

*Stefanie Porsche*

## Auswirkungen der Selbständigen-RL 2010/41/EU auf das deutsche Recht

Anmerkung zum EuGH-Urteil v. 11.11.2010 – C-232/09 – Danosa

### I. Der Arbeitnehmer/innenbegriff

Für den Verstoß der Abberufung einer schwangeren Geschäftsführerin (hier einer lettischen) Kapitalgesellschaft gegen die Mutterschutzrichtlinie 92/85/EWG und die Gleichbehandlungsrichtlinie 76/207/EWG<sup>1</sup> kommt es nach der EuGH Danosa-Rechtsprechung entscheidend darauf an, ob das Leitungsorgan dem unionsrechtlichen Arbeitnehmerbegriff unterfällt. Der EuGH bejaht dies ausdrücklich und wiederholt zum unionsrechtlichen AN-Begriff, dass dieser nicht je nach nationalem Recht unterschiedlich auszulegen sei. Vielmehr sei er anhand objektiver Kriterien zu definieren, die das Arbeitsverhältnis hinsichtlich der Rechte und Pflichten der Betroffenen kennzeichnen; wesentliches Merkmal eines Arbeitsverhältnisses sei das weisungsgebundene Erbringen einer Leistung gegen Vergütung.<sup>2</sup>

Die Tätigkeit von Organmitgliedern, also etwa einer GmbH-Geschäftsführerin oder eines AG-Vorstandsmitgliedes wird in Deutschland in Form von Dienstverträgen erbracht, so dass nach deutschem Verständnis grundsätzlich kein Arbeitsverhältnis vorliegt.<sup>3</sup> Damit stellt sich die Frage der Auswirkungen des Danosa-Urteils auf das AGG und MuSchG, die die Gender- und Mutterschutzrichtlinie umsetzen.

#### 1. GmbH-Geschäftsführerinnen als AN auch nach deutschem Recht?

Allerdings hat das BAG schon 1999 entschieden, dass auch das Anstellungsverhältnis einer (stellvertretenden) GmbH-Geschäftsführerin als Arbeitsverhältnis zu qualifizieren sein kann.<sup>4</sup> Wann dies der Fall ist, soll sich nicht nach dem Umfang der Vertretungsbefugnis im Innenverhältnis (§ 37 Abs. 1 GmbHG) richten, sondern nach den allgemeinen (innerstaatlichen) Kriterien zur Abgrenzung des Arbeitsvertrages vom freien Dienstvertrag und den Umständen des Einzelfalls.<sup>5</sup> Entscheidend kommt es danach also auf den Grad der persönlichen Abhängigkeit der Geschäftsführerin an. Ein Arbeitsverhältnis liegt nur

vor, wenn die Gesellschaft dem/der Geschäftsführer/in arbeitsbegleitende und verfahrensorientierte Weisungen erteilen und auf diese Weise die konkreten Modalitäten der Leistungserbringung bestimmen kann.<sup>6</sup> Davon ausgehend, dass die Tätigkeit von Frau Danosa nach deutschem Recht wohl als GmbH-Fremdgeschäftsführerin zu qualifizieren ist,<sup>7</sup> hätte sie sich bei entsprechender Bejahung der AN-Eigenschaft also als Arbeitnehmerin nach § 6 Abs. 1 Nr. 1 AGG auf das Benachteiligungsverbot der unmittelbaren Geschlechtsdiskriminierung berufen können.<sup>8</sup>

#### 2. Erweiterung des

##### persönlichen Anwendungsbereichs des AGG

Für die Geltendmachung einer Geschlechtsdiskriminierung nach dem AGG kommt es auf das Vorliegen eines Arbeitsverhältnisses aber möglicherweise nicht an. § 6 Abs. 3 AGG erklärt die Vorschriften zum Schutz der Beschäftigten im Arbeitsleben auch auf Selbstständige und Organmitglieder – insbesondere Geschäftsführer/innen und Vorstände – für anwendbar. Vom erweiterten Anwendungsbereich des § 6 Abs. 3 werden demnach alle vertretungsberechtigten Organe juristischer Personen umfasst, d.h. Geschäftsführer/innen einer GmbH bzw. Gesellschafter/innen einer OHG oder KG sowie Vorstände einer AG, Genossenschaft oder eines Vereins.<sup>9</sup> Frau Danosa hätte sich somit auch über § 6 Abs. 3 AGG auf das Benachteiligungsverbot der unmittelbaren Geschlechtsdiskriminierung nach §§ 1, 3, 7 AGG berufen können.

#### 3. Beschränkter sachlicher Anwendungsbereich des § 6 Abs. 3 AGG

Zu beachten ist allerdings der beschränkte sachliche Anwendungsbereich des § 6 Abs. 3 AGG, der nur die Bedingungen für den Zugang zur Erwerbstätigkeit und den beruflichen Aufstieg umfasst – nicht dagegen den auch im Danosa-Fall betroffenen Bereich der Kündigungen.<sup>10</sup> Dies erweist sich mit Blick auf den

1 Jetzt RL 2006/54/EG.

2 St. Rspr. vgl. EuGH Danosa – Rn. 39 m.w.N.

3 Wilsing/Meyer, DB 2011, 341 m.w.N. zur Rspr.

4 Vgl. BAG, Urt. v. 26.5.1999 – 5 AZR 664/98 – juris Rn. 17 ff.

5 BAG, Urt. v. 26.5.1999 – 5 AZR 664/98 – juris Rn. 21.

6 BAG, Urt. v. 26.5.1999 – 5 AZR 664/98 – juris Rn. 22.

7 Wilsing/Meyer, DB 2011, 341.

8 Grds. bejahend auch Schrader/Schubert, in: Däubler/Bertzbach, AGG, 2. Aufl. 2008, § 6 Rn. 31a.

9 Falke, in: Rust/Falke/Raasch, AGG 2007, § 6 Rn. 25. Ob ein Fremdgeschäftsführer, der nicht an der GmbH beteiligt ist, nach § 6 Abs. 1 AGG als AN im Sinne dieser Vorschrift angesehen werden kann, hat der BGH zuletzt ausdrücklich offengelassen BGH, Urt. v. 23.4.2012 – II ZR 163/10 – juris Rn. 17.

10 Eindeutig insoweit auch die Gesetzesbegründung BT-Drs. 16/1780, S. 34.

unionsrechtlichen AN-Begriff als problematisch. Wenn § 6 Abs. 3 AGG den „engen“ deutschen AN-Begriff zugunsten bestimmter Personengruppen erweitert und faktisch dem unionsrechtlichen AN-Begriff annähert, dann müsste auch, wer diesem unterfällt, den umfassenden Schutz der Gleichbehandlungsrichtlinien im Hinblick auf benachteiligende Arbeits- und Entlassungsbedingungen genießen.<sup>11</sup>

Unabhängig davon hat der BGH aktuell entschieden, dass der Begriff des „Zugangs zur Erwerbstätigkeit“ in § 6 Abs. 3 AGG auch den Falle erfasse, dass die Bestellung eines Geschäftsführers aufgrund einer Befristung endet und die Stelle neu besetzt werden soll.<sup>12</sup> Damit nimmt die Rechtsprechung eine in der Literatur verbreitete Ansicht auf, die bei Nichtwiederbestellung bzw. Nichtwiederverlängerung den sachlichen Anwendungsbereich des § 6 Abs. 3 AGG über den „Zugang“ eröffnet sieht<sup>13</sup> und zur Anwendung des AGG und der Benachteiligungsverbote der §§ 1, 3 AGG – auch im Falle von Frau Danosa – gelangt (wäre). In der Folge können Abfindungs-, Entschädigungs- bzw. Schadensersatzansprüche nach § 15 AGG geltend gemacht werden.

#### 4. Auswirkungen auf das MuSchG und Fazit

Anders als das AGG ist das MuSchG in seinem persönlichen Anwendungsbereich nach § 1 MuSchG auf Arbeitnehmerinnen beschränkt. Dies hat zur Folge, dass sich Frau Danosa als GmbH-Geschäftsführerin – sofern das Vorliegen einer AN-Eigenschaft zu verneinen wäre – auch nach deutschem Recht nicht auf das Kündigungsverbot des § 9 MuSchG hätte berufen können. Der beschränkte Anwendungsbereich des MuSchG wird häufig mit der besonderen Schutzbedürftigkeit von Frauen in weisungsabhängiger Arbeitsverhältnissen sachlich gerechtfertigt.<sup>14</sup> Dem ist – nicht erst seit EuGH Danosa – mit der Nähe des MuSchG zum Arbeitsschutzrecht widersprochen und eine richtlinienkonforme Auslegung des Arbeitnehmerinnenbegriffs nach § 1 MuSchG mit der RL 89/391/EWG gefordert worden.<sup>15</sup>

Das EuGH-Urteil Danosa unterstreicht die Ansicht, dass die Begrenzung des MuSchG auf den Arbeitnehmerinnenbegriff nach deutschem Verständ-

nis nicht länger haltbar ist und für § 1 MuSchG stattdessen in richtlinienkonformer Auslegung der Mutterschutzrichtlinie 92/85/EWG der unionsrechtliche Arbeitnehmerinnenbegriff zugrunde zu legen ist.<sup>16</sup> Vor diesem unionsrechtlichen Verständnis gilt das Kündigungsverbot des § 9 MuSchG auch für GmbH-Fremdgeschäftsführerinnen.<sup>17</sup> Darüber hinaus sind auch die Mutterschutzfristen von bis zu 14 Wochen für diesen Personenkreis nach den §§ 3 Abs. 2, 6 Abs. 1 MuSchG relevant.

## II. Die Verwirklichung der Gleichbehandlung bei selbständiger Erwerbstätigkeit, die Richtlinie 2010/41 EU

Neben Organmitgliedern, Geschäftsführer/innen und Gesellschafter/innen werden auch Selbständige vom deutschen Arbeitnehmerbegriff nicht erfasst. Während § 6 Abs. 3 AGG die Vorschriften zum Schutz vor Benachteiligung im Erwerbsleben auch auf diese Personengruppe für entsprechend anwendbar erklärt und in den Anwendungsbereich des AGG einbezieht, steht der fehlende bzw. unzureichende Bezug mutterschutzrechtlicher Leistungen für selbständige Frauen und mitarbeitende Ehe- oder Lebenspartnerinnen nach dem MuSchG schon länger in der Kritik.<sup>18</sup>

Mit der Richtlinie 2010/41/EU vom 7. Juli 2010 zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen, die eine selbständige Erwerbstätigkeit<sup>19</sup> ausüben, werden Fragen nach der Vereinbarkeit der deutschen Rechtslage mit den unionsrechtlichen Vorgaben drängender, denn die Frist zur Umsetzung der 2010er-Richtlinie ist zum 5. August 2012 ausgelaufen (vgl. Art. 16 der RL).

### 1. Ausgangspunkt der RL 2010/41/EG:

#### Umsetzungsdefizite der Vorgänger-RL

Die neue Richtlinie ersetzt die Vorgängerrichtlinie 86/613/EWG, da diese nicht die von Kommissionsseite erwünschte Wirksamkeit entfaltet und die Stellung Selbständiger und mitarbeitender Ehe- und Lebenspartner nicht entscheidend verbessert hat – auch mangels zufriedenstellender Umsetzung in den Mit-

11 ErfK/Schlachter, 13. Aufl. 2013, § 6 AGG Rn. 5.

12 Vgl. BGH, Urt. v. 23.7.2012 – II ZR 163/10 – juris Rn. 20: Anwendbarkeit von § 6 Abs. 3 AGG im Falle des Ablaufs von Bestellung und Anstellung infolge einer Befristung und erneute Bewerbung um das Amt des Geschäftsführers – erneuter „Zugang“ betroffen. Zur Anwendung des AGG auf GmbH-Geschäftsführer

13 Schrader/Schubert, in: Däubler/Bertzsch, AGG, 2. Aufl. 2008, § 6 Rn. 32a. Norm wird teilweise aber für nicht auslegungsfähig gehalten, so etwa Roloff, in: Beck'scher Online-Kommentar Arbeitsrecht, Rolfs/ Giesen/ Kreikebohm/ Udsching (Hrsg.), 2012, § 6 Rn. 8 AGG.

14 ErfK/Schlachter, 13. Aufl. 2013, § 1 MuSchG Rn. 3 m.w.N.

15 Ausführlich Nebe, in: Vereinbarkeit von Familie und Beruf, 2009, Kap. 5.2 – § 1 MuSchG Rn. 4.

16 Dazu EuGH Danosa – Rn. 53; zuvor schon EuGH Kiiski, Urt. v. 20.9.2007 – C-116/06 – Rn. 24: Unionsrechtlicher Arbeitnehmerinnenbegriff in RL 92/85/EWG.

17 So auch Nebe, in: Vereinbarkeit von Familie und Beruf, 2009, Kap. 5.2 – § 1 MuSchG Rn. 4; Wilsing/Meyer, DB 2011, 341; Leopold, Beck'scher Online-Kommentar Arbeitsrecht, Rolfs/ Giesen/ Kreikebohm/ Udsching (Hrsg.), 2012, § 1 MuSchG Rn. 15; Fischer, NJW 2011, 2329 (2331).

18 Vgl. etwa Nebe, in: Vereinbarkeit von Familie und Beruf, 2009, Kap. 5.2 – § 1 MuSchG Rn. 17.

19 Unter den Begriff des/der Selbständigen fallen nach Art. 2 a RL 2010/41/EU alle Personen, die eine Erwerbstätigkeit auf eigene Rechnung ausüben.

gliedstaaten.<sup>20</sup> Ursächlich dafür mochte auch sein, dass Art. 8 RL 86/613/EWG die Mitgliedstaaten lediglich dazu verpflichtete zu prüfen, ob und unter welchen Bedingungen selbständige erwerbstätige Frauen Mutterschutzleistungen im Rahmen des Sozialversicherungssystems erhalten können.<sup>21</sup> Diese Prüfung reicht nach dem modifizierten Art. 8 der RL 2010/41/EU nicht mehr aus; nach dessen Abs. 1 haben die Mitgliedstaaten die erforderlichen Maßnahmen vielmehr zu ergreifen, d.h. selbständig erwerbstätigen Frauen und mitarbeitenden Partnerinnen ist auf Antrag ein Anspruch auf bezahlten Mutterschaftsurlaub zu gewähren.<sup>22</sup>

## 2. Bedeutung der Selbständigkeit und Mitarbeit in Europa

Die Selbständigkeit ist mit einem Gesamtanteil von 16% eine wichtige Form der Erwerbstätigkeit in Europa. Allerdings sind lediglich ca. 30% der Unternehmer Frauen.<sup>23</sup> Die Richtlinie 2010/41/EU zielt daher einerseits auf die Förderung des weiblichen Unternehmertums in Europa und knüpft zugleich an die europäische Beschäftigungspolitik an, deren wesentliches Ziel die Erhöhung der Frauenbeschäftigungsquote ist.<sup>24</sup> Dafür sind Strategien zur Förderung unternehmerischer Initiativen von Frauen notwendig.<sup>25</sup> Zudem muss sichergestellt werden, dass das Unternehmertum unter Wahrung des Grundsatzes der Gleichbehandlung ausgestaltet wird (vgl. Art. 4). Die zentrale Forderung der Richtlinie ist daher die bessere soziale Absicherung selbständiger Frauen – und dabei insbesondere die Gewährung von Mutterschaftsleistungen (vgl. Art. 8).

Selbständige werden zu 11% von ihren Ehe- oder Lebenspartner/innen unterstützt, deren Tätigkeit jedoch selten über einen Arbeitsvertrag gesichert ist. Daher genießen sie in den meisten Fällen auch nicht die entsprechenden Arbeitnehmer(innen)rechte. Die Richtlinie 2010/41/EU zielt aus diesem Grund auch auf einen – vor allem mit Blick auf den Erhalt von Mutterschaftsleistungen – Mindestschutz mitarbeitender Partner/innen. Da es sich im Umkehrschluss zu den Zahlen weiblichen Unternehmertums bei dem überwiegenden Teil mitarbeitender Partner um Frauen handeln muss, die etwa in der Landwirtschaft oder der Arztpraxis mitarbeiten,<sup>26</sup> steht die Richtlinie

2010/41/EU nicht allein in einem beschäftigungspolitischen, sondern vor allem in einem gleichheitsrechtlichen Kontext. Abgedeckt werden soll so das Armutsrisiko der Mitarbeitenden im Falle des Todes, bei Krankheit oder Insolvenz des Selbständigen.<sup>27</sup>

## 3. Wichtigste Inhalte der RL 2010/41/EU

Art. 4 der Richtlinie 2010/41/EU enthält den Grundsatz der Gleichbehandlung und untersagt jede unmittelbare wie mittelbare Diskriminierung aufgrund des Geschlechts im öffentlichen oder privaten Sektor in Verbindung mit der Gründung, Einrichtung oder Erweiterung eines Unternehmens bzw. der Aufnahme oder der Ausweitung jeglicher anderen Art von selbständiger Tätigkeit. Als Diskriminierung gilt auch die (sexuelle) Belästigung und Anweisung zu einer solchen.

Zentral ist sodann Art. 8 Abs. 1 der RL zu den Mutterschaftsleistungen. Danach haben selbständige erwerbstätige Frauen sowie mitarbeitende Ehe- oder Lebenspartnerinnen das Recht auf „ausreichende“ Mutterschaftsleistungen, die eine Unterbrechung der Erwerbstätigkeit wegen Schwangerschaft/Mutterschaft für mindestens 14 Wochen ermöglichen. Eine Auslegungshilfe zur Bestimmung „ausreichender“ Mutterschaftsleistungen enthält Abs. 3: Danach gilt eine Leistung als ausreichend, die ein Einkommen in der Höhe garantiert, die auch bei Unterbrechung der Erwerbstätigkeit aus gesundheitlichen Gründen gezahlt wird (Buchst. a) oder eine Leistung, die dem durchschnittlichen Einkommens- oder Gewinnverlust gegenüber einem vergleichbaren vorherigen Zeitraum entspricht. Dabei ist die Festsetzung von Obergrenzen zulässig (Buchst. b). Schließen können nach Art. 8 Abs. 3 c der RL auch andere familienbezogene Leistung in Betracht gezogen werden, um zu ermitteln, ob eine Mutterschaftsleistung als ausreichend angesehen werden kann; auch hier ist das Setzen von Obergrenzen zulässig. Art. 8 Abs. 4 RL sieht darüber hinaus auch die Bereitstellung einer zeitlich befristeten Vertretung vor.

Art. 7 der Richtlinie 2010/41/EU ist überschrieben mit Sozialer Schutz: Besteht danach in einem Mitgliedstaat ein Sozialschutzsystem, das Selbständige umfasst, dann haben die Mitgliedstaaten die erforderlichen Maßnahmen zu ergreifen, um sicherzustellen

20 KOM (2010) 491 endg., S. 5; KOM (2008) 636 endg., S. 2; auch 1. EWG der RL 2010/41/EG.

21 Zur bisherigen Wirkungslosigkeit der Prüfpflichten im deutschen Recht Nebe, in: Vereinbarkeit von Familie und Beruf, 2009, Kap. 5.2 - § 1 MuSchG Rn. 17.

22 Ausdrücklich KOM (2008) 636 endg., S. 11.

23 Zu den Zahlen vgl. Presseerklärung IP/10/1029 v. 4. Aug. 2010; 33 % sind in der aktuellen „Strategie für die Gleichstellung von Frauen und Männern 2010-2015“ genannt – KOM (2010) 491 endg., S. 5.

24 Lissabon-Strategie sowie Europa 2020; vgl. auch KOM (2010) 491 endg., S. 4 ff.

25 Um dieses Ziel zu erreichen, ist nach Art. 5 RL 2010/41/EU das Ergreifen „Positiver Maßnahmen“ daher auch ausdrücklich zulässig (Art. 157 Abs. 4 AEUV). Die Kommission verweist in ihrem Richtlinienentwurf KOM (2008) 636 endg., S. 10 auf die Schwierigkeit von Frauen, Startkapital zu beschaffen sowie auf die fehlende Unterstützung bei der Realisierung von Geschäftsideen – diese Schwierigkeiten können durch gesetzliche „Positive Maßnahmen“ gezielt beseitigt bzw. ausgeglichen werden.

26 So die Beispiele in der Presseerklärung IP/10/1029 v. 4. Aug. 2010.

27 Vgl. KOM (2008) 636 endg., S. 3; Presseerklärung IP/10/1029 v. 4. Aug. 2010.

len, dass die mitarbeitende Ehe- oder Lebenspartnerin das gleiche Maß an sozialen Schutz – bspw. bei der Altersvorsorge – erhält. Mit Art. 7 wird ausweislich der Kommission die Aufnahme Selbständiger in ein bestimmtes System der sozialen Sicherheit nicht vorgeschrieben; geregelt wird vielmehr, dass die mitarbeitende Partnerin die Möglichkeit haben muss, auf Wunsch den gleichen Sozialversicherungsschutz wie den ihres erwerbstätigen Partners zu beantragen. Die Entscheidung über den (Nicht-)Beitritt zur Sozialversicherung liegt dabei bei der mitarbeitenden Ehepartnerin.<sup>28</sup>

Schließlich sieht die Richtlinie 2010/41/EU in Art. 13 vor, dass die Mitgliedstaaten alle getroffenen Regelungen und Maßnahmen den Betroffenen bekannt zu machen haben. Nach Art. 9 muss Rechtsschutz gewährleistet und die Möglichkeit der Verbandsklage oder einer Prozessstandschaft durch Verbände ermöglicht werden. Vorzusehen sind darüber hinaus wirksame, abschreckende Schadensersatz- bzw. Entschädigungsregelungen, wenn es zu Diskriminierungen aufgrund des Geschlechts im Zusammenhang mit dem Anwendungsbereich dieser Richtlinie kommt, vgl. Art. 10.

#### 4. Anpassungsbedarf des deutschen Rechts?

Zu klären ist, inwiefern Anpassungsbedarf des deutschen Mutterschutzrechts im Hinblick auf die Vorgaben der sog. Selbständigen-Richtlinie besteht. Zwar werden bislang selbständige Frauen vom Anwendungsbereich des § 1 MuSchG nicht erfasst, da dies ein Arbeitsverhältnis voraussetzt, das sie nicht aufweisen. Fraglich ist, ob ihnen dennoch ausreichende Mutterschaftsleistungen für die Zeiten der Schutzfristen von mindestens 14 Wochen i.S.d. §§ 3, 6, 13, 14 MuSchG gesetzlich zustehen, die ihnen eine Unterbrechung der Erwerbstätigkeit bei Schwangerschaft oder Mutterschaft i.S.d. Art. 8 Abs. 1 der RL erlaubt. Zur Beantwortung dieser Frage ist danach zu unterscheiden, ob die Selbständige gesetzlich oder privat krankenversichert ist.

##### a) bei Versicherung Selbständiger in der GKV

Selbständige Frauen, die in der Gesetzlichen Krankenversicherung (GKV) freiwillig versichert sind, erhalten grundsätzlich Mutterschaftsgeld, denn nach § 24 i Abs. 1 SGB V<sup>29</sup> kommt es auf die AN-Eigenschaft nicht an; lediglich die Höhe variiert für Selbständige im Vergleich zu Arbeitnehmerinnen. Das Mutterschaftsgeld für Selbständige wird in Höhe des Krankengeldes (§ 24 i Abs. 2 S. 7 SGB V), d.h. nach

§ 47 Abs. 1 S. 1 SGB V in Höhe von 70% des zuvor erzielten regelmäßigen Einkommens gezahlt.

Im Ergebnis ist der Richtlinie bei einer Versicherung selbständiger Frauen in der GKV damit entsprochen, denn nach Art. 8 Abs. 3 a) der Richtlinie gelten Leistungen als ausreichend, wenn sie ihnen ein Einkommen garantieren, das bei Unterbrechung der Erwerbstätigkeit aus gesundheitlichen Gründen gezahlt würde. Dies ist hier der Fall.

Allerdings können Krankenkassen den Bezug von Krankengeld für freiwillig Versicherte von der Abgabe einer Wahlerklärung nach § 44 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 SGB V abhängig machen. Diese Wahltarife der GKV zum Krankengeld umfassen dann häufig auch Leistungen bei schwangerschaftsbedingter Arbeitsunfähigkeit. Entscheidet sich die Selbständige für eine freiwillige Versicherung in der GKV ohne Krankengeldanspruch, steht ihr dementsprechend kein Mutterschaftsgeld zu. Ob dieses Ergebnis als richtlinienkonform angesehen werden kann, hängt von der Auslegung des Art. 8 Abs. 2 der Richtlinie ab. Danach können die Mitgliedstaaten darüber entscheiden, ob Mutterschaftsleistungen auf obligatorischer oder freiwilliger Basis gewährt werden. Dazu gleich ausführlich unter c) bei der PKV.

##### b) wenn keine Mitgliedschaft in der GKV bzw.

##### Versicherung in PKV

Besteht keine Versicherung in der GKV, kommt ein Anspruch auf Mutterschaftsgeld aus § 13 Abs. 2 MuSchG in Höhe von 210 Euro in Betracht. Zuständig für die Leistung ist dann das Bundesversicherungsamt und nicht die Krankenkasse. Allerdings setzt auch der Anspruch aus § 13 Abs. 2 MuSchG das

28 KOM (2008) 636 endg., S. 10.

29 Geändert durch Pflege-Neuausrichtungs-Gesetz (PNG) v. 23.10.2012, zuvor geregelt in § 200 Abs. 1 RVO; § 24 i Abs. 1 SGB V lautet: „Weibliche Mitglieder, die bei Arbeitsunfähigkeit

Anspruch auf Krankengeld haben oder denen wegen der Schutzfristen nach § 3 Abs. 2 und § 6 Abs. 1 des MuSchG kein Arbeitsentgelt gezahlt wird, erhalten Mutterschaftsgeld.“

Bestehen eines Arbeitsverhältnisses voraus, das Selbstständige nicht aufweisen, so dass § 13 Abs. 2 MuSchG als Anspruchsgrundlage ausscheidet.

Die Zahlung von einer dem Mutterschaftsgeld vergleichbaren Leistung und damit die Möglichkeit, einen Mindesturlaub von 14 Wochen zu nehmen, kann für Selbstständige aber durch eine entsprechende Private Krankenversicherung (PKV) in Betracht kommen. In den meisten Tarifen der Privatversicherer werden Leistungen entsprechend den §§ 13, 14 MuSchG jedoch ausgeschlossen; teilweise wird eine Zahlung zwar von einer (zusätzlichen) Krankentagegeldversicherung abgedeckt. Hiermit verbunden sind jedoch höhere Beitragszahlungen.<sup>30</sup>

Problematisch ist somit, dass im Falle einer PKV Mutterschutzleistungen regelmäßig nicht von vornherein umfasst sind und daher gerade keine „Sicherstellung“ ihres Erhalts durch die Mitgliedstaaten i.S.d. Art. 8 Abs. 1 gewährleistet wird. Um den Erhalt „sicherzustellen“, ist daher zu überlegen, Mutterschaftsgeld für selbstständige Frauen, die sich privat versichern, von vornherein und in ausreichender Höhe (i.S.d. Art. 8 Abs. 3) in den Leistungskatalog aufzunehmen. Am Ende dieser Überlegungen stehen verpflichtende, auch im Basistarif enthaltene Mutterschaftsleistungen in der PKV.

Dagegen ließe sich anführen, dass der Wechsel in die PKV eine freie Entscheidung der einzelnen Selbstständigen darstellt. Demnach wäre der RL 2010/41/EU entsprochen durch die grundsätzlich bestehende Möglichkeit, sich auch als Selbstständige in der GKV zu versichern (und in der Folge Mutterschaftsgeld zu erhalten). Gestützt werden könnte dieses Argument durch Art. 8 Abs. 2 der RL, wonach den Mitgliedstaaten die Entscheidung obliegt, Mutterschaftsleistungen auf obligatorischer oder freiwilliger Basis zu gewähren. Mit Blick auf das Transparenzgebot des Art. 13 wäre dann allenfalls eine ausdrückliche Verpflichtung zur Information selbstständiger Frauen durch die PKV über die mit ihrem Tarif gewährten Leistungen zu bejahen. Eine entsprechend verpflichtende Mutterschaftsleistung in der PKV folgte daraus jedoch nicht.

Diese Überlegung greift jedoch zu kurz, bedenkt man, dass der Eintritt in die PKV weitreichende Fol-

gen hat und in aller Regel endgültig ist. Ein Wechsel zurück in die GKV (freiwillige Mitgliedschaft) ist nur unter engen Voraussetzungen möglich (vgl. §§ 5 Abs. 5, 9 Abs. 1 SGB V<sup>31</sup>) und auch mit Blick auf den Erhalt von Mutterschaftsleistungen zumeist ausgeschlossen. Dies ist umso bedeutender, als der Bedarf an Mutterschaftsleistungen bei Eintritt in die PKV noch nicht umfassend absehbar ist. Daher ist eine echte Wahlfreiheit für selbstständige Frauen zwischen gesetzlicher und privater Krankenversicherung nach deutscher Rechtslage zu verneinen.

#### c) Zwischenfazit

Im Ergebnis ist ein ausreichendes Schutzniveau für Selbstständige daher nur dann gesichert, wenn auch in der PKV Leistungen bei Schwangerschaft/Mutterschaft von vornherein vorgesehen und vom Leistungskatalog umfasst sind. Nur so kann dem erklärten Ziel der Richtlinien 2010/41/EU<sup>32</sup> und 92/85/EWG entsprochen werden: selbstständigen Frauen den wirtschaftlich-finanziellen Druck zu nehmen, den Mutterschaftsurlaub evtl. gar nicht zu nehmen oder schon sehr früh zu beenden. Daher entspricht das deutsche Recht, das privat krankenversicherte selbstständige Frauen überwiegend von Mutterschaftsleistungen ausschließt, nicht der RL 2010/41/EU.<sup>33</sup>

#### d) Mutterschaftsleistungen für mitarbeitende Ehe- oder Lebenspartnerin?

Art. 8 Abs. 1 der RL fordert Mutterschaftsleistungen, die eine mindestens 14 wöchige Unterbrechung erlauben, auch für Ehe- und Lebenspartnerinnen Selbstständiger. Fraglich ist, ob dies nach deutschem Recht gewährleistet ist.

Die Sozialversicherungspflicht und damit auch die gesetzliche Krankenversicherungspflicht richtet sich nach dem Status der mitarbeitenden Ehefrau/Lebenspartnerin; als abhängig Beschäftigte und Mitglied einer GKV hat diese einen Anspruch auf Mutterschaftsgeld nach § 13 Abs. 1 MuSchG. Allerdings zeigen sich in der Praxis Schwierigkeiten bei der Abgrenzung von der sog. familienhaften Mitarbeit zur Mitunternehmerschaft. Es stellt sich dann die Frage, ob eine abhängige Beschäftigung der mitarbeitenden Ehefrau/Lebenspartnerin bejaht werden

30 Vgl. auch Ergebnisse zum Umfang der Versicherungsleistungen für selbstständige Frauen: Lühr, Wenn Selbstständige Kinder kriegen, Ver.di-Infobroschüre, 2012, S. 6.

31 Für Selbstständige kommen nach § 9 Abs. 1 S. 1 SGB V zwei Wechselstatbestände in Betracht: Nach Nr. 1 können der freiwilligen Versicherung Person beitreten, die als Mitglied aus der GKV ausgeschieden sind und in den letzten 5 Jahren seit dem Ausscheiden min. 24 Mon. oder unmittelbar vor dem Ausscheiden ununterbrochen min. 12 Mon. versichert waren. Nach Nr. 3 kommt ein Wechsel in die GKV für Personen in Betracht, die erstmals eine Beschäftigung im Inland aufnehmen und nach § 6 Abs. 1 Nr.

1, Abs. 6 SGB V versicherungsfrei sind, also ein hohes Einkommen erzielen.

32 Erwägungsgrund 18 der RL 2010/41/EU spricht von körperlicher und wirtschaftlicher Verletzlichkeit.

33 Zweifelnd im Hinblick auf die Vereinbarkeit mit Art. 6 Abs. 4 GG auch Nebe, in: Vereinbarkeit von Familie und Beruf, 2009, Kap. 5.2 - § 1 MuSchG Rn. 17. Im Ergebnis Einbeziehung Selbstständiger in den Anwendungsbereich des MuSchG aufgrund der RL 2010/41/EU fördernd auch Leopold, Beck'scher OK-Arbeitsrecht, Rols/Giesen/ Kreikebohm/ Udsching (Hrsg.), 2012, § 1 MuSchG Rn. 14.

kann oder ob eine nicht versicherungspflichtige familienhafte Mitarbeit vorliegt.<sup>34</sup>

Um in den Fällen mitarbeitender Ehe- und Lebenspartnerinnen schon im Voraus Klarheit über ihre Sozialversicherungspflicht zu erlangen, hat der Gesetzgeber zum 1.1.2005 in § 7 a SGB IV ein Anfrageverfahren etabliert, das der Statusfeststellung von bei Selbständigen beschäftigten Angehörigen dient.<sup>35</sup> Seitdem müsste also vor Schwangerschaft und der Inanspruchnahme von Mutterschaftsleistungen durch die Klärung des Beschäftigtenstatus Sicherheit darüber bestehen, ob nach § 13 Abs. 1 MuSchG Mutterschaftsleistungen von der GKV in Anspruch genommen werden können.

Wenn eine familienhafte Mitarbeit oder Mitunternehmerinnenschaft vorliegt und die Arbeitnehmerinnenschaft zu verneinen ist, besteht keine Sozialversicherungspflicht in der GKV. Hier stellt sich dann das vergleichbare Problem wie bei den privat krankenversicherten selbständigen Frauen. Es besteht nach den §§ 13, 14 MuSchG kein Anspruch auf Mutterschaftsleistungen in der PKV. Auch mit Blick auf mitarbeitende Ehe- und Lebenspartnerinnen besteht somit Anpassungsbedarf der deutschen Rechtslage.

### III. Unisextarife in der PKV als Ausgangspunkt der Umsetzung der RL 2010/41/EU?

Im März 2011 hat der EuGH<sup>36</sup> Art. 5 Abs. 2 der RL 2004/113/EG für mit Unionsrecht unvereinbar erklärt. Art. 5 dieser Richtlinie regelt die Berechnung von Prämien und Leistungen im Bereich des Versicherungswesens; der Faktor Geschlecht darf nach Abs. 1 bei der Berechnung von Prämien und Leistungen grundsätzlich nicht berücksichtigt werden. Davon machte Abs. 2 jedoch eine Ausnahme: Proportionale Unterschiede bei Prämien und Leistungen sind danach dann zulässig, wenn die Berücksichtigung des Geschlechts versicherungsmathematisch ein bestimmender Faktor ist. Seit 21.12.2012 ist diese Ausnahme unwirksam. Dies führt auch zur Unionsrechtswidrigkeit von § 20 Abs. 2 S. 1 AGG und macht u.a. die Einführung sog. Unisextarife in der PKV notwendig.

Dieser mit dem EuGH-Urteil notwendig gewordene Anpassungsbedarf bietet der deutschen Versicherungswirtschaft die Möglichkeit, auch Art. 8 Abs.

1 der RL 2010/41/EU entsprechend umzusetzen und Mutterschaftsleistungen selbständiger Frauen und mitbeschäftigter Ehe- und Lebenspartnerinnen in den Leistungskatalog der PKV aufzunehmen. Zu beachten ist, dass § 20 Abs. 2 S. 2 AGG schon jetzt vorsieht, dass Kosten im Zusammenhang mit Schwangerschaft und Mutterschaft auf keinen Fall zu unterschiedlichen Prämien oder Leistungen führen dürfen.<sup>37</sup>

Dies eröffnet der Branche die Möglichkeit, ein Umlageverfahren zu installieren, das Mutterschaftsleistungen in den Basistarif der PKV integriert und das finanziell über die geschlechtsneutralen Tarife in gleicher Höhe für Frauen und Männer getragen wird. Zu erwähnen bleibt, dass von den Unisextarifen nicht allein Frauen profitieren, die vor deren Einführung jahrelang im Hinblick auf potentielle Mutterschaft höhere Krankenversicherungsbeiträge zu zahlen hatten. In anderen Versicherungszweigen, etwa bei Risiko- und Kapitallebensversicherungen oder auch im Kfz-Versicherungszweig zahlen Frauen seit Einführung der Unisex-Tarife regelmäßig höhere Versicherungsbeiträge als zuvor, so dass die Mutterschutzleistungen auch durch diese erhöhten Beiträge gegenfinanziert werden können.<sup>38</sup>

Verankert werden könnte die Pflicht zur Aufnahme von Mutterschaftsleistungen für Selbständige und mitarbeitende Partnerinnen etwa in einem S. 2 zu

34 Exemplarisch BSG, Urt. v. 17.12.2002 - B 7 AL 34/02 R – zum Anspruch auf ALG: Die Klägerin war knapp 8 Jahre als Köchin/Bedienung gegen einen monatlichen Bruttoverdienst i.H.v. 800 DM bei 40 Std./Woche in der Gaststätte ihres Ehemannes tätig. Sie meldete sich arbeitslos und beantragte die Gewährung von Arbeitslosengeld. Die BA lehnte dies ab, weil die Klägerin in der Rahmenzeit nicht in einem Versicherungspflichtverhältnis gestanden habe; sie habe erheblichen Einfluss auf den Betrieb ge-

habt, weil das Betriebsgrundstück beiden Ehegatten gehöre und somit Gesamtgut der Gütergemeinschaft sei.

35 BGBl. 2003 I, Nr. 66, S. 2975.

36 EuGH, Urt. v. 1.3.2011 – C-236/09 = STREIT 2011, 134 f.

37 Die Norm setzt Art. 5 Abs. 3 der RL 2004/113/EG wörtlich um.

38 Ausführlich zu den unterschiedlichen Auswirkungen der EuGH-Rspr. auf die Beitragshöhe einzelner Versicherungen auf Frauen und Männer Temming, jurisPR-ArbR 14/2011 Anm. 5.

§ 192 Abs. 1 VVG. Bislang beschränkt sich das Gesetz darauf, als vertragstypische Leistungen des Versicherers bei der Krankenversicherung verpflichtend nur die Krankenbehandlung, Leistungen bei Schwangerschaft und Entbindung und ambulante Vorsorgeuntersuchungen zu gewähren. Ergänzend dazu sollten Mutterschaftsleistungen für in der PKV versicherte Frauen in den verpflichtenden Leistungskatalog des § 192 VVG aufgenommen werden.

#### IV. Bereitstellung einer zeitlich befristeten Vertretungskraft

Für Selbständige ist es in aller Regel schwierig, eine Zeit lang „auszusteigen“. Mit einer bloßen „Entgeltfortzahlung“ für die Dauer der Mutterschutzfristen ist es zumeist nicht getan; vielmehr muss die Frau auch Vorsorge treffen, dass ihr Unternehmen während dieser Zeit nicht wegbreicht, beispielsweise indem sie für die Zeit ihrer Abwesenheit für eine Vertretung sorgt. Nach Art. 8 Abs. 4 S. 1 der RL 2010/41/EU haben die Mitgliedstaaten die erforderlichen Maßnahmen zu treffen, damit selbständige Frauen und Lebenspartnerinnen Zugang zu bestehenden Diensten für zeitlich befristete Vertretungen erhalten. Dies kann nach S. 2 auch alternativ zu den finanziellen Leistungen nach Abs. 1 gewährt werden, so dass die Richtlinie eine Wahlmöglichkeit für zulässig erachtet: Entweder es wird eine finanzielle Absicherung durch eine Geldleistung zum Mutterschaftsurlaub von mindestens 14 Wochen gewährleistet oder die Einkünfte aus der Selbständigkeit werden durch eine befristet beschäftigte Vertretungskraft erwirtschaftet, die die Selbständige während des Mutterschaftsurlaubs vertritt.<sup>39</sup>

In Deutschland existiert kein institutionalisierter „sozialer Dienst“ zur Bereitstellung einer zeitlich befristeten Vertretung, so dass sich die Frage stellt, ob Art. 8 Abs. 4 der RL bislang eine echte Alternative zu finanziellen Leistungen darstellt. Sucht sich eine selbständige Frau auf eigene Initiative eine Vertretungskraft, muss sie diese einerseits entlohnen, erhält aber möglicherweise keine die Schwangerschaft/Mutterschaft absichernden Leistungen, wenn mit Hinweis auf die Richtlinie Mutterschaftsleistungen bei Beschäftigung einer Vertretung – zumindest teilweise – zulässigerweise ausgeschlossen werden können. Neben der Unsicherheit über den unternehmerischen Erfolg der Vertretung tritt dann die fehlende finanzielle Absicherung.

Dieses Ergebnis widerspricht dem Schutzzweck der Richtlinie. Zu überlegen ist daher, die Vertretungskraft von staatlicher Seite zu bezuschussen – bspw. vergleichbar den Arbeitgeberzuschüssen nach

den §§ 88 ff. SGB III, wonach Arbeitgeber einen Eingliederungszuschuss bis zu 50% des zu berücksichtigenden Arbeitsentgeltes für Arbeitnehmer/innen erhalten können, deren Vermittlung in den ersten Arbeitsmarkt aus persönlichen Gründen erschwert ist. Mit einer solchen Bezuschussung wäre es selbständigen Frauen auch faktisch erlaubt, die Arbeit für wenigstens 14 Wochen ruhen zu lassen.

#### V. Fazit

Durch den Bezug des MuSchG auf den (deutschen) Arbeitnehmerbegriff kann die unionsrechtlich durch die Richtlinie 2010/41/EU geforderte Gleichbehandlung Selbständiger sowie mitarbeitender Ehe- und Lebenspartnerinnen nicht gewährleistet werden. Mit Ablauf der Umsetzungsfrist zum 5. August 2012 besteht für diese beiden Gruppen Anpassungsbedarf im deutschen Recht bezüglich der Nichtgewährung von Mutterschaftsleistungen bei Versicherung in der PKV. Hier sollte beispielsweise der Leistungskatalog der PKV in § 192 Abs. 1 VVG um Mutterschaftsleistungen ergänzt werden. Darüber hinaus ist über ein staatliches Bezuschussungsmodell für befristete Vertretungskräfte nachzudenken, das sich zu einer (teilweisen) Alternative zu rein einkommensersetzenden Mutterschaftsleistungen für Selbständige entwickeln könnte.

Schließlich macht das EuGH-Urteil Danosa deutlich, dass dem MuSchG in richtlinienkonformer Auslegung der RL 92/85/EWG der unionsrechtliche AN-Begriff zugrunde zu legen ist, so dass auch Geschäftsführer/innen einer GmbH von Mutterschaftsleistungen und dem Kündigungsverbot bei Schwangerschaft umfasst sein müssen.

#### *Hinweis der Redaktion:*

Zu hier interessierenden Fragen der Mutterschutzleistungen weisen wir auf eine Auswahl der in dieser Zeitschrift bereits veröffentlichten Beiträge und Entscheidungen hin:

Christine Fuchsloch, Mutterschutz- und Erziehungszeiten in der berufsständischen Anwaltsversorgung – Stellungnahme des Deutschen Juristinnenbundes, STREIT 2004, 18 ff; Zuschuss zum Mutterschaftsgeld und unbezahlter Sonderurlaub, BAG Ur. v. 25.2.2004, STREIT 2004, 129; Gleiches Entgelt während des Mutterschaftsurlaubs, EuGH Ur. v. 30.3.2004 (Alabaster), STREIT 2004, 125; Zur Möglichkeit der Beitragsfreiheit im Versorgungswerk (Ba-Wü) für Rechtsanwältinnen während der Zeiten des Mutterschutzes und des Erziehungsurlaubs, Beschluss des BVerfG v. 26.8.1997, STREIT 98, 83; Malin Bode, Mutterschaftsgeld für selbständige Rechtsanwältinnen, STREIT 1984, 92.