; Décret, 23.11.2016 – n° 2016-1582, aufgehoben aufgrund der neuen Staffelung.

29 Umgekehrt, ist bei einer zweijährigen Betriebszugehörigkeit die Spanne deutlich geringer: die Untergrenze beträgt drei Monate, die Obergrenze dreieinhalb Monate.

30 Diese Bestimmungen finden ab dem 23.9.2017 (Veröffentlichung der Rechtsverordnungen) auf laufende Klagefristen Anwendung, ohne dass die Gesamtdauer dazu führen darf, dass die Dauer der vorherigen Regelung überschritten wird (zwei Jahre).

Trotz aller Bemühungen ist es unwahrscheinlich, dass die erwartete Rechtssicherheit eintritt! Die Arbeitnehmer, die eine vollständige Entschädigung für ihren Verlust erhalten wollen – ein Prinzip, das der Kassationsgerichtshof gerade einem seiner Urteile zugrunde gelegt hat<sup>31</sup> –, werden vermutlich versuchen die Höchstgrenze zu umgehen. Dabei bieten sich zwei Möglichkeiten an: Entweder sie berufen sich auf die Nichtigkeit der Kündigung, die insbesondere in Fällen, die schwer zu bewerten (und damit unsicher) sind, wie Mobbing oder Verletzung anderer Grundfreiheiten zur Unanwendbarkeit der Vorschriften führt oder sie berufen sich auf andere Grundlagen, die möglicherweise zur Verlagerung des Rechtsstreits in Richtung ungerechtfertigter Kündigung (Fehler bei den Umständen des Abbruchs)<sup>32</sup> oder sogar zur Vertragsdurchführung führen, wobei sie von einer längeren Klagefrist als bei der Kündigung profitieren (zwei Jahre statt eines Jahres).

Einen wirklichen Umbruch scheint es umso weniger zu geben, als die Idee der Staffelung mit der Angst der Kleinunternehmen vor Einstellungen begründet wurde (deren Ressourcen stärker von Gerichtsverurteilungen betroffen sind als die der Großunternehmen), obwohl das Kündigungsverfahren seit dem Gesetz »Loi Travail« für diese Unternehmen bereits vereinfacht worden war (Möglichkeit der Kündigung wegen Auftragsrückgang in einem Quartal).

Selbst wenn im Gegenzug der gesetzliche Abfindungsanspruch für die ersten zehn Jahre um 25 % angehoben und zugleich die ununterbrochene Betriebszugehörigkeit<sup>33</sup> von einem Jahr auf acht Monate reduziert wurde, kann dies doch nicht als Ausgleich für die Staffelung und Begrenzung der Ansprüche angesehen werden, da beide Entschädigungen nicht den Ausgleich desselben Schadens bezwecken. Entgegen der bisherigen Rechtsprechung stellt die Rechtsverordnung eine Art Ausgleich zwischen diesen beiden Entschädigungen dar, »indem der Richter zur Bestimmung der Höhe [...] unter Umständen die Abfindung, die im Falle einer Kündigung ausbezahlt wird, berücksichtigt«.<sup>34</sup> Das ist ein wichtiges praktisches Problem in Bezug auf die gesetzlichen Abfindungsansprüche [die unter einem bestimmten Sozialplan (PSE) ausgezahlt werden], die, falls sie bedeutend sind, den Richter dazu verleiten könnten, sich an der Untergrenze der Tabelle zu orientieren.

#### b) Das Recht zur Kündigung aus wirtschaftlichen Gründen

Das Recht zur Kündigung aus wirtschaftlichen Gründen ist einerseits durch die Lockerung der Kündigungsrechts

und andererseits durch die Einführung neuer Instrumente, wie die kollektive Aufhebungsvereinbarung (*rupture conventionnelle collective*), stark verändert worden.<sup>35</sup>

*Lockerung des Kündigungsverfahrens* – Eine weitere bedeutende Maßnahme ist die räumliche Beschränkung des Wertungsmaßstabes für die Kündigung aus wirtschaftlichen Gründen auf Frankreich. Sie war in der endgültigen Fassung des »Loi Travail« nicht mehr enthalten, ist nun aber Gegenstand der »Rechtsverordnungen Macron«.<sup>36</sup> Das bedeutet, dass eine Konzerngesellschaft, die sich in Schwierigkeiten befindet, ihren Arbeitnehmern aus der französischen Konzerntochter nicht kündigen kann, wenn letztere profitabel ist. Umgekehrt hingegen kann eine sonst erfolgreiche Konzerngesellschaft bei Geschäftsverlusten in Frankreich Entlassungen in der hiesigen Tochtergesellschaft vornehmen. Diese nationale Verengung der Betrachtungsweise ist vor dem Hintergrund der Globalisierung paradox. So ist sie künstlich, denn die Wirtschafts- und Finanzdaten (die insbesondere notwendig sind, um die Wettbewerbsfähigkeit des Geschäftszweigs der Unternehmensgruppe zu bestimmen) der internationalen Konzerne sind nicht national begrenzt. Während sich das Argument der ausländischen Investoren durchgesetzt hat (internationale Konzerne würden aus Angst Arbeitnehmer französischer Tochtergesellschaften nicht kündigen zu können, nicht in Frankreich investieren)<sup>37</sup>, schweigt der Text hinsichtlich der Risiken durch die künstliche Schaffung wirtschaftlicher Schwierigkeiten in einzelnen Tochtergesellschaften (etwa durch Verschiebung von Kapital, durch unverhältnismäßige Verteilung

31 Cass. soc., 14.9.2017 – n°16-11.563.

32 Auch wenn die Rechtsverordnungen vorsehen, dass eine gewisse Anzahl von Unregelmäßigkeiten von der Höchstgrenze abgedeckt sind (Missachtung des Anhörungsverfahrens der Arbeitnehmervertretung, des Informationsverfahrens bei der zuständigen Behörde, fehlende Einrichtung eines Betriebsrates oder Personaldelegierter, Nichteinhaltung des Vorrangs der Wiedereinstellung), beziehen sich diese Ausnahmen nicht auf die Verpflichtungen aus dem allgemeinen Recht.

33 Anm.d.Übers.: Sie ist erforderlich, um einen Anspruch auf die gesetzliche Abfindung zu erhalten: Décret, 25.9.2017 – n°2017-1398, portant revalorisation de l'indemnité légale de licenciement.

34 Art. L. 1235-3 C. trav. nouv.

35 Fabre, SSL 2017, n°1784.

36 Die neue Regelung ist auf eingeleitete Kündigungsverfahren nach dem 23.9.2017 anwendbar.

37 Obwohl Chaperon titelte, »ausländische Investitionen in Frankreich so hoch wie seit 10 Jahren nicht mehr«, le Monde v. 22.3.2017, abrufbar unter [http://www.lemonde.fr/economie/article/2017/03/22/les-investissements-etrangers-en-france-au-plus-haut-depuis-dix-ans\\_5098796\\_3234.html](http://www.lemonde.fr/economie/article/2017/03/22/les-investissements-etrangers-en-france-au-plus-haut-depuis-dix-ans_5098796_3234.html) (2.2.2018).

der gemeinsamen Kosten, Kürzung der Mittel und strategische Entscheidungen etc.), wie sie auch explizit in der Folgenabschätzung und im Ermächtigungsgesetz genannt werden. Es bleibt daher nur ein Rückgriff auf die allgemeinen Betrugsmechanismen.<sup>38</sup>

Auch wenn der Text zur umstrittenen Definition der Berufskategorien keine Stellung bezieht, so flexibilisiert er doch das Kündigungsschutzsystem. Die Lockerung des Anwendungsgebiets der Kriterien des Kündigungsschutzsystems, die durch das »Gesetz Macron« vom 6. August 2015 eingeführt wurden, war bislang auf Unternehmen mit einem Arbeiterhaltungsplan (Sozialplan – »Plan de sauvegarde de l'emploi«) beschränkt. Nun können alle Unternehmen, die über 50 Arbeitnehmer beschäftigen, das Anwendungsgebiet dieser Kriterien durch eine Kollektivvereinbarung auf ein niedrigeres Niveau als für das Unternehmen beschränken (bspw. auf einzelne Betriebe). Falls eine solche Vereinbarung fehlt, kann die einseitige Festlegung des Niveaus nicht niedriger sein, als das Niveau in einem jeden Beschäftigungsgebiet<sup>39</sup>, in dem sich ein oder mehrere Betriebe des Unternehmens befinden, die vom Stellenabbau betroffen sind.

Es handelt sich de facto um längst bestehendes Recht (hier wurde die Rechtsprechung des Kassationsgerichtshofs ins Gesetz übernommen). Die Rechtsverordnungen definieren die Tätigkeitsbereiche der Unternehmensgruppe, indem sie auf ein Bündel von Indizien zurückgreifen. Der Tätigkeitsbereich wird insbesondere durch »die Art der Produkte, Waren oder Dienstleistungen, den Kundenstamm, die Vernetzung und die Vertriebsweisen, die sich auf denselben Markt beziehen«,<sup>40</sup> charakterisiert. Der Gesetzestext unterscheidet nach dem Land, in dem sich der Hauptsitz des Unternehmens befindet. Falls der Sitz in Frankreich ist, werden die Gruppen, die von diesem Unternehmen gegründet wurden, und die Tochtergesellschaften, die von ihm kontrolliert werden, berücksichtigt. Wenn sich der Hauptsitz im Ausland befindet, wird davon ausgegangen, dass die Unternehmensgruppe nur aus den in Frankreich befindlichen Unternehmen besteht.<sup>41</sup> Ebenso wurde die Definition der Unternehmensgruppe wortwörtlich übernommen. Demnach handelt es sich um Unternehmen, »deren Organisation, Tätigkeit oder Ort der Betriebsstätte, einen Austausch des ganzen oder eines Teils des Personals« ermöglicht. Die Frage der anderweitigen Beschäftigung (in Fällen der Kündigung aus wirtschaftlichen Gründen oder mangels Eignung), ist ebenfalls auf das nationale Hoheits-

gebiet beschränkt. Des Weiteren vereinheitlichen die Rechtsverordnungen die Definition von Konzern bzw. Unternehmensgruppe in Richtung Gesamtbetriebsrat. Dies hat zur Folge, dass die Verpflichtung zur anderweitigen Beschäftigung abnimmt, sie dürfte ferner Franchise-Netzwerke nicht mehr umfassen.<sup>42</sup> Schließlich müssen die Angebote zur anderweitigen Beschäftigung (für die Fälle der Kündigung aus wirtschaftlichen Gründen) nicht mehr individualisiert<sup>43</sup> werden, vielmehr können sie über Listen verteilt werden, was auf eine Verbreitung im Unternehmen über Intranet abzielt.

*Verhinderung einer Kündigung aus wirtschaftlichen Gründen* – Das Recht zur Kündigung aus wirtschaftlichen Gründen ist aber auch Gegenstand von Maßnahmen zu ihrer Verhinderung. Neben Vereinbarungen zur Wettbewerbsfähigkeit, deren Zweck allein darin besteht, das Kündigungsrecht aus wirtschaftlichen Gründen für »widerpenstige« Arbeitnehmer auszuschließen, wurden durch die Rechtsverordnungen der Fortbildungsurlaub (congés de mobilité) und die Pläne für das freiwillige Ausscheiden (PDV) (also diejenigen die eine Kündigung ausschließen, um die ihnen zugewiesenen Ziele in Bezug auf den Stellenabbau zu erreichen) unter den Begriff der kollektiven Aufhebungsvereinbarung zusammengefasst. Dieser muss einige Bedingungen erfüllen (Unterscheidungskriterien zwischen den Kandidaten, Maßnahmen für Neubeschäftigung bei einem Dritten (reclassement externe), Prüfungsbedingungen für Bewerber, Bedingungen die der Arbeitnehmer erfüllen muss um von der PDV zu profitieren etc.) und bedarf der Genehmigung durch die zuständige Aufsichtsbehörde. Trotz dieser Schutzmaßnahmen und des Umstandes, dass es besser ist, freiwillig zu gehen, als gekündigt zu werden, birgt diese Art von Aufhebung einige Risiken: vorgetäuschte Beschäftigungsmaßnahmen, getarnter Arbeitsplatzhaltungsplan, gezielter Rück-/Austritt älterer Arbeitnehmer oder aber auch eine dem Arbeitsplatzhaltungsplan vorausgehende Aufhebungsvereinbarung, die von den Arbeitnehmern angenommen wird, obwohl ein

38 *Tourneaux*, lexbase, Hebdo édition sociale 2017, n°712.

39 Anm.d.Übers.: Beschäftigungsgebiete können unter: <https://www.insee.fr/fr/statistiques/2534458> (2.2.2018) eingesehen werden.

40 Art. L. 1233-3 C. trav. nouv.

41 Ebd.

42 Cass. soc., 15.1.2014 – n°12- 22.944.

43 Contra Cass. soc., 26.9.2006 – n°05-43.841.

günstigerer Sozialplan auf diejenigen wartet, die erst in der zweiten Welle gehen werden!

Auch wenn davon auszugehen ist, dass, wie beim individuellen Aufhebungsvertrag die zuständige Aufsichtsbehörde Anweisungen bekommt solche Vorgehensweise für ungültig zu erklären,<sup>44</sup> ist nicht klar, wie sie auf Grundlage einer einzigen Kollektivvereinbarung diese Art von Praktiken sanktionieren möchte, die sich größtenteils in der Phase der Durchführung der Kollektivvereinbarung und in der Phase des Abschlusses von Aufhebungsverträgen zeigen. Die Rechtsverordnungen sehen auch keine Wartezeit zwischen dem Abschluss eines Aufhebungsvertrages und einem eventuellen Plan über spätere Kündigungen vor (eine Frist kann in der Kollektivvereinbarung bestimmt werden). Ein anderer Weg könnte darin liegen, die Befreiung von der Steuer- und Sozialabgabenlast (diese befinden sich nicht in der finalen Rechtsverordnung, sind aber im Gesetz zu Finanzierung der Sozialversicherung bereits angekündigt) davon abhängig zu machen, dass innerhalb einer Frist von bspw. zwölf Monaten nach Genehmigung der Vereinbarung durch die zuständige Aufsichtsbehörde (Direccte) kein Sozialplan erstellt wird oder innerhalb einer bestimmten Frist die Überprüfung der Anwendung der Vereinbarung erfolgt (die sicherstellen würde, dass es nicht nur darum geht ältere Arbeitnehmer zum Rück-/Austritt zu bewegen).

Was den letztgenannten Punkt betrifft, ist anzumerken, dass sich dieses Verfahren – auch wenn die Rechtsverordnungen in ihrer letzten Fassung den Begriff Aufhebungsvertrag verwenden – vom Verfahren für den individuellen Aufhebungsvertrag deutlich unterscheidet (Gespräch, Rücktrittsfrist, administrative Zulassung). Die Verpflichtung zur Unterrichtung und Anhörung des Sozial- und Wirtschaftsausschusses<sup>45</sup> wurde zugunsten einer einfachen Mitteilung ersetzt. Ferner war in den Verordnungsentwürfen zunächst vorgesehen, dass die Vereinbarung Voraussetzungen für eine Meinungsänderung des Arbeitnehmers vorsieht (Rücktrittsrecht). In den Rechtsverordnungen hat der Gesetzgeber hiervon jedoch Abstand genommen.

## 2. Die unmögliche Vereinfachung

Im Gegensatz zu den Diskussionen um die Rechtsverordnungen, ist die Idee der Vereinfachung in den Debatten zur »Loi Travail« ein zentraler Punkt. Sie ist ausdrücklich im

Ermächtigungsgesetz enthalten, um die Schaffung eines einheitlichen Organs der Arbeitnehmerinteressenvertretung, die Änderung der Vorschriften betreffend das Geschäftskonto für Prävention (früher für Belastungen)<sup>46</sup> oder auch die neue Einführung von Vereinbarungen zur Wettbewerbsfähigkeit zu rechtfertigen. Zwei wichtige Maßnahmen der »Reform Macron« verdienen besondere Aufmerksamkeit.

### a) Kündigungsschreiben

Ziel der ersten Maßnahme ist die Vereinfachung des Kündigungsverfahrens für Kleinunternehmen. Gerade diese Gruppe stößt mangels eigener juristischer Ressourcen auf Schwierigkeiten bei der Anwendung des Arbeitsrechts. Darauf einzugehen ist legitim, dabei sollten allerdings zwei Imperative gelten: Einerseits dürfen keine zu hohen Schwellenwerte geschaffen werden, andererseits darf auch kein Unterarbeitsrecht für Arbeitnehmer aus Kleinunternehmen entstehen. Auch wenn der Schutz und die Unterstützung von Kleinunternehmen unabdingbar sind, ist die Gefahr nicht bloß theoretischer Natur. Kleinunternehmer haben es ohnehin schwer die auf dem Arbeitsmarkt umworbenen Arbeitnehmer für sich zu gewinnen, der rechtliche Rahmen sollte diese daher nicht noch mehr von Kleinunternehmen abbringen und zusätzlich in ihrem Interesse für größere Unternehmensstrukturen bestärken. Vor allem Anforderungen an das Kündigungsschreiben empfinden Kleinunternehmer als Hindernis. Es ist nicht schwierig, sich in die Lage desjenigen hineinzusetzen, der in guter Absicht bei der Abfassung seines Schreibens Formfehler begeht und sich, trotz ernsthafter Beanstandungen gegen den Arbeitnehmer, mit den Folgen einer Kündigung ohne tatsächlichen oder schwerwiegenden Grund konfrontiert sieht, wie es tatsächlich oft der Fall ist.

Angesichts dieser Problematik sind zwei Lösungswege möglich. Der erste, der aus unserer Sicht Priorität haben

44 Instruction Direction Générale du Travail n°02 v. 23.3.2010.

45 Wenn ausdrücklich vorgesehen ist, dass die Beratungen über Themen zur Umstrukturierung und Beschäftigungsabbau nicht erfasst werden (L. 2312-39 C. trav. nouv.), stellt sich die Frage, ob eine Pflicht zur Beratung über die allgemeine Unternehmensführung besteht.

46 Sechs berufsbedingte Risiken sind nun Gegenstand der Erklärungsverpflichtung des Arbeitgebers, zuvor waren es zehn: anstrengende Körperhaltung, manuelle Handhabung von Lasten, mechanische Schwingungen und gefährliche chemische Arbeitsstoffe, dessen Schätzung als besonders komplex eingestuft wurde und gesondert geregelt wird.

sollte, besteht darin, den Akzent auf den Zugang zum Recht zu setzen, damit jene Unternehmer auf die Rechtsquellen zurückgreifen können, die für eine ordnungsgemäße Anwendung des Arbeitsrechts erforderlich sind. In diesem Sinne ist für 2020 ein digitales Arbeitsgesetzbuch, dessen Inhalt bislang unklar ist, geplant. Ein solches Instrument wird eine Rechtsberatung beim Anwalt nicht ersetzen, wenn man davon ausgeht, dass ein allgemeinverständliches Arbeitsgesetzbuch unrealistisch ist! Was für das Arbeitsgesetzbuch gilt, gilt auch für die Kollektivvereinbarung, insbesondere für die Ausarbeitung der Vereinbarungsentwürfe in Kleinunternehmen.<sup>47</sup>

Der zweite Weg besteht darin, die Rechtsvorschriften anzupassen, entweder indem sie einfacher gestaltet werden (was meistens vergeblich ist) oder indem ein »Recht auf Fehler« eingeräumt wird. Beim Kündigungsschreiben hat man sich für letzteres entschieden. Arbeitgeber, die bei der Abfassung eines Kündigungsschreibens Formfehler begehen, können diese nun auf eigene Initiative noch nachträglich berichtigen (Ein Dekret wird wahrscheinlich eine Frist für die Berichtigung festlegen; es ist schwer vorstellbar, dass der Arbeitgeber Fehler noch im Arbeitsgerichtsverfahren berichtigen darf, nachdem er die Verteidigungsmittel des Arbeitnehmers bereits kennt). Der Arbeitnehmer kann auch die Initiative ergreifen und seinen Arbeitgeber auffordern, das Kündigungsschreiben wieder zurückzunehmen und falls das zweite Schreiben immer noch nicht ordentlich begründet ist, wird der Arbeitgeber mit der Unbegründetheit der Kündigung sanktioniert. Falls hingegen der Arbeitnehmer dem Arbeitgeber keine zweite Chance einräumt, wird der Fehler nur als klassischer Formfehler bewertet (mit maximal einem Monatsgehalt sanktioniert).<sup>48</sup>

Es ist darauf hinzuweisen, dass die Rechtsverordnungen auf zwei weitere Urteile Bezug nehmen, im ersten Fall werden Verfahrensfehler (zB. Anhörung einer Disziplinarkommission) mit der Unbegründetheit der Kündigung sanktioniert; im anderen Fall wird der Arbeitgeber daran gehindert, sich auf andere Gründe zu berufen, wenn einer von ihnen mit Nichtigkeit sanktioniert wurde.<sup>49</sup> Die Nichtigkeit gilt nach wie vor, allerdings kann der Richter nun die Beanstandungen insgesamt untersuchen und diese im Rahmen der Festsetzung der Abfindungssumme an den Arbeitnehmer berücksichtigen. Die praktischen Herausforderungen waren anfänglich sehr groß, da in den Verordnungsentwürfen vorgesehen war, dass der Arbeitgeber

sein Schreiben »berichtigen« oder »ergänzen« kann, wodurch die Möglichkeit bestand, neue Gründe hinzuzufügen. Es bleibt nur noch das Wort »berichtigen«, womit dies ausgeschlossen scheint.

Selbst wenn der beabsichtigte Zweck legitim scheint, kann eine Lösung kaum überzeugen, die zum einen, obwohl offensichtlich für Kleinunternehmen bestimmt, tatsächlich in jedem Unternehmen Anwendung findet und die zum anderen nur begrenzte Wirkung haben wird, wenn Arbeitnehmer stets vom Arbeitgeber Berichtigung fordern, um hiervon zu profitieren. Dies gilt umso mehr, als neue Rechtsunsicherheit entsteht, wo sich Rechtsklarheit um das Kündigungsschreiben gerade entwickelt hatte: Nach welchen Kriterien soll bestimmt werden, ob der Arbeitgeber sein Schreiben »berichtigt« oder »ergänzt« hat? Falls das erste Schreiben nach derzeitiger Rechtsprechung bestimmt genug ist, kann der Arbeitnehmer dennoch nach neuem Recht Berichtigung verlangen? etc. Wäre es nicht besser gewesen, statt ein »Recht auf Fehler« zu schaffen, alles daran zu setzen, dass das erste Schreiben ordnungsgemäß ist und dazu für einen gewissen Zeitraum mit Mustern für Kündigungsschreiben zu experimentieren, die von den Rechtsverordnungen vorgesehen sind?

## b) Einheitliches Organ der

### Arbeitnehmerinteressenvertretung

Die zweite wichtige Maßnahme, die dem Ziel der Vereinfachung dienen soll, ist das neue einheitliche Organ der Arbeitnehmerinteressenvertretung: eine kleine Revolution in der juristischen Landschaft des französischen Rechts. Personaldelegierte, Betriebsrat sowie Hygiene-, Sicherheits- und Arbeitsbedingungsausschuss (CHSCT) werden zu einem Sozial- und Wirtschaftsausschuss zusammengelegt (CSE). Seit Jahren wird diese Maßnahme diskutiert, mit dem »Gesetz Rebsamen« im Jahr 2015 wurde der Grundstein gelegt. Mit ihm wurde die Möglichkeit geschaffen die Organe durch einen Mehrheitsbeschluss in Unternehmen mit mindestens 300 Arbeitnehmern zusammenzufassen. Die »Rechtsverordnungen Macron« gehen einen Schritt

<sup>47</sup> Es ist anzunehmen, dass solche Vereinbarungen sich auch parallel auf Branchenebene entwickeln werden (Art. L2261-23-1 C. trav.).

<sup>48</sup> Die neuen Regelungen betreffend die Begründung der Kündigung finden erst mit Veröffentlichung des Dekrets, spätestens aber zum 1.1.2018, Anwendung.

<sup>49</sup> Cass. soc., 8. 2.2017 – n°15-28085.



weiter und verpflichten zur Einführung einer einzigen Arbeitnehmerinteressenvertretung. Eine Kollektivvereinbarung mit Mehrheitsbeschluss ist nun nicht mehr erforderlich, es sei denn, die Vorrechte der Kollektivverhandlung sollen auf die einzige Arbeitnehmerinteressenvertretung übertragen werden, die in diesem Fall zu einem Betriebsrat wird.

Die erste Folge des Zusammenschlusses war das Verschwinden der CHSCT, deren Aufgaben grundsätzlich auf die einzige Arbeitnehmerinteressenvertretung und in Unternehmen mit mehr als 300 Arbeitnehmern auf die Gesundheits-, Sicherheits- und Arbeitsbedingungskommission übertragen wurden. In Unternehmen mit weniger als 300 Arbeitnehmern kann die Arbeitsinspektion die Errichtung einer solchen Kommission verlangen, was für die in Art. L. 4521-1 Code du Travail genannten Unternehmen verpflichtend ist (Betriebe mit Nuklearanlage oder Unternehmen, die gefährliche Produkte verarbeiten). Diese Änderung wird auch in Hinblick auf eine solche Kommission Bedeutung erlangen, da mit dem Verlust der Selbstständigkeit der CHSCT, diese sich aus den Mitgliedern des Sozial- und Wirtschaftsausschusses zusammensetzt, der als einzige juristische Person rechtliche Schritte einleiten und Expertisen in Auftrag geben kann.

Das Prinzip des Zusammenschlusses wird sogar unter dem Aspekt der Gesundheit und der Sicherheit diskutiert. Auf der einen Seite kann es als sachdienlich angesehen werden, Fragen (wie die Schaffung einer Produktionskette oder eines Standortwechsels) auf globaler Ebene zu behandeln, auf der anderen Seite wird der Zusammenschluss dazu führen, Gesundheits- und Sicherheitsthemen mit wirtschaftlichen bzw. finanziellen Aspekten zu verwässern.<sup>50</sup> Weil es schwer vorstellbar ist, dass Gesundheits- und Sicherheitsfragen nebenher bewältigt werden, ist vorgesehen, dass die Sozialpartner die Zeitabstände der Sitzungen der einzigen Arbeitnehmerinteressenvertretung durch Vereinbarung zwar frei bestimmen können, dabei aber verpflichtet sind, in mindestens vier Sitzungen pro Jahr Fragen aus dem Zuständigkeitsbereich der Kommission für Gesundheit, Sicherheit und Arbeitsbedingungen zu behandeln.

Eine weitere wichtige Änderung ist die Aufteilung der Kosten für die Expertise, die bisher vollständig vom Arbeitgeber bezahlt wurde! Vorbehaltlich einer bestimmten Anzahl von Beratungen (über die wirtschaftliche und

finanzielle Lage des Unternehmens; über die Sozialpolitik des Unternehmens; über Massentlassung aus wirtschaftlichen Gründen; über bestimmte Risiken ua. über Berufskrankheiten) übernimmt die einzige Arbeitnehmerinteressenvertretung (CSE) 20 % der Kosten für die Expertise, unter der Voraussetzung, dass es sich um ein wichtiges Projekt handelt, welches Einfluss auf die Gesundheits-, Sicherheits- oder Arbeitsbedingungen hat. In Anbetracht der Kosten, die eine solche Expertise mit sich bringt, kann bereits eine solche Mitfinanzierung in kleinen und mittleren Unternehmen zu Problemen führen. Eine Beteiligung von 20 % könnte für sie nicht tragbar sein oder ihren Haushalt stark belasten. Für die Bestimmung der Bemessungsgrundlage ist zu berücksichtigen, dass die Abfindungsansprüche im Falle der Kündigung eines unbefristeten Arbeitsvertrages nicht mehr dem Konto 641 (Steuerkonto) entnommen werden können (zu erinnern ist an die Kritik, wonach die Einbeziehung dieser Abfindungen den Ausschuss durch die Kündigungen von Arbeitnehmern bereichern würde). Der Betriebskostenzuschuss wurde in Unternehmen mit mehr als 2.000 Arbeitnehmern (von 0,20 auf 0,22 %) erhöht. Es ist nun möglich den ganzen oder einen Teil der Jahresüberschüsse vom Budget zur Sicherung der Funktionsfähigkeit auf das Budget zur Finanzierung sozialer und kultureller Tätigkeiten zu übertragen und umgekehrt. Es ist zu hoffen, dass dies den Ausschuss nicht dazu verleitet, seine wirtschaftlichen Aufgaben zugunsten sozialer und kultureller Betätigungen zu vernachlässigen, was bisweilen den unmittelbaren Wünschen der Arbeitnehmer entspricht.

Die Änderungen, die durch die Rechtsverordnung in Hinblick auf die einzige Arbeitnehmerinteressenvertretung eingeführt wurden, werden die Personaldirektionen zweifellos noch Monate lang beschäftigen, auch wenn sicherlich einige von ihnen sehr schnell umgesetzt werden können (wobei die Übergangsbestimmungen wichtige Verlängerungsmöglichkeiten vorsehen, auch durch eine einseitige Entscheidung)! Es gibt auch auf Seiten der Arbeitnehmervertreter einige Bedenken, insbesondere in großen Unternehmen mit verschiedenen Niederlassungen und wahrscheinlich einer großen Zahl an Mandaten insbesondere

<sup>50</sup> Baumgarten et al., *Droit ouvrier* 2017, 529, 529.

von Personaldelegierten (es ist sehr wahrscheinlich, dass die neuen, durch Vereinbarung eingesetzten Lokalvertreter nicht in gleicher Anzahl vertreten sein werden), die aufgrund des Zusammenschlusses verschwinden werden.

Unabhängig davon, ob die Rechtsverordnungen auf Zustimmung stoßen oder nicht, wird es sicherlich viel Zeit in Anspruch nehmen, die Änderungen durch die Rechtsverordnungen zu verinnerlichen und die vielen Unsicherheiten zu überwinden, die eine Reform dieser Größenordnung nach sich zieht (was bedeutet »mindestens gleichwertige«? Inwieweit kann der Arbeitgeber sein Kündigungsschreiben »berichtigen«? Welche Grenzen gibt es für die Bestimmung des nationalen Anwendungs-

bereichs der Kündigung aus wirtschaftlichen Gründen? Welche Grenzen gibt es zwischen Sozialplan und Beendigung des Arbeitsverhältnisses durch kollektive Aufhebungsvereinbarung etc.). Die neue Arbeitsreform kann entweder als Grundstein der französischen Flexicurity oder als Eingliederung des Arbeitsrechts in ein sich wandelndes Unternehmensrecht angesehen werden. Ein Recht, welches sich ganz der Funktionsfähigkeit des Unternehmens verschreibt, schließt nicht aus, dass zugleich auch Interessen der Arbeitnehmer berücksichtigt werden, aber der Imperativ des Schutzes, welcher stets der Grundpfeiler des Arbeitsrechts war, rückt dadurch deutlich in den Hintergrund.

# International law as a stimulus for developing social rights in the case-law of the ECJ\*

*Ninon Colneric, Former judge of the Court of Justice of the European Communities, Luxembourg*

## I. Introduction

In the preamble of the Treaty establishing the European Economic Community (»EEC«) in 1957, the »constant improvement of the living and working conditions« of the people of the Community was stated to be its »essential objective«. However, it was envisaged that this would be achieved principally through the liberalisation of trade and economic mobility. Only little by little the Community acquired specific legislative competences in the field of social policy that went beyond the domain of free movement of labour. But as early as 1959, the EEC concluded an agreement on cooperation with the International Labour Organisation (ILO).<sup>1</sup>

ILO conventions and other international agreements have considerably stimulated the development of social rights at the level of Community and EU legislation. Some of them have even found their way into primary law. The landmark judgments of the European Court of Justice<sup>2</sup> (»ECJ«) on fundamental human rights laid the foundations for this.<sup>3</sup>

Not long ago the European Union itself became a participant of a convention on social rights, namely the United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities<sup>4</sup> (»Disabilities Convention«). This convention prevails over acts of the European Union.<sup>5</sup>

In the early days, the legislative acts of the Community did not show that they were inspired by international law. Thus, neither the Equal Pay Directive 75/117<sup>6</sup> nor the Equal Treatment Directive 76/207<sup>7</sup> referred to the ILO conventions Nos. 100 concerning equal remuneration for men and women workers for work of equal value<sup>8</sup> and 111 concerning discrimination in respect of employment and occupation<sup>9</sup>, which were their precursors. After the adoption of the Community Charter of Fundamental Social Rights<sup>10</sup>, the recitals of numerous directives referred to this charter and thus indirectly to ILO conventions or the European Social Charter, which had inspired it.<sup>11</sup> Sometimes, there is a direct referral to an international agreement in the recitals of a directive.<sup>12</sup>

This brief survey shows that the link between international agreements and Community law or EU law is not uniform. The strength of the connection differs, and there are also different degrees of visibility.

\* This article has been adapted from a speech at the Conference of the Hugo Sinzheimer Institut für Arbeitsrecht (HIS) and the Institut für Arbeitsrecht und Arbeitsbeziehungen in der Europäischen Union (IAAEU) under the topic »Social Pillar« – Social Europe? – International Labour law as a stimulus for better social integration – aspirations and reality, held at the ERA Congress Centre on 22 September 2017.

1 OJ 1959, 521/59. The agreement provided for mutual consultation, exchange of information and technical assistance by the International Labour Organisation. See also Exchange of letters between the Commission of the European Communities and the International Labour Organization – 2001/C 156/03 – OJ 2001, C 156/5.

2 I shall use this term to designate the Court of Justice of the European Communities and the Court of Justice of the European Union.

3 In 1969, the ECJ held in ECJ, 12 November 1969 – 29/69 – ECR 1969, 419 (Stauder), para. 7, that the fundamental human rights are enshrined in the general principles of Community law and protected by the Court. Five years later, in ECJ, 14 May 1974 – C 4/73 – ECR 1974, 491 (Nold), para. 13, the Court explained its approach as follows: »In safeguarding these rights, the Court is bound to draw inspiration from constitutional traditions common to the Member States, [...]. Similarly, international treaties for the protection of human rights on which the Member States have collaborated or of which they are signatories, can supply guidelines which should be followed within the framework of Community law.« The constitutional traditions common to the Member States were already mentioned in ECJ, 17 December 1970 – 11/70 – ECR 1970, 1125 (Internationale Handelsgesellschaft), para. 4.

4 Concluded 12 December 2006, UNTS Registration No 44910. It was approved by Council Decision 2010/48/EC of 26 November 2009, OJ 2010, L 23/35. The European Union became a participant of that convention with effect of 20 January 2011.

5 Where international agreements are concluded by the European Union, they prevail over acts of the European Union. Instruments of secondary law must as far as possible be interpreted in a manner that is consistent with those agreements (Joined Cases ECJ, 11.4.2013 – C 355/11 and C 337/11 – NZA 2013, 553 (HK Danmark), para. 28 and 29).

6 Council Directive 75/117/EEC of 10 February 1975 on the approximation of the laws of the Member States relating to the application of the principle of equal pay for men and women, OJ 1975, L 45/19.

7 Council Directive 76/207/EEC of 9 February 1976 on the implementation of the principle of equal treatment for men and women as regards access to employment, vocational training and promotion, and working conditions, OJ 1976, L 39/40.

8 Adopted 29 June 1951, UNTC Registration Number 2181.

9 Adopted 25 June 1958, UNTS Registration Number 5181.

10 Social Europe 1/90, p. 45.

11 See the preamble of the Community Charter of Fundamental Social Rights.

12 An example is Directive 1999/95/EC of the European Parliament and of the Council of 13 December 1999 concerning enforcement in respect of seafarers' hours of work on board of ships calling at Community ports, OJ 2000, L 14/29. Its recitals refer to ILO Convention No. 180 concerning Seafarers' Hours of Work and Manning of Ships and the Protocol to ILO Convention No. 147.

In the following, I shall first give you examples of how, within this legal framework, the ECJ made use of international agreements in order to develop social rights. In the second part of my contribution, I shall present some ideas about how international law might be used as a stimulus for developing social rights in the future case-law of the ECJ.

## II. International law as a stimulus for developing social rights – Past case-law of the ECJ

Developing social rights is not limited to the introduction of so far unknown social rights. This concept, as I understand it, also comprises clarification of the contents and effects of social rights in a way that strengthens them. The cases which I shall present come within the latter category. I shall start with cases where the link with international law is strong and visible. Then I shall go down the scale, ending with cases where one might ask whether there was any impact of international law at all.

### 1. References to international law in primary law

Recently, the ECJ had to deal with a reference for a preliminary ruling that concerned national legislation prohibiting the combining of a public-sector retirement pension with income from activities carried out in public institutions if the amount of the pension exceeds a certain threshold. In this context, the Court had to determine the scope of the fundamental right to peaceful enjoyment of property enshrined in Article 17 of the Charter of Fundamental Rights of the European Union. Applying the rule requiring interpretation of the charter in conformity with the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms<sup>13</sup> (»European Convention on Human Rights«), the ECJ referred to Article 1 of Protocol No. 1 to that convention, as interpreted by the European Court of Human Rights. The ECJ held that the rights resulting from the payment of contributions to a social security scheme constitute rights of property for the purposes of that article and thus also for those of Article 17 of the Charter.<sup>14</sup>

Repeatedly, the ECJ used the fact that Article 136 of the EC Treaty referred to the European Social Charter as a tool to strengthen social rights.

This charter includes the right for all workers to a »fair remuneration sufficient for a decent standard of living for themselves and their families«. The Court concluded that the clauses on non-discrimination of the framework agreements on fixed-term work and on part-time work, annexed to the directives on these matters, must be interpreted as articulating a principle of Community social law which cannot be interpreted restrictively.<sup>15</sup>

In a case concerning the right to maternity leave, the Court quoted the provision of the European Social Charter covering maternity leave and inferred that the right to maternity leave granted to pregnant workers must be regarded as a particularly important mechanism of protection under employment law.<sup>16</sup>

### 2. The United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities

As far as discrimination based on disability is concerned, the Disabilities Convention became an important tool for interpreting Directive 2000/78/EC establishing a general framework for equal treatment in employment and occupation<sup>17</sup> (»Framework Directive«).

Already before the Disabilities Convention existed, the Court had to define the concept of disability within the meaning of the Framework Directive. In Case *Chacón Navas*<sup>18</sup>, the Court held that the concept must be understood as referring to a limitation which results in particular from physical, mental or psychological impairments and which hinders the participation of the person concerned in professional life and will probably last for a long time.<sup>19</sup> The source of inspiration for this definition was the International Classification of Functioning, Disability and Health of the World Health Organization.

<sup>13</sup> Article 52, para. 3.

<sup>14</sup> ECJ, 13 June 2017 – C 258/14 – OJ 2017, C 277/2 (Florescu et al), para. 49-50.

<sup>15</sup> ECJ, 15 April 2008 – C 268/06 – ECR 2008, I-2483 (Impact), para. 113–114, and joined Cases ECJ, 28 July 2008 – C 395/08 and C 396/08 – ECR 2008, 677 (Bruno et al and Lotti et al), para. 31–32.

<sup>16</sup> ECJ, 20 September 2007 – C 116/06 – ECR 2007, I-7634 (Kiiski), para. 48-49.

<sup>17</sup> Council Directive 2000/78/EC of 27 November 2000 establishing a general framework for equal treatment in employment and occupation, OJ 2000, L 303/16.

<sup>18</sup> ECJ, 11 July 2006 – C 13/05 – ECR 2006, I-6467 (Chacón Navas).

<sup>19</sup> Para. 43 and 45.

After the European Union had joined the Disabilities Convention, the Court defined the concept of disability as referring to a limitation which results in particular from long-term physical, mental or psychological impairments which in interaction with various barriers may hinder the full and effective participation of the person concerned in professional life on an equal basis with other workers. It motivated this modification with recital (e) and the second paragraph of Article 1 of the Disabilities Convention.<sup>20</sup>

The modified definition means social progress in two respects: On the one hand, the aspect of participation is strengthened. Full and effective participation on an equal basis is the underlying ideal. On the other hand, it is sufficient that the impairment is potentially hindering. Based on this broad definition, the Court held, eg. that, depending on the circumstances of the case, obesity of a worker can constitute a disability.<sup>21</sup>

The Court also drew directly on the Disabilities Convention in order to interpret the concept of »reasonable accommodation for disabled people« within the meaning of Article 5 of the Framework Directive. The problem the Court had to solve was whether a reduction in working hours may constitute one of the accommodation measures referred to in that article. The Court inferred from the definition of »reasonable accommodation« contained in the Disabilities Convention that a broad definition of the concept is required.<sup>22</sup> Accordingly, a reduction of working hours may constitute one of the accommodation measures referred to in Article 5 of the Framework Directive.

Likewise, the Court relied on the Disabilities Convention<sup>23</sup> for interpreting Article 7 of the Framework Directive, headed »Positive Action«. It adduced the convention in support of the view that the purpose of this article is to achieve substantive, rather than formal, equality.<sup>24</sup>

### 3. References to international law in secondary law

Where acts of secondary law refer to international agreements in their recitals, the ECJ sometimes uses these agreements in a way that strengthens social rights.

Thus, in its recent rulings about wearing an Islamic headscarf at work, the ECJ built on the reference to the European Convention on Human Rights in the recitals of the Framework Directive<sup>25</sup> when defining the term »religion« within the meaning of that directive. Proceeding from Article 9 of the European Convention on Human Rights, the Court arrived at the conclusion that the concept of »religion« in Article 1 of the Framework Directive should be interpreted as covering both the *forum internum*, that is the fact of having a belief, and the *forum externum*, that is the manifestation of religious faith in public.<sup>26</sup>

The Working Time Directive 2003/88/EC<sup>27</sup> refers to the »principles of the International Labour Organisation with regard to the organisation of working time« in its 6<sup>th</sup> recital. In the light of this, the Court used ILO Convention No. 132 concerning annual holidays with pay<sup>28</sup> as an element for interpreting the directive. In Case Schultz-Hoff<sup>29</sup>, it drew the following conclusion: With regard to workers on sick leave which has been duly granted, the right to paid annual leave conferred by Directive 2003/88/EC cannot be made subject by a Member State to a condition concerning the obligation actually to have worked during the leave year.<sup>30</sup> The starting point of its reasoning was a provision of ILO Convention No. 132 which said that absence from work for illness shall be counted as part of the period of service.<sup>31, 32</sup>

The Court also drew directly on the Disabilities Convention in order to interpret the concept of »reasonable accommodation for disabled people« within the meaning of Article 5 of the Framework Directive. The problem the Court had to solve was whether a reduction in working hours may constitute one of the accommodation measures referred to in that article. The Court inferred from the definition of »reasonable accommodation« contained in the Disabilities Convention that a broad definition of the concept is required.<sup>22</sup> Accordingly, a reduction of working hours may constitute one of the accommodation measures referred to in Article 5 of the Framework Directive.

20 Joined Cases ECJ, 11. April 2013 – C 355/11 and C 337/11 – NZA 2013, 553 (HK Danmark), para. 37–39.

21 ECJ, 18 Dezember 2014 – C 354/13 – OJ 2011, C 65/7 (FOA). For the limits of this definition of disability see ECJ, 18 March 2014 – C 363/12 – OJ C 311/5 (Z.), para. 80–81, concerning a woman's inability to bear her own child.

22 Joined Cases, ECJ, 11.4.2013 – C 355/11 and C 337/11 – NZA 2013, 553 (HK Danmark), para. 53.

23 Article 27 para. 1 lit. h.

24 ECJ, 9. March 2017 – C 406/15 – OJ 2017, C 144/7 (Milkova), para. 47–49.

25 Its fourth recital contains a long list of international instruments to support the statement that the right of all persons to equality before the law and protection against discrimination constitutes a universal right.

26 ECJ, 14 March 2017 – C-157/15 – OJ 2017, C 151/3 (Achbita), para. 25–28, and ECJ, 14 March 2017 – C-188/15 – OJ 2017, C 151/4 (Bougnanou), para. 27–30.

27 Directive 2003/88/EC of the European Parliament and of the Council of 4 November 2003 concerning certain aspects of the organisation of working time, OJ 2003, L 299/9.

28 Revised 1970, adopted 24 June 1970, UNTC Registration Number 12658.

29 ECJ, 20 January 2009 – C-350/06 – ECR 2009, I-179 (Schultz-Hoff).

30 Para. 41.

31 Para. 38. See also ECJ, 19 September 2013 – C-579/12 RX-II – OJ 2013, C 344/36 (Commission v Strack).

32 In ECJ, 22 September 2011 – C-314/10 – OJ 2011, C 25/22 (KHS), the right to paid annual leave in the event of long-term illness was again at stake, and again the Court used ILO Convention No. 132 to solve a problem of interpretation. However, this case can hardly be considered as one where social rights were strengthened.

#### 4. Links with international law exposed in a ruling

Occasionally, the Court referred to international agreements in order to further social rights although the applicable Community law did not mention them.

Early examples are Cases *Defrenne II*<sup>33</sup> and *Defrenne III*<sup>34</sup>, where the Court cited ILO Conventions Nos. 100 and 111, respectively, as well as, in the latter case, the European Social Charter.

More recently, in Case *K.B.*, the ECJ referred to the right of transsexuals to marry under Article 12 of the European Convention on Human Rights when it determined the scope of the principle of equal pay for male and female workers with respect to a survivor's pension payable solely to a surviving spouse.<sup>35</sup>

In Case *Blaizot*, the central question was whether a Member State could charge students from other Community countries with higher enrolment fees than its own nationals. The answer depended on whether university education constitutes vocational training and thus falls within the scope of the EEC Treaty and its prohibition of discrimination on grounds of nationality. The Court answered the question in the affirmative. One of the reasons given for this interpretation was that Article 10 of the European Social Charter, to which most of the Member States were contracting parties, treats university education as a type of vocational training.<sup>36</sup>

A particularly remarkable example of citing international agreements not mentioned in Community law is Case *Khalil*<sup>37</sup>. The Court was asked whether the inclusion of stateless persons and refugees within the personal scope of Regulation No. 1408/71 on the application of social security schemes to employed persons, to self-employed persons and to members of their families moving within the Community<sup>38</sup> was covered by an enabling provision in the EC Treaty. The regulation was based on Article 51 of the EEC Treaty, which concerned measures in the field of social security that are necessary to provide freedom of movement for workers. Was the inclusion of refugees and stateless persons within the personal scope of Regulation No. 1408/71 contrary to Article 51 of the EEC Treaty because those persons did not enjoy the right to freedom of movement?

The ECJ recalled the historical context of this measure. It referred to numerous UN and European Conventions all of them containing equal treatment clauses in favour of refugees or/and stateless persons.<sup>39</sup> The Court concluded

that the Council could not be criticised for having, based on Article 51 EEC Treaty, also included stateless persons and refugees resident on the territory of the Member States in order to take into account their international obligations. Coordination excluding stateless persons and refugees would have meant that the Member States, in order to ensure compliance with their international obligations, had to establish a second coordination regime designed solely for that very restricted category of persons.

Thus, by a bold interpretation of competence law, the Court upheld the social rights challenged.

#### 5. Impact of international agreements without citation in the ruling?

It is highly probable that in the early days of the ECJ, international agreements were a stimulus for its case-law on social rights although it did not mention them in its reasoning. I suppose that the judgments in *Sabbatini* and *Chollet*, the very first equal pay cases, were influenced by ILO Convention No. 100, to which the applicants drew the Court's attention.<sup>40</sup> Likewise I think that ILO Convention No. 87 concern-

33 ECJ, 8 April 1976 – 43/75 – ECR 1976, 455 (*Defrenne*), para. 20. See also ECJ, 31 March 1981 – 96/80 – ECR 1981, 911 (*Jenkins*), para. 22.

34 ECJ, 15 June 1978 – 149/77 – ECR 1978, 1365 (*Defrenne*), para. 28.

35 ECJ, 7 January 2004 – C-117/01 – ECR 2004, I-541 (*K.B.*), para. 33–36.

36 ECJ, 27 April 1988 – 24/86 – ECR 1988, 2271 (*Blaizot*), para. 17.

37 Joined Cases ECJ, 11 October 2001 – C-95/99 to C-98/99 and C-180/99 – ECR 2001, I-7413 (*Khalil and others*).

38 Council Regulation (EEC) No. 1408/71 of 14 June 1971 on the application of social security schemes to employed persons, to self-employed persons and to members of their families moving within the Community, as amended and updated by Council Regulation (EEC) No. 2000/83 of 2 June 1983, OJ 1983, L 230/6.

39 The UN Convention on the Status of Refugees (concluded 28 July 1951, UNTS Registration No. 2545), the European interim agreements on social security schemes relating to old age, invalidity and survivors (concluded 11 December 1953, UNTS Registration No. 2957) and on social security other than schemes for old age, invalidity and survivors (concluded 11 December 1953, UNTS Registration No. 2956), the Protocol to the European Interim Agreement on social security schemes relating to old age, invalidity and survivors (concluded 11 December 1953, UNTS Registration No. 2957) and the Protocol to the European Interim Agreement on social security other than schemes for old age, invalidity and survivors (concluded 11 December 1953, UNTS Registration No. 2956), the UN Convention on the Status of Stateless Persons (concluded 28 September 1954, UNTS Registration No. 5158) and the European convention on social security for migrant workers (concluded 9 December 1957). Council Regulation No. 3 of 25 September 1958 concerning social security for migrant workers (OJ 1958, P 30/56), the predecessor of Regulation No. 1408/71, replicated the principle of equal treatment for stateless persons and refugees resident on the territory of a contracting party in the application of national social security legislation contained in the last-mentioned convention.

40 ECJ, 7 June 1972 – 20/71 – ECR 1972, 345 (*Sabbatini*), and ECJ, 7 June 1972 – 32/71 – ECR 1972, 363 (*Chollet*).

ing freedom of association and protection of the right to organise<sup>41</sup> played a role in an early judgment on the freedom of trade union activity. In line with the spirit of this convention, invoked by the applicant trade union, the Court confirmed the capacity of a trade union to bring an action even without having acquired legal personality.<sup>42</sup>

### III. International law as a stimulus for developing social rights – Some considerations for future ECJ rulings

Regarding the future, I would like to address two topics, namely the right to collective action and the protection against discrimination on grounds of religion.

#### 1. The right to take collective action

In the famous cases Viking<sup>43</sup> and Laval,<sup>44</sup> where the right to take transnational collective action was at stake, the Court referred to the European Social Charter and ILO Convention No. 87. Together with the Community Charter of Fundamental Social Rights of Workers and the Charter of Fundamental Rights of the European Union proclaimed in 2000, the Court presented them as an argument for recognizing the right to take collective action, including the right to strike, as a fundamental right which forms an integral part of the general principles of Community law. However, it put the economic freedoms of the internal market first insofar as it used them as the point of departure when taking a stance on permitted restrictions. Then it applied the usual proportionality test.<sup>45</sup>

The Viking and Laval rulings have raised severe criticism from the ILO Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations and from the European Committee of Social Rights.

The ILO committee stated that its task is not to judge the correctness of the ECJ's holdings in Viking and Laval but rather to examine whether the impact of these decisions at national level are such as to deny worker's freedom of association rights under Convention No. 87. It observed that when elaborating its position in relation to the permissible restrictions that may be placed upon the right to strike, it had never included the need to assess the proportionality of interests bearing in mind a notion of freedom of establishment or freedom to provide services. The Committee took the view that the omnipresent threat of an

action for damages that could bankrupt the union, possible now in the light of the Viking and Laval judgments, creates a situation where the rights under the Convention cannot be exercised. It considered that the doctrine articulated in these ECJ judgments is likely to have a significant restrictive effect on the exercise of the right to strike in practice in a manner contrary to the Convention.<sup>46</sup>

The European Committee of Social Rights, that monitors compliance with the European Social Charter, emphasized that »the facilitation of free cross-border movement of services and the promotion of the freedom of an employer or undertaking to provide services in the territory of other States – which constitute important and valuable economic freedoms within the framework of EU law – cannot be treated, from the point of view of the system of values, principles and fundamental rights embodied in the Charter, as having a greater a priori value than core labour rights, including the right to make use of collective action to demand further and better protection of the economic and social rights and interests of workers«.<sup>47</sup>

After Viking and Laval, the legal framework was changed. The Treaty of Lisbon contains tools that could be used in order to diminish frictions between the guarantee of social rights in international agreements and the economic freedoms protected by the Treaty on the Functioning of the European Union (»TFEU«). According to Article 3, paragraph 3 (»TFEU«), the Union shall work for a social market economy. In line with this, Article 9 TFEU lays down a »cross-cutting« social protection clause. In this new legal context, the weight of the economic freedoms of the internal market relative to that of the right to collective action, as guaranteed by ILO Convention No. 87 and the

41 Adopted 9 July 1948, UNTS Registration No. 881.

42 ECJ, 8 October 1974 – 18/74 – ECR 1974, 933 (Syndicat General du Personnel des Organismes Européens), para. 10–11.

43 ECJ, 11 Dezember 2007 – C-438/05 – ECR 2007, I-10779 (Viking), para. 43.

44 ECJ, 18 Dezember 2007 – C-341/05 – ECR 2007, I-11767 (Laval), para. 90.

45 See ECJ, 11 Dezember 2007 – C-438/05 – ECR 2007, I-10779 (Viking), para. 75 et seq., and ECJ, 18 Dezember 2007 – C-341/05 – ECR 2007, I-11767 (Laval), para. 101 et seq.

46 Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations (CEACR), *General Report and observations concerning particular countries*, International Labour Conference, 99<sup>th</sup> Session, Report III (Part 1A), 2010, 209.

47 European Committee on Social Rights, *Swedish Trade Union Confederation (LO) and Swedish Confederation of Professional Employees (TCO) v. Sweden*, Complaint No. 85/2012, decision (admissibility and merits) of 3 July 2013, para. 122.

European Social Charter, could be reconsidered.<sup>48</sup> It is to be hoped that the ECJ will grasp this chance.

## 2. Protection against discrimination based on religion

The second problem I would like to address has not yet been dealt with by the ECJ.

At present, two references for a preliminary ruling concerning the special status of churches in EU antidiscrimination law are pending at the Court.<sup>49</sup> Both were made by the German Federal Labour Court. ILO Convention No. 111 as well as the European Convention on Human Rights might provide some hints about how to solve them.

The background of these cases are provisions of the German constitution as interpreted by the German Federal Constitutional Court. On the one hand, the German Basic Law contains provisions interdicting discrimination because of religious opinions<sup>50</sup> and conferring freedom of faith and conscience<sup>51</sup>. On the other hand, it contains an article which integrates provisions about religious denominations of the Weimar Constitution of 1919 into the Basic Law<sup>52</sup>, among them this clause: »Religious societies shall regulate and administer their affairs independently within the limits of the law that applies to all.«<sup>53</sup> The German Federal Constitutional Court interprets the latter provision in the sense that the churches enjoy wide-ranging autonomy.<sup>54</sup> The German General Equality Act (*Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz*) reflects this case-law.<sup>55</sup>

The two cases now pending before the ECJ are of particular importance because in Germany the churches and their organisations are the second largest employer after the public service.<sup>56</sup>

The appellant of the first case, Ms. Egenberger, is not affiliated to any confession. She applied for the post of a referent for the project »Shadow-reporting on the UN Convention against Racism« advertised by an aid organisation of the Protestant Church. One of the requirements set out in the advertisement was membership in the Protestant Church or another church affiliated to the Council of Christian Churches in Germany. Ms. Egenberger was not called for an interview. She considers that she did not receive the job because she is confessionless, and demands compensation for discrimination.

The appellant of the second case, Mr. IR, was employed as a chief physician in a hospital which was run by a limited

liability company supervised by the Catholic Church. He was dismissed after divorcing and marrying another woman although he was a Catholic. It follows from the rules prescribed by the Catholic Church for their institutions that such a behaviour would not have been considered as a reason for terminating the employment contract, if Mr. IR had belonged to another church or to none at all.

In both cases, the German Federal Labour Court put several questions about the interpretation of Article 4, paragraph 2, of the Framework Directive to the ECJ in order to assess the limits of the autonomy of churches.

The 4<sup>th</sup> recital of the Framework Directive refers to several international instruments, including ILO Convention No. 111. That convention interdicts, among other things, discrimination based on religion in respect of employment and occupation. Article 1, paragraph 2, of the convention provides: »Any distinction, exclusion or preference in respect of a particular job based on the inherent requirements thereof shall not be deemed to be discrimination.«

Convention No. 111 does not contain any special provision about churches. Religion is treated just as other possible grounds of discrimination. Consequently, when dealing with religion, the ILO supervisory bodies<sup>57</sup> sometimes refer to case-law concerning other grounds of discrimination, in particular political opinion. I shall do the same.

48 See also *Malmberg*, The impact of the ECJ judgements on Viking, Laval, Ruffert and Luxembourg on the practice of collective bargaining and the effectiveness of social action, study of May 2010, IP/A/EMPL/ST/2009-11, p. 12 and 16, <http://www.europarl.europa.eu/document/activities/cont/201107/20110718ATT24274/20110718ATT24274EN.pdf> (8 February 2018); Opinion by Advocate-General Pedro Cruz Villón in ECJ, 7 October 2010 – C-515/08 – ECR 2010, I-9133 (Santos Palhota).

49 ECJ, C-414/16 – OJ 2016, C 419/27 (Egenberger) and ECJ, 9 February 2017 – C-68/17 – OJ 2017, C 144/26 (IR).

50 Article 3 lit. 3 of the Basic Law.

51 Article 4 of the Basic Law.

52 Article 140 of the Basic Law.

53 Article 137 para. 3 lit. 1 of the Weimar Constitution.

54 For details see the orders for reference ECJ – C-414/16 – OJ 2016, C 419/26 (Egenberger) and ECJ – C-68/17 – OJ 2017, C 144/26 (IR).

55 *Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz* of 14 August 2006, BGBl. I, p. 1897. The wording of this law is not in line with that of Article 4 para. 2 of the Framework Directive. The EU Commission launched infringement proceedings against Germany. However, the case was closed because Germany and the EU Commission agreed that the problem could be solved by interpretation in conformity with the Framework Directive (*Matthäus-Maier*, MIZ 1/2012, <http://www.miz-online.de/node/343> (2 February 2018)).

56 *Schäfers*, Engagiert, aber nicht bibeltreu, <http://www.zeit.de/gesellschaft/zeitgeschehen/2014-11/kirche-arbeitsrecht-arbeitgeber-homosexualitaet> (2 February 2018).

57 The ILO supervisory system is explained here: <http://www.ilo.org/global/about-the-ilo/how-the-ilo-works/ilo-supervisory-system-mechanism/lang-en/index.htm> (2 February 2018).



The following picture emerges from the various documents produced by the ILO supervisory system<sup>58</sup>:

The scope of Convention No. 111 is very broad, extending to all sectors of activity.<sup>59</sup> As the Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations («Committee of Experts») put it, »[n]o employment and no occupation is excluded from the scope of the Convention«<sup>60</sup>.

The term »religion« must be given a broad meaning. Thus, the Committee of Experts criticized the discrimination of the free-masons and of organisations whose constitutions imply atheism in the Islamic Republic of Iran.<sup>61</sup> It also noted that the risk of discrimination often arises from the absence of religious beliefs.<sup>62</sup>

On the other hand, the Committee of Experts consistently stressed that Article 1, paragraph 2, of Convention No. 111, which deals with inherent requirements of a particular job, must be interpreted restrictively.<sup>63</sup> It is considered as an exception.<sup>64</sup>

Article 1, paragraph 2, of Convention No. 111 is composed of two elements: on the one hand, the concept of »a particular job« and, on the other hand, the term »inherent requirements«.

Regarding the first element, the Committee of Experts stated: »It appears from the preparatory work and the text of the Convention as ultimately adopted, that the concept of »a particular job« refers to a specific and definable job, function or task. Any limitation within the context of this exception must be required by the characteristics of the particular job, and be in proportion to its inherent requirements. Certain criteria may be brought to bear as inherent requirements of a particular job, but they may not be applied to all jobs in a given occupation or sector of activity, [...] without coming into conflict with the principle of equality of opportunity and treatment in occupation and employment.«<sup>65</sup>

Not only the element »a particular job« but also the element »inherent requirements« must be interpreted restrictively. A committee of the ILO Governing Body recalled that, in 1958, the Employer's members submitted a sub-amendment to insert after the words »inherent requirements of the job« the words »or the particular circumstances under which the job is being performed«. The Conference Committee rejected it.<sup>66</sup> In proceedings against the Federal Republic of Germany because of the so-called Radicals Decree, the ILO Commission of Inquiry analysed the English and French wordings and concluded: »[...] any limitation which it is

sought to bring within the scope of the exception provided for in Article 1, paragraph 2, must be necessary because of the very nature of the job in question.«<sup>67</sup>

According to the Committee of Experts, »[r]estrictions for a narrow range of jobs associated with particular religious or political institutions or non-profit organizations and organizations specifically promoting the well-being of an ethnic group may be acceptable. Criteria such as political opinion, national extraction and religion may be taken into account as inherent requirements of certain posts involving special responsibilities. However, the inherent requirements of the particular job must still be evaluated in the light of the actual bearing of the tasks performed on the institution's or organization's objective.«<sup>68</sup>

58 In 1988, the ILO Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations (in the following referred to as »Committee of Experts«) published a general survey about equality of treatment in employment and occupation [Equality in Employment and Occupation, General Survey by the Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations, International Labour Conference, 75<sup>th</sup> Session, Report III (Part 4B), Geneva 1988, para. 47–53 deal with religion, para. 125–133 with inherent requirements of a particular job]. In 1996, the Committee of Experts presented a special, much shorter survey on Convention No. 111, primarily intended for providing the ILO with an educational tool in relation to this convention [Equality in Employment and Occupation, Special Survey on Equality in Employment and Occupation in respect of Convention No. 111 by the Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations, International Labour Conference, 83<sup>rd</sup> Session, Report III (Part 4B), Geneva 1996, para. 41–42 deal with religion, para. 118–122 with inherent requirements of a particular job.]. In interpreting Convention No. 111, the Committee of Experts has consistently referred to these two reports. They are also major points of reference in the General Survey on the fundamental Conventions concerning rights at work in light of the ILO Declaration on Social Justice for a Fair Globalization (2008), presented in 2012 [Report of the Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations, International Labour Conference, 101<sup>st</sup> Session, Report III (Part 1B), Geneva 2012, para. 798–801 deal with religion, para. 827–831 with distinctions, exclusion or preferences bases on inherent requirements.].

59 Special Survey, 1996 (Fn. 58), para. 79.

60 General Survey, 1988 (Fn. 58), para. 88.

61 General Survey, 1988 (Fn. 58), para. 50.

62 Special Survey, 1996 (Fn. 58), para. 41.

63 General Survey, 1988 (Fn. 58), para. 125; Special Survey, 1996 (Fn. 58), para. 118.

64 Ibid.

65 General Survey, 1988 (Fn. 58), para. 126. See also Special Survey, 1996 (Fn. 58), para. 119, and General Survey, 2012 (Fn. 58), 828.

66 Report of the committee set up to examine the representation presented by the Norwegian Federation of Trade Unions (LO) under article 24 of the Constitution alleging non-observance of the Discrimination (Employment and Occupation) Convention, 1958 (No. 111) by Norway, para. 22.

67 Report of the Commission of Inquiry appointed under Article 26 of the Constitution of the International Labour Organisation to examine the observance of the Discrimination (Employment and Occupation) Convention, 1958 (No. 111), by the Federal Republic of Germany, para. 531.

68 General Survey, 2012 (Fn. 58), para. 831.

In its General Survey of 2012, the Committee of Experts concluded: »There are very few instances where the grounds listed in the Convention actually constitute inherent requirements of the job.«<sup>69</sup>

An example from the case-law of the ILO supervisory bodies is the report on a complaint by the Norwegian Federation of Trade Unions relating to a provision of the Norwegian Worker Protection and Working Environment Act which established an exception to the rule that the employer may not demand job applicants to supply information about their political, religious or cultural views. A committee of the ILO Governing Body had to deal with the question of whether this provision was compatible with Convention No. 111.

When the provision concerned was adopted, both the Government and a parliamentary majority considered that, for example, in institutions with a Christian objective, the administration of such institutions would have a right to demand information of applicants regarding their Christian faith, even if the application applied to positions as cleaners, kitchen assistants, caretakers, etc.<sup>70</sup> The committee of the ILO Governing Body regarded such a broad exception as incompatible with Convention No. 111.<sup>71</sup> It results from the committee's report that it would accord with Article 1, paragraph 2, of the Convention if, in regard to advertisements for Christian kindergarten and private school teachers, information on one's views on life, etc. could only be required of personnel who are to teach the philosophy of life in question.<sup>72</sup>

The 4<sup>th</sup> recital of the Framework Directive also refers to the European Convention on Human Rights. Representative of the case-law of the European Court of Human Rights regarding the problems discussed here is Case *Schüth v. Germany*<sup>73</sup>. The applicant was an organist and choirmaster who had been dismissed by a Catholic parish church because he had left his wife and lived with another partner. The European Court of Human Rights held that there had been a violation of Article 8 of the European Convention on Human Rights, which confers the right to respect for private and family life. In its reasoning, the Court stated: »Whilst it is true that, under the Convention an employer whose ethos is based on religion or on a philosophical belief may impose specific duties of loyalty on its employees, a decision to dismiss based on a breach of such duty cannot be subjected, on the basis of the employer's right of autonomy, only to a limited judicial scrutiny exercised by the relevant domestic employment tribunal without having

regard to the nature of the post in question and without properly balancing the interests involved in accordance with the principle of proportionality.«<sup>74</sup>

This case-law is entirely in line with Article 1, paragraph 2, of ILO Convention No. 111.

In the light of this international context, I hope that the provisions on churches in EU law<sup>75</sup> will not be construed as bestowing a privilege to religious associations compared to non-religious organisations based on certain convictions like political parties. Such an interpretation would mean a break with a long-standing international tradition.

#### IV. Concluding remarks

To sum up: International law made a major contribution to developing social rights in Community and EU law. Building on these foundations, the ECJ used international law to strengthen social rights in quite a few cases. Sometimes, the Court even referred to international conventions not mentioned in the legal instruments it had to interpret in order to promote social rights.

Two major challenges for the Court lie ahead. Both concern reconciling social rights guaranteed by international law and features of EU law. On the one hand, a better balance should be struck between the right to collective action and the economic freedoms of EU law. On the other hand, the special provisions on churches contained in EU law should be interpreted in a way that does not diminish the protection of individual freedom of religion compared to the standards set by ILO Convention No. 111 and the European Convention on Human Rights.

<sup>69</sup> General Survey, 2012 (Fn. 58), para. 830.

<sup>70</sup> Report of the committee set up to examine the representation presented by the Norwegian Federation of Trade Unions (LO) under article 24 of the Constitution alleging non-observance of the Discrimination (Employment and Occupation) Convention, 1958 (No. 111) by Norway, para. 12.

<sup>71</sup> *Ibid.*, para. 27 and 32.

<sup>72</sup> *Ibid.*, para. 27.

<sup>73</sup> ECHR, 23 September 2010 – 1620/03 – NVwZ 2011, 482 (*Schüth v. Germany*).

<sup>74</sup> Para. 69. Interestingly, the European Court of Human Rights pointed out that Germany's transposition of the Framework Directive into its domestic law was subject, in relation to certain points, of a complaint by the European Commission on comparable grounds (*ibid.*, para. 70).

<sup>75</sup> Including Article 17 TFEU which requires the Union to respect and not to prejudice the status under national law of churches and religious associations or communities in the Member States.

# Demografischer Wandel in Deutschland – Auswirkungen auf die Arbeitswelt und Herausforderungen für die Rechtsordnung

Prof. Dr. Frauke Brosius-Gersdorf, LL.M.,  
Leibniz Universität Hannover\*

## I. Problemaufriss

Deutschland ist das »Altenheim Europas«<sup>1</sup>, denn: Deutschland ist mal wieder »Vorreiter«. In keinem anderen Land der Welt hat der demografische Wandel so früh eingesetzt wie in Deutschland, sodass seine Spuren in Gestalt des Rückgangs und der Alterung der Bevölkerung hierzulande seit Jahren deutlich sichtbar sind. Lange Zeit wurde der demografische Wandel<sup>2</sup> in Deutschland unterschätzt; heute ist bekannt und anerkannt, dass er tiefgreifende Veränderungen für den Staat und die Gesellschaft mit sich bringt, die veränderte rechtliche Rahmenbedingungen erfordern, um den Wandel bewältigen zu können. Dies gilt auch und insbesondere für die Arbeitswelt. Die anhaltend niedrige Geburtenrate in Deutschland, die seit mittlerweile über 40 Jahren weit unterhalb des Generationenersatzniveaus verharrt, und der gleichzeitige Anstieg der Lebenserwartung der Menschen dezimieren das Angebot an Arbeitskräften und modifizieren die Altersstruktur der Arbeitnehmer. Diese Entwicklung verläuft regional unterschiedlich und kann durch Zuwanderung nur teilweise kompensiert werden (s. I.). Die Auswirkungen des demografischen Wandels auf den Arbeitsmarkt werden durch Industrie 4.0 teilweise verschärft und teilweise abgeschwächt (s. II.). Daraus ergeben sich Herausforderungen für die Rechtsordnung, die zur Bewältigung des demografischen Wandels für den Arbeitsmarkt Weichen stellen muss (s. III.). Der Beitrag schließt mit einem kurzen Resümee (s. IV.).

## II. Demografischer Wandel in Deutschland und Auswirkungen auf den Arbeitsmarkt

### 1. Demografischer Wandel: Status quo und Prognose

#### a) Entwicklung der Geburtenziffer und Lebenserwartung

In keinem anderen Land der Welt ist die Zahl der je Frau geborenen Kinder so früh eingebrochen und liegt die Geburtenziffer bereits so lange, seit Mitte der 1970er Jahre, unter dem Generationenersatzniveau wie in Deutschland.<sup>3</sup> Nach dem Babyboom Mitte der 1960er Jahre ist die Geburtenziffer in Deutschland innerhalb nur einer Dekade von 2,5 auf etwa 1,4 Kinder je Frau gesunken und seither stagniert.<sup>4</sup> Das für die Reproduktion der Bevölkerung maßgebliche Generationenersatzniveau von 2,1 Kindern je Frau wird heute seit über 40 Jahren um etwa ein Drittel unterschritten. Jede nachwachsende Generation ersetzt die ihrer Eltern nur noch zu rund zwei Dritteln. Der Grund für den Einbruch der Geburtenziffer Mitte der 1960er Jahre war vor allem die Einführung der Anti-Baby-Pille auf dem deutschen Markt.<sup>5</sup> Dies erklärt allerdings nicht, weshalb sich in Deutschland – anders als in anderen europäischen Ländern wie Frankreich und

\* Der Beitrag beruht auf einem Vortrag, den die Autorin auf dem 14. Göttinger Forum zum Arbeitsrecht »Der demografische Wandel in der Arbeitswelt – Herausforderungen für das Arbeits- und Sozialrecht« am 27.10.2016 gehalten hat.

1 Süddeutsche Zeitung v. 2./3.4.2011, S. 25; vgl. auch Europäische Kommission, Demography Report 2010, Older, more numerous and diverse Europeans, Luxemburg, 2011, S. 62: »Germany had the largest proportion of those aged 65 or over [...]«.

2 Zum Begriff des demografischen Wandels *Edenharter*, Der demografische Wandel als Herausforderung für das Raumordnungsrecht und das Baurecht, Berlin 2014, S. 39 f.

3 *Brosius-Gersdorf*, Demografischer Wandel und Familienförderung, Tübingen 2011, S. 15 f.

4 Berlin-Institut für Bevölkerung und Entwicklung, Discussion Paper 18, Berlin 2016, Deutschlands demografische Herausforderung, S. 5.

5 Ebd.

Schweden – die Geburtenziffer seither nicht mehr erholt hat. Hierfür sind andere Ursachen (mit-)verantwortlich wie namentlich die gestiegenen Bildungs- und Erwerbschancen der Frauen. Sie haben Hand in Hand mit der nach wie vor unzureichenden Vereinbarkeit von Familie und Beruf in Deutschland dazu geführt, dass nicht nur die Geburtenziffer Deutschlands zu den niedrigsten der Welt gehört,<sup>6</sup> sondern auch das Beschäftigungsvolumen der Frauen hierzulande im internationalen Vergleich unterdurchschnittlich niedrig ist.<sup>7</sup>

Gleichzeitig ist die Lebenserwartung der Menschen in Deutschland – ebenso wie in anderen entwickelten Ländern – in den vergangenen Jahrhunderten stetig gestiegen. Während die durchschnittliche Lebenserwartung Neugeborener zur Zeit der Gründung des Deutschen Reichs (1871) bei 35,6 Jahren (Männer) bzw. 38,5 Jahren (Frauen) lag,<sup>8</sup> beträgt sie heute 78,4 bzw. 83,4 Jahre<sup>9</sup>. Die Lebenserwartung hat sich damit in den vergangenen 150 Jahren mehr als verdoppelt. Anders betrachtet, hat die Lebenserwartung um gut 3 Monate pro Jahr zugenommen; das sind etwa 7 Stunden pro Tag. Bis zum Jahr 2060 wird die durchschnittliche Lebenserwartung voraussichtlich weiter steigen auf etwa 86,7 Jahre (Männer) bzw. 90,4 Jahre (Frauen).<sup>10</sup> Verantwortlich für diesen Anstieg sind vor allem der medizinische Fortschritt, verbesserte Hygiene und Ernährung, gewandelte Wohn- und Arbeitsbedingungen sowie der gewachsene materielle Wohlstand.<sup>11</sup>

## b) Rückgang der Bevölkerung

Die diametrale Entwicklung von Geburtenziffer und Lebenserwartung hat dazu geführt, dass Deutschland seit einiger Zeit schrumpft und altert, sich also demografisch wandelt. Seit dem Jahr 2003 geht die Bevölkerungszahl zurück,<sup>12</sup> wobei sie ohne die beträchtliche Zuwanderung aus dem Ausland bereits seit 1972 um mehrere Millionen gesunken wäre.<sup>13</sup> Ein leichter Anstieg der Zahl der Bevölkerung ist seit dem Jahr 2011 zu beobachten; verantwortlich hierfür ist die verstärkte Zuwanderung nach Deutschland.<sup>14</sup> Aktuell leben in Deutschland 82,8 Mio. Menschen.<sup>15</sup>

Wie viele Menschen in Zukunft in Deutschland leben werden, hängt – ebenso wie die Alterung der Bevölkerung – von der Entwicklung der Geburtenziffer, der Lebenserwartung und der Zuwanderung ab. Nach der 13. koordinierten Bevölkerungsvorausberechnung des Statistischen Bundesamts wird bei einer mittleren Variante, die von einer annähernd konstanten Geburtenziffer von 1,4 Kindern je Frau,

einem Anstieg der Lebenserwartung auf 86,7 (Jungen) bzw. 90,4 Jahre (Mädchen) und einer Nettozuwanderung von 200.000 Personen pro Jahr ausgeht,<sup>16</sup> die Bevölkerung bis zum Jahr 2060 auf etwa 74,8 Mio. Menschen zurückgehen<sup>17</sup>.

## c) Alterung der Bevölkerung

Die anhaltend niedrige Geburtenziffer und die stetige Zunahme der Lebenserwartung in Deutschland bewirken außerdem gravierende Veränderungen in der Altersstruktur. Aktuell besteht die Bevölkerung Deutschlands zu etwa 14,7 Mio. Menschen bzw. 17,9% aus jungen Menschen unter 20 Jahren<sup>18</sup>; bis zum Jahr 2060 wird ihr Anteil auf 12 Mio. Menschen und damit auf 16% der Gesamtbevölkerung sinken.<sup>19</sup> Der Anteil der Menschen im Erwerbsalter zwischen 20 und unter 65 Jahren, der heute bei 49,2 Mio. Menschen und damit bei 61% der Gesamtbevölkerung liegt, wird bis zum Jahr 2060 auf 37,9 Mio. Menschen, dh., auf 50,7% der Gesamtbevölkerung abnehmen.<sup>20</sup> Die 65-jährigen und älteren Menschen, die heute 16,9 Mio.

6 Statistisches Bundesamt, Basistabelle zusammengefasste Geburtenziffer, Wiesbaden 2016, abrufbar unter [https://www.destatis.de/DE/ZahlenFakten/LaenderRegionen/Internationales/Thema/Tabellen/Basistabelle\\_Geburtenziffer.html](https://www.destatis.de/DE/ZahlenFakten/LaenderRegionen/Internationales/Thema/Tabellen/Basistabelle_Geburtenziffer.html) (8.2.2018).

7 Näher Brosius-Gersdorf, Demografischer Wandel und Familienförderung (Fn. 3), S. 105 f.

8 Brosius-Gersdorf, Demografischer Wandel und Familienförderung (Fn. 3), S. 11.

9 Statistisches Bundesamt, Entwicklung der Lebenserwartung bei Geburt in Deutschland nach Geschlecht in den Jahren von 1950 bis 2060, Wiesbaden 2015, abrufbar unter <https://de.statista.com/statistik/daten/studie/273406/umfrage/entwicklung-der-lebenserwartung-bei-geburt—in-deutschland-nach-geschlecht/> (8.2.2018).

10 Statistisches Bundesamt, Bevölkerung Deutschlands bis 2060, 13. koordinierte Bevölkerungsvorausberechnung, Wiesbaden 2015, S. 36, ausgehend von der Entwicklung der Sterblichkeit seit 1970.

11 Statistisches Bundesamt, Bevölkerung Deutschlands bis 2060 (Fn. 10), S. 34.

12 Statistisches Bundesamt, Statistisches Jahrbuch 2016, Wiesbaden 2016, S. 26.

13 Statistisches Bundesamt, Bevölkerung Deutschlands bis 2050, 11. koordinierte Bevölkerungsvorausberechnung 2006, Wiesbaden 2006, S. 13. Die Nettozuwanderung nach Deutschland betrug zwischen 1954 und 2013 durchschnittlich 186.000 Personen pro Jahr, S. Statistisches Bundesamt, Bevölkerung Deutschlands bis 2060, 13. koordinierte Bevölkerungsvorausberechnung 2015, Wiesbaden 2015, S. 37.

14 Statistisches Bundesamt, Bevölkerung Deutschlands bis 2060 (Fn. 10), S. 15.

15 Zahl bezogen auf Ende des Jahres 2016, S. Statistisches Bundesamt, Pressemitteilung Nr. 33 vom 27.1.2017, abrufbar unter [https://www.destatis.de/DE/PresseService/Presse/Pressemitteilungen/2017/01/PD17\\_033\\_12411.html](https://www.destatis.de/DE/PresseService/Presse/Pressemitteilungen/2017/01/PD17_033_12411.html) (8.2.2018).

16 Statistisches Bundesamt, Bevölkerung Deutschlands bis 2060 (Fn. 10), S. 43: Variante 4.

17 Statistisches Bundesamt, Bevölkerung Deutschlands bis 2060 (Fn. 10), S. 48.

18 Ebd.

19 Ebd.

20 Ebd.

Menschen, dh., 21% der Bevölkerung ausmachen, werden bis 2060 auf 24,8 Mio. Menschen, also 33,2% der Bevölkerung anwachsen.<sup>21</sup> Damit wird im Jahr 2060 jeder Dritte 65 Jahre oder älter sein; gleichzeitig wird es nur noch halb so viele junge Menschen unter 20 Jahren geben wie ältere Menschen ab 65 Jahren.<sup>22</sup> Betrachtet man das Medianalter, das die Gesamtbevölkerung in eine jüngere und eine ältere Hälfte teilt<sup>23</sup> und das 2013 bei 45 Jahren lag, wird es bis 2060 auf 50 bis 51 Jahre steigen.<sup>24</sup>

Diesen Prozess der Bevölkerungsalterung veranschaulicht die Entwicklung des sog. Altersquotienten, der die Zahl der Personen im Rentenalter ab 65 Jahren ins Verhältnis zur Zahl der Personen im Erwerbsalter (20 bis unter 65 Jahre) setzt; er wird von heute 34,2 auf 65,3 im Jahr 2060 steigen.<sup>25</sup> Der sog. Gesamtquotient, der angibt, in welchem Maß die mittlere Altersgruppe (20 bis unter 65 Jahre) sowohl für die jüngere (unter 20 Jahren) als auch für die ältere nicht erwerbstätige Bevölkerung (ab 65 Jahren) zu sorgen hat, wird bis zum Jahr 2060 von heute 64,1 auf 97 klettern.<sup>26</sup>

#### d) Regionale Unterschiede beim demografischen Wandel

Diese demografische Entwicklung vollzieht sich in Deutschland nicht überall gleichermaßen, sondern verläuft, bedingt durch eine Land-Stadt-Flucht sowie durch Wanderungen von Ost- nach Westdeutschland, sowohl zwischen den verschiedenen Bundesländern als auch innerhalb der Länder unterschiedlich.<sup>27</sup> Grob vereinfacht ist zum einen der Trend auszumachen, dass Großstädte und Ballungsräume demografisch stabil bleiben oder sogar wachsen und sich verjüngen, während periphere ländliche Gebiete Einwohner verlieren und älter werden.<sup>28</sup> Zum anderen verliert der Osten Deutschlands im Verhältnis deutlich mehr Einwohner als der Westen und altert schneller.<sup>29</sup> Mit Ausnahme von Berlin wird die Einwohnerzahl in den ostdeutschen Ländern gegenüber 2008 bis zum Jahr 2030 um 10,5% (Brandenburg) bis 21,2% (Sachsen-Anhalt) schrumpfen.<sup>30</sup> Entsprechend stark ist der Rückgang der Zahl der erwerbsfähigen Personen: In Sachsen-Anhalt wird sie bis 2030 um 34,5% (25 bis 44 Jahre) bzw. 28,6% (45 bis unter 65 Jahre) zurückgehen;<sup>31</sup> in Thüringen um 32,7% (25 bis 44 Jahre) bzw. 24,9% (45 bis unter 65 Jahre);<sup>32</sup> in Mecklenburg-Vorpommern um 30% (25 bis 44 Jahre) bzw. 24,7% (45 bis unter 65 Jahre);<sup>33</sup> in Brandenburg um 26,8% (25 bis 44 Jahre) bzw. 14,7% (45 bis unter 65 Jahre);<sup>34</sup> und in Sachsen um 25% (25 bis 44 Jahre) bzw. 18,3% (45 bis unter 65 Jahre).<sup>35</sup>

## 2. Auswirkungen des demografischen Wandels auf den Arbeitsmarkt

Dieser Bevölkerungswandel hat gravierende Folgen für den Arbeitsmarkt. Die Reduzierung der Zahl der Menschen im erwerbsfähigen Alter und die Alterung der Erwerbspersonen wirken sich sowohl auf das Arbeitskräfteangebot als auch auf die Arbeitsproduktivität aus.

### a) Konsequenzen für das Arbeitskräfteangebot

Infolge der Dezimierung der Zahl der Menschen im erwerbsfähigen Alter stehen dem Arbeitsmarkt zunehmend weniger Erwerbspersonen zur Verfügung. Bis zum Jahr 2060 werden es ca. 11 Mio. weniger erwerbsfähige

21 Statistisches Bundesamt, Bevölkerung Deutschlands bis 2060 (Fn. 10), S. 48.

22 Ebd.

23 Statistisches Bundesamt, Bevölkerung Deutschlands bis 2060 (Fn. 10), S. 58.

24 Statistisches Bundesamt, Bevölkerung Deutschlands bis 2060 (Fn. 10), S. 19 unter der Annahme einer kontinuierlichen Geburten- und Sterblichkeitsentwicklung.

25 Statistisches Bundesamt, Bevölkerung Deutschlands bis 2060 (Fn. 10), S. 48.

26 Statistisches Bundesamt, Bevölkerung Deutschlands bis 2060 (Fn. 10), S. 48. Der Jugendquotient, der der Bevölkerung im erwerbsfähigen Alter von 20 bis unter 65 Jahren die jüngere Bevölkerung unter 20 Jahren gegenüberstellt, steigt bis 2060 von 29,8 auf 31,6 nur leicht an.

27 Zu den Unterschieden der Bevölkerungsentwicklung in einzelnen Regionen Deutschlands auch *Edenharter*, Der demografische Wandel als Herausforderung für das Raumordnungsrecht und das Baurecht, Berlin 2014, S. 45 ff.

28 Näher Berlin-Institut für Bevölkerung und Entwicklung, Die demografische Lage der Nation, Berlin 2011, S. 30 f.

29 Berlin-Institut für Bevölkerung und Entwicklung, Die demografische Lage der Nation (Fn. 28), S. 27.

30 Mecklenburg-Vorpommern: -15,2%; Sachsen: -13,3%; Thüringen: -18,7%, S. Statistische Ämter des Bundes und der Länder, Demografischer Wandel in Deutschland, Heft 1: Bevölkerungs- und Haushaltsentwicklung im Bund und in den Ländern, Wiesbaden 2011, S. 21.

31 Bertelsmann-Stiftung, Deutschland im demographischen Wandel 2030, Datenreport, Sachsen-Anhalt, Gütersloh 2011, abrufbar unter <http://www.wegweiser-kommune.de/documents/10184/10646/L%C3%A4nderbericht+Sachsen-Anhalt/bf6d5e00-7b86-49fc-b892-d3c5dbfaad91> (8.2.2018).

32 Bertelsmann-Stiftung, Deutschland im demographischen Wandel 2030, Datenreport, Thüringen, Gütersloh 2011, abrufbar unter <http://www.wegweiser-kommune.de/documents/10184/10646/L%C3%A4nderbericht+Th%C3%BCrtingen/2e0c6c97-d787-471b-a458-6e4e0bdf8c91> (8.2.2018).

33 Bertelsmann-Stiftung, Deutschland im demographischen Wandel 2030, Datenreport, Mecklenburg-Vorpommern, Gütersloh 2011, abrufbar unter <http://www.wegweiser-kommune.de/documents/10184/10646/L%C3%A4nderbericht+Mecklenburg-Vorpommern/166f4f9c-fe9d-4dec-af04-714d7592eb4d> (8.2.2018).

34 Bertelsmann-Stiftung, Deutschland im demographischen Wandel 2030, Datenreport, Brandenburg, Gütersloh 2011, abrufbar unter <http://www.wegweiser-kommune.de/documents/10184/10646/L%C3%A4nderbericht+Brandenburg/2addf26c-fd97-42a0-9ad0-ec0cec9797ca> (8.2.2018).

35 Bertelsmann-Stiftung, Deutschland im demographischen Wandel 2030, Datenreport, Sachsen, Gütersloh 2011, abrufbar unter <https://www.wegweiser-kommune.de/documents/10184/10646/L%C3%A4nderbericht+Sachsen/baacc131-24a3-4bf0-b625-9c137f98f614> (8.2.2018).

Menschen sein als heute.<sup>36</sup> Gleichzeitig führt die Alterung der Erwerbspersonen dazu, dass die tatsächliche Erwerbsbeteiligung abnimmt. Betrachtet man die durchschnittliche Wochenarbeitszeit der Erwerbstätigen im europäischen Vergleich, liegt Deutschland mit 35,1 Stunden bereits derzeit auf dem viertletzten Platz.<sup>37</sup> In der Türkei beträgt die durchschnittliche Arbeitszeit pro Woche 46,8 Stunden.<sup>38</sup>

Bezogen auf die Gruppe älterer Personen im Erwerbsalter ist die durchschnittliche Wochenarbeitszeit sogar noch niedriger. Ältere sind deutlich seltener erwerbstätig als Jüngere, wenn auch ihre Erwerbsbeteiligung in den letzten Jahren zugenommen hat.<sup>39</sup> Von den Personen im Alter von 60 bis unter 65 Jahren waren im Jahr 2015 53,1 % erwerbstätig,<sup>40</sup> wobei es im Jahr 2005 nur 28,1 % waren.<sup>41</sup> Betrachtet man die Gruppe der 55- bis unter 60-Jährigen, sieht es etwas besser aus; von ihnen waren 2015 77,2 % erwerbstätig;<sup>42</sup> 2005 waren es 63,3 %.<sup>43</sup> In der Gruppe der 65- bis unter 70-Jährigen sind 2015 nur 14,4 % einer Erwerbstätigkeit nachgegangen;<sup>44</sup> 2005 waren es 6,5 %.<sup>45</sup> Hochqualifizierte, dh. Personen mit Hochschulabschluss, sind dabei im Alter etwa doppelt so häufig erwerbstätig wie Geringqualifizierte.<sup>46</sup> Das Gleiche gilt für das Erwerbsverhalten der Geschlechter im Vergleich: Männer sind etwa doppelt so häufig erwerbstätig im Alter wie Frauen.<sup>47</sup>

Gleichzeitig ist das Arbeitszeitvolumen älterer Erwerbstätiger deutlich geringer als das jüngerer Erwerbstätiger. Der Anteil der Teilzeitbeschäftigten ist unter den Beschäftigten im Alter von 55 bis unter 65 Jahren deutlich höher als unter jüngeren Beschäftigten.<sup>48</sup> Zwar liegt die vertragliche Wochenarbeitszeit von Erwerbstätigen, die 60 Jahre oder älter sind, im Durchschnitt bei 31 Stunden, während Erwerbstätige unter 60 Jahren vertraglich 36 Stunden/Woche arbeiten.<sup>49</sup> Vergleicht man indes nicht die Wochenarbeitszeit tatsächlich Erwerbstätiger, sondern aller Personen der betreffenden Altersgruppen, liegt die durchschnittliche Arbeitszeit von Personen ab 60 Jahren bei unter 5 Stunden/Woche, während unter 60-Jährige 27 Stunden/Woche arbeiten.<sup>50</sup>

Zu den zahlreichen Gründen für das deutlich geringere Arbeitszeitvolumen älterer Menschen gehört vor allem das mit dem Alter steigende Krankheitsrisiko. Ältere Arbeitnehmer sind zwar nicht häufiger, aber deutlich länger krank als jüngere Arbeitnehmer,<sup>51</sup> was insbesondere an mit steigendem Alter zunehmenden physischen Belastungen, längeren Regenerationszeiten und verstärkter Multimorbidität liegt.<sup>52</sup> Dementsprechend haben

36 Vgl. Statistisches Bundesamt, Bevölkerung Deutschlands bis 2060 (Fn. 10), S. 48: 11,3 Mio.

37 Statistisches Bundesamt bezogen auf das Jahr 2016, auch dazu, dass die durchschnittliche Wochenarbeitszeit der Vollzeit-erwerbstätigen 41,3 Stunden und der Teilzeiterwerbstätigen 19,1 Stunden betrug, abrufbar unter [https://www.destatis.de/DE/ZahlenFakten/Indikatoren/QualitaetArbeit/QualitaetDerArbeit.html?cms\\_gtp=318944\\_slot%253D3](https://www.destatis.de/DE/ZahlenFakten/Indikatoren/QualitaetArbeit/QualitaetDerArbeit.html?cms_gtp=318944_slot%253D3) (8.2.2018). Zur Entwicklung der Wochenarbeitszeit in Deutschland zwischen 1991 und 2015 differenziert nach Geschlechtern, Statistisches Bundesamt, Wiesbaden 2017, abrufbar unter [http://www.sozialpolitik-aktuell.de/tl\\_files/sozialpolitik-aktuell/\\_Politikfelder/Arbeitsbedingungen/Datensammlung/PDF-Dateien/abbV9.pdf](http://www.sozialpolitik-aktuell.de/tl_files/sozialpolitik-aktuell/_Politikfelder/Arbeitsbedingungen/Datensammlung/PDF-Dateien/abbV9.pdf) (8.2.2018).

38 Statistisches Bundesamt, bezogen auf das Jahr 2016, Wiesbaden 2017, abrufbar unter [https://www.destatis.de/DE/ZahlenFakten/Indikatoren/QualitaetArbeit/QualitaetDerArbeit.html?cms\\_gtp=318944\\_slot%253D3](https://www.destatis.de/DE/ZahlenFakten/Indikatoren/QualitaetArbeit/QualitaetDerArbeit.html?cms_gtp=318944_slot%253D3) (8.2.2018)

39 Näher Statistisches Bundesamt, Erwerbsbeteiligung älterer Arbeitnehmer, 2009, bezogen auf Personen im Alter von 55 bis unter 65 Jahren, Wiesbaden 2007, abrufbar unter [https://www.destatis.de/DE/Publikationen/STATmagazin/Arbeitsmarkt/2009\\_01/Arbeitsmarkt2009\\_01.html](https://www.destatis.de/DE/Publikationen/STATmagazin/Arbeitsmarkt/2009_01/Arbeitsmarkt2009_01.html) (8.2.2018); *Brussig*, Köln Z Soziol 67 (2015), 295; 300 ff.; zur Entwicklung der Erwerbstätigkeitsquoten älterer Personen in der Europäischen Union *Möhrling/Bennett*, ZSR 61 (2015), 379, 380.

40 58,8 % der Männer und 47,8 % der Frauen, S. Statistisches Bundesamt, Statistisches Jahrbuch, Deutschland und Internationales, Wiesbaden 2016, S. 359.

41 35,8 % der Männer und 20,7 % der Frauen, Statistisches Bundesamt, Statistisches Jahrbuch (Fn. 40), S. 359; zur Entwicklung der Erwerbstätigkeitsquote der Personen von 60 bis unter 65 Jahren, S. auch *Leopold*, WzS 2016, 19.

42 81,5 % der Männer und 73,1 % der Frauen, Statistisches Bundesamt, Statistisches Jahrbuch (Fn. 40), S. 359.

43 71,3 % der Männer und 55,3 % der Frauen, Statistisches Bundesamt, Statistisches Jahrbuch (Fn. 40), S. 359. Zur Entwicklung der Erwerbstätigkeit Älterer von 55 bis unter 65 Jahren *Richter/Bode/Köper*, BAuA 2012, 1, 6.

44 18,2 % der Männer und 11 % der Frauen, Statistisches Bundesamt, Statistisches Jahrbuch (Fn. 40), S. 359.

45 8,4 % der Männer und 4,7 % der Frauen, Statistisches Bundesamt, Statistisches Jahrbuch (Fn. 40), S. 359. Zur Entwicklung der Erwerbstätigkeitsquote der Personen von 65 bis unter 70 Jahren, S. auch *Leopold*, WzS 2016, 19.

46 Statistisches Bundesamt, Erwerbstätigenquote der 65- bis 74-Jährigen deutlich gestiegen, Wiesbaden 2017, abrufbar unter [https://www.destatis.de/Europa/DE/Thema/BevoelkerungSoziales/Arbeitsmarkt/Erwerb\\_Rentenalter.html](https://www.destatis.de/Europa/DE/Thema/BevoelkerungSoziales/Arbeitsmarkt/Erwerb_Rentenalter.html) (8.2.2018), wonach in Deutschland im Jahr 2016 von den 65- bis 74-Jährigen mit hohem Bildungsabschluss 17 % erwerbstätig waren, während die Erwerbstätigkeitsquote unter den gering Qualifizierten 7 % betrug.; vgl. auch *Leopold*, WzS 2016, 19; *Brussig*, Köln Z Soziol 67 (2015), 295, 304.

47 Bezogen auf die Gruppe der 65- bis 74-Jährigen *Leopold*, WzS 2016, 19, 20, auch dazu, dass Männer im Alter mehr Arbeitsstunden leisten als Frauen.

48 Vgl. näher Bundesagentur für Arbeit, Situation von Älteren, Nürnberg November 2017, S. 15; bezogen auf 2005 auch *Bäcker/Brussig/Jansen et al.*, Ältere Arbeitnehmer, Erwerbstätigkeit und soziale Sicherheit im Alter, Wiesbaden 2009, S. 157 ff.

49 *Allmendinger*, Gute Arbeit, Ein analytischer Diskussionsrahmen, Diskussionspapier aus der Kommission »Arbeit der Zukunft«, Düsseldorf Januar 2016, S. 25.

50 Ebd.

51 *Brussig*, Köln Z Soziol 67 (2015), 295, 314; *Richter/Bode/Köper*, BAuA 2012, 1, 5; Statista, Durchschnittliche Falldauer von Arbeitsunfähigkeit in Deutschland nach Altersgruppen im Zeitraum von 2008 bis 2016, abrufbar unter <https://de.statista.com/statistik/daten/studie/77731/umfrage/arbeitsunfaehigkeit-falldauer-nach-altersgruppen/> (8.2.2018).

52 *Brussig*, Köln Z Soziol 67 (2015), 295, 314; zu hohen beruflich bedingten physischen Belastungen älterer Personen auch *Richter/Bode/Köper*, BAuA 2012, 1, 6; zur zunehmenden Multimorbidität bei älteren Menschen auch *Edenharter*, Der demografische Wandel als Herausforderung für das Raumordnungsrecht und das Baurecht, Berlin 2014, S. 60 f.

ältere Arbeitnehmer längere Arbeitsausfallzeiten als jüngere Arbeitnehmer.<sup>53</sup> Die Zahl der Krankheitstage steigt mit zunehmendem Lebensalter von durchschnittlich ca. 12 Tagen pro Jahr bei 20- bis 24-Jährigen auf ca. 30 Tage pro Jahr bei 60- bis unter 65-Jährigen.<sup>54</sup> Die Krankheitstagezahl nimmt dabei zwar in allen Berufen mit steigendem Lebensalter der Arbeitnehmer zu. Bei physisch weniger belasteten Arbeitskräften etwa in der Verwaltung, im Finanzwesen oder in der Datenverarbeitung verläuft der Anstieg der Zahl der Krankheitstage jedoch auf einem deutlich niedrigeren Niveau als bei körperlich stark belasteten Arbeitskräften wie Reinigungspersonal, Handwerkern und Pflegekräften.<sup>55</sup> Lediglich etwa die Hälfte aller Personen, die sich derzeit im Ruhestand befinden, ist regulär nach Erreichen der Regelaltersgrenze in Rente gegangen.<sup>56</sup> Vor dem regulären Renteneintrittsalter sind gesundheitsbedingt 28 % aus dem Beruf ausgeschieden,<sup>57</sup> wobei auch insoweit große Unterschiede zwischen den einzelnen Berufen bestehen.<sup>58</sup>

Ob und inwieweit diese Dezimierung der Zahl der Arbeitskräfte und die alterungsbedingt geringere Erwerbsbeteiligung zu einem Arbeitskräftemangel führt, ist branchen- sowie berufsbezogen unterschiedlich und hängt von dem jeweiligen Bundesland und der Region ab.<sup>59</sup> Generell lässt sich prognostizieren, dass ein Mangel an Arbeitskräften insbesondere bei hochqualifizierten Personen mit Hochschulabschluss eintreten wird.<sup>60</sup> Die Nachfrage nach Personen mit Fachhochschulabschluss und abgeschlossener Berufsausbildung wird sich ebenfalls ausweiten.<sup>61</sup> Der Bedarf an Geringqualifizierten, insbesondere an Personen ohne abgeschlossene Berufsausbildung, wird dagegen sinken.<sup>62</sup>

Betrachtet man die verschiedenen Branchen und Berufe, wird ab dem Jahr 2020 bis 2025 insbesondere für die Bereiche Energie, Maschinen- und Fahrzeugtechnik, die ingenieurtechnischen Berufe (Elektroingenieure, sonstige Ingenieure), das Handwerk, die Gastronomie und das Gastgewerbe, den Verkehr sowie das Lager-, Transport-, Sicherheits- und Wachgewerbe ein Arbeitskräfteengpass prognostiziert.<sup>63</sup> Das Gleiche gilt für das Erziehungswesen (Erzieher, Kinderpfleger) sowie Gesundheits-, Pflege-, Sozial- und Reinigungsberufe.<sup>64</sup> In anderen Bereichen wie zB. der Chemie, Physik und Mathematik, aber auch in der Landwirtschaft und dem Bergbau werden dagegen keine oder weniger Arbeitskräfte fehlen.<sup>65</sup>

## b) Konsequenzen für die Arbeitsproduktivität und Innovationsfähigkeit

Neben der Verminderung des Arbeitskräfteangebots wirkt sich der demografische Wandel durch die Bevölkerungsalterung auch auf das Leistungsvermögen der Arbeitnehmer aus. Mit zunehmendem Alter nehmen bestimmte Fähigkeiten wie die Geschwindigkeit der Informationsaufnahme und -verarbeitung, die körperliche und geistige Belastbarkeit, die Anpassungs- und Umstellungsfähigkeit sowie das Reaktions- und Abstraktionsvermögen und das Leistungsvermögen der Sinnesorgane ab.<sup>66</sup> Andere Leistungsparameter wie Experten- und Erfahrungswissen, Urteilsfähigkeit, Präzision, Kooperationsfähigkeit, Zuverlässigkeit und Verantwortungsbewusstsein nehmen dagegen zu.<sup>67</sup> Wiederum andere Fähigkeiten wie Entscheidungs- und Kommunikationsfähigkeit oder Kreativität bleiben über die Jahre

53 Richter/Bode/Köper, BAuA 2012, 1, 5 f.; Statista, Falldauer von Arbeitsunfähigkeit (Fn. 51), abrufbar unter <https://de.statista.com/statistik/daten/studie/77731/umfrage/arbeitsunfaehigkeit-falldauer-nach-altersgruppen> (8.2.2018).

54 Vgl. bezogen auf das Jahr 2016 Statista, Krankheit und Beruf, Hamburg 2016, S. 16; vgl. für das Jahr 2015 Techniker Krankenkasse, Gesundheitsreport 2016, Hamburg 2016, S. 133, Tabelle A6.

55 Brüssig, Köln Z Soziol 67 (2015), 295, 314; Richter/Bode/Köper, BAuA 2012, 1, 6.

56 Statistisches Bundesamt, Später in den Ruhestand?, Wiesbaden 2010, abrufbar unter <https://www.destatis.de/DE/Publikationen/STATmagazin/STATmagazin.html> (8.2.2018).

57 Statistisches Bundesamt, Später in den Ruhestand? (Fn. 56); S. auch Richter/Bode/Köper, BAuA 2012, 1, 6.

58 Der Anteil gesundheitsbedingt vorzeitig in den Ruhestand eingetretener Personen liegt zB. im Hoch- und Tiefbau bei 47 % und bei Malern und Lackierern bei 40 %, während er bei Autoren, Künstlern, Ingenieuren und Mathematikern bei 14 % bis 20 % liegt, näher Statistisches Bundesamt, Später in den Ruhestand? (Fn. 56).

59 Weitere Einflussfaktoren sind die Größe des Unternehmens, S. Bertelsmann Stiftung/Bundesvereinigung der Deutschen Arbeitgeberverbände, Demographiebewusstes Personalmanagement, Gütersloh 2010, Kap. I 3.

60 Brüssig, Köln Z Soziol 67 (2015), 295, 305 mwN.

61 Vgl. Institut für Arbeitsmarkt- und Berufsforschung, Handbuch Arbeitsmarkt 2013: Analysen, Daten, Fakten, Bielefeld 2012, S. 242 f.

62 Institut für Arbeitsmarkt- und Berufsforschung, Handbuch Arbeitsmarkt 2013 (Fn. 61), S. 242 f.; Brüssig, Köln Z Soziol 67 (2015), 295, 305.

63 Institut für Arbeitsmarkt- und Berufsforschung, Handbuch Arbeitsmarkt 2013 (Fn. 61), S. 241 f.; Institut für Arbeitsmarkt- und Berufsforschung, Beruf und Qualifikation im Jahr 2025: Ergebnisse einer BIBB/IAB-Modellrechnung, Nürnberg 2012, S. 14 ff.

64 Ebd.

65 Ebd.

66 Initiative Neue Qualität der Arbeit, Demographischer Wandel und Beschäftigung, Dortmund 2005, S. 7; Richter/Bode/Köper, BAuA 2012, 1, 3 f.; vgl. auch Falkenstein, BPUVZ 2015, 342, 343.

67 Initiative Neue Qualität der Arbeit, Demographischer Wandel und Beschäftigung (Fn. 66), S. 9; vgl. auch Richter/Bode/Köper, BAuA 2012, 1, 4.

konstant.<sup>68</sup> Welche Auswirkungen dies auf die Arbeitsproduktivität hat, wird unterschiedlich beurteilt, was auch daran liegt, dass zur Messung der Produktivität unterschiedliche Parameter verwendet werden.<sup>69</sup>

Eindeutiger scheint der Zusammenhang zwischen dem Alter und der Innovationsfähigkeit zu sein. Studien zeigen einen umgekehrt U-förmigen Zusammenhang zwischen Innovationserfolg und Alter.<sup>70</sup>

Mit zunehmendem Alter geht zudem die Bereitschaft zu einem Betriebswechsel sowie zur Teilnahme an Fort- und Weiterbildung zurück,<sup>71</sup> wobei diese Bereitschaft bei geringqualifizierten Erwerbstätigen schwächer ausgeprägt ist als bei höher Qualifizierten.<sup>72</sup>

### III. Auswirkungen von Industrie 4.0 auf den Arbeitsmarkt

Zu diesem demografisch bedingten Wandel des Arbeitsmarkts gesellt sich der mit dem Schlagwort Industrie 4.0 bezeichnete technologische Wandel. Mit Industrie 4.0 wird die vierte Stufe der Industrialisierung bezeichnet (sog. vierte industrielle Revolution<sup>73</sup>), dh., die systematische Automatisierung von Industrien durch den Einsatz cyber-physischer Systeme.<sup>74</sup> Produktion und Dienstleistungen werden durch die Anwendung moderner Informationstechnologie umfassend digitalisiert und vernetzt, sodass wesentliche Arbeitsschritte von Maschinen übernommen werden.<sup>75</sup> Die damit verbundenen Veränderungen für die Arbeitswelt werden unter dem Begriff Arbeit 4.0 diskutiert.<sup>76</sup>

Die Bedeutung und Tragweite von Industrie 4.0 wird sichtbar, wenn man sich konkrete Entwicklungen und Beispiele vor Augen führt, die teils heute schon den Alltag prägen. In deutschen Werkshallen allgegenwärtig sind vollautomatisierte, mit künstlicher Intelligenz ausgestattete Industrieroboter<sup>77</sup>, die montieren, lackieren oder Waren bewegen.<sup>78</sup> Auch 3-D-Drucker, die passgenau komplexe Bauteile oder kleinste Zahnfüllungen modellieren, haben längst Einzug in den Arbeitsalltag gehalten.<sup>79</sup> In naher Zukunft steht der Einsatz selbst fahrender Autos bevor, wie sie derzeit auf den Autobahnen getestet werden, oder fahrerlose Busse und Züge<sup>80</sup>, die bereits am Flughafen Frankfurt<sup>81</sup> oder in der Stockholmer Innenstadt<sup>82</sup> fahren. Aus dem Haushalt nicht mehr wegzudenken sind Staubsauger-, Fensterreiniger- und Rasenmäh-Roboter. Für eine Revolutionierung des Brief- und Pakettransportsektors

werden künftig Drohnen sorgen, wie sie aktuell von Unternehmen wie Amazon, Google und Deutsche Post getestet werden.<sup>83</sup> Im Bankwesen setzen Finanz-Startups mit Chatbots automatisierte Kommunikationssysteme als Bankberater ein.<sup>84</sup> Ebenfalls bereits im Einsatz oder in der Test-

68 Initiative Neue Qualität der Arbeit, Demographischer Wandel und Beschäftigung (Fn. 66), S. 9; vgl. auch *Falkenstein*, BPUVZ 2015, 342, 343.

69 Näher zu den unterschiedlichen Standpunkten *Veen*, Demographischer Wandel, alternde Belegschaften und Betriebsproduktivität, München 2008, S. 37 ff. Zur Einschätzung der Leistungsfähigkeit älterer Beschäftigter durch die Beschäftigten selbst eingehend *Bellmann/Hilpert/Kistler/Wahse*, MittAB 2003, 133, 142 ff.

70 Näher *Göke/Heupel*, Wirtschaftliche Implikationen des demografischen Wandels: Herausforderungen und Lösungsansätze, Essen 2013, S. 401 ff. Auch dieser Zusammenhang ist jedoch nicht unumstritten. Teilweise wird vertreten, dass die Auswirkungen des Alters auf die Innovationsfähigkeit von der Branche und dem Umfeld abhängen; teilweise wird ein Zusammenhang generell infrage gestellt, S. *Angrss/Bergmann/Dehnbostel* et al., Kompetenzentwicklung 2001: Tätigkeit – Lernen – Innovation, Berlin 2001, S. 41 ff.; ferner *Göke/Heupel*, Wirtschaftliche Implikationen des demografischen Wandels: Herausforderungen und Lösungsansätze, Essen 2013, S. 404 ff.

71 *Seyfried*, Ältere Beschäftigte: Zu jung, um alt zu sein: Konzepte – Forschungsergebnisse – Instrumente, Bielefeld 2011, S. 57; *Koppetsch*, Nachrichten aus den Innenwelten des Kapitalismus: Zur Transformation moderner Subjektivität, Wiesbaden 2011, S. 35 f.; *Brussig*, Köln Z Soziol 67 (2015), 295, 308.

72 Geringqualifizierte müssen bei Betriebswechseln mit Einkommensverlusten rechnen, S. Institut für Arbeitsmarkt und Berufsforschung, Einkommenseffekte von Betriebswechsellern: Neue Befunde für Ostdeutschland, IAB-Discussion Paper 8, Nürnberg 2013, S. 10.

73 Zum Begriff statt vieler *Kohte*, NZA 2015, 1417, 1418; *Hanau*, NJW 2016, 2613; *Steffan*, NZA 2015, 1409.

74 Vgl. *Krause*, NZA 2016, 1004; *Grimm*, ArbRB 2015, 336; *Hofmann*, ZD 2016, 12.

75 Vgl. *Krause*, NZA 2016, 1004; *Steffan*, NZA 2015, 1409.

76 Vgl. nur *Bissels/Meyer-Michaelis*, Der Betrieb 2015, 2331; *Kohte*, NZA 2015, 1417. Eingehend zu dem durch die Digitalisierung der Arbeitswelt ausgelösten Regelungsbedarf im Arbeitsrecht *Krause*, NZA 2016, 1004 ff.; speziell zu den Herausforderungen für den Arbeitsschutz *Däubler*, SR Sonderausgabe Juli 2016, 2, 23 ff.; *Kohte*, NZA 2015, 1417, 1418 ff.; zum Regelungsbedarf im Arbeitszeitrecht *Steffan*, NZA 2015, 1409, 1410 ff.; *Grimm*, ArbRB 2015, 336 ff.; *Raiff/Nann*, GWR 2016, 221, 223; *Jacobs*, NZA 2016, 7334 ff.

77 Zum Begriff des Roboters *Groß/Gressel*, NZA 2016, 990, 991.

78 Handelsblatt, 29.09.2010, abrufbar unter <http://www.handelsblatt.com/technik/forschung-innovation/milliardenmarkt-maschinenmensch-roboter-laufen-aus-den-werkshallen-seite-3/3550306-3.html> (8.2.2018).

79 RP-Online, 21.12.2014, abrufbar unter <http://www.rp-online.de/digitales/pc-tablets/3d-drucker-erobern-auch-die-industrie-aid-1.4754874> (8.2.2018); s. hierzu auch *Allmendinger*, Gute Arbeit (Fn. 49), S. 18.

80 Zum künftigen Einsatz fahrerloser Züge bei der Deutschen Bahn AG, s. INGENIEUR.de v. 11.05.2016, abrufbar unter <https://www.ingenieur.de/technik/fachbereiche/verkehr/bahnchef-grube-in-10-20-jahren-fahren-zuege-lokfuehrer/> (8.2.2018).

81 Frankfurter Neue Presse, 11. 3.2015, abrufbar unter <http://www.fnp.de/lokales/frankfurt/Hier-schwebt-alles-wie-geschmiert;art675,1302566> (8.2.2018).

82 Zum Einsatz fahrerloser Busse in Stockholm seit Januar 2018, Frankfurter Allgemeine Zeitung, 25.1.2018, S. 17.

83 Spiegel Online, 26. 7.2016, abrufbar unter <http://www.spiegel.de/wirtschaft/unternehmen/amazon-testet-paket-lieferung-per-drohne-in-grossbritannien-a-1104751.html> (8.2.2018).

84 Capital, 17.11.2016, abrufbar unter <https://www.capital.de/wirtschaft-politik/chatbot-fintech-kuenstliche-intelligenz-finanzen-siri-apple-8161> (8.2.2018).



phase sind journalistische Texte schreibende Roboter in Zeitungsredaktionen, operierende Medizinroboter in Krankenhäusern, in der Krankheitserkennung aktive Apps für Smartphones, Pflegeroboter in Pflegeheimen, Service-roboter im Kundendienst, Kochroboter in Restaurants und Musikroboter als Komponisten.<sup>85</sup> In Japan hat im Jahr 2015 das erste komplett robotisierte Hotel eröffnet, in dem statt Menschen humanoide Roboter am Hotelpflicht sitzen, die die Gäste mehrsprachig begrüßen, das Gepäck auf die Zimmer bringen und die Hotelzimmer reinigen.<sup>86</sup> Und wenn die Juristen dachten, dass die Automatisierung wenigstens an ihnen spurlos vorübergehe, zeigt ein Blick in die USA, dass dies ein Trugschluss war: Dort hat vor kurzem der erste Anwaltsroboter Einzug in eine Rechtsanwaltssozietät gehalten.<sup>87</sup>

Welche Konsequenzen diese Automatisierung der Produktions- und Dienstleistungsprozesse für den deutschen Arbeitsmarkt hat, ist bislang kaum erforscht. Für den US-amerikanischen Arbeitsmarkt kommt eine Studie<sup>88</sup> aus dem Jahr 2013 zu den Auswirkungen von Industrie 4.0 auf den Arbeitsmarkt zu dem Ergebnis, dass in den nächsten 10 bis 20 Jahren 47 % der Arbeitsplätze mit einer hohen Wahrscheinlichkeit von mehr als 70 % automatisiert, dh., durch Roboter ersetzt werden.<sup>89</sup> Ein weiteres Ergebnis der Studie ist, dass zwischen dem Einkommens- und Bildungsstand und der Wahrscheinlichkeit, durch einen Computer ersetzt zu werden, eine starke negative Beziehung besteht. Dh., die Automatisierungswahrscheinlichkeit sinkt mit steigendem Lohn und Ausbildungsniveau; sie betrifft vorwiegend Beschäftigte mit niedrigem Bildungsabschluss und geringem Einkommen.<sup>90</sup>

Überträgt man diese für den US-amerikanischen Arbeitsmarkt erstellte Studie auf Deutschland, arbeiten nach einer Untersuchung des ZEW 42 % der Beschäftigten in Deutschland in Berufen, die in den nächsten 10 bis 20 Jahren einer hohen Automatisierungswahrscheinlichkeit von mehr als 70 % unterliegen, wobei innerhalb dieser Berufe nur 12% der Tätigkeiten der Automatisierung zum Opfer fallen werden.<sup>91</sup> Nach Einschätzung von A.T. Kearney sind 45 % der heutigen Arbeitsplätze durch Roboter bedroht.<sup>92</sup> Nach anderer Ansicht liegt die Automatisierungswahrscheinlichkeit für Deutschland höher; die ING-DiBA prognostiziert, dass 59 % und damit 18 Mio. Arbeitsplätze in Deutschland durch Automatisierung gefährdet sind.<sup>93</sup> Das McKinsey Global Institute hat jüngst errechnet, dass in Deutschland bis zum Jahr 2030 24 % der aktuell

geleisteten Arbeitsstunden automatisiert werden können.<sup>94</sup> Durch Automatisierung gingen bis 2030 etwa 9 Mio. Jobs verloren und werde sich die Beschäftigung für 3 Mio. Arbeitnehmer ändern; gleichzeitig entstünden ca. 10 Mio. neue Jobs.<sup>95</sup> Damit werden nach McKinsey durch Automatisierung in ungefähr gleicher Anzahl neue Arbeitsplätze entstehen wie Arbeitsplätze wegfallen.

Einigkeit besteht im Wesentlichen darüber, dass die Automatisierungswahrscheinlichkeit umso geringer ist, je höher das Bildungsniveau der Beschäftigten ist. Hochqualifizierte Arbeitnehmer und solche mit hoher Spezialisierung oder Expertenwissen unterliegen nur einer geringen Automatisierungswahrscheinlichkeit.<sup>96</sup> Für geringqualifizierte Personen ist die Wahrscheinlichkeit dagegen hoch, dass ihr Arbeitsplatz durch Maschinen ersetzt wird.<sup>97</sup> Während für Beschäftigte mit lediglich Elementar- oder Primarbildung eine Automatisierungswahrscheinlichkeit von 80 % besteht, liegt die Wahrscheinlichkeit für Beschäftigte mit Hochschulabschluss nur bei 25 %; kommt eine Pro-

85 Vgl. zu diesen Beispielen *Groß/Gressel*, NZA 2016, 990 (991); *Däubler*, SR Sonderausgabe 2016, 2, 5 ff.

86 »Henn-na Hotel« in Sasebo. Weitere Beispiele für den Einsatz von Service-Robotern in der Tourismusbranche bei *Groß/Gressel*, NZA 2016, 990, 991.

87 Handelsblatt, 17.05.2016, abrufbar unter <http://www.handelsblatt.com/unternehmen/beruf-und-buero/buero-special/kuenstliche-intelligenz-die-robo-anwaelt-kommen/13601888.html> (8.2.2018).

88 *Frey/Osborne*, *The Future of Employment: How Susceptible are Jobs to Computerisation?*, Oxford 2013.

89 *Frey/Osborne*, *The Future of Employment: How Susceptible are Jobs to Computerisation?*, Oxford 2013, S. 37 f.

90 *Frey/Osborne*, *The Future of Employment* (Fn. 89), S. 40 ff.

91 ZEW, Übertragung der Studie von Frey/Osborne (2013) auf Deutschland – Endbericht (FB 455), Berlin 2015, S. 10, 14 f.

92 A.T. Kearney, *Wie werden wir morgen leben? Deutschland 2064 – Die Welt unserer Kinder* (361°), Hamburg/Berlin 2015, S. 23.

93 ING-DiBA, *Die Roboter kommen, Folgen der Automatisierung für den deutschen Arbeitsmarkt*, Economic Research, Frankfurt 30.4.2015, S. 1.

94 McKinsey Global Institute, *Jobs lost, jobs gained: workforce transitions in a time of automation*, New York December 2017, S. 94 (midpoint scenario).

95 Ebd.

96 ZB. Ärzte, Chemiker, Physiker, IT-Spezialisten, s.o. ING-DiBA, *Die Roboter kommen* (Fn. 93), S. 3; vgl. auch McKinsey Global Institute, *Jobs lost, jobs gained* (Fn. 94), S. 95; Institut für Arbeitsmarkt- und Berufsforschung, *Substituierbarkeitspotenziale von Berufen: Wenige Berufsbilder halten mit der Digitalisierung Schritt*, IAB-Kurzbericht 4/2018, 1 und 5.

97 ING-DiBA, *Die Roboter kommen* (Fn. 93), S. 2 f.; vgl. McKinsey Global Institute, *Jobs lost, jobs gained* (Fn. 94), S. 95 (midpoint scenario); *Allmendinger*, *Gute Arbeit* (Fn. 49), S. 10; IAB-Kurzbericht 4/2018, 1 und 5; vgl. auch *Kistler/Hilpert*, APuZ 2001, 5, 9; bezogen auf technologiebedingte Entlassungen Geringqualifizierter; *Neufeld*, AuA 2015, 504 bezogen auf den Abbau einfacher, manueller Tätigkeiten.

motion hinzu, sinkt der Wert auf 18 %.<sup>98</sup> Ein ähnlicher Zusammenhang wird beim Einkommen ausgemacht.<sup>99</sup>

Betrachtet man die verschiedenen Branchen und Berufe, sind namentlich Post- und Zustelldienste sowie Tätigkeiten in der Lagerwirtschaft durch Automatisierung gefährdet; ebenso Verkäufer und Kassierer, Buchhaltungs-, Sekretariats-, Sachbearbeiter-, Fremdsprachen- und Auskunftstätigkeiten, Berufe in der Gastronomie (zB. Köche und Servicekräfte), Reinigungskräfte, Maschinen- und Anlagenführer sowie Tätigkeiten in der Metallbearbeitung.<sup>100</sup> Nicht oder in geringem Maß durch Automatisierung gefährdet sind Arbeitsplätze in Branchen, die einen hohen Grad an Intelligenz oder Empathie erfordern, zB. Kinderbetreuung und -erziehung, Altenpflege, Sozialarbeit, Aufsichts- und Führungskräfte oder Maschinenbau.<sup>101</sup> Recht roboterresistent ist auch die Hochschulforschung und -lehre.<sup>102</sup>

Welche Konsequenzen sich hieraus für das Arbeitskräfteangebot ableiten, lässt sich derzeit nicht verlässlich prognostizieren, zumal das Zusammenwirken des technologischen Wandels mit dem demografischen Wandel bislang kaum untersucht ist. Ob und inwieweit ein demografisch bedingter Fachkräftengpass durch die fortschreitende Technologisierung gemildert oder gar behoben wird, steht nicht fest. Einigkeit besteht darüber, dass sich nicht linear von der Automatisierungswahrscheinlichkeit für Berufe oder Tätigkeiten auf Beschäftigungseffekte schließen lässt, weil auch eine hohe Automatisierungswahrscheinlichkeit nicht zwangsläufig dazu führt, dass die Arbeitsplätze ersatzlos wegfallen.<sup>103</sup> Die Automatisierung kann auch dazu führen, dass sich die Arbeitsplätze lediglich inhaltlich verändern.<sup>104</sup> Ferner werden durch den technologischen Wandel neue Arbeitsplätze entstehen, beispielsweise bei der Herstellung, Steuerung und Überwachung der neuen Technologien, sodass es zu einer Umschichtung von Arbeitsplätzen kommen wird.<sup>105</sup>

Industrie 4.0 könnte daher in einigen Bereichen einen demografiebedingten Facharbeitskräftemangel durchaus verringern; in anderen Bereichen kann sie ihn verschärfen, insbesondere im Bereich der intelligenten Arbeitsplätze für Hochqualifizierte.<sup>106</sup> Hand in Hand mit dem demografischen Wandel kann Industrie 4.0 in manchen Branchen und Regionen zu einer Polarisierung des Arbeitsmarkts mit starker Nachfrage nach hochqualifizierten Arbeitskräften und keiner oder geringer Nachfrage nach Geringqualifizierten führen.<sup>107</sup> Die infolge der Automatisierung veränderten oder neu entstehenden Arbeitsplätze werden in der Tendenz eine höhere Qualifikation erfordern als die Arbeitsplätze, die wegrationa-

lisiert werden.<sup>108</sup> Entsprechend könnte sich die Lohnungleichheit weiter verstärken.<sup>109</sup> Erforderlich werden daher gezielte Fort- und Weiterbildungen sowie Umschulungen, was bei den Arbeitnehmern die Bereitschaft zu lebenslangem Lernen sowie eine hohe Flexibilität und Anpassungsfähigkeit voraussetzt.<sup>110</sup>

#### IV. Herausforderungen für die Rechtsordnung: Strategien zur Bewältigung der Folgen des Bevölkerungswandels für den Arbeitsmarkt

Soweit der demografische Wandel trotz oder sogar verstärkt durch Industrie 4.0 in manchen Regionen und Berufen zu einem Mangel an Arbeitskräften führen wird und die Alterung der Arbeitskräfte fortschreitet, stellt sich die Frage, wie die Rechtsordnung diesen negativen Folgen für den Arbeitsmarkt begegnen oder sie zumindest lindern kann. Lange Zeit hat die Politik den demografischen Wandel geflissentlich ignoriert oder gebetsmühlenartig die hiermit verbundenen (unbestreitbaren) Chancen beschworen. Mittlerweile hat sich die Erkenntnis durchgesetzt, dass der Bevölkerungswandel aktiv begleitet und gestaltet werden muss. Erste Schritte in die richtige Richtung sind zum Beispiel das verstärkte Bemühen um Zuwanderung von Arbeitskräften aus anderen Ländern und deren Integration

98 ZEW, Übertragung der Studie von Frey/Osborne (2013) auf Deutschland, Endbericht (FB 455), Berlin 2015, S. 15 f.

99 Bei den 10 % Beschäftigten mit den höchsten Einkommen beträgt die Automatisierungswahrscheinlichkeit lediglich 20 %, s.o. ZEW, Endbericht (Fn. 98), S. 17.

100 ING-DiBA, Die Roboter kommen (Fn. 93), S. 2 ff.

101 A.T. Kearney, Wie werden wir morgen leben? (Fn. 92), S. 23.

102 ING-DiBA, Die Roboter kommen (Fn. 93), S. 3.

103 Ebd.

104 Däubler, SR Sonderausgabe 2016, 2 ff.

105 ING-DiBA, Die Roboter kommen (Fn. 93), S. 3; Däubler, SR Sonderausgabe 2016, 2, 7.

106 Zumkeller, AuA 2015, 334, 335.

107 Heuer/Lorenz, Personalführung 2016, 46.

108 Neufeld, AuA 2015, 504, 504 f.

109 Bundesministerium für Arbeit und Soziales, Weißbuch Arbeiten 4.0, Berlin 2017, S. 46.

110 DGUV, Kommentierung des Grünbuchs »Arbeiten 4.0« durch die gesetzliche Unfallversicherung, Berlin 2015, S. 2; Neufeld, AuA 2015, 504; Zumkeller, AuA 2015, 334 (335 f.); Bellmann/Hilpert/Kistler/Wahse, MittAB 2003, 133 (145, 147); vgl. auch Kistler/Hilpert, APuZ 2001, 5 (10 f.); Däubler, SR Sonderausgabe 2016, 2, 30 ff.

in den Arbeitsmarkt;<sup>111</sup> die 2007 erfolgte sukzessive Anhebung des abschlagsfreien Renteneintrittsalters von 65 auf 67 Jahre in der gesetzlichen Rentenversicherung;<sup>112</sup> die Einführung eines Nachhaltigkeitsfaktors in die Rentenanpassungsformel im Jahr 2004 für Beiträge und Rentenleistungen<sup>113</sup> sowie die Installation eines Demografie-Checks durch die Bundesregierung für Gesetzes- und Verordnungsvorhaben.<sup>114</sup>

All dies sind jedoch nur Tropfen auf den heißen Stein. An einer konsequenten und widerspruchsfreien Demografiestrategie zur Bewältigung der Folgen des Bevölkerungswandels für den Arbeitsmarkt fehlt es. Einer solchen Strategie sowie entsprechender Änderungen des rechtlichen Rahmens bedarf es aber, um die Konsequenzen des Rückgangs und der Alterung der Bevölkerung für den Arbeitsmarkt bewältigen zu können. Erforderlich sind insbesondere Maßnahmen, die darauf zielen, die sog. Stille Reserve<sup>115</sup> des Arbeitsmarkts, die namentlich Frauen, Geringqualifizierte und ältere Arbeitnehmer bilden,<sup>116</sup> besser als bislang zu nutzen und die Zuwanderung qualifizierter Fachkräfte zu verstärken.

## 1. Steigerung der Frauenerwerbstätigkeit

Von den aktuell 53 Mio. Menschen im erwerbsfähigen Alter sind rund 11 Mio. nicht beschäftigt.<sup>117</sup> Zu diesen erwerbsfähigen, aber nicht erwerbstätigen Personen gehören vor allem Frauen – sie bilden einen bedeutsamen Teil der Stillen Reserve des Arbeitsmarkts.<sup>118</sup>

Obwohl Frauen seit einiger Zeit im Durchschnitt mehr als die Hälfte der Studienabsolventen stellen<sup>119</sup> und oftmals bessere Studien- und Ausbildungsabschlüsse vorweisen als Männer,<sup>120</sup> partizipieren sie nach wie vor in deutlich geringerem Maß am Arbeitsmarkt als Männer. Zwar ist die Erwerbstätigkeitsquote der Frauen in den letzten Jahrzehnten kontinuierlich gestiegen. Während 1970 nur 46 % der erwerbsfähigen Frauen im Alter von 20 bis unter 65 Jahren einer Erwerbstätigkeit nachgingen,<sup>121</sup> sind es heute 74 %.<sup>122</sup> Die Erwerbstätigkeitsquote der Männer liegt bei 82 %.<sup>123</sup> Der Anstieg der Frauenerwerbstätigkeitsquote basiert jedoch fast ausschließlich auf mehr Teilzeitbeschäftigung; die Zahl der vollzeitbeschäftigten Frauen nahm beständig ab.<sup>124</sup> Im Jahr 2014 waren 47 % der Frauen teilzeitbeschäftigt,<sup>125</sup> was nur teilweise ihren Wünschen entspricht;<sup>126</sup> bei den Männern spielt Teilzeitarbeit mit 9 % eine weitaus geringere Rolle.<sup>127</sup> Im europäischen Vergleich weist Deutschland eine der

höchsten Frauen-Teilzeitquoten auf.<sup>128</sup> Ein Großteil der teilzeitbeschäftigten Frauen ist zudem nur geringfügig beschäftigt.<sup>129</sup> Im Hinblick auf die geleisteten Arbeitsstunden zeigen sich damit deutliche Beschäftigungsunterschiede zwischen Männern und Frauen. Zwischen ihnen besteht eine ausgeprägte Arbeitszeitlücke, die im europäischen Vergleich zu den größten zählt.<sup>130</sup>

111 Näher *Brussig*, Köln Z Soziol 67 (2015), 295, 306; Berlin Institut für Bevölkerung und Entwicklung, Anleitung zum Wenigersein, Discussion Paper 12, Berlin 2013, S. 6; vgl. auch Berlin-Institut für Bevölkerung und Entwicklung, Die Zukunft des Generationenvertrags, Discussion Paper 14, Berlin 2014, S. 18.

112 Näher *Ruland*, NZS 2016, 721, 726; *Kreikebohm*, SGB 2015, 181, 185 f.; *Schmähl*, rv 2015, 163, 164, 167. Zu den Regelaltersgrenzen in den europäischen Rentenversicherungssystemen im Vergleich *Schulte*, Soziale Sicherheit 2013, 153 f.

113 Näher *Kreikebohm*, SGB 2015, 181, 185; Berlin Institut für Bevölkerung und Entwicklung, Anleitung zum Wenigersein, Discussion Paper 12, Berlin 2013, S. 25.

114 Prüffragenkatalog des Bundesministeriums des Innern, Berlin 2014, abrufbar unter [https://www.bmi.bund.de/SharedDocs/downloads/DE/veroeffentlichungen/2014/prueffragen.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=1](https://www.bmi.bund.de/SharedDocs/downloads/DE/veroeffentlichungen/2014/prueffragen.pdf?__blob=publicationFile&v=1) (8.2.2018).

115 Zum Begriff statt vieler: Berlin-Institut für Bevölkerung und Entwicklung, Anleitung zum Wenigersein, Vorschlag für eine Demografiestrategie, Discussion Paper 12, 2013, S. 8; *Brussig*, Köln Z Soziol 67 (2015), 295, 298.

116 Zu diesen Personengruppen als Stille Reserve des Arbeitsmarkts S. nur Berlin-Institut für Bevölkerung und Entwicklung (Fn. 115), S. 8; *Brussig*, Köln Z Soziol 67 (2015), 295, 305.

117 Berlin Institut für Bevölkerung und Entwicklung, Die Zukunft des Generationenvertrags, Discussion Paper 14, Berlin 2014, S. 12.

118 Berlin Institut für Bevölkerung und Entwicklung, Die Zukunft des Generationenvertrags (Fn. 117), S. 13.

119 Statistisches Bundesamt, Frauenanteile, Akademische Laufbahn, Wiesbaden 2018, abrufbar unter <https://www.destatis.de/DE/ZahlenFakten/GesellschaftStaat/BildungForschungKultur/Hochschulen/Tabellen/FrauenanteileAkademischeLaufbahn.html> (8.2.2018).

120 Näher Böckler Impuls 4/2011, S. 4.

121 Bundeszentrale für politische Bildung, Erwerbstätigkeit, Berlin 2010, S. 2.

122 Statistisches Bundesamt, Erwerbstätigenquote der 20- bis unter 65-Jährigen in Deutschland nach Geschlecht von 2000 bis 2015, Wiesbaden 2016, abrufbar unter <https://de.statista.com/statistik/daten/studie/198921/umfrage/erwerbstae-tigenquote-in-deutschland-und-eu-nach-geschlecht/> (8.2.2018).

123 Ebd.

124 Berlin Institut für Bevölkerung und Entwicklung, Anleitung zum Wenigersein (Fn. 111), S. 20.

125 Statistisches Bundesamt, Arbeitsmarkt auf einen Blick, Deutschland und Europa, Wiesbaden 2016, S. 48.

126 Zu dem Wunsch teilzeitbeschäftigter Frauen nach einer Ausweitung ihrer (Teilzeit-)Berufstätigkeit Institut für Arbeitsmarkt- und Berufsforschung, IAB-Kurzbericht 4, Nürnberg 2015, S. 3.

127 Statistisches Bundesamt, Arbeitsmarkt auf einen Blick (Fn. 125), S. 48.

128 Statistisches Bundesamt, Arbeitsmarkt auf einen Blick (Fn. 125), S. 51.

129 Näher *Allmendinger*, Gute Arbeit (Fn. 49), S. 17.

130 WSI GenderDatenPortal, Arbeitszeiten im Ländervergleich 2015, Düsseldorf 2015, abrufbar unter <https://www.boeckler.de/62331.htm> (8.2.2018).

Ein maßgeblicher Grund für die geringere Erwerbsbeteiligung von Frauen ist die nach wie vor unzureichende Vereinbarkeit von Familie und Beruf in Deutschland.<sup>131</sup> Aufgrund gesellschaftlicher Stereotype und sozialer Rollenvorstellungen sind auch im 21. Jahrhundert noch überwiegend die Frauen für die Pflege und Erziehung von Kindern und die Pflege älterer Angehöriger zuständig.<sup>132</sup> Da Kita-, Kindergarten- und Hortplätze trotz erheblicher Anstrengungen des Staates vielerorts immer noch Mangelware<sup>133</sup> und Betreuungskosten nur eingeschränkt steuerlich absetzbar sind,<sup>134</sup> fehlen notwendige Vorbedingungen für eine stärkere Teilhabe von Müttern am Erwerbsleben.<sup>135</sup> Gefördert und vertieft wird die ungleiche Erwerbsbeteiligung von Frauen und Männern durch steuerliche und sozialversicherungsrechtliche Fehlanreize des Staates. Der Staat fördert mit seiner Ehe- und Familienpolitik nicht konsequent die Vereinbarkeit von Familie und Beruf für Frauen und Männer, sondern setzt mit einer Vielzahl nicht aufeinander abgestimmter Leistungen zum Teil widersprüchliche Anreize. Nicht wenige Ehe- und Familienleistungen fördern das traditionelle Modell der Alleinverdienerehe und -familie und wirken damit einer gleichberechtigten Aufteilung von Berufs- und Familienarbeit zwischen Eltern entgegen. Das gilt insbesondere für Maßnahmen wie das steuerrechtliche Ehegattensplitting (§§ 26b, 32a EStG) mit einem jährlichen Gesamtvolumen von ca. 24 Mrd. Euro<sup>136</sup> und die beitragsfreie Mitversicherung von Ehegatten in der gesetzlichen Kranken- (§§ 3 S. 3, 10 Abs. 1 SGB V) und Pflegeversicherung (§§ 1 Abs. 6 S. 3, 25 Abs. 1, 56 Abs. 1 SGB XI) mit einem jährlichen Finanzvolumen von ca. 10 bis 12 Mrd. €,<sup>137</sup> die faktisch wie Einkommensersatzleistungen für Frauen wirken, welche ihren Ausstieg aus dem Beruf fördern.<sup>138</sup>

Die vergleichsweise geringe Arbeitsmarktpartizipation der Frauen ist in Zeiten des demografischen Wandels nicht nur ein Problem für die Unternehmen, denen sie als Arbeitskräfte fehlen. Die niedrige Erwerbsbeteiligung stellt auch für die Frauen selbst ein Risiko dar, weil sie infolge von Teilzeitarbeit, geringfügiger Beschäftigung, häufigen Berufsausstiegen und -unterbrechungen sowie des Lohngefälles zwischen Männern und Frauen<sup>139</sup> im Fall einer Scheidung und im Alter über eine deutlich schlechtere finanzielle Versorgung verfügen als Männer und dementsprechend häufiger dem Risiko von Armut ausgesetzt sind.<sup>140</sup> Der Anteil der Frauen, deren eigene Altersrente unter 450 € beträgt, liegt in Westdeutschland bei knapp 50 % und in Ostdeutschland bei 12 %.<sup>141</sup> Der Gender Pen-

sion Gap, dh. die Differenz zwischen der durchschnittlichen eigenen Alterssicherung von Frauen und Männern, beträgt 59,6 %; Frauen beziehen damit um 59,6 % niedrigere eigene Alterssicherungsleistungen als Männer.<sup>142</sup> Die Europäische Kommission warnt deshalb schon seit Jahren, die Armut in Europa sei weiblich.<sup>143</sup> Nicht zuletzt belastet die geringe Arbeitsmarktbeteiligung der Frauen auch die Steuer- und Beitragszahler, aus deren Einkommen und Vermögen das verfassungsrechtlich (Art. 20 Abs. 1 iVm. Art. 1 Abs. 1 GG) unabdingbare Existenzminimum von Frauen gesichert wird, die ihren Lebensunterhalt nicht aus eigener Kraft bestreiten können.

Um dem entgegenzuwirken und die Teilhabe der Frauen am Arbeitsmarkt zu steigern, muss der Staat seine Ehe-, Familien- und Arbeitsmarktpolitik konsequent auf die

131 Statistisches Bundesamt, Arbeitsmarkt auf einen Blick (Fn. 125), S. 48.

132 Berlin Institut für Bevölkerung und Entwicklung, Anleitung zum Wenigersein, Discussion Paper 12, Berlin 2013, S. 20.

133 Detaillierter Überblick nach Regionen bei Statistische Ämter des Bundes und der Länder, Kindertagesbetreuung regional 2016, Ein Vergleich aller 402 Kreise in Deutschland, Berlin 2016.

134 Zum Problem Brosius-Gersdorf, Berufliche Chancengerechtigkeit für Mann und Frau als Ziel der Ehe- und Familienpolitik, in: Kluth (Hrsg.), Staatsrechtliches Forum, 2018, iE.; bezogen auf das EStG aF. auch Hey, NJW 2006, 2001, 2001 ff.; vgl. ferner ZEW, Gutachten für die Prognos AG, Evaluation zentraler ehe- und familienbezogener Leistungen in Deutschland, Endbericht, Mannheim 20. Juni 2013, S. VI, wonach die steuerliche Absetzbarkeit der Kinderbetreuungskosten Frauen und Männer zu einer Ausweitung des Arbeitsangebots motiviere, sodass eine stärkere Erwerbstätigkeit von Frauen sowie die wirtschaftliche Selbständigkeit beider Partner gefördert würden.

135 Berlin Institut für Bevölkerung und Entwicklung, Anleitung zum Wenigersein (Fn. 132), S. 13 f., 20.

136 ZEW, Gutachten für die Prognos AG, Evaluation zentraler ehe- und familienbezogener Leistungen in Deutschland, Endbericht, Mannheim 20. Juni 2013, S. 104.

137 Sachverständigenrat zur Begutachtung der gesamtwirtschaftlichen Entwicklung, Jahresgutachten 2005/06, Wiesbaden 2005, S. 350.

138 Näher Brosius-Gersdorf, Berufliche Chancengerechtigkeit für Mann und Frau (Fn. 134). Zu Leistungen der gesetzlichen Rentenversicherung, die die Unvereinbarkeit von Familie und Beruf für Frauen fördern, Brosius-Gersdorf, Ausgleich in den Rentensystemen von Zeiten außerhalb der Beschäftigung insbesondere bei Kindererziehung und Pflege von Angehörigen, DRV-Schriften Bd. 112 (2018), iE.

139 Der bereinigte/unbereinigte Gender Pay Gap betrug 2014 knapp 7 % bzw. 22 %, S. Allmendinger, Gute Arbeit (Fn. 49), S. 16.

140 Ruland, NZS 2016, 721, 725.

141 Riedmüller/Schmalreck, Eigenständige Alterssicherung von Frauen, Bestandsaufnahme und Handlungsbedarf, WISO Diskurs April 2011, Bonn 2011, S. 1, 18.

142 Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen und Jugend, Gender Pension Gap: Entwicklung eines Indikators für faire Einkommensperspektiven von Frauen und Männern, Berlin 2011, S. 7.

143 Europäische Kommission, Bericht der Kommission an den Rat, das Europäische Parlament, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen, Gleichstellung von Frauen und Männern, Brüssel 2010, S. 4 f.

Vereinbarkeit von Familie und Beruf ausrichten und gezielt auf einen Anstieg der Frauenerwerbstätigkeit hinwirken.<sup>144</sup> Hierzu ist es insbesondere unerlässlich, dass die Kinderbetreuungsinfrastruktur weiter ausgebaut wird und für jedes Kind erwerbstätiger Eltern ab seiner Geburt ein qualitativ hochwertiger Betreuungsplatz bereitsteht. Die Betreuungskosten müssen stärker als bislang steuerlich absetzbar sein.<sup>145</sup> Außerdem muss der Staat das steuerrechtliche Ehegattensplitting und die Ehegattenmitversicherung in der gesetzlichen Kranken- und Pflegeversicherung, die für Frauen wie »Berufsausstiegsprämien« wirken, abbauen und durch eine vereinbarkeitsorientierte Steuer- und Beitragspolitik ersetzen.<sup>146</sup> Zudem sollten haushaltsnahe Dienstleistungen steuerrechtlich verstärkt gefördert werden.<sup>147</sup> Flankierend sind (weitere) Korrekturen des Sozialversicherungsrechts erforderlich wie namentlich eine Umgestaltung der großen Witwenrente in der gesetzlichen Rentenversicherung, von der aktuell erhebliche Anreize für die Nichterwerbstätigkeit von Frauen ausgehen.<sup>148</sup> Dass die diskriminierungsbedingte Lohnlücke sowie die strukturellen Barrieren bei dem Zugang zu Führungspositionen<sup>149</sup> abgebaut werden müssen, ist nicht nur ein politisches Desiderat, sondern unmittelbar verfassungsrechtlich geboten.<sup>150</sup>

Im Arbeitsrecht kann eine weitere Flexibilisierung der Arbeitszeiten sowie der Arbeitsbedingungen etwa durch ein Recht auf Telearbeit dazu beitragen, dass Frauen mehr als bislang arbeiten.<sup>151</sup> Die durch Industrie 4.0 eröffneten Freiräume für Arbeitnehmer im Hinblick auf den Arbeitsplatz und die Arbeitszeit könnten der Vereinbarkeit von Familie und Beruf durchaus Vorschub leisten.

Solange der Staat die bestehenden Hürden für die Erwerbstätigkeit von Frauen nicht abbaut, können bereits realisierte Maßnahmen zur Durchsetzung der Chancengleichheit von Frauen und Männern im Beruf wie zB. das Elterngeld (Plus) samt Partnermonaten und Partnerschaftsbonus nicht vollständig wirken<sup>152</sup> und wird die Teilhabe der Frauen am Arbeitsmarkt niedrig bleiben.

Allerdings fruchtete eine vereinbarkeitsorientierte Politik des Staates wohl nicht in sämtlichen Bereichen des Arbeitsmarkts gleichermaßen, weil Frauen in bestimmten Berufen häufiger tätig sind als in anderen. So arbeiten Frauen nur selten im produzierenden Gewerbe; auch in MINT- oder Ingenieurberufen findet man häufiger Männer als Frauen.<sup>153</sup> Demgegenüber sind Frauen in Dienstleistungsbereichen überproportional stark ver-

treten; das gilt insbesondere für das Gesundheits- und Sozialwesen, die Lehre und Erziehung sowie die Unternehmensorganisation und Buchhaltung.<sup>154</sup> Was das Anforderungsniveau der Berufe betrifft, üben doppelt so viele Frauen wie Männer eine Hilfstätigkeit aus.<sup>155</sup> Auch Spezialisten- und Expertentätigkeiten sind unter Männern verbreiteter als unter Frauen.<sup>156</sup> Das Gleiche gilt für Führungsaufgaben.<sup>157</sup>

144 Näher Brosius-Gersdorf, Berufliche Chancengerechtigkeit für Mann und Frau (Fn. 134); Für eine Steigerung der Frauenerwerbstätigkeit durch eine Verbesserung der Vereinbarkeit von Familie und Beruf auch Ruland, NZS 2016, 721, 723, 178 und Berlin-Institut für Bevölkerung und Entwicklung, Anleitung zum Wenigersein, Vorschlag für eine Demografiestrategie, Discussion Paper 12, Berlin 2013, S. 20 f.; die Notwendigkeit, das Potenzial der Frauen als Arbeitskräfte zu nutzen, betonen auch Kistler/Hilpert, APuZ 2001, 5, 11.

145 Brosius-Gersdorf, Berufliche Chancengerechtigkeit für Mann und Frau (Fn. 134).

146 Brosius-Gersdorf, Berufliche Chancengerechtigkeit für Mann und Frau (Fn. 134).

147 Zum Problem Körper, DStR 2017, 238 ff.

148 Die Vorschriften über die Anrechnung von Einkommen oberhalb des Freibetrags auf die große Witwenrente für Witwen, die das 47. Lebensjahr vollendet haben oder ein Kind unter 18 Jahren erziehen (§ 46 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 und 2, § 97 SGB VI iVm §§ 18a ff. SGB IV), benachteiligen erwerbstätige gegenüber nicht erwerbstätigen Witwen und setzen damit Negativanreize für eine eigenständige, unabgeleitete Alterssicherung von Frauen, S. Brosius-Gersdorf, SGB 2016, 241 ff. und 321 ff.

149 Näher Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen und Jugend, Frauen in Führungspositionen – Barrieren und Brücken, Berlin 2010.

150 Näher Brosius-Gersdorf, Constitutional and EU-law aspects of introducing gender quota in supervisory boards and management boards of commercial enterprises, in: Sejm (Hrsg.), Frauenquoten in Führungspositionen, Hannover 2014, S. 315, 315 ff.

151 Ebenso Thüsing, SR 2016, 87, 100 f. Zu verschiedenen Möglichkeiten der Telearbeit durch Industrie 4.0 Däubler, SR Sonderausgabe 2016, 2, 2 ff.; Raiff/Nann, GWR 2016, 221 ff.

152 Zu den Auswirkungen des Elterngeld Plus auf die Frauenerwerbstätigkeit zuletzt BT-Drs. 19/400, S. 12 ff.

153 Bundesagentur für Arbeit, Der Arbeitsmarkt in Deutschland – MINT-Berufe, Nürnberg 2016, S. 7.

154 29,8% der erwerbstätigen Frauen sind im Gesundheits- und Sozialwesen sowie in der Lehre und Erziehung tätig; 26,3% der erwerbstätigen Frauen arbeiten in den Bereichen Unternehmensorganisation, Buchhaltung, Recht und Verwaltung; 18,5% der erwerbstätigen Frauen sind in den Sektoren kaufmännische Dienstleistungen, Warenhandel, Vertrieb, Hotel und Tourismus tätig; 10,8% der erwerbstätigen Frauen sind in Verkehr, Logistik, Schutz und Sicherheit beschäftigt, S. Statistisches Bundesamt, Wirtschaft und Statistik, Wiesbaden September 2014, S. 553 mit Tabelle 8.

155 Eine Hilfstätigkeit üben 14,7% der Frauen und 7,4% der Männer aus, S. Statistisches Bundesamt, Wirtschaft und Statistik, Wiesbaden September 2014, S. 555.

156 Spezialisten- und Expertentätigkeiten üben Männer zu 17,2% bzw. 20,2%, Frauen dagegen zu 12,4% bzw. 14,8% aus, Statistisches Bundesamt, Wirtschaft und Statistik (Fn. 155), S. 555.

157 Doppelt so viele Männer wie Frauen sind als Führungskraft tätig, S. Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen und Jugend, Frauen in Führungspositionen – Barrieren und Brücken, Berlin 2010, S. 7.

## 2. Geringqualifizierte Personen

Neben Frauen gehören geringqualifizierte Personen zur Stillen Reserve des Arbeitsmarkts. Im Zuge des Bevölkerungswandels wird der Bedarf an geringqualifiziertem Personal sinken, während die Nachfrage nach Hochqualifizierten steigt.<sup>158</sup> Diese Entwicklung wird durch Industrie 4.0 noch verstärkt. Zwischen dem Bildungsstand und der Wahrscheinlichkeit, durch einen Computer ersetzt zu werden, besteht eine starke negative Beziehung.<sup>159</sup> Die Automatisierung wird vorwiegend Beschäftigte mit niedrigem Bildungsabschluss und geringem Lohn treffen.<sup>160</sup> Hochqualifizierte unterliegen nur einer geringen Automatisierungswahrscheinlichkeit.<sup>161</sup> Bildung wird daher künftig noch mehr als heute unerlässliche Voraussetzung für die Teilhabe am Arbeitsmarkt sowie in Zeiten steigender Sozialversicherungsbeiträge und sinkender Rentenleistungen notwendige Vorbedingung zum Schutz vor Armut sein.<sup>162</sup>

Vor diesem Hintergrund bedarf es zur Bewältigung des demografischen Wandels verstärkt Investitionen in frühkindliche Bildung. Der Staat muss konsequent in den Ausbau frühkindlicher Bildungs- und Betreuungsangebote investieren und für die Inanspruchnahme dieser Angebote für Kinder aus sozial benachteiligten Familien Anreize setzen und sie ggf. sogar zur Pflicht machen. Kindergartenpflicht – oder besser: frühkindliche Bildungspflicht durch Teilnahme an Sprach- und anderen Bildungskursen – darf kein Tabu sein.

Die hierfür notwendigen finanziellen Aufwendungen lohnen sich für den Staat doppelt und dreifach: Ein hohes Bildungsniveau steigert und verlängert die Arbeitsmarkt- und Einkommenschancen und entsprechend die Steuer- und Beitragseinnahmen des Staates.<sup>163</sup> Zugleich senkt es die Gefahr von Arbeitslosigkeit, Krankheit und Altersarmut,<sup>164</sup> sodass der Staat Ausgaben spart. Ein hohes Bildungsniveau breiter Bevölkerungsteile trägt außerdem zu mehr sozialer Durchlässigkeit und Chancengleichheit bei,<sup>165</sup> um die es in Deutschland nicht gut bestellt ist<sup>166</sup> und steigert die politische und soziale Teilhabe.<sup>167</sup> Bildung ist und bleibt die beste Investition in die Zukunft – besonders in Zeiten des demografischen Wandels.

## 3. Ältere Personen als Arbeitskräfte

Einen dritten Teil der Stillen Reserve des Arbeitsmarkts bilden ältere Personen ab 55 Jahren.<sup>168</sup> Um die Folgen des demografischen Wandels für den Arbeitsmarkt bewältigen zu können, müssen auch sie stärker als bislang aktiviert werden.<sup>169</sup>

Dies gelingt nur, wenn ein ganzes Bündel staatlicher und betrieblicher Maßnahmen ergriffen wird.<sup>170</sup> Auf der gesetzgeberischen Ebene muss insbesondere im SGB VI das Renteneintrittsalter weiter erhöht werden. Wenn die durchschnittliche Lebenserwartung pro Jahrzehnt um 2 bis 3 Jahre steigt, kann das Renteneintrittsalter nicht konstant bleiben. Es sollte sinnvollerweise an den Anstieg der ferneren Lebenserwartung gekoppelt werden.<sup>171</sup> Wenn mit jedem dazugewonnen Lebensjahr das Renteneintrittsalter um 8 Monate stiege, bliebe das gegenwärtige Verhältnis von Erwerbsleben zu Ruhestand stabil.<sup>172</sup> Da ältere Arbeitnehmer heute durchschnittlich deutlich gesünder und leistungsfähiger sind als gleichaltrige Arbeitnehmer vor 50 Jah-

158 *Brussig*, Köln Z Soziol 67 (2015), 295, 305.

159 *Heuer/Lorenz*, Personalführung 2016, 46.

160 *Frey/Osborne*, The Future of Employment: How Susceptible are Jobs to Computerisation?, Oxford 2013, S. 41; ING-DiBA, Die Roboter kommen (Fn. 93), S. 2 f.

161 ING-DiBA, Die Roboter kommen (Fn. 93), S. 3.

162 Berlin-Institut für Bevölkerung und Entwicklung, Die Zukunft des Generationenvertrags, Discussion Paper 14, 2014, S. 27.

163 Ebd.

164 Ebd.

165 Ebd.

166 Bundeszentrale für politische Bildung, Soziale Mobilität, Datenreport 2016, Berlin 2016, abrufbar unter <http://www.bpb.de/nachschlagen/datenreport-2016/226465/chancengleichheit-in-der-gesellschaft> (8.2.2018).

167 Berlin-Institut für Bevölkerung und Entwicklung, Die Zukunft des Generationenvertrags (Fn. 162), S. 27.

168 Berlin-Institut für Bevölkerung und Entwicklung, Die Zukunft des Generationenvertrags (Fn. 162), S. 27.

169 Ebenso statt vieler Berlin-Institut für Bevölkerung und Entwicklung, Anleitung zum Wenigersein, Vorschlag für eine Demografiestrategie, Discussion Paper 12, Berlin 2013, S. 16; *Kistler/Hilpert*, APuZ 2001, 5, 9, 11; *Allmendinger*, Gute Arbeit (Fn. 49), S. 25.

170 Zu betrieblichen Maßnahmen wie Altersteilzeit, Langzeitkonten und Teilrenten, die teilweise bereits Gegenstand von Tarifverträgen sind, *Kreikebohm*, SGB 2015, 181, 192.

171 OECD, Wirtschaftsberichte Deutschland 2016, Berlin 2016, S. 39; Europäische Kommission, Weißbuch, Eine Agenda für angemessene, sichere und nachhaltige Pensionen und Renten, COM(2012) 55 final, Brüssel 2012, S. 10 ff.; Berlin-Institut für Bevölkerung und Entwicklung, Die Zukunft des Generationenvertrags, Discussion Paper 14, Berlin 2014, S. 24; Berlin Institut für Bevölkerung und Entwicklung, Anleitung zum Wenigersein, Discussion Paper 12, 2013, S. 19, 27; *Ruland*, NZS 2016, 721, 728 f. Kritisch gegenüber einer Koppelung des Renteneintrittsalters an die steigende Lebenserwartung dagegen *Rische*, RV aktuell 1-2/2013, 2, 3; *Schulte*, Soziale Sicherheit 2013, 153, 155.

172 Das Erwerbsleben ist aktuell doppelt so lang wie der Ruhestand, s.o. Berlin-Institut für Bevölkerung und Entwicklung, Die Zukunft des Generationenvertrags, (Fn. 162), S. 25. Dieses Prinzip der dynamischen Anpassung wurde in Dänemark eingeführt, wo sich das Renteneintrittsalter um 1 Jahr je Jahr dazugewonnener Lebenserwartung nach hinten schiebt, näher s.o. Berlin-Institut für Bevölkerung und Entwicklung, Die Zukunft des Generationenvertrags, (Fn. 162), S. 24 f.

ren,<sup>173</sup> ist die Anhebung der Regelaltersgrenze auch zumutbar. Dies gilt umso mehr, als medizinische Studien darauf hinweisen, dass ein früher Renteneintritt bei Männern das Risiko für einen frühen Tod erhöht und dass umgekehrt länger lebt, wer länger arbeitet.<sup>174</sup> Allerdings muss über Sonderregelungen für Arbeitnehmer mit besonders belastenden Tätigkeiten nachgedacht<sup>175</sup> oder konsequent auf Umschulung gesetzt werden.

Bei einem vorzeitigen Ausscheiden aus dem Beruf sollten höhere finanzielle Abschläge erwogen werden, um die Anreize für Frühverrentungen zu minimieren.<sup>176</sup> Zusätzlich könnten wie in anderen Ländern finanzielle Anreize in Form höherer Zuschläge zur Rente bei einer Erwerbstätigkeit über die Regelaltersgrenze hinaus eingeführt werden. In Estland wird jeder zusätzliche Monat Erwerbsarbeit nach Erreichen der Regelaltersgrenze mit einer Rentenerhöhung von 0,9 % verüßt.<sup>177</sup>

Ferner sollte der Übergang vom Arbeitsleben in den Ruhestand jenseits der Regelaltersgrenze flexibilisiert und damit stärker für die Besonderheiten des Einzelfalls geöffnet werden.<sup>178</sup> Eine Möglichkeit könnte die Regelung eines Rechts der Arbeitgeber zur befristeten (Weiter-)Beschäftigung der Arbeitnehmer nach Erreichen der Regelaltersgrenze unter Änderung des § 14 Abs. 3 TzBfG sein.<sup>179</sup> Auch die Befristungsdauer von max. 5 Jahren sowie die Voraussetzung der Beschäftigungslosigkeit vor Beginn des befristeten Beschäftigungsverhältnisses (s. § 14 Abs. 3 TzBfG) sollten überdacht werden.<sup>180</sup> Unter Zugrundlegung der Mangold-Rechtsprechung des EuGH<sup>181</sup> wird man allerdings prüfen müssen, ob eine Befristung wegen des Erreichens der Regelaltersgrenze eine unionsrechtlich unzulässige Altersdiskriminierung darstellt.<sup>182</sup> Der EuGH hat indes in der Bewältigung der demografischen Entwicklung bereits mehrfach ein legitimes Ziel der Arbeits- und Sozialpolitik gesehen.<sup>183</sup>

Zur Förderung der Erwerbstätigkeit älterer Arbeitnehmer sollte außerdem die Altersteilzeit nach dem Altersteilzeitgesetz überprüft werden im Hinblick auf ihre Wirkung als Frühverrentungsinstrument sowie darauf, dass sie vorwiegend nicht gleitend, sondern als Blockmodell wahrgenommen wird, bei dem die Arbeitnehmer abrupt aus dem Erwerbsleben ausscheiden.<sup>184</sup> Die Verfügbarkeit der Altersteilzeit ab dem 55. Lebensjahr und die gewährten Aufstockungsleistungen (s. §§ 1, 3 AltTZG) sollten im Hinblick auf ihre Arbeitsmarkteffekte hinterfragt werden.<sup>185</sup> Auf den Prüfstand gehört zudem der begründungslose Anspruch auf Altersteilzeitarbeit gem. § 8 Alt-

TZG.<sup>186</sup> Für die Integration älterer Arbeitnehmer in den Arbeitsmarkt kontraproduktiv sind außerdem § 428 SGB III und § 65 Abs. 4 SGB II, wonach erwerbsfähige Personen ab dem 58. Lebensjahr Anspruch auf Arbeitslosengeld haben, ohne dem Arbeitsmarkt zur Verfügung stehen zu müssen.<sup>187</sup>

Wirkte der Gesetzgeber durch diese und weitere Maßnahmen<sup>188</sup> auf eine Verlängerung der Lebensarbeitszeit hin, gewonnen der Erhalt der Arbeits- und Beschäftigungsfähigkeit sowie die permanente Anpassung der Qualifikation an die sich ändernden Arbeitsmarktbedürfnisse (weiter) an Bedeutung. Auch insoweit ist der Gesetzgeber gefordert, der durch arbeits-, sozial- und steuerrechtliche Regelungen für den Erhalt der Gesundheit der Beschäftigten Sorge tragen muss – etwa durch einen geeigneten Rahmen für vermehrte Fort- und Weiterbildung sowie Umschulung, durch verbesserte Prävention und Rehabilitation in der gesetzlichen Kranken-, Renten- und Unfallversicherung oder durch Steuervergünstigungen und sozialversicherungsrechtliche Prämien für Gesundheits- und Sicherheitsprogramme der Betriebe für ältere Arbeitnehmer.<sup>189</sup>

173 Berlin-Institut für Bevölkerung und Entwicklung, Die Zukunft des Generationenvertrags (Fn. 162), S. 24.

174 Mit Nachweisen näher *Kreikebohm*, SGB 2015, 181, 191.

175 Ebenso *Schulte*, Soziale Sicherheit 2013, 153, 155, auch zu entsprechenden Sonderregelungen in anderen europäischen Ländern.

176 Berlin-Institut für Bevölkerung und Entwicklung, Anleitung zum Wenigersein (Fn. 169), S. 21. Zu Abschlägen bei vorzeitigem Renteneintritt in anderen europäischen Ländern *Schulte*, Soziale Sicherheit 2013, 153, 154.

177 Deutsche Rentenversicherung, Meine Zeit in Estland – Arbeit und Rente europaweit, 8, Berlin 2016, S. 10.

178 Vgl. auch *Kreikebohm*, SGB 2015, 181, 190 f.

179 *Kröger/Swyter*, Betriebliche Altersversorgung 2014, 591, 594 f.

180 Näher *Kröger/Swyter*, Betriebliche Altersversorgung 2014, 591, 595.

181 EuGH, 22.11.2005 – C-144/04 – Slg. 2005, I-9981 (Mangold); näher *Schulte*, ZFSH/SGB 2014, 395, 402 ff.

182 Zum Problem *Börsch-Supan/Bucher-Koenen/Kluth* et al., Vor- und Nachteile höherer Flexibilität als Instrument zur Erhöhung der Beschäftigung Älterer, MEA Discussion Papers 6, Berlin 2015, S. 1, 35 f.

183 Mit Nachweisen aus der Rechtsprechung des EuGH näher *Kröger/Swyter* Betriebliche Altersversorgung 2014 (Fn. 179), 591, 595 mwN.

184 *Brussig*, Köln Z Soziol 67 (2015), 295, 316.

185 Zum Problem *Wanger*, IAB-Kurzbericht 8, Berlin 2009, S. 1 ff.

186 *Hanau*, ZIP 2011, 1, 4.

187 Näher *Buchner*, NZA-Beil. 2008, 47, 50; *Bellmann/Hilpert/Kistler/Wahse*, MittAB 2003, 133, 141.

188 Weitere Vorschläge zB. bei *Kreikebohm*, SGB 2015, 181, 191 f., der ua. für die Einführung einer Teilrente als eigene Rentenart nach Vollendung des 60. Lebensjahres und die Abschaffung von Hinzuverdienstgrenzen plädiert.

189 *Waltermann*, RdA 2015, 343, 344.

#### 4. Zuwanderung von Facharbeitskräften

Allein mit heimischen Personalreserven lassen sich der demografiebedingte Rückgang und die Alterung der erwerbsfähigen Bevölkerung nur verlangsamen und mildern, nicht aber aufhalten oder gar umkehren.<sup>190</sup> Aus diesem Grund muss ein drittes Standbein der Demografiepolitik die verstärkte Zuwanderung von Facharbeitskräften nach Deutschland sowie die systematische Integration der zugewanderten Menschen in den Arbeitsmarkt sein. Dabei muss das Bemühen um hochqualifizierte Arbeitskräfte und Fachkräfte für Branchen im Vordergrund stehen, in denen selbst nach Aktivierung der Stillen Reserve noch Arbeitskräftemangel herrscht.<sup>191</sup> In den vergangenen Jahren hat Deutschland primär von Zuwanderung aus Staaten der Europäischen Union profitiert.<sup>192</sup> Da der potenzielle Einwanderermarkt aus Drittstaaten erheblich größer ist als der europäische Markt<sup>193</sup> und die Zuwanderung aus anderen EU-Staaten nach Bewältigung der dortigen Wirtschafts- und Finanzkrisen wieder abebben wird,<sup>194</sup> liegt es nahe, vermehrt auf Einwanderung aus Drittstaaten zu setzen.<sup>195</sup>

Um gezielt mehr hochqualifizierte Drittstaatler anzuwerben, könnte zB. das ohnehin bereits liberalisierte Einwanderungsrecht weiter gelockert werden. Eine Möglichkeit unter vielen ist die Änderung des § 18c AufenthaltsgG, wonach Ausländern mit Hochschulabschluss zum Zwecke der Arbeitsplatzsuche in Deutschland eine Aufenthaltserlaubnis für bis zu 6 Monate erteilt werden kann. Eine Verlängerung dieser Befristung auf 1 Jahr sowie eine Ausdehnung auf qualifizierte Ausländer ohne Hochschulabschluss würde die Jobsuche vereinfachen.<sup>196</sup> In Betracht kommen ferner Migrationspartnerschaften mit anderen Ländern<sup>197</sup> sowie ein verstärktes Bemühen um den Verbleib ausländischer Studierender in Deutschland nach dem Studium.<sup>198</sup> Auch der zunehmenden Abwanderung deutscher Fachkräfte in das grenznahe EU-Ausland<sup>199</sup> sollte durch Bleibeanreize entgegengewirkt werden.

Dass Zuwanderung für sich genommen nicht ausreicht, um den demografischen Wandel zu bewältigen, steht außer Frage.<sup>200</sup> Um die Erwerbspersonenzahl auf dem heutigen Niveau konstant zu halten, müssten jährlich über eine halbe Million Menschen mehr zu- als abwandern.<sup>201</sup> Der Alterungsprozess lässt sich selbst durch hohe Zuwanderung nur abschwächen, nicht aufhalten.<sup>202</sup>

#### IV. Resümee

Die schlechte Nachricht ist: Der demografische Wandel ist unausweichliche Realität. Die Bevölkerung in Deutschland schrumpft und altert. Das hat gravierende Folgen für den Arbeitsmarkt. Ob Industrie 4.0 diese Folgen mildern wird, lässt sich heute noch nicht sicher sagen. In einigen Bereichen könnte der technologische Wandel den Facharbeitskräftemangel verringern, in anderen Bereichen mag er ihn verschärfen. Fest steht, dass Industrie 4.0 die Arbeitswelt verändern und Hand in Hand mit dem demografischen Wandel zu einer Polarisierung des Arbeitsmarkts führen wird.

Die gute Nachricht ist: Der demografische Wandel lässt sich durch geeignete Strategien und Änderungen der Rechtsordnung aktiv begleiten und gestalten. Erforderlich ist eine gezielte Demografiestrategie, die die Konsequenzen des Bevölkerungswandels für den Arbeitsmarkt auffängt. Hierzu gehören insbesondere Maßnahmen, die darauf hinwirken, dass die Stille Reserve an Frauen, Geringqualifizierten und älteren Arbeitnehmern stärker als bislang für den Arbeitsmarkt aktiviert wird.

190 Fuchs/Söhnlein/Weber, IAB-Kurzbericht 16, Nürnberg 2011, S. 1, 6.

191 Berlin Institut für Bevölkerung und Entwicklung, Anleitung zum Wenigersein, Discussion Paper 12, Berlin 2013, S. 18.

192 Ebd.

193 Vgl. Berlin Institut für Bevölkerung und Entwicklung, Marktstudie: Internationale Arbeitskräfte einstellen, Berlin 2016, S. 7, 15.

194 Berlin Institut für Bevölkerung und Entwicklung, Anleitung zum Wenigersein (Fn. 191), S. 18.

195 Berlin Institut für Bevölkerung und Entwicklung, Anleitung zum Wenigersein (Fn. 191), S. 18. Zur Konkurrenz der europäischen Staaten »um die besten Köpfe« Brussig, Köln Z Soziol 67 (2015), 295, 306 f.

196 Entsprechender Vorschlag im Entwurf eines Gesetzes zur Einführung eines Einwanderungsgesetzes, BT-Drs. 18/11854, S. 24 f.

197 Näher Lübke, ZAR 2017, 15 ff.

198 Berlin Institut für Bevölkerung und Entwicklung, Anleitung zum Wenigersein (Fn. 191), S. 19.

199 Brussig, Köln Z Soziol 67 (2015), 295, 306 f.

200 S. nur Ruland, NZS 2016, 721, 724. Die Bevölkerung Deutschlands wird selbst bei einer Netto-Zuwanderung von 200.000 Menschen im Jahr bis 2060 um mehr als 8 Mio. Menschen schrumpfen. Läge die Netto-Zuwanderung bei 100.000 Menschen, ginge die Bevölkerungszahl bis 2060 um 11 Mio. zurück, S. Berlin Institut für Bevölkerung und Entwicklung, Marktstudie: Internationale Arbeitskräfte einstellen, Berlin 2016, S. 6.

201 Berlin Institut für Bevölkerung und Entwicklung, Marktstudie (Fn. 200), S. 4, 6.

202 Statistisches Bundesamt, Wiesbaden, Pressemitteilung Nr. 21 vom 20.1.2016.



## Zusammenfassungen

### Lokiec: Ein neues Arbeitsrecht für Frankreich?

SR SR 2/2018, S. 48–61

Der Autor beleuchtet die Hintergründe und Konsequenzen der »Rechtsverordnungen Macron« auf das französische Arbeitsrecht: Die Berufung auf das Flexicurity-Konzept als Grundstein der Arbeitsreformen sowie eine sich abzeichnende Eingliederung des Arbeitsrechts in das Unternehmensrecht. Er mahnt insofern die Erhaltung der Schutzfunktion des Arbeitsrechts an.

### Colneric: Internationales Recht als Impuls zur Entwicklung sozialer Rechte in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs

SR SR 2/2018, S. 62–69

Die Autorin zeichnet zunächst die unterschiedlichen Methodiken des EuGH im Rückgriff auf internationale Vereinbarungen bei der Entwicklung sozialer Rechte nach. Danach erläutert sie, wie internationales Recht auch künftig dessen Rechtssprechung beeinflussen kann.

### Brosius-Gersdorf: Demografischer Wandel in Deutschland – Auswirkungen auf die Arbeitswelt und Herausforderungen für die Rechtsordnung

SR SR 2/2018, S. 70–83

Die Autorin zeigt die Alterung und Abnahme der Bevölkerung in Deutschland auf und stellt diese Entwicklung in den Kontext einer sich wandelnden Arbeitswelt, die mit dem Stichwort »Industrie 4.0« beschrieben wird. Sie zeigt auf, dass durch geeignete rechtspolitische Strategien diese Entwicklung gezielt (positiv) beeinflussbar ist.

## Abstracts

### Lokiec: A new labour law for France?

SR SR 2/2018, pp. 48–61

The author examines the background and consequences of the »ordinances Macron« on French labour law: the utilisation of the flexicurity-concept as foundation of the labour reforms and the emerging integration of labour law into company law. In that respect he urges to maintain the protective function of labour law.

### Colneric: International law as a stimulus for developing social rights in the case-law of the ECJ

SR SR2/2018, pp. 62–69

The author traces the different methodological approaches of the ECJ in referring to international agreements for developing social rights. She explains how international law might influence future case-law of the ECJ.

### Brosius-Gersdorf: Demographic change in Germany – impacts on the working environment and challenges for the legal system

SR SR2/2018, pp. 70–83

The author explains the demographic ageing and decline in population in Germany and puts this development in context of a changing working environment, which is described as »Industry 4.0«. She points out that this process can be (positively) influenced by suitable legislative strategies.

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

### Abhandlungen

- *Daniel Ulber*: Tarifdispositives Gesetzesrecht
- *Achim Seifert*: Internationale Standards des Arbeitszeitrechts
- *Wolfgang Däubler*: Eine Utopie aus der Wüste? Der »Code du Travail Alternatif« in Frankreich

### Rezensionen

- *Laura Schmitt*: Die Haftung betriebsverfassungsrechtlicher Gremien und ihrer Mitglieder (*Ulrich Koch*)