

# § 1

## Grundlagen des europäischen Arbeitsrechts

Für seine hilfreiche Unterstützung bei der Überarbeitung dieses Beitrags danke ich Herrn stud. iur. *Matthias Schmid*.

|  |       |  |       |
|--|-------|--|-------|
| <b>I. Historische Etappen des europäischen Arbeitsrechts</b> . . . . . | 1.1   | <b>IV. Auslegung des Unionsrechts</b> . . . . .                    | 1.76  |
| 1. EWG-Vertrag (1957) . . . . .  | 1.1   | 1. Grundsatz der autonomen Auslegung                               | 1.76  |
| 2. Das sozialpolitische Aktionsprogramm (1974) . . . . .               | 1.5   | 2. Zuständigkeit für die Auslegung des Unionsrechts . . . . .      | 1.78  |
| 3. Einheitliche Europäische Akte (1986)                                | 1.7   | 3. Die Methoden zur Auslegung des Unionsrechts . . . . .           | 1.81  |
| 4. Vertrag von Maastricht (1992) . . . . .                             | 1.10  | a) Wortlaut . . . . .  | 1.85  |
| 5. Vertrag von Amsterdam (1997) . . . . .                              | 1.12  | b) Systematik . . . . .  | 1.88  |
| 6. Vertrag von Nizza (2001) . . . . .                                  | 1.14  | aa) Systematik des Rechtsaktes . . . . .                           | 1.89  |
| 7. Vertrag von Lissabon (2007) . . . . .                               | 1.15  | bb) Vorgaben des Primärrechts . . . . .                            | 1.91  |
| 8. Austritt des Vereinigten Königreichs (2017) . . . . .               | 1.17a | cc) Enge Auslegung von Ausnahmevorschriften? . . . . .             | 1.94  |
| <b>II. Charakteristika der europäischen Rechtsordnung</b> . . . . .    | 1.18  | c) Historische Auslegung . . . . .                                 | 1.96  |
| 1. Autonomie des Unionsrechts . . . . .                                | 1.18  | d) Normzweck . . . . .   | 1.100 |
| 2. Rechtsquellen des Unionsrechts . . . . .                            | 1.22  | 4. Rechtsfortbildung . . . . .                                     | 1.103 |
| a) Die Europäischen Verträge . . . . .                                 | 1.22  | 5. Der Arbeitnehmerbegriff im Unionsrecht . . . . .                | 1.107 |
| b) Allgemeine Rechtsgrundsätze . . . . .                               | 1.23  | a) Autonomer und nationaler Arbeitnehmerbegriff . . . . .          | 1.107 |
| c) Sekundäres Unionsrecht . . . . .                                    | 1.27  | b) Autonomer Arbeitnehmerbegriff . . . . .                         | 1.110 |
| 3. Unmittelbare Anwendung . . . . .                                    | 1.28  | <b>V. Dogmatik europäischer Richtlinien</b>                        | 1.113 |
| 4. Anwendungsvorrang . . . . .   | 1.31  | 1. Vorgaben für die Richtlinienumsetzung . . . . .                 | 1.115 |
| <b>III. Rechtsetzung im europäischen Arbeitsrecht</b> . . . . .        | 1.38  | a) Vorwirkung und Sperrwirkung . . . . .                           | 1.115 |
| 1. Allgemeine Vorgaben . . . . .                                       | 1.38  | b) Anforderungen an den Umsetzungsakt . . . . .                    | 1.118 |
| a) Grundsatz der beschränkten Einzelermächtigung . . . . .             | 1.39  | c) Äquivalenz- und Effektivitätsprinzip                            | 1.120 |
| b) Subsidiaritätsgrundsatz . . . . .                                   | 1.40  | 2. Innerstaatliche Wirkungen europäischer Richtlinien . . . . .    | 1.124 |
| c) Verhältnismäßigkeitsgrundsatz . . . . .                             | 1.43  | a) Unmittelbare Anwendung . . . . .                                | 1.125 |
| d) Querschnittsklauseln . . . . .                                      | 1.44  | aa) Entstehungsgeschichte . . . . .                                | 1.125 |
| 2. Primärrechtliche Kompetenzen und sekundäres Arbeitsrecht . . . . .  | 1.45  | bb) Unmittelbare Anwendung gegenüber dem Staat . . . . .           | 1.130 |
| a) Grundfreiheiten . . . . .   | 1.48  | cc) Keine unmittelbare Anwendung zwischen Privaten . . . . .       | 1.135 |
| aa) Arbeitnehmerfreizügigkeit . . . . .                                | 1.48  | b) Richtlinienkonforme Auslegung . . . . .                         | 1.142 |
| bb) Dienstleistungsfreiheit . . . . .                                  | 1.50  | aa) Grundlagen. . . . .  | 1.143 |
| cc) Niederlassungsfreiheit . . . . .                                   | 1.51  | bb) Reichweite und Grenzen . . . . .                               | 1.145 |
| b) Sozialpolitik . . . . .   | 1.52  | (1) Einzelstaatliche Auslegungsmethoden . . . . .                  | 1.149 |
| aa) Allgemeine Voraussetzungen . . . . .                               | 1.53  | (2) Verbot des Contra-legendem Judizierens . . . . .               | 1.151 |
| bb) Katalog sozialpolitischer Kompetenzen . . . . .                    | 1.55  | (3) Vertrauensschutz . . . . .                                     | 1.155 |
| cc) Bereichsausnahme des Art. 153 Abs. 5 AEUV . . . . .                | 1.60  | c) Staatshaftung wegen fehlerhafter Richtlinienumsetzung . . . . . | 1.160 |
| dd) Anhörung der europäischen Sozialpartner . . . . .                  | 1.62  | d) Grundrechtskonkretisierende Richtlinien . . . . .               | 1.163 |
| c) Gleichbehandlung . . . . .  | 1.63  | 3. Überschießende Richtlinienumsetzung                             | 1.165 |
| d) Rechtsangleichung im Binnenmarkt                                    | 1.65  |  |       |
| e) Internationales Arbeitsrecht . . . . .                              | 1.67  |  |       |
| f) Kompetenzabrundungsklausel . . . . .                                | 1.68  |  |       |
| 3. Der soziale Dialog . . . . .  | 1.71  |  |       |

**Schrifttum:**

**Monographien, Lehrbücher, Kommentare:** *Baldauf*, Richtlinienverstoß und Verschiebung der Contralegem-Grenze im Privatrechtsverhältnis, 2013; *Barriga*, Die Entstehung der Grundrechte der Europäischen Union, 2003; *Buck*, Über die Auslegungsmethoden des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaft, 1998; *Däubler* (Hrsg.), Tarifvertragsgesetz, 4. Aufl. 2016 (zit.: *Däubler/Bearbeiter*); *Dausen* (Hrsg.), Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts, Loseblatt, 43. Erg.-Lfg. Stand: Oktober 2017 (zit. *Dausen/Bearbeiter*); *Deinert*, Der europäische Kollektivvertrag, 1999; *Dewald*, Die Anwendung des Unionsrechts auf den deutschen Tarifvertrag, 2012; *Franzen*, Privatrechtsangleichung durch die Europäische Gemeinschaft, 1999; *Funke*, Umsetzungsrecht, 2010; *Gerken/Rieble/G. Roth/Stein/Streinz*, Das Mangold-Urteil des EuGH – „Mangold“ als ausbrechender Rechtsakt, 2009; *Greiner*, Rechtsfragen der Koalitions-, Tarif- und Arbeitskampfpflicht, 2. Aufl. 2011; *Grosche*, Rechtsfortbildung im Unionsrecht, 2011; *Grundmann*, Die Auslegung des Gemeinschaftsrechts durch den Europäischen Gerichtshof, 1997; *Hallstein*, Die Europäische Gemeinschaft, 5. Aufl. 1979; *Haltern*, Eine Lanze für Mangold in Haltern/Bergmann (Hrsg.), Der EuGH in der Kritik, 2012, S. 26; *Herresthal*, Rechtsfortbildung im europarechtlichen Bezugsrahmen, 2006; *Heuschmid*, Der Arbeitskampf im EU-Recht in Däubler (Hrsg.), Arbeitskampfrecht, 4. Aufl. 2018, § 11; *Kruis*, Der Anwendungsvorrang des EU-Rechts in Theorie und Praxis, 2013; *Kutscher*, Thesen zu den Methoden der Auslegung des Gemeinschaftsrechts, aus der Sicht eines Richters in Begegnung von Justiz und Hochschule, 1976, S. I-1; *Langenbucher* (Hrsg.), Europäisches Privat- und Wirtschaftsrecht, 4. Aufl. 2017 (zit. *Langenbucher/Bearbeiter*); *Martens*, Methodenlehre des Unionsrechts, 2013; *Merten/Papier* (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte, Band VI/1: Europäische Grundrechte I, 2010 (zit. *Merten/Papier/Bearbeiter*, HGR VI/1); *Müller-Graff*, Das wirtschaftsverfassungsrechtliche Profil der EU nach Lissabon in Fastenrath/Nowak (Hrsg.), Der Lissabonner Reformvertrag, 2009, S. 173; *Parpart*, Die unmittelbare Bindung Privater an die Personenverkehrsfreiheiten im europäischen Gemeinschaftsrecht, 2003; *Pottschmidt*, Arbeitnehmerähnliche Personen in Europa, 2006; *Riesenhuber*, Europäisches Arbeitsrecht, 2009; *Roloff*, Das Beschränkungsverbot des Art. 39 EG (Freizügigkeit) und seine Auswirkungen auf die Praxis, 2003; *Rosenkranz*, Die Beschränkung der Rückwirkung von Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs, 2015; *Sagan*, Das Gemeinschaftsgrundrecht auf Kollektivmaßnahmen, 2008; *Schaer*, Rechtssicherheit und Vertrauensschutz als Grenzen rückwirkender Rechtsprechung im europäischen Arbeitsrecht, 2010; *Staudinger*, BGB, Einleitung zu §§ 241 ff.; §§ 241–243, Neubearbeitung 2015; *Staudinger*, Der Widerruf bei Haustürgeschäften: eine unendliche Geschichte?, NJW 2002, 653; *Thüsing/Braun* (Hrsg.), Tarifrecht, 2. Aufl. 2016; *Vogenaier*, Die Auslegung von Gesetzen in England und auf dem Kontinent, Band I, 2001; *Weber*, Grenzen EU-rechtskonformer Auslegung und Rechtsfortbildung, 2010.

**Beiträge in Festschriften und Sammelbänden:** *Canaris*, Die richtlinienkonforme Auslegung und Rechtsfortbildung im System der juristischen Methodenlehre in Koziol/Rummel (Hrsg.), Im Dienste der Gerechtigkeit – Festschrift für Franz Bydlinski, 2002, S. 47; *Canaris*, Gemeinsamkeiten zwischen verfassungs- und richtlinienkonformer Auslegung in Bauer/Czybulka/Kahl/Voßkuhle (Hrsg.), Wirtschaft im offenen Verfassungsstaat – Festschrift für Reiner Schmidt, 2006, S. 41; *Everling*, Zur direkten innerstaatlichen Wirkung der EG-Richtlinien: Ein Beispiel richterlicher Rechtsfortbildung auf der Basis gemeinsamer Rechtsgrundsätze in Börner/Jahrreiß/Stern (Hrsg.), Einigkeit und Recht und Freiheit – Festschrift für Karl Carstens, Band 1, 1984, S. 95; *Frieling*, Gesetzesmaterialien als Grenze richtlinienkonformer Rechtsfortbildung, JbJZ 2014, 37; *Ipsen*, Richtlinien-Ergebnisse in Hallstein/Schlochauer (Hrsg.), Zur Integration Europas – Festschrift für Carl Friedrich Ophüls, 1965, S. 69; *Käppler*, Beschränkungen der Dienstleistungsfreiheit durch das Arbeitnehmerentsenderecht und das sozialpolitische Prinzip der Mindestharmonisierung in Art. 137 EG in Bauer/Boewer (Hrsg.), Festschrift für Peter Schwerdtner, 2003, S. 751; *Pötters*, Gespaltene Auslegung – Schizophrenie im Mehrebenensystem?, JbJZ 2014, S. 75; *Rebhahn*, Zur Methodenlehre des Unionsrechts in Henssler/Joussen/Maties/Preis (Hrsg.), Moderne Arbeitswelt – Festschrift für Rolf Wank, 2014, S. 431; *Schaub*, EG-Recht und Tarifvertrag in Arbeitsrecht im sozialen Dialog – Festschrift für Hellmut Wißmann, 2005, S. 578; *Schmidt-Preuß*, Die soziale Marktwirtschaft als Wirtschaftsverfassung der Europäischen Union in Joost/Oetker/Paschke (Hrsg.), Festschrift für Franz Jürgen Säcker, 2011, S. 969; *Streinz*, Der „effet utile“ in der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften in Due/Lutter/Schwarze (Hrsg.), Festschrift für Ulrich Everling, Band II, 1995, S. 1507; *Wank*, Methodische Bemerkungen zu einigen neueren EuGH-Urteilen im Arbeitsrecht, Konzen/Krebber/Raab/Veit/Waas (Hrsg.), Festschrift für Rolf Birk, 2008, S. 929; *Winter*, Das Arbeitsrecht im europäischen Mehrebenensystem ist weiterhin in Bewegung in Creutzfeld/Hanau/Thüsing/Wißmann (Hrsg.), Arbeitsgerichtsbarkeit und Wissenschaft – Festschrift für Klaus Bepler, 2012, S. 633; *Wißmann*, Unionsrechtskonforme Auslegung von Tarifverträgen? in Creutzfeld/Thüsing/Hanau/Wißmann (Hrsg.),

Arbeitsgerichtsbarkeit und Wissenschaft – Festschrift für Klaus Bepler, 2012, S. 649; *Wißmann*, Vertrauensschutz – europäisch und deutsch in Baeck/Hauck/Preis/Rieble/Röder/Schunder (Hrsg.), Festschrift für Jobst-Hubertus Bauer, 2010, S. 1161; *Wißmann*, Neues aus Karlsruhe zur Vorlagepflicht nach Art. 267 Abs. 3 AEUV in Faber/Feldhoff/Nebe/Schmidt/Waßer (Hrsg.), Gesellschaftliche Bewegungen – Festschrift für Wolfhard Kohte, 2016, S. 993; *Zachert*, Europäische Tarifverträge – von korporatistischer zu autonomer Rechtsetzung? in Schlachter/Ascheid/Friedrich (Hrsg.), Tarifautonomie für ein neues Jahrhundert, Festschrift für Günter Schaub, München, 1998, S. 811.

**Aufsätze:** *Albin*, Das Subsidiaritätsprinzip in der EU – Anspruch und Rechtswirklichkeit, NVwZ 2006, 629; *Auer*, Neues zu Umfang und Grenzen der richtlinienkonformen Auslegung, NJW 2007, 1106; *Bach*, Direkte Wirkung von EG-Richtlinien, JZ 1990, 1108; *Bärenz*, Die Auslegung der überschießenden Umsetzung von Richtlinien am Beispiel des Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts, DB 2003, 375; *Bauer/Arnold*, Auf „Junk“ folgt „Mangold“ – Europarecht verdrängt deutsches Arbeitsrecht, NJW 2006, 6; *Bauer/von Medem*, Küçükdeveci = Mangold hoch zwei? Europäische Grundrechte verdrängen deutsches Arbeitsrecht, ZIP 2010, 449; *Birk*, Die Gesetzgebungszuständigkeit der Europäischen Gemeinschaft im Arbeitsrecht, RdA 1992, 68; *Bleckmann*, Zu den Auslegungsmethoden des Europäischen Gerichtshofs, NJW 1982, 1177; *von Bogdandy/Bast/Arndt*, Handlungsformen im Unionsrecht – Empirische Analysen und dogmatische Strukturen in einem vermeintlichen Dschungel, ZaöRV 2002, 77; *Borelli*, Der Arbeitnehmerbegriff im europäischen Recht, AuR 2011, 472; *Brennke*, Europäisierung der Methodik richtlinienkonformer Rechtsfindung, EuR 2015, 440; *Bruun/Bücker*, Der Monti II Verordnungsvorschlag der EU Kommission, NZA 2012, 1136; *Buchner*, Die sozialpolitische Entwicklung der Europäischen Gemeinschaft im Spannungsfeld von hoheitlicher Regelung und tarifautonomer Gestaltung, RdA 1993, 193; *Burmeister/Staebe*, Grenzen des sog. *Gold Plating* bei der Umsetzung europäischer Richtlinien in nationales Recht, EuR 2009, 444; *Calliess*, Grundlagen, Grenzen und Perspektiven europäischen Richterrechts, NJW 2005, 929; *Colneric*, Auslegung des Gemeinschaftsrechts und gemeinschaftskonforme Auslegung, ZEuP 2005, 225; *v. Danwitz*, Rechtswirkungen von Richtlinien in der neueren Rechtsprechung des EuGH, JZ 2007, 697; *v. Danwitz*, Der Einfluss des nationalen Rechts und der Rechtsprechung der Gerichte der Mitgliedstaaten auf die Auslegung des Gemeinschaftsrechts, ZESAR 2008, 57; *v. Danwitz*, Funktionsbedingungen der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes, EuR 2008, 769; *Dederer*, Die Grenzen des Vorrangs des Unionsrechts – Zur Vereinheitlichung von Grundrechts-, Ultra-vires- und Identitätskontrolle, JZ 2014, 313; *Dederichs*, Die Methodik des Gerichtshofes der Europäischen Gemeinschaften, EuR 2004, 345; *Deinert*, Partizipation europäischer Sozialpartner an der Gemeinschaftsrechtsetzung, RdA 2004, 211; *Deinert*, Arbeitskampf und anwendbares Recht, ZESAR 2012, 311; *Derleder*, Der Widerruf des Haustürpfandkredits, ZBB 2002, 202; *Dörr*, Der unionsrechtliche Staatshaftungsanspruch in Deutschland – zwanzig Jahre nach Francovich, EuZW 2012, 86; *Ehrlicke*, Die richtlinienkonforme Auslegung nationalen Rechts vor Ende der Umsetzungsfrist einer Richtlinie, EuZW 1999, 553; *Everling*, Zur Begründung der Urteile des Gerichtshofes der Europäischen Gemeinschaften, EuR 1994, 127; *Everling*, Richterliche Rechtsfortbildung in der Europäischen Gemeinschaft, JZ 2000, 217; *Everling*, Europas Zukunft unter der Kontrolle der nationalen Verfassungsgerichte, EuR 2010, 91; *di Fabio*, Richtlinienkonformität als ranghöchstes Normauslegungsprinzip? – Überlegungen zum Einfluss des indirekten Gemeinschaftsrechts auf die nationale Rechtsordnung, NJW 1990, 947; *Fisahn/Mushoff*, Vorwirkung und unmittelbare Wirkung Europäischer Richtlinien, EuR 2005, 222; *Fischinger*, Europarechtskonformität des § 15 IV AGG?, NZA 2010, 1048; *Franzen*, „Heininger“ und die Folgen: Ein Lehrstück zum Gemeinschaftsprivatrecht, JZ 2003, 321; *Freitag*, Privatrechtsangleichung auf Kosten Privater, EuR 2009, 796; *Frenz*, Die Vorwirkung von Richtlinien, EWS 2011, 33; *Frenz*, Soziale Grundlagen in EUV und AEUV, NZS 2011, 81; *Fuchs*, Die Bilanz des Europäischen Arbeitsrechts, ZESAR 2004, 5 und 111; *Fuchs*, Mangold – Kein ausbrechender Rechtsakt, ZESAR 2011, 3; *Gas*, Die unmittelbare Anwendbarkeit von Richtlinien zu Lasten Privater im Urteil „Mangold“, EuZW 2006, 737; *Gehlhaar*, Honeywell in der Praxis – Ein Aus- und Überlick, NZA 2010, 1053; *Glaesner*, Die Einheitliche Europäische Akte, EuR 1986, 119; *Grundmann*, Richtlinienkonforme Auslegung im Bereich des Privatrechts – insbesondere: der Kanon der nationalen Auslegungsmethoden als Grenze?, ZEuP 1996, 399; *Gundel*, Neue Grenzlinien für die Direktwirkung nicht umgesetzter EG-Richtlinien unter Privaten, EuZW 2001, 143; *Hailbronner*, Die Unionsbürgerschaft und das Ende rationaler Jurisprudenz durch den EuGH?, NJW 2004, 2185; *Hailbronner*, Hat der EuGH eine Normverwerfungskompetenz?, NZA 2006, 811; *Hakenberg*, Das Gericht für den öffentlichen Dienst der EU – Eine neue Ära in der Gemeinschaftsgerichtsbarkeit, EuZW 2006, 391; *Hamann*, Die Richtlinie Leiharbeit und ihre Auswirkungen auf das nationale Recht der Arbeitnehmerüberlassung, EuZA 2009, 287; *Hanau*, Die Europäische Grundrechtecharta – Schein und Wirklichkeit im Arbeitsrecht, NZA 2010, 1;

*Häublein*, Erlöschen von Verbraucherschützenden Widerrufsrechten nach beiderseits vollständiger Leistungserbringung?, ZIP 2008, 2005; *Heinze*, Die Rechtsgrundlagen des sozialen Dialogs auf Gemeinschaftsebene, ZfA 1997, 505; *Herfs-Röttgen*, Probleme der Arbeitnehmerbeteiligung in der Europäischen Aktiengesellschaft, NZA 2002, 358; *Herresthal*, Voraussetzungen und Grenzen der gemeinschaftsrechtskonformen Rechtsfortbildung, EuZW 2007, 396; *Herresthal*, Die Richtlinienwidrigkeit des Nutzungsersatzes bei Nachlieferung im Verbrauchsgüterkauf, NJW 2008, 2475; *Heß*, Rechtsfragen des Vorabentscheidungsverfahrens, RabelsZ 66 (2002), 470; *Hilf*, Die Richtlinie der EG – ohne Richtung, ohne Linie?, EuR 1993, 1; *Hofmann*, Die zeitliche Dimension der richtlinienkonformen Auslegung, JZ 2006, 2113; *Höland*, Partnerschaftliche Setzung und Durchführung von Recht in der Europäischen Gemeinschaft, ZIAS 1995, 425; *Höpfner*, Anmerkung zum Urteil des BGH v. 26.11.2008 – VIII ZR 200/05, EuZW 2009, 155; *Höpfner*, Altersdiskriminierung und europäische Grundrechte – Einige methodische Bemerkungen zum Richterrecht des EuGH, ZfA 2010, 449; *Höpfner*, Das deutsche Urlaubsrecht in Europa – Zwischen Vollharmonisierung und Koexistenz (Teil 1), RdA 2013, 16; *Höpfner/Rüthers*, Grundlagen einer europäischen Methodenlehre, AcP 209 (2009), 1; *Jacobs*, Grundprobleme des Entschädigungsanspruchs nach § 15 Abs. 2 AGG, RdA 2009, 193; *Jahn*, Europarichter überziehen ihre Kompetenzen, NJW 2008, 1788; *Jarass*, Folgen der innerstaatlichen Wirkung von EG-Richtlinien, NJW 1991, 2665; *Jarass/Beljin*, Unmittelbare Anwendung des EG-Rechts und EG-rechtskonforme Auslegung, JZ 2003, 768; *Jarass/Beljin*, Grenzen der Privatbelastung durch unmittelbar wirkende Richtlinien, EuR 2004, 714; *Junker*, Die Rom II-Verordnung: Neues Internationales Deliktsrecht auf europäischer Grundlage, NJW 2007, 3675; *Junker*, Europa und das deutsche Tarifrecht – Was bewirkt der EuGH?, ZfA 2009, 281; *Junker*, Die Einflüsse des europäischen Rechts auf die personelle Reichweite des Arbeitnehmerschutzes, EuZA 2016, 184; *Junker/Aldea*, Augenmaß im Europäischen Arbeitsrecht – Die Urteile Adeneler und Navas, EuZW 2007, 13; *Kainer*, Privatrecht zwischen Richtlinien und Grundrechten, GPR 2016, 262; *Kainer*, Rückkehr der unmittelbar-horizontalen Grundrechtswirkung aus Luxemburg?, NZA 2018, 894; *Kamanabrou*, Rechtsmissbrauch im europäischen Arbeitsrecht, EuZA 2018, 18; *Kempen*, Subsidiaritätsprinzip, europäisches Gemeinschaftsrecht und Tarifautonomie, KritV 1994, 13; *Kerwer*, Finger weg von der befristeten Einstellung älterer Arbeitnehmer?, NZA 2002, 1316; *Klein/Leist*, Nationales Arbeitsrecht und negative Integration, ZESAR 2017, 468; *Kleinsorge*, Europäische Gesellschaft und Teilnehmungsrechte der Arbeitnehmer, RdA 2002, 343; *Knöfel*, Internationales Arbeitskämpfrecht nach der Rom II-Verordnung, EuZA 2008, 228; *Koch*, Die Bewältigung von selbst- und fremdbestimmten Rechtsprechungsänderungen durch das BAG, SR 2012, 159; *Konzen*, Der europäische Einfluss auf das deutsche Arbeitsrecht nach dem Vertrag über die Europäische Union, EuZW 1995, 39; *Kreft*, Die Auslegung europäischen oder die Anwendung nationalen Rechts, RdA-Sonderbeil. 2006, 38; *Kubitza*, Die Vorwirkung von Richtlinien, EuZW 2016, 691; *Latzel*, Schutz vor rückwirkendem Recht kraft Unionsrechts, EuR 2015, 415; *Latzel*, Die Anwendungsbereiche des Unionsrechts, EuZW 2015, 658; *Latzel*, Leichtere Rechtsfindung mithilfe des EuGH, ZESAR 2016, 458; *Leenen*, Die Auslegung von Richtlinien und die richtlinienkonforme Auslegung und Fortbildung des nationalen Rechts, Jura 2012, 753; *Leible/Sosnitza*, Richtlinienkonforme Auslegung vor Ablauf der Umsetzungsfrist und vergleichende Werbung, NJW 1998, 2507; *Leisner*, Die subjektiv-historische Auslegung des Gemeinschaftsrechts – Der „Wille des Gesetzgebers“ in der Judikatur des EuGH, EuR 2007, 689; *Levits*, Gesetzesbindung und Richterrecht in der Praxis des EuGH, SR 2015, 121; *Lutter*, Die Auslegung angeglichenen Rechts, JZ 1992, 593; *Mayer/Schürnbrand*, Einheitlich oder gespalten? – Zur Auslegung nationalen Rechts bei überschießender Umsetzung von Richtlinien, JZ 2004, 545; *Michael/Payandeh*, Richtlinienkonforme Rechtsfortbildung zwischen Unionsrecht und Verfassungsrecht, NJW 2015, 2392; *Morgenbrodt*, Der Arbeitnehmerbegriff des Massenentlassungsrechts, ZESAR 2017, 17; *Mörsdorf*, Unmittelbare Anwendung von EG-Richtlinien zwischen Privaten in der Rechtsprechung des EuGH, EuR 2009, 219; *Mörsdorf*, Anmerkung zum Urteil des BGH v. 17.10.2012 – VIII ZR 226/11, JZ 2013, 191; *Mosler*, Begriff und Gegenstand des Europarechts, ZaöRV 28 (1968), 481; *Müller-Graff*, Europäisches Gemeinschaftsrecht und Privatrecht – Das Privatrecht in der europäischen Integration, NJW 1993, 13; *Müller-Graff*, Der Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts in der Lissabonner Reform, EuR-Beiheft 2009, 105; *Nettesheim*, Normenhierarchien im EU-Recht, EuR 2006, 737; *Nicolaysen*, Richtlinienwirkung und Gleichbehandlung von Männern und Frauen beim Zugang zum Beruf, EuR 1984, 380; *Pernice*, La Rete Europea di Costituzionalità – Der Europäische Verfassungsverbund und die Netzwerktheorie, ZaöRV 2010, 51; *Poiaras Maduro*, Der Kontrapunkt im Dienste eines europäischen Verfassungspluralismus, EuR 2007, 3; *Potacs*, Effet utile als Auslegungsgrundsatz, EuR 2009, 465; *Pötters/Christensen*, Richtlinienkonforme Rechtsfortbildung und Wortlautgrenze, JZ 2011, 387; *Pötters/Stiebert*, Neuausrichtung des Urlaubsrechts – Wie weit reichen die Konsequenzen der Rechtsprechung des EuGH?, ZESAR 2012, 23; *Pötters/Traut*, Die *ultra-vires*-Kontrolle des BVerfG nach „Honeywell“ – Neues zum Koope-

rationsverhältnis von BVerfG und EuGH?, EuR 2011, 580; *Preis*, Verbot der Altersdiskriminierung als Gemeinschaftsgrundrecht – Der Fall „Mangold“ und die Folgen, NZA 2006, 406; *Preis/Morgenbrodt*, Die Rotkreuzschwester zwischen Arbeitnehmerbegriff und Beschäftigungsverhältnis, EuZA 2017, 418; *Preis/Temming*, Altersdiskriminierung im Betriebsrentenrecht: Die Abstandsklausel ist angezählt, NZA 2008, 1209; *Proelß*, Zur verfassungsgerichtlichen Kontrolle der Kompetenzmäßigkeit von Maßnahmen der Europäischen Union – Der „ausbrechende Rechtsakt“ in der Praxis des BVerfG, EuR 2011, 241; *Raab*, Europäische und nationale Entwicklungen im Recht der Arbeitnehmerüberlassung, ZfA 2003, 389; *Rebhahn*, Die Arbeitnehmerbegriffe des Unionsrechts in der neueren Judikatur des EuGH, EuZA 2012, 3; *Reichold*, Der Fall Mangold: Entdeckung eines europäischen Gleichbehandlungsprinzips?, ZESAR 2006, 55; *Reinfelder*, Arbeitnehmer – Gesellschafter – Geschäftsführer, RdA 2016, 87; *Rieble/Kolbe*, Vom Sozialen Dialog zum europäischen Kollektivvertrag?, EuZA 2008, 453; *Riesenhuber/Domröse*, Richtlinienkonforme Rechtsfindung und nationale Methodenlehre, RIW 2005, 47; *Rödl*, Europäisches Verfassungsziel „soziale Marktwirtschaft“, Integration 2005, 150; *Rödl*, Wichtige Einsichten: Territorialanknüpfung des Arbeitsrechts und allseitige Kollisionsnormen mit Unionsrecht, EuZA 2018, 88; *Rodriguez Iglesias*, Der EuGH und die Gerichte der Mitgliedstaaten – Komponenten der richterlichen Gewalt in der Europäischen Union, NJW 2000, 1889; *Röthel*, Vorwirkung von Richtlinien: viel Lärm um Selbstverständliches?, ZEuP 2009, 34; *Sagan*, Europäischer und nationaler Vertrauensschutz bei Rechtsprechungsänderungen im Arbeits- und allgemeinen Privatrecht, Jahrbuch Junger Zivilrechtswissenschaftler 2010, 2011, S. 67; *Sagan*, Die aktuelle Rechtsprechung des EuGH zum Recht der Gleichbehandlung und des Betriebsübergangs, ZESAR 2011, 412; *Sagan*, Nationaler Vertrauensschutz nach Junk: Das Ende eines deutschen Alleingangs, NZA 2015, 341; *Sagan*, Grundfragen des Arbeitsrechts in Europa, NZA 2016, 1252; *Sauer*, Europas Richter Hand in Hand? – Das Kooperationsverhältnis zwischen BVerfG und EuGH nach Honeywell, EuZW 2011, 94; *Sauer*, „Solange“ geht in Altersteilzeit, NJW 2016, 1134; *Schanze*, Die Pluralität der Mitbestimmungslösungen in Europa, AG 2017, 573; *Schiek*, Diskriminierung wegen „Rasse“ oder „ethnischer Herkunft“, AuR 2003, 44; *Schiek*, Auslegung von § 17 KSchG im Lichte der Rechtsprechung des EuGH, AuR 2006, 41; *Schilling*, Singularia non sunt extendenda – Die Auslegung der Ausnahme in der Rechtsprechung des EuGH, EuR 1996, 44; *Schlachter*, Methoden der Rechtsgewinnung zwischen EuGH und der Arbeitsgerichtsbarkeit, ZfA 2007, 249; *Schlachter*, Entwicklungen im Individualarbeitsrecht unter dem Einfluss der Rechtsprechung des EuGH – erforderliche und entbehrliche Veränderungen, RdA-Beilage 2009, 31; *Schlachter*, Die Freizügigkeit der Arbeitnehmer in der Europäischen Union – Wer ist Träger dieses Rechts?, ZESAR 2011, 156; *Schlachter*, Grenzen zulässiger Rechtsfortbildung und Pflicht zur Umsetzung des Unionsrechts, EuZA 2015, 1; *Schnorbus*, Die richtlinienkonforme Rechtsfortbildung im nationalen Privatrecht, AcP 201 (2001), 860; *Schroeder*, Die Auslegung des EU-Rechts, JuS 2004, 180; *C. Schubert*, Europäische Grundfreiheiten und nationales Arbeitskämpfrecht im Konflikt, RdA 2008, 289; *Schuhmann*, Das kirchliche Selbstbestimmungsrecht als einfacher Abwägungsfaktor?, ZAT 2017, 179; *Seifert*, Arbeitsrechtliche Sonderregeln für kleine und mittlere Unternehmen, RdA 2004, 200; *Seifert*, Bedeutung des Arbeitsrechts bei der Entstehung der Europäischen Gemeinschaften, AuR 2015, G9; *Skouris*, Die Europäische Grundrechte-Charta in der Rechtsprechung des EuGH, AuR 2015, 294; *Stein*, Zwischenruf – Arrivederci Karlsruhe ..., ZRP 2010, 265; *Steiner*, Das deutsche Arbeitsrecht im Kraftfeld von Grundgesetz und Europäischem Gemeinschaftsrecht, NZA 2008, 73; *Steinmeyer*, Der Vertrag von Amsterdam und seine Bedeutung für das Arbeits- und Sozialrecht, RdA 2001, 10; *Streinz*, Die Auslegung des Gemeinschaftsrechts durch den EuGH, ZEuS 2004, 387; *Streinz/Herrmann*, Der Fall Mangold – eine „kopernikanische Wende im Europarecht“, RdA 2007, 165; *Sydow*, Die Richtlinie als Instrument zur Entlastung des europäischen Gesetzgebers, JZ 2009, 373; *Teichmann/Knaier*, Brexit – Was nun?, IWRZ 2016; *Temming*, Freie Rechtsschöpfung oder nicht: Der Streit um die EuGH-Entscheidung Mangold spitzt sich zu, NJW 2008, 3404; *Temming*, Systemverschiebungen durch den unionsrechtlichen Arbeitnehmerbegriff, SR 2016, 158; *Thüsing*, Zu den Grenzen richtlinienkonformer Auslegung, ZIP 2004, 2301; *Thym*, Die Reichweite der EU-Grundrechte-Charta, NVwZ 2013, 889; *von Bogdandy*, Was ist Europarecht?, JZ 2017, 589; *Vofßkuhle*, Der europäische Verfassungsgerichtsverbund, NVwZ 2010, 1; *Vofßkuhle*, Der Rechtsanwalt und das BVerfG – Aktuelle Herausforderungen der Verfassungsrechtsprechung, NJW 2013, 1329; *Wank*, Arbeitsrecht nach Maastricht, RdA 1995, 10; *Wank*, Neues zum Arbeitnehmerbegriff des EuGH, EuZW 2018, 21; *C. Weber/Zimmer*, Fremdgeschäftsführer und Praktikanten als Arbeitnehmer im Sinne der Massenentlassungsrichtlinie, EuZA 2016, 224; *Wendenburg*, Prozesskostenhilfe für juristische Personen – § 116 ZPO auf dem Prüfstand des EuGH, DRiZ 2011, 95; *Wienbracke*, Deutsches Mitbestimmungsgesetz arbeitnehmerfreizügigkeitskonform, NZA 2017, 1036; *Willemsen*, Aktuelle Rechtsprechung des EuGH zum Arbeits- und Sozialrecht – Befristung, Betriebsübergang, RdA 2012, 291; *Willemsen/Sagan*, Der Tatbestand des Betriebsübergangs nach „Klarenberg“, ZIP

2010, 1205; *Winter*, Deutliche Worte des EuGH im Grundrechtsbereich, NZA 2013, 473; *Wißmann*, Ein Jahr Lissabon-Vertrag – aus arbeitsrechtlicher Perspektive, JbArbR 48 (2011), 73; *Wißmann*, Europäisches Arbeitsrecht – Sockel oder Deckel?, RdA 2015, 301; *Zachert*, EG-Binnenmarkt und Arbeitsrecht, AuR 1989, 161; *Zimmer/Cox/Inhoffen*, Brexit und die Arbeitswelt, BB 2016; *Zuleeg*, Eine neue Gemeinschaftscharta der sozialen Grundrechte?, AuR 1995, 429.

**Fremdsprachiges Schrifttum:** *Arnull*, The European Union and its Court of Justice, 2. Aufl. 2006; *Bercusson*, Democratic Legitimacy and European Labour Law, Industrial Law Journal 1999, 153; *Coppel*, Horizontal Effect of Directives, Industrial Law Journal 1997, 69; *Craig*, The legal effect of Directives: policy, rules and exceptions, European Law Review 2009, 349; *Craig/de Búrca*, EU Law, 6. Aufl. 2015; *Davies/Bogg/Costello*, The role of the Court of Justice in labour law in The role of social partners in Bogg/Costello/Davies (Hrsg.), Research Handbook on EU Labour Law, 2016, S. 114; *Dukes/Cannon*, The role of social partners in Bogg/Costello/Davies (Hrsg.), Research Handbook on EU Labour Law, 2016, S. 89; *Eleftheriadis*, The Direct Effect of Community Law – Conceptual Issues, Yearbook of European Law 1996, 205; *de la Feria*, Prohibition of Abuse of (Community) Law – The Creation of a new General Principle of EC Law through Tax, Common Market Law Review 2008, 395; *Fornasier*, The Impact of EU Fundamental Rights on Private Relationships: Direct or Indirect Effect?, European Review of Private Law 2015, 29; *Freedland*, Employment Policy in Davies/Lyon-Caen/Sciarra/Simitis (Hrsg.), European Community Labour Law, 1996, S. 275; Van Gerven, Contribution de l'arrêt Defrenne au développement du droit communautaire, Cahiers de Droit Européen 1977, 131; *Guild*, The EC Directive on Race Discrimination: Surprises, Possibilities and Limitations, Industrial Law Journal 2000, 416; *Hepple*, Community Measures for the Protection of Workers Against Dismissal, Common Market Law Review 1977, 489; *Hepple*, The Crisis in EEC Labour Law, Industrial Law Journal 1987, 77; *Hoskyns*, Integrating Gender: Women, Law and Politics in the European Union, 1996; *Kenner*, EU Employment Law: From Rome to Amsterdam and beyond, 2003; *Lenaerts/Corthaut*, Of Birds and Hedges: The Role of Primacy in Invoking Norms of EU law, European Law Review 2006, 287; *Mancini*, The Making of a Constitution for Europe, Common Market Law Review 1989, 595; *Mancini/Keeling*, Democracy and the European Court of Justice, Modern Law Review 1996, 175; *Pescatore*, The Doctrine of „Direct Effect“ – An Infant Disease of Community Law, European Law Review 1983, 155; *Prechal*, Directives in EC Law, 2. Aufl. 2005; *Smismans*, The European social dialogue between constitutional and labour law, European Law Review 2007, 341; *Snyder*, The Effectiveness of European Community Law: Institutions, Processes, Tools and Techniques, The Modern Law Review 1993, 19; *Syrpis*, The EU's role in labour law: An overview of the rationales for EU involvement in the field in Bogg/Costello/Davies (Hrsg.), Research Handbook on EU Labour Law, 2016, S. 21; *Timmermans*, Directives: Their Effect within the National Legal Systems, Common Market Law Review 1979, 533; *Tridimas*, Black, White, and Shades of Grey: Horizontality of Directives Revisited, Yearbook of European Law 2002, 327; *Vogel-Polsky*, L'article 119 du traité de Rome – peut-il être considéré comme *self-executing*?, Journal des Tribunaux 1967, 233; *Weatherill*, Breach of Directives and Breach of Contract, European Law Review 2001, 177; *Weiler/Haltern*, The Autonomy of the Community Legal Order – Through the Looking Glass, Harvard International Law Journal 1996, 411; *de Witte*, Direct Effect, Primacy, and the Nature of the Legal Order in Craig/de Búrca (Hrsg.), The Evolution of EU Law, 2. Aufl. 2011, S. 323.

## I. Historische Etappen des europäischen Arbeitsrechts

### 1. EWG-Vertrag (1957)

- 1.1 Nach den schrecklichen Verwüstungen, die der Zweite Weltkrieg in Europa hinterlassen hatte, schlugen sechs Staaten, im Einzelnen Belgien, Deutschland, Frankreich, Italien, Luxemburg und die Niederlande, den Weg der europäischen Integration ein, der sich vor allem auf ein Zusammenwachsen auf dem Gebiet der Wirtschaft konzentrierte. In diesem Zuge wurde mit dem Vertrag über die Gründung der Europäischen Gemeinschaft für Kohle und Stahl vom 18.4.1951<sup>1</sup> die sog. Montanunion sowie mit den Römischen Verträgen<sup>2</sup> vom 25.3.1957 die **Europäische Wirtschafts-**

<sup>1</sup> Vgl. BGBl. II 1952, 445; hierzu: *Seifert*, AuR 2015, G9.

<sup>2</sup> Vgl. BGBl. II 1957, 753.

**gemeinschaft** und die Europäische Atomgemeinschaft geschaffen. Die Organe der drei rechtlich selbständigen Gemeinschaften wurden aufgrund gesonderter Abkommen fusioniert.<sup>3</sup>

Obwohl der EWG-Vertrag ausweislich seiner Präambel das Ziel verfolgte, die Lebens- und Beschäftigungsbedingungen der europäischen Völker stetig zu bessern, beinhaltete er nur wenige arbeitsrechtliche Regelungen und war in seinem Kern auf die Errichtung eines **Gemeinsamen Marktes** gerichtet, in dem der EuGH „den wesentlichen Gegenstand“ des Vertrages sah.<sup>4</sup> Bereits die einflussreichen Vorarbeiten, namentlich der Bericht einer Gruppe von Sachverständigen der Internationalen Arbeitsorganisation unter der Leitung von *Bertil Ohlin*<sup>5</sup> und der Bericht des Intergouvernementalen Komitees unter dem Vorsitz des damaligen belgischen Außenministers *Paul-Henri Spaak*,<sup>6</sup> plädierten für Zurückhaltung im Bereich des Arbeitsrechts.<sup>7</sup> Dieser Empfehlung folgten die Gründungsstaaten der EWG und erklärten sich in Art. 117 EWGV „über die Notwendigkeit einig, auf eine Verbesserung der Lebens- und Arbeitsbedingungen der Arbeitskräfte hinzuwirken und dadurch auf dem Wege des Fortschritts ihre Angleichung zu ermöglichen“. Dies sollte jedoch nicht Ergebnis eines obrigkeitlichen Eingriffs sein, sondern sich, wie es in Art. 117 EWGV weiter hieß, „sowohl aus dem eine Abstimmung der Sozialordnungen begünstigenden Wirken des Gemeinsamen Marktes als auch aus den in diesem Vertrag vorgesehenen Verfahren sowie der Angleichung [von] Rechts- und Verwaltungsvorschriften ergeben“. Die Verbesserung der Lebens- und Beschäftigungsbedingungen sollte sich als automatische Folge der wirtschaftlichen Prosperität im Gemeinsamen Markt und ganz in der klassisch-liberalen Tradition von *Adam Smith* gleichsam von „unsichtbarer Hand“ einstellen.<sup>8</sup>

Für das Arbeitsrecht brachte der EWG-Vertrag gleichwohl zwei nicht unwesentliche Neuerungen mit sich. Zum einen statuierte er in Art. 119 EWGV (jetzt: Art. 157 AEUV) den **Grundsatz gleichen Entgelts für Männer und Frauen**, den der EuGH im Jahr 1976 in der Rs. *Defrenne* zum europäischen Grundrecht erhob.<sup>9</sup> Hintergrund der Regelung war indes nicht das Anliegen der rechtlichen Gleichstellung der Geschlechter, sondern das Interesse der französischen Industrie, die Männer und Frauen schon nach einzelstaatlichem Recht gleich zu vergüten hatte und deswegen befürchtete, im Gemeinsamen Markt kompetitive Nachteile zu erleiden.<sup>10</sup> Nichtsdestotrotz war der EWG-Vertrag dem deutschen Recht weit voraus, dessen § 1358 BGB (a.F.) den Ehemann noch bis zum Inkrafttreten des Gleichberechtigungsgesetzes vom 18.6.1957<sup>11</sup> mit Zustimmung des Vormundschaftsgerichts berechnigte, das Arbeitsverhältnis seiner Ehefrau zu kündigen.

Darüber hinaus gewährleistete Art. 48 EWGV (jetzt: Art. 45 AEUV) die **Arbeitnehmerfreizügigkeit** und verbot grundsätzlich jede an die Staatsangehörigkeit anknüpfende Diskriminierung von Arbeitnehmern aus anderen Mitgliedstaaten. Die Arbeitnehmer eines Mitgliedstaates konnten danach von den anderen Mitgliedstaaten verlangen, grundsätzlich so behandelt zu werden, als seien sie deren Staatsangehörige (vgl. Rz. 1.48). Dieses Recht verstärkte der EuGH schon in seiner frühen

3 Abkommen über gemeinsame Organe für die europäischen Gemeinschaften v. 25.3.1957 (BGBl. II 1957, 1156) und Abkommen zur Einsetzung eines gemeinsamen Rates und einer gemeinsamen Kommission der Europäischen Gemeinschaften v. 8.4.1965 (BGBl. II 1965, 1454).

4 EuGH v. 29.9.1987 – 126/86 – Giménez Zaera, Slg. 1987, 3697 Rz. 10.

5 Social Aspects of European Economic Co-operation. Report by a Group of Experts, zusammengefasst in: *International Labour Review* 74 (1956), 99; dort auf S. 113: „[T]he countries concerned stand to gain from the benefits that result from freer international trade whether they pursue more or less uniform social policies or not.“

6 Comité Intergouvernemental, Rapport des Chefs de Délégation, 21.4.1956.

7 Vgl. *Seifert*, AuR 2015, G9 (G10 f.).

8 EAS/*Sagan*, B 1100 Rz. 4; s. ferner *Syrpis*, EU Labour Law, S. 21 (23 f.).

9 EuGH v. 15.6.1978 – 149/77 – *Defrenne*, Slg. 978, 1365 Rz. 26/29; allg. zur Rolle des EuGH in der Entwicklung des europäischen Arbeitsrechts: *Davies/Bogg/Costello*, EU Labour Law, S. 114 (115 ff.).

10 EuArbR/*Franzen*, Art. 157 AEUV Rz. 3; *Sagan*, NZA 2016, 1252; ausf. *Hoskyns*, Integrating Gender, S. 52 ff.

11 BGBl. I 1957, 609.

Rechtsprechung, indem er entschied, dass sich Arbeitnehmer vor den Gerichten gegenüber den Mitgliedstaaten unmittelbar auf die Arbeitnehmerfreizügigkeit berufen können.<sup>12</sup> In seinem zum Klassiker der europarechtlichen Literatur avancierten Werk „Die europäische Gemeinschaft“ sah *Walter Hallstein*, der erste Präsident der Kommission, in der Arbeitnehmerfreizügigkeit einen „der spektakulärsten Programmpunkte der europäischen Integration erfüllt“. Nach seiner Ansicht hätte sich die Gemeinschaft allein um dieses Erfolges willen „Europäische Wirtschafts- und Sozialgemeinschaft“ nennen können.<sup>13</sup> Andere Stimmen sehen die Arbeitnehmerfreizügigkeit hingegen kritischer als wirtschaftspolitische Maßnahme zur effizienten Allokation der Ressource „Arbeit“ im Gemeinsamen Markt.<sup>14</sup>

## 2. Das sozialpolitische Aktionsprogramm (1974)

- 1.5 Auf dem Fundament der Römischen Verträge entwickelte sich kein stringentes und kohärentes System des europäischen Arbeitsrechts. Vielmehr hing der Erlass arbeitsrechtlicher Regelungen insbesondere von den politischen Mehrheitsverhältnissen im Rat ab.<sup>15</sup> Erst nachdem es in den frühen 1970er Jahren in Europa zu einem „Linksruck“ gekommen war und in einer Mehrzahl der Mitgliedstaaten, denen mit Wirkung zum 1.1.1973 Dänemark, Irland und das Vereinigte Königreich beigetreten waren,<sup>16</sup> sozialdemokratische Kräfte die Regierung stellten, kam es auf der europäischen Ebene punktuell zu arbeitsrechtlichen Richtlinien.<sup>17</sup> Der Ausgangspunkt für diese Entwicklung war die Schlusserklärung der Staats- und Regierungschefs auf der **Pariser Gipfelkonferenz** vom 19./20.10.1972, in der sie betonten, dass „energischen Maßnahmen im sozialen Bereich die gleiche Bedeutung zukommt“ wie der Verwirklichung der wirtschaftlichen Ziele der Gemeinschaft.<sup>18</sup> Als Reaktion hierauf legte die Kommission im Januar 1974 ein **sozialpolitisches Aktionsprogramm**<sup>19</sup> vor. Da der Begriff der „Sozialpolitik“ im europäischen Recht nicht nur das Sozial(versicherungs)-, sondern vor allem auch das Arbeitsrecht umfasst, enthielt dieses Programm zahlreiche Initiativen im Bereich des Arbeitsrechts. In der Folge wurden auf diesem Gebiet mehrere bedeutsame Richtlinien erlassen, zu denen die Entgeltgleichheitsrichtlinie 75/117/EWG,<sup>20</sup> die Massenentlassungsrichtlinie 75/129/EWG,<sup>21</sup> die Gleichbehandlungsrichtlinie 76/207/EWG,<sup>22</sup> die Betriebsübergangsrichtlinie 77/187/EWG<sup>23</sup> und die Insolvenzrichtlinie 80/987/EWG<sup>24</sup> gehören. Sie galten nach den entsprechenden Beitritten seit 1981 in Griechenland<sup>25</sup> sowie seit 1986 in Spanien und Portugal.<sup>26</sup>
- 1.6 Die genannten Rechtsakte wurden auf die damalige Bestimmung des Art. 100 EWGV (jetzt: Art. 115 AEUV) zur Rechtsangleichung im Gemeinsamen Markt gestützt. So wurde etwa zur Massenentlassungsrichtlinie 75/129/EWG bemerkt, dass sie offenkundig in der liberalen Tradition der Verträge stehe, die sich gegen ungleiche Wettbewerbsbedingungen im Gemeinsamen Markt richte.<sup>27</sup> Allerdings setzte die Inanspruchnahme der Angleichungskompetenz Einstimmigkeit im Rat voraus.

---

12 EuGH v. 15.9.1969 – 15/69 – Ugliola, Slg. 1969, 363 Rz. 7.

13 *Hallstein*, Die Europäische Gemeinschaft, S. 204.

14 Vgl. *Barnard*, EU Employment Law, S. 144; *Freedland*, European Community Labour Law, S. 270 (295 f.).

15 Hanau/Steinmeyer/Wank/Steinmeyer, § 11 Rz. 10.

16 ABl. Nr. L 73 v. 27.3.1972, S. 1.

17 *Schiek*, Europäisches Arbeitsrecht, S. 60 f.

18 Bulletin der Europäischen Gemeinschaften, Nr. 10/1972, S. 15 (20).

19 ABl. Nr. C 13 v. 12.2.1974, S. 1; näher hierzu: *Zachert*, AuR 1989, 161.

20 ABl. Nr. L 45 v. 19.2.1975, S. 19.

21 ABl. Nr. L 48 v. 22.2.1975, S. 29.

22 ABl. Nr. L 39 v. 14.2.1976, S. 40.

23 ABl. Nr. L 61 v. 5.3.1977, S. 26.

24 ABl. Nr. L 283 v. 28.10.1980, S. 23.

25 ABl. Nr. L 291 v. 19.11.1979, S. 1.

26 ABl. Nr. L 302 v. 15.11.1985, S. 1.

27 *Hepple*, Common Market Law Review 1977, 489 (489 f.); s. auch die Erwägungsgründe zur Richtlinie 75/129/EWG, die sich auf das „Funktionieren des Gemeinsamen Marktes“ beziehen.



Deswegen kam diese erste Phase arbeitsrechtlicher Harmonisierung zu einem abrupten Ende als die konservative Partei unter Premierministerin *Margaret Thatcher* im Mai 1979 die Regierungsgeschäfte in London übernahm, die jeglicher Belastung der inländischen Wirtschaft durch arbeitsrechtliche Richtlinien ablehnend gegenüberstand.<sup>28</sup>

### 3. Einheitliche Europäische Akte (1986)

Mit der Einheitlichen Europäischen Akte<sup>29</sup> (EEA) vom 28.2.1986 kam es zu einer bedeutsamen Revision des EWG-Vertrages, mit dem sich die Mitgliedstaaten nunmehr nach dem neu eingefügten Art. 8a EWGV das Ziel setzten, schrittweise bis zum 31.12.1992 den europäischen **Binnenmarkt** zu verwirklichen. Dieser sollte nach Art. 8a Abs. 2 EWGV (jetzt: Art. 26 Abs. 2 AEUV) einen Raum ohne Binnengrenzen umfassen, in dem der freie Verkehr von Waren, Personen, Dienstleistungen und Kapital gewährleistet ist. Damit sind die sog. **Grundfreiheiten** angesprochen, im Einzelnen die Warenverkehrsfreiheit, die Arbeitnehmerfreizügigkeit, die Niederlassungsfreiheit und die Dienstleistungsfreiheit (jetzt: Art. 34, 45, 49 und 56 AEUV).<sup>30</sup> Zur Verwirklichung des Binnenmarktziels wurde mit Art. 100a EWGV (jetzt: Art. 114 AEUV) eine neue Kompetenz zur Rechtsangleichung geschaffen, die lediglich eine qualifizierte Mehrheit im Rat voraussetzte. Von ihrem Anwendungsbereich wurden aber Bestimmungen über die Rechte und Interessen der Arbeitnehmer ausdrücklich ausgenommen. Im Übrigen wurde die Grundlage für die Errichtung des „Gerichts erster Instanz der Europäischen Gemeinschaften“ (EuG; jetzt: „das Gericht“) geschaffen, das mit dem Geschäftsjahr 1989/1990 seine Arbeit aufnahm.<sup>31</sup>

Im Bereich der Sozialpolitik schuf die EEA in Art. 118a EWGV eine Kompetenz der Gemeinschaft, mit qualifizierter Mehrheit im Rat Richtlinien zur **Sicherheit und Gesundheit der Arbeitnehmer** zu erlassen. Dies wurde später u.a. zur Grundlage für die Mutterschutzrichtlinie 92/85/EWG<sup>32</sup> und die Arbeitszeitrichtlinie 93/104/EG<sup>33</sup>. Ferner ermöglichte der neue Art. 118b EWGV (jetzt: Art. 155 AEUV) den Sozialpartnern im Rahmen des **sozialen Dialogs** auf der europäischen Ebene vertragliche Beziehungen aufzunehmen.

Das liberale und auf die Beseitigung von Handelshemmnissen gerichtete Binnenmarktziel stellte die Gemeinschaft erneut vor die „soziale Frage“. Es stand zu befürchten, dass sich die intendierte Marktöffnung und der hierdurch ermöglichte Wettbewerb in bestimmten Regionen oder Wirtschaftszweigen zu Lasten von Arbeitnehmern auswirken würden.<sup>34</sup> *Jacques Delors*, der damalige Präsident der Kommission, plädierte vor diesem Hintergrund dafür, den Binnenmarkt um eine verstärkte Harmonisierung des Arbeits- und Sozialrechts zu ergänzen. Nach seiner Sicht sollte die Gemeinschaft, um den Binnenmarkt zu vollenden, die Schaffung eines **europäischen Sozialraums** anstreben („*Espace Sociale Européenne*“).<sup>35</sup> Tatsächlich wurde das Binnenmarktziel sozialpolitisch mit der **Gemeinschaftscharta der Sozialen Grundrechte der Arbeitnehmer** flankiert.<sup>36</sup> Sie wurde am 9.12.1989 von den Mitgliedstaaten – mit Ausnahme des Vereinigten Königreichs – jedoch nur feierlich proklamiert und blieb unverbindlich.<sup>37</sup> Sie bekräftigte allerdings die „soziale

28 *Bercusson*, *European Labour Law*, S. 120 f.; *Kenner*, *EU Employment Law*, S. 69, 71 ff. und 109 ff.; eingehend: *Hepple*, *Industrial Law Journal* 1987, 77 (81 f.).

29 ABl. Nr. L 169 v. 29.6.1987, S. 1; hierzu: *Glaesner*, *EuR* 1986, 119.

30 Zu den Grundfreiheiten: *Schulze/Zuleeg/Kadelbach/Pache*, § 10 Rz. 1 ff.; *Streinz*, *Europarecht*, Rz. 809 ff.

31 Vgl. Beschluss des Rates 88/591/EGKS/EWG v. 24.10.1988 (AbL. Nr. L 319 v. 25.11.1988, S. 1); *Hannau/Steinmeyer/Wank/Wank*, § 10 Rz. 169 f. Seitdem wird den Aktenzeichen der Rechtssachen des Gerichtshofs ein „C“ („*la Court*“) und denjenigen des Gerichts ein „T“ („*le Tribunal*“) vorangestellt.

32 ABl. Nr. L 348 v. 28.11.1992, S. 1.

33 ABl. Nr. L 307 v. 13.12.1993, S. 18.

34 *Barnard*, *EU Employment Law*, S. 11.

35 EG Bulletin 2/1986, S. 13.

36 Abgedruckt in: EAS, A 1500.

37 Deswegen krit. *Zuleeg*, *AuR* 1995, 429; abw. *Fuchs*, *ZESAR* 2004, 5 (11).

Dimension“ des Binnenmarktes und ebnete den Weg für ein **Aktionsprogramm** der Kommission, das auf die praktische Verwirklichung der Gemeinschaftscharta gerichtet war.<sup>38</sup> Dies trug u.a. zum Erlass der Entsenderichtlinie 96/71/EG<sup>39</sup> bei (vgl. Rz. 16.69 f.).<sup>40</sup>

#### 4. Vertrag von Maastricht (1992)

- 1.10 Der Vertrag von Maastricht<sup>41</sup> vom 7.2.1992 stellte nach seiner Eingangsbestimmung „eine neue Stufe bei der Verwirklichung einer immer engeren Union der Völker Europas“ dar. Der europäische Zusammenschluss, der seitdem nicht mehr als EWG, sondern als „Europäische Gemeinschaft“ firmierte, setzte sich nun die Errichtung einer **Wirtschafts- und Währungsunion** zum Ziel. Zugleich wurden die „Europäischen Gemeinschaften“ (EG, EGKS und EAG) zur ersten Säule einer neuen europäischen Architektur. Über ihr und den beiden intergouvernementalen Säulen der Gemeinsamen Außen- und Sicherheitspolitik und der Zusammenarbeit im Bereich Justiz und Inneres (später: Polizeiliche und Justizielle Zusammenarbeit in Strafsachen) wölbte sich nunmehr die **Europäische Union**. Sie bildete nach dem ursprünglichen EU-Vertrag gleichsam das Dach der neuen Rechtskonstruktion.<sup>42</sup> Dabei war sie nach dem Vertrag von Maastricht nunmehr ausdrücklich dazu verpflichtet, die **Grundrechte** zu achten, die sich aus der EMRK und den gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten ergeben (ursprünglich: Art. F Abs. 2 EU-Vertrag;<sup>43</sup> jetzt: Art. 6 Abs. 3 EUV). Aus diesen beiden Rechtserkenntnisquellen hatte der EuGH schon zuvor genuine Grundrechte des Gemeinschaftsrechts abgeleitet.<sup>44</sup> Diese Rechtsprechung wurde mit dem Vertrag von Maastricht kodifiziert, der damit sichtbar zum Ausdruck brachte, dass der europäische Zusammenschluss nicht nur eine Wirtschafts-, sondern auch eine Wertegemeinschaft ist.
- 1.11 Keine Einigung konnten die mittlerweile zwölf Mitgliedstaaten in Maastricht über die Zukunft der europäischen Sozialpolitik erreichen, da das Vereinigte Königreich jegliche Ausweitung der europäischen Zuständigkeiten auf diesem Gebiet ablehnte. Aus diesem Grund schlossen die übrigen elf Mitgliedstaaten das **Abkommen über die Sozialpolitik**<sup>45</sup> (ASP) ab, das nach umstrittener Ansicht Teil des Gemeinschaftsrechts war.<sup>46</sup> Es enthielt zahlreiche neue Kompetenzen im Bereich des Arbeitsrechts, die in der Folgezeit u.a. die Schaffung der Europäische Betriebsräte-Richtlinie 94/45/EG ermöglichten.<sup>47</sup> Zudem führte es die Möglichkeit ein, eine im Rahmen des sozialen Dialogs auf der europäischen Ebene abgeschlossene Sozialpartnervereinbarung durch Beschluss des Rates durchzuführen. Auf diesem Weg wurden mit den Richtlinien 97/81/EG<sup>48</sup> und 1999/70/EG<sup>49</sup> die Rahmenvereinbarung über Teilzeitarbeit sowie die Rahmenvereinbarung über befristete Arbeitsverträge durchgeführt.

#### 5. Vertrag von Amsterdam (1997)

- 1.12 Mit Wirkung zum 1.1.1995 traten drei Staaten der Europäischen Freihandelsassoziation (EFTA/*European Free Trade Association*), namentlich Finnland, Österreich und Schweden, der EU bei.<sup>50</sup> Da sie auch das ASP akzeptierten, galt der damals auf dem Gebiet der Sozialpolitik erreichte *acquis*

---

38 KOM (1989), 568 endg.

39 ABl. Nr. L 18 v. 21.1.1997, S. 1.

40 *Barnard*, EU Employment Law, S. 13.

41 ABl. Nr. C 191 v. 29.7.1992, S. 1.

42 Vgl. *Hobe*, Europarecht, § 6 Rz. 126.

43 ABl. Nr. C 191 v. 29.7.1992, S. 5.

44 Statt aller: EuGH v. 18.6.1991 – C-260/89 – ERT, Slg. 1991, I-2925 Rz. 41.

45 ABl. Nr. C 224 v. 31.8.1992, S. 127.

46 *Wank*, RdA 1995, 10.

47 ABl. Nr. L 254, 30.9.1994, S. 64.

48 ABl. Nr. L 14 v. 20.1.1998, S. 9; berichtigt: ABl. Nr. L 128 v. 30.4.1998, S. 71.

49 ABl. Nr. L 175 v. 10.7.1999, S. 43.

50 ABl. Nr. C 241 v. 29.8.1994, S. 1.

*communautaire*, also der sozialpolitische Besitzstand der Gemeinschaft, für alle Mitgliedstaaten mit Ausnahme des Vereinigten Königreichs. Diese Spaltung wurde mit dem Vertrag von Amsterdam vom 2.10.1997<sup>51</sup> überwunden, nachdem die *Labour Party* zuvor im selben Jahr die Wahlen zum britischen Unterhaus für sich entscheiden konnte und *Tony Blair* Premierminister wurde. Der Amsterdamer Vertrag integrierte die Bestimmungen des ASP in den EG-Vertrag, so dass die europäischen Vorschriften zur Sozialpolitik fortan für alle Mitgliedstaaten galten.<sup>52</sup>

Des Weiteren führte der Vertrag von Amsterdam den Titel „**Beschäftigung**“ in den EG-Vertrag ein (jetzt: Art. 145 bis 150 AEUV). Dieser enthielt praktisch keine Kompetenzen zugunsten der EG, sondern statuierte im Wesentlichen einen – nach der Methode der offenen Koordinierung ausgestalteten – Prozess zur Abstimmung der mitgliedstaatlichen Beschäftigungspolitiken. Mangels verbindlicher Vorgaben für die inhaltliche Ausgestaltung des nationalen Rechts wird das beschäftigungspolitische Kapitel der Verträge als *soft law* qualifiziert.<sup>53</sup> Bedeutsamer war, dass der Vertrag von Amsterdam mit Art. 13 EG-Vertrag (jetzt: Art. 19 AEUV) eine europäische Kompetenz für den **Diskriminierungsschutz** schuf. Auf dieser Grundlage – und nicht zuletzt unter dem Eindruck der Regierungsbeteiligung der rechtspopulistischen Freiheitlichen Partei Österreichs unter *Jörg Haider* im Jahr 2000 – wurden die Antirassismusrichtlinie 2000/43/EG<sup>54</sup> und die Gleichbehandlungsrahmenrichtlinie 2000/78/EG<sup>55</sup> erlassen.<sup>56</sup> Schließlich wurde der damalige Art. 141 EG-Vertrag (jetzt: Art. 157 AEUV) um eine Kompetenz für die Gleichbehandlung der Geschlechter in Arbeits- und Beschäftigungsfragen und um eine – auf das ASP zurückgehende – Vorschrift zur Anerkennung sog. positiver Maßnahmen erweitert, die tatsächlich bestehende Nachteile wegen des Geschlechts ausgleichen sollen. 1.13

## 6. Vertrag von Nizza (2001)

Im Rahmen der sog. **Osterweiterung** traten der Union mit Wirkung zum 1.5.2004 insgesamt zehn Staaten bei, im Einzelnen Estland, Lettland, Litauen, Polen, Tschechien, die Slowakei, Ungarn, Slowenien, Malta und Zypern.<sup>57</sup> Der Beitritt Bulgariens und Rumäniens<sup>58</sup> wurde im Jahr 2007, der Beitritt Kroatiens<sup>59</sup> im Jahr 2013 vollzogen. Der Vertrag von Nizza vom 26.2.2001<sup>60</sup> sollte insbesondere die institutionellen Voraussetzungen für die Erweiterung der Union schaffen und die Funktionsfähigkeit ihrer Organe sicherstellen. Daher war mit dieser Vertragsrevision keine bedeutende Änderung auf dem Gebiet des europäischen Arbeitsrechts verbunden. Beachtlich ist allerdings, dass das Europäische Parlament, der Rat und die Kommission am 7.12.2000 auf dem Gipfel von Nizza die zuvor vom sog. Grundrechtskonvent ausgearbeitete **Charta der Grundrechte der Europäischen Union** „feierlich proklamiert“ haben.<sup>61</sup> Die Entscheidung über deren endgültigen Status blieb jedoch dem sog. Post-Nizza-Prozess vorbehalten.<sup>62</sup> 1.14

## 7. Vertrag von Lissabon (2007)

Nachdem die Ratifikation des Vertrages über eine Verfassung für Europa im Jahr 2005 an ablehnenden Referenden in Frankreich und den Niederlanden gescheitert war, erarbeitete eine Regie- 1.15

51 ABl. Nr. C 340 v. 10.11.1997, S. 1.

52 Allg. hierzu *Steinmeyer*, RdA 2001, 10.

53 Fuchs/Marhold/*Fuchs*, Europäisches Arbeitsrecht, S. 39.

54 ABl. Nr. L 180 v. 19.7.2000, S. 22.

55 ABl. Nr. L 303 v. 2.12.2000, S. 16.

56 Vgl. *Guild*, *Industrial Law Journal* 2000, 416; *Schiek*, AuR 2003, 44.

57 ABl. Nr. L 236 v. 23.9.2003, S. 1.

58 ABl. Nr. L 157 v. 21.6.2005, S. 1.

59 ABl. Nr. L 112 v. 24.4.2012, S. 1.

60 ABl. Nr. C 80 v. 10.3.2001, S. 1.

61 ABl. Nr. C 364 v. 18.12.2000, S. 3; näher zum historischen Hintergrund der GRC: *Barriga*, Die Entstehung der Grundrechte der Europäischen Union, 2003; *Tettinger/Stern/Mombaur*, Kap. B IV Rz. 1 ff. 62 S. „Erklärung zur Zukunft der Union“ (ABl. Nr. C 80 v. 10.3.2001, S. 85).

rungskonferenz den am 13.12.2007 geschlossenen Vertrag von Lissabon,<sup>63</sup> der am 1.12.2009 in Kraft trat. Der Vertrag hat in vielerlei Hinsicht die mit dem gescheiterten Verfassungsvertrag vorgesehenen Regelungen übernommen. Insbesondere hat die EU gem. Art. 1 Abs. 3 Satz 3 EUV die **Rechtsnachfolge** der EG angetreten, so dass von dem vormaligen Säulenmodell – neben der EAG – nur noch die EU gleichsam als Monolith übrig geblieben ist. Folgerichtig wurde der bisherige EG-Vertrag umbenannt in „Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union“, der gleichrangig neben dem Vertrag über die Europäische Union steht. Das bisherige Gemeinschaftsrecht gilt als Unionsrecht fort.<sup>64</sup>

- 1.16 Aus der Perspektive des Arbeitsrechts ist bedeutsam, dass der Vertrag von Lissabon die **Grundrechtcharta**, einschließlich der in ihr enthaltenen sozialen Grundrechte, mit Art. 6 Abs. 1 EUV zum verbindlichen Teil des europäischen Rechts erhoben und sie mit den europäischen Verträgen auf eine Stufe gestellt hat (vgl. Rz. 3.4). Darüber hinaus strebte die EG nach Art. 4 Abs. 1 EG-Vertrag (a.F.) eine offene Marktwirtschaft mit freiem Wettbewerb an. Diese Vorgabe wird zwar noch als Grundsatz der Wirtschafts- und Währungsunion etwa in Art. 119 Abs. 1 AEUV fortgeführt. In der allgemeineren Bestimmung des Art. 3 Abs. 3 Satz 2 EUV wird die Union hingegen auf das Ziel einer im hohen Maße wettbewerbsfähigen **sozialen Marktwirtschaft** ausgerichtet.<sup>65</sup> Da der Vertrag von Lissabon aber nicht zu wesentlichen Änderungen in den beschäftigungs- oder sozialpolitischen Kapiteln des AEUV geführt hat, bleibt der Inhalt dieser Vorgabe vage. Die wesentlichste Änderung, die der Vertrag im Bereich der europäischen Sozialpolitik mit sich gebracht hat, ist die Gewährleistung der sozialen Grundrechte der Grundrechtcharta. Es ist daher plausibel, dass das Unionsziel der sozialen Marktwirtschaft das in den sozialen Grundrechten verkörperte **europäische Sozialmodell** reflektiert.<sup>66</sup>
- 1.17 Darüber hinaus statuiert Art. 3 Abs. 3 EUV eine Vielzahl weiterer **sozialer Zielsetzungen** der EU. Sie zielt danach auf Vollbeschäftigung und sozialen Fortschritt ab, bekämpft soziale Ausgrenzung und Diskriminierungen und fördert soziale Gerechtigkeit, sozialen Schutz, die Gleichstellung von Männern und Frauen, die Solidarität zwischen den Generationen sowie den Schutz der Rechte des Kindes.<sup>67</sup> Die Zeit wird zeigen, ob die EU diesen hohen Anforderungen angesichts ihrer begrenzten Zuständigkeiten und den erheblichen Interessengegensätzen der Mitgliedstaaten auf dem Gebiet des Arbeits- und Sozialrechts wird entsprechen können.

## 8. Austritt des Vereinigten Königreichs (2017)

- 1.17a Nach einem Referendum am 23.6.2016 hat die britische Regierung gegenüber dem Europäischen Rat am 29.3.2017 nach Art. 50 EUV den Austritt des Vereinigten Königreichs aus der EU erklärt (sog. **Brexit**). Gem. Art. 50 Abs. 3 EUV finden die Verträge grundsätzlich zwei Jahre nach der Austrittserklärung keine Anwendung mehr im Vereinigten Königreich, doch kann die Frist einvernehmlich verlängert werden. Zudem können die Einzelheiten des Austritts in einem Abkommen geregelt werden (Art. 50 Abs. 2 EUV). Greift keine dieser beiden Ausnahmen, endet die Geltung des gesamten Unionsrechts im Vereinigten Königreich mit dem Ablauf des 29.3.2019. Im Bereich des Arbeitsrechts fielen insbesondere die Arbeitnehmerfreizügigkeit nach Art. 45 AEUV (vgl.

63 ABl. Nr. C 306 v. 17.12.2007, S. 1 (konsolidierte Fassung 2012: ABl. Nr. C 326 v. 26.10.2012, S. 1).

64 *Wißmann*, JbArbR 48 (2011), 73 (73 f.).

65 Hierzu: *Schmidt-Preuß*, FS Säcker, S. 969.

66 *EAS/Sagan*, B 1100 Rz. 16; ähnl. *Calliess/Ruffert/Ruffert*, Art. 3 EUV Rz. 28; abl. *Rödl*, Integration 2005, 150 (157 f.); vgl. aber EuGH v. 17.2.2011 – C-52/09 – *TeliaSonera Sverige*, Slg. 2011, I-527 Rz. 20; allg. zur Wirtschaftsverfassung der EU nach Lissabon: *Oppermann/Classen/Nettesheim/Nettesheim*, Europarecht, § 18 (m.w.N.); *Fastenrath/Nowak/Müller-Graff*, Der Lissabonner Reformvertrag, S. 173.

67 Hierzu: *Frenz*, NZS 2011, 81 (82).

Rz. 1.48) ersatzlos fort.<sup>68</sup> Ebenso entfielen die Niederlassungsfreiheit nach Art. 49 AEUV. Die übrigen Mitgliedstaaten wären unionsrechtlich nicht mehr verpflichtet, nach dem Recht des Vereinigten Königreichs gegründete Gesellschaften (z.B. die Limited Company/Ltd.) nach dem Recht des Gründungsstaates zu behandeln (sog. *Gründungstheorie*).<sup>69</sup> Der Austritt hebt hingegen nicht die zur Umsetzung von Richtlinien erlassenen Gesetze auf. Das Vereinigte Königreich kann über ihren Bestand und Inhalt disponieren, sobald die sich aus Art. 288 Abs. 3 AEUV ergebende Bindung an die Richtlinie endet.<sup>70</sup>

| Inkrafttreten | Entwicklung der Verträge   | Staaten/Beitritt   |
|---------------|--|--|
| 23.7.1952     | <b>EGKS-Vertrag</b> (gültig bis 24.7.2002)   | Belgien, Deutschland, Frankreich, Italien, Luxemburg und die Niederlande                     |
| 1.1.1958      | <b>Römische Verträge</b><br>Gründung der EWG und EAG   |  |
| 1.1.1973      |  | Dänemark, Irland und das Vereinigte Königreich   |
| 1.1.1981      |  | Griechenland   |
| 1.1.1986      |  | Portugal und Spanien   |
| 1.1.1987      | <b>Einheitliche Europäische Akte</b><br>Einführung des Binnenmarktes und europäischer Kompetenz für den Arbeitnehmerschutz   |  |
| 1.11.1993     | <b>Vertrag von Maastricht</b><br>Gründung der EU, Umbenennung der EWG in EG sowie Ausweitung sozialpolitischer Kompetenzen und des sozialen Dialogs auf der europäischen Ebene im ASP (ohne das Vereinigte Königreich) |  |
| 1.1.1995      |  | Finnland, Österreich und Schweden  |
| 1.5.1999      | <b>Vertrag von Amsterdam</b><br>Übernahme des ASP in den EG-Vertrag, neuer Titel zur Beschäftigungspolitik und Kompetenz für Diskriminierungsschutz  |  |
| 1.2.2003      | <b>Vertrag von Nizza</b><br>Vorbereitung der sog. Osterweiterung   |  |
| 1.5.2004      |  | Estland, Lettland, Litauen, Polen, Tschechien, Slowakei, Ungarn, Slowenien, Malta und Zypern |
| 1.1.2007      |  | Bulgarien und Rumänien   |
| 1.12.2009     | <b>Vertrag von Lissabon</b><br>EU wird Rechtsnachfolgerin der EG, Verbindlichkeit der GRC und Unionsziel der sozialen Marktwirtschaft  |  |
| 1.7.2013      |  | Kroatien   |
| 29.3.2017     | Austrittserklärung des Vereinigten Königreichs (Art. 50 EUV)   |  |

68 Näher *Zimmer/Cox/Inhoffen*, BB 2016, 1781 (1782); s. ferner die Studie „Brexit Implications for Employment and Social Affairs: Facts and Figures“, 2017 (abrufbar unter [www.europarl.europa.eu/studies](http://www.europarl.europa.eu/studies)).

69 Näher *Teichmann/Knaier*, IWRZ 2016, 243 (244 f.).

70 Vgl. *Grabitz/Hilf/Nettesheim/Dörr*, Art. 50 EUV Rz. 41.

blieb jedoch erfolglos,<sup>43</sup> so dass die Mutterschutzrichtlinie in ihren zentralen Regelungen noch heute so ist wie bei ihrem Inkrafttreten. Weitere Änderungsanstrengungen sind derzeit nicht ersichtlich.

## V. Ziel, Reichweite, Verschlechterungsverbot, Art. 1 MuSch-RL

### 1. Ziel

Die Zielsetzung der Mutterschutzrichtlinie wird in Art. 1 Abs. 1 MuSch-RL klar umrissen: Es soll eine Verbesserung der **Sicherheit und des Gesundheitsschutzes** von schwangeren Arbeitnehmerinnen, Wöchnerinnen und stillenden Arbeitnehmerinnen am Arbeitsplatz erreicht werden. Der Gesundheitsschutz erfasst sowohl die **physische als auch die psychische Verfassung**.<sup>44</sup> Aufgegriffen wird das umfassende Gesundheitsverständnis in Art. 3 UAbs. 2 MuSch-RL, welches u.a. auf die geistige und körperliche Ermüdung abgestellt.

Damit greift die Mutterschutzrichtlinie den **Zweck der Arbeitsschutzrahmen-RL** unmittelbar auf, ohne ihn zu verändern. Da auf die Arbeitsschutzrahmen-RL in Art. 1 Abs. 1 MuSch-RL ausdrücklich Bezug genommen wird, ist dies nicht erstaunlich. Ausgangspunkt ist die Annahme, dass es sich bei Schwangeren, Wöchnerinnen und stillenden Arbeitnehmerinnen um eine Gruppe mit besonderen Risiken handelt.<sup>45</sup> Im Zusammenhang mit dem Erfordernis eines Mutterschaftsurlaubs wird auf die Empfindlichkeit dieser Arbeitnehmergruppe hingewiesen.<sup>46</sup>

Nicht ausdrücklich in Art. 1 Abs. 1 MuSch-RL genannt werden **Sicherheit und Gesundheit des (ungeborenen) Kindes**. Aus dem Schutzzweck ausgenommen werden können sie jedoch nicht, ist doch die Arbeitnehmerin gerade wegen der Schwangerschaft, Entbindung und/oder Stillzeit besonders schutzbedürftig. Dass auch der Schutz des (ungeborenen) Kindes durch die Mutterschutzrichtlinie bezweckt wird, zeigt sich bspw. in Art. 4 Abs. 1 MuSch-RL. Danach sind die Risiken und Auswirkungen einer Exposition gegenüber gefährlichen Agenzien im Hinblick auf ihre Auswirkungen auf die Schwangerschaft oder die Stillzeit abzuschätzen.<sup>47</sup> Auch durch die Beurlaubung im Rahmen von Art. 5 Abs. 3 MuSch-RL wird „implizit“ auch die Gesundheit des Kindes gewährleistet.<sup>48</sup> Es ist möglich, dass Gesundheitsbeeinträchtigungen, die für die (werdende) Mutter kaum bemerkbar sind, das ungeborene oder gestillte Kind hingegen stark schädigen oder zum Abort führen.<sup>49</sup> Auch der EuGH bezieht das (ungeborene) Kind in den Schutzzweck ein, wenn er im Zusammenhang mit dem Kündigungsverbot aus Art. 10 MuSch-RL herleitet, dass von dem Schutz der physischen und psychischen Verfassung der Schwangeren, Wöchnerin oder stillenden Arbeitnehmerin auch das „besonders schwerwiegende Risiko(s), dass eine schwangere Arbeitnehmerin zum freiwilligen Abbruch ihrer Schwangerschaft veranlasst wird“ erfasst ist.<sup>50</sup> Zudem sieht der

43 In der Ratssitzung vom 11.6.2011 erhielt der Vorschlag keine ausreichende Zustimmung, PRES/2011/176.

44 ErwGr. 15 MuSch-RL.

45 ErwGr. 8 MuSch-RL.

46 ErwGr. 14 MuSch-RL.

47 EuGH v. 27.2.2003 – C-320/01, Slg. 2003, I-2041 Rz. 42; s. auch v. 1.7.2010 – C-471/08 – Parviainen, Slg. 2010, I-6533 Rz. 48 im Hinblick auf die Zwecksetzung des Art. 5 MuSch-RL; v. 1.7.2010 – C-194/08 – Gassmayr, Slg. 2010, I-6281 Rz. 34.

48 EuGH v. 1.7.2010 – C-194/08 – Gassmayr, Slg. 2010, I-6281 Rz. 58; v. 27.2.2003 – C-320/01, Slg. 2003, I-2041 Rz. 43.

49 S. zum Einfluss gefährlicher Stoffe auf die Stillzeit EuGH v. 19.10.2017 – C-531/15 – Otero Ramos, NZA 2017, 1448 Rz. 46 ff.; Mitteilung der Kommission i.S.v. Art. 3 MuSch-RL, KOM (2000), 466 endg., S. 2 f., 6.

50 EuGH v. 22.2.2018 – C-103/16 – Porras Guisado, ArbRB 2018, 66 = NZA 2018, 432 Rz. 46, 62; v. 11.11.2010 – C-232/09 – Danosa, Slg. 2010, I-11405 Rz. 60; v. 11.10.2007 – C-460/06 – Paquay, Slg. 2007, I-8511 Rz. 30.

EuGH im Zusammenhang mit dem Mutterschaftsurlaub den Schutz „der besonderen Beziehung zwischen der Mutter und ihrem Kind während der an Schwangerschaft und Entbindung anschließenden Zeit“ im Vordergrund, insbesondere auch in Abgrenzung zum Elternurlaub i.S.d. Rahmenvereinbarung über den Elternurlaub,<sup>51</sup> oder des Jahresurlaubs.<sup>52</sup> In diesem Zeitraum soll die Beziehung nicht durch eine Doppelbelastung aufgrund einer Erwerbstätigkeit belastet werden.<sup>53</sup> Ausdrücklich lässt sich dieser Zweck der Richtlinie nicht entnehmen, er lässt sich aber unter den allgemein formulierten Gesundheitsschutz, jedenfalls wenn er auch im Hinblick auf die psychische Gesundheit definiert wird, subsumieren.

- 9.29 Weniger offensichtlich als bisweilen dargestellt ist die Annahme, dass die Mutterschutzrichtlinie auch das Ziel der **Chancengleichheit** von Frauen auf dem Arbeitsmarkt oder gar **beschäftigungspolitische Zielsetzungen** i.S.e. möglichst schnellen Rückkehr von Frauen in das Erwerbsleben verfolgt.<sup>54</sup> Wird auf die Mutterschutzrichtlinie abgestellt, kann beides eher lediglich als, wenn auch durchaus positiver, **Reflex** angesehen werden. Zwar wird der Aspekt der Chancengleichheit durchaus in den Erwägungsgründen angeführt,<sup>55</sup> allerdings aus einer anderen Perspektive. Nach dem 9. Erwägungsgrund darf der Schutz der Sicherheit und der Gesundheit nicht dazu führen, dass Frauen auf dem Arbeitsmarkt benachteiligt werden.<sup>56</sup> Es geht also nicht darum, dass Ziel des Mutterschutzes die Chancengleichheit ist, sondern die Folge des Mutterschutzes darf nicht weniger Chancengleichheit sein. Zweifellos ist Chancengleichheit ein wichtiges Ziel, es wird aber nicht primär über die Mutterschutzrichtlinie, sondern zum einen über die Geschlechterrichtlinie gewährleistet, was sich gerade an dem Ineinandergreifen beider Richtlinien im Zusammenhang mit dem Kündigungsverbot zeigt.<sup>57</sup> Zum anderen ist die Chancengleichheit ebenso wie die schnelle Rückkehr von Frauen in das Erwerbsleben erklärtes Ziel der Rahmenvereinbarung über den Elternurlaub.<sup>58</sup> Wenn also die Zielsetzung der Mutterschutzrichtlinie wie hier primär im Sinne eines Gesundheitsschutzes verstanden wird, geht damit auch keine Kürzung des Schutzniveaus schwangerer Arbeitnehmerinnen, Wöchnerinnen und stillender Arbeitnehmerinnen einher. Beschäftigungs- und familienpolitische Zielsetzungen sowie Chancengleichheit werden über die Rahmenvereinbarung über den Elternurlaub und die Geschlechterrichtlinie abgedeckt.
- 9.30 Schließlich kann eine über den Wortlaut des Art. 1 Abs. 1 MuSch-RL hinausgehende Zielsetzung auch nicht dadurch gerechtfertigt werden, dass die Kommission in ihrer Mitteilung an das Europäische Parlament zur Unterstützung der Vereinbarkeit von Beruf, Privat- und Familienleben aus dem Jahr 2008 Mutterschutz und Beschäftigungspolitik miteinander verkoppelt. In dem Dokument wird zwar davon ausgegangen, dass ein verlängerter Mutterschaftsurlaub zu einer früheren Rückkehr in das Erwerbsleben führen kann, weil dann kein Elternurlaub mehr genommen wird.<sup>59</sup> Hierbei handelt es sich um familien- und beschäftigungspolitische Erwägungen, die entsprechend dem gesellschaftlichen Wandel angestrengt werden und insoweit durchaus ihre Berechtigung haben. Sie können aber **nicht nachträglich die Zielsetzung der Mutterschutzrichtlinie erweitern**, zumal es sich bei der Mitteilung um einen bisher gescheiterten Entwurf für eine Richtlinienänderung han-

51 EuGH v. 16.6.2016 – C-351/14 – Rodriguez Sánchez, NZA 2016, 935 Rz. 43 f.

52 EuGH v. 18.3.2004 – C-342/01 – Merino Gomez, Slg. 2004, I-2605 Rz. 29 ff.

53 EuGH v. 20.9.2007 – C-116/06 – Kiiski, Slg. 2007, I-7643 Rz. 46.

54 S. hierzu z.B. unter Rückgriff auf Art. 33 GRC Schlachter/Nebe, § 17 Rz. 5.

55 Hierauf bezieht sich bspw. Schlachter/Nebe, § 17 Rz. 13, die von einer „doppelten Zielrichtung“ der MuSch-RL ausgeht.

56 Dies wurde bspw. im Zusammenhang mit der Bestimmung der Höhe des Entgelts bei einer Weiterbeschäftigung auf einem anderen Arbeitsplatz i.S.v. Art. 5 MuSch-RL relevant, EuGH v. 1.7.2010 – C-471/08 – Parviainen, Slg. 2010, I-6533 Rz. 44.

57 EuGH v. 11.10.2007 – C-460/06 – Paquay, Slg. 2007, I-8511 Rz. 41; zur Zielsetzung Chancengleichheit in der RL 76/207/EWG s. ebd. Rz. 45.

58 S. hierzu ErwGr. 8 EltUrl-RV, § 1 Nr. 1 der von der EltUrl-RV erfassten Rahmenvereinbarung über den Elternurlaub.

59 KOM (2008), 635 endg., unter 3.1.1.

delt, welcher zudem, anders als die Mutterschutzrichtlinie, zusätzlich noch auf Art. 141 Abs. 3 EGV gestützt wird. Die Kommission strebte durchaus mit der Änderung der Richtlinie eine Ausweitung der Zielsetzung auf die Gleichstellung von Mann und Frau an.<sup>60</sup> Nur ist dies eben nicht geschehen (vgl. Rz. 9.25).

Der Erhalt der mit dem Arbeitsvertrag verbundenen Rechte sowie die Fortzahlung des Arbeitsentgelts oder der Anspruch auf eine angemessene Sozialleistung sind nicht das primäre Ziel im Sinne eines übergeordneten Richtlinienziels. Es handelt sich vielmehr um Mechanismen, die den Schutzmaßnahmen der Richtlinie zur praktischen Wirksamkeit verhelfen sollen.<sup>61</sup> 9.31

Da die Mutterschutzrichtlinie einen besonderen Schutz nur für eine bestimmte Arbeitnehmergruppe vorsieht, werden ihre Zielsetzung und ihre Maßnahmen dem sog. **sozialen Arbeitsschutz** in Abgrenzung zum rein **technischen Arbeitsschutz** zugeordnet.<sup>62</sup> 9.32

Die Mutterschutzrichtlinie wird auf nationaler Ebene durch das erst kürzlich **reformierte**<sup>63</sup> **MuSchG** umgesetzt.<sup>64</sup> Seitdem ist eine leichte Ausweitung der Zielsetzung erkennbar. Primäres Ziel bleibt wie auch schon bei Einführung des MuSchG im Jahr 1952 der Gesundheitsschutz. Dementsprechend wird der Gesundheitsschutz auch in § 1 Abs. 1 Satz 1 MuSchG ausdrücklich an den Beginn des Gesetzes gestellt. Wie auch die Mutterschutzrichtlinie soll das MuSchG nicht nur die Gesundheit der Mutter, sondern auch die des Kindes schützen, wobei dies bereits in § 1 Abs. 1 Satz 1 MuSchG klar zum Ausdruck kommt.<sup>65</sup> Auch hier wird sowohl die physische als auch die psychische Gesundheit geschützt, s. § 8 Abs. 1 Satz 1 MuSchG.<sup>66</sup> 9.33

Auch das Anliegen der Mutterschutzrichtlinie, **Diskriminierungen** aufgrund des Mutterschutzes zu vermeiden, findet sich in der Gesetzesbegründung zum reformierten MuSchG<sup>67</sup> ebenso wie im MuSchG selbst wieder (s. § 1 Abs. 1 Satz 2, § 8 Abs. 1 Satz 3 MuSchG). 9.34

Der Gesetzgeber möchte insgesamt eine verantwortungsvolle **Abwägung** zwischen **Gesundheitsschutz** und der **selbstbestimmten Entscheidung der Frau** über ihre Erwerbstätigkeit sicherstellen. Mit den im Rahmen der Reform ergriffenen Maßnahmen wurde zudem die Absicht verfolgt, die Chancen der Frauen zu verbessern und ihre Rechte zu stärken.<sup>68</sup> **Chancengleichheit** ist damit noch kein erklärtes Primärziel, aber doch zumindest eine mitbeabsichtigte Folge. Auch die Vereinbarkeit von Familie und Beruf findet Anklang in der Gesetzesbegründung, wenngleich nicht zu Beginn als übergeordnetes Ziel.<sup>69</sup> Bemerkenswert ist, dass der Gesetzgeber sich durch die „Neustrukturierung“ des MuSchG zudem erhofft, dass auch während der Schwangerschaft und nach dem Beschäftigungsverbot und der Stillzeit die Frau weiterhin arbeiten kann, 9.35

60 Sehr klar *Bünger/Klau/Klempt*, EuZA 2010, 484 (485).

61 S. ErwGr. 16 MuSch-RL; s. hierzu auch im Zusammenhang mit Art. 11 MuSch-RL EuGH v. 1.7.2010 – C-194/08 – Gassmayr, Slg. 2010, I-6281 Rz. 69; s. auch EUArbR/*Risak*, Art. 1 RL 92/85/EWG Rz. 2, der von einem weiten Verständnis des Begriffs „Sicherheit“ im Rahmen des Art. 1 Abs. 1 MuSch-RL ausgeht.

62 Hanau/Steinmeyer/Wank/Wank, § 18 Rz. 364; vertiefter EAS/Wank, EAS B 6000 Rz. 1 ff.; s. auch im Hinblick auf das besondere Schutzbedürfnis der erfassten Arbeitnehmerinnen ErwGr. 8, 14 MuSch-RL; kritisch zur Einordnung als sozialer Arbeitsschutz und Zuordnung zum betrieblichen Arbeitsschutz hingegen Schlachter/*Nebe*, Art. 1 Rz. 7.

63 BGBl. 2017, Teil I, S. 1228 (Inkrafttreten 1.1.2018).

64 So soll auch mit der Reform unionsrechtliche Vorgaben besser umgesetzt werden, s. BT-Drucks. 18/8963, S. 1, 33.

65 Auch in der Gesetzesbegründung wird vielfach auf die Gesundheit des Kindes verwiesen, s. bspw. BT-Drucks. 18/8963, S. 1, 33, 34, 38.

66 S. auch BT-Drucks. 18/8963, S. 40, wo auf die psychischen Belastungen der Mutter nach der Geburt eines Kindes mit Behinderung hingewiesen wird.

67 BT-Drucks. 18/8963, S. 36 f.

68 BT-Drucks. 18/8963, S. 1.

69 BT-Drucks. 18/8963, S. 33.



freilich nur soweit sie dabei nur zulässige Tätigkeiten unter zulässigen Arbeitsbedingungen ausübt. Damit sollen berufliche Nachteile vermieden und die Vereinbarkeit von Mutterschaft und Beruf gefördert werden.<sup>70</sup> Es soll also, soweit der Gesundheitsschutz es erlaubt, der Frau die Möglichkeit gegeben werden, möglichst lange berufstätig zu sein. Der unnötige Ausspruch umfassender Beschäftigungsverbote, der ggf. das berufliche Fortkommen behindert, soll vermieden werden. Auch hier wird ein beschäftigungspolitischer Ansatz deutlich.

- 9.36 Insgesamt bestehen **keine Zweifel an der Unionsrechtskonformität** der Zielsetzung des Mutterschutzgesetzes. Das Primärziel ist in beiden Regelwerken der Gesundheitsschutz. Die Zielsetzung ist dann im Mutterschutzgesetz auf einer untergeordneten Ebene zwar noch weitgehender als die der Mutterschutzrichtlinie. Das ist jedoch nicht schädlich, solange damit nicht der Gesundheitsschutz als oberstes Ziel relativiert oder gar untergraben wird. Das Anliegen, dass der Frau nicht pauschal ein Beschäftigungsverbot auferlegt wird, welches ihr berufliches Fortkommen hindert, ist im Hinblick auf die Richtlinie unproblematisch.<sup>71</sup> Dies gilt jedoch nur unter dem Vorbehalt, dass das Ziel des Gesundheitsschutzes – insbesondere auch im Hinblick auf das (ungeborene) Kind – gewahrt wird, und zwar strikt, ohne Abwägung mit anderen Interessen.

## 2. Verhältnis zur Arbeitsschutzrahmen-RL

- 9.37 Das Verhältnis der Mutterschutzrichtlinie zur Arbeitsschutzrahmen-RL, welche gem. Art. 1 Abs. 1 MuSch-RL die Grundlage für die Mutterschutzrichtlinie darstellt, ist ausdrücklich in **Art. 1 Abs. 2 MuSch-RL** geregelt. Danach bleibt die Arbeitsschutzrahmen-RL neben der Mutterschutzrichtlinie auch auf schwangere Arbeitnehmerinnen, Wöchnerinnen und stillende Arbeitnehmerinnen unbeschadet strengerer oder spezifischer Bestimmungen der Mutterschutzrichtlinie anwendbar. Strengere oder spezifischere Regelungen der Mutterschutzrichtlinie sind damit vorrangig.<sup>72</sup>
- 9.38 Gemäß Art. 1 Abs. 2 MuSch-RL gilt jedoch eine Ausnahme im Hinblick auf **Art. 2 Abs. 2 Arbeitsschutzrahmen-RL**. In dieser Regelung wird für den allgemeinen Arbeitsschutz eine Bereichsausnahme für die Besonderheiten spezifischer Tätigkeiten im öffentlichen Dienst, wie z.B. bei den Streitkräften, der Polizei oder bei den Katastrophenschutzdiensten vorgehalten, falls die Besonderheiten zwingend der Anwendung der Arbeitsschutzrahmen-RL entgegenstehen. Eine solche **Bereichsausnahme** wird damit für den Mutterschutz **ausdrücklich ausgeschlossen**. Das ist nachvollziehbar, besteht doch gerade bei diesen Tätigkeiten ein erhöhtes Gefährdungsrisiko nicht nur für die (werdende) Mutter, sondern auch für das (ungeborene) Kind.
- 9.39 Das MuSchG nimmt zwar in § 1 Abs. 3 Beamtinnen, Richterinnen und Soldatinnen von seinem Anwendungsbereich aus. Dies bedeutet jedoch nicht, dass ihnen kein Mutterschutz gewährt wird. Über die MuSchVO<sup>73</sup> wird der Mutterschutz für Beamtinnen und Richterinnen geregelt und die MuSchSoldV<sup>74</sup> erfasst Soldatinnen.<sup>75</sup>

## 3. Verschlechterungsverbot

- 9.40 Gemäß Art. 1 Abs. 3 MuSch-RL darf die Umsetzung der Mutterschutzrichtlinie **nicht als Rechtfertigung** dienen, um ein im nationalen Recht bestehendes höheres **Schutzniveau abzusenken**.

70 BT-Drucks. 18/8963, S. 34.

71 So wird dieser Aspekt auch im ErwGr. 9 MuSch-RL aufgegriffen.

72 EAS/Klein-Jahns, B 5100, Rz. 12; Schlachter/Nebe, § 17 Rz. 6.

73 S. z.B. Verordnung über den Mutterschutz für Beamtinnen und Richterinnen vom 14. Januar 2015 (Mutterschutzverordnung) (Saarland), Amtsbl. 2005, S. 134; s. auch BGBl. 2009, Teil I, S. 160, § 79 BBG.

74 Verordnung über den Mutterschutz für Soldatinnen vom 21. Dezember 1990 (Mutterschutzverordnung für Soldatinnen), BGBl. 2004, Teil I, S. 2858.

75 S. auch ErfK/Schlachter, § 1 MuSchG Rz. 11, die die Unionsrechtskonformität damit gewahrt sieht.

Aus dem Wortlaut des Art. 1 Abs. 3 MuSch-RL folgt jedoch zugleich, dass andere Rechtfertigungsgründe durchaus zu einem Absenken des Schutzniveaus führen dürfen.<sup>76</sup> Werden andere Rechtfertigungsgründe für ein Absenken des Mutterschutzes angeführt, müssen diese von dem jeweiligen Mitgliedstaat offengelegt werden.<sup>77</sup>

## VI. Anwendungsbereich und Definitionen, Art. 2 MuSch-RL

Ziel der Richtlinie ist gem. Art. 1 Abs. 1 MuSch-RL die Durchführung von Maßnahmen zur Verbesserung der Sicherheit und des Gesundheitsschutzes von schwangeren Arbeitnehmerinnen, Wöchnerinnen und stillenden Arbeitnehmerinnen am Arbeitsplatz. Damit wird zugleich der **persönliche Anwendungsbereich** klar umrissen. Erfasst werden schwangere Arbeitnehmerinnen, Wöchnerinnen und stillende Arbeitnehmerinnen. **Definiert** wird diese Personengruppe in **Art. 2 MuSch-RL**. 9.41

### 1. Arbeitnehmerin

#### a) Autonome Auslegung

Grundvoraussetzung für die Anwendbarkeit der Mutterschutzrichtlinie ist die **Arbeitnehmereigenschaft**. Anders als ursprünglich vorgeschlagen, werden weder Selbständige<sup>78</sup> noch Arbeitslose von der Mutterschutzrichtlinie erfasst.<sup>79</sup> 9.42

Nach der **ständigen Rechtsprechung des EuGH** ist der Begriff der Arbeitnehmerin im Rahmen der Mutterschutzrichtlinie **autonom auszulegen**.<sup>80</sup> Das ist schon aufgrund der schwierigen Abgrenzungsfragen, die nicht einheitlich in allen Mitgliedstaaten beantwortet werden dürften, sowie der Gefahr, dass durch ein engeres Arbeitnehmerverständnis der Anwendungsbereich der Richtlinie erheblich eingeschränkt werden könnte, nachvollziehbar, insbesondere angesichts des hohen Schutzniveaus. 9.43

#### b) Merkmale

Eine Definition findet sich in der Mutterschutzrichtlinie jedoch nicht. Jedenfalls ist die Arbeitnehmereigenschaft aber innerhalb der Mutterschutzrichtlinie einheitlich zu verstehen.<sup>81</sup> Die Verweise auf die **einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und/oder Gepflogenheiten** in Art. 2 MuSch-RL beziehen sich jeweils auf die **Unterrichtung von der Schwangerschaft**, den Zeitraum, wie lange eine Frau nach der Entbindung eine **Wöchnerin** ist bzw. wie lange die **Stillzeit** andauert.<sup>82</sup> Indem insofern auf das Begriffsverständnis der Mitgliedstaaten verwiesen wird, bleiben auch bei einem ein- 9.44

76 EUArbR/*Risak*, Art. 2 RL 92/85/EWG Rz. 2.

77 EuGH v. 24.6.2010 – C-98/09 – *Sorge*, Slg. 2010, I-5837 Rz. 36; v. 22.11.2005 – C-144/04 – *Mangold*, Slg. 2005 I-9989 Rz. 52; s. zum Verschlechterungsverbot im Allgemeinen *Greiner*, EuZA 2011, 74 (80); *Kerwer*, EuZA 2010, 253 (259); *Preis*, NZA 2006, 401 (402).

78 S. hierzu auch EuGH v. 19.9.2013 – C-5/12 – *Betriu Montull*, ZESAR 2014, 182 Rz. 59, 64.

79 EUArbR/*Risak*, Art. 2 RL 92/85/EWG Rz. 3a.

80 EuGH v. 20.9.2007 – C-116/06 – *Kiiski*, Slg. 2007, I-7643 Rz. 25 unter Verweis auf die zur Freizügigkeit ergangene Rechtsprechung; v. 11.11.2010 – C-232/09 – *Danosa*, Slg. 2010, I-11405 Rz. 39; zustimmend *Riesenhuber*, *Europäisches Arbeitsrecht*, § 20 Rz. 11; zur Entwicklung des autonomen Arbeitnehmerbegriffs auch außerhalb der MuSch-RL s. auch *Giesen*, ZfA 2016, 47 ff.

81 So wird auch in der Rechtsprechung des EuGH allgemein auf den „Begriff des Arbeitnehmers im Sinne dieser Richtlinie“ abgestellt, EuGH v. 11.11.2010 – C-232/09 – *Danosa*, Slg. 2010, I-11405 Rz. 39.

82 Wohl a.A. *Schubert*, EuZA 2011, 362 (364), die den autonomen unionsrechtlichen Arbeitnehmerbegriff nur auf schwangere Arbeitnehmerinnen anwendet und für die Begriffe Wöchnerin und stillende Arbeitnehmerin i.S.v. Art. 2 Buchst. b, c MuSch-RL insgesamt auf das mitgliedstaatliche Begriffsverständnis verweist.

heitlichen Arbeitnehmerbegriff noch erhebliche Schwankungsmöglichkeiten zwischen den Mitgliedstaaten. Wie die Kommission in ihrem Bericht über die Durchführung der Mutterschutzrichtlinie im Jahr 1999 herausgestellt hat, kann bspw. die Stillzeit von einem halben Jahr bis zu einem Jahr andauern oder aber der Begriff der Wöchnerin eine Zeitspanne von zwei bis zu sechs Monaten nach der Entbindung umfassen.<sup>83</sup>

#### aa) Rückgriff auf die Arbeitsschutzrahmen-RL

- 9.45 Der EuGH verweist in der Rs. *Rosselle*<sup>84</sup> auf das **Begriffsverständnis der Arbeitsschutzrahmen-RL**, welche nach Art. 1 MuSch-RL Grundlage der Mutterschutzrichtlinie ist und anwendbar bleibt.<sup>85</sup> Dies ist aus systematischer Sicht nachvollziehbar. Nach Art. 2 Abs. 1 Arbeitsschutzrahmen-RL sind alle privaten oder öffentlichen Tätigkeitsbereiche einbezogen und gem. Art. 3 Buchst. a Arbeitsschutzrahmen-RL ist Arbeitnehmer jede Person, die von einem Arbeitgeber beschäftigt wird, einschließlich Praktikanten und Lehrlingen, mit Ausnahme von Hausangestellten.
- 9.46 Ein Rückgriff auf diese Definition ist jedoch zum einen **nicht hilfreich**, da **keine Kriterien** aufgestellt werden. Zum anderen ist auch nicht nachvollziehbar, wieso Hausangestellte aus dem Schutzbereich der Mutterschutzrichtlinie herauszunehmen sind, ohne dass hierfür Hinweise in der im Vergleich zur Arbeitsschutzrahmen-RL spezielleren Mutterschutzrichtlinie zu finden sind. Eine Ausnahme dieser Beschäftigtengruppe wäre nicht mit der Zielsetzung der Mutterschutzrichtlinie vereinbar. Den Verweis auf Art. 3 Buchst. a Arbeitsschutzrahmen-RL hat der EuGH soweit ersichtlich in anderen einschlägigen Entscheidungen unterlassen. Es bleibt unklar, wie dieses Verhältnis aufzulösen ist. Einen Hinweis darauf, dass das engere Begriffsverständnis der Arbeitsschutzrahmen-RL nicht zugrunde gelegt werden sollte, kann die Regelung in Art. 1 Abs. 2 MuSch-RL enthalten. Danach soll die Bereichsausnahme des Art. 2 Abs. 2 Arbeitsschutzrahmen-RL nicht greifen. Damit zeigt der Richtliniengeber, dass der Anwendungsbereich der Mutterschutzrichtlinie möglichst weitgehend sein soll. Er hätte jedoch auch noch weiter gehen können und auch die Ausnahme des Art. 3 Buchst. a Arbeitsschutzrahmen-RL nicht für anwendbar im Rahmen der Mutterschutzrichtlinie erklären können. Klar auflösen lässt sich hier der Widerspruch wohl nicht, jedenfalls nicht, wenn man Hausangestellte als ebenso schutzbedürftig einordnet wie andere Arbeitnehmer.
- 9.47 Jedenfalls regelt die Mutterschutzrichtlinie nur **Mindestvorgaben**, so dass die Mitgliedstaaten den Anwendungsbereich der Mutterschutzrichtlinie durchaus erweitern dürfen.<sup>86</sup>
- 9.48 Im Hinblick auf die nationale Rechtslage ist das unklare Verhältnis der Bereichsausnahmen der Arbeitsschutzrahmen-RL zur Mutterschutzrichtlinie nicht von Bedeutung, da im Mutterschutzgesetz die Hausangestellten nicht ausgenommen werden, § 1 MuSchG.

#### bb) Anwendung „objektiver Kriterien“

- 9.49 Der EuGH nimmt die autonome Bestimmung des Arbeitnehmerbegriffs anhand **„objektiver Kriterien“** vor, die das Arbeitsverhältnis im Hinblick auf die Rechte und Pflichten der betroffenen Personen kennzeichnen. **Unerheblich** ist dabei, ob die Beschäftigung im **öffentlichen oder privaten Sektor** erfolgt oder ob es sich um eine befristete Beschäftigung handelt.<sup>87</sup> Als wesentliches Merkmal wird herausgestellt, dass eine Person während einer bestimmten Zeit für eine andere

83 Bericht der Kommission über die Durchführung der Richtlinie 92/85/EWG des Rates 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, KOM (1999), 100 endg., S. 22.

84 EuGH v. 21.5.2015 – C-65/14 – Rosselle, NZA 2015, 795 Rz. 37.

85 Ebenso EAS/Klein-Jahns, B 5100, Rz. 14.

86 S. EuGH v. 1.7.2010 – C-194/08 – Gassmayr, Slg. 2010, I-6281 Rz. 89.

87 EUArbR/Risak, Art. 2 RL 92/85/EWG Rz. 3b.

nach deren Weisung Leistungen erbringt für die sie als Gegenleistung eine Vergütung erhält.<sup>88</sup> Un- erheblich ist hingegen, ob das jeweilige Beschäftigungsverhältnis nach nationalem Recht kein Arbeitsverhältnis darstellt, sondern als Rechtsverhältnis sui generis qualifiziert wird.<sup>89</sup> Der EuGH lässt zu Recht unbeachtet, ob eine formale Einstufung als Selbstständige nach innerstaatlichem Recht erfolgt, wenn sie nur fiktiv ist und dadurch ein Arbeitsverhältnis i.S.d. Richtlinie verschleiert wird.<sup>90</sup> Auch hier greift der Einwand, dass andernfalls der Anwendungsbereich der Mutterschutzrichtlinie von den Mitgliedstaaten ebenso wie von der Praxis ungehindert eingeschränkt werden könnte, was gerade angesichts des besonders hohen geschützten Rechtsguts vermieden werden sollte.

Dementsprechend ist es so wie in der Rs. *Danosa* auch möglich, dass ein **Mitglied der Unternehmensleitung** einer Kapitalgesellschaft Arbeitnehmerin i.S.d. Mutterschutzrichtlinie sein kann, wenn es ihr gegenüber Leistungen gegen Entgelt erbringt, in sie eingegliedert ist und seine Tätigkeit für eine bestimmte Zeit nach Weisung oder unter Aufsicht eines anderen Organs der Gesellschaft ausübt. Entscheidend ist danach der Grad der Unterordnung zwischen Gesellschaft und Mitglied der Unternehmensleitung, der im jeweiligen Einzelfall zu prüfen ist.<sup>91</sup> Dafür gibt der EuGH folgende Kriterien vor: die Bedingungen, unter denen das Mitglied der Unternehmensleitung bestellt wurde, die Art der ihm übertragenen Aufgaben, der Rahmen, in dem die Aufgaben ausgeführt werden, der Umfang der Befugnisse und die Kontrolle, der das Mitglied der Unternehmensleitung innerhalb der Gesellschaft unterliegt sowie schließlich die Umstände, unter denen es abberufen werden kann.<sup>92</sup> Dass das in der Rs. *Danosa* bestellte Mitglied der Unternehmensleitung, eine Fremd-Geschäftsführerin, u.a. unter der Aufsicht eines anderen Organs der Gesellschaft ausübte und es jederzeit ohne Einschränkung gegen seinen Willen von seinem Amt abberufen werden konnte, spricht nach Ansicht des EuGH dem ersten Anschein nach für eine Arbeitnehmereigenschaft.<sup>93</sup> Eine Fremd-Geschäftsführerin kann somit vom Geltungsbereich der Mutterschutzrichtlinie erfasst sein, da nicht auf die formale Einordnung des Weisungsrechts als gesellschaftsrechtlich oder arbeitsrechtlich abgestellt wird.<sup>94</sup> Das bedeutet im Umkehrschluss, dass bspw. jedenfalls eine Geschäftsführerin, die zugleich Alleingesellschafterin ist, keine Arbeitnehmerin i.S.d. Mutterschutzrichtlinie sein kann. Zwischen diesen Polen wird – je nach Einzelfall – zu unterscheiden sein, wenn die Geschäftsführerin an der Kapitalgesellschaft beteiligt ist. Nach der Logik der Rs. *Danosa* müsste entscheidend sein, dass eine Weisungsgebundenheit und freie Abberufbarkeit möglich sind. Dies ist zu verneinen, wenn die Geschäftsführerin mindestens 50 % der Gesellschafteranteile oder mehr hält.<sup>95</sup>

Mit der Reform des **MuSchG** wurde sein **Anwendungsbereich erheblich ausgedehnt**. Durch den Verweis in § 1 Abs. 2 Satz 1 MuSchG auf Beschäftigte i.S.v. § 7 Abs. 1 SGB IV wird bereits ein zumindest etwas größerer Personenkreis erfasst als zuvor durch die Anknüpfung an die Arbeitnehmereigenschaft. Da jedenfalls nach der Rechtsprechung des BSG auch Fremd-Geschäftsführer einer GmbH Beschäftigte i.S.v. § 7 Abs. 1 SGB IV sein können,<sup>96</sup> wird bereits damit der *Danosa*-Rechtsprechung genügt.

88 Kritisch zu den Merkmalen der Weisungsgebundenheit und Gegenleistung Schlachter/*Nebe*, § 17 Rz. 19 mit der Forderung eines weitergehenden Arbeitnehmerverständnisses.

89 EuGH v. 20.9.2007 – C-116/06 – Kiiski, Slg 2007, I-7643 Rz. 25; v. 11.11.2010 – C-232/09 – *Danosa*, Slg. 2010, I-11405 Rz. 39 f.

90 EuGH v. 11.11.2010 – C-232/09 – *Danosa*, Slg. 2010, I-11405 Rz. 41.

91 EuGH v. 11.11.2010 – C-232/09 – *Danosa*, Slg. 2010, I-11405 Ls. 1, Rz. 46 ff.

92 EuGH v. 11.11.2010 – C-232/09 – *Danosa*, Slg. 2010, I-11405 Rz. 47.

93 EuGH v. 11.11.2010 – C-232/09 – *Danosa*, Slg. 2010, I-11405 Rz. 51.

94 Insoweit grundsätzlich zustimmend *Schubert*, EuZA 2011, 362 (365), die aber auf die unterschiedliche Reichweite gesellschaftsrechtlicher und arbeitsrechtlicher Weisungsrechte hinweist.

95 *Preis/Sagan*, ZGR 2013, 26 (43); so auch *Lunk*, NZA 2015, 917 (919) im Anschluss an EuGH v. 9.7. 2015 – C-229/14 – *Balkaya*, EuZW 2015, 682 Rz. 37 f.

96 BSG v. 29.8.2012 – B 12 KR 25/10 R, NZS 2013, 181 (183 f.).

- 9.52 Der Gesetzgeber ist jedoch weiter gegangen und hat insbesondere durch die Einbeziehung der **Arbeitnehmerähnlichen** (§ 1 Abs. 2 Satz 2 Nr. 7 MuSchG) den Anwendungsbereich des Mutterschutzgesetzes ausgeweitet. In der Gesetzesbegründung klingt an, dass aus Anlass der *Danosa*-Entscheidung Frauen wegen ihrer „wirtschaftlichen Unselbstständigkeit“ als Arbeitnehmerähnliche in den persönlichen Anwendungsbereich des Mutterschutzgesetzes aufzunehmen seien.<sup>97</sup> Dies wäre ein doch recht weites Verständnis der Entscheidung, denn Begriffe wie wirtschaftliche Unselbstständigkeit bzw. Abhängigkeit oder Arbeitnehmerähnliche sind dort nicht zu finden. Die Formulierung in der Gesetzesbegründung ist insoweit jedenfalls missverständlich.<sup>98</sup> Die Einbeziehung Arbeitnehmerähnlicher in das Mutterschutzgesetz ist freilich nicht aus unionsrechtlicher Sicht unzutreffend. Es ist unproblematisch, über die Vorgaben der Richtlinie, die nur einen Mindeststandard festlegt, hinauszugehen.<sup>99</sup> Die Einbeziehung Arbeitnehmerähnlicher scheint aber jedenfalls nicht, wie es in der Gesetzesbegründung anklingt, unionsrechtlich geboten.
- 9.53 Werden die Maßstäbe, die der EuGH in der Rs. *Danosa* angelegt hat, zugrunde legt, so sind **Weisungsgebundenheit** und **Eingliederung** im Einzelfall entscheidend, eine pauschale Einbeziehung der Arbeitnehmerähnlichen hingegen nicht erforderlich. Auf der Grundlage ist es dann aus unionsrechtlicher Sicht auch unerheblich, wenn nach § 1 Abs. 2 Satz 2 Nr. 7 MuSchG die leistungsrechtlichen Regelungen in §§ 17, 18 Abs. 2, 19 MuSchG für Arbeitnehmerähnliche ausgeschlossen werden.
- 9.54 Weiterhin nicht erfasst von der Mutterschutzrichtlinie werden nach den Kriterien der Rs. *Danosa* **Vorstandsmitglieder** von Aktiengesellschaften sein, so dass insoweit auch keine unionsrechtskonforme Auslegung des Mutterschutzgesetzes erforderlich wird. Ein Über-Unterordnungsverhältnis wird hier im Regelfall nicht feststellbar sein, da der Vorstand die Aktiengesellschaft nach § 76 Abs. 1 AktG in eigener Verantwortung leitet und der Aufsichtsrat nur vereinzelte Kontrollrechte gegenüber dem Vorstand ausüben kann.<sup>100</sup> Allerdings könnte davon unabhängig bspw. bei einer Abberufung wegen Schwangerschaft ein Verstoß gegen die Geschlechterrichtlinie vorliegen.<sup>101</sup>
- 9.55 Nach Anwendung der Kriterien des EuGH ist es auch möglich, dass **Menschen mit Behinderung**, die in einer **Werkstatt für behinderte Menschen** tätig sind, dem Arbeitnehmerbegriff der Mutterschutzrichtlinie unterfallen, auch wenn sie im nationalen Recht nicht als Arbeitnehmer eingestuft werden, wie es z.B. in § 221 SGB IX der Fall ist (grundsätzlich Einordnung als Arbeitnehmerähnliche). Teilweise wird in diesem Zusammenhang auf die Rechtsprechung des EuGH zur RL 2003/88/EG zum Jahresurlaub zurückgegriffen<sup>102</sup> und gefordert, dass die tatsächlich erbrachten Leistungen als auf dem Beschäftigungsmarkt üblich angesehen werden.<sup>103</sup> Diese Einschränkung, die im Hinblick auf die Zielsetzung des Jahresurlaubs als Erholungsurlaub nachvollziehbar sein mag, ist m.E. nicht ohne Weiteres auf den Anwendungsbereich der Mutterschutzrichtlinie übertragbar. Zielsetzung ist hier der Gesundheitsschutz. Je nach Tätigkeit kann die Gesundheit von Mutter und Kind auch gefährdet sein, wenn die erbrachte Leistung nicht auf dem Beschäftigungsmarkt als üblich gilt.

97 BT-Drucks. 18/8963, S. 35.

98 So finden sich auch in den Reaktionen der Literatur auf die EuGH-Rechtsprechung teils eher Begriffe wie „Arbeitnehmer-Geschäftsführerin“, s. z.B. *Oberthür*, NZA 2011, 253 (254); *Schubert*, ZESAR 2013, 5 (11).

99 S. EuGH v. 1.7.2010 – C-194/08 – Gassmayr, Slg. 2010, I-6281 Rz. 89.

100 *Lunk*, NZA 2015, 917 (919); *Schubert*, ZESAR 2013, 5 (8); a.A. *Fischer*, NJW 2011, 2329 (2331); wohl differenzierend *Oberthür*, NZA 2011, 253 (254) für den Fall, dass der Vorstand in einem beherrschten Unternehmen gem. § 308 Abs. 1 AktG tätig ist.

101 Vgl. EuGH v. 11.11.2010 – C-232/09 – *Danosa*, Slg. 2010, I-11405 Rz. 64.

102 EuGH v. 26.3.2015 – C-316/13 – *Fenoll*, NZA 2015, 1444 Rz. 41 ff.

103 EUArbR/*Risak*, Art. 2 RL 92/85/EWG Rz. 3a.

Seit der Änderung des Mutterschutzgesetzes werden Frauen mit Behinderung, die in einer **Werkstatt für behinderte Menschen** beschäftigt sind, über § 1 Abs. 2 Nr. 2 MuSchG ausdrücklich und ohne Einschränkung in den Anwendungsbereich einbezogen. Zuvor war dies nicht unmittelbar möglich, da sie gem. § 221 SGB IX grundsätzlich nicht Arbeitnehmerinnen sind. 9.56

Wird die Arbeitnehmereigenschaft hingegen verneint, weil es sich um eine **selbständig Erwerbstätige** handelt, greift ggf. die **Richtlinie 2010/41/EU**,<sup>104</sup> welche zumindest einen Mutterschaftsurlaub vorsieht. 9.57

### c) Ruhendes Arbeitsverhältnis

Ruht das Arbeitsverhältnis, ist fraglich, ob die Maßnahmen der Mutterschutzrichtlinie, insbesondere der Mutterschaftsurlaub und die damit einhergehende Gewährleistung der Fortzahlung eines Arbeitsentgelts und/oder des Anspruchs auf eine angemessene Sozialleistung i.S.v. Art. 11 Nr. 2 Buchst. b MuSch-RL oder auch der Kündigungsschutz nach Art. 10 MuSch-RL greifen. 9.58

Der **EuGH** hat sich bisher nur im Zusammenhang mit dem **Erziehungsurlaub** hierzu äußern müssen. Dabei ging es um die Frage, ob der Zeitraum eines Erziehungsurlaubs geändert werden können muss, um einen Mutterschaftsurlaub mit der dazugehörigen Fortzahlung des Arbeitsentgelts/Sozialleistung in Anspruch zu nehmen. Die Ausführungen des Gerichtshofs sind dennoch zunächst allgemeiner Natur und nicht nur auf das Zusammentreffen von Erziehungsurlaub und Mutterschaftsurlaub beschränkt. Es stellt sich in der Tat die ganz allgemeine Frage, ob die Inanspruchnahme eines Urlaubs, welcher Art auch immer, eine Arbeitnehmerin von dem Geltungsbereich der Mutterschutzrichtlinie ausschließt. Dafür kann sprechen, dass die Mutterschutzrichtlinie bereits ausweislich ihres Titels die Gesundheit *am Arbeitsplatz* gewährleisten soll. Am Arbeitsplatz ist eine Arbeitnehmerin gerade nicht während eines (Erziehungs-) Urlaubs. Für den EuGH ist jedoch einerseits **entscheidend**, dass der **Arbeitnehmerstatus** während eines Erziehungsurlaubs **aufrecht erhalten bleibt**.<sup>105</sup> Andererseits argumentiert der Gerichtshof im Wesentlichen mit dem Sinn und Zweck des Mutterschaftsurlaubs, der nicht zwingend ein individuelles Risiko für die jeweilige Arbeitnehmerin voraussetzt. Vielmehr soll allgemein schwangeren Arbeitnehmerinnen ein Anspruch auf Mutterschaftsurlaub gegeben werden, um sie vor Risiken zu schützen, die mit einer Doppelbelastung im Zuge der Geburt eines Kindes verbunden sein können.<sup>106</sup> Für die Inanspruchnahme eines Mutterschaftsurlaubs wird gerade nicht auf ein individuell-konkretes Risiko abgestellt. Auch im Erwägungsgrund Nr. 13 wird abstrakt auf die „Empfindlichkeit“ schwangerer Arbeitnehmerinnen, Wöchnerinnen und stillender Arbeitnehmerinnen abgestellt.<sup>107</sup> Hierbei handelt es sich also um eine **andere Zwecksetzung** als beim Elternurlaub. Zuletzt wird noch auf die Rechtsprechung des EuGH verwiesen, wonach ein durch Unionsrecht gewährleisteter Urlaub nicht durch den Anspruch auf einen anderen unionsrechtlich gewährleisteten Urlaub beeinträchtigt werden kann.<sup>108</sup> 9.59

Diese Rechtsprechung wird jedenfalls auf **kraft Gesetz ruhende Arbeitsverhältnisse** übertragbar sein, wie bspw. im Rahmen von (Langzeit)Erkrankungen oder Pflegezeiten. Auch hier werden unterschiedliche Zielsetzungen verfolgt, die nicht derjenigen des Mutterschaftsurlaubs entsprechen. 9.60

104 Richtlinie 2010/41/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 7.7.2010 zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen, die eine selbständige Erwerbstätigkeit ausüben, und zur Aufhebung der Richtlinie 86/613/EWG des Rates, ABl. L 180 v. 15.7.2010, S. 1.

105 EuGH v. 20.9.2007 – C-116/06 – Kiiski, Slg. 2007, I-7643 Rz. 32.

106 EuGH v. 20.9.2007 – C-116/06 – Kiiski, Slg. 2007, I-7643 Rz. 30 f., 50 f.

107 EuGH v. 20.9.2007 – C-116/06 – Kiiski, Slg. 2007, I-7643 Rz. 29 f.

108 EuGH v. 20.9.2007 – C-116/06 – Kiiski, Slg. 2007, I-7643 Rz. 56 unter Verweis auf EuGH v. 6.4.2006 – C-124/05 – Federatie Nederlandse Vakbeweiging, Slg. 2006, I-3423 Rz. 24.

- 9.61 Erst recht darf das Ruhen eines Arbeitsverhältnisses **keinen Einfluss** auf das **Kündigungsverbot nach Art. 10 MuSch-RL** haben. Die Arbeitnehmereigenschaft bleibt während eines ruhenden Arbeitsverhältnisses gerade bestehen. Wesensmerkmal des ruhenden Arbeitsverhältnisses ist es, dass lediglich die Hauptleistungspflichten suspendiert sind.<sup>109</sup> Wenn mit dem EuGH sodann davon ausgegangen wird, dass die Formulierung im Titel der Mutterschutzrichtlinie „am Arbeitsplatz“ nicht entscheidend ist, bleibt der Zweck des Kündigungsverbots maßgeblich. Die Gesundheitsgefährdung durch (drohenden) Arbeitsplatzverlust besteht unabhängig davon, ob ein Arbeitsverhältnis ruht oder nicht.
- 9.62 Im Hinblick auf die Elternzeit ist das deutsche Recht **unionsrechtskonform**. Gemäß § 16 Abs. 3 Satz 3 BEEG kann die Elternzeit zur Inanspruchnahme einer Mutterschutzfrist auch ohne Zustimmung des Arbeitgebers vorzeitig beendet werden. Es handelt sich hierbei um ein Gestaltungsrecht des Arbeitnehmers.<sup>110</sup>
- 9.63 Im **Pflegezeitgesetz** hingegen ist keine entsprechende Regelung vorgesehen. Gemäß § 4 Abs. 2 PflegeZG ist eine vorzeitige Beendigung nur möglich, wenn der nahe Angehörige nicht mehr pflegebedürftig ist oder die häusliche Pflege des nahen Angehörigen unmöglich oder unzumutbar ist. Ansonsten ist eine vorzeitige Beendigung nur mit Zustimmung des Arbeitgebers möglich. Dies ist im Hinblick auf die Mutterschutzrichtlinie bedenklich.

## 2. Schwangere Arbeitnehmerin

### a) Schwangerschaft

- 9.64 Nach **Art. 2 Buchst. a MuSch-RL** ist „**schwangere Arbeitnehmerin**“ jede schwangere Arbeitnehmerin, die den Arbeitgeber gemäß den einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und/oder Gepflogenheiten von ihrer Schwangerschaft unterrichtet. Damit ist die Schwangerschaft, insbesondere ihr Beginn, **nicht definiert**. Insoweit grundlegend war die Entscheidung des EuGH in der Rs. *Mayr*, in der es um die Frage ging, wann bei einer **In-vitro-Fertilisation** eine Schwangerschaft i.S.d. Mutterschutzrichtlinie beginnt. Entscheidend war dies für den Beginn des Kündigungsverbots i.S.v. Art. 10 MuSch-RL. In Betracht kommen drei Zeitpunkte: Die Befruchtung der Eizelle außerhalb des Körpers, der Zeitpunkt des Embryonentransfers oder aber die Einnistung der Eizelle, welche i.d.R. 5–6 Tage nach dem Embryonentransfer stattfindet.<sup>111</sup> Zu Recht gibt der EuGH zunächst die Leitlinie heraus, dass es „offensichtlich“ sei, dass auf den „frühestmöglichen“ Zeitpunkt für den Beginn des Kündigungsverbots abzustellen ist.<sup>112</sup> Das ist angesichts der bedeutsamen Zielsetzung Gesundheitsschutz bis hin zum Schutz vor einem Abort nur richtig. Zu früh ist nach Ansicht des EuGH jedoch der Zeitpunkt der Befruchtung der Eizelle.<sup>113</sup> Begründet wird dies mit Sinn und Zweck des Kündigungsverbots nach Art. 10 MuSch-RL sowie dem Streben nach Rechtssicherheit. Die Vorlage stammt aus Österreich, wo es möglich ist, die befruchtete Eizelle bis zu zehn Jahre aufzubewahren. Würde Art. 10 MuSch-RL bereits mit der Befruchtung greifen, könnte (theoretisch) ein bis zu zehnjähriges Kündigungsverbot bestehen.<sup>114</sup> Ob der frühestmögliche Zeitpunkt

<sup>109</sup> Schaub/*Linck*, § 32 Rz. 72 ff.

<sup>110</sup> S. hierzu und auch zur früheren Rechtslage *ErkK/Gallner*, § 16 BEEG Rz. 9a; kritisch in dem Zusammenhang *Joussen*, EuZA 2008, 375 (382 ff.); s. auch *Faber*, ZTR 2012, 689 im Hinblick auf die vorzeitige Beendigung eines bezahlten Sonderurlaubs i.S.v. § 28 TVÖ-AT/TV-L.

<sup>111</sup> Ausführlicher zu den verschiedenen denkbaren Zeitpunkten die Schlussanträge des GA *Colomer v.* 27.11.2007 – C-506/06 – *Mayr*, Slg. 2008, I-1017 Rz. 30 ff.

<sup>112</sup> EuGH v. 26.2.2008 – C-506/06 – *Mayr*, Slg. 2008, I-1017 Rz. 40.

<sup>113</sup> EuGH v. 26.2.2008 – C-506/06 – *Mayr*, Slg. 2008, I-1017 Rz. 40; zustimmend z.B. *Braunroth/Franke*, ZESAR 2015, 313 (316).

<sup>114</sup> Allerdings sah der Gerichtshof durch die Kündigung der Arbeitnehmerin einen Verstoß gegen Art. 2, 5 Geschl-RL, EuGH v. 26.2.2008 – C-506/06 – *Mayr*, Slg. 2008, I-1017 Rz. 45 ff.; s. hierzu auch *Reiners*, EuZA 2009, 79.

dann der anschließende Embryonentransfer ist, hatte der EuGH nicht mehr zu entscheiden. M.E. muss jedoch angesichts der Zwecksetzung des Gesundheitsschutzes hierin der Beginn der Schwangerschaft gesehen werden. Gerade bei einer künstlichen Befruchtung handelt es sich um eine sensible Phase, die des Gesundheitsschutzes bedarf. Die Arbeitnehmerin wird, nicht zuletzt ggf. wegen vorangegangener Hormonbehandlungen und fehlgeschlagener Schwangerschaften, auch im Hinblick auf die psychische Gesundheit schutzbedürftig sein.<sup>115</sup> Gründe der Rechtssicherheit für den Arbeitgeber können angesichts der überschaubaren Dauer bis zur Einnistung nicht greifen. Umgekehrt kann dann aber auch bei einer natürlichen Empfängnis schon aus Gleichbehandlungserwägungen nicht erst auf den Zeitpunkt der Einnistung abgestellt werden. Auch hier muss der Zeitpunkt der Befruchtung maßgeblich sein. Praktisch wird dies allerdings (derzeit noch) nicht von großer Relevanz sein, weil die Schwangerschaft i.d.R. so früh nicht erkannt werden dürfte.

Auch wenn die Rs. *Mayr* nur im Hinblick auf das Kündigungsverbot aus Art. 10 MuSch-RL entschieden wurde, sind diese Leitlinien auch für die übrigen Schutzmechanismen der Mutterschutzrichtlinie maßgeblich, so dass von einem **einheitlichen Schwangerschaftsverständnis** ab dem Zeitpunkt der Befruchtung auszugehen ist. Es ist für die Gesundheit von Mutter und Kind nicht weniger wichtig, vor dem Einfluss gefährlicher Agenzien oder Tätigkeiten geschützt zu werden als vor einer Kündigung. 9.65

Das **Mutterschutzgesetz definiert** auch in seiner neuen Fassung den Begriff der **Schwangerschaft nicht**, ebenso wenig finden sich hierzu Hinweise in der Gesetzesbegründung. Aus unionsrechtlicher Sicht ist dies unbedenklich, da der Schwangerschaftsbegriff hier genauso der Auslegung zugänglich ist wie in der Mutterschutzrichtlinie und auch das Mutterschutzgesetz dem Gesundheitsschutz dient (§ 1 Abs. 1 MuSchG).<sup>116</sup> Das BAG hat bereits vor der Reform zu Recht, ebenso wie der EuGH, nicht auf die künstliche Befruchtung abgestellt. Es geht, m.E. im Hinblick auf die Mutterschutzrichtlinie zutreffend, davon aus, dass der Embryonentransfer der maßgebliche Zeitpunkt für den Beginn der Schwangerschaft ist.<sup>117</sup> Es ist davon auszugehen, dass das BAG auch nach der Reform des Mutterschutzgesetzes an seiner bisherigen Rechtsprechung festhalten wird. 9.66

## b) Unterrichtungspflicht

Nach dem Wortlaut des Art. 2 Buchst. a MuSch-RL ist des Weiteren erforderlich, dass die Arbeitnehmerin den Arbeitgeber gemäß den **einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und/oder Gepflogenheiten** von ihrer Schwangerschaft **unterrichtet**. Folge der fehlenden ordnungsgemäßen Information ist, dass die jeweilige Arbeitnehmerin nicht in den Schutzbereich der Mutterschutzrichtlinie fällt.<sup>118</sup> 9.67

Hierdurch wird den **Mitgliedstaaten** wiederum ein **erheblicher Gestaltungsspielraum** überlassen, je nach Anforderung an die Unterrichtung kann der Anwendungsbereich der Mutterschutzrichtlinie eingengt werden kann.<sup>119</sup> Dies hat die Kommission bereits im Jahr 1999 kritisiert.<sup>120</sup> Der **EuGH** greift inzwischen auf eine zumindest **„einengende Auslegung“ des Art. 2 Buchst. a MuSch-RL** zurück. In der Rs. *Danosa* lässt der Gerichtshof es ausreichen, dass der Arbeitgeber Kenntnis von der Schwangerschaft hatte, ohne formal von der Arbeitnehmerin selbst hierüber informiert worden zu sein. Zur Begründung wird angeführt, dass ansonsten der besondere Schutz, 9.68

<sup>115</sup> S. hierzu auch *Brose*, NZA 2016, 604 (605).

<sup>116</sup> S. auch BT-Drucks. 18/8963, S. 48.

<sup>117</sup> BAG v. 26.3.2015 – 2 AZR 237/14, ArbRB 2015, 196 = NZA 2015, 734 (735); zur Frage, wie sich die ausbleibende Nidation auf den Kündigungsschutz auswirken kann, s. *Brose*, NZA 2016, 604 (605).

<sup>118</sup> EAS/*Klein-Jahns*, B 5100, Rz. 13; EUArbR/*Risak*, Art. 2 RL 92/85/EWG Rz. 13.

<sup>119</sup> Sehr kritisch hierzu Schlachter/*Nebe*, § 17 Rz. 20 f.

<sup>120</sup> KOM (1999), 100 endg., S. 22.



der in Art. 10 MuSch-RL verankert ist, seiner Substanz entleert werde. Bei Kenntnis der Schwangerschaft „liefe es dem Zweck und Geist der Richtlinie 92/85 zuwider, den Wortlaut ihres Art. 2 Buchst. a eng auszulegen.“<sup>121</sup> Es erscheint recht gemäßigt, nur von einer engen Auslegung zu sprechen, lässt der Wortlaut des Art. 2 Buchst. a MuSch-RL doch keinen Spielraum insoweit, als von der Vorgabe, dass der Arbeitgeber nach den einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und/oder Gepflogenheiten von der Schwangerschaft unterrichtet wird. Im Hinblick auf die Zwecksetzung der Richtlinie, dem Gebot der Wirksamkeit, ist diese Ansicht verständlich, zumal dem Anliegen des Art. 2 Buchst. a MuSch-RL, dass der Arbeitgeber zumindest Kenntnis haben muss, damit noch Rechnung getragen wird. Eine noch weitergehende Aufweichung des Wortlautes erscheint aber nicht mehr vertretbar. Es muss also entweder eine Unterrichtung stattgefunden haben oder aber der Arbeitgeber anderweitig Kenntnis von der Schwangerschaft erlangt haben.<sup>122</sup>

- 9.69 Auf nationaler Ebene sind die Anforderungen an die Mitteilung und Nachweise über die Schwangerschaft insoweit nicht streng, als es sich bei § 14 MuSchG um eine **Soll-Vorschrift** handelt.<sup>123</sup> Auch im Zusammenhang mit dem Kündigungsverbot ist das Gesetz weit formuliert, wenn in § 16 Abs. 1 Satz 1 MuSchG darauf abgestellt wird, dass dem Arbeitgeber die Schwangerschaft „bekannt ist“. Das entspricht dem Verständnis des EuGH, möchte man seiner „engen Auslegung“ des Art. 2 Buchst. a MuSch-RL folgen, wonach die Kenntnis des Arbeitgebers ausreicht und keine formale Information durch die Arbeitnehmerin erforderlich ist.

### 3. Wöchnerin

- 9.70 Auch die Wöchnerin muss Arbeitnehmerin i.S.d. Mutterschutzrichtlinie sein. Im **Übrigen verweist Art. 2 Buchst. b MuSch-RL gleich zweifach auf die einzelstaatlichen Rechtsvorschriften** und/oder Gepflogenheiten: Zum einen in Bezug auf das Erfordernis „kurz nach einer Entbindung“, zum anderen in Bezug auf die auch hier bestehende Unterrichtungspflicht gegenüber dem Arbeitgeber.
- 9.71 Die Formulierung „**kurz nach der Entbindung**“ ist ausgesprochen unbestimmt. Hier wird den Mitgliedstaaten ein erheblicher Spielraum zugestanden. Auch Art. 8 MuSch-RL gibt insoweit keine Hilfestellung, da selbst der unverzichtbare Mindestmutterchaftsurlaub von zwei Wochen nach Art. 8 Abs. 2 MuSch-RL auf die Zeit vor und/oder nach der Entbindung gewährt werden muss. Ebenfalls im Ermessensspielraum der Mitgliedstaaten liegt die Definition der Entbindung. Es ist daher zumindest nach dem Wortlaut möglich, dass differenziert wird nach Lebendgeburt, Totgeburt und Schwangerschaftsabbruch.<sup>124</sup>
- 9.72 Ebenso wie über die Schwangerschaft hat die Arbeitnehmerin den Arbeitgeber auch über die **Entbindung zu unterrichten**, um von dem Anwendungsbereich der Mutterschutzrichtlinie erfasst zu sein. Auch hier sind die einzelstaatlichen Rechtsvorschriften/und oder Gepflogenheiten maßgeblich. Insoweit kann auf die Ausführungen im Zusammenhang mit der Schwangerschaft verwiesen werden (vgl. Rz. 9.67 f.).
- 9.73 Der Begriff der **Wöchnerin** wird auch im neuen **Mutterschutzgesetz ebenso wenig erläutert** wie der Begriff der **Entbindung**.<sup>125</sup> Nach Auffassung des BAG handelt es sich bei der Entbindung

121 EuGH v. 11.11.2010 – C-232/09 – Danosa, Slg. 2010, I-11405 Rz. 55.

122 S. z.B. auch EuGH v. 20.9.2007 – C-116/06 – Kiiski, Slg. 2007, I-7643 Rz. 33, wo ausdrücklich erwähnt wird, dass seine Information des Arbeitgebers bzgl. der Schwangerschaft stattgefunden hat und damit die Arbeitnehmerin in den Geltungsbereich der MuSch-RL einbezogen ist.

123 So werden Mitteilung und Nachweis in der Gesetzesbegründung auch als Obliegenheit und nicht als Pflicht bezeichnet, BT-Drucks. 18/8963, S. 86.

124 EUArbR/*Risak*, Art. 2 RL 92/85/EWG Rz. 8.

125 S. hierzu kritisch *Nebe*, jurisPR-ArbR 25/2017 Anm. 1.