

**SCHUTZMASSNAHMEN FÜR SCHWANGERE ARBEITNEHMERINNEN,
MUTTERSCHAFTSURLAUB UND ELTERNURLAUB
ERA-TAGUNG ZUM GLEICHSTELLUNGSRECHT**

15./16. April 2013

Marguerite Bolger L.LB, M.Litt., BL.

Einführung

In der Vergangenheit warf der im Gleichstellungsrecht im Bereich der Beschäftigung gewährte Schutz Schwangerer konzeptionelle Schwierigkeiten auf: Wenn es darum ging festzustellen, ob eine Schwangere, die aufgrund ihrer Schwangerschaft benachteiligt wurde, wegen ihres Geschlechts rechtswidrig diskriminiert worden war, wurden schwangere Frauen teilweise – einem unlogischen Ansatz folgend – mit hypothetischen kranken Männern verglichen. Seither hat sich das Gleichstellungsrecht erheblich verändert und erkennt inzwischen einer schwangeren Frau das Recht auf einen diskriminierungsfreien Arbeitsplatz, sowie das Recht auf Mutterschafts- und Elternurlaub zu, wobei am Ende des Urlaubs eine Rückkehr an den Arbeitsplatz sichergestellt ist. Allerdings ist der den Eltern am Arbeitsplatz gewährte Schutz nicht grenzenlos. Zwar wurde im EG-Recht das Konzept der Diskriminierung Schwangerer mit Begeisterung als widerrechtliche unmittelbare Diskriminierung aufgrund des Geschlechts aufgenommen. Aber im Umgang mit den logischen Konsequenzen dieses Konzepts, insbesondere wenn es um den Schutz von Arbeitnehmern und Arbeitnehmerinnen geht, die wegen ihrer Elternschaft von ihrem Arbeitsplatz beurlaubt sind, wurde im EG-Recht ein weniger radikaler Ansatz verfolgt.

In diesem Beitrag soll untersucht werden, welchen Schutz die Gleichbehandlungsrichtlinie und die Mutterschutzrichtlinie schwangeren Arbeitnehmerinnen bieten. Außerdem soll auch die neue Elternurlaubsrichtlinie besprochen werden, sowie die Frage, inwieweit sich der

Gerichtshof der Europäischen Union mit den Konzepten Schwangerschaft, Mutterschaftsurlaub und Elternurlaub auseinandergesetzt hat.

1. Die Gleichbehandlungsrichtlinie und Schwangerschaft

1.1 Diskriminierung aufgrund von Schwangerschaft als rechtswidrige unmittelbare Diskriminierung

In der Rechtssache *Dekker gegen Stichting Vormingscentrum voor Jong Volwassen*¹ hat der Europäische Gerichtshof ein Grundsatzurteil gefällt, indem er feststellt, dass die Diskriminierung von Schwangeren eine rechtswidrige unmittelbare Diskriminierung aufgrund des Geschlechts darstellt und daher der Gleichbehandlungsrichtlinie zuwiderläuft. Im Einzelnen stellt das Gericht fest:

„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“.

Diese Entscheidung, mit der die Diskriminierung Schwangerer am Arbeitsplatz für ungesetzlich erklärt wurde, ist immer noch sehr bedeutsam. Die Auswirkungen dieser Diskriminierung beschäftigen die Gerichte bis heute regelmäßig, weil Diskriminierungen aufgrund von Schwangerschaft im Leben erwerbstätiger Frauen nach wie vor ein sehr reales Problem darstellen.

¹ Rs. C-77/88, Slg. 1990, I-3941.

Am gleichen Tag, als der Europäische Gerichtshof seine Entscheidung in der Rechtssache *Dekker*² 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*³ Grenzen auferlegt. So begrenzte der Gerichtshof den Zeitraum, in dem bei Schwangerschaft und/oder schwangerschaftsbedingten Krankheiten Kündigungsschutz besteht, auf die Dauer des gesetzlichen Mutterschaftsurlaubs.

Damit entschied sich das Gericht für eine materiellrechtliche Prüfung der Schwangerschaft an sich und für eine vergleichende Prüfung der zur Abwesenheit vom Arbeitsplatz führenden Folgen einer Schwangerschaft⁴.

Seither hat der Gerichtshof schwangeren Arbeitnehmerinnen weiterhin erheblichen Schutz zugesprochen und hat dabei sogar die Auffassung vertreten, dass der durch das Gemeinschaftsrecht gewährte Schutz nicht von der Frage abhängen könne, ob die Anwesenheit der betroffenen Frau in einem bestimmten Zeitraum, der ihrer Mutterschaft entspricht, für das ordnungsgemäße Funktionieren eines Unternehmens unerlässlich ist.⁵ Der Gerichtshof hat bestätigt, dass dieser Schutz sowohl für Arbeitnehmerinnen mit befristeten als auch für solche mit unbefristeten Arbeitsverträgen gilt⁶. In der Rechtssache *Brown gegen Rentokil*⁷ drohte Arbeitnehmern und Arbeitnehmerinnen regelmäßig die Entlassung, wenn sie der Arbeit aus Krankheitsgründen mehr als sechsundzwanzig Wochen lang ununterbrochen fernblieben. Der Gerichtshof vertrat allerdings die Auffassung, dass der Arbeitgeber nicht berechtigt sei, den Zeitraum von 26 Wochen schon vor dem Ende des Mutterschutzurlaubs zu

² Rs. C-77/88, Slg. 1990, I-3941. Vgl. auch Bolger / 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.

³ Rs. C-179/88, Slg. 1990, I-3979.

⁴ O'Leary S. 'The New Frontiers of Sex Equality Law in the European Union' (1999) EL Review 331.

⁵ *Webb gegen EMO Air Cargo*, Slg. 1994, I-3567.

⁶ *Tele Danmark*, Slg. 2001, I-6993; *Melgar*, Slg. 2001, I-6915.

⁷ Rs. C-394/96, Slg. 1998, I-4185. Vgl. auch Boch, 'Official: During Pregnancy, Females are Pregnant' (1998) 23 EL Review 488.

berechnen, wenn die Krankheit der betreffenden Arbeitnehmerin schwangerschaftsbedingt sei.

Die zunehmend liberalere Sichtweise des Gerichtshofs in Bezug auf die Behandlung schwangerer Arbeitnehmerinnen zeigt sich auch in Rechtssachen wie *CNAVTS gegen Thibault*⁸. Hier stellt 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 Mutterschutzurlaub 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. Auch in der Rechtssache *Lewan gegen Lothar Denda*⁹ vertrat der Gerichtshof die Auffassung, dass ein Arbeitgeber nach Art. 141 die Dauer des Mutterschutzurlaubs nicht bei der Gewährung des Weihnachtsgelds berücksichtigen dürfe, um so das Weihnachtsgeld anteilig zu kürzen.¹⁰

Wie weit der Europäische Gerichtshof im Hinblick auf den Schutz von Arbeitnehmerinnen vor Diskriminierung wegen Schwangerschaft zu gehen bereit ist, zeigt die Entscheidung in der Sache *Busch gegen Klinikum Neustadt GmbH & Co. Betriebs-KG*.¹¹ Frau Busch hatte im Juni 2000 ein Kind bekommen und nahm Elternurlaub, der ihr für die Dauer von drei Jahren zustand. Im Oktober 2000 wurde sie erneut schwanger und beantragte im Januar 2001 die vorzeitige Beendigung ihres Elternurlaubs. Sie wollte im April 2001 an ihren Arbeitsplatz zurückkehren; zu diesem Zeitpunkt war sie im siebten Monat schwanger. Nun war ihre Arbeit so beschaffen, dass sie sich für Schwangere nicht eignete. Ihr Arbeitgeber wollte seine Zustimmung zu ihrer Rückkehr an den Arbeitsplatz wegen wissentlich falscher Angaben und Täuschung rückgängig machen. Der Gerichtshof befand, dass es unzulässig gewesen sei, Frau Busch die Rückkehr an ihren Arbeitsplatz vor Ende ihres Elternurlaubs zu verweigern, weil sie schwanger war; dies sei eine rechtswidrige unmittelbare Diskriminierung aufgrund des Geschlechts gewesen. Der Gerichtshof befand weiter, dass Frau Busch nicht verpflichtet gewesen sei, ihren Arbeitgeber über ihre Schwangerschaft zu unterrichten, weil der Arbeitgeber ihre Schwangerschaft bei der Entscheidung über ihre Rückkehr an den

⁸ Rs. C-136/95, Slg. 1998, I-2011.

⁹ Rs. C-333/97, Slg. 1999, I-7243.

¹⁰ Vgl. Bruning und Plontenga, 'Parental Leave and Equal Opportunities' (1999) 9 JESP 195.

¹¹ Rs. C-320/01, Slg. 2003, I-2041.

Arbeitsplatz nicht berücksichtigen durfte. Diese Diskriminierung sei weder durch den finanziellen Verlust des Arbeitgebers noch durch die gesetzliche Vorgabe, dass sie wegen ihrer Schwangerschaft nicht alle ihre Aufgaben erfüllen konnte, gerechtfertigt. Dasselbe gelte auch für die Tatsache, dass sie aufgrund ihrer Rückkehr an den Arbeitsplatz ein Mutterschaftsgeld beziehe, das ihre Bezüge während des Elternurlaubs übersteige.

In der Rechtssache *Sabine Mayr gegen Bäckerei und Konditorei Gerhard Flöckner OHG* (Slg. 2008, Urteil v. 26.02.2008) hat der Gerichtshof ein interessantes Urteil gefällt, das zeigt, wie weit der Schutz geht, wenn es um Angelegenheiten geht, die nur Frauen betreffen können. In diesem Fall war der Gerichtshof gebeten worden, die Rechtmäßigkeit der Entlassung einer Arbeitnehmerin zu prüfen, die sich einer künstlichen Befruchtung in vitro unterzogen hatte. Dem Gerichtshof zufolge fällt zwar eine Arbeitnehmerin, die sich einer derartigen Behandlung unterzieht, nicht unter die Mutterschutzrichtlinie. Allerdings vertrat der Gerichtshof die Auffassung, dass eine Arbeitnehmerin, die sich in einem fortgeschrittenen Stadium einer künstlichen Befruchtung befindet, nach Art. 2 Abs. 1 und Art. 5 Abs. 1 der Gleichbehandlungsrichtlinie nicht entlassen werden dürfe. Das Gericht stellte fest, dass keine unmittelbare Diskriminierung aufgrund des Geschlechts vorliege, wenn eine Arbeitnehmerin aus denselben Gründen wie ein Mann wegen Fernbleibens von der Arbeit entlassen wird, führt aber aus:

„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.“

1.2 Diskriminierung aufgrund von Schwangerschaft und Lohn

Zwar verfolgt der Gerichtshof in Bezug auf den Schutz von Schwangeren vor einer Benachteiligung am Arbeitsplatz einen starken und progressiven Ansatz. Dieser Schutz scheint aber zu schwinden, wenn Frauen Urlaub nehmen und ihrem Arbeitsplatz fernbleiben, auch wenn dieser Urlaub unmittelbar mit ihrer Schwangerschaft zusammenhängt, wobei vom Gerichtshof anerkannt worden ist, dass dieser Zustand der Schwangerschaft auf Frauen beschränkt ist. Es scheint, als ob Frauen einen Anspruch auf Ergebnisgleichheit haben, solange sie am Arbeitsplatz sind, aber nicht wenn sie der Arbeit während irgendeines Urlaubs fernbleiben. Der vom Gerichtshof verfolgte Ansatz wurde folgendermaßen beschrieben:

*„...einem schwierigen Kurs zwischen dem Schutz der Beschäftigung von Frauen während der gesamten Schwangerschaft und dem Eingeständnis, dass beurlaubte Personen in einer anderen Lage sind als Berufstätige“.*¹²

In der Rechtssache *Gillespie gegen The Northern Health and Social Services Board*¹³ stellt der Gerichtshof fest, dass einer Arbeitnehmerin im Mutterschaftsurlaub nicht ihr voller Lohn zusteht, weil sich Frauen im Mutterschaftsurlaub in einer „besonderen Lage“ befinden, die mit der eines Mannes oder einer anderen arbeitenden Frau nicht vergleichbar ist.

Zwar erkennt der Gerichtshof an, dass eine längere Krankschreibung wegen einer mit der Schwangerschaft zusammenhängenden Krankheit etwas anderes ist als Beurlaubungen wegen anderer Krankheiten. Allerdings hat es der Gerichtshof bisher abgelehnt, den Schutzrahmen von Frauen während des gesetzlichen Mutterschutzurlaubs über den Schutz vor Entlassungen hinaus zu erweitern. In der Rechtssache *McKenna gegen North Western Health Board*¹⁴ war der Gerichtshof mit dem Fall einer Frau befasst, die während der gesamten Schwangerschaft wegen einer mit der Schwangerschaft zusammenhängenden Erkrankung krankgeschrieben war. Während der Schwangerschaft schöpfte sie ihr Recht auf volle Lohnfortzahlung aus und

¹² Costello C. und Davies F. 'The Case Law of the Court of Justice in the Field of Sex Equality Since 2000' (2006) 43 CMLR, 1567-1569.

¹³ Rs. C-342/93, Slg. 1996, I-475.

¹⁴ Rs. C-191/03, Slg. 2005, IRLR 895.

erhielt nach den Krankengeldregelungen ihres Arbeitgebers anschließend ein Krankengeld in Höhe der Hälfte ihres Lohns. Sie war der Auffassung, dass die Tatsache, dass sie nur die Hälfte ihres Lohns erhielt, eine Benachteiligung im Hinblick auf ihr Entgelt darstelle und dass dies ein rechtswidriger Verstoß gegen ihr Recht auf gleiches Entgelt sei. Ferner vertrat sie die Auffassung, dass sie aufgrund ihrer Schwangerschaft benachteiligt worden sei, insoweit als die mit ihrer Schwangerschaft zusammenhängende Erkrankung bei ihren künftigen Krankengeldansprüchen berücksichtigt wurde, da sie über einen Zeitraum von vier Jahren insgesamt nur ein Jahr lang Krankengeld beziehen konnte. Dies sei rechtswidrig.

Zwar erkennt der Gerichtshof die besondere Natur schwangerschaftsbedingter Krankheiten an, hält es aber für ausreichend, dass er einem Arbeitgeber das Recht verwehrt, eine Arbeitnehmerin mit einer derartigen Erkrankung zu entlassen. Der Gerichtshof vertritt diese Auffassung trotz der auch vom Generalanwalt anerkannten Tatsache, dass die Anwendung der Krankengeldregelung eine Benachteiligung darstellt, die nur Frauen treffen kann, weil nur sie wegen einer mit der Schwangerschaft zusammenhängenden Erkrankung arbeitsunfähig werden können.

Den in der Rechtssache *Gillespie* eingeführten konservativen Ansatz im Hinblick auf das während einer schwangerschaftsbedingten Beurlaubung zu zahlende Entgelt hat der Gerichtshof beibehalten. Die im Fall *Gillespie* offenbar wirtschaftlich orientierte Begründung wendet der Gerichtshof dann auch auf das während einer Schwangerschaft zu zahlende Krankengeld an, obwohl die Krankschreibung unmittelbar auf die Schwangerschaft zurückzuführen war. Der Gerichtshof stellt fest:

„Wenn eine Vorschrift, die innerhalb bestimmter Grenzen eine geringere Entlohnung einer Arbeitnehmerin während ihres Mutterschaftsurlaubs vorsieht, keine Diskriminierung aufgrund des Geschlechts darstellt, kann eine Bestimmung, nach der diese Arbeitnehmerin, wenn sie während ihrer Schwangerschaft aufgrund einer schwangerschaftsbedingten Erkrankung von der Arbeit fernbleibt, nicht als eine derartige Diskriminierung betrachtet werden.“

Einen etwas fortschrittlicheren Ansatz im Hinblick auf das während des Mutterschaftsurlaubs zu zahlende Entgelt kann man der Entscheidung des Gerichtshofs in der Rechtssache *Alabaster gegen Woolwich plc, Secretary of State for Social Security*¹⁵ entnehmen. Hier vertrat der Gerichtshof die Auffassung, dass eine während des Mutterschaftsurlaubs gewährte Lohnerhöhung in die Berechnung des gesetzlichen Mutterschaftsgelds einfließen müsse, und zwar auf der Grundlage der Höhe des Einkommens der Arbeitnehmerin während eines bestimmten Zeitraums vor Beginn des Mutterschaftsurlaubs. Hier führt der Gerichtshof aus:

„Würde die Arbeitnehmerin nämlich von einer solchen Lohnerhöhung während ihres Mutterschaftsurlaubs ausgeschlossen, so würde sie allein in ihrer Arbeitnehmer-eigenschaft diskriminiert, da sie, wenn sie nicht schwanger gewesen wäre, den erhöhten Lohn erhalten hätte.“

In zwei neueren Rechtssachen 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 neueren Rechtssachen, *Parviainen*,¹⁶ betraf eine schwangere Arbeitnehmerin, die als Flugbegleiterin beschäftigt war und der aufgrund ihrer Schwangerschaft ein anderer Arbeitsplatz zugewiesen wurde, an dem vorher gezahlte Zulagen in Höhe von etwa 40% ihres Arbeitsentgelts entfielen. Der Gerichtshof vertrat die Auffassung, dass Arbeitgeber nicht verpflichtet sind, während einer vorübergehenden schwangerschaftsbedingten Umsetzung auf einen anderen Arbeitsplatz Zulagen weiter zu zahlen, die davon abhängen, dass die betroffene Arbeitnehmerin bestimmte Tätigkeiten unter besonderen Umständen ausübt.¹⁷ Der Gerichtshof stützte sich dabei auf Artikel 11 Absatz 4 der Mutterschutzrichtlinie, in der es heißt, dass:

„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

¹⁵ Rs. C-147/02, Slg. 2004, I-3101.

¹⁶ Rs. C-471/08, Urteil des Gerichtshofs der Europäischen Union, 01.07.2010, Slg. 2011, 1 CMLR 175; vgl. auch 'Pregnant workers cannot claim allowances for tasks not performed' [2010] 274 EU Focus 17-18.

¹⁷ Randnm. 61.

vorgesehenen Bedingungen für das Entstehen eines Anspruchs auf diese Leistungen erfüllt.“

Allerdings stellt 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 Fall *Gassmayr*¹⁸ 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 Art. 11 Abs. 1 bis 3 hinreichend genau seien, um unmittelbare Wirkung zu entfalten.¹⁹ Nach Art. 11 Abs. 1 muss in den in Art. 5 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 Arbeitsentgelt gewährleistet sein. Nach Art. 11 Abs. 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 Art. 11 Abs. 3 gilt für die in Art. 8 genannten Arbeitnehmerinnen im Mutterschaftsurlaub die Sozialleistung nach Art. 11 Abs. 2 b) als angemessen, wenn sie mindestens den Bezügen entspricht, die die betreffende Arbeitnehmerin im Falle einer Unterbrechung ihrer Erwerbstätigkeit aus

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

¹⁹ Zu dieser Erkenntnis war vorher schon Ellis gelangt, *EU Antidiscrimination Law*, (OUP, 2005), S. 246.

gesundheitlichen Gründen erhalten würde. Der Gerichtshof verwies auf seine frühere Entscheidung im Fall *Parviainen* und vertrat die Auffassung, dass dies nach Art. 5 Abs. 3 der Mutterschutzrichtlinie auch für beurlaubte Arbeitnehmerinnen gelte. Unter Berücksichtigung der früheren Entscheidungen zum während des Mutterschaftsurlaubs zu zahlenden Arbeitsentgelts, wie z.B. *Boyle*,²⁰ *Gillespie*²¹ and *Alabaster*²² kam der Gerichtshof zu dem Schluss, dass bei einer Arbeitnehmerin, die der Arbeit fernbleibt, weil sie sich im Mutterschaftsurlaub befindet, der in der Mutterschutzrichtlinie geforderte Mindestschutz während des Mutterschaftsurlaubs weder die umfassende Fortzahlung des Arbeitsentgelts der Betroffenen noch die Zahlung der Journaldienstzulage umfasst.

Für Arbeitgeber bieten diese Entscheidungen eine 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.

2. Die Mutterschutzrichtlinie²³

Die Einführung der Mutterschutzrichtlinie war insofern von Bedeutung, als sie anerkennt, dass Schwangere von Rechts wegen einen Schutzanspruch haben, und nicht nur im Rahmen der Gleichstellung der Geschlechter. Die Richtlinie gewährleistet die Einhaltung des in der Gleichbehandlungsrichtlinie niedergelegten Gleichbehandlungsgrundsatzes und verfolgt zur Erreichung dieses Ziels einen zweigleisigen Ansatz: einerseits den Schutz von Arbeitnehmerinnen und andererseits die Wahrung des Grundsatzes der Chancengleichheit für Männer und Frauen. Damit weicht die Richtlinie von der strengen Symmetrie des Gleichbehandlungsmodells ab, insofern als sie ausdrücklich eine Sonderbehandlung für

²⁰ Slg. 1998, I-6401.

²¹ Rs. C-342/93, Slg. 1996, IRLR 214.

²² Rs. C-147/02, Slg. 2004, I-3101.

²³ Richtlinie 92/85/EWG des Rates; Mutterschutzrichtlinie ABl. 1992, L348/1. Vgl. ausführlicher zur Mutterschutzrichtlinie Barnard, *EC Employment Law*, (3. Aufl., OUP, 2006) S. 454-459.

Frauen vorsieht, soweit dies aufgrund der besonderen Bedürfnisse von Frauen im Zusammenhang mit der Schwangerschaft und der Geburt von Kindern erforderlich ist.

Die Mutterschutzrichtlinie wurde von der Kommission auf der Grundlage des Gesundheits- und Sicherheitsrahmens nach Artikel 118A (jetzt 138) und nicht nach dem bereits etablierten Grundsatz der Gleichbehandlung im Bereich der Beschäftigung nach Artikel 119 (jetzt 141) eingeführt. Dies geschah vermutlich, um das in Artikel 118 A niedergelegte Mehrheitsabstimmungsverfahren nutzen zu können und damit einer Ablehnung mangels Einstimmigkeit zu entgehen.²⁴ Aufgrund dieser politischen Zweckdienlichkeit konnte die Richtlinie zwar verabschiedet werden, aber das Ergebnis ist insofern ein Kompromiss, als die Interessen der Wirtschaft gegenüber dem Recht auf Gleichbehandlung ausbalanciert wurden.²⁵

Der Wunsch, die Umsetzung der Mutterschutzrichtlinie sicherzustellen, ist zwar zu begrüßen, aber es ist bedauerlich, dass die wichtigste Überlegung bei der Einführung der Richtlinie wohl der Schutz der Gesundheit von Frauen war, was eher auf bevormundende Schutzvorschriften als auf einen Schutz der Rechte von Frauen und die Notwendigkeit einer Gleichbehandlung von Frauen und Männern im Bereich der Erwerbsarbeit hindeutet. Eine der wenigen Verbesserungen, die in der endgültigen Fassung der Richtlinie gegenüber dem Richtlinienvorschlag vorgenommen wurde, besteht in der Auslassung des Hinweises der Kommission auf den „*schwachen und schutzbedürftigen*“ Zustand von Frauen nach der Geburt eines Kindes – eine Wortwahl, die nur als unglücklich und bedauerlich beschrieben werden konnte und die den offenen Paternalismus der Richtlinie verdeutlichte.

2.1 Definition einer schwangeren Arbeitnehmerin

Nach dem Gerichtshof bedeutet der Begriff „schwängere Arbeitnehmerin“ im Sinne der Richtlinie *„jede schwängere Arbeitnehmerin, die den Arbeitgeber gemäß den*

²⁴Zwei Mitgliedsstaaten haben sich schließlich enthalten: Großbritannien, weil die Richtlinie Großbritannien zu weit ging; und Italien, weil die Richtlinie Italien nicht weit genug ging!

²⁵ Vgl. zur Erörterung dieses Sachverhalts: Ellis „Protection of Pregnancy and Maternity.“ (1993) 22 *Industrial Law Journal* 63, S. 67; vgl. auch Mancini / O’Leary, „The New Frontiers of Sex Equality Law in the European Union“ (1999) 24 *European Law Review* 331, S. 341.

einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und/oder Gepflogenheiten von ihrer Schwangerschaft unterrichtet“.²⁶ Diese Definition wurde vom Gerichtshof in der vor kurzem in Rechtssache *Danosa*²⁷ ergangenen Urteil noch weiter verfeinert, in dem 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. 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 das Gericht 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 die Beschwerdeführerin 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.

Da die Richtlinie auf „schwangere“ Arbeitnehmerinnen Bezug nimmt, ist nach europäischem Recht unklar, inwieweit die Mutter eines von einer Leihmutter geborenen Kindes Anspruch auf Kündigungsschutz hat. Zur Frage, ob eine Frau, die durch Leihmutterchaft 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.²⁸

²⁶ Rs. C-116/06 *Kiiski*, Slg. 2007, I-7643.

²⁷ Rs. C-232/09, Slg. 2011, CMLR 45.

²⁸ Das erste Ersuchen stammt vom UK Employment Appeals Tribunal *CD gegen ST* (Rs. C-167/12) und das zweite vom Irish Equality Tribunal *Z* (Rs. C-363/12).

2.2 Die Schutzbestimmungen

Die erste Gruppe von Bestimmungen der Mutterschutzrichtlinie zielt darauf ab, Frauen während der Schwangerschaft und nach der Geburt eines Kindes vor gefährlichen Tätigkeiten zu schützen. Die zweite Gruppe von Bestimmungen gewährt Frauen einen Anspruch auf Mutterschafts- und Krankheitsurlaub und schützt ihre Rechte im Bereich der Beschäftigung während der entsprechenden Zeiträume. Die Richtlinie schafft keine vollständige Harmonisierung und versucht nicht, in allen Mitgliedsstaaten für alle Frauen einen einheitlichen Anspruch auf Mutterschaftsurlaub festzulegen. In Artikel 1 Abs. 3 heißt es ausdrücklich, dass sich aus der Richtlinie keine Rechtfertigung für einen Abbau des Frauen gewährten Schutzes im Vergleich mit der Lage ableiten lässt, der in den einzelnen Mitgliedsstaaten zum Zeitpunkt des Erlasses der Richtlinie besteht. Damit wird deutlich gemacht, dass durch die Richtlinie ein Mindestschutzniveau geschaffen werden soll, das die Mitgliedsstaaten nicht unterschreiten dürfen.

Die Schutzbestimmungen der Richtlinie sind in Art. 3 bis 7 enthalten. Nach Artikel 3 ist die Kommission verpflichtet, Leitlinien für die Beurteilung der industriellen Verfahren zu erstellen, die als Gefahrenquelle für Gesundheit und Sicherheit der Arbeitnehmerinnen gelten. Nach Artikel 4 sind die Arbeitgeber verpflichtet zu beurteilen, in welchem Ausmaß Frauen diesen Gefahren ausgesetzt sind. Nach dieser Beurteilung müssen die Unternehmen die Arbeitsbedingungen für Frauen umgestalten oder die Frauen während des gesamten zum Schutz von Sicherheit und Gesundheit erforderlichen Zeitraums beurlauben.²⁹ Nach Artikel 7 müssen die Mitgliedsstaaten die erforderlichen Maßnahmen ergreifen, damit Frauen während der Schwangerschaft und während eines Zeitraums nach ihrer Entbindung nicht zu Nachtarbeit verpflichtet werden. Eine schwangere oder stillende Arbeitnehmerin³⁰ hat Anspruch darauf, dass ihre Arbeitsbedingungen so umgestaltet werden, dass sie für eine schwangere Frau keine Gefahr darstellen oder wenn dies nicht möglich ist, hat sie Anspruch auf zusätzlichen Urlaub.³¹

²⁹ Artikel 5.

³⁰ Bei stillenden Müttern gilt dieser Schutz nur für einen begrenzten Zeitraum.

³¹ Vgl. Art. 11.

2.3 Kündigung aufgrund von Schwangerschaft: Artikel 10

Gemäß Artikel 10 können Schwangere während der Zeit vom Beginn der Schwangerschaft bis zum Ende des Mutterschaftsurlaubs nicht entlassen werden, abgesehen von außergewöhnlichen Umständen, die nicht mit der Schwangerschaft in Zusammenhang stehen und die entsprechend den einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und/oder Gepflogenheiten zulässig sind. Wird einer schwangeren Arbeitnehmerin während der genannten Zeit gekündigt, so muss der Arbeitgeber schriftlich "berechtigte Kündigungsgründe" anführen, und die Mitgliedsstaaten müssen sicherstellen, dass schwangeren Arbeitnehmerinnen Rechtsmittel zur Verfügung stehen, um sich vor einer widerrechtlichen Kündigung zu schützen. Im Urteil in der Rechtssache *Jiménez Melgar gegen Ayuntamiento De Los Barrios*³² bestätigt der Gerichtshof, dass Artikel 10 unmittelbare Wirkung besitzt und dass sich die Gerichte der Mitgliedsstaaten auf diesen Artikel berufen können.

In der Rechtssache *Nadine Paquay gegen Société d'architectes Hoet + Minne SPRL* (Slg. 2007, I-6) hat der Gerichtshof weiter geklärt, inwieweit ein Arbeitgeber einer Arbeitnehmerin am Ende ihres Mutterschaftsurlaubs kündigen darf. In diesem Fall war die Arbeitnehmerin nach dem einzelstaatlichen Recht vom Beginn ihrer Schwangerschaft bis zum Ende ihres am 31. Januar 1996 endenden Mutterschaftsurlaubs vor einer Entlassung geschützt. In einem Schreiben vom 21. Februar 1996, also nach Ablauf der Schutzfrist, wurde ihr gekündigt. Die sechsmonatige Kündigungsfrist begann am 1. März 1996. Der Arbeitgeber beendete das Beschäftigungsverhältnis am 15. April 1996 und zahlte einen Geldbetrag als Ausgleich für den verbleibenden Zeitraum der Kündigungsfrist. Das vorliegende nationale Gericht beurteilte den Sachverhalt so, dass die Entscheidung, die Arbeitnehmerin zu entlassen, vor dem Ende der Kündigungsschutzfrist getroffen worden war. Der Arbeitgeber versuchte, die Kündigung durch mangelnde Leistung zu rechtfertigen, was aber nach Auffassung des nationalen Gerichts faktisch nicht belegt werden konnte. Dem Gerichtshof wurde daher die Frage vorgelegt, ob Artikel 10 der Mutterschutzrichtlinie so auszulegen ist, dass nicht nur die Mitteilung einer auf der Schwangerschaft und/oder Geburt eines Kindes beruhenden Kündigungsentscheidung während der vorgesehenen Schutzzeit verboten ist, sondern dass

³² Rs. C-438/99, Slg. 2001, I-6915. Vgl. auch: EU Focus, 'Case Note: Non-Renewal of Fixed Term Contract because of Pregnancy may be Direct Discrimination' (2001) EU Focus 14.

eine solche Kündigungsentscheidung auch nicht in Vorbereitung eines dauerhaften Ersatzes der betroffenen Arbeitnehmerin vor Ablauf dieses Zeitraums gefasst werden darf.

Der Gerichtshof vertrat die Auffassung,

„dass Art. 10 der Richtlinie 92/85 dahin auszulegen ist, dass er nicht nur die Mitteilung einer auf der Schwangerschaft und/oder der Geburt eines Kindes beruhenden Kündigungsentscheidung während der in Nr. 1 dieser Vorschrift vorgesehenen Schutzzeit verbietet, sondern auch untersagt, dass vor Ablauf dieser Zeit Maßnahmen in Vorbereitung einer solchen Entscheidung getroffen werden.“

Diese Entscheidung führt unweigerlich zu der Frage, ob derselbe Ansatz auch gelten muss, wenn ein Arbeitgeber beschließt, einer Arbeitnehmerin im Zuge von Entlassungsmaßnahmen und nicht aufgrund der im Fall von Frau Paquay angeführten mangelnden Leistung zu kündigen. Insbesondere wenn eine Kündigung im Zuge von Massenentlassungen ausgesprochen werden soll, muss der Arbeitgeber eine Reihe von Schritten ergreifen, bevor eine Kündigung ordnungsgemäß und rechtmäßig vorgenommen werden kann. So steht fest, dass einer Arbeitnehmerin während ihres Mutterschaftsurlaubs weder im Zuge von Entlassungsmaßnahmen noch aus irgendeinem anderen Grund gekündigt werden darf. Allerdings ist offen, zu welchem Zeitpunkt der Arbeitgeber das Anhörungsverfahren o.ä. beginnen kann, das schließlich zur Beendigung des Beschäftigungsverhältnisses der Arbeitnehmerin im Rahmen von betriebsbedingten Kündigungen führen kann. Im derzeitigen Wirtschaftsklima gewinnen Fragen im Zusammenhang mit Entlassungsmaßnahmen zunehmend an Bedeutung, und es wird abzuwarten sein, ob sich die rechtlichen Bestimmungen in Bezug auf vorbereitende Schritte für eine Kündigung ändern werden, wenn diese Schritte darin bestehen, dass Anhörungen im Rahmen der angestrebten Entlassungsmaßnahmen aufgenommen werden, im Gegensatz zu vorbereitenden Schritten für den Ersatz einer zu entlassenden Arbeitnehmerin, wie sie Gegenstand der Rechtssache *Paquay* waren.

3. Mutterschaftsurlaub

Die Artikel 8, 9 und 11 enthalten weitere Bestimmungen, die Frauen im Bereich der Beschäftigung während der Schwangerschaft und Entbindung und in einem Zeitraum danach schützen; es handelt sich hierbei also um zentrale Rechte im Zusammenhang mit der Mutterschaft. Eine der wichtigsten Bestimmungen der Richtlinie steht in Artikel 8, in dem ein Mutterschaftsurlaub von mindestens 14 Wochen³³ festgelegt wird. In dieser Zeit ist eine angemessene Sozialleistung zu zahlen, die mindestens dem nach nationalem Recht zu zahlenden gesetzlichen Krankengeld entspricht.³⁴

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*³⁵ 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.³⁶ Dem Urteil 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.

³³ In Artikel 8 heißt es: „Die Mitgliedstaaten treffen die erforderlichen Maßnahmen, um sicherzustellen, dass den Arbeitnehmerinnen im Sinne des Artikels 2 ein Mutterschaftsurlaub von mindestens 14 Wochen ohne Unterbrechung gewährt wird ...“. Das Europäische Parlament wollte einen Urlaub von 16 Wochen, weil 14 Wochen nach Auffassung des Parlaments in keinem Mitgliedstaat mit Ausnahme von Portugal eine Verbesserung darstellten.

³⁴ Artikel 11 Abs. 2 und 3.

³⁵ Rs. *Hoffmann gegen Barmer Ersatzkasse* (C-184/83), Slg. 1984, 3074; vgl. in diesem Sinne das vorher ergangene Urteil in der Rs. *Kommission gegen Italien* (C-163/82), 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“.

³⁶ Jetzt Art. 28 der neu gefassten 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).

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.³⁷ Aus diesem Grund kann der Mutterschaftsurlaub auf die Mutter beschränkt und dem Vater versagt werden, ohne dabei die im europäischen Recht verankerten Grundsätze der Gleichbehandlung zu verletzen.

Ein etwas weniger restriktiver Ansatz wurde vom Gerichtshof in der Rechtssache *Lommers*³⁸ verfolgt, wo er die Auffassung vertrat, dass die Beschränkung subventionierter Kindertagesstättenplätze auf weibliche Beamte, um einer Unterrepräsentation von Frauen bei den Beschäftigten eines niederländischen Ministeriums entgegenzuwirken, rechtmäßig sei, vorausgesetzt, dass auch männlichen Beamten 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*³⁹ 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.

³⁷ Rs. *Mahlburg gegen Land Mecklenburg-Vorpommern* (C-207/98), Slg. 2000, I-549.

³⁸ Rs. C-476/99, Slg. 2002, I-2891.

³⁹ Rs. C-104/99, Slg. 2010, I-08661.

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

4. Vaterschaftsurlaub

Im europäischen Recht ist 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 Art. 16 der neu gefassten 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 Art. 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.⁴⁰

⁴⁰ 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.

5. Elternurlaub

5.1 Die Richtlinien zum Elternurlaub

Bei der ersten Richtlinie zum Elternurlaub⁴¹ handelt 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. 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, werden ziemlich minimale Anforderungen festgelegt, die in den Mitgliedstaaten keine besondere Wirkung gezeigt haben, weil in vielen Staaten bereits Bestimmungen zum Elternurlaub bestanden.

Diese Richtlinie zum Elternurlaub wurde mit Wirkung vom 8. März 2010 aufgehoben und durch die 2010 verabschiedete Richtlinie ersetzt.⁴²

Ziel und Anwendungsbereich der neuen Richtlinie gehen aus Paragraph 1 Absatz 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

⁴¹ Richtlinie des Rates zu der von UNICE, CEEP und EGB geschlossenen Rahmenvereinbarung über Elternurlaub (Richtlinie 96/34/EG)

⁴² Richtlinie 2010/18/EU des Rates vom 8. März 2010 zur Durchführung der von BUSINESSEUROPE, UEAPME, CEEP und EGB geschlossenen überarbeiteten Rahmenvereinbarung über den Elternurlaub und zur Aufhebung der Richtlinie 96/34/EG.

Elternurlaubsanspruch wird von 3 auf 4 Monate pro Kind verlängert; entscheidend ist dabei jedoch, dass er weiterhin unbezahlt bleibt. 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.

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 Beschäftigte vor, einschließlich Teilzeitbeschäftigte, befristet beschäftigte Arbeitnehmer und Personen, die mit einem Leiharbeitsunternehmen einen Arbeitsvertrag geschlossen haben (zur Berücksichtigung der zunehmende Zahl atypischer Beschäftigungsverhältnisse), aber sie gestattet 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 Änderungen der Arbeitszeiten und/oder des Arbeitsarrangements für eine bestimmte Dauer 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 oder ähnliche 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.

5.2 Elternurlaub und der Gerichtshof

Der Gerichtshof hat der Richtlinie bisher noch keine große Aufmerksamkeit geschenkt.⁴³ Allerdings hat er einen nützlichen Beitrag zur Klärung des Anwendungsbereichs geleistet. In der Rechtssache *Kommission gegen Luxemburg*⁴⁴ 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 *Österreichischer Gewerkschaftsbund*⁴⁵, 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 seien.⁴⁶ 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

⁴³ Zurzeit ist ein Vorabentscheidungsersuchen eines lettischen Gerichts anhängig: *Nadežda Riežniece gegen Zemkopības ministrija (Republik Lettland) und Lauku atbalsta dienests* (C-7/12). Dabei geht es um die Frage, ob die Richtlinie zum Elternurlaub dahin auszulegen ist, dass sie jede Handlung (insbesondere die Beurteilung des Beschäftigten während seiner Abwesenheit) eines Arbeitgebers untersagt, in deren Folge eine Frau im Elternurlaub nach der Rückkehr an ihren Arbeitsplatz ihre Stelle verlieren kann.

⁴⁴ Rs. C-519/03, Slg. 2005, I-03067.

⁴⁵ Rs. C-220/02, Slg. 2004, I-5907.

⁴⁶ Randnr. 64

fragen müssen, ob es eine objektive Rechtfertigung für dieses Verfahren gibt.⁴⁷ 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 Ipourgos Ikonimikon*⁴⁸ 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 Elternurlaube 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*⁴⁹ musste sich der Gerichtshof mit der Berücksichtigung des Elternurlaubs bei der Berechnung einer Abfindung befassen. 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

⁴⁷ 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.

⁴⁸ Rs. C-149/10, Slg. 2010, I-08489.

⁴⁹ Rs. C-116/08, Slg. 2009, I-10093, Slg. 2009, All E.R. (D) 259.

Auffassung des Gerichts auch die Kündigungsfrist.⁵⁰ 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 entlassen, die sich im Elternurlaub befinden, was dem Zweck der Rahmenvereinbarung zuwiderlaufen würde. Daher könne die einem Arbeitnehmer zu zahlende Entschädigung, der auf Halbzzeitbasis 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*“.⁵¹ Die Entscheidung ist zu begrüßen, weil darin die Bedeutung des Schutzes von Arbeitnehmern während des Elternurlaubs anerkannt wird, und damit auch der Schutz des Rechts 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*.⁵² Darin vertritt der Gerichtshof die Auffassung, 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 Schwangerschafts-schutzrichtlinie 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)*⁵³, in dem er die Auffassung vertrat, dass Paragraph 2 Nr. 6 der Richtlinie, in dem Arbeitnehmern während

⁵⁰ 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.

⁵¹ Randnr. 42.

⁵² Rs. C-116/06, Slg. 2007, I-07643.

⁵³ Rs. C-537/07, Slg. 2009, I-06525.

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 unbezahlten Urlaub nehmen würden, 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.⁵⁴ Untersuchungen in der EU zeigen, dass Väter das ihnen zustehende Recht auf Erziehungsurlaub aus verschiedenen Gründen nicht in Anspruch nehmen, u. a. aus Unkenntnis über ihre Rechte, aus Furcht über die 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.⁵⁵

Schlussbemerkungen

In einer Zeit, in der viele Arbeitnehmer Kürzungen und Leistungseinbußen hinnehmen müssen, könnten auch die Schutzmaßnahmen für schwangere Arbeitnehmerinnen unter zunehmenden Druck geraten. Dennoch ist und bleibt der Schutz schwangerer Arbeitnehmerinnen eine grundlegende Forderung für jedes Rechtssystem, das Chancen- und Ergebnisgleichheit gewährleisten will. Dieser Schutz muss sowohl am Arbeitsplatz als auch außerhalb des Arbeitsplatzes während der Schwangerschaft und des Mutterschaftsurlaubs gelten.

Im Gemeinschaftsrecht konnte bis heute zwar ein beachtliches Schutzniveau verwirklicht werden, aber es bleibt trotzdem noch viel zu tun!

⁵⁴ 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

⁵⁵ European Opinion Research Group, *European Attitudes to Parental Leave*, (Brüssel: European Opinion Research Group, 2004).