

INTERNATIONALES UND EUROPÄISCHES ARBEITS- UND SOZIALRECHT

Europäischer Mutterschutz – Vollendet oder überspitzt?  
Anmerkungen zu den jüngsten Urteilen des EuGH<sup>1</sup>

Dr. Andreas Hänlein<sup>\*\*</sup>

1. Der Schutz von Schwangeren und Wöchnerinnen ist ein Anliegen des Rechts von hohem Rang. Dem Anliegen wird mit unterschiedlichen Instrumenten Rechnung getragen, vornehmlich mit Pflichten über die Gestaltung der Arbeitsplätze, mit Beschäftigungsverboten sowie mit der Gewährung von Urlaubsansprüchen. Gerade solche Vorkehrungen tragen aber dazu bei, dass der Bestand des Arbeitsverhältnisses einer werdenden oder gewordenen Mutter gefährdet ist. Im Arbeitgeberinteresse liegt die Beschäftigung von Arbeitskräften nicht, die nicht vertragsgemäß eingesetzt werden können und denen gleichwohl vielfach Zahlungsansprüche zustehen. Erst recht erscheint die Vermeidung von Arbeitsverträgen mit Schwangeren aus Arbeitgebersicht als erstrebenswert.

2. Schwangeren- und Mutterschutz erstreckt sich deshalb regelmäßig auch auf den Schutz des Arbeitsverhältnisses der betroffenen Frau. Auch im Recht der Europäischen Gemeinschaft verhält es sich so. Es sind zwei Rechtsquellen, auf denen der gemeinschaftsrechtliche Schwangeren- und Mutterschutz beruht.

3. Der älteren dieser Rechtsquellen, der „Gleichbehandlungsrichtlinie“ 76/207 EWG,<sup>1</sup> sieht man diese Schutzrichtung nicht sogleich an: die Richtlinie, gestützt auf Art. 235 EGV (Art. 308 EG n.F.), zielt auf die 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. Der EuGH hat diese Richtlinie zum Instrument auch des Schwangeren- und Mutterschutzes ausgebaut.

4. Jüngeren Datums ist die spezifischere Richtlinie 92/85/EWG, die „Mutterschutzrichtlinie“.<sup>2</sup> Diese Richtlinie stützt sich auf Art. 118a EGV a.F. (Art. 138 EG n.F.) und zielt auf Gesundheitsschutz am Arbeitsplatz. Der Richtlinie gilt auch die Gefahr der Entlassung als Gesundheitsgefahr für Schwangere und Wöchnerinnen.<sup>3</sup> Deshalb verpflichtet sie die

Mitgliedstaaten, die Kündigung solcher Arbeitnehmerinnen zu verbieten (Art. 10).

5. Der EuGH hat am 4. 10. 2001 in den Rechtssachen *Melgar* und *Tele Danmark* erstmals Urteile erlassen, mit denen Fragen zum Verbot der Kündigung wegen Schwangerschaft nach Art. 10 RL 92/85/EWG zu beantworten waren.

6. Vor einer Erläuterung dieser beiden Urteile soll hier zunächst die vorangegangene Rechtsprechung des EuGH skizziert werden, die vergleichbare Fragen im Zusammenhang mit der Gleichbehandlungsrichtlinie 76/207/EWG betrifft und von den Urteilen vom 4. 10. ergänzt und abgerundet wird.

a) Wird einer Frau wegen ihrer Schwangerschaft die Einstellung verweigert oder wird sie aus diesem Grunde entlassen, ist das eine Diskriminierung wegen des Geschlechts. Diese These ist keineswegs selbstverständlich. Die deutsche Rechtsprechung hatte das in den 80er Jahren anders gesehen. Nach Auffassung des Bundesarbeitsgerichts lag eine aus europarechtlicher Sicht mißbilligenswerte Diskriminierung durch die Verweigerung einer Einstellung wegen Schwangerschaft nur vor, wenn auch männliche Aspiranten im Spiel waren.<sup>4</sup> In zwei knapp begründeten Entscheidungen aus dem Jahr 1990 hat der EuGH diese „gespaltene Lösung“ verworfen. In der Rechtssache *Dekker*,<sup>5</sup> einem Fall aus den Niederlanden, hat der Gerichtshof bemerkt, „dass die Verweigerung einer Einstellung wegen Schwangerschaft nur Frauen gegenüber in Betracht kommt, und daher eine unmittelbare Diskriminierung wegen des Geschlechts darstellt“.<sup>6</sup> Werde wegen Schwangerschaft eine Einstellung verweigert, so stehe diese Entscheidung in unmittelbarem Zusammenhang mit dem Geschlecht der Bewerberin, so dass es nicht von Bedeutung sei, dass sich nicht auch ein Mann beworben habe.<sup>7</sup> Ein Verstoss gegen den Grundsatz der Gleichbehandlung i.S. der Art. 2 Abs. 1, 3 Abs. 1 der RL 76/207/EWG war also nach Auffassung des Gerichtshofs gegeben. Dementsprechend ist nach dem Urteil in der - dänischen - Rechtssache „Hertz“ auch die Entlassung einer Arbeitnehmerin aufgrund ihrer Schwangerschaft eine unmittelbare Diskriminierung aufgrund des Geschlechts und verletzt stets Art. 5 der RL 76/207/EWG.<sup>8</sup>

<sup>1</sup> EuGH 4. 10. 2001 – C-109/00 – *Tele Danmark*, in diesem Heft S. 548 und EuGH 4. 10. 2001 – C-438/99 – *Melgar*, in diesem Heft S. 551.

<sup>\*\*</sup> Privatdozent, Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Sozialrecht, München (D).

<sup>1</sup> Richtlinie 76/207/EWG zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen hinsichtlich des Zugangs zur Beschäftigung, zur Berufsbildung und zum beruflichen Aufstieg sowie in Bezug auf die Arbeitsbedingungen vom 9. 2. 1976, ABl. EG Nr. L 39/40.

<sup>2</sup> Richtlinie 92/85/EWG des Rates über die Durchführung von Maßnahmen zur Verbesserung der Sicherheit und des Gesundheitsschutzes von schwangeren Arbeitnehmerinnen, Wöchnerinnen und stillenden Arbeitnehmerinnen am Arbeitsplatz (10. Einzelrichtlinie i.S. d. Art. 16 Abs. 1 der Richtlinie 89/391/EWG) vom 19. 10. 1992 ABl. EG Nr. L 348/1.

<sup>3</sup> Erwägungsgrund 14 lautet: „Die Gefahr, aus Gründen entlassen zu werden, die mit ihrem Zustand in Verbindung stehen, kann sich schäd-

lich auf die physische und psychische Verfassung von schwangeren Arbeitnehmerinnen, Wöchnerinnen oder stillenden Arbeitnehmerinnen auswirken; daher ist es erforderlich, ihre Kündigung zu verbieten.“

<sup>4</sup> BAG (D) 20. 2. 1986, BAGE 51, S. 167 (174 f.) = AP Nr. 31 zu § 123 BGB.

<sup>5</sup> EuGH 8. 11. 1990 – C-177/88 – *Dekker*, Slg. 1990, I-3941.

<sup>6</sup> EuGH (oben Fn. 5), Rn. 13.

<sup>7</sup> EuGH (oben Fn. 5), Rn. 17.

<sup>8</sup> EuGH 8. 11. 1990 – C-179/88 – „Hertz“, Slg. 1990, I-3979 (3998, Rn. 13 mit Bezugnahme auf das Urteil in der Rechtssache *Dekker*).

An diesem materiellen Gleichheitsdenken hat der Gerichtshof seitdem festgehalten, ohne sich von der Kritik aus Deutschland<sup>9</sup> davon abbringen zu lassen.<sup>10</sup> Das BAG hat sich in der Folge dem EuGH angeschlossen und hält nun die Frage nach der Schwangerschaft im Einstellungsgespräch unabhängig vom Geschlecht der Mitbewerber grundsätzlich für unzulässig.<sup>11</sup>

b) Im Fall *Dekker* war es zum Abschluss eines Arbeitsvertrages mit der schwangeren Bewerberin nicht gekommen. Vier Jahre später hatte der EuGH einen Fall zu beurteilen, in dem ein Arbeitsvertrag mit einer Frau geschlossen worden war, deren Schwangerschaft erst wenige Tage zuvor begonnen hatte. Nach dem Arbeitsvertrag hatte die Frau als Nachtwache in einem Altenheim eingesetzt werden sollen. Dies erwies sich wegen der Schwangerschaft als unmöglich, da Nachtarbeit Schwangerer gesetzlich verboten ist (§ 8 Abs. 1 Mutterschutzgesetz<sup>12</sup>). Die Arbeitgeberin wollte deshalb den Arbeitsvertrag wegen Verstosses gegen ein gesetzliches Verbot als von Anfang an nichtig behandeln. Dieses Verhalten, die Erhebung des Einwandes „Nichtigkeit des Vertrages ex tunc“, konnte nach Auffassung des vorlegenden Arbeitsgerichts Regensburg auch als Anfechtung aufgrund eines Irrtums über die wesentlichen Eigenschaften der Arbeitnehmerin bei Vertragsschluss gedeutet werden. Der EuGH entschied für beide Deutungsvarianten, dass die Arbeitgeberin die Schwangere wegen der Schwangerschaft diskriminiert habe,<sup>13</sup> auch wenn sie sich nicht wegen der Schwangerschaft als solcher, sondern wegen des aus dieser resultierenden Beschäftigungsverbot von der Schwangeren trennen wollte.<sup>14</sup> Er betonte dabei, dass es sich um ein unbefristetes Arbeitsverhältnis handelte, so dass die Arbeitnehmerin nur zeitweilig die vereinbarte Tätigkeit nicht ausüben können.<sup>15</sup>

Generalanwalt Tesauro hatte vorgeschlagen, die Berufung auf die Nichtigkeit des Vertrages wegen Gesetzesverstosses als Verweigerung des Zugangs zum Arbeitsverhältnis zu behandeln, also Art. 3 der Richtlinie 76/207/EWG zuzuordnen. Die Anfechtung des Vertrages wollte er unter Art. 5 Abs. 1 der Richtlinie unter dem Gesichtspunkt der Entlassung subsumieren.<sup>16</sup> Der EuGH legte sich in dieser dogmatischen Frage nicht fest und zitierte schlicht beide Vorschriften.<sup>17</sup>

c) In einer weiteren Entscheidung aus dem Jahre 1994<sup>18</sup> betreffend die Rechtssache *Webb* ging es um eine unbefristet eingestellte britische Arbeitnehmerin. Sie hatte zunächst eine Schwangere vertreten sollen. Nach ihrer Einstellung erwies sie sich ihrerseits als schwanger, worauf der Arbeitgeber sie entließ. In diesem Fall sah der Gerichtshof ausdrücklich eine Entlassung unter Verstoss gegen Art. 5 der RL 76/207/EWG als gegeben an. Als „Kontext“ verwies der Gerichtshof bereits auf Art. 10 der Mutterschutzrichtlinie 92/85/EWG, deren Umsetzungsfrist damals noch nicht abgelaufen war.<sup>19</sup>

Ähnlich gelagert war die Entscheidung in der Rechtssache *Brown* aus dem Jahre 1998.<sup>20</sup> In dieser Entscheidung beanstandete der Gerichtshof im Hinblick auf Art. 5 der RL 76/207/EWG erneut die Entlassung einer unbefristet beschäftigten Britin, die schwangerschaftsbedingt arbeitsunfähig war. Erneut wies er als „Kontext“ auf die Mutterschutzrichtlinie hin.<sup>21</sup>

7. Am 4. 10. 2001 sind nun erstmals Entscheidungen zu Vorlagefragen ergangen, in denen unmittelbar nach der Auslegung des Kündigungsverbot der Mutterschutzrichtlinie 92/85/EWG gefragt war. Die Rechtssache *Melgar* war dem Gerichtshof von einem spanischen Gericht vorgelegt worden, die Rechtssache *Tele Danmark* von einem dänischen Gericht, das überdies auch nach der Auslegung des Kündigungsverbot nach Art. 5 der GleichbehandlungsRL 76/207/EWG gefragt hatte. Das Urteil *Melgar* stellt zunächst fest, daß Art. 10 der Mutterschutzrichtlinie unmittelbare Wirkung zukommt. Bedeutsamer ist, daß beide Urteile zur Klärung des Verhältnisses der beiden Richtlinien zueinander und zur Auslegung des Art. 10 der Mutterschutzrichtlinie 92/85/EWG beitragen. Brisant sind sie aber vor allem deshalb, weil sie die bisherige Rechtsprechung konsequent weiterführen und deren Schutzsystem nun auch auf befristete Arbeitsverhältnisse erstrecken.

a) Nach Auffassung der vorlegenden spanischen Gerichts war fraglich, ob sich Frau Melgar unmittelbar auf Art. 10 der Mutterschutzrichtlinie 92/85/EWG berufen konnte, weil Spanien die Richtlinie verspätet und unvollständig umgesetzt habe.<sup>22</sup> Nach der nicht überraschenden Auffassung des Gerichtshofs entfaltet die Vorschrift nach Ablauf der Umsetzungsfrist unmittelbare Wirkung und verleiht dann dem Einzelnen Rechte, die er vor einem nationalen Gericht gegenüber den öffentlichen Stellen dieses Staates geltend machen kann. Nach der ständigen Rechtsprechung der Gerichtshofs hängt diese Wirkung davon ab, ob die fragliche Richtlinienbestimmung hinreichend genau und inhaltlich unbeding ist.<sup>23</sup> Generalanwalt Tizzano hatte zutreffend ausgeführt, daß diese Voraussetzungen hinsichtlich Art. 10 gegeben seien, denn die Vorschrift sei im Hinblick auf ihren Gegenstand (Kündigungsverbot), auf die geschützten Personen (schwangerer Ar-

<sup>9</sup> Vgl. *Gamillscheg*, Arbeitsrecht I, 8. Aufl., München (D), 2000, S. 245 mit zahlreichen Nachweisen.

<sup>10</sup> Vgl. EuGH 5. 5. 1994 – C-421/92 – *Habermann-Beltermann*, Slg. 1994, I-1657 ff. (1675, Rn. 15); EuGH 14. 7. 1994 – C-32/93 – *Webb*, Slg. 1994, I-3567 ff. (3585, Rn. 19); EuGH – 30. 6. 1998 – C-394/96 – *Brown*, Slg. 1998 I- 4185 ff. (4231, Rn. 16); EuGH 3. 2. 2000 – C-207/98 – *Mahlburg*, Slg. 2000, I-549 ff. (572, Rn. 20; vgl. auch S. 574, Rn. 26: inhaltliche, nicht formale Gleichheit als Ziel der Gleichbehandlungsrichtlinie).

<sup>11</sup> BAG (D) 15. 10. 1992, BAGE 71, S. 252 = AP Nr. 8 zu § 611a BGB mit Anmerkung von *Coester*.

<sup>12</sup> Gesetz zum Schutz der erwerbstätigen Mutter (Mutterschutzgesetz – MuSchG), heute in der Fassung der Bekanntmachung vom 17. 1. 1997, BGBl. I, S. 22, ber. S. 293, zuletzt geändert durch Gesetz vom 30. 11. 2000, BGBl. I, S. 1638.

<sup>13</sup> EuGH 5. 5. 1994 (oben Fn. 10), I-1657 (1657, Rn. 15).

<sup>14</sup> Ebd. Rn. 16 ff.; ganz ähnlich der Fall in der Rechtssache *Mahlburg* (EuGH 3. 2. 2000 (oben Fn. 10), I-549 ff.), wo einer Schwangeren wegen eines befürchteten Beschäftigungsverbotes richtlinienwidrig die Einstellung verweigert worden war (vgl. Rn. 19 ff.); zu diesem Urteil *Stürmer*, NZA 2001, S. 526 ff.

<sup>15</sup> EuGH 5. 5. 1994 (oben Fn. 10), I-1657 (1676, Rn. 23 f.).

<sup>16</sup> EuGH 5. 5. 1994 (oben Fn. 10), I-1657 (1662, Nr. 7).

<sup>17</sup> EuGH 5. 5. 1994 (oben Fn. 10), I-1657 (1677, Rn. 26).

<sup>18</sup> EuGH 14. 7. 1994 (oben Fn. 10), I-3567 ff.

<sup>19</sup> EuGH 14. 7. 1994 (oben Fn. 10), I-3567 (3586 Rn. 21–23).

<sup>20</sup> EuGH 30. 6. 1998 (oben Fn. 10), I-4185 ff.

<sup>21</sup> EuGH 30. 6. 1998 (oben Fn. 10), I-4185 ff. (4231 f., Rn. 18 f.).

<sup>22</sup> Vgl. Schlußanträge des Generalanwalts Tizzano vom 7. 6. 2001, Rn. 30.

<sup>23</sup> Vgl. etwa EuGH 26. 2. 1986 – C-152/84 – *Marshall*, Slg. 1986, S. 723 ff. (S. 748 ff.; Rn. 46–56) zu Art. 5 Abs. 1 der RL 76/207/EWG; vgl. auch *Schmidt*, in: *Groeben/Thiesing/Eblermann* (Hrsg.), Kommentar zum EU-/EG-Vertrag, Band 4, Art. 137–209a EGV, 5. Aufl., Baden-Baden (D), 1997, Art. 189, Rn. 41.

beitnehmerinnen) sowie hinsichtlich der Dauer des Schutzes unbedingt sowie klar und genau definiert.<sup>24</sup> Der EuGH hat sich dem mit wenigen Worten angeschlossen.<sup>25</sup>

b) Eine gewisse systematische Klärung des Verhältnisses der beiden Richtlinien zueinander ergibt sich zum einen daraus, daß der EuGH in der Rechtssache *Tele Danmark* die Entlassung der schwangeren Frau Brandt-Nielsen sowohl an Art. 5 der RL 76/207 wie auch an Art. 10 der RL 92/85/EWG gemessen hat.<sup>26</sup> Auch insoweit folgt der Gerichtshof dem Generalanwalt, der betont hatte: „Meines Erachtens führt in der vorliegenden Rechtssache die Anwendung der einen wie der anderen Richtlinie zu demselben Ergebnis, wenn auch auf verschiedenen Wegen.“<sup>27</sup> Zum anderen wird aber im Urteil zur Rechtssache *Melgar* auch deutlich, daß es in der Mutterschutzrichtlinie allein um den Schutz eines bestehenden Arbeitsverhältnisses geht. Der Zugang u.a. von Schwangeren zu einer Beschäftigung ist allein Thema der Gleichbehandlungsrichtlinie, und zwar auch dann, wenn es um die Erneuerung eines befristeten Arbeitsverhältnisses geht; beruht die Nichterneuerung auf der Schwangerschaft der Arbeitnehmerin, läge eine Diskriminierung im Sinne der Art. 2 Abs. 1 und 3 Abs. 1 der Richtlinie 76/207/EWG vor.<sup>28</sup>

c) Von Interesse sind ferner gewisse Klarstellungen, die der Gerichtshof im Urteil zur Rechtssache *Melgar* in Hinblick auf das Kündigungsverbot nach Art. 10 Nr. 1 der Mutterschutzrichtlinie 92/85/EWG vorgenommen hat.

Diese Vorschrift verpflichtet die Mitgliedstaaten, Kündigungen von Arbeitnehmerinnen in der Zeit der Schwangerschaft bis zum Ende des Mutterschaftsurlaubs zu verbieten. Davon sind „die nicht mit ihrem Zustand in Zusammenhang stehenden Ausnahmefälle (ausgenommen), die entsprechend den einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und/oder Gepflogenheiten zulässig sind, wobei ggf. die zuständige Behörde ihre Zustimmung erteilen muss“. In bezug auf diese Ausnahmeregelung war zum einen fraglich, ob die Mitgliedstaaten verpflichtet sind, die Gründe für eine Kündigung im Ausnahmefall im einzelnen im Gesetz aufzuführen. Mit Bezug auf den Wortlaut der Regelung hat der Gerichtshof überzeugend entschieden, die Mitgliedstaaten seien nicht verpflichtet, ein besonderes Verzeichnis der Gründe aufzustellen, die eine Kündigung ausnahmsweise zulässig machen.<sup>29</sup> Beispiele für solche schwangerschafts- bzw. mutterschaftsunabhängigen Kündigungsgründe hat Generalanwalt Colomer in den Schlußanträgen genannt: die Kündigung aufgrund höherer Gewalt, die die Arbeitsleistung endgültig unmöglich macht, oder eine Massenentlassung aus wirtschaftlichen, technischen, organisatorischen oder mit der Produktion des Unternehmens zusammenhängenden Gründen.<sup>30</sup>

<sup>24</sup> Schlußanträge des Generalanwalts Tizzano vom 7. 6. 2001, Rn. 33.

<sup>25</sup> EuGH 4. 10. 2001 – C-438/99 – *Melgar*, Rn. 33.

<sup>26</sup> EuGH 4. 10. 2001 – C-109/00 – *Tele Danmark*, vgl. insbesondere Rn. 25.

<sup>27</sup> Schlußanträge des Generalanwalts Colomer vom 10. 5. 2001, Rn. 21.

<sup>28</sup> EuGH (oben Fn. 26), Rn. 46; vgl. eingehend die Schlußanträge des Generalanwalts Tizzano vom 7. 6. 2001 in der Rechtssache C-438/99 – *Melgar*, Rn. 48-54.

<sup>29</sup> EuGH (oben Fn. 25), Rn. 37.

<sup>30</sup> Schlußanträge des Generalanwalts Colomer vom 10. 5. 2001, Rn. 44; in einer Fußnote findet sich ferner ein Hinweis auf einen spanischen Au-

fraglich war des weiteren, ob die Mitgliedstaaten verpflichtet seien, die Einschaltung einer Behörde vorzusehen, von deren vorheriger Zustimmung die Wirksamkeit einer Kündigung abhängt. Diesbezüglich wies der Gerichtshof darauf hin, dass derartige Zustimmungsvorbehalte in der Rechtsordnung einiger Mitgliedstaaten vorgesehen sei. Diesem Umstand habe die Richtlinie Rechnung tragen wollen, ohne jedoch die Mitgliedstaaten, in denen kein solches Verfahren existiere, zu verpflichten, eine derartige Vorschrift einzuführen.<sup>31</sup> Nach § 9 Abs. 3 des deutschen Mutterschutzgesetzes kann die für den Arbeitsschutz zuständige oberste Landesbehörde oder die von ihr bestimmte Stelle „in besonderen Fällen, die nicht mit dem Zustand einer Frau während der Schwangerschaft oder ihrer Lage bis zum Ablauf bis zu 4 Monaten nach der Entbindung in Zusammenhang stehen, ausnahmsweise die Kündigung für zulässig erklären.“ Aus dem Urteil des EuGH in der Rechtssache *Melgar* ergibt sich also, dass in Bezug auf diese deutsche Regelung kein Änderungsbedarf besteht.

d) Von erheblicher Brisanz ist die weitere Aussage der Urteile *Melgar* und *Tele Danmark*, dass der Schutz schwangerer Arbeitnehmerinnen und Wöchnerinnen im Hinblick auf die Kündigung bestehender Beschäftigungsverhältnisse wie auch auf den Zugang zur Beschäftigung auch dann zum Tragen kommt, wenn der bestehende bzw. noch zu schließende Arbeitsvertrag befristet ist bzw. befristet werden soll.

In seiner bisherigen Rechtsprechung hatte der Europäische Gerichtshof verschiedentlich den Umstand betont, daß der von der Gleichbehandlungsrichtlinie 76/207/EWG vorgesehene Schutz sich auf unbefristete Arbeitsverhältnisse bezog. Zwei dieser Fälle betrafen die Kündigung unbefristeter Arbeitsverhältnisse.<sup>32</sup> Im zuletzt entschiedenen Fall ging es um die Verweigerung der Einstellung im Rahmen eines unbefristeten Arbeitsverhältnisses.<sup>33</sup> In der Literatur ist daraus gefolgert worden, daß die Verweigerung einer Einstellung wegen Schwangerschaft und damit auch die Frage nach der Schwangerschaft im Einstellungsgespräch zulässig sei, wenn es um eine befristete Einstellung gehe.<sup>34</sup> Auch das Bundesarbeitsgericht hatte das Diskriminierungsverbot ausnahmsweise für nicht verletzt gehalten, wenn die Bewerberin für ein befristetes Arbeitsverhältnis im Fall ihrer Schwangerschaft wegen eines Beschäftigungsverbotens von vornherein nicht würde arbeiten können.<sup>35</sup>

Dieses mögliche „Schlupfloch“ hat der Gerichtshof jetzt verschlossen. Er hat nun in der Rechtssache *Tele Danmark*

tor, nach dessen Meinung auch eine Kündigung der Schwangeren aus disziplinarischen Gründen in Frage kommt, wenn die Pflichtverletzung nichts mit dem Zustand der Frau zu tun hat.

<sup>31</sup> EuGH (oben Fn. 25), Rn. 51 f.

<sup>32</sup> Vgl. nochmals EuGH 5. 5. 1994 (oben Fn. 10), I-1657 (1676, Rn. 23) und EuGH 14. 7. 1994 (oben Fn. 10), I-3567 ff. (3588, Rn. 27).

<sup>33</sup> EuGH 3. 2. 2000 (oben Fn. 10), I-549 ff. (573 f.; Rn. 23 und 30).

<sup>34</sup> So *Stürmer*, NZA 2001, S. 526 (530).

<sup>35</sup> So BAG (D), BAGE 71, S. 252 (258) = AP Nr. 8 zu § 611a BGB mit zust. Anmerkung von *Coester* (sub II 2 b); ferner BAG (D) AP Nr. 36 zu § 123 BGB mit insoweit zustimmender Anmerkung von *Wank*; aus der Literatur in diesem Sinne: *Buchner*, in: *Richardi/Wlotzke* (Hrsg.), *Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht*, Band 1, 2. Aufl., München (D), 2000, § 41, Rn. 79-82; *Müller-Glöge*, in: *Rebmann/Säcker/Rixecker* (Hrsg.), *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, 3. Aufl., 4. Band, München (D), 1997, § 611a BGB, Rn. 30.

entschieden, daß der Kündigungsschutz nach beiden Richtlinien auch dann zum Tragen kommt, wenn eine Arbeitnehmerin wegen Schwangerschaft entlassen wird, die auf bestimmte Zeit eingestellt wurde, und zwar selbst dann, wenn feststeht, dass sie aufgrund ihrer Schwangerschaft während eines wesentlichen Teils der Vertragszeit nicht arbeiten können, wie es bei der Klägerin, Frau Brandt-Nielsen, der Fall war: sie war für sechs Monate eingestellt worden; bereits knapp zweieinhalb Monaten nach Beginn der Beschäftigung hatte ihr Anspruch auf bezahlten Mutterschaftsurlaub begonnen. Zur Begründung dieses Ergebnisses bezieht sich der Gerichtshof zunächst auf seine Rechtsprechung zur Richtlinie 76/207/EWG, nach der der Schutz der Frau während der Schwangerschaft und nach der Entbindung nicht mit Blick auf die finanziellen oder sonstigen Nachteile für den Arbeitgeber beeinträchtigt werden darf.<sup>36</sup> An dieser Auslegung ändere es nichts, dass der Arbeitsvertrag auf bestimmte Zeit geschlossen wurde.<sup>37</sup> Ob die Entlassung wegen Schwangerschaft als unmittelbare Diskriminierung anzusehen sei, sei unabhängig vom zu erwartenden wirtschaftlichen Schaden des Arbeitgebers zu beurteilen, so dass es unerheblich sei, ob der Arbeitsvertrag auf bestimmte oder unbestimmte Zeit geschlossen wurde.<sup>38</sup> Es folgt ein rechtstatsächliches Argument dahingehend, dass selbst die Dauer befristeter Arbeitsverhältnisse nicht von vornherein feststehe, da sie erneuert oder verlängert werden könnten.<sup>39</sup> Hiermit folgt der Gerichtshof einem Ansatz der Kommission und des Generalanwalts Colomer, wonach die Auswirkungen des Mutterschaftsurlaubs bei einem befristeten Vertrag nicht unbedingt größere Bedeutung hätten als bei einem unbefristeten: bekanntlich hätten Unternehmen in den letzten Jahrzehnten häufiger als früher auf Zeitarbeit zurückgegriffen; die befristeten Verträge würden im allgemeinen verlängert und hätten weitgehend das Stigma der prekären Beschäftigung verloren, das sie ursprünglich gekennzeichnet habe.<sup>40</sup> Mit diesem Argument wird also dem kategorialen Unterschied zwischen befristeten und unbefristeten Arbeitsverhältnissen der Realitätsbezug abgesprochen. Schließlich bringt der Gerichtshof ein Wortlautargument, dass nämlich die Tragweite beider Richtlinien nicht von der Dauer des Arbeitsverhältnisses abhängen. Nach Auffassung des Gerichtshofs hätte es in den Richtlinien klar zum Ausdruck gebracht werden müssen, wenn für die in der Praxis häufigen befristeten Verträge Ausnahmen hätten gelten sollen.<sup>41</sup>

Mit der Rechtssache *Tele Danmark* lag dem Gerichtshof erstmals ein Fall vor, in dem eine Schwangere entlassen wurde, die bei Abschluss des Arbeitsvertrages von ihrer Schwangerschaft wusste. Den Arbeitgeber hatte sie von diesem Umstand nicht in Kenntnis gesetzt. Allein dies hätte nach Auffassung der Arbeitgeberin die Entlassung gerechtfertigt. Der EuGH entschied demgegenüber, nach den Richtlinien sei die Entlassung einer Arbeitnehmerin wegen Schwangerschaft verboten,

auch wenn sie den Arbeitgeber nicht über ihre Schwangerschaft unterrichtet habe, obwohl ihr diese bei Abschluss des Arbeitsvertrages bekannt gewesen sei.<sup>42</sup> Näher begründet wird dies vom Gerichtshof nicht. Offenbar stimmt der EuGH kommentarlos den von ihm erwähnten Stellungnahmen der Kommission und der Überwachungsbehörde der EFTA<sup>43</sup> zu. Die Kommission hatte bemerkt, eine Arbeitnehmerin sei nicht verpflichtet, den Arbeitgeber über ihre Schwangerschaft zu unterrichten, da dieser kein Recht habe, dies bei der Einstellung zu berücksichtigen. Die Überwachungsbehörde der EFTA hatte hinzugefügt, eine Verpflichtung zur Unterrichtung des Arbeitgebers würde dem von der Richtlinie vorgeschriebenen Schutz der schwangeren Arbeitnehmerin seine Wirksamkeit nehmen, obwohl der Gemeinschaftsgesetzgeber ausdrücklich ein besonders hohes Schutzniveau vorgesehen habe. Auch Generalanwalt Colomer hatte dem Arbeitgeber das Recht bestritten, die Arbeitnehmerin bei der Einstellung nach einer Schwangerschaft zu fragen, da dies eine Einmischung in ihr Recht auf ein Privatleben bedeute und zudem auf eine ernsthafte Beeinträchtigung des Zugangs schwangerer Frauen zum Arbeitsmarkt hinauslaufe.<sup>44</sup>

Dem Urteil zur Rechtssache *Melgar* schließlich ist zu entnehmen, daß die Weigerung, eine Arbeitnehmerin wegen ihrer Schwangerschaft einzustellen, auch dann eine verbotene unmittelbare Diskriminierung wegen des Geschlechts im Sinne der Art. 2 Abs. 1 und 3 Abs. 1 der RL 76/207/EWG darstellt, wenn es um die Nichterneuerung eines befristeten Vertrages geht.<sup>45</sup>

Damit steht fest, daß der europarechtliche Schutz der werdenden und gewordenen Mutter bei befristeten Arbeitsverhältnissen ebenso wirkt wie bei unbefristeten.

8. Indem die neuen Urteile des EuGH den Schutz der Gleichbehandlungsrichtlinie und der Mutterschutzrichtlinie in puncto Entlassung bzw. Einstellung auf befristete Arbeitsverhältnisse erstrecken, führen sie die bisherige Rechtsprechung konsequent fort. Gleichwohl verbleibt Unbehagen.

Dieses Unbehagen hängt auch damit zusammen, daß die Rechtsetzungskompetenzen der Gemeinschaft, die den beiden Richtlinien zugrunde liegen, keineswegs über jeden Zweifel erhaben sind. Im Bereich des sozialen Schutzes Schwangerer hat der Rat von den an sich nur punktuellen arbeitsrechtlichen Rechtsetzungskompetenzen sehr großzügig Gebrauch gemacht. Bereits die Gleichbehandlungsrichtlinie ließ sich nicht unter dem Gesichtspunkt der Lohngleichheit (Art. 119 EGV / Art. 141 EG n.F.) begründen, sondern bedurfte des Rückgriffs auf die Abrundungskompetenz des Art. 235 EGV (Art. 308 EG n.F.). In der Rechtssache *Dekker* hat dann der Gerichtshof diese Richtlinie durch seinen materiellen Diskriminierungsbegriff zum Instrument des sozialen Schutzes bei Schwangerschaft und Mutterschaft ausgebaut.

Auch die Mutterschutzrichtlinie beruht auf einem sehr weiten Verständnis der einschlägigen Regelungskompetenz der Gemeinschaft. In Art. 118a EGV (Art. 137 Abs. 1, 2 und 5 EG

<sup>36</sup> EuGH (oben Fn. 26), Rn. 28 f. mit Bezug auf die Rechtssachen *Dekker* (EuGH (oben Fn. 5), Rn. 12) und *Mahlburg* (EuGH 3. 2. 2000 (oben Fn. 10), Rn. 29).

<sup>37</sup> EuGH (oben Fn. 26), Rn. 30.

<sup>38</sup> EuGH (oben Fn. 26), Rn. 31.

<sup>39</sup> EuGH (oben Fn. 26), Rn. 32.

<sup>40</sup> Schlußanträge des Generalanwalts Colomer, Rn. 39.

<sup>41</sup> EuGH (oben Fn. 26), Rn. 33.

<sup>42</sup> EuGH (oben Fn. 26), Rn. 34.

<sup>43</sup> EuGH (oben Fn. 26), Rn. 24.

<sup>44</sup> Schlußanträge des Generalanwalts Colomer vom 10. 5. 2001, Rn. 34.

<sup>45</sup> EuGH (oben Fn. 25), Rn. 46 f.

n.F.) in der Fassung der Einheitlichen Europäische Akte ging es um den Schutz der Gesundheit und der Sicherheit der Arbeitnehmer. Daß hiermit auch der Schutz vor den seelischen und körperlichen Folgen einer Entlassung angesprochen sein sollte, ist zumindest nicht evident.

Vor allem aber sind es die Folgen des gemeinschaftsrechtlichen Schwangeren- und Mutterschutzes für die Arbeitgeber, die Unbehagen erzeugen. Die Arbeitgeber sind es, denen weithin die organisatorischen und finanziellen Lasten angelastet werden, und zwar – nach den jüngsten Urteilen – auch dann, wenn sie nichts oder fast nichts mehr von ihrer Arbeitnehmerin haben.

Man kann zweifeln, ob dies im Ergebnis vor allem bei kleineren und mittleren Unternehmen die Bereitschaft fördert, Frauen einzustellen. Solche Zweifel können durchaus auch aus rechtlicher Sicht thematisiert werden, denn Art. 137 Abs. 2 S. 2 EGV sieht immerhin ausdrücklich vor, daß Arbeitsschutzrichtlinien keine verwaltungsmäßigen oder rechtlichen Auflagen vorschreiben dürfen, die der Gründung und Entwicklung von kleinen und mittleren Unternehmen entgegenstehen. Überdies ist das Ziel eines hohen Beschäftigungsniveaus bei der Durchführung der Gemeinschaftspolitik zu berücksichtigen (Art. 127 Abs. 2 EGV). In seinen neuen Urteilen geht der Gerichtshof auf diese Problematik freilich nicht ein, denn die betroffenen Arbeitgeber, im Fall *Melgar* eine Gemeinde, im Fall *Tele Danmark* ein Großunternehmen,<sup>46</sup> waren keine kleinen oder mittleren Unternehmen.<sup>47</sup>

Immerhin: Im Urteil zur Rechtssache *Mahlburg* findet sich diesbezüglich eine Problemanzeige.<sup>48</sup> Den Ausweg aus dem Dilemma hat Generalanwalt Saggio in den Schlußanträgen zu dieser Rechtssache gewiesen. Nach seiner Auffassung stellt die Tatsache, daß ein Großteil der Belastungen durch den Mutterschutz häufig den Arbeitgeber trifft, ein wirkliches Problem dar, das Beachtung verdient.<sup>49</sup> Diesem Problem müßte nach seiner Auffassung mit „positiven“ Schutzmaßnahmen zugunsten der schwächeren Arbeitgeber begegnet werden, die im Rahmen der Sozialpolitik der Mitgliedstaaten zu treffen wären.<sup>50</sup>

Ein weiterer Hinweis findet sich im Schlußantrag von Generalanwalt Colomer zur Rechtssache *Tele Danmark*. Daß nach der Mutterschutzrichtlinie befristete Arbeitsverträge wie unbefristete zu behandeln seien, begründet er u.a. mit dem Argument, daß eine differenzierte Behandlung von Arbeitsverträgen mit Rücksicht auf deren Dauer allein in Art. 11 Abs. 4 der Richtlinie erwähnt sei. Nach dieser Vorschrift steht es den Mitgliedstaaten frei, den Anspruch der Frau auf ein Entgelt oder eine Sozialleistung während des Mutterschaftsurlaubs davon abhängig zu machen, dass der Entbindung eine Er-

werbstätigkeit vorausgegangen sein muss, die jedoch nicht länger als zwölf Monate betragen darf. Würde der Entgeltanspruch der beurlaubten Schwangeren eine zwölfmonatige Vorbeschäftigungszeit vor dem berechneten Entbindungsdatum voraussetzen, wären jedenfalls die besonders hitzig diskutierten Fälle<sup>51</sup> der „Erschleichung“ von Mutterschutzleistungen als womöglich alleinigem Zweck des Abschlusses des Arbeitsvertrages entschärft.

Das Unbehagen an der Rechtsprechung des Gerichtshofs ließe sich mithin in gewissem Umfang in nationale Rechtsetzung ummünzen.

<sup>46</sup> Vgl. auch Schlußanträge des Generalanwalts Colomer vom 10. 5. 2001, Rn. 48.

<sup>47</sup> Das vorlegende Gericht hatte in der zweiten Vorlagefrage danach gefragt, ob gerade die Eigenschaft von *Tele Danmark* als Großunternehmen, das häufig befristete Verträge schließt, für die Handhabung der Kündigungsverbote der Richtlinie eine Rolle spiele; der EuGH hat diese Frage verneint (EuGH (oben Fn. 26), Rn. 35-39).

<sup>48</sup> EuGH 3. 2. 2000 (oben Fn. 10), I-549 ff. (574, Rn. 28).

<sup>49</sup> EuGH 3. 2. 2000 (oben Fn. 10), I-549 ff. (560, Rn. 34 der Schlußanträge).

<sup>50</sup> EuGH 3. 2. 2000 (oben Fn. 10), I-549 ff. (560, Rn. 36 der Schlußanträge); in diesem Sinne bereits Coester, Anmerkung zu BAG (D) 15. 10. 1992, AP Nr. 8 zu § 611a BGB (sub I am Ende); ferner *Sowka*, NZA 1994, S. 967 (970).