

**VEREINBARKEIT VON BERUF UND FAMILIE: SCHUTZMASSNAHMEN FÜR
SCHWANGERE ARBEITNEHMERINNEN, MUTTERSCHAFTSURLAUB UND
ELTERNURLAUB**

ERA-TAGUNG ZUM EU-GLEICHSTELLUNGSRECHT

EUROPÄISCHE RECHTSAKADEMIE TRIER 7. - 8. APRIL 2014

CLAIRE BRUTON LL.B (DUB), LL.M (LOND), RECHTSANWÄLTIN

EINFÜHRUNG:

Die Frage der Vereinbarkeit von Berufs-, Privat- und Familienleben hat auf der sozialen Agenda der Europäischen Union ihren festen Platz. Der Rat versucht, einen Lebenszyklusansatz für die Arbeit zu schaffen, der – unter anderem – durch eine bessere Vereinbarkeit von Berufs- und Privatleben sowie die Bereitstellung zugänglicher und erschwinglicher Betreuungseinrichtungen für Kinder und sonstige betreuungsbedürftige Personen gefördert werden soll – in dem Streben nach einem ausgewogenen Verhältnis von Berufs- und Privatleben, das immer stärker in den Mittelpunkt des Interesses rückt. Die Kommission hat sich in ihrer Strategie für 2010-2015 verpflichtet, sich in diesem Bereich um weitere Verbesserungen zu bemühen, wobei insbesondere die im Kontext der Richtlinie über den Elternurlaub erzielten Fortschritte zu nennen wären.¹

Die Mitgliedstaaten treffen eine breite Palette von Maßnahmen mit dem Ziel, die Vereinbarkeit von Berufs- und Privatleben zu fördern, beispielsweise Rechtsvorschriften zu Teilzeitarbeit, verschiedene Formen von Urlaub, flexible Arbeitszeitregelungen, Bereitstellung von Kinderbetreuungsleistungen sowie finanzielle Leistungen.

In ihrem Bericht von 2007 über die Gleichstellungsagenda hat die Europäische Kommission das Dilemma von Eltern, die am Arbeitsmarkt teilhaben wollen, genau zusammengefasst:

„Unser Leben hat sich in den letzten 30 Jahren dramatisch verändert. Junge Eltern erwarten, dass sie ihre Kinder gemeinsam erziehen können, und beide – Frauen und Männer – wollen flexibler arbeiten und ältere Angehörige stärker unterstützen

¹ Mitteilung der Kommission, *Strategie für die Gleichstellung von Frauen und Männern 2010-2015*, KOM(2010) 491 endgültig.

können. Aber das Leben um uns herum hält damit nicht Schritt, und wir leben noch immer mit den Konsequenzen einer nicht zum Abschluss gebrachten sozialen Revolution. Nach wie vor sind wir mit zahlreichen Arbeitsplätzen, Einrichtungen und Leistungen konfrontiert, die für eine Zeit konzipiert wurden, in der die Frauen zuhause blieben. In anderen Bereichen des modernen Lebens tritt die Ungleichbehandlung der Geschlechter in Fragen von Leben und Tod besonders deutlich zutage.“²

Dieses Papier enthält einen Überblick und eine Analyse der einschlägigen Rechtsvorschriften der EU und der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union, insbesondere im Hinblick auf Schwangerschafts- und Mutterschaftsrechte, Elternurlaub, Vaterschaftsurlaub und andere familienbezogene Urlaubsarten. Es wird einen Überblick über die Rechtsvorschriften und die Entwicklung der Rechtsprechung in diesem Bereich geben, wobei der besondere Schwerpunkt auf der jüngsten Rechtsprechung und potenziellen künftigen Entwicklungen liegen wird.

Im Kontext der Schwangerschaft unterscheidet der EuGH weiterhin zwischen den Rechten von schwangeren Arbeitnehmerinnen, die ihre ursprüngliche Arbeit weiterhin ausüben, und solchen, die aufgrund ihrer Schwangerschaft ihre Arbeit aufgeben oder andere Aufgaben übernehmen mussten. Die Frage der Schutzmaßnahmen für schwangere Arbeitnehmerinnen am Arbeitsplatz ist eine äußerst aktuelle Frage, insbesondere weil die Erwerbsbeteiligung von Frauen in der EU nach wie vor zunimmt und im Rahmen dieses Trends Mütter von kleinen Kindern hinsichtlich der Ausübung einer bezahlten Arbeit immer aktiver werden.³

SCHWANGERSCHAFT UND MUTTERSCHAFTSURLAUB

Rechtsquellen:

Neufassung der Gleichbehandlungsrichtlinie:

² Equal Opportunities' Commission, *Gender Agenda* (2007).

³ Die Beschäftigungsquote von Frauen in der EU hat sich von 51,1% im Jahr 1997 auf 58,3% im Jahr 2007 und 62,5% im Jahr 2010 erhöht. Siehe Europäische Kommission, *Bericht zur Gleichstellung von Frauen und Männern 2009*, (Luxemburg: Amt für Veröffentlichungen der Europäischen Union, 2010), S. 8, und Europäische Kommission, *Bericht zur Gleichstellung von Frauen und Männern 2011* (Luxemburg: Amt für Veröffentlichungen der Europäischen Union, 2011), S. 5.

Die neugefasste Gleichbehandlungsrichtlinie⁴ wurde als Bestandteil des Programms der Europäischen Kommission für bessere Rechtsetzung angenommen. Die Gleichstellungsrichtlinien⁵ wurden neugefasst und zu einer einzigen Richtlinie konsolidiert, wodurch das EU-Recht zur Gleichbehandlung von Männern und Frauen vereinfacht wurde. Die Schwangerschaftsrichtlinie blieb vom Anwendungsbereich der konsolidierten Richtlinie ausgenommen.

Das Ziel der neugefassten Richtlinie ist die Verwirklichung des Grundsatzes der Chancengleichheit und der Gleichbehandlung von Männern und Frauen in Arbeits- und Beschäftigungsfragen, da die Gleichstellung von Männern und Frauen ein Grundprinzip des Gemeinschaftsrechts gemäß dem Vertrag und gemäß der Rechtsprechung des Gerichtshofs ist.

Die neugefasste Richtlinie enthält eine Reihe von Bestimmungen, die sich speziell auf die Rechte schwangerer Arbeitnehmerinnen im Bereich des Zugangs zur Beschäftigung und der Arbeitsbedingungen beziehen. Unter ausdrücklicher Bezugnahme auf den vom Gerichtshof der Europäischen Union ausgeführten Grundsatz⁶ besagt Artikel 2 Absatz 2 Buchstabe c der Richtlinie, dass eine ungünstigere Behandlung im Zusammenhang mit Schwangerschaft eine durch die Richtlinie untersagte Form von Diskriminierung ist:

„[...] gelten als Diskriminierung ... jegliche ungünstigere Behandlung einer Frau im Zusammenhang mit Schwangerschaft oder Mutterschaftsurlaub im Sinne der Richtlinie 92/85/EWG“.

Ein gutes Beispiel für die Anwendung dieses Grundsatzes findet sich in der Rechtssache *CNAVTS gegen Thibault*⁷. Hier stellte der Gerichtshof fest, dass die Weigerung des Arbeitgebers, die Leistung einer Arbeitnehmerin auf Jahresbasis bewerten zu lassen, eine Diskriminierung darstelle, denn wäre die Arbeitnehmerin nicht schwanger gewesen und in

⁴ Richtlinie 2006/54/EG zur Verwirklichung des Grundsatzes der Chancengleichheit und Gleichbehandlung von Männern und Frauen in Arbeits- und Beschäftigungsfragen (Neufassung).

⁵ Gleichbehandlungsrichtlinie 76/207/EWG zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen hinsichtlich des Zugangs zur Beschäftigung, zur Berufsbildung und zum beruflichen Aufstieg sowie in Bezug auf die Arbeitsbedingungen, geändert durch Richtlinie 2002/73/EG, Richtlinie 86/378/EWG des Rates vom 24. Juli 1986 zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen bei den betrieblichen Systemen der sozialen Sicherheit, Richtlinie 75/117/EWG des Rates vom 10. Februar 1975 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Anwendung des Grundsatzes des gleichen Entgelts für Männer und Frauen und Richtlinie 97/80/EG des Rates vom 15. Dezember 1997 über die Beweislast bei Diskriminierung aufgrund des Geschlechts.

⁶ *Dekker gegen Stichting Vormingscentrum voor Jonge Volwassenen*, Rs. C-177/88, Slg. 1990, I-3941.

⁷ Rs. C-136/95, Slg. 1998, I-2011

Mutterschaftsurlaub gegangen, wäre ihre Leistung im Verlauf des gesamten Jahres bewertet worden, in dem sie ihren Urlaub genommen hatte, wodurch sie sich für eine Beförderung qualifiziert hätte.

Der nicht verbindliche Erwägungsgrund 23 der Richtlinie besagt, dass eine derartige Diskriminierung eine unmittelbare Diskriminierung darstellt. Obgleich dieser Erwägungsgrund nicht verbindlich ist, ist er als äußerst überzeugend zu betrachten, da er die Rechtsprechung des Gerichtshofs widerspiegelt. In Erwägungsgrund 24 der Richtlinie wird anerkannt, dass diese Richtlinie die Bestimmungen der Schwangerschaftsrichtlinie unberührt lässt. Daher wird der Gerichtshof in jeder Sache, in der es um eine ungünstigere Behandlung einer schwangeren Arbeitnehmerin geht, nicht nur die Bestimmungen der neugefassten Richtlinie prüfen müssen, sondern auch die relevanten Artikel der Schwangerschaftsrichtlinie. Da die Schwangerschaftsrichtlinie eine detaillierte Richtlinie ist, die eine Reihe von Rechten für schwangere Arbeitnehmerinnen vorsieht, wird dies aller Voraussicht nach in allen derartigen Fällen der Fall sein.

Wie wir sehen werden, hat der Gerichtshof einen restriktiven Ansatz in Bezug auf die Frage des Arbeitsentgelts während der Schwangerschaft gewählt, wenn eine Frau ihren Arbeitsplatz aufgegeben hat oder wenn ihr aufgrund von Gesundheits- und Sicherheitsüberlegungen andere Aufgaben übertragen wurden. Bezeichnenderweise schließt die neugefasste Richtlinie (ebenso wie schon die geänderte Richtlinie von 2002) ausdrücklich das „Arbeitsentgelt“ in die Definition des Begriffs der Arbeitsbedingungen⁸ ein und konsolidiert die Richtlinie zum gleichen Entgelt und die Gleichbehandlungsrichtlinie. Die Unterscheidung zwischen Gleichbehandlung und gleichem Entgelt ist möglicherweise nicht angebracht. Burrows und Robison argumentieren, dass die Zusammenführung des Artikels 157 AEUV (ex-Artikel 141), der Richtlinie zum gleichen Entgelt und der Gleichbehandlungsrichtlinie dazu führen kann, dass Diskriminierung hinsichtlich des Entgelts in gleicher Weise wie eine ungünstigere Behandlung während Schwangerschaft und Mutterschaft beurteilt wird.⁹ Für diese Frage steht zweifellos eine Prüfung durch den Gerichtshof der Europäischen Union noch aus. In Anbetracht der eindeutig wirtschaftlich motivierten Begründung der Entscheidung des

⁸ Artikel 1 Buchstabe b der neugefassten Richtlinie. Durch die Änderungsrichtlinie 2002/73/EG wurde die Gleichbehandlungsrichtlinie derart modifiziert, dass das „Entgelt“ zu den Arbeitsbedingungen gehört.

⁹ Burrows und Robison, „An Assessment of the Recast of Community Equality Laws“ (2007) 13(2) ELJ 186, S. 198-9.

Gerichtshofs in *McKenna*¹⁰ und den Entscheidungen jüngerer Datums in *Gassmayr*¹¹ und *Parviainen*¹², ist es sehr unwahrscheinlich, dass der Gerichtshof in der Anwendung der Bestimmungen der neugefassten Richtlinie eine andere Herangehensweise wählen wird.

Schwangerschaftsrichtlinie:

Die Schwangerschaftsrichtlinie¹³ wurde nicht in den Anwendungsbereich der neugefassten Richtlinie einbezogen, obgleich in dieser direkt auf sie Bezug genommen wird. Als Grund für ihren Ausschluss gab die Kommission vor allem an, dass die Schwangerschaftsrichtlinie eine andere Rechtsgrundlage habe als die Gleichstellungsrichtlinien, da die Schwangerschaftsrichtlinie aus Gründen von Gesundheits- und Sicherheitsüberlegungen erarbeitet worden sei.¹⁴ Diese Unterlassung wird als verpasste Gelegenheit für eine Klarstellung und Vereinfachung des Wechselspiels zwischen den Bestimmungen des Artikels 157¹⁵, der Richtlinie zum gleichen Entgelt und der Gleichbehandlungsrichtlinie sowie der Behandlung von schwangeren Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmerinnen im Mutterschaftsurlaub, insbesondere im Hinblick auf Krankheit und Krankengeld, kritisiert.¹⁶

Ziel der Schwangerschaftsrichtlinie ist die Verbesserung der Sicherheit und des Gesundheitsschutzes von schwangeren Arbeitnehmerinnen, Wöchnerinnen und stillenden Arbeitnehmerinnen. Sie enthält spezifische Rechte für schwangere Arbeitnehmerinnen und stellt dadurch keinen Vergleichsmaßstab für alle Arbeitnehmer mehr dar. Sie garantiert die Achtung des Grundsatzes der Gleichbehandlung gemäß der Gleichbehandlungsrichtlinie (jetzt: neugefasste Richtlinie) und wählt für die Erreichung dieses Ziels eine doppelte Herangehensweise, indem sie einerseits Arbeitnehmerinnen schützt und andererseits den Grundsatz der Chancengleichheit für Männer und Frauen wahrt. Sie ermöglicht explizit die

¹⁰ Rs. C-191/03, Slg. 2005, IRLR 895.

¹¹ C-194/08, Urteil des Gerichtshofs der Europäischen Union, 1. Juli 2010 (noch nicht in der Sammlung veröffentlicht). Siehe auch „Pregnant workers cannot claim allowances for tasks not performed“ [2010] 274 EU Focus 17-18.

¹² C-471/08, Urteil des Gerichtshofs der Europäischen Union, 1. Juli 2010 (noch nicht in der Sammlung veröffentlicht). Siehe auch ‘Pregnant workers cannot claim allowances for tasks not performed’ [2010] 274 EU Focus 17-18.

¹³ Richtlinie 92/85/EWG - schwangere Arbeitnehmerinnen - vom 19. Oktober 1992 über die Durchführung von Maßnahmen zur Verbesserung der Sicherheit und des Gesundheitsschutzes von schwangeren Arbeitnehmerinnen, Wöchnerinnen und stillenden Arbeitnehmerinnen am Arbeitsplatz.

¹⁴ Artikel 153 AEUV (ex-Artikel 137 EGV).

¹⁵ Ex Artikel 141.

¹⁶ Burrows und Robison, „An Assessment of the Recast of Community Equality Laws“ (2007), 13(2) ELJ 186, S. 194/5.

substanzielle Gleichstellung, indem sie ausdrücklich eine Sonderbehandlung von Frauen gestattet, wenn diese aus Gründen der besonderen Erfordernisse einer Frau im Zusammenhang mit Schwangerschaft und Geburt erforderlich ist.

Sie sieht zwei Arten von substanziellem Schutz für Arbeitnehmerinnen vor: erstens den Schutz von Gesundheit und Sicherheit und zweitens den Schutz vor ungünstiger Behandlung im Zusammenhang mit einer Schwangerschaft, einschließlich des Anspruchs einer Frau darauf, nach Ablauf ihres Mutterschaftsurlaubs an ihren früheren Arbeitsplatz oder einen gleichwertigen Arbeitsplatz zurückzukehren, und zwar unter Bedingungen, die für sie nicht weniger günstig sind.¹⁷ Ferner sieht Artikel 10 der Schwangerschaftsrichtlinie das vermutlich weitreichendste Recht vor: Schwangeren Arbeitnehmerinnen darf während ihrer Schwangerschaft und bis zum Ende des Mutterschaftsurlaubs nicht gekündigt werden; davon ausgenommen sind nicht mit ihrem Zustand in Zusammenhang stehende Ausnahmefälle. Damit werden die schädlichen Wirkungen anerkannt, die eine Kündigung auf den körperlichen und psychischen Zustand schwangerer Frauen haben kann. Arbeitgeber haben Arbeitnehmerinnen im Mutterschaftsurlaub, deren Beschäftigungsverhältnis beendet wird, schriftlich gebührend nachgewiesene Gründe für ihre Kündigung anzugeben. Die Richtlinie sieht eine Reihe spezifischer Urlaubszeiten (einschließlich Mutterschaftsurlaub)¹⁸ und weitere Schutzmaßnahmen vor, die ausschließlich für schwangere Arbeitnehmerinnen konzipiert wurden. Der erste Teil der Schwangerschaftsrichtlinie enthält Schutzbestimmungen für schwangere Arbeitnehmerinnen und soll Frauen vor gefährlicher oder schädlicher Arbeit während der Schwangerschaft und nach der Geburt sowie Frauen im Krankheitsurlaub usw. im Hinblick auf ihre Arbeitnehmerrechte schützen. Artikel 4 besagt, dass Arbeitgeber eine Risikobeurteilung im Zusammenhang mit der Exposition gegenüber bestimmten Agenzien, Verfahren oder Arbeitsbedingungen (nicht erschöpfende Liste in Anhang I der Richtlinie) und der Art, dem Ausmaß und der Dauer der Exposition der Arbeitnehmerinnen sowie deren Auswirkungen auf die Schwangerschaft vorzunehmen haben. Nach Artikel 5 hat eine schwangere Arbeitnehmerin das Recht auf eine Umgestaltung ihrer Arbeitsbedingungen, die gewährleistet, dass diese kein Gesundheits- und Sicherheitsrisiko für sie oder ihr ungeborenes Kind darstellen. Ist die Umgestaltung der Arbeitsbedingungen nicht möglich, hat der Arbeitgeber die betreffende Arbeitnehmerin zum

¹⁷ Artikel 15 der neugefassten Richtlinie. Dieser Artikel liegt außerhalb des Anwendungsbereichs des vorliegenden Papiers.

¹⁸ Artikel 8 sieht einen Anspruch auf Mutterschaftsurlaub von mindestens 14 Wochen Dauer vor. Während der Dauer des Mutterschaftsurlaubs ist eine angemessene Sozialleistung zu zahlen, die mindestens dem entspricht, was die betreffende Person an gesetzlichem Krankengeld erhalten würde (Artikel 11).

Schutz ihrer Sicherheit und Gesundheit von ihrer Arbeit freizustellen. Schwangere Arbeitnehmerinnen müssen auch dann zum Schutz ihrer Sicherheit und Gesundheit von ihrer Arbeit freigestellt werden, wenn sie verbotenen Stoffe ausgesetzt wären oder im Nachtdienst arbeiten müssen, sofern es möglich ist, ihnen andere Aufgaben zu übertragen oder ihre Arbeitsbedingungen ändern zu lassen oder ihre Arbeitszeit auf Tagarbeit umstellen zu lassen.¹⁹ Schließlich besagt Artikel 11, dass alle mit dem Arbeitsvertrag verbundenen Rechte, einschließlich der Fortzahlung eines Arbeitsentgelts entsprechend den einzelstaatlichen Rechtsvorschriften, gewährleistet sein müssen. Der Gerichtshof hat klargestellt, dass die Voraussetzungen, die erfüllt sein müssen, damit eine Frau aus Gründen des Gesundheitsschutzes und der Sicherheit freigestellt werden kann, strikt eingehalten werden müssen, damit die Arbeitnehmerin nicht einer ungünstigeren Behandlung im Zusammenhang mit ihrer Schwangerschaft ausgesetzt wird. In *Pedersen & Others gegen Kvickly Skive & Others*²⁰ war es dem Arbeitgeber laut nationalem Recht gestattet, eine schwangere Arbeitnehmerin von der Arbeit freizustellen, wenn er meinte, sie nicht beschäftigen zu können, obwohl die Arbeitnehmerin nicht arbeitsunfähig war. Der Gerichtshof stellte fest, dass es sich dabei um eine rechtswidrige Praxis handelte, weil die Freistellung der Arbeitnehmerin durch den Arbeitgeber in den Interessen des Arbeitgebers begründet lag. Der Gerichtshof befand, dass eine derartige Entscheidung nicht ergehen könne, ohne zunächst die Optionen gemäß der Richtlinie zu prüfen.

Der zweite Teil der Richtlinie enthält eines der wichtigsten Merkmale der Schwangerschaftsrichtlinie, nämlich Artikel 10, der schlicht und einfach die Kündigung einer schwangeren Frau während der Zeit vom Beginn der Schwangerschaft bis zum Ende des Mutterschaftsurlaubs verbietet; davon ausgenommen sind die nicht mit ihrem Zustand in Zusammenhang stehenden Ausnahmefälle, die entsprechend den einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und/oder Gepflogenheiten zulässig sind. Wird einer schwangeren Arbeitnehmerin während dieser Zeit gekündigt, so muss der Arbeitgeber schriftlich „berechtigte“ Kündigungsgründe anführen, und die Mitgliedstaaten müssen dafür sorgen, dass schwangeren Arbeitnehmerinnen, denen gekündigt wurde, Rechtsmittel zur Verfügung stehen. Artikel 10 ist insofern von besonderer Bedeutung, als jetzt durch den Gerichtshof in der Rechtssache *Melgar*²¹ anerkannt wurde, dass er vor den Gerichten der Mitgliedstaaten unmittelbare Wirkung entfaltet. Der Gerichtshof führte aus, dass der Artikel zwar die

¹⁹ Artikel 5 Absatz 4 der Schwangerschaftsrichtlinie.

²⁰ Rs. C-66/96, Slg. 1998, I-7327.

²¹ Rs. C-438/99, Slg. 2001, I-6915.

Mitgliedstaaten nicht verpflichtet, ein besonderes Verzeichnis von Ausnahmefällen aufzustellen, dass er sie jedoch nicht daran hindere, den betreffenden Arbeitnehmerinnen einen weiter gehenden Schutz zu gewähren, indem sie die Gründe für eine Kündigung besonders regeln.²² Interessanterweise haben viele Mitgliedstaaten diese Herangehensweise gewählt, und faktisch ist der Schutz in manchen Mitgliedstaaten fast absolut.²³

Die Artikel 8, 9 und 11 der Schwangerschaftsrichtlinie enthalten Bestimmungen zur Wahrung der Arbeitnehmerrechte von Frauen während der Schwangerschaft und in der Zeit vor und nach der Entbindung – die zentralen Ansprüche im Zusammenhang mit der Mutterschaft. Artikel 8 enthält das wichtigste materielle Recht, nämlich einen Anspruch auf Mutterschaftsurlaub von mindestens 14 Wochen Dauer. Während der Dauer des Mutterschaftsurlaubs sieht die Richtlinie die Zahlung einer angemessenen Sozialleistung vor, die mindestens dem entspricht, was die betreffende Person an gesetzlichem Krankengeld erhalten würde.²⁴

Änderungen der Schwangerschaftsrichtlinie

Der Vorschlag für eine Schwangerschaftsrichtlinie²⁵ enthält eine Reihe möglicherweise weit reichender Änderungen an der Schwangerschaftsrichtlinie. Die bemerkenswertesten Bestimmungen, die – nach den vom EU-Parlament verabschiedeten Änderungsvorschlägen²⁶ – in dem Richtlinienvorschlag enthalten sind, lauten: Verlängerung des Mutterschaftsurlaubs auf eine Dauer von mindestens 20 Wochen; Arbeitnehmerinnen ist im Mutterschaftsurlaub ihr volles Arbeitsentgelt zu zahlen, das 100% ihres letzten Monatsentgelts oder einem durchschnittlichen Monatsentgelt entsprechen muss; Artikel 10 der Richtlinie (der besagt, dass der Arbeitgeber im Falle der Kündigung einer schwangeren Arbeitnehmerin schriftlich gebührend nachgewiesene Kündigungsgründe anführen muss) wird auf den Zeitraum vom Beginn der Schwangerschaft bis mindestens sechs Monate nach Ende des

²² Rs. C-438/99, Slg. 2001, I-6915, Randnr. 37.

²³ Network of Legal Experts, *Report on Pregnancy, Maternity, Parental and Paternity Rights*, (2007), S. 7.

²⁴ Artikel 11.

²⁵ KOM(2008) 637 endgültig. Für eine detaillierte Prüfung des Richtlinienvorschlags siehe L. Waddington, „Future prospects for EU Equality law: lessons to be learnt from the proposed Equal Treatment Directive“ [2011] 36(2) *European Law Review* 163.

²⁶ Legislative Entschließung des Europäischen Parlaments vom 20. Oktober 2010 zu dem Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Änderung der Richtlinie 92/85/EWG des Rates über die Durchführung von Maßnahmen zur Verbesserung der Sicherheit und des Gesundheitsschutzes von schwangeren Arbeitnehmerinnen, Wöchnerinnen und stillenden Arbeitnehmerinnen am Arbeitsplatz, P7_TA(2010)0373.

Mutterschaftsurlaubs ausgedehnt; und Väter erhalten zwei Wochen voll bezahlten Vaterschaftsurlaub. Der Richtlinienvorschlag sieht auch zwei Wochen Vaterschaftsurlaub vor. Zudem ist für Frauen, die aus dem Mutterschaftsurlaub zurückkehren, das Recht vorgesehen, ihren Arbeitgeber um eine flexible Arbeitsorganisation zu ersuchen, beispielsweise in Form einer Änderung der Arbeitsmuster und -zeiten. Angesichts der Breite dieser Änderungsvorschläge überrascht es nicht, dass diese Vorschläge auf Widerstand seitens der Mitgliedstaaten gestoßen sind und der Richtlinienvorschlag seit Juni 2011 wirksam blockiert wird. Die Stellungnahme des Rates bleibt abzuwarten.

Charta der Grundrechte der Europäischen Union:

Die Charta der Grundrechte der Europäischen Union, die infolge des Vertrags von Lissabon jetzt dem Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union beigelegt ist, besitzt dieselbe Rechtsgültigkeit wie alle vorhergegangenen und bestehenden Verträge. Die Charta sieht bestimmte Garantien für schwangere Arbeitnehmerinnen vor. Sie begründet jedoch keine neuen, eigenständigen Rechte, da Artikel 6 des Vertrags über die Europäische Union besagt, dass die Charta in Übereinstimmung mit Titel VII der Charta auszulegen ist. Titel VII begrenzt sowohl die Tragweite als auch den Anwendungsbereich der Charta. Zusammenfassend lässt sich feststellen, dass die Charta primär die Auslegung der Rechtsvorschriften der EU sowie die Durchführung und Umsetzung von Maßnahmen der Mitgliedstaaten unterstützt.²⁷

Artikel 33 der Charta stellt den Schutz der Familie in den Mittelpunkt und lautet wie folgt:

„(1) Der rechtliche, wirtschaftliche und soziale Schutz der Familie wird gewährleistet.

(2) Um Familien- und Berufsleben miteinander in Einklang bringen zu können, hat jede Person das Recht auf Schutz vor Entlassung aus einem mit der Mutterschaft zusammenhängenden Grund sowie den Anspruch auf einen bezahlten Mutterschaftsurlaub und auf einen Elternurlaub nach der Geburt oder Adoption eines Kindes.“

²⁷ Siehe Artikel 51 und 52 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union (2000/C 364/01). Siehe auch Koukoulis-Spiliotopoulos, „The Lisbon Treaty and the Charter of Fundamental Rights: maintaining and developing the acquis in gender equality“, [2008] 1 European Gender Equality Law Review 15 und Ellis, „The Impact of the Lisbon Treaty on Gender Equality“ [2010] 1 European Gender Equality Law Review 7.

Die Erläuterungen zur Charta stellen klar, dass Mutterschaft im Sinne von Artikel 33 Absatz 2 den Zeitraum von der Empfängnis bis zum Abstillen umfasst. Diese Erläuterung lässt darauf schließen, dass die Charta über die Bestimmungen der Schwangerschaftsrichtlinie und die Rechtsprechung des Gerichtshofs hinausgeht. Der rechtliche Status der Charta wurde durch den Gerichtshof in einer kürzlich ergangenen Entscheidung bezüglich der Diskriminierung aus Gründen des Alters ausdrücklich anerkannt, und der Gerichtshof nahm ihre Bestimmungen in Bezug auf Diskriminierung aus Gründen des Alters zur Kenntnis.²⁸ In ähnlicher Weise wurde die Charta in einer neueren Rechtssache zitiert, die eine schwangere Unternehmensleiterin betraf.²⁹ In dieser Sache vertrat der Gerichtshof eine globale Sichtweise, indem er bestätigte, dass Artikel 23 der Charta bedeute, dass der Grundsatz der Gleichheit von Frauen und Männern *„in allen Bereichen, einschließlich der Beschäftigung, der Arbeit und des Arbeitsentgelts, sicherzustellen ist“*.³⁰ Somit spielt die Charta bei der Bestimmung der Rechte schwangerer Arbeitnehmerinnen durchaus eine Rolle.³¹

Definition einer schwangeren Arbeitnehmerin:

Nach dem Gerichtshof bedeutet der Begriff „schwangere Arbeitnehmerin“ im Sinne der Richtlinie *„jede schwangere Arbeitnehmerin, die den Arbeitgeber gemäß den einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und/oder Gepflogenheiten von ihrer Schwangerschaft unterrichtet“*.³² Diese Definition wurde vom Gerichtshof in der jüngst in Rechtssache *Danosa*³³ ergangenen Entscheidung noch weiter verfeinert, in der der Gerichtshof feststellt, dass wenn der Arbeitgeber – auch ohne von der Arbeitnehmerin selbst formal darüber unterrichtet worden zu sein – von der Schwangerschaft Kenntnis hatte, die Arbeitnehmerin den Kündigungsschutz nach den Bestimmungen der Mutterschutzrichtlinie genieße. In der

²⁸ *Kucukdeveci gegen Swedex GmbH*, Rs. C-555/07, Urteil vom 19. Januar 2010, noch nicht in der Sammlung veröffentlicht.

²⁹ Rs. *Danosa* C-232/09, Slg. 2011, 2 CMLR 45.

³⁰ Rs. *Danosa* C-232/09, Slg. 2011, 2 CMLR 45.

³¹ Die Kommission ist aktiv an der Überwachung der Umsetzung der EU-Charta der Grundrechte beteiligt und erstellt Jahresberichte zum Einfluss der Charta in den Mitgliedstaaten und auf die Urteile des Gerichtshofs der Europäischen Union. Zudem engagiert sie sich für die Bereitstellung diesbezüglicher Informationen. EU-Kommission, *Bericht 2011 über die Anwendung der Charta der Grundrechte der Europäischen Union*, (Luxemburg, Amt für Veröffentlichungen der EU, 2012) und <http://www.non-discrimination.net/content/media/Review%2013%20DE.pdf>

³² Rs. C-116/06 *Kiiski*, Slg. 2007, I-7643.

³³ Rs. C-232/09, Slg. 2011, 2 CMLR 45.

Rechtssache *Danosa*³⁴ wurde der Gerichtshof ersucht zu prüfen, ob Unternehmensleiter unter den Begriff Arbeitnehmer im Sinne der Schwangerschaftsrichtlinie fallen, und, wenn dies der Fall ist, ob Artikel 10 der Schwangerschaftsrichtlinie eine Bestimmung ausschließt, die besagt, dass einem Mitglied des Leitungsorgans einer Kapitalgesellschaft ohne Einschränkung gekündigt werden darf, insbesondere – im Falle einer Frau – ungeachtet der Tatsache, dass sie schwanger ist. Der Gerichtshof stellte außerdem auch fest, dass der Begriff des „Arbeitnehmers“ nicht je nach nationalem Recht unterschiedlich ausgelegt werden kann; vielmehr sei er anhand objektiver Kriterien zu definieren, die das Arbeitsverhältnis im Hinblick auf die Rechte und Pflichten der Betroffenen kennzeichnen. Ferner stellte der Gerichtshof fest, dass das wesentliche Merkmal eines Arbeitsverhältnisses im Sinne der Richtlinie darin bestehe, dass *„eine Person während einer bestimmten Zeit für eine andere nach deren Weisung Leistungen erbringt, für die sie als Gegenleistung eine Vergütung erhält“*. So wurde Frau Danosa als Mitglied der Unternehmensleitung einer Kapitalgesellschaft im Sinne der Richtlinie als Arbeitnehmerin eingestuft, insoweit als sie ihre Tätigkeit nach der Weisung oder unter der Aufsicht eines anderen Organs dieser Gesellschaft ausübte und als Gegenleistung für die Tätigkeit ein Entgelt erhielt. Diese Entscheidung enthält eine umfassende Definition des Begriffs des „Arbeitnehmers“ und ist möglicherweise umfassender als die Definition des Begriffs des „Arbeitnehmers“ in den Rechtssystemen vieler Mitgliedstaaten.

In einem Vorabentscheidungsersuchen wollte der schottische Court of Sessions klären lassen, ob nach europäischem Recht eine Diskriminierung aufgrund der Beziehung des Beschwerdeführers zu einer schwangeren Kollegin³⁵ rechtmäßig ist, was den Gerichtshof erneut zu einer Ausweitung des Begriffs des „Arbeitnehmers“ im Sinne der Rechtsvorschriften zur Diskriminierung aus Gründen einer Schwangerschaft hätte veranlassen können. Diese Sache wurde jedoch im August 2012 vor einer Entscheidung des Gerichtshofs beigelegt.³⁶

Leihmutterschaft und Schutz:

³⁴ **Rs.** C-232/09, Slg. 2011, 2 CMLR 45. Randnr. 26.

³⁵ *Kulikaoskas gegen Macduff Shellfish Ltd*, C-44/12

³⁶ Siehe <http://www.equalityhumanrights.com/scotland/legal-news-in-scotland/articles/coleman-revisited/>

Zur Frage, ob eine Frau, die durch Leihmutterschaft ein Kind bekommt, Anspruch auf den Schutz und die Leistungen der neugefassten Richtlinie und der Mutterschutzrichtlinie hat, sind zurzeit zwei Vorabentscheidungsersuchen vor dem Gerichtshof anhängig. Das erste Ersuchen stammt vom Employment Appeal Tribunal im UK (*CD gegen ST* (C-167/12)), das zweite vom Irish Equality Tribunal, Z, (C-363/12). Schlussanträge des Generalanwalts³⁷ sind in beiden Vorabentscheidungsverfahren ergangen, aber die Entscheidungen des Gerichtshofs stehen noch aus. Zu dem Vorabentscheidungsersuchen des Employment Appeal Tribunal im UK führte Generalanwalt Kokott aus, dass es hinsichtlich der Frage der Leihmutterschaft in der EU keine einheitlichen Bestimmungen gebe. Der Generalanwalt war daher der Auffassung, dass eine zukünftige Mutter, die im Wege eines Leihmutterschaftsvertrags ein Kind bekommt, nach EU-Recht nach der Geburt des Kindes in jedem Fall Anspruch auf Mutterschaftsurlaub hat, wenn drei Bedingungen erfüllt sind:

- das Kind wird nach der Geburt von dieser Frau betreut (nicht notwendigerweise gestillt),
- Leihmutterschaft ist in dem betreffenden Mitgliedstaat zulässig, und
- die diesbezüglichen einzelstaatlichen Anforderungen sind erfüllt.

Dagegen wurde in dem Vorabentscheidungsersuchen des Irish Equality Tribunal den Ausführungen von Generalanwalt Wahl zufolge Frau Z. nicht aus Gründen des Geschlechts oder einer Behinderung diskriminiert. Ihre Situation könne jedoch mit derjenigen einer Adoptivmutter verglichen werden, aber da die EU noch keine Rechtsvorschriften zur Harmonisierung des Rechtes auf bezahlte Beurlaubung für Adoptiveltern verabschiedet habe, obliege es dem nationalen Recht, eine solche Möglichkeit vorzusehen. Kenne das nationale Recht die Möglichkeit von bezahltem Adoptionsurlaub nicht, sollte das nationale Gericht prüfen, ob die Anwendung unterschiedlicher Vorschriften für Adoptiveltern und Eltern, die im Wege eines Leihmutterschaftsvertrags ein Kind bekommen haben, eine diesem nationalen Recht widersprechende verbotene Diskriminierung darstelle.

Diese Schlussanträge widersprechen einander, und die Entscheidung des EuGH wird daher mit beträchtlichem Interesse erwartet.

³⁷ Schlussanträge von Generalanwalt Kokott ergingen in der Rechtssache CD am 26. September 2013, Schlussanträge von Generalanwalt Wahl in der Rechtssache Z. ebenfalls am 26. September 2013.

RECHTSPRECHUNG ZU SCHWANGERSCHAFT UND MUTTERSCHAFTSURLAUB

Schwangerschaft und ungünstigere Behandlung: Absteckung des Rahmens:

Die Grundsatzentscheidung des Gerichtshofs in der Rechtssache *Dekker* ist der Ausgangspunkt jeder eingehenden Behandlung der Rechtsprechung zum Thema der Vereinbarkeit von Beruf sowie Familie und Betreuungsaufgaben. In der Rechtssache *Dekker* begründete der Gerichtshof einen auf den ersten Blick weitreichenden Schutz für schwangere Arbeitnehmerinnen, indem er feststellte, dass eine ungünstigere Behandlung aus Gründen einer Schwangerschaft, in diesem Fall die Verweigerung der Einstellung, als Form der unmittelbaren Diskriminierung aus Gründen des Geschlechts verboten sei. Im Einzelnen stellt der Gerichtshof fest:³⁸

„dass die Verweigerung einer Einstellung wegen Schwangerschaft nur Frauen gegenüber in Betracht kommt und daher eine unmittelbare Diskriminierung aufgrund des Geschlechts darstellt. Eine Verweigerung der Einstellung aufgrund der finanziellen Auswirkungen der Fehlzeiten wegen Schwangerschaft ist als eine Weigerung anzusehen, die im wesentlichen ihren Grund in der Schwangerschaft als solcher hat. Eine solche Diskriminierung kann nicht mit dem finanziellen Nachteil gerechtfertigt werden, den der Arbeitgeber im Fall der Einstellung einer schwangeren Frau während deren Mutterschaftsurlaubs erleiden würde.“

Die Grundlage für diese Entscheidung war die Tatsache, dass die Verweigerung einer Einstellung wegen Schwangerschaft nur Frauen gegenüber in Betracht kommt. Der andere bemerkenswerte Aspekt dieser Entscheidung bestand darin, dass der Gerichtshof das durch den Arbeitgeber vorgebrachte Argument, seine Weigerung, die Klägerin einzustellen, sei gerechtfertigt, da er während deren Mutterschaftsurlaub einen finanziellen Nachteil erleiden würde, insgesamt zurückwies.³⁹ In einer späteren Entscheidung wurde diese Begründung auf die Dauer der Schwangerschaft einer Frau angewandt.⁴⁰

³⁸ *Dekker gegen Stichting Vormingscentrum voor Jonge Volwassenen*, Rs. C-177/88, Slg. 1990, I-3941.

³⁹ *Dekker gegen Stichting Vormingscentrum voor Jonge Volwassenen*, Rs. C-177/88, Slg. 1990, I-3941, Randnr. 12.

⁴⁰ *Mahlburg*, Rs. C-207/98, Slg. 2000, IRLR 276, Randnr. 27.

Die Entscheidung in der Rechtssache *Dekker* wurde später ausgedehnt auf Kündigungen aus Gründen einer Schwangerschaft⁴¹ und auf die Diskriminierung einer schwangeren Arbeitnehmerin in Bezug auf ihre Beschäftigungsbedingungen, die ebenfalls als unmittelbare Diskriminierung eingestuft wurden.⁴² Der Gerichtshof hat zudem deutlich gemacht, dass Gesundheits- und Sicherheitsüberlegungen nicht in einer Weise berücksichtigt werden können, die für schwangere Arbeitnehmerinnen nachteilig ist.⁴³ Somit hat der Gerichtshof daran mitgewirkt, schwangere Arbeitnehmerinnen mit einem durchaus weitreichenden Schutz auszustatten.

Am gleichen Tag, als der Europäische Gerichtshof seine Entscheidung in der Rechtssache *Dekker*⁴⁴ verkündete, hat er dem Anwendungsbereich der Bestimmungen zur Diskriminierung aufgrund von Schwangerschaft als unmittelbarer Diskriminierung im Gegensatz zur Gleichbehandlungsrichtlinie und zu seiner Entscheidung in der Rechtssache *Hertz gegen Aldi* Grenzen auferlegt.⁴⁵ So begrenzte der Gerichtshof den Zeitraum, in dem bei Schwangerschaft und/oder schwangerschaftsbedingten Krankheiten Kündigungsschutz besteht, auf die Dauer des gesetzlichen Mutterschaftsurlaubs.⁴⁶

Schutz vor Kündigung während Schwangerschaft und Mutterschaftsurlaub:

Artikel 10 der Schwangerschaftsrichtlinie sieht das vermutlich weitreichendste Recht vor: Schwangeren Arbeitnehmerinnen darf während ihrer Schwangerschaft und bis zum Ende des Mutterschaftsurlaubs nicht gekündigt werden; davon ausgenommen sind nicht mit ihrem Zustand in Zusammenhang stehende Ausnahmefälle. Die Rechtssache *Webb gegen EMO (Air Cargo) Ltd*⁴⁷ betraf die Entlassung einer Frau wegen ihrer Schwangerschaft, da sie zur selben Zeit im Mutterschaftsurlaub gewesen wäre wie die Arbeitnehmerin, zu deren Vertretung sie eingestellt worden war. Der Gerichtshof befand, dass der vom Gemeinschaftsrecht

⁴¹ *Handels-og Kontorfunktionaerernes Forbund i Danmark (handelnd für Hoj Pederson) gegen Foellesforeningen for Danmarks Brugforeninger*, Rs. C-66/96, Slg. 1999, IRLR 55.

⁴² *Thibault*, Rs. C-136/95, Slg. 1998, IRLR 399. In der Rechtssache *Thibault* befand der Gerichtshof, dass eine Arbeitnehmerin durch den Ausschluss eines Anspruches auf eine jährliche Beurteilung diskriminiert würde, denn wäre sie nicht schwanger gewesen und hätte sie keinen Mutterschaftsurlaub genommen, dann wäre sie für das fragliche Jahr beurteilt worden und hätte daher eine Möglichkeit zum beruflichen Aufstieg gehabt.

⁴³ *Mahlburg*, Rs. C-207/98, Slg. 2000, IRLR 276, Randnr. 25.

⁴⁴ Rs. C-77/88, Slg. 1990, I-3941. Siehe auch Bolger and Kimber, „Sex Discrimination Law“ (Round Hall, 2000) S. 296-298, Ellis, „Discrimination on the Grounds of Pregnancy in EEC Law“ (1991), Public Law 159, und Shaw, „Pregnancy Discrimination in Sex Discrimination“ (1991) EL Review 313.

⁴⁵ Rs. C-179/88, Slg. 1990, I-3979.

⁴⁶ Siehe auch *Brown*, Rs. C-394/96, Slg. 1998, I-4185.

⁴⁷ Rs. C-32/93, Slg. 1994, IRLR 482.

gewährleistete Schutz nicht von der Frage abhängen könne, ob die Anwesenheit der Betroffenen in dem ihrer Mutterschaft entsprechenden Zeitraum für das ordnungsgemäße Funktionieren des Unternehmens unerlässlich ist. Die Entscheidung des Gerichtshofs ließ darauf schließen, dass die Beendigung eines befristeten Vertrags aus Gründen einer Schwangerschaft gerechtfertigt sein könnte, da er betonte, dass Frau Webb nicht befristet beschäftigt war, sondern dass *„die Entlassung einer schwangeren Frau, die für unbestimmte Zeit eingestellt wurde, nicht mit ihrer Unfähigkeit begründet werden [kann], eine der wesentlichen Voraussetzungen ihres Arbeitsvertrages zu erfüllen“*.⁴⁸

In der späteren Entscheidung *Tele Danmark* war die Arbeitnehmerin für einen Zeitraum von sechs Monaten eingestellt worden. Nach zweimonatiger Beschäftigung teilte sie ihrem Arbeitgeber mit, dass sie schwanger sei und voraussichtlich in drei Monaten entbinden werde.⁴⁹ Daraufhin wurde ihr von ihrem Arbeitgeber gekündigt. Sie hatte ihren Arbeitgeber während des Vorstellungsgesprächs oder zu Beginn ihres Beschäftigungsverhältnisses nicht über ihre Schwangerschaft unterrichtet. Der Gerichtshof befand, dass das Handeln des Arbeitgebers unmittelbare Diskriminierung aus Gründen des Geschlechts darstelle und weder die Gleichbehandlungsrichtlinie noch die Schwangerschaftsrichtlinie zwischen befristet beschäftigten Arbeitnehmerinnen und unbefristet beschäftigten Arbeitnehmerinnen unterscheide.⁵⁰ Auch das Vorbringen, dass die finanziellen Folgen für Arbeitgeber im Falle von befristeten Verträgen höher seien und zudem die Größe des Unternehmens des Arbeitgebers berücksichtigt werden müsse, wurde zurückgewiesen. Der Gerichtshof lehnte damit jegliche Unterscheidung zwischen unbefristeten und befristeten Arbeitsverträgen ab, und zwar auch dann, wenn die betreffende Frau den vollen Schutzzumfang genießt, aber keine der Tätigkeiten verrichtet, für die sie eingestellt wurde. Der Gerichtshof fasste seine Auffassung unmissverständlich wie folgt zusammen:

„Da nämlich die Entlassung einer Arbeitnehmerin wegen ihrer Schwangerschaft eine unmittelbare Diskriminierung aufgrund des Geschlechts darstellt, und zwar unabhängig von der Art und dem Umfang des wirtschaftlichen Schadens, der dem Arbeitgeber durch die schwangerschaftsbedingte Fehlzeit entsteht, ist es für die Beurteilung der Frage, ob die Entlassung diskriminierenden Charakter hat, unerheblich, ob der Arbeitsvertrag auf

⁴⁸ *Ebd.*, Randnr. 26.

⁴⁹ *Tele Danmark A/S gegen Handels-og Kontorfunktionærernes Forbund i Danmark (HK)*, Rs. C-109/00, Slg. 2004, ICR 610.

⁵⁰ Randnr. 33.

bestimmte oder unbestimmte Zeit geschlossen wurde. In beiden Fällen beruht die Unfähigkeit der Arbeitnehmerin, den Arbeitsvertrag zu erfüllen, auf der Schwangerschaft.“⁵¹

In der zweiten Entscheidung war Frau Melgar bei einer spanischen Behörde auf der Grundlage einer Reihe aufeinander folgender befristeter Verträge als Haushaltshilfe beschäftigt, allerdings ohne Angabe eines Beendigungstermins. Die niederländische Regierung argumentierte, dass zwischen befristeten Verträgen mit festem Beendigungstermin (bei denen die Bestimmungen von Artikel 10 der Schwangerschaftsrichtlinie nicht gelten) und Verträgen ohne einen solchen Termin (bei denen die Bestimmungen von Artikel 10 gelten würden) zu unterscheiden sei.⁵² Frau Melgar unterrichtete ihren Arbeitgeber über ihre Schwangerschaft und wurde dennoch von ihrem Arbeitgeber darüber in Kenntnis gesetzt, dass ihr Vertrag im Verlauf ihrer Schwangerschaft enden werde und ihr zum Zeitpunkt der Beendigung des befristeten Vertrags ein weiterer Vertrag angeboten werde. Sie lehnte den neuen Vertrag mit der Begründung ab, dass ihr Vertrag nicht während ihrer Schwangerschaft beendet werden könne. Der Gerichtshof befand, dass die Nichterneuerung nicht als Kündigung (im Sinne von Artikel 10 der Schwangerschaftsrichtlinie) betrachtet werden könne, sondern dass eine Nichterneuerung oder Verweigerung der Verlängerung eines befristeten Vertrags unter bestimmten Umständen als Verweigerung der Einstellung aus Gründen einer Schwangerschaft zu betrachten sei, was verbotenes Verhalten (unmittelbare Diskriminierung) im Sinne der Gleichbehandlungsrichtlinie darstelle.⁵³

„Soweit jedoch die Nichterneuerung eines befristeten Arbeitsvertrags ihren Grund in der Schwangerschaft der Arbeitnehmerin hat, stellt sie eine unmittelbare Diskriminierung aufgrund des Geschlechts dar.“

Daher stellte der Gerichtshof fest, dass die einseitige Beendigung eines Beschäftigungsvertrags durch den Arbeitgeber, unabhängig davon, ob es sich dabei um einen unbefristeten oder einen befristeten Vertrag handele, einen Verstoß gegen Artikel 10 der Schwangerschaftsrichtlinie darstelle. Der Gerichtshof befand ferner, dass Artikel 10 der Schwangerschaftsrichtlinie hinreichend präzise sei, um unmittelbare Wirkung zu entfalten, und dass dieser Artikel zwar die Mitgliedstaaten nicht verpflichte, ein besonderes Verzeichnis

⁵¹ Randnr. 31.

⁵² *Melgar gegen Ayuntamiento de Los Barrios*, Rs. C-438/99, Slg. 2001, I-6915, Randnr. 42.

⁵³ Randnr. 46.

von Ausnahmefällen aufzustellen, dass er sie jedoch nicht daran hindere, den betreffenden Arbeitnehmerinnen einen weiter gehenden Schutz zu gewähren, indem sie die Gründe für eine Kündigung besonders regeln.⁵⁴ Viele Mitgliedstaaten wählen diese Herangehensweise, und faktisch ist der Schutz in manchen Mitgliedstaaten fast absolut.⁵⁵

Der Gerichtshof hat geklärt, ob ein Arbeitgeber einer Arbeitnehmerin nach dem Ende des Mutterschaftsurlaubs kündigen kann. Er befand in der Rechtssache *Paquay*⁵⁶, dass sich angesichts der mit Artikel 10 der Schwangerschaftsrichtlinie verfolgten Ziele das Verbot der Kündigung von Schwangeren, Wöchnerinnen und stillenden Frauen auf die Mitteilung der Kündigungsentscheidung und auf Vorbereitungen für eine Kündigung (etwa die Suche eines Ersatzes) während dieser Schutzzeit erstreckt.

Keine Verpflichtung für eine Arbeitnehmerin, den Arbeitgeber über ihre Schwangerschaft zu unterrichten:

Die Entscheidung des Gerichtshofs in der Rechtssache *Busch*⁵⁷ bedeutet manchen Quellen zufolge, „den Grundsatz der Nichtdiskriminierung bis zum Äußersten zu treiben“⁵⁸, und zeigt, wie weit der Gerichtshof in Bezug auf den Schutz schwangerer Arbeitnehmerinnen zu gehen bereit ist. Frau Busch trat nach der Geburt ihres ersten Kindes einen Erziehungsurlaub mit einer vorgesehenen Dauer von drei Jahren an. Kurz nach Beginn ihres Erziehungsurlaubs wurde sie schwanger und bat einige Monate später um eine Beendigung ihres Erziehungsurlaubs, um ihre vollschichtige Tätigkeit als Krankenschwester wieder aufzunehmen. Sie unterrichtete ihre Arbeitgeberin in diesem Stadium nicht über das Vorliegen einer Schwangerschaft. Ihr Motiv für die Wiederaufnahme einer Vollzeitbeschäftigung war ihr Wunsch, Mutterschaftsgeld, das höher als das Erziehungsgeld ist, zu erhalten. Am Tag nach der Rückkehr an ihren Arbeitsplatz teilte sie ihrer Arbeitgeberin mit, dass sie im siebten Monat schwanger war. Manche Bestimmungen des deutschen Rechts untersagten der Klägerin aufgrund ihrer Schwangerschaft die Ausübung bestimmter Teile ihrer beruflichen Aufgaben. Nachdem ihre Arbeitgeberin von ihrer

⁵⁴ Randnr. 37.

⁵⁵ Network of Legal Experts, *Report on Pregnancy, Maternity, Parental and Paternity Rights* (2007), S. 7.

⁵⁶ Rs. C-460/06, Slg. 2008, ICR 420.

⁵⁷ Rs. C-320/01, Slg. 2003, IRLR 625.

⁵⁸ Barnard, *EC Employment Law* (3. Aufl., OUP, 2006), S. 450.

Schwangerschaft erfahren hatte, befand die Arbeitgeberin die Klägerin eines ihrem Arbeitsvertrag inhärenten Verstoßes gegen Treu und Glauben für schuldig und focht ihre Zustimmung zur Rückkehr an den Arbeitsplatz an. Der Gerichtshof befand, dass es eine gegen die Gleichbehandlungsrichtlinie (jetzt: die neugefasste Richtlinie) verstoßende unmittelbare Diskriminierung aufgrund des Geschlechts darstelle, wenn es der Arbeitgeber unter Hinweis auf die Schwangerschaft ablehne, eine Arbeitnehmerin vor dem Ende des Erziehungsurlaubs wieder zu beschäftigen. Somit durfte ihre Arbeitgeberin bei ihrer Entscheidung über die vorzeitige Rückkehr an den Arbeitsplatz die Schwangerschaft nicht berücksichtigen, da eine Arbeitnehmerin nicht verpflichtet ist, ihren Arbeitgeber über ihre Schwangerschaft zu unterrichten. Der Gerichtshof stellte ferner fest, dass eine Diskriminierung nicht damit gerechtfertigt werden könne, dass ein gesetzliches Verbot (nach deutschem Recht) die Arbeitnehmerin aufgrund der Schwangerschaft vorübergehend darin hindere, die mit ihrer Stelle verbundenen Aufgaben – beispielsweise Heben usw. – uneingeschränkt wahrzunehmen, und dass dies mit einem finanziellen Nachteil für ihren Arbeitgeber verbunden sei. Dasselbe gelte für die Motive der Arbeitnehmerin für ihre Rückkehr an ihren Arbeitsplatz. Schließlich bekräftigte er erneut, dass unmittelbare Diskriminierung nicht mit einem finanziellen Nachteil für einen Arbeitgeber gerechtfertigt werden könne. Diese Entscheidung treibt den Grundsatz der Nichtdiskriminierung aus Gründen einer Schwangerschaft zweifellos auf die Spitze und macht unmissverständlich deutlich, mit welchen Schwierigkeiten Arbeitgeber beim Umgang mit schwangeren Arbeitnehmerinnen konfrontiert sind. Frau Busch wurde trotz ihrer fraglichen Motive für ihre Vorgehensweise Schutz vor Diskriminierung gewährt. Vermutlich noch deutlicher machte dies der Gerichtshof in seiner Entscheidung in der Rechtssache *Danosa*⁵⁹, in der er befand, dass wenn der Arbeitgeber, ohne von der Arbeitnehmerin selbst formal darüber unterrichtet worden zu sein, von der Schwangerschaft Kenntnis hatte, diese dem Schutz durch die Bestimmungen der Schwangerschaftsrichtlinie unterliegt. Somit ist keine formelle Benachrichtigung oder Mitteilung erforderlich.

Schwangerschaft und ungünstigere Behandlung: Jüngste Rechtsprechung:

Die Grenzen der Schwangerschaftsrichtlinie und der Gleichbehandlungsrichtlinie wurden durch den Gerichtshof in zwei Entscheidungen neueren Datums geprüft. In *Mayr gegen*

⁵⁹ Rs. C-232/09, Slg. 2011, 2 CMLR 45.

*Bäckerei und Konditorei Gerhard Flöckner OHG*⁶⁰ war Frau Mayr bei dem Beklagten als Kellnerin beschäftigt. Während der Dauer ihrer Beschäftigung unterzog sie sich einer künstlichen Befruchtung. Nach einem Hormonbehandlungszyklus war sie für eine Woche krankgeschrieben. Während dieses Krankheitsurlaubs wurde sie von ihrem Arbeitgeber über ihre Kündigung unterrichtet. Zum Zeitpunkt der Unterrichtung über die Kündigung befand sie sich in einem fortgeschrittenen Stadium des Prozesses der künstlichen Befruchtung, aber die befruchteten Eizellen waren noch nicht in ihre Gebärmutter eingesetzt worden. Die Vorlagefrage des österreichischen Gerichts bezog sich darauf, ob Frau Mayr dem Schutz der Schwangerschaftsrichtlinie und der Gleichbehandlungsrichtlinie unterliege. Der Gerichtshof war der Auffassung, dass Frau Mayr nicht unter die Definition des Begriffs der Schwangerschaft gemäß der Schwangerschaftsrichtlinie falle, da die Einpflanzung noch nicht erfolgt war.

Der Gerichtshof führte aus, dass, wenn er zulasse, dass *in vitro* befruchtete Eizellen vor der Einsetzung in die Gebärmutter unter die Definition des Begriffs der Schwangerschaft fallen, der Schutz durch die Schwangerschaftsrichtlinie auf Situationen ausgeweitet werden könnte, in denen die Einsetzung für mehrere Jahre zurückgestellt wird, oder in denen auf eine solche Einsetzung sogar definitiv verzichtet wird. Die Gleichbehandlungsrichtlinie wurde durch den Gerichtshof breit ausgelegt. Er befand, dass – da die Behandlung, der sich Frau Mayr unterzog, nur bei Frauen zur Anwendung kommt – die Behandlung zur *In-vitro-Fertilisation* der hauptsächliche Grund für ihre Kündigung war. Demzufolge erkannte er auf eine unmittelbare Diskriminierung von Frau Mayr durch ihren Arbeitgeber aus Gründen ihres Geschlechts:

*„Zwar können Arbeitnehmer beider Geschlechter aufgrund von medizinischen Behandlungen, denen sie sich unterziehen müssen, zeitweilig daran gehindert sein, ihre Arbeit auszuüben. Jedoch betreffen die Maßnahmen, die im Ausgangsverfahren in Rede stehen, nämlich eine Follikelpunktion und die Einsetzung der daraus hervorgegangenen Eizellen sofort nach ihrer Befruchtung in die Gebärmutter der Frau, unmittelbar nur Frauen. Folglich stellt die Kündigung einer Arbeitnehmerin, die hauptsächlich aus dem Grund erfolgt, dass sie sich diesem wichtigen Behandlungsstadium einer *In-vitro-Fertilisation* unterzieht, eine unmittelbare Diskriminierung aufgrund des Geschlechts dar.“*⁶¹

⁶⁰ Rs. C-506/06, Slg. 2008, IRLR 387.

⁶¹ Randnr. 50.

Dementsprechend befand der Gerichtshof, dass die Gleichbehandlungsrichtlinie die Kündigung einer Arbeitnehmerin, die sich in einem fortgeschrittenen Stadium einer Behandlung zur In-vitro-Fertilisation befinde, ausschließe, wenn die Tatsache, dass sich die Frau einer derartigen Behandlung unterzieht, der hauptsächliche Grund für die Kündigung ist. Diese Entscheidung ist von allerhöchster Bedeutung, da sie den Schutz der Gleichbehandlungsrichtlinie auf Frauen ausdehnt, die sich in einem fortgeschrittenen Stadium einer Behandlung zur In-vitro-Fertilisation befinden. Sie besagt zudem, dass Frauen in dem Zeitraum vor der Einpflanzung der befruchteten Eizellen dem Schutz der Gleichbehandlungsrichtlinie unterliegen, da auch festgestellt wurde, dass die Schutzbedürftigkeit für die Dauer des veränderten körperlichen Zustands der Frau unabhängig davon bestehe, ob auch schon eine Einnistung des befruchteten Eis in der Gebärmutter Schleimhaut stattgefunden habe.

Die neugefasste Richtlinie sieht vor, dass die Mitgliedstaaten im Rahmen ihrer nationalen Rechtsordnungen die erforderlichen Maßnahmen treffen, um sicherzustellen, dass der einer Person durch eine Diskriminierung aufgrund des Geschlechts entstandene Schaden – je nach den Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten – tatsächlich und wirksam ausgeglichen oder ersetzt wird, wobei dies auf eine abschreckende und dem erlittenen Schaden angemessene Art und Weise geschehen muss.⁶² In einer kürzlich ergangenen Entscheidung befasste sich der Gerichtshof mit Verfahrensmodalitäten betreffend Gerichtsverfahren für schwangere Arbeitnehmerinnen, insbesondere mit angemessenen Rechtsmitteln im Kontext eines wirksamen Rechtsbehelfs für schwangere Arbeitnehmerinnen. In *Pontin gegen T-Comalux*⁶³ wurde der Gerichtshof um eine Vorabentscheidung in der Frage ersucht, ob die Gleichbehandlungsrichtlinie oder die Schwangerschaftsrichtlinie nationalen Rechtsvorschriften entgegenstehen, die das Verbot der Kündigung von schwangeren Arbeitnehmerinnen, Wöchnerinnen und stillenden Arbeitnehmerinnen enthalten, aber die diesen Frauen zur Verfügung stehenden Rechtsbehelfe auf die Nichtigkeits- und Wiedereinstellungsklage beschränken und insbesondere eine Schadensersatzklage ausschließen. Die Klägerin erhob Klage auf Feststellung, dass die ihr gegenüber durch den Beklagten ausgesprochene Kündigung wegen ihrer Schwangerschaft nichtig sei. Das Gericht erklärte sich für die Entscheidung über den Antrag für unzuständig, da die Klägerin den Präsidenten des Gerichts hätte anrufen müssen. Statt Berufung einzulegen, erhob sie

⁶² Artikel 18 der neugefassten Richtlinie.

⁶³ Rs. C-63/08, Slg. 2010, CMLR 2.

Schadenersatzklage wegen missbräuchlicher Kündigung. Der Arbeitgeber machte geltend, dass die Vorschriften des luxemburgischen Rechts über Schadenersatzklagen nicht für schwangere Arbeitnehmerinnen gelten, und dass sie keine Nichtigkeits- und Wiedereinstellungsklage beim Präsidenten mehr erheben könne, da die Auflösung ihres Vertrags länger als 15 Tage zurückliege. Das luxemburgische Gericht ersuchte den Gerichtshof um Vorabentscheidung in dieser Frage. Der Gerichtshof gab zu verstehen, dass die einschlägigen Rechtsvorschriften einen Verstoß gegen die Grundsätze der Äquivalenz und der Effektivität darstellen. Er befand, dass das Arbeitsgesetzbuch, das einer entlassenen schwangeren Arbeitnehmerin die Option einer Schadenersatzklage versage, während eine derartige Klage jedem anderen entlassenen Arbeitnehmer zur Verfügung stehe, eine ungünstigere Behandlung einer Frau im Zusammenhang mit einer Schwangerschaft darstelle, insbesondere insofern als das Arbeitsgesetzbuch nicht dem Grundsatz des effektiven gerichtlichen Schutzes der den Einzelnen durch das Gemeinschaftsrecht verliehenen Rechte genüge.

Schwangerschaft/Mutterschaftsurlaub/Beurlaubung aus Gründen des Gesundheitsschutzes und der Sicherheit sowie ungünstigere Behandlung: Entgelt und Krankheitsurlaub:

Dem weitreichenden Schutz für schwangere Arbeitnehmerinnen vor ungünstigerer Behandlung am Arbeitsplatz steht kein vergleichbarer Schutz für schwangere Arbeitnehmerinnen gegenüber, die wegen einer schwangerschaftsbedingten Erkrankung ihrem Arbeitsplatz fernbleiben, denen alternative Aufgaben übertragen wurden, oder die während ihrer Schwangerschaft beurlaubt wurden. Besonders deutlich wird dies anhand der Rechtsprechung des Gerichtshofs in den Bereichen Entgelt und Krankheitsurlaub für solche Arbeitnehmerinnen – eine Auffassung die durch jüngst ergangene Entscheidungen des Gerichtshofs bekräftigt wurde. Darüber hinaus verwendet der Gerichtshof das Konzept eines Komparators, das bei seiner Analyse einer ungünstigeren Behandlung schwangerer Arbeitnehmerinnen am Arbeitsplatz nicht zur Anwendung kommt. Der vom Gerichtshof verfolgte Ansatz wurde treffend folgendermaßen beschrieben:

„einem schwierigen Kurs zu folgen zwischen dem Schutz der Beschäftigung von Frauen während der gesamten Schwangerschaft und dem Eingeständnis, dass beurlaubte Personen in einer anderen Lage sind als Berufstätige.“⁶⁴

In *McKenna gegen North Western Health Board*⁶⁵ hatte der Gerichtshof zu prüfen, ob eine Krankengeldregelung des Board, die für einen bestimmten Zeitraum einen Anspruch auf Fortzahlung des vollen Arbeitsentgelts vorsah, während als Krankengeld danach nur das halbe Arbeitsentgelt gezahlt wurde, insofern eine verbotene Diskriminierung darstellte, als sie krankhafte Zustände, die mit einer Schwangerschaft zusammenhängen, genauso behandelte wie davon unabhängige Krankheiten, wenn die krankheitsbedingten Fehlzeiten durch mit der Schwangerschaft zusammenhängende Komplikationen verursacht wurden. Der Gerichtshof wies das Argument zurück, dass einer Arbeitnehmerin in einem mit der Schwangerschaft zusammenhängenden Krankheitsurlaub nicht das Krankengeld gekürzt und/oder infolge eines mit der Schwangerschaft zusammenhängenden Krankheitsurlaubs während der Schwangerschaft oder des gesetzlichen Mutterschaftsurlaubs nicht ihr künftiger Anspruch auf Krankengeld nachteilig beeinflusst werden sollte. Der Gerichtshof unterschied zwischen dem Schutz vor Entlassungen und einer Kürzung des Entgelts:

„...bei Entlassungen [kann] die Besonderheit einer mit der Schwangerschaft zusammenhängenden Krankheit nur dadurch berücksichtigt werden (...), dass dem Arbeitgeber das Recht verweigert wird, eine Arbeitnehmerin aus diesem Grund zu entlassen. Was dagegen die Vergütung anbelangt, so ist die volle Entgeltfortzahlung nicht der einzige Weg, die Besonderheit einer mit der Schwangerschaft zusammenhängenden Krankheit zu berücksichtigen. Denn diese Besonderheit kann im Rahmen einer Regelung berücksichtigt werden, die bei Fehlzeiten einer Arbeitnehmerin wegen einer mit der Schwangerschaft zusammenhängenden Krankheit eine Kürzung der Vergütung vorsieht.“⁶⁶

Der Gerichtshof urteilte, dass Frauen im Mutterschaftsurlaub besonderen Schutz verdienen, aber nicht mit Männern verglichen werden können, die tatsächlich arbeiten. Er wies das Argument zurück, dass es sich – da es um Krankheitsurlaub gehe – um eine Rechtssache handele, in der es um Gleichbehandlung gehe, nicht um gleiches Entgelt.⁶⁷ Der Gerichtshof

⁶⁴ Costello und Davies, „The Case Law of the Court of Justice in the Field of Sex Equality Since 2000“ [2006] 43 CMLR 1567 S. 1603.

⁶⁵ Rs. C-191/03, Slg. 2004, I-3101, Slg. 2005, IRLR 895.

⁶⁶ Randnr. 58.

⁶⁷ Der Generalanwalt vertrat eine andere Auffassung und befand, dass es sich um eine Rechtssache handele, in der es um Gleichbehandlung gehe, da die Dauer des Anspruchs auf Krankengeld streitig sei.

stützte seine Zurückweisung dieses Arguments jedoch auf die Tatsache, dass die Krankengeldregelung das Entgelt im Krankheitsfalle automatisch festlege, was bedeute, dass es sich um eine Rechtssache handele, in der es um Gleichbehandlung gehe; zudem schreibe das Gemeinschaftsrecht keine volle Entgeltfortzahlung für eine Arbeitnehmerin vor, die während ihrer Schwangerschaft wegen einer mit dieser verbundenen Krankheit fehle. Der Gerichtshof führte aus, dass es rechtmäßig sei, wenn eine Arbeitnehmerin während einer Fehlzeit infolge ihrer mit der Schwangerschaft zusammenhängenden Krankheit eine Entgeltkürzung hinnehmen müsse, sofern sie genauso behandelt werde, wie ein krankheitsbedingt fehlender männlicher Arbeitnehmer. In seiner Entscheidung in der Rechtssache *McKenna* erklärte der Gerichtshof jedoch, dass die an solche Arbeitnehmerinnen gezahlten Leistungen nicht so niedrig sein dürften, dass dadurch das Ziel des Schutzes schwangerer Arbeitnehmerinnen gefährdet würde.⁶⁸ Der Gerichtshof befand, dass eine solche Arbeitnehmerin aufgrund der Tatsache, dass sie – zumindest während der Schwangerschaft und des gesetzlichen Mutterschaftsurlaubs – nicht aus Gründen dieses mit der Schwangerschaft zusammenhängenden Krankheitsurlaubs entlassen werden könne, hinreichend vor Diskriminierung aus Gründen der Schwangerschaft geschützt sei.⁶⁹

Die Argumentation des Gerichtshofs in der Rechtssache *McKenna* steht im Einklang mit der Auffassung in *Gillespie*⁷⁰, wo der Gerichtshof befand, dass eine Arbeitnehmerin im Mutterschaftsurlaub (die damit ihrem Arbeitsplatz fernbleibt) keinen Anspruch auf volle Entgeltfortzahlung hat, da sich Frauen im Mutterschaftsurlaub in einer besonderen Lage befinden, die mit der eines Mannes oder einer anderen arbeitenden Frau nicht vergleichbar ist. Diese Entscheidung und die Entscheidung in der Rechtssache *Høj Pederson*⁷¹ haben zum Ergebnis, dass Frauen mit einer mit der Schwangerschaft zusammenhängenden Krankheit nur Anspruch auf dasselbe vertragliche Entgelt wie jeder andere Arbeitnehmer haben, nicht jedoch auf volles Entgelt, wenn andere Arbeitnehmer dieses nicht erhalten würden. Dies gilt, obgleich der EuGH in der Rechtssache *McKenna* anerkennt, dass eine Krankschreibung wegen einer mit der Schwangerschaft zusammenhängenden Krankheit etwas anderes ist als Beurlaubungen wegen anderer Krankheiten. Schwangere Arbeitnehmerinnen sind

⁶⁸ Randnr. 67.

⁶⁹ Randnr. 68.

⁷⁰ Rs. C-342/93, Slg. 1996, IRLR 214.

⁷¹ Rs. C-66/96, Slg. 1998, I-7327. Die Arbeitnehmerinnen in dieser Rechtssache erhielten nicht ihr volles Gehalt, wenn sie wegen mit der Schwangerschaft zusammenhängenden krankhaften Zuständen vor Beginn ihres Mutterschaftsurlaubs fehlten. Der Gerichtshof befand, dass es der Gleichbehandlungsrichtlinie entgegenstehe, einer schwangeren Frau, die vor Beginn ihres Mutterschaftsurlaubs aufgrund eines mit der Schwangerschaft zusammenhängenden krankhaften Zustands arbeitsunfähig wird, die Zahlung ihres vollen Gehalts zu versagen.

selbstverständlich vor Kündigung während Schwangerschaft und Mutterschaftsurlaub geschützt. Die Entscheidung in der Rechtssache *McKenna* lässt darauf schließen, dass sich der Gerichtshof in Verfahren wegen Entgeltdiskriminierung, an denen schwangere Arbeitnehmerinnen beteiligt sind, faktisch möglicherweise auf einen Vergleich mit dem Entgelt stützt, das krankheitsbedingt fehlende Arbeitnehmer erhalten. Eine progressivere Herangehensweise ist in der Entscheidung des Gerichtshofs in der Rechtssache *Alabaster gegen Woolwich plc*⁷² zu erkennen, wo der Gerichtshof befand, dass eine während des Mutterschaftsurlaubs gewährte Lohnerhöhung in die Berechnung des gesetzlichen Mutterschaftsgeldes einbezogen werden muss, das an die Höhe ihres Einkommens während eines Zeitraums vor dem Beginn ihres Mutterschaftsurlaubs gebunden war. Der Gerichtshof betonte ausdrücklich Folgendes: *„Würde die Arbeitnehmerin nämlich von einer solchen Lohnerhöhung während ihres Mutterschaftsurlaubs ausgeschlossen, so hätte dies diskriminierenden Charakter, da sie, wenn sie nicht schwanger gewesen wäre, den erhöhten Lohn erhalten hätte.“*

Wie weiter oben erörtert, schließen sowohl die Richtlinie zur Änderung der Gleichbehandlungsrichtlinie als auch die neugefasste Richtlinie das Arbeitsentgelt in die Definition des Begriffs der Arbeitsbedingungen ein, sodass die in der Rechtssache *McKenna* getroffene Unterscheidung zwischen Entgelt und Arbeitsbedingungen jetzt möglicherweise schwierig wird.

In zwei Rechtssachen aus jüngster Zeit zum Entgelt und zu den Leistungen, die schwangeren Arbeitnehmerinnen zustehen, wenn sie wegen ihrer Schwangerschaft nicht in der Lage sind, ihren normalen Pflichten am Arbeitsplatz nachzukommen (und daher mit anderen Aufgaben betraut oder beurlaubt werden), entschied der Gerichtshof ähnlich wie bei *McKenna*. Die erste dieser beiden Rechtssachen, *Parviainen*⁷³, betraf eine schwangere Arbeitnehmerin, die als Flugbegleiterin beschäftigt war und der während ihrer Schwangerschaft andere Aufgaben zugewiesen wurden, da sie im Rahmen ihrer normalen Aufgaben physikalischen Agenzien ausgesetzt war, die ihr ungeborenes Kind schädigen könnten. Infolgedessen büßte sie Zulagen in Höhe von etwa 40% ihres Arbeitsentgelts ein. Der Gerichtshof befand, dass Arbeitgeber während der vorübergehenden Umsetzung einer Arbeitnehmerin während der Schwangerschaft (gemäß Artikel 5 Absatz 2 der Schwangerschaftsrichtlinie) nicht zur Fortzahlung der Zulagen verpflichtet sind, deren Zahlung von der Ausübung spezifischer

⁷² Rs. C-147/02, Slg. 2004, I-3101.

⁷³ Rs. C-471/08, Urteil des Gerichtshofs der Europäischen Union, 1. Juli 2010, Slg. 2011, 1 CMLR 175. Siehe auch „Pregnant workers cannot claim allowances for tasks not performed“ [2010] 274 EU Focus 17-18.

Tätigkeiten durch die Arbeitnehmerin abhängt, und die zum Ausgleich der mit der Ausübung dieser Tätigkeiten verbundenen Nachteile gezahlt werden.⁷⁴ Der Gerichtshof stützte sich dabei auf Artikel 11 Absatz 4 der Schwangerschaftsrichtlinie, der Folgendes besagt:

„Es steht den Mitgliedstaaten frei, den Anspruch auf die Fortzahlung des Arbeitsentgelts oder die ... Sozialleistung davon abhängig zu machen, dass die betreffende Arbeitnehmerin die in den einzelstaatlichen Rechtsvorschriften vorgesehenen Bedingungen für das Entstehen eines Anspruchs auf diese Leistungen erfüllt.“

Allerdings stellte der Gerichtshof fest, dass eine schwangere Arbeitnehmerin, die wegen ihrer Schwangerschaft beurlaubt oder vorübergehend auf einen anderen Arbeitsplatz umgesetzt wird, über ihr Grundgehalt hinaus weiter Anspruch auf bestimmte Zulagen hat, die an ihre berufliche Stellung anknüpfen, wie etwa Zulagen aufgrund der Dauer der Betriebszugehörigkeit oder der beruflichen Qualifikationen. Eine solche Arbeitnehmerin darf kein geringeres Arbeitsentgelt erhalten als andere Arbeitnehmer, die dieselbe Tätigkeit ausüben, und hat weiterhin Anspruch auf Ausgleichszulagen, die an ihren neuen Arbeitsplatz anknüpfen, soweit sie die einschlägigen Voraussetzungen erfüllt.

Der zweite Fall, die Rechtssache *Gassmayr*⁷⁵, betraf das Arbeitsentgelt einer Arbeitnehmerin, die während ihrer Schwangerschaft im Mutterschaftsurlaub wegen Vorlage eines medizinischen Zeugnisses beurlaubt wurde. Frau Gassmayr arbeitete als Assistenzärztin, die für über die vorgeschriebenen Dienststunden hinaus geleistete Stunden eine Journaldienstzulage bezog. Die Zahlung dieser Zulage wurde mit Beginn des aus Gründen der Sicherheit und des Gesundheitsschutzes auferlegten Beschäftigungsverbots im Mutterschaftsurlaub eingestellt. Der Gerichtshof stellte fest, dass Artikel 11 Absätze 1 bis 3 hinreichend präzise sei, um unmittelbare Wirkung zu entfalten.⁷⁶ Nach Artikel 11 Absatz 1 muss in den in Artikel 5 dieser Richtlinie genannten Fällen (schwangere Arbeitnehmerinnen, die vorübergehend auf einen anderen Arbeitsplatz umgesetzt oder als letztes Mittel beurlaubt werden) entsprechend den einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und/oder Gepflogenheiten das

⁷⁴ Randnr. 61.

⁷⁵ Rs. C-194/08, Urteil des Gerichtshofs der Europäischen Union, 1. Juli 2010 (noch nicht in der Sammlung veröffentlicht). Siehe auch „Pregnant workers cannot claim allowances for tasks not performed“ [2010] 274 EU Focus 17-18.

⁷⁶ Zu dieser Feststellung war vorher schon Ellis gelangt, *EU Anti Discrimination Law*, (OUP, 2005), S. 246.

Arbeitsentgelt gewährleistet sein. Nach Artikel 11 Absatz 2 müssen für Arbeitnehmerinnen im Mutterschaftsurlaub die mit dem Arbeitsvertrag verbundenen Rechte und der Anspruch auf Fortzahlung eines Arbeitsentgelts und eine angemessene Sozialleistung gewährleistet werden. Nach Artikel 11 Absatz 3 gilt für die in Artikel 8 genannten Arbeitnehmerinnen im Mutterschaftsurlaub die Sozialleistung nach Artikel 11 Absatz 2 Buchstabe b als angemessen, wenn sie mindestens den Bezügen entspricht, die die betreffende Arbeitnehmerin im Falle einer Unterbrechung ihrer Erwerbstätigkeit aus gesundheitlichen Gründen erhalten würde. Der Gerichtshof verwies auf seine frühere Entscheidung im Fall *Parviainen* und vertrat die Auffassung, dass dies nach Artikel 5 Absatz 3 der Schwangerschaftsrichtlinie auch für beurlaubte Arbeitnehmerinnen gelte. Unter Berücksichtigung der früheren Entscheidungen zum während des Mutterschaftsurlaubs zu zahlenden Arbeitsentgelt, darunter *Boyle*⁷⁷, *Gillespie*⁷⁸ und *Alabaster*⁷⁹, kam der Gerichtshof zu dem Schluss, dass bei einer Arbeitnehmerin, die der Arbeit fernbleibt, weil sie sich im Mutterschaftsurlaub befindet, der in der Schwangerschaftsrichtlinie geforderte Mindestschutz während des Mutterschaftsurlaubs weder die umfassende Fortzahlung des Arbeitsentgelts der Betroffenen noch die Zahlung der Journaldienstzulage umfasst.

Für Arbeitgeber bieten diese Entscheidungen daher eine wertvolle Orientierungshilfe, insofern als sie klarstellen, dass sie zwar weiterhin verpflichtet sind, die Mindestvoraussetzungen für schwangere Arbeitnehmerinnen zu erfüllen, dass sie aber nicht zur Fortzahlung des gleichen Arbeitsentgelts gezwungen sind, das eine Arbeitnehmerin vor ihrer Schwangerschaft bezog, wenn die Betroffene – aufgrund ihrer Schwangerschaft oder weil sie aus Gesundheits- und Sicherheitsgründen beurlaubt wurde – nicht mehr die gleichen Aufgaben wahrnehmen kann. Man könnte darüber diskutieren, dass derartige Zeiträume dadurch mit unproduktiven Zeiträumen gleichgesetzt werden, ganz ähnlich wie im Falle des Mutterschaftsurlaubs, was jedoch nicht Gegenstand dieses Papiers ist. Die Haltung in Bezug auf Ansprüche auf eine Gratifikation während des Mutterschaftsurlaubs ist weniger eindeutig. In *Lewen gegen Lothar Denda*⁸⁰ vertrat der Gerichtshof die Auffassung, dass ein Arbeitgeber nach Artikel 157 (ex-Artikel 141 - gleiches Entgelt) die Dauer des Mutterschaftsurlaubs nicht bei der Gewährung des Weihnachtsgelds berücksichtigen dürfe, um so das Weihnachtsgeld

⁷⁷ Slg. 1998, I-6401

⁷⁸ Rs. C-342/93, Slg. 1996, IRLR 214.

⁷⁹ Rs. C-147/02, Slg. 2004, I-3101.

⁸⁰ Rs. C-333/97, Slg. 1999, I-7243.

anteilig zu kürzen, weil dadurch die in dem Jahr geleistete Arbeit und die zurückgelegten Mutterschutzzeiten unberücksichtigt blieben.⁸¹

Mutterschaftsurlaub:

Das Recht auf Mutterschaftsurlaub beschränkt sich fast ausnahmslos auf Frauen, obwohl nur ein kleiner Teil dieses Urlaubsanspruchs medizinisch begründet werden könnte, nämlich der begrenzte Zeitraum, in dem eine Frau vor und nach dem Tag der Entbindung Urlaub benötigt. In einem frühen Stadium der Entwicklung des Rechts auf Mutterschaftsurlaub erkannte der Gerichtshof in der Rechtssache *Hoffmann*⁸² an, dass der Mutterschaftsurlaub unter Artikel 2 Absatz 3 der damaligen Gleichbehandlungsrichtlinie falle, die den Mitgliedstaaten ein Beurteilungsermessen hinsichtlich der sozialen Maßnahmen einräume, die sie ergreifen, um den Schutz der Frau bei Schwangerschaft und Mutterschaft zu gewährleisten.⁸³ Dem Urteil des Gerichtshofs in der Rechtssache *Hoffmann* ist auch zu entnehmen, dass der Gerichtshof der Auffassung ist, dass zwischen der Mutter und ihrem Kind eine besondere Beziehung bestehe, die es zu schützen gelte. Vom Gerichtshof wurde immer wieder die Ansicht geäußert, dass der Mutterschaftsurlaub auf Frauen beschränkt sei, weil der Schutz, den der Mutterschaftsurlaub verleihe, hauptsächlich aus zwei Gründen notwendig sei: Zum einen soll damit die körperliche Verfassung der Frau unmittelbar nach der Geburt ihres Kindes und zum anderen die besondere Beziehung zwischen der Mutter und ihrem neugeborenen Kind geschützt werden.⁸⁴ Aus diesem Grund kann der Mutterschaftsurlaub auf die Mutter beschränkt und dem Vater versagt werden, ohne dabei die in der Richtlinie verankerten Grundsätze der Gleichbehandlung zu verletzen.

⁸¹ Siehe Bruning und Plontenga, „Parental Leave and Equal Opportunities“ (1999) 9 J.E.S.P. 195. Siehe auch Kimber „Equal treatment for employees on leave and bonus payments“ [2005] 2(2) I.E.L.J. 53

⁸² *Hoffman gegen Barmer Ersatzkasse* (Rs. C-184/83), Slg. 1984, 3047; vgl. in diesem Sinne das vorher ergangene Urteil in der Rechtssache *Kommission gegen Italien* (C-163-83), Slg. 1983, 3273, in dem der EuGH die Auffassung vertrat, dass ein italienisches Gesetz, demzufolge eine Frau (nicht aber ihr Ehemann) nach der Adoption eines Kindes unter 6 Jahren Anspruch auf eine dem Mutterschaftsurlaub vergleichbare Beurlaubung habe, gerechtfertigt sei, denn es gehe „auf das legitime Bestreben zurück, die Umstände, unter denen das Kind in die Adoptivfamilie aufgenommen wird, für diesen sehr schwierigen Zeitraum soweit wie möglich denjenigen anzugleichen, unter denen das Neugeborene Aufnahme in die Familie findet“.

⁸³ Jetzt Artikel 28 der neugefassten Richtlinie zur Gleichstellung der Geschlechter. Richtlinie 2006/54/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 5. Juli 2006 zur Verwirklichung des Grundsatzes der Chancengleichheit und Gleichbehandlung von Männern und Frauen in Arbeits- und Beschäftigungsfragen (Neufassung).

⁸⁴ *Rs. Mahlburg gegen Land Mecklenburg-Vorpommern* (C-207/98), Slg. 2000, I-549.

Ein etwas weniger restriktiver Ansatz wurde vom Gerichtshof in der Rechtssache *Lommers*⁸⁵ verfolgt, wo er die Auffassung vertrat, dass die Beschränkung subventionierter Kindertagesstättenplätze auf weibliche Arbeitnehmerinnen, um einer Unterrepräsentation von Frauen entgegenzuwirken, rechtmäßig sei, vorausgesetzt, dass auch Männern in Ausnahmefällen, oder wenn sie alleinerziehend sind, der Zugang zu diesem Betreuungssystem eröffnet wird. Einem ähnlichen Ansatz folgend hat der Gerichtshof in der Rechtssache *Alvarez*⁸⁶ ein spanisches Gesetz als diskriminierend aufgehoben, demzufolge stillenden Müttern ein Recht auf Arbeitsbefreiung eingeräumt wurde; allerdings wurde der gleiche Urlaub auch nicht stillenden Müttern gewährt, damit sie sich um ihre Kinder kümmern konnten. Der Gerichtshof vertrat die Auffassung, dass die Tatsache, dass das Recht auf Arbeitsbefreiung nicht stillenden Müttern gewährt, den Vätern der Kinder aber verwehrt wurde, eine rechtswidrige Diskriminierung wegen des Geschlechts darstelle. Allerdings folgte der Gerichtshof ausdrücklich dem Vorbringen der irischen Regierung, demzufolge die ausschließliche Gewährung einer Arbeitsbefreiung für stillende Mütter, ohne nicht stillenden Müttern oder Vätern den gleichen Anspruch zuzugestehen, vollkommen legitim sei, weil damit etwas erleichtert werden solle, was nur von Frauen getan werden könne.

Das Zugehen auf die Väter hat in der jüngeren Entscheidung des Gerichtshofs in der Rechtssache *Marc Betriu Montull gegen Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS)* einen Rückschlag erlitten.⁸⁷ Diese Rechtssache betraf die Frage, ob ein spanisches Gesetz, das besagt, dass die Mutter die Arbeitnehmereigenschaft besitzen oder einem öffentlichen System der sozialen Sicherheit angeschlossen sein muss, damit der Vater einen Teil ihres Mutterschaftsurlaubs wahrnehmen darf, durch die Schwangerschaftsrichtlinie oder die Gleichbehandlungsrichtlinie präkludiert werde. Der Gerichtshof stellte die körperliche Verfassung der Frau und die besondere Beziehung zwischen der Mutter und ihrem Kind in den Mittelpunkt seiner Betrachtungen und vertrat die Auffassung, dass eine derartige Behandlung durch die Schwangerschaftsrichtlinie oder die Gleichbehandlungsrichtlinie nicht untersagt wird. Hinsichtlich der unterschiedlichen Behandlung von Adoptivvätern und biologischen Vätern in Bezug auf den Mutterschaftsurlaub führte der EuGH aus, dass zu der maßgebenden Zeit weder der EG-Vertrag noch eine Richtlinie der Union oder eine andere Vorschrift des Unionsrechts derartige Ungleichbehandlungen verbot. Dies unterstreicht, dass der originäre Anspruch auf bezahlten Mutterschaftsurlaub bei der Mutter liegt, und der Vater

⁸⁵ Rs. C-476/99, Slg. 2002, I-2891.

⁸⁶ Rs. C-104/09, Slg. 2010, I-08661.

⁸⁷ Rs. C-5/12.

nach EU-Recht keinen eigenständigen Anspruch auf derartigen Urlaub besitzt. Diese Entscheidung untersagt nicht die Aufteilung des Mutterschaftsurlaubs, stellt aber fest, dass der Vater keinen anteiligen Urlaub wahrnehmen kann, wenn die Mutter keinen Anspruch auf bezahlten Mutterschaftsurlaub besitzt, da sie selbständig ist und keinem öffentlichen System der sozialen Sicherheit angeschlossen ist.

In der neugefassten Richtlinie schließlich wird anerkannt, dass es notwendig ist, Frauen zu schützen, die aus dem Mutterschaftsurlaub zurückkehren. Nach Artikel 15 ist gewährleistet, dass Frauen nach Ablauf des Mutterschaftsurlaubs Anspruch darauf haben, an ihren früheren Arbeitsplatz oder „einen gleichwertigen Arbeitsplatz unter Bedingungen, die für sie nicht weniger günstig sind“, zurückzukehren.

VATERSCHAFTSURLAUB

Die neugefasste Richtlinie sieht Vaterschaftsurlaub im europäischen Recht nicht vor, erkennt aber an, dass – wenn nach nationalem Recht ein Anspruch auf Vaterschaftsurlaub besteht – sichergestellt sein muss, dass eine Person, die diesen Urlaub in Anspruch genommen hat, danach an ihren Arbeitsplatz zurückkehren kann. Wie weiter oben erörtert, ist im europäischen Recht kein Anspruch auf Vaterschaftsurlaub an sich verankert, obwohl es „Soft-Law“-Instrumente und politische Bestrebungen gibt, die darauf abzielen, die Väter stärker in die Arbeitsbefreiung mit einzubeziehen, damit sie sich um ihre Kinder kümmern können. Nach Artikel 16 der neugefassten Richtlinie haben Mitgliedstaaten, die in ihrem nationalen Recht einen Anspruch auf Vaterschaftsurlaub anerkennen, die erforderlichen Maßnahmen zu treffen, um männliche und weibliche Arbeitnehmer vor Entlassung infolge der Inanspruchnahme dieser Rechte zu schützen, und zu gewährleisten, dass sie nach Ablauf des Urlaubs Anspruch darauf haben, an ihren Arbeitsplatz zurückzukehren. Allerdings bleibt dadurch das Recht der Mitgliedstaaten unberührt, „eigene“ Rechte auf Vaterschaftsurlaub und Adoptionsurlaub anzuerkennen. Jede Anerkennung von Rechten auf Vaterschaftsurlaub ist zwar zu begrüßen, aber die begrenzte Art und Weise, wie dies in Artikel 16 geschieht, wurde kritisiert, weil dadurch eventuell die Unterscheidung zwischen Mutterschafts- und

Vaterschaftsurlaub festgeschrieben wird, wodurch es schwieriger wird, dass geschlechtsneutrale Rechte auf Elternurlaub Eingang ins Arbeitsleben finden.⁸⁸

ELTERNURLAUB

Die Richtlinie zum Elternurlaub

Bei der Richtlinie zum Elternurlaub⁸⁹ handelte es sich um eine zwischen den drei wichtigsten Sozialpartnern geschlossene Rahmenvereinbarung. Darin wurde ein Anspruch auf unbezahlten Elternurlaub festgelegt, um Eltern in die Lage zu versetzen, sich um Kleinkinder zu kümmern, und im Fall höherer Gewalt wegen dringender familiärer Gründe auch ein Anspruch auf einen zeitlich begrenzten Betreuungsurlaub, der nicht auf Eltern-Kind-Beziehungen beschränkt war. Sie sollte ein ausgewogenes Verhältnis von Berufs- und Privatleben unterstützen, die Erwerbsbeteiligung von Frauen sowie die Aufteilung von Fürsorgepflichten zwischen Frauen und Männern fördern und die besonderen Bedürfnisse von Kindern mit einer Behinderung oder Langzeitkrankheit berücksichtigen. Die Richtlinie hatte eine schwierige Entstehungsgeschichte: Ein erster Entwurf, der von der Europäischen Kommission 1983 ausgearbeitet worden war, wurde wegen der damals erforderlichen Einstimmigkeit blockiert. In der Richtlinie, die schließlich 1996 mit einer Umsetzungsfrist von 2 Jahren verabschiedet wurde, wurden ziemlich minimale Anforderungen festgelegt. Diese zeigten in vielen der Mitgliedstaaten keine besondere Wirkung, weil dort bereits Bestimmungen zum Elternurlaub bestanden. Beträchtliche Wirkungen waren jedoch in Irland zu verzeichnen, da dort der Elternurlaub erstmalig eingeführt wurde. Obgleich die Richtlinie zum Elternurlaub mit Wirkung vom 8. März 2010 aufgehoben und durch die im Jahr 2010 verabschiedete Richtlinie ersetzt wurde, beziehen sich alle Verweise auf die Richtlinie von 1996 jetzt auf die Richtlinie von 2010.⁹⁰

⁸⁸ A. Numhauser-Henning, „EU Sex Equality Law Post Amsterdam“ in H. Meenan (Hrsg.), *Equality Law in an Enlarged European Union; Understanding the Article 13 Directive* (Cambridge: Cambridge University Press 2007) S. 145-177, S. 159.

⁸⁹ Richtlinie des Rates zu der von UNICE, CEEP und EGB geschlossenen Rahmenvereinbarung über Elternurlaub (Richtlinie 96/34/EG).

⁹⁰ Artikel 4 der Richtlinie 2010/18/EU des Rates vom 8. März 2010 zur Durchführung der von BUSINESSSEUROPE, UEAPME, CEEP und EGB geschlossenen überarbeiteten Rahmenvereinbarung über den Elternurlaub und zur Aufhebung der Richtlinie 96/34/EG.

Ziel und Anwendungsbereich der neuen Richtlinie gehen aus Paragraf 1 Ziffer 1 der Rahmenvereinbarung hervor. Dort heißt es: *„Unter Berücksichtigung der zunehmenden Vielfalt der Familienstrukturen und unter Einhaltung der nationalen Rechtsvorschriften, Tarifverträge und/oder Gepflogenheiten werden in dieser Vereinbarung Mindestvorschriften festgelegt, damit erwerbstätige Eltern ihre beruflichen und elterlichen Pflichten besser miteinander in Einklang bringen können.“* Mit der Richtlinie sollen also eindeutig die in den Mitgliedstaaten bestehenden Bestimmungen zur Kindererziehung verbessert werden. Der Elternurlaubsanspruch wird von 3 auf 4 Monate pro Kind verlängert. Das Recht auf Elternurlaub steht im Fall der Geburt oder Adoption eines Kindes beiden Elternteilen zu, und zwar bis zu einem Alter des Kindes von bis zu acht Jahren. In der Richtlinie wird festgelegt, dass der Anspruch auf Elternurlaub ein individuelles Recht ist, das nicht von einem Elternteil auf den anderen übertragbar sein sollte, und dass – um eine ausgewogenere Inanspruchnahme des Elternurlaubs durch beide Elternteile zu fördern – mindestens einer der vier Monate nicht übertragbar ist. Durch die grundsätzliche Festschreibung der Nichtübertragbarkeit des Elternurlaubs soll den Mitgliedstaaten die Möglichkeit gegeben werden, von Ausnahmeregelungen Gebrauch zu machen, wenn eine Übertragung nicht möglich ist, beispielsweise wenn einer der Elternteile verstorben ist oder nicht arbeiten kann. Nach der neuen Richtlinie gibt es bei Verstößen gegen den Grundsatz der Gleichbehandlung keine Obergrenze für die Zahlung von Entschädigungen.

Zwar sieht die neue Richtlinie eine umfassende Anwendung des Rechts auf Elternurlaub auf alle Beschäftigten vor, einschließlich Teilzeitbeschäftigte, befristet beschäftigte Arbeitnehmer und Personen, die mit einem Leiharbeitsunternehmen einen Arbeitsvertrag geschlossen haben (zur Berücksichtigung der zunehmenden Zahl atypischer Beschäftigungsverhältnisse), aber sie gesteht den Mitgliedstaaten weiterhin die Möglichkeit zu, das Recht auf Elternurlaub von einer Betriebszugehörigkeitsdauer bis zu einer Grenze von höchstens einem Jahr abhängig zu machen.

Ein wichtiger neuer Anspruch für Arbeitnehmer ist das Recht, bei der Rückkehr nach dem Elternurlaub für eine bestimmte Dauer Änderungen der Arbeitszeiten und/oder der Arbeitsarrangements beantragen zu können. Interessanterweise wird Arbeitnehmern und Arbeitgebern empfohlen, während des Elternurlaubs in Kontakt zu bleiben und sich über geeignete Maßnahmen für den Wiedereinstieg abzustimmen. Die Richtlinie legt auch fest, dass Arbeitnehmer im Anschluss an den Elternurlaub das Recht haben, an ihren früheren

Arbeitsplatz zurückzukehren oder, wenn das nicht möglich ist, eine gleichwertige Arbeit zugewiesen zu bekommen.

Keine bedeutenden Änderungen nimmt die Richtlinie in Bezug auf den Anspruch auf Freistellung von der Arbeit im Fall höherer Gewalt vor. Den Mitgliedstaaten wird weiterhin die Möglichkeit eingeräumt, in solchen Fällen unbezahlten Urlaub zu gewähren.

Rechtsprechung:

Der Gerichtshof hat der Richtlinie bisher noch keine große Aufmerksamkeit geschenkt, obgleich er sich in jüngeren Rechtssachen auf die Rechte von Vätern konzentriert hat. Allerdings hat er einen nützlichen Beitrag zur Klärung des Anwendungsbereichs der Richtlinie geleistet. In der Rechtssache *Kommission gegen Luxemburg*⁹¹ zum Beispiel vertrat der Gerichtshof die Auffassung, dass der Elternurlaub nicht verkürzt werden kann, wenn er durch einen anderen Urlaub, der einen anderen Zweck als dieser Elternurlaub hat, etwa einen Mutterschaftsurlaub, unterbrochen wird. Der Gerichtshof hat klargestellt, dass sich der Elternurlaub vom Mutterschaftsurlaub unterscheidet: Der Elternurlaub ermöglicht es beiden Elternteilen, sich um ihr Kind zu kümmern, während der Mutterschaftsurlaub nur für Mütter nach der Geburt gilt. Weniger hilfreich war die Entscheidung des Gerichtshofs in der Rechtssache *Osterreichischer Gewerkschaftsbund*⁹², bei der zwischen einem Arbeitnehmer auf Elternurlaub und einem Arbeitnehmer auf Urlaub zur Ableistung des Wehrdienstes unterschieden wurde. Der Gerichtshof vertrat die Auffassung, dass das Interesse des Arbeitnehmers und seiner Familie im Falle des Elternurlaubs und das „Interesse der nationalen Gemeinschaft“ (in den Worten des Gerichtshofs) im Fall des Wehr- oder Zivildienstes der Art nach verschieden seien⁹³. Daher befänden sich die Arbeitnehmer nicht in einer vergleichbaren Lage, und die Nichtberücksichtigung des Elternurlaubs bei der Berechnung der Betriebszugehörigkeit zur Ermittlung der Abfertigung (Abgangsentschädigung) stelle keine mittelbare Diskriminierung von Frauen dar. Diese Entscheidung des Gerichtshofs ist kritisiert worden. Es wurde geltend gemacht, dass sich der Gerichtshof mit der Frage hätte auseinandersetzen müssen, ob die Nichtberücksichtigung der Urlaubsanforderung an sich Frauen benachteilige. Und in dem Fall hätte sich der Gerichtshof

⁹¹ Rs. C-519/03, Slg. 2005, I-03067.

⁹² Rs. C-220/02, Slg. 2004, I-5907.

⁹³ Randnr. 64.

fragen müssen, ob es eine objektive Rechtfertigung für dieses Verfahren gibt.⁹⁴ Die Entscheidung könnte auch dafür kritisiert werden, dass sie die Betreuung von Kindern und Familienmitgliedern nicht als ein Interesse der nationalen Gemeinschaft anerkennt, sondern als individuelles Recht bezeichnet. Auch in der Entscheidung zur Rechtssache *Chatzi gegen Ypourgos Oikonomikon*⁹⁵ hat der Gerichtshof die von der Richtlinie in Bezug auf den Schutzzumfang gebotene Möglichkeit nicht genutzt, einen auf das Kindeswohl ausgerichteten Ansatz zu verfolgen. In dieser Entscheidung vertrat der Gerichtshof die Auffassung, dass die Richtlinie zum Elternurlaub nicht dahin ausgelegt werden könne, dass sie einem Kind ein individuelles Recht auf Elternurlaub verleihe oder dass sie ein Recht auf eine der Zahl der geborenen Kinder entsprechende Zahl von Elternurlauben eröffne. Der Gerichtshof stellte fest, dass der Elternurlaub nicht für jedes Kind einzeln gewährt werde, damit sich dessen Eltern um das Kind kümmern können (wie für die Mutter von Zwillingen vorgetragen worden war, die einen Elternurlaub für jedes Kind beansprucht hatte), sondern damit Eltern sich angemessen um ihre Kinder kümmern können. Die Entscheidung des Gerichts ist insofern relevant, als sie bestätigt, dass das normative Ziel der Richtlinie nicht auf die Kinder, sondern auf die Eltern ausgerichtet ist.

Auch in der Rechtssache *Meerts gegen Proost NV* musste sich der Gerichtshof mit der Berücksichtigung des Elternurlaubs bei der Berechnung einer Abfindung befassen.⁹⁶ In diesem Fall war die eigentlich vollzeitbeschäftigte Arbeitnehmerin aufgrund von Elternurlaub auf Halbbasis tätig, als ihr mit sofortiger Wirkung gekündigt wurde. Die ihr nach nationalem Recht zustehende Entlassungsschädigung wurde nicht auf der Grundlage ihres Vollzeit-, sondern ihres Teilzeitgehalts berechnet. Der Gerichtshof stellte fest, dass die Rechte, über die die Arbeitnehmerin zum Zeitpunkt des Antritts des Elternurlaubs verfügte, nach Ablauf des Elternurlaubs nicht verloren gehen oder verkürzt werden könnten; dazu gehörte nach Auffassung des Gerichts auch die Kündigungsfrist.⁹⁷ Ansonsten wäre die Gesamtheit von Rechten und Vorteilen nicht gewährleistet, mit dem Ergebnis, dass die Arbeitnehmer davon abgehalten werden könnten, Elternurlaub zu nehmen, und dass die Arbeitgeber dazu angehalten werden könnten, bevorzugt diejenigen Arbeitnehmer zu

⁹⁴ C. Costello und G. Davies, „The Case Law of the Court of Justice in the Field of Sex Equality Since 2000“ (2006) 43 C.M.L.R. 1567, S. 1608.

⁹⁵ Rs. C-149/10, Slg. 2010, I-08489

⁹⁶ Rs. C 116/08, Slg. 2009, I-10093, Slg. 2009, All E.R. (D) 259.

⁹⁷ Nach Paragraph 5 Ziffer 2 der neuen Richtlinie zum Elternurlaub bleiben die Rechte, die der Arbeitnehmer zu Beginn des Elternurlaubs erworben hatte, bis zum Ende des Elternurlaubs bestehen. Dies entspricht dem Wortlaut von Paragraph 2 Ziffer 6 der ersten Richtlinie zum Elternurlaub.

entlassen, die sich im Elternurlaub befinden, was dem Zweck der Rahmenvereinbarung zuwiderlaufen würde. Daher könne die Entschädigung, die einem Arbeitnehmer zu zahlen ist, der auf Halbzeitbasis Elternurlaub genommen hat, nicht auf der Grundlage seines zum Zeitpunkt der Kündigung reduzierten Gehalts berechnet werden. Dabei wies der Gerichtshof nachdrücklich darauf hin, dass die Wahrung der Rechte von Eltern bis zum Ende des Elternurlaubs „als Ausdruck eines Grundsatzes des Sozialrechts der Gemeinschaft verstanden (wird), dem besondere Bedeutung zukommt und der deshalb nicht restriktiv ausgelegt werden darf“.⁹⁸ Die Entscheidung ist zu begrüßen, weil darin die Bedeutung des Schutzes von Arbeitnehmern während des Elternurlaubs anerkannt wird, und damit auch der Schutz des Rechtes von Arbeitnehmern, Elternurlaub ohne Gefährdung der anderen mit dem Arbeitsvertrag verbundenen Rechte zu nehmen. Ein ähnlicher Ansatz des Gerichtshofs zeigt sich in der Rechtssache *Kiiski gegen Tempereen Kaupunki*⁹⁹, in der der Gerichtshof die Auffassung vertrat, dass die Weigerung eines Arbeitgebers, der Arbeitnehmerin zu gestatten, ihren unbezahlten Erziehungsurlaub abubrechen, um stattdessen bezahlten Mutterschaftsurlaub nehmen zu können, eine unmittelbare Diskriminierung aufgrund des Geschlechts darstelle. Der Gerichtshof stellte fest, dass der angefochtene Tarifvertrag, demzufolge eine neuerliche Schwangerschaft kein triftiger Grund für eine Änderung der vereinbarten Dauer eines Erziehungsurlaubs sei, sowohl mit der Gleichbehandlungsrichtlinie als auch mit der Schwangerschaftsschutzrichtlinie unvereinbar sei.

Wie wichtig die Aufrechterhaltung der Arbeitsbedingungen eines Arbeitnehmers während des Elternurlaubs ist, betonte der Gerichtshof in seinem Urteil in der Rechtssache *Gomez-Limon Sanchez-Camacho gegen Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS)*¹⁰⁰, in dem er die Auffassung vertrat, dass Paragraf 2 Ziffer 6 der Richtlinie, in dem Arbeitnehmern während des Elternurlaubs ein Recht auf Wahrung ihrer mit dem Arbeitsvertrag verbundenen Rechte zugestanden wird, inhaltlich unbedingt und hinreichend genau sei, damit sich Einzelne gegenüber dem Staat unmittelbar auf diese Bestimmungen berufen können.

Ein bedeutender Mangel der Richtlinie ist darin zu sehen, dass sie keinen Anspruch auf bezahlten Elternurlaub gewährt. In dieser Hinsicht wurde die Besorgnis geäußert, dass der Ehepartner mit dem geringeren Einkommen (in der Regel also die Frau) wohl eher diesen

⁹⁸ Randnr. 43.

⁹⁹ Rs. C-116/06, Slg. 2007, I-07643.

¹⁰⁰ Rs. C-136/07, Slg. 2009, I-2011.

unbezahlten Urlaub nehmen würde, wodurch das Klischee verstärkt würde, dass sich Frauen hauptsächlich um die Familie kümmern. Kritik wurde an der Richtlinie geübt, weil sie die Beziehungen zwischen den Geschlechtern nicht neugestaltet habe, obwohl den Vätern das Recht auf gleichberechtigte Beteiligung an der Bürde des Familienlebens zugestanden wird.¹⁰¹ Untersuchungen in der EU zeigen, dass Väter das ihnen zustehende Recht auf Elternurlaub aus verschiedenen Gründen nicht in Anspruch nehmen, unter anderem aus Unkenntnis ihrer Rechte, aus Furcht vor den Folgen eines solchen Urlaubs für ihre beruflichen Perspektiven und weil sie davon ausgehen, dass sich Frauen hauptsächlich um die Kinder kümmern und ihre Hauptaufgabe in der elterlichen Verantwortung sehen sollten.¹⁰²

Entscheidungen neueren Datums:

Jüngst erging die Entscheidung des Gerichtshofs in einem Vorabentscheidungsersuchen eines lettischen Gerichts in der Rechtssache *Nadežda Riežniece gegen Zemkopības ministrija (Republik Lettland), Lauku atbalsta dienests*¹⁰³, das sich auf die Frage bezog, ob die Richtlinie über Elternurlaub dahin auszulegen sei, dass sie jede Handlung (insbesondere die Beurteilung des Beschäftigten während seiner Abwesenheit) eines Arbeitgebers untersage, in deren Folge eine Frau im Elternurlaub nach der Rückkehr an ihren Arbeitsplatz ihre Stelle verlieren könne. Im vorliegenden Fall wurde die Beschäftigte im Kontext eines Entlassungsverfahrens in ihrer Abwesenheit wegen Elternurlaubs auf der Grundlage ihrer letzten jährlichen Beurteilung (vor der Inanspruchnahme des Mutterschaftsurlaubs) anhand neuer Kriterien beurteilt, während die Beurteilung der im aktiven Dienst verbliebenen Arbeitnehmer anhand einer Beurteilung für einen späteren Zeitraum erfolgte. Es gab Unterschiede hinsichtlich der Ziele der beiden Beurteilungen (der Beurteilung für das Jahr 2006 und der Beurteilung für das Jahr 2009). Der Gerichtshof befand, dass derartige Beurteilungen in keinster Weise rechtswidrig sind, dass sie aber auf Kriterien beruhen müssen, die mit den für Arbeitnehmer im aktiven Dienst geltenden Kriterien identisch sind, und nicht die physische Anwesenheit der Arbeitnehmer voraussetzen dürfen, da der im Elternurlaub befindliche Arbeitnehmer diese Voraussetzung nicht erfüllen kann. Sollte die Beurteilung mit einer Benachteiligung von Arbeitnehmern im Elternurlaub verbunden sein,

¹⁰¹ J. Hunt und C. Wallace „Reconciliation between Working & Family Life in the EU - Reshaping Gendered Structures?“ [2004] 26(3) Journal of Social Welfare and Family Law 325, S. 333-4.

¹⁰² European Opinion Research Group, *European Attitudes to Parental Leave* (Brüssel: European Opinion Research Group, 2004).

¹⁰³ Rs. C-7/12, Urteil des Gerichtshofs (Vierte Kammer), 20. Juni 2013.

könnte dies eine mittelbare Diskriminierung darstellen. Schließlich befand der Gerichtshof, dass die Richtlinie über Elternurlaub untersage, dass eine Arbeitnehmerin, die im Anschluss an ihren Elternurlaub und nach dieser Beurteilung auf eine andere Stelle versetzt wurde, aufgrund der Streichung dieses neuen Arbeitsplatzes entlassen wird, sofern es dem Arbeitgeber nicht unmöglich war, ihr wieder ihren früheren Arbeitsplatz zuzuweisen, oder wenn die ihr zugewiesene Arbeit nicht gleichwertig oder ähnlich war und ihrem Arbeitsvertrag oder Arbeitsverhältnis entsprach, insbesondere weil der Arbeitgeber zum Zeitpunkt der Versetzung Kenntnis davon hatte, dass der neue Arbeitsplatz gestrichen werden sollte, was das nationale Gericht zu prüfen hat.

In den verbundenen Rechtssachen C-512/11 und C-513/11 befand der Gerichtshof am 13. Februar 2014, dass die Richtlinie über Elternurlaub dahin auszulegen ist, dass sie einer nationalen Bestimmung, wie sie die in den Ausgangsverfahren fraglichen Tarifverträge vorsehen, entgegensteht, nach der eine schwangere Arbeitnehmerin, die einen unbezahlten Elternurlaub im Sinne dieser Richtlinie unterbricht, um mit sofortiger Wirkung Mutterschaftsurlaub im Sinne der Schwangerschaftsrichtlinie zu nehmen, keinen Anspruch auf Fortzahlung des Entgelts hat, das ihr zustünde, wenn sie vor diesem Mutterschaftsurlaub ihre Arbeit zumindest für kurze Zeit wieder aufgenommen hätte.

In einem belgischen Vorabentscheidungsersuchen in der Rechtssache *Lyreco gegen Rogiers*¹⁰⁴ nahm eine unbefristet und auf Vollzeitbasis angestellte Arbeitnehmerin Elternurlaub auf Teilzeitbasis. Während dieses Elternurlaubs beendete der Arbeitgeber ihren Arbeitsvertrag ohne schwerwiegenden oder ausreichenden Grund. Nach belgischem Recht ist der Arbeitgeber daher verpflichtet, der Arbeitnehmerin eine pauschale Schutzenschädigung zu zahlen, die der Entlohnung von sechs Monaten entspricht. Die Vorlagefrage an den Gerichtshof bezog sich darauf, ob in einer derartigen Situation die pauschale Entschädigung auf der Grundlage des gekürzten Gehalts zu berechnen ist, das die Arbeitnehmerin zum Zeitpunkt ihrer Entlassung aufgrund des Elternurlaubs auf Teilzeitbasis bezog, oder aber auf der Grundlage des auf dem regulären Arbeitsvertrag auf Vollzeitbasis basierenden vollen Gehalts der Arbeitnehmerin.

Der EuGH befand, dass, wenn ein Arbeitnehmer während eines Elternurlaubs auf

¹⁰⁴ Rs. C-588/12.

Teilzeitbasis rechtswidrig entlassen wird, die pauschale Schutzentschädigung, die ein in Vollzeit angestellter Arbeitnehmer beanspruchen kann, auf der Grundlage seines Vollzeitgehalts berechnet werden muss. Schließlich macht eine auf einem Teilzeitgehalt basierende Berechnung das von der EU mit der Richtlinie über Elternurlaub geschaffene Schutzsystem in weiten Teilen unwirksam und wirkt sich nachteilig auf die durch den Arbeitnehmer erworbenen Ansprüche aus.

Diese Rechtssachen begründen die umfassenden Schutzmaßnahmen für Arbeitnehmer im Elternurlaub, insbesondere in der Wechselwirkung zwischen dieser Richtlinie und der Schwangerschaftsrichtlinie, deren Anwendung sehr praxisbezogen ist.

Schlussbemerkungen:

Die Rechtsprechung belegt, dass es für Frauen während der Schwangerschaft und während des Mutterschaftsurlaubs weitreichenden Schutz gibt, der sich jedoch nicht auf das Entgelt oder auf wirtschaftliche Ansprüche während des Mutterschaftsurlaubs bezieht. Die Rechte von Vätern und Männern mit Fürsorgepflichten werden langsam ausgeweitet, allerdings mit eindeutiger Präferenz hinsichtlich der Mitwirkung von Frauen. Das Gleichgewicht zwischen Gleichstellung, Eltern- und Familienrechten und -pflichten sowie das ausgewogene Verhältnis von Berufs- und Privatleben für Eltern wurden in frauenspezifischer Weise angegangen. Die Handhabung dieses Gleichgewichts zugunsten beider Elternteile ist wünschenswert, was auch durch den Gerichtshof in der Rechtssache *Alvarez*¹⁰⁵ anerkannt wurde, in der er ausgeführt, dass die Begrenzung eines Anspruchs auf Arbeitszeitbefreiung für die Kinderbetreuung „die herkömmliche Rollenverteilung in die Zukunft“ fortschreibe. Kindererziehung ist und sollte geschlechtsneutral sein und zwischen Müttern und Vätern geteilt werden. Daher sollten auch die am Arbeitsplatz aus den Erfordernissen der Kindererziehung (sowohl auf individueller als auch auf gesellschaftlicher Ebene) resultierenden Fragen geschlechtsneutral gelöst werden. Falls es dabei für Arbeitgeber von Eltern jemals negative Anreize geben sollte, sollten sich diese auf Mütter und Väter gleichermaßen auswirken und zudem – wo immer dies möglich ist – durch den Staat minimiert und absorbiert werden. Die Frage, die noch gelöst werden muss, ist die Dauer des Zeitraums vor und nach der Entbindung, in der Frauen Schutz benötigen. Danach gibt es keinen Grund dafür, warum das Kind nicht genauso gut durch den Kindsvater betreut werden kann.

**CLAIRE BRUTON BL
THE DISTILLERY BUILDING
145/151 CHURCH STREET
DUBLIN 7
IRELAND
E-MAIL: clairebruton@gmail.com
17. MÄRZ 2014**

¹⁰⁵ Rs. C-104/09, Slg. 2010, I-08661. Der Gerichtshof verwies zudem darauf, diese Gefahr in seiner Entscheidung in der Rechtssache *Lommers*, Slg. 2002, I-2891, Randnr. 32, deutlich gemacht zu haben.