

Stefanie Porsche

Aktuelle Rechtsprechung des EuGH zu Elternzeit und Mutterschutz und ihre Auswirkungen auf das deutsche Recht

1. Urteil des EuGH in der Rechtssache „Kiiski“ (Rs. C-116/06) zur Zulässigkeit der vorzeitigen Beendigung des Erziehungsurlaubs bei erneuter Schwangerschaft¹

In dem Urteil des EuGH vom 20.9.2007 hat dieser entschieden, dass Art. 2 der Richtlinie 76/207/EWG² und die Art. 8 und 11 Nr. 2 der Richtlinie 92/85/EWG³ nationalen Regelungen über den Erziehungsurlaub entgegen stehen, die es untersagen, dass ein bewilligter Erziehungsurlaub zugunsten eines Mutterschaftsurlaubs bei erneuter Schwangerschaft verkürzt bzw. beendet werden kann.

Gegenstand dieser Entscheidung ist ein finnisches Vorlageverfahren; allerdings existiert mit § 16 Abs. 3 S. 3 BEEG im deutschen Recht eine der finnischen Regelung entsprechende Norm, die sich mit der vorzeitigen Beendigung der Elternzeit im Verhältnis zu den Mutterschutzregelungen der §§ 3 Abs. 2, 6 Abs. 1 MuSchG befasst, so dass den Auswirkungen dieser Entscheidung auf das deutsche Recht nachzugehen ist. § 16 Abs. 3 S. 3 BEEG bestimmt: Die Arbeitnehmerin kann ihre Elternzeit nicht wegen der Mutterschutzfristen des § 3 Abs. 2 und § 6 Abs. 1 des Mutterschutzgesetzes vorzeitig beenden; dies gilt nicht während ihrer zulässigen Teilzeitarbeit. Teilweise wird vertreten, § 16 Abs. 3 S. 3 BEEG sei mit diesen gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben nicht in Einklang zu bringen und folglich als europarechtswidrig anzusehen.⁴ Demgegenüber wird diese Schlussfolgerung auch als zu weitgehend abgelehnt.⁵

Für die Europarechtskonformität des § 16 Abs. 3 S. 3 BEEG wird vor allem die fehlende Vergleichbarkeit der finnischen und deutschen Rechtslage angeführt.⁶ Zwar verfolgten beide nationalen Bestimmungen das Ziel, die Interessen von ArbeitnehmerInnen und ArbeitgeberInnen in einen gerechten

Ausgleich zu bringen und sowohl der Planungssicherheit des Arbeitgebers Rechnung zu tragen – der sich für den Zeitraum der Inanspruchnahme von Elternzeit um eine Ersatzkraft bemühen muss – als auch Verkürzungen einer einmal bewilligten Elternzeit in Härtefällen zu gewähren. Der Weg zur Erreichung dieses Zieles sei jedoch verschieden gewählt.

Der im finnischen Ausgangsverfahren Anwendung findende Tarifvertrag gesteht dem Bediensteten das Recht zur Änderung von Zeitpunkt und Dauer eines einmal bewilligten Erziehungsurlaubs für den Fall zu, dass unvorhersehbare oder sonst triftige Gründe entstanden sind, die bei Beantragung des Erziehungsurlaubs (noch) nicht berücksichtigt werden konnten. Darunter fallen alle unerwarteten Ereignisse, die zu einer wesentlichen Änderung der Betreuungssituation des Kindes führen, wie etwa schwere Erkrankung oder Tod des Kindes bzw. des anderen Elternteils oder auch die Ehescheidung, nicht dagegen eine neuerliche Schwangerschaft.⁷ Der Arbeitgeber der Klägerin weigerte sich, den Antrag auf Änderung des Erziehungsurlaubs zu gewähren und verwies dabei auf das Fehlen eines solchen unerwarteten, triftigen Grundes.

Genau bei dieser Vergleichsgruppenbildung setzt die Argumentation des EuGH an und geht der Frage nach, ob es legitim ist, die neuerliche Schwangerschaft im Katalog des wichtigen Grundes unberücksichtigt zu lassen. Im Ergebnis wird dies verneint, d.h. eine erneute Schwangerschaft stellt einen wichtigen Grund für die vorzeitige Beendigung des Erziehungsurlaubes dar. Der Anspruch einer schwangeren Arbeitnehmerin sei ein sozialrechtliches Schutzinstrument von besonderer Bedeutung,⁸ eine neuerliche Schwangerschaft stehe den unvorhersehbaren Ereignissen nahe und müsse demzufolge ebenfalls als

1 EuGH 20.9.2007 – Rs. C-116/06 (Kiiski) = Tenor, Tatbestand und Entscheidungsgründe ausführlich abgedruckt in STREIT 1/2008, S. 27 ff.

2 Richtlinie 76/207/EWG des Rates vom 9. Februar 1976 zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen hinsichtlich des Zugangs zur Beschäftigung, zur Berufsbildung und zum beruflichen Aufstieg sowie in Bezug auf die Arbeitsbedingungen; geändert durch RL 2002/73/EG bzw. wird ab 15.9.2009 durch die RL 2006/54/EG vom 5.6.2006 aufgehoben.

3 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 (zehnte Einzelrichtlinie im Sinne des Art. 16 Abs. 1 der Richtlinie 89/391/EWG).

4 Göhle-Sander, jurisPR-ArbR 17/2008 Anm. 1; Buchner/Becker, Mutterschutzgesetz und Bundeselterngeld- und Elternzeitgesetz, 8. Aufl. 2008, § 16 BEEG Rn. 28.

5 Joussen, EuZA 3/2008, 375 (384).

6 ders. EuZA 3/2008, 375 (377).

7 EuGH 20.9.2007 – Rs. C-116/06 (Kiiski) = STREIT 1/2008, S. 27 (30) Rn. 39 ff.

8 EuGH 20.9.2007 – Rs. C-116/06 (Kiiski) = STREIT 1/2008, S. 27 (31) Rn. 49.

wichtiger Grund von der innerstaatlichen Regelung zur Verkürzung des Elternurlaubs berücksichtigt werden. Die finnische Regelung entspricht danach nicht den Grundsätzen der Gleichbehandlung und führt zu einer unmittelbaren Diskriminierung der Klägerin i.S.d. Art. 2 der RL 76/206/EWG.

Auch § 16 Abs. 3 S. 3 BEEG normiert, dass der Lauf der Mutterschutzfristen kein Grund zur vorzeitigen Beendigung der Elternzeit darstellt. Der entscheidende Unterschied zur finnischen Regelung könnte jedoch darin zu sehen sein, dass dieser ausdrücklich keine Gründe anführt, die zu einer Beendigung der Elternzeit berechtigen und damit auch keinen Anknüpfungspunkt für eine Vergleichsgruppenbildung bietet.⁹ Diese Einschätzung übersieht jedoch, dass auch § 16 Abs. 3 S. 2 BEEG Fallgruppen vorsieht, bei deren Eintritt ArbeitnehmerInnen ein Anspruch auf eine vorzeitige Beendigung der Elternzeit gewährt wird. Das Gesetz nennt die Geburt eines weiteren

Kindes oder das Vorliegen eines besonderen Härtefalls i.S.d. § 5 Abs. 1 S. 3 BEEG.¹⁰ § 5 Abs. 1 S. 3 BEEG wiederum führt beispielhaft als besondere Härtefälle den Eintritt einer schweren Krankheit, Schwerbehinderung oder den Tod eines Elternteils oder Kindes auf. Im Unterschied zur finnischen Regelung, erfasst § 16 Abs. 3 S. 2 BEEG also eine neuerliche Schwangerschaft als einen zur Änderung der Elternzeit berechtigenden Grund; allerdings mit der Einschränkung des § 16 Abs. 3 S. 3 BEEG.

Fraglich ist jedoch, ob dieser Unterschied allein dazu führt, dass § 16 Abs. 3 S. 3 mit der Entscheidung des EuGH zu vereinbaren ist. Die Norm soll dem Gesetzgeber zufolge dazu dienen, Missbrauch zu verhindern, d.h. eine vorzeitige Beendigung der Elternzeit allein deshalb anzustreben, um eine bezahlte Freistellung während der Mutterschutzfristen zu erreichen.¹¹ Gegen die Zulässigkeit dieser Konzeption des Rechtsmissbrauchs spricht, dass die Richtlinien zu Mutterschutz (RL 92/85/EWG) und Elternurlaub (RL 96/34/EG) gemeinschaftsrechtlich nebeneinander und nicht im Verhältnis des Ausschlusses stehen.¹² Erst mit § 16 Abs. 3 S. 3 BEEG wurde ein Vorrangverhältnis zulasten des Mutterschaftsurlaubs formuliert, gemeinhin um das Vertrauen des Arbeitgebers in die wegen der Elternzeit vorgenommenen Dispositionen nicht zu enttäuschen.¹³ Ausdrücklich weist der Gerichtshof jedoch auch¹⁴ in der Entscheidung Kiiski darauf hin, dass ein durch das Gemeinschaftsrecht gewährleisteter Urlaub nicht den Anspruch auf einen anderen gemeinschaftsrechtlich gewährleisteten Urlaub beeinträchtigen kann.¹⁵ Zudem sei kein Rechtsmissbrauch zu erkennen, wenn eine Verkürzung der Elternzeit angestrebt wird, um einen Anspruch auf Mutterschaftsgeld zu erlangen.¹⁶ Finanzielle Nachteile für den Arbeitgeber können Diskriminierungen wegen des Geschlechts nicht rechtfertigen.¹⁷ Aus dieser Gesamtschau folgt, dass die § 16 Abs. 3 S. 3 BEEG zugrunde liegende Konzeption des vermuteten Rechtsmissbrauchs nicht mit den Ausführungen des Gerichtshofs zu vereinbaren ist.¹⁸

Diesem Ergebnis kann auch nicht damit begegnet werden, der Anwendungsbereich der RL 92/85/EWG sei schon nicht eröffnet, da die werdende Mutter, die sich mit dem erstgeborenen Kind in

9 Jousen, EuZA 3/2008, 375 (383).

10 Buchner/Becker, Mutterschutzgesetz und Bundeselterngeld - und Elternzeitgesetz, 8. Aufl. 2008, § 16 BEEG Rn. 17.

11 BT-Drs. 14/3553, S. 23.

12 Buchner/Becker, Mutterschutzgesetz und Bundeselterngeld - und Elternzeitgesetz, 8. Aufl. 2008, Vor §§ 15-21 BEEG Rn. 18; Jousen, EuZA 3/2008, 375 (377).

13 Hk-MuSchG/BEEG/Rancke, 2007, § 16 Rn. 11.

14 So schon entschieden für Erholungsurlaub und Mutterschutz EuGH 18.3.2004 – Rs. C-342/01, NZA 2004, S. 535 ff. (Gomez); dazu auch Nebe, Betrieblicher Mutterschutz ohne Diskriminierung, 2006, S. 281 ff; ebenso EuGH 6.4.2006 – Rs.

C-124/05, Slg. 2006 I-3423, 3445 Rn. 24 (Nederlandse Vakeweging).

15 EuGH 20.9.2007 – Rs. C-116/06 (Kiiski) = STREIT 1/2008, S. 27 (32) Rn. 56.

16 EuGH 20.9.2007 – Rs. C-116/06 (Kiiski) = STREIT 1/2008, S. 27 (32) Rn. 55 - mit Verweis auf diese schon im Urteil Busch angelegte Auffassung: EuGH 27.2.2003 – Rs. C-320/01; Slg. 2003 I-2041, 2075 Rn. 38.

17 EuGH 4.10.2001 – Rs. C-109/00, Slg. 2001 I-6993, 7024 Rn. 28 (Brandt-Nielsen); Göhle-Sander, jurisPR-ArbR 17/2008 Anm. 1.

18 Buchner/Becker, Mutterschutzgesetz und Bundeselterngeld - und Elternzeitgesetz, 8. Aufl. 2008, § 16 BEEG Rn. 28.

der Elternzeit befindet, bereits von der Arbeit freigestellt und daher nicht der Doppelbelastung von Schwangerschaft und Berufsausübung ausgesetzt ist.¹⁹ Zum einen ist der EuGH dieser Argumentation dezidiert entgegen getreten und hat die Doppelbelastung der Frau, die – insbesondere in der Endphase der Schwangerschaft – aus der Betreuung des ersten Kindes resultiert, als eine Zweitbelastung vergleichbarer Art und Bedeutung angesehen²⁰. Zum anderen erfasst diese Sichtweise nur eine Ebene des Schutzzwecks der Mutterschutzrichtlinie, die der schwangeren Arbeitnehmerin nach Art. 11 Nr. 2 auch finanzielle Garantien zusichert. Sofern § 16 Abs. 3 S. 3 BEEG die Verkürzung der Elternzeit zugunsten einer bezahlten Freistellung im Rahmen des Mutterschaftsurlaubs zu verhindern sucht, verwehrt er einen Anspruch auf diese finanziellen Vorteile und führt im Ergebnis zu einer Ungleichbehandlung im Vergleich zu schwangeren Arbeitnehmerinnen, die sich zuvor nicht in der Elternzeit befanden.²¹

2. Urteil des EuGH in der Rechtssache „Paquay“ (Rs. C-460/06) zum Kündigungsschutz während des Mutterschutzes bei Vorbereitungshandlungen des Arbeitgebers in der Schutzzeit²²

a) Tenor

In diesem Vorabentscheidungsverfahren wurde dem EuGH durch ein belgisches Gericht die Frage vorgelegt, ob Art. 10 Nr. 1 der RL 92/85/EWG dahingehend auszulegen sei, dass dessen Schutzzweck über die Mitteilung einer auf der Schwangerschaft oder der Geburt eines Kindes beruhenden Kündigung hinaus, auch das Treffen der Kündigungsentscheidung und sonstige Vorbereitungshandlungen, wie etwa Stellenausschreibungen, in dieser Schutzzeit verbietet. Der EuGH bejahte dies in seinem Urteil vom 11.10.2007 und stellte zugleich klar, dass eine auf Schwangerschaft oder Geburt des Kindes beruhende Kündigungsentscheidung gegen die Art. 2 Abs. 1 und 5 Abs. 1 der RL 76/207/EWG verstößt, wann immer diese auch mitgeteilt wird.

Da eine solche Kündigungsentscheidung sowohl gegen Art. 10 der RL 92/85/EWG als auch gegen Art. 2 Abs. 1 und Art. 5 Abs. 1 der RL 76/207/EWG verstößt, muss die von dem Mitgliedstaat nach Art. 6 der letztgenannten Richtlinie zur Ahndung des Ver-

stoßes gegen die genannten Bestimmungen gewählte Maßnahme mindestens der Maßnahme entsprechen, die im nationalen Recht zur Umsetzung der Art. 10 und 12 der RL 92/85/EWG vorgesehen ist.

b) Auswirkungen der Entscheidung auf § 9 Abs. 1 MuSchG

Diese Entscheidung wirkt sich innerstaatlich auf den – die RL 92/85/EWG und RL 76/207/EWG umsetzenden – § 9 Abs. 1 MuSchG aus, der arbeitgeberseitige Kündigungen einer schwangeren Arbeitnehmerin während des Zeitraums der Schwangerschaft und bis vier Monate nach der Entbindung verbietet, sich dem Wortlaut nach jedoch nicht auf „Vorbereitungshandlungen“ einer Kündigung erstreckt. Demzufolge wird es bisher als zulässig angesehen, bereits vor Ablauf des Kündigungsverbots Vorbereitungen zur Kündigung zu treffen, beispielsweise die Anhörung des Betriebs- oder Personalrates durchzuführen.²³

Mit der Paquay-Entscheidung des Gerichtshofs wird die Zulässigkeit dieses Vorgehens nunmehr bezweifelt und der Frage nachgegangen, wie ein gemeinschaftsrechtskonformer Umgang mit § 9 Abs. 1 MuSchG zukünftig erfolgen kann.²⁴

Davon ausgehend, dass eine Ausdehnung auf „Vorbereitungshandlungen“ aufgrund des eindeutigen Wortlauts der Norm keinen gangbaren Weg darstellt, wird erwogen, vorbereitende Kündigungshandlungen des Arbeitgebers über die allgemeinen Vorschriften als Verstoß gegen das Verbot des § 2 Abs. 1 AGG i.V.m. § 134 BGB zu behandeln.²⁵ In der Folge dieses Ansatzes, ist die Antwort des Gerichtshofs auf die zweite Vorlagefrage zu beachten, wonach die Sanktion für den Arbeitgeber wegen eines Verstoßes gegen Art. 2 der RL 76/207/EWG nicht geringer ausfallen darf, als die im innerstaatlichen Bereich vorgesehene Sanktion für einen Verstoß gegen die Art. 10 der RL 92/85/EWG umsetzende Norm.²⁶ Diese Anforderungen erfüllt die innerstaatliche Gesetzeslage, indem die Nichtigkeit der Kündigung Rechtsfolge sowohl des § 9 Abs. 1 MuSchG als auch des § 2 Abs. 1 AGG i.V.m. § 134 BGB bei diskriminierendem Arbeitgeberhandeln ist.²⁷

Allerdings bleibt zu klären, inwieweit der Wortlaut des § 9 Abs. 1 MuSchG die Nichtanwendung auf

19 So auch die Argumentation der GA Kokott in ihrem Schlussantrag (Rn. 54 ff.), der sich der EuGH nicht angeschlossen hat: EuGH 20.9.2007 – Rs. C-116/06 (Kiiski); Jousen, EuZA 3/2008, 375 (383).

20 EuGH 20.9.2007 – Rs. C-116/06 (Kiiski) = STREIT 1/2008, S. 27 (31) Rn. 50.

21 Jousen, EuZA 3/2008, 375 (383); Göhle-Sander, jurisPR-ArbR 17/2008 Anm. 1.

22 EuGH 11.10.1007 – Rs. C-460/06 (Paquay) = STREIT 1/2009, S. 16 ff. in diesem Heft.

23 Hk-MuSchG/Schöllmann, 2007, § 9 Rn. 54.

24 Ausführlich dazu Benecke EuZA 3/2008, 385 ff.

25 So der Vorschlag von Benecke, EuZA 3/2008, 385 (390); zur problematischen Regelung des § 2 Abs. 4 AGG, der Kündigungen aus dem Anwendungsbereich des AGG ausschließt vgl. BAG Urt. v. 6.11.2008 – 2 AzR 701/07; dies., EuZA 3/2008, 385 (391) m.w.N. Fn. 21).

26 EuGH 11.10.1007, a.a.O., (FN22)

27 Benecke, EuZA 3/2008, 385 (393).

die eine Kündigung vorbereitende Handlung des Arbeitgebers tatsächlich vorgibt und somit einer rechtlichen Lösung über das MuSchG entgegen steht. Immerhin gelangt der EuGH im Wege der Auslegung des Art. 10 Nr. 1 der RL 92/85/EWG, der sich dem Wortlaut nach ebenfalls „nur“ auf die Kündigung bezieht, zu seiner Entscheidung. Da § 9 Abs. 1 MuSchG der Umsetzung des Art. 10 Abs. 1 dient, ist es zumindest denkbar, dessen Schutzbereich im Wege richtlinienkonformer Auslegung ebenfalls auf Vorbereitungshandlungen auszuweiten.