

# Soziales Recht

Wissenschaftliche Zeitschrift  
für Arbeits- und Sozialrecht

Herausgegeben von  
Prof. Dr. Olaf Deinert und  
Prof. Dr. Rüdiger Krause,  
Institut für Arbeitsrecht  
der Georg-August-Universität  
Göttingen



in Zusammenarbeit mit



## Abhandlungen

Ein Sockel für die Europäische Säule sozialer Rechte: Zur Zuständigkeit der EU für einen verbindlichen Rechtsrahmen für soziale Grundsicherungssysteme in den Mitgliedstaaten

*Thorsten Kingreen* ..... Seite 1

Das Nachtarbeitsverbot im novellierten Mutterschutzgesetz – Unionsrechtskonformität der Regelungen des reformierten MuSchG unter besonderer Berücksichtigung der Regelungen der §§ 28 und 29 Abs. 3 S. 2 MuSchG

*Bettina Graue* ..... Seite 16

## Rezensionsaufsätze

*Sudabeh Kamanabrou*, Rechtsangleichung im Recht der Kettenbefristung in der EU

*Bernd Waas* ..... Seite 42

## Zusammenfassungen (Abstracts) / Vorschau

Seite 44

# Ein Sockel für die Europäische Säule sozialer Rechte: Zur Zuständigkeit der EU für einen verbindlichen Rechtsrahmen für soziale Grundsicherungssysteme in den Mitgliedstaaten\*

Prof. Dr. Thorsten Kingreen, Universität Regensburg

## I. Die Säule sozialer Rechte

Die EU-Mitgliedstaaten haben auf Ihrem Gipfel am 17. November 2017 die »Europäische Säule sozialer Rechte« verabschiedet.<sup>1</sup> Diese geht maßgeblich auf eine Initiative der Kommission aus dem März 2016<sup>2</sup> und den im Juni 2015 verabschiedeten »Fünf-Präsidenten-Bericht« zurück,<sup>3</sup> welcher die »Wirtschafts- und Währungsunion Europas« vollenden möchte. Die Europäische Säule sozialer Rechte baut auf 20 Grundsätzen auf, die in drei Kategorien eingeordnet werden: Dabei geht es neben »Chancengleichheit und Arbeitsmarktzugang« sowie »fairen Arbeitsbedingungen« auch um »Sozialschutz und soziale Inklusion«, wozu als Grundsatz 14 auch das Mindesteinkommen zählt: »Jede Person, die nicht über ausreichende Mittel verfügt, hat in jedem Lebensabschnitt das Recht auf angemessene Mindesteinkommensleistungen, die ein würdevolles Leben ermöglichen, und einen wirksamen Zugang zu dafür erforderlichen Gütern und Dienstleistungen. Für diejenigen, die in der Lage sind zu arbeiten, sollten Mindesteinkommensleistungen mit Anreizen zur (Wieder-)Eingliederung in den Arbeitsmarkt kombiniert werden.«

Die Säule ist bislang nur eine politische Absichtserklärung, aus der noch nicht folgt, wer sie wie mit rechtserheblichen Wirkungen errichten soll. Das gilt insbesondere für den zitierten Grundsatz 14. Auf der einen Seite beanspruchen viele Mitgliedstaaten die Zuständigkeit für die soziale Grundsicherung für sich und sind auch nur sie in der Lage, die für die Grundsicherung erforderlichen Mittel bereitzustellen, weil die EU bzw. die Eurozone nach wie vor nicht über einen autonomen Haushalt verfügen. Auf der anderen Seite unterscheidet sich die soziale Absicherung in den Mitgliedstaaten zum Teil erheblich, sowohl in ihren institutionellen Strukturen und ihren rechtlichen Grundlagen als auch in ihrem Ausgabenvolumen, ihrem

Absicherungsgrad und ihrer wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit. Mit der Wirtschafts- und Finanzkrise und der zT. damit einhergehenden hohen Arbeitslosigkeit in einigen EU-Mitgliedstaaten haben der Druck auf die Sozialsysteme, Armut und soziale Ausgrenzung sowie das Wohlstandgefälle zwischen den Mitgliedstaaten weiter zugenommen. Die Europäische Kommission sieht in der zunehmenden Diskrepanz der wirtschaftlichen und sozialen Lebensverhältnisse zwischen den Mitgliedstaaten eine Gefährdung für die Akzeptanz und die politische Legitimation der Union und betont daher mit Nachdruck die Bedeutung der sozialen Dimension des Integrationsprozesses.<sup>4</sup>

Die Säule ist bislang nicht nur rechtlich unentwickelt, es ist auch nicht so ganz klar, wo sie politisch zu verorten ist. Die Kommission ist hier zweigleisig gefahren: Die Säule solle »innerhalb des Euro-Raums entwickelt« werden, um die »Wirtschafts- und Währungsunion zu stabilisieren. Aber anderen Mitgliedstaaten solle angeboten werden, »sich anzuschließen, wenn sie es wünschen.«<sup>5</sup> Tatsächlich ist die Säule daher auch von allen Mitgliedstaaten verabschiedet worden, was allerdings natürlich nicht heißt, dass die rechtliche Umsetzung dann doch nur innerhalb der

\* Der Text beruht weitgehend auf einem Rechtsgutachten für das Bundesministerium für Arbeit und Soziales. Das Rechtsgutachten ist unter <http://www.bmas.de/DE/Service/Medien/Publikationen/Forschungsberichte/fb491-eu-rechtsrahmen-soziale-grundsicherungssysteme.html> (12.12.2017) abrufbar.

1 Die Europäische Säule sozialer Rechte in 20 Grundsätzen dargestellt, s. [https://ec.europa.eu/commission/priorities/deeper-and-fairer-economic-and-monetary-union/european-pillar-social-rights/european-pillar-social-rights-20-principles\\_de](https://ec.europa.eu/commission/priorities/deeper-and-fairer-economic-and-monetary-union/european-pillar-social-rights/european-pillar-social-rights-20-principles_de) (12.12.2017).

2 Europäische Kommission, Einleitung einer Konsultation über eine europäische Säule sozialer Rechte v. 8.3.2016, KOM(2016) 127 final.

3 Bericht der fünf Präsidenten v. 22.6.2015, [https://ec.europa.eu/priorities/sites/beta-political/files/5-presidents-report\\_de\\_0.pdf](https://ec.europa.eu/priorities/sites/beta-political/files/5-presidents-report_de_0.pdf) (12.12.2017).

4 Vgl. zuletzt Europäische Kommission, Reflexionspapier zur sozialen Dimension Europas v. 26.4.2017, KOM(2017) 206.

5 Europäische Kommission, Einleitung einer Konsultation über eine europäische Säule sozialer Rechte v. 8.3.2016, KOM(2016), 127 final, S. 8.

Euro-Gruppe erfolgen könnte. Das wäre zwar einerseits bedauerlich, weil der soziale Zusammenhalt für die gesamte Union wichtig ist und Armut namentlich in Bulgarien und Rumänien, also zwei nicht Euro-Staaten, eine große Herausforderung ist; besonders betroffen sind hier die Roma, die nicht ohne Grund unter den Armutsmigranten stark vertreten sind. Andererseits kann eine zunächst nur differenzierte sozialpolitische Integration politische Vorteile haben; insbesondere bedarf die Wirtschafts- und Währungsunion einer zügigen und auch sozialpolitischen Stabilisierung, die durch ein gemeinsames Budget für die Euro-Zone haushaltsrechtlich unterfüttert werden könnte.

Im Folgenden soll exemplarisch anhand des Grundsatzes 14 der Säule überlegt werden, welche rechtlichen Möglichkeiten die Union zur Ertüchtigung der sozialen Rechte im Bereich der Mindestsicherung hat. Da auf der einen Seite die Mitgliedstaaten bis auf Weiteres die entscheidenden sozialpolitischen Akteure bleiben werden, auf der anderen Seite aber aus den genannten Gründen dringender Handlungsbedarf zur Stärkung der sozialen Kohärenz besteht, könnte an einen verbindlichen europäischen Rechtsrahmen für soziale Grundsicherungssysteme in den Mitgliedstaaten gedacht werden.<sup>6</sup> Dieser sollte im Kern die beiden folgenden Regelungen enthalten:

1. Alle Mitgliedstaaten müssen ein soziales Grundsicherungssystem aufweisen.
2. Alle Mitgliedstaaten müssen ein transparentes und nachvollziehbares Verfahren zur Bestimmung und Anpassung der Grundsicherungsleistungen festlegen.

Die weitere Ausgestaltung würde den Mitgliedstaaten überlassen werden. Insbesondere sollen sie darüber entscheiden können, ob sie die Höhe der existenzsichernden Leistungen nach einem Statistikmodell (wie der in der Deutschland praktizierten Einkommens- und Verbrauchsstichprobe), einem Warenkorbmodell oder in Orientierung an der Inflationsentwicklung bemessen. Zu prüfen ist darüber hinaus, ob und inwieweit die Union diejenigen Mitgliedstaaten unterstützen kann oder sogar muss, die nicht in der Lage sind, diese Anforderungen zu erfüllen.

Die nachfolgende Untersuchung soll die Zuständigkeit der Union für einen solchen Rechtsrahmen prüfen. Ein solches Vorhaben ist an sich sehr voraussetzungsvoll, weil es in Bezug auf die Mindestsicherungssysteme in allen Mitgliedstaaten erfolgen müsste. Hier kann daher nur exemplarisch geklärt werden, ob der derzeit unter das Sozialge-

setzbuch II (SGB II) fallende Personenkreis von einem solchen Rechtsakt erfasst werden könnte. Einzugehen ist aber auch auf die Möglichkeiten, die in den personalen Anwendungsbereich des Sozialgesetzbuchs XII (SGB XII) fallenden Personen einzubeziehen. Für die Frage der Zuständigkeit kommt es dabei nicht darauf an, ob dieser nur im Rahmen der Euro-Gruppe oder für die gesamte Union entwickelt wird. Denn auch im Rahmen einer verstärkten Zusammenarbeit (Art. 20 EUV) müssen nach Art. 326 Abs. 1 AEUV die Verträge geachtet werden, insbesondere also auch die Kompetenzbestimmungen.<sup>7</sup>

## II. Konzeptionelle Vorüberlegungen

Die Union verfügt nach Art. 5 Abs. 1 und 2 EUV nur über diejenigen Kompetenzen, welche ihr die Mitgliedstaaten durch die Verträge (EUV/AEUV) übertragen haben. Nach diesem Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung bedarf es also einer aus den Verträgen abzuleitenden Kompetenz der Union zur Rechtsetzung. Art. 2–5 AEUV unterscheiden insoweit zwischen drei Kompetenztypen:

- die ausschließliche Zuständigkeit der Union (Art. 2 Abs. 1, Art. 3 AEUV),
- die zwischen Union und Mitgliedstaaten geteilte Zuständigkeit (Art. 2 Abs. 2, Art. 4 AEUV), die nach Art. 4 Abs. 2 lit. b AEUV auch die »Sozialpolitik hinsichtlich der in diesem Vertrag genannten Aspekte« beinhaltet,
- und schließlich die Zuständigkeit der Union zur Koordinierung der Wirtschafts-, Beschäftigungs- und Sozialpolitik (Art. 2 Abs. 3, Art. 5 AEUV).

Typologisch ist zwar das Verhältnis zwischen den geteilten und den Koordinierungszuständigkeiten ebenso unklar<sup>8</sup> wie die Ausdifferenzierung der Koordinierungskompetenzen in Art. 5 AEUV, die keine Entsprechung in Art. 2 AEUV findet und deren Verhältnis zu Art. 4 Abs. 2 lit. b AEUV offen ist.<sup>9</sup> Doch sind für die Beurteilung, ob die Union für einen konkreten Rechtsakt zuständig ist, ohnehin nicht die Kompe-

<sup>6</sup> Die politische Initiative dazu stammt aus dem Bundesministerium für Arbeit und Soziales, vgl. dazu den Hinweis in der \* -Fußnote.

<sup>7</sup> EuGH, 24.5.2013 – C-274/11 – NJW 2013, 2009 (Spanien und Italien/Rat).

<sup>8</sup> Vgl. zur Diskussion etwa *Callies*, in: *Callies/Ruffert* (Hrsg.), *EUV/AEUV*, 5. Aufl. 2016 (im Folgenden: *Callies/Ruffert*), Art. 5 AEUV Rn. 2 ff.

<sup>9</sup> *Bandilla*, in: *Grabitz/Hilf/Nettesheim* (Begr./Hrsg.), *Das Recht der Europäischen Union*, Loseblatt, München, Art. 5 AEUV [2013] Rn. 18 f.

tenzkataloge der Art. 3–5 AEUV maßgebend. Vielmehr ergeben sich nach Art. 2 Abs. 6 AEUV der Umfang der Zuständigkeiten der Union und die Einzelheiten ihrer Ausübung aus den konkreten Kompetenznormen der Verträge. Wie also genau die Zuständigkeiten für die Sozialpolitik im Sinne der Art. 4 Abs. 2 lit. b und Art. 5 Abs. 3 AEUV aufgeteilt sind, folgt aus den Kompetenznormen der einzelnen Politikbereiche. Diese werden ggf. ergänzt durch die sog. Flexibilitätsklausel in Art. 352 AEUV, die die Union zur kompetenzergänzenden Rechtsetzung ermächtigt.

Die wichtigsten Rechtsakte, die man nach ihrem Regelungsgegenstand dem Sozialrecht zuordnen kann, sind bislang auf der Grundlage binnenmarktrechtlicher Kompetenznormen ergangen.<sup>10</sup> Diesen ist gemein, dass sie keine eigenständigen sozialen Rechte gewähren, sondern nur im nationalen Recht begründete soziale Rechte transterritorial erweitern, soweit dies für den Zweck der Etablierung des Binnenmarktes erforderlich ist. Hervorzuheben ist insbesondere die Wanderarbeitnehmerverordnung VO (EG) 883/2004.<sup>11</sup> Diese beruht auf der Vorgängerbestimmung des heutigen Art. 48 AEUV, der die Union dazu ermächtigt, diejenigen Hindernisse im mitgliedstaatlichen Sozialrecht zu beseitigen, die geeignet sind, den Einzelnen von der Wahrnehmung seiner grenzüberschreitenden Freizügigkeit abzuhalten.<sup>12</sup> Ebenfalls auf binnenmarktrechtlicher Rechtsgrundlage (Art. 46 AEUV) ist die VO (EG) 492/2011 über die Freizügigkeit für Arbeitnehmer<sup>13</sup> ergangen, und auch die für die sozialrechtliche Gleichbehandlung von Unionsbürgern zentrale RL 2004/38/EG (sog. Freizügigkeits-Richtlinie)<sup>14</sup> beruht auf Normen des Binnenmarkt- und Freizügigkeitsrechts (Art. 18, 21, 46, 50, 59 AEUV). Ferner dient die Patientenrichtlinie RL 2011/24/EU<sup>15</sup> der auf die Warenverkehrs- und Dienstleistungsfreiheit (Art. 34, 56 AEUV) gestützten, grenzüberschreitenden Realisierung von krankenversicherungsrechtlichen Leistungsansprüchen; ihre Rechtsgrundlage ist vorwiegend die allgemeine Binnenmarktcompetenznorm des Art. 114 AEUV. Relativ neu ist schließlich die Regelung haushalts- und sozialpolitischer Vorgaben im Rahmen des Europäischen Semesters, die dazu dienen, die Wirtschafts- und Währungsunion zu stabilisieren. Die einschlägigen Rechtsakte werden hier teilweise auch auf die wirtschaftspolitische Kompetenz in Art. 121 Abs. 6 AEUV gestützt.<sup>16</sup>

Das sekundäre Unionsrecht ist also nach wie vor geprägt durch eine akzessorische Sozialpolitik. Akzessorisch deshalb, weil diese weitgehend auf die Herstellung der Funktionsbe-

dingungen des Binnenmarktes und der Freizügigkeit sowie zunehmend auch der Wirtschafts- und Währungsunion bezogen ist, aber keinen darüber hinaus gehenden, eigenständigen Bedeutungsgehalt hat.<sup>17</sup> Die binnenmarktrechtlichen und wirtschaftspolitischen Rechtsgrundlagen kommen aber für einen Rechtsakt, der nicht in diesen Kontexten steht, nicht in Betracht. Bei dem angestrebten Rechtsrahmen für soziale Grundsicherungssysteme in den Mitgliedstaaten handelt es sich seiner Zielsetzung nach um einen rein sozialpolitischen Ansatz. Der Rechtsrahmen soll dazu beitragen, soziale Ungleichheiten innerhalb der EU abzubauen und zugleich Anreize für eine sozialpolitisch unerwünschte Armutzuwanderung zu minimieren. Es geht also um soziale Sicherheit und sozialen Schutz, aber nicht im Kontext und zur Gewährleistung der Freizügigkeit oder der Wirtschafts- und Währungsunion. Als Rechtsgrundlage für ein Handeln der Union kommt daher nur eine sozialpolitische Rechtsgrundlage (Art. 153 AEUV) in Betracht, die allerdings im Kontext insbesondere des Sozialrechts des Binnenmarktes und seiner Kompetenzbestimmungen auszulegen ist; darauf wird nachfolgend unter III. eingegangen.

Die Prüfung von Art. 153 AEUV wird zeigen, dass die sozialrechtliche Sachkompetenz der Union Grenzen hinsichtlich der finanziellen Belastung der Mitgliedstaaten auferlegt. Es ist daher zusätzlich zu prüfen, in welchem rechtlichen Rahmen die Union diejenigen Mitgliedstaaten fördern kann, die nicht in der Lage sind, die Anforderungen des

10 Dazu im Überblick *Becker/Kingreen/Rixen*, Grundlagen des Sozialrechts, in: Ehlers/Fehling/Pünder (Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht, Bd. 3, 3. Aufl., Heidelberg 2013, § 75 Rn. 29 ff.

11 Verordnung (EG) 883/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 29.4.2004 zur Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit, ABL L 166/1, mit Durchführungs-VO (EG) 987/2009, ABL 2009 L 284/1.

12 Vgl. etwa *Fuchs*, Einführung, in: ders. (Hrsg.), Europäisches Sozialrecht, 6. Aufl., Baden-Baden 2013 (im Folgenden: *Fuchs*, *EuSozR*), Rn. 34 ff.

13 Verordnung (EU) Nr. 492/2011 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 5.4.2011 über die Freizügigkeit der Arbeitnehmer innerhalb der Union, ABL L 141/1.

14 Richtlinie 2004/38/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 29.4.2004 über das Recht der Unionsbürger und ihrer Familienangehörigen, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten frei zu bewegen und aufzuhalten, ABL Nr. L 158/77. – Der Gleichbehandlungsanspruch folgt aus Art. 24 der Richtlinie.

15 Richtlinie 2011/24/EU des Europäischen Parlaments und des Rates v. 9.3.2011 über die Ausübung der Patientenrechte in der grenzüberschreitenden Gesundheitsversorgung, ABL L 88/45.

16 Vgl. insbes. Verordnung (EG) 1176/2011 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 16.11.2011 über die Vermeidung und Korrektur makroökonomischer Ungleichgewichte.

17 *Kingreen*, DS 60 Jahre Bundessozialgericht, Bd. 1, 2014, S. 313, 317.

Rechtsrahmens für Grundsicherungssysteme in den Mitgliedstaaten zu erfüllen. Darauf wird unter IV. eingegangen.

### III. Die sozialpolitische Sachkompetenz, Art. 153 Abs. 1 AEUV

Einschlägige Kompetenznormen enthält das Kapitel über die Sozialpolitik (Art. 151 ff. AEUV), und zwar vor allem Art. 153 AEUV. Seine Anwendung wird bislang vor allem im Kontext eines zu schaffenden Rechtsrahmens für einen Mindestlohn in allen Mitgliedstaaten diskutiert. Als einschlägiger Kompetenztitel gilt insoweit Art. 153 Abs. 1 lit. h AEUV (»berufliche Eingliederung der aus dem Arbeitsmarkt ausgegrenzten Personen«).<sup>18</sup> Der EU-Rechtsrahmen für soziale Grundsicherungssysteme verfolgt aber eine andere Zielrichtung. Er bezieht sich nicht nur auf die Zielgruppen der aus dem Arbeitsmarkt ausgegrenzten Personen und zielt demgemäß auch nicht auf Maßnahmen der Reintegration in den Arbeitsmarkt, sondern auf die Etablierung eines existenzsichernden Grundsicherungssystems. Dafür kommt als Rechtsgrundlage nur Art. 153 Abs. 1 lit. c AEUV in Betracht. Danach unterstützt und ergänzt die Union die Tätigkeit der Mitgliedstaaten zur Verwirklichung der Ziele des Art. 151 AEUV auf dem Gebiet der sozialen Sicherheit und dem sozialen Schutz der Arbeitnehmer. Die ausgesprochen unübersichtlich aufgebaute Vorschrift<sup>19</sup> regelt die Voraussetzungen für die Verbandskompetenz der Union in Abgrenzung zu derjenigen der Mitgliedstaaten (dazu 1.) und die Verteilung der Kompetenzen der Organe innerhalb der Union sowie das Gesetzgebungsverfahren (2.):

#### 1. Verbandskompetenz der Union

Die Verbandskompetenz der Union für die Schaffung eines verbindlichen Rechtsrahmens für soziale Grundsicherungssysteme in den Mitgliedstaaten setzt Folgendes voraus:

- Sein Gegenstand muss die soziale Sicherheit/der soziale Schutz der Arbeitnehmer sein (dazu a).
- Seiner Regelungstechnik nach darf der Rechtsakt die Sozialpolitik der Mitgliedstaaten nur unterstützen und ergänzen (dazu b).
- Sein Mittel muss nach Art. 153 Abs. 2 AEUV zulässig sein; in Betracht kommt hier die in lit. b genannte Zuständigkeit, unter Berücksichtigung der in den einzelnen Mitgliedstaaten bestehenden Bedingungen und techni-

schen Regelungen durch Richtlinien Mindestvorschriften zu erlassen, die schrittweise anzuwenden sind (c).

- Der Rechtsakt muss die in Art. 153 Abs. 4 und 5 AEUV aufgeführten Kompetenzgrenzen achten. Er darf daher nach Art. 153 Abs. 4 Spstr. 1 AEUV insbesondere nicht die anerkannte Befugnis der Mitgliedstaaten berühren, die Grundprinzipien ihres Systems der sozialen Sicherheit festzulegen, und er darf das finanzielle Gleichgewicht dieser Systeme nicht erheblich beeinträchtigen (s. d).

#### a) Soziale Sicherheit und sozialer Schutz der Arbeitnehmer

Die Reichweite des Kompetenztitels Art. 153 Abs. 1 lit. c AEUV ist weitgehend ungeklärt; insbesondere gibt es zu diesem Tatbestand bislang keine Rechtsprechung des EuGH. Dennoch lässt sich mittels der anerkannten Auslegungsmethoden und der Rechtsprechung des EuGH zu verwandten Tatbeständen ermitteln, welche sozialstaatlichen Systeme und welchen Personenkreis er erfasst. Insoweit ist entscheidend, dass zwischen dem sachlichen Anwendungsbereich der Norm (»soziale Sicherheit und sozialer Schutz«) und ihrem personalen Anwendungsbereich (»Arbeitnehmer«) ein innerer Zusammenhang besteht. Der EuGH betont nämlich in gefestigter Rechtsprechung, dass das Unionsrecht keinen einheitlichen Arbeitnehmerbegriff kennt. Vielmehr hänge »die Bedeutung dieses Begriffes vom jeweiligen Anwendungsbereich« ab.<sup>20</sup> Entscheidend ist damit der durch Wortlaut und Systematik zu bestimmende Kontext, in dem Art. 153 Abs. 1 lit. c AEUV den Begriff des Arbeitnehmers verwendet. Dieser Kontext wird durch die Worte »soziale Sicherheit und sozialer Schutz« markiert. Bevor daher nachfolgend unter (2) auf den Begriff des Arbeitnehmers und damit auf den unter Art. 153 Abs. 1 lit. c AEUV fallenden Personenkreis eingegangen werden kann, ist unter (1) zu klären, was das Gesetz unter »soziale Sicherheit und sozialer Schutz« versteht:

#### (1) Sachlicher Anwendungsbereich

Bei einem weiten Begriffsverständnis könnten in den sachlichen Anwendungsbereich der Norm sowohl die arbeits-

<sup>18</sup> Vgl. dazu vor allem European Anti-Poverty Network, Working document on a Framework Directive on Minimum Income, Brüssel 2010, S. 6 ff.

<sup>19</sup> Für Callies/Ruffert-Kreber (Fn. 8), Art. 153 AEUV Rn. 1 vermittelt die Vorschrift den Eindruck, »als wollten die Befürworter von Unionskompetenzen in der Sozialpolitik ebenso wie deren Gegner den Inhalt der Vorschrift in einer möglichst unübersichtlichen Regelung verstecken.«

<sup>20</sup> EuGH, 12.5.1998 C-85/96 Slg. 1998, I-2708 (Martinez Sala), Rn. 31; EuGH, 13.1.2004 – C-256/01 – Slg. 2004, I-903 (Allonby), Rn. 63.

als auch die sozialrechtlichen Schutzsysteme zugunsten von Arbeitnehmern fallen. Dagegen spricht aber nicht nur die innere Systematik von Art. 153 Abs. 1 AEUV, der bereits in den Buchstaben a und b sowie d–i klassische arbeitsrechtliche Tatbestände regelt, sondern auch die Interpretation der Begriffe in anderen Normen des Unionsrechts:

#### i. Soziale Sicherheit

Das Primärrecht verwendet den Begriff der »sozialen Sicherheit« schon seit jeher nicht nur im Bereich der Sozialpolitik (Art. 118 EWGV), sondern auch im Recht der Arbeitnehmerfreizügigkeit, wo er in Art. 48 UAbs 1 AEUV und dem darauf beruhenden Sekundärrecht nähere Konturen erhalten hat. Dieses Regelungsregime und die zu seiner Konkretisierung ergangene Rechtsprechung sind nach allgemeiner Meinung zur Konkretisierung auch von Art. 153 Abs. 1 lit. c AEUV heranzuziehen.<sup>21</sup>

Nach Art. 48 UAbs. 1 AEUV beschließen das Europäische Parlament und der Rat »die auf dem Gebiet der sozialen Sicherheit für die Herstellung der Freizügigkeit der Arbeitnehmer notwendigen Maßnahmen«; dazu zählt namentlich ein System, das zu- und abwandernden Arbeitnehmern und Selbstständigen die Zusammenrechnung aller nach den verschiedenen innerstaatlichen Rechtsvorschriften berücksichtigten Zeiten für den Erwerb und die Aufrechterhaltung des Leistungsanspruchs sowie für die Berechnung der Leistungen und die Zahlung der Leistungen an Personen, die in den Hoheitsgebieten der Mitgliedstaaten wohnen, gewährleistet.

Dieses System ist die Wanderarbeitnehmerverordnung VO (EG) 883/2004.<sup>22</sup> Diese stellt Kollisionsregeln auf, die bei grenzüberschreitenden Sachverhalten zur Vermeidung von Doppelbelastungen und -begünstigungen über das anwendbare Recht entscheiden; in der Regel ist dies das für den Beschäftigungsort geltende Recht.<sup>23</sup> Sie enthält ferner wichtige Sachregeln, die verhindern, dass Grenzübertritt und Staatsangehörigkeit zu sozialrechtlichen Brüchen und Benachteiligungen führen: ein Verbot der sozialrechtlichen Diskriminierung von EU-Ausländern, den Grundsatz der Tatbestandsgleichstellung, der fingiert, dass bestimmte sozialrechtlich relevante Ereignisse, die in einem Mitgliedstaat eingetreten sind, so behandelt werden, als seien sie im Gebiet des zuständigen Staates verwirklicht worden, ferner das Gebot der Zusammenrechnung von Versicherungszeiten und schließlich den Grundsatz des Leistungsexports.<sup>24</sup>

Sachlich erfasst die Wanderarbeitnehmerverordnung gemäß ihrem Art. 3 Abs. 1 Leistungen bei Krankheit und Mutterschaft (Vaterschaft), bei Invalidität, bei Alter und an Hinterbliebene, bei Arbeitsunfällen und Berufskrankheiten, und bei Arbeitslosigkeit sowie Sterbegelder und Familienbeihilfen. Angesichts der Systemvielfalt in den Mitgliedstaaten werden die Systeme nicht nach weiteren Kriterien konkretisiert. Es werden daher sowohl universale Systeme erfasst, die etwa an den Tatbestand des rechtmäßigen Aufenthalts anknüpfen als auch selektive Systeme, die die gesicherten Personenkreise abschließend benennen (wie etwa alle fünf deutschen Sozialversicherungszweige). Es kommt auch nicht darauf an, ob die Systeme beitrags- oder steuerfinanziert sind.<sup>25</sup> Maßgebend für die Zuordnung von Leistungssystemen zur »sozialen Sicherheit« ist vielmehr, dass die jeweiligen Leistungen einen Bezug zu den in Art. 3 Abs. 1 VO (EG) 883/2004 genannten Risiken haben und die Leistungsgewährung nicht von einer individuellen Bedürftigkeitsprüfung, sondern von der Erfüllung von Beschäftigungs-, Mitgliedschafts- oder Beitragszeiten abhängig ist.<sup>26</sup> Gemäß Art. 3 Abs. 5 VO (EG) 883/2004 gilt die Wanderarbeitnehmerverordnung nicht für die soziale und medizinische Fürsorge und auch nicht für das soziale Entschädigungsrecht. Die Leistungen der Fürsorge zeichnen sich nach Meinung des EuGH dadurch aus, dass sie bedarfsabhängig gewährt werden und der zuständige Träger einen Ermessensspielraum bei der Gewährung der Leistung hat.<sup>27</sup>

Die Abgrenzung zwischen den unter Art. 3 Abs. 1 VO (EG) 883/2004 fallenden Systemen der sozialen Sicherheit auf der einen und der sozialen Fürsorge iSv. Art. 3 Abs. 5 VO (EG) 883/2004 auf der anderen Seite kann allerdings erhebliche Schwierigkeiten bei solchen Leistungen bereiten,

21 Davy, in: Niedobitek (Hrsg.), *Europarecht*, Berlin ua. 2014, § 7 Rn. 34 ff.; Frenz, *Handbuch Europarecht*, Bd. VI, Berlin ua. 2011, Rn. 3837; Callies/Ruffert-Krebbler (Fn. 8), Art. 153 AEUV Rn. 18; Rebhahn/Reimer, in: Schwarze (Hrsg.), *EU-Kommentar*, 3. Aufl., Baden-Baden 2012 (im Folgenden: Schwarze), Art. 153 AEUV Rn. 45; Ziegler, *Arbeitnehmerbegriffe im Europäischen Arbeitsrecht*, Baden-Baden 2010, S. 185 f.

22 S. bereits oben II.

23 S. Art. 11 Abs. 3 lit. a VO (EG) 883/2004.

24 Vgl. zusammenfassend etwa Callies/Ruffert-Brechmann (Fn. 8), Art. 48 AEUV Rn. 14 ff.

25 Davy, in: Niedobitek (Fn. 21), § 7 Rn. 38.

26 Vgl. EuGH, 5.3.1998 – C-160/96 – Slg. 1998, I-880 (Molenaar), Rn. 20; EuGH, 18.12.2007 – C-396/05, C-419/05, C-450/05 – Slg. 2007, I-11948 (Habelt ua.), Rn. 63. Ausführlich zur Rechtsprechung Fuchs, *EuSozR-Fuchs* (Fn. 12), Art. 3 VO (EG) 883/2004 Rn. 7 ff.

27 EuGH, 27.3.1985 – 249/83 – Slg. 1985, 982 (Hoeckx), Rn. 12–14.

die einen Bezug zu den in Art. 3 Abs. 1 VO (EG) 883/2004 genannten Risiken haben und im Falle von Bedürftigkeit Leistungsansprüche einräumen.<sup>28</sup> Für diese janusköpfigen Leistungen ist 1992 durch die VO (EWG) 1247/92<sup>29</sup> eine dritte Leistungskategorie eingeführt worden: Gemäß Art. 3 Abs. 3 VO (EG) 883/2004 fallen unter bestimmten Voraussetzungen auch die sog. beitragsunabhängigen Leistungen in den Anwendungsbereich der Wanderarbeitnehmerverordnung. Besondere beitragsunabhängige Leistungen iSv. Art. 70 VO (EG) 883/2004 sind Hybridleistungen, die sowohl Merkmale der in Art. 3 Abs. 1 VO (EG) 883/2004 genannten Systeme der sozialen Sicherheit als auch der Sozialhilfe aufweisen.<sup>30</sup> Es handelt sich also um Leistungen, die zwar einer Bedürftigkeitsprüfung unterliegen, ihrer Zielsetzung nach aber in einem engen Zusammenhang mit der sozialen Sicherheit stehen.<sup>31</sup> Eine beitragsunabhängige Leistung liegt demgemäß nach Art. 70 Abs. 2 VO (EG) 883/2004 vor, wenn sie erstens zu den in Art. 3 Abs. 1 VO (EG) 883/2004 genannten Leistungen hinzutritt oder diese ersetzt oder ergänzt oder allein dem besonderen Schutz von Behinderten dient. Die Leistung muss zweitens steuerfinanziert sein und darf nicht von Beiträgen abhängen. Drittens muss die Leistung im Anhang X zur VO (EG) 883/2004 genannt sein.

Deutschland hat zwei Leistungen für den Anhang X benannt: die Grundsicherung für Arbeitsuchende nach dem SGB II (insbesondere also das Arbeitslosengeld II, § 19 SGB II) sowie die Grundsicherung im Alter und bei Erwerbsminderung nach dem Vierten Kapitel des SGB XII, also die §§ 41–43 SGB XII. Die mitgliedstaatliche Benennung allein ist zwar nicht konstitutiv. Doch stehen diese Leistungen in einem insbesondere die Rentenversicherung ergänzenden Verhältnis und sind zudem steuerfinanziert; es handelt sich daher um beitragsunabhängige Leistungen iSv. Art. 70 Abs. 2 VO (EG) 883/2004. Nicht erfasst sind demgegenüber die allgemeinen Hilfen zum Lebensunterhalt, die nach näherer Maßgabe der §§ 27 ff. SGB XII an alle nicht erwerbsfähigen Personen erbracht werden, die nicht in den Anwendungsbereich von § 41 SGB XII fallen.<sup>32</sup>

## ii. Sozialer Schutz

Der »soziale Schutz« ist ein unionsrechtlich jüngerer Topos als die »soziale Sicherheit«; insbesondere war er nicht Regelungsgegenstand von Art. 118 EWGV. In den 80er und 90er Jahren des vergangenen Jahrhunderts fand sich der »Sozialschutz« zunächst in nicht rechtsverbindlichen Rechtsakten, wo er – wenig konturiert – sowohl die Systeme der sozialen

Sicherheit als auch bedarfsabhängige Grundsicherungsleistungen wie die Sozialhilfe erfasste.<sup>33</sup> Seit 1992 ist der »soziale Schutz« in Art. 137 EGV, der Vorgängerbestimmung von Art. 153 AEUV, auch Regelungsgegenstand des Primärrechts, ohne aber bislang durch Rechtsprechung oder Literatur konkretisiert worden zu sein.

Ertragreicher für die Frage der eigenständigen Funktion des »sozialen Schutzes« neben der »sozialen Sicherheit« ist Art. 34 GRC. Nach Art. 34 Abs. 1 GRC anerkennt und achtet die Union das Recht auf Zugang zu den Leistungen der sozialen Sicherheit und zu den sozialen Diensten, die in Fällen wie Mutterschaft, Krankheit, Arbeitsunfall, Pflegebedürftigkeit oder im Alter sowie bei Verlust des Arbeitsplatzes Schutz gewährleisten, nach Maßgabe des Unionsrechts und der einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und Gepflogenheiten. Gemäß Art. 34 Abs. 2 GRC hat zudem jeder Mensch, der in der Union seinen rechtmäßigen Wohnsitz hat und seinen Aufenthalt rechtmäßig wechselt, Anspruch auf die Leistungen der sozialen Sicherheit und die sozialen Vergünstigungen nach dem Unionsrecht und den einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und Gepflogenheiten. Deutlicher noch als Art. 48 S. 1 AEUV beziehen sich die beiden Absätze der Vorschrift damit auf soziale Risiken, die typischerweise über (zumeist soziale) Versicherungssysteme abgedeckt werden. Der Kontext sowohl zu Art. 153 Abs. 1 lit. c AEUV als auch zu Art. 48 S. 1 AEUV wird auch durch die genetische Auslegung bestätigt. Die Erläuterungen des Präsidiums zu Art. 34 Abs. 1 GRC<sup>34</sup> stützen sich explizit auf die Art. 137, 140 EGV (= Art. 153, 156 AEUV), ferner auf Art. 12 der Europäischen Sozialcharta (ESC), der ein Recht auf soziale Sicherheit gewährleistet und dieses durch die

28 Vgl. etwa die italienische Sozialrente, die EuGH, 5.5.1983 – 139/82 – Slg. 1983, 1427 (Piscitello), Rn. 11 als Leistung der sozialen Sicherheit eingeordnet hat, obwohl der Leistungsbezug von einer Bedürftigkeit und nicht von Beschäftigungs-, Mitglieds- oder Beitragszeiten abhängig war.

29 Verordnung (EWG) Nr. 1247/92 des Rates v. 30.4.1992 zur Änderung der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 zur Anwendung der Systeme der sozialen Sicherheit, auf Arbeitnehmer und Selbständige sowie deren Familienangehörige, die innerhalb der Gemeinschaft zu- und abwandern, ABl. 1992 L 136/1.

30 Ausführlich dazu *Beschorner*, ZESAR 2009, 320 ff.

31 *Schreiber*, in: *Schreiber/Wunder/Dern* (Hrsg.), VO (EG) Nr. 883/2004. Verordnung zur Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit, München 2012, Art. 70 Rn. 2.

32 Ebenso etwa *Fuchs*, *EuSozR-Fuchs* (Fn. 12), Art. 3 VO (EG) 883/2004 Rn. 40.

33 Vgl. dazu näher *Davy*, in: *Niedobitek* (Fn. 21), § 7 Rn. 40 f.

34 Erläuterungen des Präsidiums des Europäischen Konvents, ABl. 2007 Nr. C 303/27.

Einführung und Fortentwicklung von Systemen der sozialen Sicherheit gewährleistet sieht sowie schließlich auf Nr. 10 Gemeinschaftscharta der sozialen Grundrechte der Arbeitnehmer (GSGA), wonach jeder Arbeitnehmer der EU Anspruch auf einen angemessenen sozialen Schutz hat und unabhängig von seiner Stellung und von der Größe des Unternehmens, in dem er arbeitet, Leistungen der sozialen Sicherheit in ausreichender Höhe erhalten muss.

Art. 34 Abs. 2 GRC stützt sich ausweislich der Erläuterungen »auf Artikel 12 Absatz 4 und Artikel 13 Absatz 4 der Europäischen Sozialcharta sowie auf Nummer 2 der Gemeinschaftscharta der sozialen Grundrechte der Arbeitnehmer und spiegelt die Regeln wider, die sich aus den Verordnungen (EWG) Nr. 1408/71 und (EWG) Nr. 1612/68<sup>35</sup> ergeben.«<sup>36</sup> Während sich Art. 12 Abs. 4 ESC wiederum auf die »soziale Sicherheit« der Arbeitnehmer bezieht, geht es bei Art. 13 Abs. 4 ESC um die Gleichbehandlung bei Leistungen der sozialen Fürsorge, die den in Art. 34 Abs. 2 GRC neben der »sozialen Sicherheit« genannten »sozialen Vergünstigungen« entsprechen.<sup>37</sup> Damit wird auf die auch für das deutsche Sozialrecht grundlegende Unterscheidung zwischen sozialer Vorsorge durch Versicherungssysteme (Arbeitslosen, Kranken-, Renten-, [echte] Unfallversicherung und Pflegeversicherung) und sozialer Fürsorge durch steuerfinanzierte Schutzsysteme Bezug genommen, welche sich auch in den verfassungsrechtlichen Kompetenztiteln Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 (»Sozialversicherung einschließlich der Arbeitslosenversicherung«) bzw. Nr. 7 (»öffentliche Fürsorge«) GG spiegelt.

Es spricht damit Manches dafür, dass das Begriffspaar »soziale Sicherheit« – »sozialer Schutz« die schon in der Europäischen Sozialcharta und in der Gemeinschaftscharta der sozialen Grundrechte der Arbeitnehmer angelegte Unterscheidung zwischen sozialer Vorsorge/Sicherheit auf der einen und sozialer Fürsorge auf der anderen Seite aufnimmt. Dafür spricht auch, dass diese Differenzierung der Wanderarbeitnehmerverordnung VO (EG) 883/2004 zugrunde liegt, die primär für Leistungen der »sozialen Sicherheit« gilt, solche der »sozialen Fürsorge« aber von ihrem Anwendungsbereich ausschließt (Art. 3 Abs. 5 VO (EG) 883/2004). »Sozialer Schutz« bezieht sich damit gegenständlich auf diejenigen Sozialsysteme, die Leistungsansprüche von einer persönlichen Bedürftigkeitsprüfung abhängig machen,<sup>38</sup> namentlich also die sozialen Grundsicherungssysteme.<sup>39</sup> Erfasst sind damit insbesondere auch die allgemeinen Hilfen zum Lebensunterhalt nach den §§ 27 ff. SGB XII, die unbestrittenmaßen nicht Regelungsgegenstand der »sozialen Sicherheit« sind.

### iii. Die beitragsunabhängigen Leistungen im kompetentiellen Zusammenhang von Art. 153 Abs. 1 lit. c AEUV

In der Systematik des Art. 3 VO (EG) 883/2004 sind die beitragsunabhängigen Leistungen iSv. Abs. 3 zwar weder solche der sozialen Sicherheit nach Abs. 1 noch solche der sozialen Fürsorge nach Abs. 5. Allein die Tatsache, dass sie Regelungsgegenstand der auf Art. 48 AEUV beruhenden Wanderarbeitnehmerverordnung sind, macht sie daher nicht zwingend zu Leistungen der »sozialen Sicherheit«. Die VO (EWG) 1247/91,<sup>40</sup> die die beitragsunabhängigen Leistungen in die Wanderarbeitnehmerverordnung eingefügt hat, wurde nämlich nicht nur auf Art. 51 EWGV (eine Vorgängerbestimmung von Art. 48 AEUV, der allein zu Regelungen der »sozialen Sicherheit« ermächtigt), sondern auch auf die Vertragsabrundungskompetenz des heutigen Art. 352 AEUV gestützt.<sup>41</sup>

Der Kompetenztitel des Art. 153 Abs. 1 lit. c AEUV ist aber binär konzipiert, kennt also keine dritte, hybride Kategorie zwischen der »Sicherheit« und dem »Schutz«. Eine genaue Zuordnung ist allerdings in sachlicher Hinsicht auch nicht erforderlich; die janusköpfigen beitragsunabhängigen Leistungen verbinden eben Elemente der »sozialen Sicherheit« mit solchen des »sozialen Schutzes«, sind also unabhängig von der genauen Zuordnung vom sachlichen Anwendungsbereich des Art. 153 Abs. 1 lit. c AEUV umfasst. Diese duale Zuordnung spricht allerdings dafür, für die folgende Bestimmung des personalen Schutzbereiches einen einheitlichen, nicht nach »sozialer Sicherheit« und »sozialem Schutz« differenzierenden Arbeitnehmerbegriff zugrunde zu legen.

### (2) Personaler Anwendungsbereich

Während damit der sachliche Anwendungsbereich von Art. 153 Abs. 1 lit. c AEUV denkbar weit ist, ist die Norm

35 Die VO (EWG) 1612/68 ist die Vorgängerin der VO (EG) 492/2011, und aus der VO (EWG) 1408/71 ist die VO (EG) 883/2004 hervorgegangen, s. oben 1.

36 Erläuterungen des Präsidiums des Europäischen Konvents, ABl. 2007 Nr. C 303/27.

37 Callies/Ruffert-Kingreen (Fn. 8), Art. 34 GRCh Rn. 2; Schwarze-Ross (Fn. 21), Art. 34 GRCh Rn. 4.

38 So für die im Bereich der Wanderarbeitnehmerverordnung relevante Abgrenzung zwischen Leistungen der sozialen Sicherheit und der sozialen Fürsorge EuGH, 1.4.2008 – C-212/06 – Slg. 2008, I-1683 (Gouvernement de la Communauté française), Rn. 17.

39 Weitergehend Davy, in: Niedobitek (Fn. 21), § 7 Rn. 40 f., die vom »sozialen Schutz« auch die Systeme der »sozialen Sicherheit« mit umfasst sieht.

40 Zu dieser oben i.

41 Dazu noch unten (2)iii.



in persönlicher Hinsicht auf Arbeitnehmer beschränkt. Der Begriff des »Arbeitnehmers« ist der Dreh- und Angelpunkt in der Debatte über die Reichweite der durch Art. 153 Abs. 1 lit. c AEUV vermittelten Kompetenz. Dabei besteht das Problem im Kern darin, dass das Unionsrecht keinen einheitlichen Arbeitnehmerbegriff kennt<sup>42</sup> und diesen im Interesse seiner einheitlichen Anwendbarkeit auch nicht von mitgliedstaatlichen Kategorien abhängig machen kann.<sup>43</sup> Es muss daher geklärt werden, welcher Arbeitnehmerbegriff für Art. 153 Abs. 1 lit. c AEUV maßgebend ist:

#### i. Der sozialversicherungsrechtliche Arbeitnehmerbegriff in der Wanderarbeitnehmerverordnung

Der Begriff des Arbeitnehmers in Art. 153 Abs. 1 lit. c AEUV bezieht sich auf die Systeme der »sozialen Sicherheit« und des »sozialen Schutzes« und muss daher in diesem Kontext interpretiert werden.

Ausgangspunkt ist daher auch insoweit die Auslegung, die der Begriff im Rahmen von Art. 48 AEUV erhalten hat; im Schrifttum heißt es sogar, die Arbeitnehmerbegriffe der Art. 48 AEUV und 153 Abs. 1 lit. c AEUV seien deckungsgleich.<sup>44</sup> Für ihn sind nicht arbeitsrechtliche, sondern sozialversicherungsrechtliche Kriterien maßgebend,<sup>45</sup> die der EuGH in seiner Rechtsprechung zu Art. 48 AEUV und der Wanderarbeitnehmerverordnung VO (EWG) 1408/71 konturiert hat. Art. 1 lit. a VO (EWG) 1408/71 bezeichnete als Arbeitnehmer jede Person, die im Rahmen eines der dort aufgeführten Systeme der sozialen Sicherheit unter den dort genannten Voraussetzungen gegen die in dieser Vorschrift angeführten Risiken versichert ist. Die nunmehr einschlägige Wanderarbeitnehmerverordnung VO (EG) 883/2004 gilt zwar für alle Staatsangehörigen der Mitgliedstaaten unabhängig von ihrer Arbeitnehmereigenschaft. Sie stellt in ihrem Art. 1 lit. a vielmehr ab auf die »Beschäftigung«, dh. »jede Tätigkeit oder gleichgestellte Situation, die für die Zwecke der Rechtsvorschriften der sozialen Sicherheit des Mitgliedstaats, in dem die Tätigkeit ausgeübt wird oder die gleichgestellte Situation vorliegt, als solche gilt«. Dennoch bleibt die Rechtsprechung des EuGH zum sozialversicherungsrechtlichen Arbeitnehmerbegriff maßgebend. Danach ist Arbeitnehmer im sozialversicherungsrechtlichen Sinne, wer »auch nur gegen ein einziges Risiko im Rahmen eines der allgemeinen oder besonderen Systeme der sozialen Sicherheit pflichtversichert oder freiwillig versichert ist, und zwar unabhängig vom Bestehen eines Arbeitsverhältnisses.«<sup>46</sup> Arbeitnehmer in diesem sozialversicherungsrechtli-

chen Sinne ist damit auch, wer gar nicht in einem Arbeitsverhältnis steht. Die VO (EG) 883/2004 hat diese Rechtsprechung aufgenommen und zählt nunmehr allgemein »Versicherte« (Art. 1 lit. c VO (EG) 883/2004) zum berechtigten Personenkreis, ohne – wie zuvor die VO (EWG) 1408/71 – noch nach den einzelnen Personenkreisen (Arbeitnehmer, Selbständige, Arbeitslose, Studierende etc.) zu differenzieren.<sup>47</sup> Es kommt also nicht auf die tatsächliche Mitgliedschaft in einem sozialen Versicherungssystem an, sondern allein darauf, dass der Betreffende die materiellen Zugangsvoraussetzungen zu diesem erfüllt.<sup>48</sup>

Der sozialversicherungsrechtliche Arbeitnehmerbegriff iSd. Wanderarbeitnehmerverordnung erfasst damit nicht nur Arbeitnehmer (Voll- oder Teilzeitbeschäftigte, unter Einschluss von Beamten<sup>49</sup>), sondern auch ehemalige Arbeitnehmer, Rentner, Studierende und andere ökonomisch nicht Aktive, wenn sie nur dem Grunde nach die Voraussetzungen des Zugangs zu einem Sozialversicherungssystem erfüllen.<sup>50</sup> In den persönlichen Anwendungsbereich der Wanderarbeitnehmerverordnung fallen also beispielsweise Rentner und Pensionäre, sofern sie nach den Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaats zum Bezug von Leistungen aus den Alterssicherungssystemen (Rente, Pension) berechtigt sind.<sup>51</sup> Unter den sozialversicherungsrechtlichen Arbeitnehmerbegriff fällt aber etwa auch, wer als Erwerbsfähiger keine Beschäftigung ausübt, aber gegen eines der in Art. 3 Abs. 1 VO (EG) 883/2004 aufgeführten Risiken gesichert ist.<sup>52</sup>

42 Vgl. dazu bereits oben a) vor (1).

43 Dazu *Terhechte*, in: Schlachter/Heinig (Hrsg.), Enzyklopädie Europarecht, Bd. VII, Europäisches Arbeits- und Sozialrecht, Baden-Baden 2016, § 1 Rn. 30.

44 *Eichenhofer*, in: Streinz (Hrsg.), EUV/AEUV, 2. Aufl., München 2012, Art. 153 AEUV Rn. 18; *Callies/Ruffert-Krebber* (Fn. 8), Art. 153 AEUV Rn. 18; differenzierend *Ziegler* (Fn. 21), S. 169 ff.

45 *Callies/Ruffert-Brechmann* (Fn. 8), Art. 48 AEUV Rn. 6; *Ziegler* (Fn. 21), S. 164 ff.

46 EuGH, 7.6.2005 – C-543/03 – Slg. 2005, I-5065 (Dodl und Oberhollenzer), Rn. 34; vgl. bereits EuGH, 12.5.1998 C-85/96 Slg. 1998, I-2708 (Martinez Sala), Rn. 36.

47 *Fuchs*, *EuSozR-Fuchs* (Fn. 12), Art. 1 VO (EG) 883/2004 Rn. 10.

48 So ausdrücklich schon EuGH, 7.5.1987 – 184/85 – Slg. 1987, 2023 (Moutahaan), Rn. 7/10.

49 Vgl. dazu etwa EuGH, 10.5.2001 – C-389/99 – Slg. 2001, I-3760 (Rundgren), Rn. 25.

50 Zusammenfassend *Davy*, in: *Niedobitek* (Fn. 21), § 7 Rn. 116; *Eichenhofer*, *Sozialrecht der Europäischen Union*, 6. Aufl., Berlin 2015, § 6 Rn. 89 ff.

51 EuGH, 5.3.1998 – C-194/96 – Slg. 1998, I-921 (Kulzer), Rn. 24 und EuGH, 10.5.2001 – C-389/99 – Slg. 2001, I-3760 (Rundgren), Rn. 26.

52 EuGH, 10.3.2011 – C-516/09 – NZA 2011, 503 (Borger), Rn. 33.

Um die Auswirkungen dieses sozialversicherungsrechtlichen Arbeitnehmerbegriffs einschätzen zu können, bedürfte es einer bislang nicht vorliegenden Aufarbeitung der Sozialsysteme insbesondere in denjenigen Mitgliedstaaten, für die ein »EU-Rechtsrahmen« erhebliche Anpassungsprozesse bedingen würde. Hier können nur exemplarisch die Auswirkungen auf das deutsche Recht aufgezeigt werden. Hier würden alle Bezieher von Grundsicherungsleistungen nach dem SGB II erfasst. Das folgt schon allein aus der Tatsache, dass der Anspruch auf Arbeitslosengeld II die Versicherungspflicht in der gesetzlichen Kranken- und Pflegeversicherung (§ 5 Abs. 1 Nr. 2a SGB V, § 20 Abs. 1 S. 2 Nr. 2a SGB XII) auslöst. Hinzu kommt die enge konzeptionelle Verknüpfung mit dem im SGB III geregelten Recht der Arbeitslosenversicherung, das unter Art. 3 Abs. 1 VO (EG) 883/2004 fällt. Die Grundsicherungssysteme des SGB II und des SGB XII werden über den Tatbestand der Erwerbsfähigkeit (§ 8 SGB II) abgrenzt. Dem liegt die Überlegung zugrunde, dass Erwerbsfähige, die keine Beschäftigung haben und daher auf Grundsicherungsleistungen angewiesen sind, Arbeitsuchende sind. Das zeigen die vielfältigen Bezüge zwischen Leistungsbezug und Integration in den Arbeitsmarkt, die etwa in der Eingliederungsvereinbarung (§ 15 SGB II) und dem arbeitsmarktbezogenen Sanktionssystem (§§ 31 ff. SGB II) zum Ausdruck kommen.

Selbst die Bezieher von Leistungen nach dem SGB XII können, obwohl sie nicht erwerbsfähig sind, vom sozialversicherungsrechtlichen Arbeitnehmerbegriff erfasst sein. Maßgebend sind auch insoweit die einfach-rechtlichen Bestimmungen. Gemäß § 21 S. 1 SGB XII erhalten Personen, die nach dem SGB II als Erwerbsfähige oder als Angehörige dem Grunde nach leistungsberechtigt sind, grundsätzlich keine Leistungen für den Lebensunterhalt nach dem SGB XII. Die Abgrenzung der beiden Leistungssysteme erfolgt nach § 7 Abs. 1 Nr. 1, 2 SGB II über die Altersgrenze (§ 7a SGB II) und über den Begriff der Erwerbsfähigkeit, welcher in § 8 SGB II näher umschrieben ist. In den Anwendungsbereich des SGB XII fallen damit folgende Personenkreise:

- Bedürftige Personen, die wegen Krankheit oder Behinderung auf absehbare Zeit außerstande sind, unter den üblichen Bedingungen des allgemeinen Arbeitsmarktes mindestens drei Stunden täglich erwerbstätig zu sein, § 8 Abs. 1 SGB II. Dieser Personenkreis erhält gemäß § 19 Abs. 1 SGB XII Hilfen zum Lebensunterhalt nach näherer Maßgabe der §§ 27 ff. SGB XII.

- Bedürftige Personen, die die Altersgrenze nach § 7a SGB II erreicht haben, erhalten nach § 41 Abs. 2 SGB XII Grundsicherung im Alter nach näherer Maßgabe der §§ 42 ff. SGB XII. Diese (gegenüber den allgemeinen Hilfen zum Lebensunterhalt nach den §§ 27 ff. SGB XII attraktiver ausgestalteten) Leistungen erhalten auch bedürftige Personen, die das 18. Lebensjahr vollendet haben, unabhängig von der jeweiligen Arbeitsmarktlage voll erwerbsgemindert im Sinne des § 43 Abs. 2 SGB II sind und bei denen unwahrscheinlich ist, dass die volle Erwerbsminderung behoben werden kann. Bestehen hingegen Aussichten darauf, dass die volle Erwerbsminderung behoben werden kann, hat der Betreffende je nach Erfüllung der Voraussetzungen entweder einen Anspruch nach den §§ 27 ff. SGB XII oder nach § 19 SGB II.<sup>53</sup>

Nach dem SGB XII berechtigt sind also durchweg solche Personen, die nicht mehr in den Arbeitsmarkt integriert werden können/sollen bzw. bei denen dies jedenfalls nicht absehbar ist. Im Sinne der Wanderarbeitnehmerverordnung handelt es sich bei den allgemeinen Hilfen zum Lebensunterhalt um Leistungen der Sozialhilfe (Art. 3 Abs. 5 VO (EG) 883/2004), während die Leistungen der Grundsicherung im Alter und bei Erwerbsminderung nach den §§ 41–43 SGB XII beitragsunabhängige Geldleistungen iSv. Art. 3 Abs. 3 VO (EG) 883/2004 sind.

Diese Unterscheidung hat den folgenden, auch für den sozialversicherungsrechtlichen Arbeitnehmerbegriff relevanten Hintergrund: Personen, die Grundsicherungsleistungen im Alter oder bei Erwerbsminderung erhalten, können nämlich auch Bezieher von Altersrenten (§§ 35 ff. SGB VI) bzw. von Renten wegen Erwerbsminderung (§§ 43 ff. SGB VI) sein, welche wegen ihrer geringen Höhe durch Grundsicherungsleistungen aufgestockt werden müssen. Im Anwendungsbereich der §§ 41–43 SGB XII besteht daher ein enger Zusammenhang mit den in Art. 3 Abs. 1 VO (EG) 883/2004 genannten Risiken der Invalidität (lit. c) und des Alters (lit. d), was ihren Einbezug in die Wanderarbeitnehmerverordnung legitimiert und den berechtigten Personenkreis zugleich in den sozialversiche-

<sup>53</sup> *Wahrendorf*, in: Grube/Wahrendorf (Hrsg.), SGB XII, 5. Aufl., München 2014, § 41 Rn. 30.

rungsrechtlichen Arbeitnehmerbegriff integriert. Die unter die §§ 41–43 SGB XII fallenden Personen sind zwar keine Mitglieder der gesetzlichen Rentenversicherung mehr, sind aber als Rentner unter den Voraussetzungen der §§ 5 Abs. 1 Nr. 11 SGB V und 20 Abs. 1 Nr. 11 SGB XI in der Kranken- sowie in der Pflegeversicherung pflichtversichert.

Nicht vom sozialversicherungsrechtlichen Arbeitnehmerbegriff gedeckt sind damit allein solche Personen, die ohne einen Bezug zur Sozialversicherung zu haben, allgemeine Leistungen zum Lebensunterhalt (§§ 27 ff. SGB XII) beziehen.

## ii. Der arbeitsrechtliche Arbeitnehmerbegriff in der Freizügigkeits-Richtlinie

Maßgebend für den Begriff des Arbeitnehmers iSv. Art. 48 S. 1 AEUV ist also nicht ein Arbeitsverhältnis im arbeitsrechtlichen Sinne, sondern ein sozialversicherungsrechtliches »Gesichert-Sein«<sup>54</sup>, das jedenfalls in Deutschland fast alle Bezieher von Grundsicherungsleistungen erfasst. Die Tatsache, dass damit auch Nicht-Erwerbstätige erfasst werden (und damit auch solche, die aus diesem Grunde auf Leistungen der Grundsicherung angewiesen sind), wirft allerdings die Frage auf, in welchem Verhältnis die Arbeitnehmerfreizügigkeit und die daran grundsätzlich anknüpfende Kompetenznorm des Art. 153 Abs. 1 lit. c AEUV zur allgemeinen Freizügigkeit steht, die durch Art. 21 AEUV geschützt wird und auf dessen Grundlage insbesondere die Freizügigkeits-Richtlinie RL 2004/38/EG ergangen ist.

Diese Richtlinie hat die Funktion, die »bereichsspezifischen und fragmentarischen Ansätze des Freizügigkeits- und Aufenthaltsrechts zu überwinden«<sup>55</sup> und ein allgemeines, von sozioökonomischen Merkmalen unabhängiges Freizügigkeitsrecht für alle Unionsbürger zu schaffen. Die Art. 6 ff. RL 2004/38/EG enthalten daher ein primär aufenthaltsrechtliches Regelungsregime, das in doppelter Hinsicht mit der Frage der Inanspruchnahme von Sozialleistungen verknüpft ist. Auf der einen Seite hängt ein über drei Monate andauerndes Aufenthaltsrecht von Unionsbürgern in einem anderen Mitgliedstaat davon ab, dass sie entweder Arbeitnehmer oder Selbstständiger im Aufnahmemitgliedstaat sind oder, wenn sie dies nicht sind, für sich und ihre Familienangehörigen über ausreichende Existenzmittel verfügen, sodass sie während ihres Aufenthalts keine Sozialhilfeleistungen des Aufnahmemitgliedstaats in Anspruch nehmen müssen, und sie und ihre Familienangehörigen über einen umfassenden Kranken-

versicherungsschutz im Aufnahmemitgliedstaat verfügen (Art. 7 Abs. 1 lit. a und b RL 2004/38/EG). Auf der anderen Seite genießt aber nach Art. 24 Abs. 1 S. 1 RL 2004/38/EG grundsätzlich jeder Unionsbürger, der sich nach Maßgabe der aufenthaltsrechtlichen Bestimmungen der Richtlinie rechtmäßig im Hoheitsgebiet des Aufnahmemitgliedstaates aufhält, Anspruch auf gleiche Behandlung wie die Staatsangehörigen dieses Mitgliedstaates. Dieser grundsätzliche Gleichbehandlungsanspruch wird allerdings für einzelne Sozialleistungen relativiert. Gemäß Art. 24 Abs. 2 RL 2004/38/EG besteht für nicht erwerbstätige Unionsbürger erst ab einem Aufenthalt von drei Monaten ein sozialhilferechtlicher Gleichbehandlungsanspruch; Studienbeihilfen müssen sogar erst gewährt werden, nachdem das Recht auf Daueraufenthalt erworben wurde, also erst nach fünf Jahren.

Der Sozialleistungsbezug kann also das Aufenthaltsrecht ebenso beeinflussen wie umgekehrt der Aufenthaltstitel den Anspruch auf Sozialleistungen.<sup>56</sup> Dieses Wechselspiel zwischen Aufenthalts- und Sozialrecht ist Gegenstand einer zunehmend restriktiven Rechtsprechung des EuGH, die auch das deutsche Grundsicherungsrecht zum Gegenstand hatte. Dabei ging es jeweils um die Frage, ob der Ausschluss von Unionsbürgern vom Bezug von Leistungen der Grundsicherung (§ 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 SGB II), also insbesondere vom Arbeitslosengeld II (§ 19 SGB II), mit Unionsrecht vereinbar ist. Das Problem bestand hier darin, dass das Arbeitslosengeld II als beitragsunabhängige Leistung (Art. 70 VO (EG) 883/2004) zum einen dem ausnahmslosen Diskriminierungsverbot des Art. 4 VO (EG) 883/2004 unterlag, auf der anderen Seite aber auch als Sozialhilfe iSv. Art. 24 Abs. 2 RL 2004/38/EG angesehen werden konnte, die Arbeitsuchenden nach Art. 24 Abs. 2 iVm. Art. 14 Abs. 4 lit. b RL 2004/38/EG auch dauerhaft vorenthalten werden kann. Der EuGH sieht das Arbeitslosengeld II in der Entscheidung *Alimanovic* zwar als beitragsunabhängige Leistung iSv. Art. 70 VO (EG) 883/2004 an, ordnet es aber zugleich auch als »Sozialhilfe« iSv. Art. 24 Abs. 2 RL 2004/38/EG ein. Diese umfasse nämlich alle »von öffentlichen Stellen

<sup>54</sup> Begriff bei Davy, in: Niedobitek (Fn. 21), § 7 Rn. 117; gleichsinnig etwa Eichenhofer (Fn. 50), § 6 Rn. 90: »Gesicherte«.

<sup>55</sup> Ewg. 4 der RL 2004/38/EG.

<sup>56</sup> Zu diesem komplizierten Wechselspiel Ascher, Sozialleistungen für Unionsbürger, Baden-Baden 2017, S. 166 ff.; Kingreen, Soziale Rechte und Migration, Baden-Baden 2010, S. 46 ff.

ingerichteten Hilfssysteme, die auf nationaler, regionaler oder örtlicher Ebene bestehen und die ein Einzelner in Anspruch nimmt, der nicht über ausreichende Existenzmittel zur Bestreitung seiner Grundbedürfnisse und derjenigen seiner Familie verfügt.«<sup>57</sup> Allerdings hatte der EuGH noch 2009 in der Entscheidung *Vatsouras und Koupatantze* die Ansicht vertreten, dass Arbeit suchende Unionsbürger bereits aus der Arbeitnehmerfreizügigkeit einen Anspruch auf diskriminierungsfreie Inanspruchnahme von solchen Sozialleistungen haben, die den Zugang zum Arbeitsmarkt erleichtern sollen (Art. 45 Abs. 2 AEUV). Solche Leistungen könnten nicht als »Sozialhilfeleistungen« iSv. Art. 24 Abs. 2 RL 2004/38/EG eingeordnet werden; sie wären dann nach Art. 4 VO (EG) Nr. 883/2004 diskriminierungsfeindlich. Der EuGH hatte zudem angedeutet, dass die in § 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 SGB II enthaltene Voraussetzung der Erwerbsfähigkeit darauf hindeuten könne, dass das Arbeitslosengeld II den Zugang zur Beschäftigung erleichtern soll.<sup>58</sup> Von dieser Sichtweise ist der EuGH aber in der Folgerechtsprechung explizit abgerückt, weil das Arbeitslosengeld II eine primär existenzsichernde Funktion habe und keine Leistung sei, die den Zugang zum Arbeitsmarkt eines Mitgliedstaats erleichtern solle.<sup>59</sup>

Grundlage dieser Rechtsprechung ist ein arbeitsrechtlicher Arbeitnehmerbegriff. Arbeitnehmer ist danach jeder, »der eine tatsächliche und echte Tätigkeit ausübt, wobei Tätigkeiten außer Betracht bleiben, die einen so geringen Umfang haben, dass sie sich als völlig untergeordnet und unwesentlich darstellen. Das wesentliche Merkmal des Arbeitsverhältnisses besteht [...] [somit] darin, dass jemand während einer bestimmten Zeit für einen anderen nach dessen Weisung Leistungen erbringt, für die er als Gegenleistung eine Vergütung erhält.«<sup>60</sup> Nur wer »Arbeitnehmer« in diesem Sinne ist, kommt in den Genuss eines uneingeschränkten Anspruchs auf Grundsicherungsleistungen nach Art. 24 Abs. 1 RL 2004/38/EG.<sup>61</sup> Für alle anderen Personen gilt der nur abgestufte und bei Fehlen eines europarechtlich begründeten Aufenthaltsrechts ggf. auch dauerhaft ausgeschlossene Anspruch auf sozialrechtliche Gleichbehandlung nach Art. 24 Abs. 2 RL 2004/38/EG.

Wäre dieser arbeitsrechtliche Arbeitnehmerbegriff maßgebend, wären zwar Personen, die in einem Arbeits- bzw. Beschäftigungsverhältnis stehen, aber als sog. Aufstocker Grundsicherungsleistungen zur Sicherstellung ihres Exis-

tenzminimums beziehen, erfasst, nicht aber alle anderen Empfänger von Grundsicherungsleistungen nach dem SGB II und XII, die nicht in einem Beschäftigungsverhältnis stehen.

### iii. Konsequenzen für einen EU-Rechtsrahmen für soziale Grundsicherungssysteme

Die Unterschiede zwischen den beiden Arbeitnehmerbegriffen sind also beträchtlich: Legte man Art. 153 Abs. 1 lit. c AEUV einen sozialversicherungsrechtlichen Arbeitnehmerbegriff zugrunde, fielen – mit Ausnahme der Empfänger von allgemeinen Hilfen zum Lebensunterhalt nach den §§ 27 ff. SGB XII – alle Bezieher von Grundsicherungsleistungen nach deutschem Recht in den personalen Anwendungsbereich der Vorschrift. Hält man hingegen den arbeitsrechtlichen Arbeitnehmerbegriff für maßgebend, wie er namentlich in der Freizügigkeits-Richtlinie verwendet wird, könnten nur solche Grundsicherungsempfänger erfasst werden, die in einem Arbeitsverhältnis stehen, also nur die sog. Aufstocker.

Es gibt bislang weder EuGH-Rechtsprechung noch Schrifttum zu der Frage, wie sich diese Arbeitnehmerbegriffe im Hinblick auf Art. 153 Abs. 1 lit. c AEUV zueinander verhalten. Immerhin enthält aber die Aussage des EuGH, dass »die Bedeutung dieses Begriffes vom jeweiligen Anwendungsbereich«<sup>62</sup> abhängt, wichtige Anhaltspunkte für eine Antwort. Gegen die Maßgeblichkeit der Freizügigkeits-Richtlinie für die Interpretation des Arbeitnehmerbegriffs in Art. 153 Abs. 1 lit. c AEUV spricht schon der Wortlaut. Anders als in Art. 48 UAbs. 1 AEUV und der VO (EG) 883/2004 wird der Arbeitnehmerbegriff in der Freizügigkeits-Richtlinie nirgends auf soziale Sicherheits- und/oder Schutzsysteme bezogen; die Begriffe »soziale Sicherheit« und »sozialer Schutz« werden überhaupt nicht verwendet. In dem Kontext, in dem die Freizügigkeits-Richtlinie den Begriff des Arbeitnehmers verwendet, ist

57 EuGH, 15.9.2015 – C-67/14 – NJW 2016, 555 (Alimanovic), Rn. 44.

58 EuGH, 4.6.2009 – C-22/08, C-23/04 – Slg. 2009, I-4585 (Vatsouras und Koupatantze), Rn. 37, 43, 45.

59 EuGH, 15.9.2015 – C-67/14 – NJW 2016, 555 (Alimanovic), Rn. 46.

60 EuGH, 4.6.2009 – C-22/08, C-23/04 – Slg. 2009, I-4585 (Vatsouras und Koupatantze), Rn. 26.

61 So explizit EuGH, 4.6.2009 – C-22/08, C-23/04 – Slg. 2009, I-4585 (Vatsouras und Koupatantze), Rn. 32.

62 EuGH, 12.5.1998 C-85/96 Slg. 1998, I-2708 (Martínez Sala), Rn. 31; EuGH, 13.01.2004 – C-256/01 – Slg. 2004, I-903 (Allonby), Rn. 63.

das allerdings plausibel. Wesentlicher Regelungsgegenstand der Freizügigkeits-Richtlinie ist das Recht auf Aufenthalt in einem anderen Mitgliedstaat, das primär über die Eigenschaft als Arbeitnehmer vermittelt wird, aber auch unabhängig davon bestehen kann, dann aber von zusätzlichen Voraussetzungen abhängig gemacht wird (insbesondere ausreichende Mittel zur Existenzsicherung). Die Arbeitnehmereigenschaft ist dann zwar auch wichtig für die Frage, ob uneingeschränkte sozialrechtliche Gleichbehandlungsansprüche bestehen; das ändert aber nichts daran, dass die Freizügigkeits-Richtlinie kein sozialrechtlicher, sondern ein aufenthaltsrechtlicher Rechtsakt ist. Entsprechendes gilt für die schon ältere VO (EU) 492/2011,<sup>63</sup> deren Regelungsgegenstand die Freizügigkeit der Arbeitnehmer ist, die insbesondere durch den Anspruch auf Gleichbehandlung in Art. 7 Abs. 2 VO (EU) 492/2011 gesichert ist. Auch für sie gilt der gleiche arbeitsrechtliche Arbeitnehmerbegriff<sup>64</sup> wie für die RL 2004/38/EG. Damit wird erreicht, dass nur Personen, die tatsächlich in einem Arbeitsverhältnis stehen, ein privilegiertes Aufenthaltsrecht haben, das einen uneingeschränkten Anspruch auf Gleichbehandlung mit inländischen Arbeitnehmern beinhaltet. Der arbeitsrechtliche erweist sich damit vor allem als ein freizügigkeitsrechtlicher Arbeitnehmerbegriff.

Regelungsgegenstand von Art. 153 Abs. 1 lit. c AEUV ist aber in Abgrenzung zu den allgemeinen, vorwiegend binnenmarktbezogenen Rechtsgrundlagen<sup>65</sup> gerade nicht die Freizügigkeit, und zwar weder die Arbeitnehmerfreizügigkeit noch die allgemeine Freizügigkeit, sondern es ist das Sozialrecht. Geregelt wird, unter welchen Voraussetzungen die Union gerade unabhängig vom Binnenmarktziel sozialrechtliche, für die Mitgliedstaaten verbindliche Mindeststandards setzen kann. Es geht, wie namentlich der avisierte verbindliche Rechtsrahmen für Grundsicherungssysteme in den Mitgliedstaaten zeigt, nicht um die Ermöglichung von Freizügigkeit, sondern im Gegenteil darum, durch soziale Kohäsion eine sozialpolitisch unerwünschte Migration zu unterbinden. Die damit maßgebliche Wanderarbeitnehmerverordnung dient zwar ebenfalls dazu, Freizügigkeit zu ermöglichen, aber ihr Regelungsgegenstand sind nicht Aufenthalts-, sondern allein soziale Rechte und deren transterritoriale Erweiterung. Sie setzt daher auf den sozialen Sicherheits- und Schutzsystemen der Mitgliedstaaten auf; diese bilden den Kontext auch für den Arbeitnehmerbegriff, der notwendigerweise weiter ist als ein freizügigkeitsrechtlicher Arbeitnehmerbegriff, weil

die durch ihn in Bezug genommenen Sozialsysteme auch Personen erfassen, die aktuell in keinem Arbeitsverhältnis stehen.

Sowohl die an Art. 48 UAbs. 1 AEUV anknüpfenden Begrifflichkeiten als auch der sozialrechtliche Kontext sprechen also dafür, dass für Art. 153 Abs. 1 lit. c AEUV ein sozialversicherungsrechtlicher Arbeitnehmerbegriff maßgebend ist. Damit sind zwar die Kompetenzbestimmungen der Art. 48 UAbs. 1 und Art. 153 Abs. 1 lit. c AEUV in Bezug auf die »soziale Sicherheit [...] der Arbeitnehmer« deckungsgleich. Das heißt aber nicht zwingend, dass sie auch die beitragsunabhängigen Geldleistungen umfassen, die wesentlicher Regelungsgegenstand auch des Rechtsrahmens für die Grundsicherungssysteme in den Mitgliedstaaten wären. Dagegen könnte man geltend machen, dass die Wanderarbeitnehmerverordnung Leistungen der sozialen Sicherheit (Art. 3 Abs. 1 VO (EG) 883/2004) gerade von den beitragsunabhängigen Geldleistungen nach Art. 3 Abs. 3 VO (EG) 883/2004 unterscheidet. Im Ergebnis greift dieser Einwand aber nicht durch. Denn die beitragsunabhängigen Leistungen sind jedenfalls vom »sozialen Schutz« umfasst, für den der sozialversicherungsrechtliche Arbeitnehmerbegriff mangels entgegenstehender Anhaltspunkte im Wortlaut der Norm und dem systematischen Zusammenhang, in dem sie steht, ebenfalls gilt.

Hilfsweise ließe sich aber auch folgendermaßen argumentieren: Als die die VO (EWG) 1247/92 den Anwendungsbereich der Wanderarbeitnehmerverordnung auf die beitragsunabhängigen Geldleistungen erstreckte, bestand offenbar Unklarheit darüber, ob diese Leistungen noch unter »soziale Sicherheit« im Sinne des heutigen Art. 48 UAbs. 1 AEUV subsumiert werden können.<sup>66</sup> Die Verordnung ist daher nicht nur auf die Vorgängernorm des Art. 48 UAbs. 1 AEUV, sondern auch auf die Vertragsabrundungskompetenz des damaligen Art. 308 EGV gestützt worden. Die Nachfolgenorm Art. 352 AEUV bezieht sich nicht mehr nur auf den Gemeinsamen Markt, sondern auf alle Politikbereiche (und damit auch auf die Sozialpolitik). Erscheint nach Art. 352 Abs. 1 S. 1 AEUV ein Tätigwerden der Uni-

<sup>63</sup> Diese geht zurück auf die VO (EWG) 1612/68.

<sup>64</sup> So ausdrücklich und in Abgrenzung zu sozialversicherungsrechtlichen Arbeitnehmerbegriff in der Wanderarbeitnehmerverordnung EuGH, 12.5.1998 C-85/96 Slg. 1998, I-2708 (Martínez Sala), Rn. 32.

<sup>65</sup> Zu diesen oben II.

<sup>66</sup> Vgl. dazu auch *Davy*, in: *Niedobitek* (Fn. 21), § 7 Rn. 117.

on im Rahmen der in den Verträgen festgelegten Politikbereiche erforderlich, um eines der Ziele der Verträge zu verwirklichen, und sind in den Verträgen die hierfür erforderlichen Befugnisse nicht vorgesehen, so erlässt der Rat einstimmig auf Vorschlag der Kommission und nach Zustimmung des Europäischen Parlaments die geeigneten Vorschriften. Selbst wenn man davon ausgeht, dass die beitragsunabhängigen Geldleistungen nicht unter den Tatbestand der »sozialen Sicherheit« fallen, so verfolgen sie doch die gleichen Ziele der Absicherung von sozialen Risiken wie die Systeme der sozialen Sicherheit. Sie könnten daher auch über Art. 352 AEUV in den avisierten Rechtsakt einbezogen werden.

Damit kann festgehalten werden, dass unter die »soziale Sicherheit und den sozialen Schutz der Arbeitnehmer« auch Grundsicherungssysteme fallen, wenn und soweit diese eine Einbeziehung in soziale Sicherungssysteme bewirken, die eines der in Art. 3 Abs. 1 VO (EG) 883/2004 genannten Risiken absichern, und zugleich alle Personen, die – unabhängig vom Bestehen eines Arbeitsverhältnisses – Zugang zu einem diese Risiken abdeckenden sozialen Sicherungssystem haben.

## b) Unterstützen und ergänzen

Gemäß Art. 153 Abs. 1 lit. c AEUV »unterstützt und ergänzt« die Union die Tätigkeit der Mitgliedstaaten im Bereich der sozialen Sicherheit und des sozialen Schutzes der Arbeitnehmer.

Rechtsprechung und Schrifttum zur Auslegung dieser Verben sind sehr energiegeladig. Man wird sich jedenfalls nicht mit dem Hinweis begnügen können, dass diese lediglich einen Hinweis auf das Subsidiaritätsprinzip (Art. 5 Abs. 3 EUV) enthielten, das besage, dass die Union immer nur unterstützend und ergänzend tätig werden dürfe.<sup>67</sup> Wäre dies richtig, wären die beiden Verben in Art. 153 Abs. 1 AEUV neben Art. 5 Abs. 3 EUV überflüssig. Außerdem ist das Subsidiaritätsprinzip eine Kompetenzausübungsregel, aber keine Kompetenzverteilungsnorm.<sup>68</sup> Die Verben »unterstützen und ergänzen« bedürfen daher eigenständiger Auslegung. Sie weisen zwar auf das Vorhandensein gemeinsamer Rechtsetzungszuständigkeiten von Mitgliedstaaten und Union hin.<sup>69</sup> Doch »unterstützen und ergänzen« setzt logisch etwas bereits Vorhandenes voraus: das Sozialrecht der Mitgliedstaaten. »Ergänzen« lässt sich zwar im Sinne eigenverantwortlicher Aktivitäten interpretieren, setzt aber voraus, dass die Sozialpolitik der Union derje-

nigen der Mitgliedstaaten nicht zuwiderläuft.<sup>70</sup> »Ergänzen« ist – ebenso wie »unterstützen« – auf Kooperation angelegt, und bedeutet eben nicht »umgestalten« oder gar »aufheben«. Beide Begriffe implizieren also ein Miteinander, kein Gegeneinander.

Die unterstützende und ergänzende Tätigkeit muss allerdings nicht und schon gar nicht primär finanzieller Natur sein. Sie kann sich vor allem des in der Offenen Methode der Koordinierung entwickelten Instrumentariums bedienen, das den Austausch über und die gemeinsame Entwicklung von bewährten Verfahren (»best practice«) und die Verständigung über Indikatoren und Benchmarks für effektive Grundsicherungssysteme enthalten kann.<sup>71</sup> Eine darüber hinausgehende finanzielle Unterstützungsverpflichtung folgt nicht aus Abs. 1 des Art. 153 AEUV, sondern allenfalls aus Abs. 4 Spstr. 1 (»finanzielles Gleichgewicht«).<sup>72</sup> Sie bezieht sich damit auch nur auf solche Mitgliedstaaten, bei denen ohne eine finanzielle Unterstützung die Stabilität der Sozialsysteme gefährdet wäre.

## c) Erlass von Mindestvorschriften

Die Zuständigkeit der Union wird durch Art. 153 Abs. 2 UAbs. 1 AEUV weiter gegenständlich beschränkt. Einschlägig ist hier lit. b, der es der Union auch im Bereich von Art. 153 Abs. 1 lit. c AEUV nur gestattet, Mindestvorschriften zu erlassen, die schrittweise anzuwenden sind. Außerdem sollen keine verwaltungsmäßigen, finanziellen oder rechtlichen Auflagen vorschreiben, die der Gründung und Entwicklung von kleinen und mittleren Unternehmen entgegenstehen (Art. 153 Abs. 2 UAbs. 1 S. 2 AEUV), was hier allerdings unproblematisch sein sollte.

Mindestvorschriften haben die Funktion, einen allgemeinen Standard innerhalb der Union sicherzustellen, der

<sup>67</sup> Jousseaume, ZIAS 2000, 191, 209.

<sup>68</sup> Streinz, Europarecht, 10. Aufl., Heidelberg 2016, Rn. 172.

<sup>69</sup> Vgl. zum Folgenden bereits Kingreen, Das Sozialstaatsprinzip im europäischen Verfassungsverbund, Gemeinschaftsrechtliche Einflüsse auf das deutsche Recht der gesetzlichen Krankenversicherung, Tübingen 2003, S. 30 ff.

<sup>70</sup> In diesem Sinne interpretiert auch die herrschende Meinung den Begriff in Art. 167 Abs. 2 AEUV (Kulturpolitik), S. etwa Callies/Ruffert-Blanke (Fn. 8), Art. 167 AEUV Rn. 6 und Fechner, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje (Hrsg.), Europäisches Unionsrecht, 7. Aufl., Baden-Baden 2015, Art. 167 AEUV Rn. 14.

<sup>71</sup> Vgl. zum »Lissabon-Prozess«, der die Offene Methode der Koordinierung angestoßen hat, allgemein etwa Lenski, in: Lenz/Borchardt (Hrsg.), EU-Verträge, 5. Aufl., Köln/Wien 2010, Art. 2 AEUV Rn. 23 ff.; speziell zur Sozialpolitik Eichenhofer (Fn. 50), § 19 Rn. 446 ff.

<sup>72</sup> Dazu unten d).

auf der einen Seite weniger leistungsfähige Staaten nicht überfordert, leistungsfähige Staaten aber auf der anderen Seite auch nicht daran hindert, ein höheres Schutzniveau vorzusehen (was auch aus Art. 153 Abs. 4 Spstr. 2 AEUV folgt).<sup>73</sup> Der vorgeschlagene EU-Rechtsrahmen soll die Mitgliedstaaten lediglich dem Grunde nach verpflichten, ein Grundsicherungssystem vorzusehen. Es bleibt ihnen überlassen, das Existenzminimum unter Berücksichtigung der Bedingungen im jeweiligen Staat zu bestimmen; auch entscheiden allein sie über das Verfahren der Ermittlung des Existenzminimums (sofern es effektiv und transparent ist) und selbstverständlich auch über die sonstigen, für den Rechtsbereich relevanten Strukturen, etwa die Behördenzuständigkeiten und die Verwaltungsverfahren.

Der Rechtsrahmen müsste zudem schrittweise in Kraft gesetzt werden, was insbesondere bei Mitgliedstaaten mit auch strukturell defizitären Grundsicherungssystemen sinnvoll erscheint.

#### d) Grundprinzipien und finanzielles Gleichgewicht der Systeme der sozialen Sicherheit

Art. 153 Abs. 4 Spstr. 1 AEUV begrenzt die Zuständigkeit der Union insofern, als ihre Rechtsakte nicht die anerkannte Befugnis der Mitgliedstaaten in Frage stellen dürfen, die Grundprinzipien ihres Systems der sozialen Sicherheit festzulegen, deren finanzielles Gleichgewicht zudem nicht erheblich beeinträchtigt werden darf.

Es ist unsicher, ob Art. 153 Abs. 4 Spstr. 1 AEUV hier überhaupt anwendbar ist, weil er sich nur auf Systeme der »sozialen Sicherheit« und nicht auf solche des »sozialen Schutzes« bezieht, worunter ein Grundsicherungssystem jedenfalls auch fällt.<sup>74</sup> Angesichts der ihrerseits wenig geklärten Abgrenzung zwischen »sozialer Sicherheit« und »sozialem Schutz«<sup>75</sup> dürfte die Anwendbarkeit der Vorschrift daran aber tendenziell nicht scheitern. Allerdings sind die Voraussetzungen vergleichsweise streng: Es muss eine systemische Beeinträchtigung drohen, und diese muss zudem erheblich sein. Dass eine Maßnahme der Union die Mitgliedstaaten finanziell belastet, ist also unschädlich; es wird maW. keine Kostenneutralität verlangt.<sup>76</sup> Auch ein »Matching-Fund«, der die finanzielle Förderung von Eigenanstrengungen abhängig macht, wäre daher zulässig.<sup>77</sup> Im Übrigen ist zu beachten, dass die insoweit gewährleistete Entscheidungsfreiheit der Mitgliedstaaten nicht so weit reicht, dass sie generell darüber entscheiden können, ob sie ein Grundsicherungssystem vorhalten oder nicht.

Die Union muss nach Art. 34 Abs. 3 AEUV das Recht auf ein menschenwürdiges Dasein achten, und Menschenwürde und Solidarität gehören nach Art. 2 EUV zu den Werten, die jeder nach Art. 49 EUV beigetretene Staat gemäß Art. 7 EUV dauerhaft achten muss. Teilweise folgt, wie in Deutschland, der Anspruch auf ein menschenwürdiges Existenzminimum auch bereits aus dem nationalen Verfassungsrecht.<sup>78</sup> Es dürfte daher die Kompetenz der Mitgliedstaaten nicht unangemessen beeinträchtigen, wenn sekundäres Unionsrecht ihnen Verpflichtungen auferlegt, die ohnehin bereits im Primärrecht angelegt sind.

Dennoch werden einige Mitgliedstaaten nicht in der Lage sein, ein effektives Grundsicherungssystem mit transparent ermittelten Bedarfssätzen vorzuhalten. Eine solche Verpflichtung könnte auch in einen Konflikt im Rahmen des Europäischen Semesters kontrollierten haushaltsrechtlichen Pflichten<sup>79</sup> stehen. Unter diesem Aspekt wäre es rechtswidrig, die betroffenen Mitgliedstaaten auf der einen Seite in einem Rechtsakt zur Implementierung sozialer Grundsicherungssysteme zu verpflichten, sie aber auf der anderen Seite haushaltsrechtlich zu sozialpolitischer Ausgaben disziplin zu verpflichten. Der »EU-Rechtsrahmen« muss daher erstens mit den haushaltsrechtlichen Bestimmungen im Rahmen des Europäischen Semesters koordiniert werden, und er muss zweitens ein Verfahren vorsehen, welches es Mitgliedstaaten ermöglicht, zur Vermeidung einer erheblichen Beeinträchtigung ihrer Sozialsysteme finanzielle Unterstützungsleistungen zu beantragen. Der »EU-Rechtsrahmen« müsste diese finanziellen Verpflichtungen also zwar nicht selbst vorsehen, aber definieren, unter welchen Voraussetzungen einzelne Mitgliedstaaten eine finanzielle Kompensation beantragen können.<sup>80</sup>

## 2. Organkompetenzen und Verfahren

Der verbindliche Rechtsrahmen für soziale Grundsicherungssysteme in den EU-Mitgliedstaaten kann nach

73 Dazu Schwarze-Rebhahn/Reiner (Fn. 21), Art. 153 AEUV Rn. 75 f.

74 Vgl. näher oben a).

75 S. oben a)(1).

76 Callies/Ruffert-Krebbler (Fn. 8), Art. 153 AEUV Rn. 18.

77 Dazu auch gleich noch unten IV.

78 BVerfG, 9.2.2010 – 1 BvL 1/09, 1 BvL 3/09, 1 BvL 4/09 – BVerfGE 125, 175, 222 ff.

79 Dazu Kingreen, AöR 141 (2016), 485, 522 f.

80 Dazu gleich unten IV.

Art. 153 Abs. 2 UAbs. 3 AEUV nicht im ordentlichen Gesetzgebungsverfahren (Art. 289 Abs. 1 AEUV) beschlossen werden. Anzuwenden ist vielmehr ein besonderes Gesetzgebungsverfahren (Art. 289 Abs. 2 AEUV): Der Rat hat die alleinige Beschlusskompetenz, und das Europäische Parlament muss nur angehört werden. Abweichend von Art. 16 Abs. 3 EUV muss der Rat zudem einstimmig entscheiden. Anzuhören sind der Wirtschafts- und Sozialausschuss und der Ausschuss der Regionen (Art. 153 Abs. 2 UAbs. 3 iVm. UAbs. 2 AEUV). Die allein zulässige Handlungsform ist die Richtlinie (Art. 153 Abs. 2 UAbs. 1 lit. b S. 1 AEUV).

#### IV. Finanzielle Förderung durch die Union

Art. 153 AEUV begründet zwar grundsätzlich eine Rechtssetzungskompetenz der Union zur Schaffung eines verbindlichen EU-Rechtsrahmens für soziale Grundsicherungssysteme in den Mitgliedstaaten, der einen Großteil der Personen erfassen könnte, die in Deutschland nach Maßgabe des SGB II und des SGB XII geschützt werden. Da ein solcher Rechtsrahmen allerdings teilweise erhebliche finanzielle Auswirkungen auf Mitgliedstaaten mit defizitären Grundsicherungssystemen haben dürfte, bedarf es einer ergänzenden Förderung der Union. Diese ist zwar gegenständlich grundsätzlich auch von Art. 153 AEUV gedeckt, müsste aber im sekundären Haushaltsrecht der Union etabliert werden.

Insoweit besteht das grundlegende Problem darin, dass die EU keine Budgethoheit hat. Der Haushaltsplan setzt einen einstimmigen Ratsbeschluss voraus und tritt erst nach Zustimmung aller Mitgliedstaaten in Kraft (Art. 311 Abs. 3 AEUV). Die sog. Eigenmittel stammen zu fast 90 % aus den mitgliedstaatlichen Haushalten; insgesamt beträgt der Haushalt der Union nur etwa 3 % der Summe der nationalen Etats.<sup>81</sup> Das erschwert die mit dem Rechtsrahmen für verbindliche Grundsicherungssysteme in den Mitgliedstaaten angestrebte sozialpolitische Förderung und den sozialen Ausgleich durch die Union nicht unerheblich.<sup>82</sup>

Ein mögliches Instrument wären aber die Strukturfonds (Art. 175 UAbs. 1 S. 3 AEUV). Sie passen zu der Konzeption eines Rechtsrahmens für Grundsicherungssysteme in den Mitgliedstaaten, weil sie schon seit jeher dazu dienen, den wirtschaftlichen, sozialen und territorialen Zusammenhalt und die Solidarität zwischen den

Mitgliedstaaten (sog. Kohäsion) voranzutreiben. Sie fungieren dabei als eine Art vorbundesstaatlicher Finanzausgleich unter den Mitgliedstaaten<sup>83</sup> und weisen insoweit Ähnlichkeiten mit den grants-in-aid auf, die den US-amerikanischen Föderalismus nachhaltig prägen. Diese sind überwiegend politisch konditioniert, dh. der Bund vergibt sie an die Einzelstaaten, wenn und soweit sich diese zur Erfüllung bestimmter Programme des Bundes verpflichten. Die Mittel fließen überwiegend pauschal nach Maßgabe bestimmter Verteilungsschlüssel an alle Staaten, die die bundesgesetzlichen Vorgaben erfüllen; teilweise werden auch Eigenbeteiligungen seitens der Staaten vorausgesetzt.<sup>84</sup> Ein solcher Mechanismus ließe sich auch für den Rechtsrahmen für Grundsicherungssysteme in den Mitgliedstaaten fruchtbar machen. Die Union könnte, gestützt auf ihre Sachkompetenz aus Art. 153 Abs. 1 lit. c AEUV, Mindeststandards für die Grundsicherungssysteme in den Mitgliedstaaten festlegen und dann über die Strukturfonds diejenigen Mitgliedstaaten unterstützen, die bereit sind, diese Standards zu erfüllen, dies aber aus eigener Kraft nicht vermögen. Sinnvoll ist insoweit ein »Matching Fund« aus Unions- und Eigenmitteln der geförderten Mitgliedstaaten.

Die Entwicklung des Föderalismus in den USA hat gezeigt, dass eine von der Haushaltswirtschaft der Einzelstaaten unabhängige Fiskalhoheit des Bundes ein tragender Pfeiler einer robusten Föderation ist.<sup>85</sup> Daher wäre der Aufbau solcher finanzföderalistischer Strukturen ein bedeutendes Instrument nicht nur für die soziale Kohäsion in der Union, sondern auch für die Stabilisierung des europäischen Föderalismus.

81 *Oppermann/Classen/Nettesheim*, Europarecht, 7. Aufl., München 2016, § 8 Rn. 1, 17 ff.

82 Die Kommission strebt einen autonomen EU-Haushalt zumindest für die Eurozone an: Europäische Kommission, Ein Konzept für eine echte Wirtschafts- und Währungsunion vom 30. November 2012, KOM(2012), 777/2 final, S. 15.

83 So für den Europäischen Sozialfonds *Oppermann/Classen/Nettesheim*, Europarecht, 7. Aufl. 2016, § 29 Rn. 25.

84 *Dilger*, Federal Grants to State and Local Governments: A Historical Perspective on Contemporary Issues, Congressional Research Service 3/2015; *Heun*, StWStP 5 (1994), 97, 106 ff.

85 *Kingreen*, AöR 140 (2016), 485, 517 ff.



# Das Nachtarbeitsverbot im novellierten Mutterschutzgesetz – Unionsrechtskonformität der Regelungen des reformierten MuSchG unter besonderer Berücksichtigung der Regelungen der §§ 28 und 29 Abs. 3 S. 2 MuSchG\*

Dr. Bettina Graue, Arbeitnehmerkammer Bremen

## I. Fragestellung

Mit der Frage nach der Unionsrechtskonformität des neuen MuSchG unter besonderer Berücksichtigung der Regelungen der §§ 28 und 29 Abs. 3 S. 2 MuSchG nF. wird das Nachtarbeitsverbot für schwangere und stillende Frauen gemäß § 5 MuSchG nF. auf den Prüfstand gestellt. Es ist durch die Novellierung vollkommen neu ausgestaltet worden, insbesondere durch die Einführung eines speziellen Genehmigungsverfahrens in § 28 MuSchG sowie neuer Begrifflichkeiten, die bislang weder im Mutterschutz- noch im Arbeitsschutzrecht, dem das MuSchG zuzuordnen ist, anzutreffen gewesen sind.

Der Gesetzgeber versteht die Novellierung des MuSchG, das am 30. Mai 2017 in Kraft getreten ist,<sup>1</sup> als »verantwortungsvolle Abwägung zwischen dem Gesundheitsschutz für eine schwangere oder stillende Frau und ihr (ungeborenes) Kind auf der einen und der selbstbestimmten Entscheidung der Frau über ihre Erwerbstätigkeit auf der anderen Seite.«<sup>2</sup> Diese Zielsetzung kommt auch in § 1 Abs. 1 MuSchG nF. zum Ausdruck. Durch die unionsrechtlichen Vorgaben sind damit sowohl Aspekte des Arbeitsschutzes im Sinne der Arbeitsschutz-RL 89/391/EWG,<sup>3</sup> der Mutterschutz-RL 92/85/EWG<sup>4</sup> und der Arbeitszeit-RL 2003/88/EG,<sup>5</sup> als auch der Gleichstellung und Nichtdiskriminierung aus der Gleichbehandlungs-RL 2006/54/EG<sup>6</sup> eingeflossen. Bei der vorzunehmenden Prüfung sind demnach die genannten Richtlinien einzubeziehen. Unionsrechtlich sind die Richtlinien als europäisches Sekundärrecht aber nicht ohne das europäische Primärrecht aus dem AEUV sowie der Grundrechte-Charta (GRC) zu denken, auf die die Richtlinien zurückzuführen sind. Als Prüfungsmaßstäbe sind deshalb auch der Art. 31 Abs. 1 GRC und Art. 153 Abs. 1 S. 1 lit. a AEUV mit Blick auf gesunde, sichere und würdige Arbeitsbedingungen und Art. 23 GRC und Art. 153 Abs. 1 S. 1 lit. i und Art. 157 Abs. 4 AEUV hinsichtlich der Chancengleichheit und Gleichbe-

handlung von Frauen und Männern heranzuziehen. Dabei ist auch das Verbot der Diskriminierung wegen des Geschlechts, welches in Art. 21 Abs. 1 GRC seinen Niederschlag gefunden hat, mit zu beachten.

Für die Prüfung zu berücksichtigen ist auch die Internationale Arbeitsorganisation (IAO) mit dem Übereinkommen Nr. 183 zum Mutterschutz,<sup>7</sup> denn dort findet sich zwar kein generelles Nachtarbeitsverbot bei Schwangerschaft und in der Stillzeit,<sup>8</sup> jedoch ist in Art. 3 des Übereinkommens an prominenter Stelle der Gesundheitsschutz für werdende und stillende Mütter verankert. Ergänzend zu berücksichtigen ist außerdem der Art. 7 des IAO-Übereinkommens Nr. 171,<sup>9</sup> der ein Nachtarbeitsverbot für schwangere Arbeitnehmerin-

\* Bei diesem Beitrag handelt es sich um eine leicht gekürzte Fassung eines Rechtsgutachtens im Auftrag des Deutschen Gewerkschaftsbunds.

1 Gesetz zur Neuregelung des Mutterschutzrechts v. 23.5.2017, BGBl. I, S. 1228.

2 BT-Drs. 18/11782, S. 1.

3 RL 89/391/EWG des Rates v. 12.6.1989 über die Durchführung von Maßnahmen zur Verbesserung der Sicherheit und des Gesundheitsschutzes der Arbeitnehmer bei der Arbeit, ABl. 1989, L 183/1.

4 RL 92/85/EWG des Rates v. 19.10.1992 über die Durchführung von Maßnahmen zur Verbesserung der Sicherheit und des Gesundheitsschutzes von schwangeren Arbeitnehmerinnen, Wöchnerinnen und stillenden Arbeitnehmerinnen am Arbeitsplatz, ABl. 1992, L 348/1.

5 RL 2003/88/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 4.11.2003 über bestimmte Aspekte der Arbeitszeitgestaltung, ABl. 2003, L 299/9.

6 RL 2006/54/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 5.7.2006 zur Verwirklichung des Grundsatzes der Chancengleichheit und der Gleichbehandlung von Männern und Frauen in Arbeits- und Beschäftigungsfragen, ABl. 2006, L 204/23.

7 Übereinkommen Nr. 183 über die Neufassung des Übereinkommens über den Mutterschutz v. 7.2.2002.

8 In Ergänzung des Übereinkommens Nr. 103 betreffend den Mutterschutz v. 28.6.1952 hat die Empfehlung betreffend Mutterschutz ein Nachtarbeitsverbot vorgesehen, BAbI. 1952, S. 391.

9 Übereinkommen Nr. 171 über Nachtarbeit v. 26.6.1990, in Kraft getreten am 4.1.1995; Deutschland hat dieses Übereinkommen zwar nicht ratifiziert, nach Erwägungsgrund Nr. 6 der RL 2003/88/EG ist es aber bei der Umsetzung der Richtlinie zu berücksichtigen, vgl. Buschmann/Ulber, Arbeitszeitgesetz Basiskommentar, 8. Aufl., Frankfurt aM. 2015, § 6 Rn. 3b.

nen und für eine bestimmte Zeit nach der Geburt vorsieht. Da der EuGH in seinen Entscheidungen bei Auslegungsfragen, insbesondere bei der Entwicklung seiner Rechtsprechung zu den (europäischen) Grundrechten als allgemeine Rechtsgrundsätze<sup>10</sup> im Vorfeld der GRC, auf internationale Übereinkommen als Rechtserkenntnisquelle zurückgreift,<sup>11</sup> kann dies auch bei der vorliegenden Fragestellung nicht ausgeklammert werden.

Schließlich ist das neu ausgestaltete mutterschutzrechtliche Nachtarbeitsverbot ebenfalls an verfassungsrechtlichen Maßstäben zu messen. Hier spielen der spezielle Schutz- und Fürsorgeanspruch der Mutter aus Art. 6 Abs. 4 GG sowie das Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit aus Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG hinein.<sup>12</sup> Hinzu kommt Art. 3 Abs. 2 und 3 GG, der in der Rechtsprechung des BVerfG zur Gleichberechtigung von Männern und Frauen ua. zur Aufhebung des Nachtarbeitsverbots für Arbeiterinnen aus § 19 Abs. 1 AZO geführt hat.<sup>13</sup> Auch Art. 3 Abs. 2 S. 2 GG ist dabei nicht zu vernachlässigen, da der Gesetzgeber danach verpflichtet ist, die tatsächliche Durchsetzung der Gleichberechtigung von Frauen und Männern zu fördern und auf die Beseitigung bestehender Nachteile hinzuwirken.

## II. Das mutterschutzrechtliche Nachtarbeitsverbot – rechtliche Ausgangssituation

Die bisherige Regelung des § 8 Abs. 1 und 3 MuSchG aF. beinhaltete ein Nachtarbeitsverbot für Arbeitnehmerinnen in der Zeit zwischen 20.00 Uhr und 6.00 Uhr und für bestimmte Branchen Ausnahmen. So konnten Frauen in den ersten vier Monaten ihrer Schwangerschaft und stillende Mütter in Gast- und Schankwirtschaften sowie im übrigen Beherbergungswesen bis 22.00 Uhr, in der Landwirtschaft mit dem Melken von Vieh ab 5.00 Uhr und als Künstlerinnen bei Musikaufführungen, Theatervorstellungen und ähnlichen Aufführungen bis 23.00 Uhr beschäftigt werden, § 8 Abs. 3 MuSchG aF. Schließlich konnte die Aufsichtsbehörde in »begründeten Einzelfällen« Ausnahmen vom Nachtarbeitsverbot nach § 8 Abs. 6 MuSchG aF. erteilen.

§ 5 Abs. 1 S. 1 MuSchG nF. verbietet schwangeren und stillenden Arbeitnehmerinnen wie zuvor § 8 Abs. 1 MuSchG aF. grundsätzlich die Nachtarbeit zwischen 20.00 Uhr und 6.00 Uhr. Der Arbeitgeber ist allerdings nach § 5 Abs. 1 S. 2 MuSchG nF. berechtigt, die Frau zwischen 20.00 Uhr und

22.00 Uhr zu beschäftigen, wenn die Voraussetzungen des § 28 MuSchG nF. vorliegen. Dort wiederum ist ein besonderes Genehmigungsverfahren durch die Aufsichtsbehörde für diese jetzt branchenunabhängige Ausnahme vom Nachtarbeitsverbot vorgesehen. Das Nachtarbeitsverbot für Arbeitnehmerinnen ist somit nicht mehr ohne das in § 28 MuSchG nF. geregelte Genehmigungsverfahren zu lesen – Nachtarbeit zwischen 20.00 Uhr und 22.00 Uhr ist jetzt unabhängig von einer bestimmten Branche mit einer entsprechenden Genehmigung möglich. Sie ist auch nicht mehr an eine bestimmte zeitliche Grenze des Schwangerschaftsstadiums, dh. die ersten vier Monate der Schwangerschaft wie nach alter Rechtslage, gebunden. Nachtarbeit ist demnach durch die Branchenunabhängigkeit und die fehlende zeitliche Begrenzung für schwangere und stillende Frauen flexibilisiert worden.

Das Genehmigungsverfahren für die Zeitspanne zwischen 20.00 Uhr und 22.00 Uhr nach § 28 Abs. 1 MuSchG nF. setzt außerdem voraus, dass der Arbeitgeber einen Antrag auf Genehmigung der Nachtarbeit bei der Aufsichtsbehörde gestellt hat und dem Antrag die Dokumentation der Gefährdungsbeurteilung (vgl. §§ 10 und 14 MuSchG nF.) beigefügt hat. Die Frau muss weiter mit der Nachtarbeit ausdrücklich einverstanden sein, nach ärztlichem Attest darf nichts gegen ihre Beschäftigung bis 22.00 Uhr sprechen und es darf mit der Arbeit bis 22.00 Uhr insbesondere keine unverantwortbare Gefährdung für die schwangere Frau oder ihr Kind durch Alleinarbeit verbunden sein. Neu im Mutterschutzrecht ist dabei der Begriff der »unverantwortbaren Gefährdung«, der mit der auszu-schließenden »Alleinarbeit« verknüpft ist.

Darüber hinaus ist der Arbeitgeber nach § 28 Abs. 2 MuSchG nF. berechtigt, die Frau solange weiter bis 22.00 Uhr zu beschäftigen, bis die Aufsichtsbehörde seinen

10 EuGH, 12.11.1969 – 29/69 – Slg. 1969, 419 (Stauder); EuGH, 14.5.1974 – 4/73 – Slg. 1974, 491 (Nold).

11 Vgl. zur Einbeziehung des ILO-Übereinkommens Nr. 111 EuGH, 8.4.1976 – 43/75 – Slg. 1976, 455 (Defrenne II); zum Ganzen *Haag*, in: Bieber/Epiney/Haag/Kotzur, Die Europäische Union, 12. Aufl., Baden-Baden 2016, § 2 Rn. 10 ff.

12 *Beetz*, in: Kohte/Faber/Feldhoff (Hrsg.), Gesamtes Arbeitsschutzrecht, Handkommentar, 2. Aufl., Baden-Baden 2018 (im Folgenden: HK-Arb-SchR), MuSchG 2018 Rn. 5; als weiterer Auslegungsmaßstab ist das Sozialstaatsprinzip aus Art. 20 Abs. 1 GG an dieser Stelle aber zu vernachlässigen, da ihm neben Art. 6 Abs. 4 GG keine darüber hinausgehende Bedeutung zukommt, vgl. *Buchner/Becker*, Mutterschutzgesetz, Bundeselterngeld- und Elternzeitgesetz, Kommentar, 8. Aufl., München 2008, Einf. Rn. 81 mwN.

13 BVerfG, 28.1.1992 – 1 BvR 1025/82 ua. – BVerfGE 85, 191.

Antrag abgelehnt oder die Beschäftigung vorläufig untersagt hat. Im Übrigen sieht § 28 Abs. 3 MuSchG nF. vor, dass die Genehmigung der Aufsichtsbehörde zur Weiterarbeit als erteilt gilt, wenn die Behörde nicht innerhalb von sechs Wochen ab Eingang des vollständigen Antrags entschieden hat, sog. Genehmigungsfiktion.

Hinzuweisen ist noch auf die jetzt vom MuSchG nF. erfassten Schülerinnen und Studentinnen (§ 1 Abs. 2 Nr. 8 MuSchG nF.), die nach § 5 Abs. 2 MuSchG nF. ebenfalls einem grundsätzlichen Nachtarbeitsverbot in der Zeit zwischen 20.00 und 6.00 Uhr mit Flexibilisierung bis 22.00 Uhr unterliegen. Auf sie wird in der nachfolgenden Untersuchung nicht weiter eingegangen, da für sie kein besonderes Genehmigungsverfahren wie für Arbeitnehmerinnen gilt.

Mit § 29 Abs. 3 S. 2 Nr. 1 MuSchG nF. kann die Aufsichtsbehörde in »besonders begründeten Einzelfällen« Ausnahmen vom Nachtarbeitsverbot auch in der Zeit zwischen 22.00 Uhr und 6.00 Uhr zulassen. Diese Ausnahmegenehmigung bezieht sich sowohl auf Arbeitnehmerinnen als auch auf Schülerinnen und Studentinnen. Auch sie setzt voraus, dass sich die Frau ausdrücklich dazu bereit erklärt hat, nach ärztlichem Zeugnis nichts gegen die Nachtarbeit in der Zeit zwischen 22.00 Uhr und 6.00 Uhr spricht und sowohl für die Arbeitnehmerin als auch eine Schülerin bzw. Studentin oder das Kind eine unverantwortbare Gefährdung durch Alleinarbeit ausgeschlossen ist. Im Unterschied zur alten Rechtslage muss es sich hierbei um einen »besonders« begründeten Einzelfall handeln, sodass die Ausnahmegenehmigung für die Arbeit zwischen 22.00 Uhr und 6.00 Uhr damit an gesteigerte Anforderungen gebunden ist.

### III. Unionsrechtswidrigkeit des besonderen Genehmigungsverfahrens gemäß § 28 MuSchG nF. bei Nachtarbeit

Werdende und stillende Arbeitnehmerinnen dürfen nach § 5 Abs. 1 S. 1 MuSchG nF. nicht zwischen 20.00 Uhr abends und 6.00 Uhr morgens beschäftigt werden. Es handelt sich dabei um ein generelles Beschäftigungsverbot,<sup>14</sup> welches der Arbeitgeber von sich aus zu beachten hat. § 5 Abs. 1 S. 2 iVm. § 28 MuSchG nF. ermächtigt ihn aber, die Frau zwischen 20.00 Uhr und 22.00 Uhr zu beschäftigen, sofern die Voraussetzungen des besonderen behördlichen Genehmigungsverfahrens eingehalten worden sind.

#### 1. Unionsrechtswidrigkeit des § 28 Abs. 1 MuSchG nF.

In § 28 Abs. 1 MuSchG nF. ist zunächst vorgesehen, dass die Aufsichtsbehörde auf Antrag des Arbeitgebers die Nachtarbeit zwischen 20.00 Uhr und 22.00 Uhr genehmigen kann, wenn die Frau sich dazu ausdrücklich bereit erklärt, nach ärztlichem Zeugnis nichts gegen die Arbeit der Frau bis 22.00 Uhr spricht und außerdem eine unverantwortbare Gefährdung für die Frau oder ihr Kind durch Alleinarbeit ausgeschlossen ist. Der Arbeitgeber ist nach § 28 Abs. 1 S. 2 MuSchG nF. außerdem verpflichtet, eine nach § 14 Abs. 1 MuSchG nF. dokumentierte Beurteilung der Arbeitsbedingungen – sog. Gefährdungsbeurteilung – beizufügen. Nach § 28 Abs. 1 S. 3 MuSchG nF. kann die schwangere Frau ihre Einverständniserklärung zur Weiterarbeit jederzeit mit Wirkung für die Zukunft widerrufen.

Schon in Absatz 1 werden die zwei og. Elemente der gesetzgeberischen Zielsetzung deutlich: Einerseits beinhalten § 28 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 und S. 3 MuSchG nF. die Selbstbestimmung der Frau über ihre Erwerbstätigkeit und andererseits wird der Gesundheitsschutz durch § 28 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 und 3 sowie § 28 Abs. 1 S. 2 MuSchG nF. gekennzeichnet.

##### a) Selbstbestimmung versus Gesundheitsschutz

Die selbstbestimmte Entscheidung der Arbeitnehmerin über ihre Erwerbstätigkeit bis 22.00 Uhr ist auf die Gewährleistungen der Gleichbehandlungs-RL 2006/54/EG und der Mutterschutz-RL 92/85/EWG zurückzuführen. Während die RL 92/85/EWG als 10. Einzelrichtlinie der Arbeitsschutz-RL 89/391/EWG vornehmlich Maßnahmen zur Verbesserung der Sicherheit und des Gesundheitsschutzes von schwangeren Arbeitnehmerinnen, Wöchnerinnen und stillenden Arbeitnehmerinnen bezweckt,<sup>15</sup> zielt die RL 2006/54/EG auf die Verwirklichung der Chancengleichheit und Gleichbehandlung von Frauen und Männern bei den Arbeitsbedingungen sowie den Schutz vor Diskriminierung, ua. auch in Bezug auf die ungünstigere Behandlung einer Frau bei Schwangerschaft und Mutterschaft iSd. RL 92/85/EWG.<sup>16</sup>

<sup>14</sup> Pepping, in: Rancke (Hrsg.), Mutterschutz/Elterngeld/Elternzeit/Betreuungsgeld, Handkommentar, 4. Aufl., Baden-Baden 2015 (im Folgenden: Hk-MuSchG/BEEG), § 8 MuSchG Rn. 6; vgl. dazu auch Graue, AiB 1999, 271, 273 ff.

<sup>15</sup> Vgl. Art. 1 Abs. 1 RL 92/85/EWG.

<sup>16</sup> Vgl. Art. 1 S. 1 und S. 2 lit. b sowie Art. 2 lit. c RL 2006/54/EG.

In ihren Erwägungsgründen stellt die RL 92/85/EWG aber auch klar, dass der Schutz der Sicherheit und Gesundheit von schwangeren Arbeitnehmerinnen, Wöchnerinnen und stillenden Arbeitnehmerinnen nicht zu einer Benachteiligung von Frauen auf dem Arbeitsmarkt führen darf. Auch darf dieser Schutz nicht die Richtlinien zur Gleichbehandlung von Männern und Frauen beeinträchtigen, also auch den der RL 2006/54/EG. Daran wird nicht nur die Verzahnung der beiden hier in Rede stehenden Richtlinien deutlich, sondern ebenfalls betont, dass der Gesundheitsschutz sich nicht negativ auf die Verwirklichung der Gleichbehandlung von Männern und Frauen auswirken darf. Der Schutz der Sicherheit und Gesundheit darf folglich nicht auf Kosten der Gleichbehandlung und Chancengleichheit gehen; eine ungünstigere Behandlung der Frau, zB. aufgrund möglicher Schutzmaßnahmen, stellt demgegenüber aber eine verbotene (unmittelbare) Diskriminierung aufgrund des Geschlechts dar, was auch in § 3 Abs. 1 S. 2 AGG in Umsetzung der europäischen Antidiskriminierungsrichtlinien<sup>17</sup> ausdrücklich festgelegt ist. Tatsächlich geht es bei den beiden hier in Rede stehenden Schutzgütern um den verhältnismäßigen Ausgleich, sofern sie im Widerstreit miteinander stehen, dh. die Herstellung der sog. praktischen Konkordanz.<sup>18</sup>

Fraglich ist, ob das besondere Genehmigungsverfahren aus § 28 MuSchG nF. den verhältnismäßigen Ausgleich zwischen selbstbestimmter Entscheidung der Frau auf der einen Seite und dem Gesundheitsschutz auf der anderen Seite findet.

§ 28 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 MuSchG nF. macht die Genehmigung durch die Aufsichtsbehörde davon abhängig, dass sich die Frau ausdrücklich zur Weiterarbeit bis 22.00 Uhr einverstanden erklärt hat und sie gemäß § 28 Abs. 1 S. 3 MuSchG nF. dieses Einverständnis jederzeit mit Wirkung für die Zukunft widerrufen kann. In § 28 Abs. 1 MuSchG nF. fehlt zwar ein ausdrücklicher Hinweis auf den Adressaten der Einverständniserklärung und des Widerrufs, jedoch muss der Arbeitgeber bei der Aufsichtsbehörde den Antrag unter Beifügung der erforderlichen Unterlagen iSv. § 28 Abs. 2 S. 2 MuSchG nF. stellen. Welche Unterlagen dabei erforderlich sind, ergibt sich aus Abs. 1, auf den § 28 Abs. 2 S. 2 MuSchG nF. verweist. Dazu gehört folglich auch die Einverständniserklärung der Frau, sodass aus dem systematischen Zusammenhang der beiden Absätze der Arbeitgeber sowohl der Adressat der Einverständniserklärung als auch des etwaigen Widerrufs ist. Mit ihrer Erklärung trifft die Frau unbenommen eine eigene Entscheidung über ihre Erwerbstätig-

keit iSv. Art. 1 S. 2 lit. a und Art. 14 Abs. 1 lit. a der RL 2006/54/EG,<sup>19</sup> denn mit ihrem Einverständnis bleibt ihr der Zugang zur Beschäftigung erhalten. Auch wenn mit dem »Zugang zur Beschäftigung« vor allen Dingen der Abschluss eines Arbeitsvertrages im Vordergrund steht,<sup>20</sup> so ist die Aufrechterhaltung der Tätigkeit davon nicht ausgenommen. Fraglich ist an dieser Stelle aber, ob ein fehlendes Einverständnis bzw. ein Widerruf der Verwirklichung der Chancengleichheit von Frauen und Männern entgegenstehen würde.

Der Gesetzgeber begründet das Erfordernis der Einwilligung der Frau mit Art. 7 RL 92/85/EWG: Die Einwilligung stärke die Autonomie der Frau, weil sie es ihr ermögliche, ihre berufliche und familiäre Situation sowie Wegezeiten zum Arbeitsplatz in die Entscheidung einfließen zu lassen.<sup>21</sup> Nach Art. 7 Abs. 1 RL 92/85/EWG dürfen die Arbeitnehmerinnen während der Schwangerschaft und während eines von den zuständigen einzelstaatlichen Behörden festzulegenden Zeitraums nach der Entbindung nicht zu Nachtarbeit verpflichtet werden. Mit der Einverständniserklärung soll somit sichergestellt werden, dass keine Verpflichtung der Frau zur Nachtarbeit besteht. Abgerundet wird dies durch den jederzeit möglichen Widerruf der einmal gegebenen Einwilligung zur Nachtarbeit nach § 28 Abs. 1 S. 3 MuSchG nF. In diesem Zusammenhang sind die im Gesetzgebungsverfahren von verschiedenen Seiten geäußerten Bedenken zur Einverständniserklärung nicht unbeachtlich. Eine autonome Entscheidung kann die betroffene Frau nur dann treffen, wenn etwaiger Druck durch den Arbeitgeber ausgeschlossen ist.<sup>22</sup> Die ungleichen Machtverhältnisse im Betrieb,<sup>23</sup> insbesondere in prekären Beschäftigungsverhältnissen wie zB. bei Befristungen, können die Entscheidungsfreiheit der Frau erheblich beeinträchtigen. Hinzu kommt, dass auch unabhängig von prekärer Beschäftigung die arbeitgeberseitige Forderung nach Weiterbeschäftigung bis 22.00 Uhr die Frau in eine Zwickmühle zwischen Loyalität zum

17 Bauer/Krieger, AGG Kommentar, 4. Aufl., München 2015, Einl. Rn. 31; Kocher, in: Wedde (Hrsg.), Arbeitsrecht Kompaktkommentar, 5. Aufl., Frankfurt aM. 2016, AGG Vorb. Rn. 1, 3.

18 HK-ArbSchR-Beetz (Fn. 12), MuSchG 2018 Rn. 23.

19 Art. 1 S. 2 lit. a und Art. 14 Abs. 1 lit. a RL 2006/54/EG sind durch § 2 Abs. 1 Nr. 1 AGG umgesetzt worden.

20 Bauer/Krieger (Fn. 17), § 2 Rn. 15.

21 BT-Drs. 18/8963, S. 58.

22 DGB, Stellungnahme v. 18.8.2016, Ausschussdr. 18(13)87a, S. 12.

23 Djb, Stellungnahme v. 9.9.2016, Ausschussdr. 18(13)87b, S. 3.

Betrieb und eigenen Wünschen und Bedürfnissen bringen kann. Die vom Gesetzgeber an dieser Stelle betonte Entscheidungsfreiheit ist folglich nicht nur durch betriebliche Erfordernisse, sondern auch durch prekäre Beschäftigung und Loyalitätskonflikte beschränkt.

Darüber hinaus bedarf es der Kommunikation zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmerin sowie einer umfassenden Information über die mit der Nacharbeit verbundenen Gefahren bzw. Gefährdungen, um die selbstbestimmte Entscheidung der Frau zu gewährleisten.<sup>24</sup> Nur ein offener, transparenter Umgang miteinander sowie die Information über die Ergebnisse der vom Arbeitgeber nach § 10 Abs. 1 MuSchG nF. vorzunehmende Gefährdungsbeurteilung kann die selbstbestimmte Entscheidung gewährleisten,<sup>25</sup> da eine mangelnde Kommunikation und fehlende Informationen in der Regel eine schlechte Entscheidungsgrundlage bieten. Nach § 10 Abs. 2 S. 2 MuSchG nF. hat der Arbeitgeber der schwangeren oder stillenden Frau ein Gespräch über die ggf. erforderlichen konkreten Anpassungen ihrer Arbeitsbedingungen nach den Ergebnissen der Gefährdungsbeurteilung anzubieten, sobald sie ihm die Schwangerschaft bzw. Stillzeit mitgeteilt hat. Dieses Gesprächsangebot dient dem Austausch zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmerin über weitere Verbesserungen ihrer Arbeitsbedingungen, die über die konkret zu ergreifenden Schutzmaßnahmen des Arbeitgebers hinausgehen.<sup>26</sup> Dieses Gesprächsangebot muss der Arbeitgeber neben der Gefährdungsbeurteilung und der Festlegung der erforderlichen Maßnahmen nach § 14 Abs. 1 MuSchG nF. nicht nur dokumentieren, sondern nach § 14 Abs. 2 und 3 MuSchG nF. sowohl die schwangere oder stillende Frau als auch alle anderen bei ihm tätigen Arbeitnehmer über das Ergebnis der Gefährdungsbeurteilung und die Schutzmaßnahmen informieren.

Vor diesem Hintergrund stellt sich die erforderliche Einwilligung der Frau zur Nacharbeit bis 22.00 Uhr ambivalent dar, denn das Machtungleichgewicht zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmerin löst das MuSchG nF. nicht.<sup>27</sup> Prekäre Beschäftigungsverhältnisse und Loyalitätskonflikte führen zu klaren Einschränkungen der Entscheidungsfreiheit. Tatsächlich liegt der Schwerpunkt auf Information und Kommunikation, wie es im Gesprächsangebot des Arbeitgebers deutlich wird. Bei der Kommunikation und Information handelt es sich jedoch nur um die Entscheidungsfreiheit flankierende Maßnahmen – verhindern können sie aufgrund von arbeitgeberseitigem Druck unfreiwillig abgegebene Einverständniserklärungen nicht. So mag die von § 28 Abs. 1

S. 1 Nr. 1 MuSchG nF. vorgesehene Einwilligung der Frau den unionsrechtlichen Vorgaben des Art. 7 RL 92/85/EWG entsprechen, da das dort verankerte Nachtarbeitsverbot nur verlangt, dass die Arbeitnehmerin nicht zur Nacharbeit verpflichtet werden kann. Die betroffene Frau trifft ihre Entscheidung also allein auf der Basis der Informationen des Arbeitgebers und dem Austausch mit ihm. Dies stärkt allerdings nur vordergründig autonome Entscheidungen iSd. Verwirklichung der Chancengleichheit von Frauen und Männern gemäß den Zielsetzungen der RL 2006/54/EG, blendet aber tatsächlich existierende Problemlagen, insbesondere in prekären Beschäftigungsverhältnissen, und Loyalitätskonflikte aus. Weder die RL 92/85/EG noch die RL 2006/54/EG verhindern bessere Regelungen des nationalen Gesetzgebers.<sup>28</sup> Es hätte also durchaus die Chance im Gesetzgebungsverfahren gegeben, über bloß flankierende Maßnahmen hinauszugehen. Zu bedenken ist außerdem dass die Abgabe der Einverständniserklärung bzw. des Widerrufs gegenüber dem Arbeitgeber den Druck auf die betroffene Frau erhöht, denn entscheidet sie sich gegen die Weiterarbeit bis 22.00 Uhr, so ist sie unter Umständen Anfeindungen des Arbeitgebers und/oder der Kollegen ausgesetzt. Der Aufsichtsbehörde käme als Adressatin der Einverständniserklärung oder des Widerrufs in diesem Zusammenhang eine neutralere Funktion zu. Art. 7 RL 92/85/EWG fordert im Übrigen nicht die Einführung einer Einverständniserklärung, auch nicht mit Blick auf die RL 2006/54/EG. Erst die Einverständniserklärung erzeugt Konfliktlagen, die nicht notwendig gewesen wären, sodass ein gänzlicher Verzicht auf die Einführung der Einverständniserklärung hier besser gewesen wäre. Eine gestärkte Autonomie bei der Entscheidungsfindung ist dementsprechend mehr als fraglich. Schließlich ist noch ein weiterer Gesichtspunkt nicht außer Acht zu lassen: Mit ihrem Einverständnis zur Weiterarbeit bis 22.00 Uhr verzichtet die Frau auf den ihr grundsätzlich zustehenden Arbeitsschutz. Das MuSchG aF. kennt zwar bereits den möglichen Verzicht auf Schutzrechte, nämlich auf die sechswöchige Mutterschutzfrist vor der Geburt aus § 3 Abs. 2 MuSchG aF. und es mögen in diesem Zusammenhang bislang keine

24 Djb, Stellungnahme v. 9.9.2016, Ausschussdr. 18(13)87b, S. 3.

25 Ebd.

26 BT-Drs. 18/11782, S. 34.

27 Vorsichtig angedeutet bei Nebe, jurisPR-ArbR 25/2017, Anm. 1.

28 Oppermann/Classen/Nettesheim, Europarecht, 7. Aufl., München 2016, § 32 Rn. 33, 35.

Missbrauchsfälle bekannt geworden sein,<sup>29</sup> als Argument für die Einführung zusätzlicher Verzichtstatbestände taugt dies aber nur bedingt. Immerhin wird mit dem Verzicht auf den arbeitszeitlichen Gesundheitsschutz zwischen 20.00 und 22.00 Uhr der Arbeitsschutz weiter gelockert und zur Disposition der Arbeitsvertragsparteien<sup>30</sup> gestellt. Arbeits- und Gesundheitsschutz sind aber öffentlich-rechtlicher Natur;<sup>31</sup> zieht sich der Staat aus seinem Schutzauftrag weiter zurück, indem er die Verantwortung an die Arbeitsvertragsparteien abgibt, dann geht dies regelmäßig zu Lasten des Gesundheitsschutzes unter dem Deckmantel der Gewährleistung selbstbestimmter Entscheidungen.

#### b) Gesundheitsschutz der Frau, insbesondere ärztliches Attest

§ 28 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 MuSchG nF. verlangt, dass nach ärztlichem Zeugnis nichts gegen die Beschäftigung der Frau bis 22.00 Uhr sprechen darf. Das ärztliche Attest muss der Arbeitgeber seinem Antrag auf Genehmigung der Beschäftigung bis 22.00 Uhr beifügen, da es sich um eine für die Erteilung der Genehmigung durch die Aufsichtsbehörde erforderliche Unterlage handelt, damit sie die formelle und materielle Prüfung des Antrags vornehmen kann.<sup>32</sup> Wird der Behörde das Attest nicht eingereicht, so ist der Antrag des Arbeitgebers unvollständig und die Behörde muss ihm unverzüglich mitteilen, dass diese Unterlage fehlt, vgl. § 28 Abs. 2 S. 2 MuSchG nF. Für den Arbeitgeber führt die Antragstellung zu einer besonderen Prüfung der Zulässigkeit der Beschäftigung der Frau zwischen 20.00 und 22.00 Uhr. Liegt ihm das ärztliche Attest jedoch nicht vor, darf er die Frau in dieser Zeit nicht beschäftigen.<sup>33</sup>

Der Gesetzgeber begründet das Nachtarbeitsverbot des neuen MuSchG ausdrücklich mit der Umsetzung des Art. 7 RL 92/85/EWG.<sup>34</sup> Das dort verankerte Verbot der Verpflichtung zur Nachtarbeit für die Dauer der Schwangerschaft und einen darüber hinausgehenden Zeitraum nach der Entbindung steht unter dem Vorbehalt eines ärztlichen Attestes, in dem die entsprechende Notwendigkeit im Hinblick auf die Sicherheit und den Gesundheitsschutz der Arbeitnehmerin bestätigt wird.<sup>35</sup> Diese unionsrechtliche Vorgabe verdeutlicht, dass das grundsätzlich geltende Nachtarbeitsverbot Ausnahmen durch eine ärztliche Bescheinigung zulässt. Dabei müssen die Sicherheit und der Gesundheitsschutz der Arbeitnehmerin im Rahmen der notwendigen Nachtarbeit gewährleistet sein. Zum Inhalt des ärztlichen Zeugnisses findet sich jedoch nichts in der Gesetzesbegründung; § 28

Abs. 1 S. 1 Nr. 2 MuSchG nF. formuliert hierzu nur, dass nach ärztlichem Zeugnis nichts gegen die Beschäftigung der Frau bis 22.00 Uhr sprechen darf. Nach der gesetzgeberischen Vorstellung soll es sich dabei um *eine Unbedenklichkeitsbescheinigung des Arztes*<sup>36</sup> handeln, die die Sicherheit und den Gesundheitsschutz der Arbeitnehmerin trotz Nachtarbeit bis 22.00 Uhr bestätigt. Von einer ausdrücklichen Unbedenklichkeitsbescheinigung des Arztes ist in § 28 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 MuSchG nF. jedoch nicht die Rede. Vielmehr bietet der Wortlaut Spielraum für den Arzt, wie er das Attest formuliert. So kann der Arzt auf der Basis seiner medizinischen Untersuchungsergebnisse unter Umständen nur bestätigen, dass die Schwangerschaft regelrecht verläuft, die Frau gesund ist und deshalb nichts gegen ihre Weiterbeschäftigung bis 22.00 Uhr spricht. Dies würde nach dem Wortlaut des § 28 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 MuSchG nF. reichen, ohne dass damit eine weitergehende Auskunft über die konkret zu erbringende Arbeitsleistung verbunden wäre.

Der Arzt kennt im Einzelfall die genaue Situation der Arbeitnehmerin an ihrem Arbeitsplatz nicht und kann dementsprechend gerade nicht nach medizinischen Gesichtspunkten beurteilen, welchen gesundheitlichen Belastungen die Frau durch die Arbeit bis 22.00 Uhr tatsächlich ausgesetzt ist. Art. 7 Abs. 1 der RL 92/85/EWG spricht im Zusammenhang mit dem ärztlichen Attest nämlich auch davon, dass die Mitgliedstaaten die Einzelheiten des vorzulegenden Attestes zu bestimmen haben. Während der Inhalt der nach § 15 Abs. 2 MuSchG nF. auf Verlangen des Arbeitgebers zu erbringenden ärztlichen Bescheinigung bzw. des Hebammenzeugnisses klar ist, da es sich um den Nachweis der Schwangerschaft handelt, sind für die Nachtarbeit keine weiteren Details des ärztlichen Attestes festgelegt. Zu den von Art. 7 Abs. 1 der RL 92/85/EWG angesprochenen Einzelheiten des ärztlichen Attestes hätte analog zu § 6 Abs. 3 ArbZG eine arbeitsmedizinische Untersuchung eingeführt werden können, um der Sicherheit und dem Gesundheitsschutz der schwangeren oder stillenden

<sup>29</sup> Nebe, jurisPR-ArbR 25/2017, Anm. 1.

<sup>30</sup> DGB, Stellungnahme v. 18.8.2016, Ausschussdr. 18 (13)87 a, S. 3.

<sup>31</sup> Junker, Grundkurs Arbeitsrecht, 16. Aufl., München 2017, § 1 Rn. 3.

<sup>32</sup> BT-Drs. 18/11782, S. 37.

<sup>33</sup> Ebd.

<sup>34</sup> BT-Drs. 18/8963, S. 57.

<sup>35</sup> Vgl. Art. 7 Abs. 1 RL 92/85/EWG.

<sup>36</sup> Vgl. auch BT-Drs. 18/8963, S. 57.

Frau wirksamer Rechnung zu tragen als durch das Attest (irgend-)eines Arztes, der Gynäkologe, Allgemeinmediziner oä. sein kann. Immerhin sind schwangere und stillende Arbeitnehmerinnen iSd. Art. 10 der Arbeitszeit-RL 2003/88/EG einer bestimmten Gruppe von Nachtarbeitern zuzurechnen, die einem Sicherheits- und Gesundheitsrisiko ausgesetzt sind.<sup>37</sup> Für solche Gruppen können die Mitgliedstaaten die Nachtarbeit von bestimmten Garantien abhängig machen, sodass die Untersuchung durch einen Arzt mit arbeitsmedizinischem Schwerpunkt das nach § 28 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 MuSchG nF. vorzulegende ärztliche Attest in den Einzelheiten konkretisiert hätte. Allerdings liegt die Umsetzung von Art. 10 RL 2003/88/EG im Ermessen der Mitgliedstaaten, denn diese »können« Garantien für bestimmte Gruppen mit einem Sicherheits- und Gesundheitsrisiko schaffen. Eine Verpflichtung der Mitgliedstaaten entfällt demnach.<sup>38</sup> Hinzu kommt, dass mit den hier in Rede stehenden Garantien in Umsetzung des Art. 10 RL 2003/88/EG insbesondere § 8 ArbZG genannt wird,<sup>39</sup> der die Bundesregierung mit Zustimmung des Bundesrates zum Erlass einer Rechtsverordnung ua. auch zum Schutz der Nachtarbeitnehmer ermächtigt. Bislang ist dies nur in Form der Druckluftverordnung<sup>40</sup> geschehen, sodass weder Art. 10 der RL 2003/88/EG noch § 8 ArbZG für die Fragestellung relevant sind.

Zu denken ist noch an den Ewg. 6 der RL 2003/88/EG, demzufolge den Grundsätzen der IAO und hier insbesondere den Grundsätzen zur Nachtarbeit Rechnung zu tragen ist. Im Übereinkommen Nr. 171 über Nachtarbeit<sup>41</sup> ist in Art. 7 Abs. 1 ausdrücklich bestimmt, dass Nachtarbeitnehmerinnen während der Schwangerschaft, in einem Zeitraum von mindestens 16 Wochen vor und nach der Niederkunft und während zusätzlicher Zeiträume, für die eine ärztliche Bescheinigung vorzulegen ist, eine Alternative zur Nachtarbeit zur Verfügung zu stellen ist. Unabhängig von der bislang ungeklärten Bedeutung dieser Bezugnahme der Arbeitszeit-RL auf die IAO-Normen<sup>42</sup> steht die Vorlage des ärztlichen Attests hier nicht im Zusammenhang mit der Nachtarbeit während der Schwangerschaft oder der Mutterschutzfristen vor und nach der Geburt, sondern mit den ersten Monaten nach der Entbindung, in denen die Leistungsfähigkeit der Frau ggf. noch nicht voll wiederhergestellt ist. Auch gibt Art. 7 Abs. 1 des Übereinkommens Nr. 171 über Nachtarbeit für diesen Zeitraum lediglich den Hinweis, dass sich aus dem Attest zum Schutz der Gesundheit von Mutter und Kind die Notwendigkeit einer Alternative zur Nachtar-

beit ergeben muss. Damit ergibt sich aus Art. 7 Abs. 1 des IAO-Übereinkommens Nr. 171 lediglich, dass es eine Alternative zur Nachtarbeit für Schwangere, Wöchnerinnen und in einer gewissen Zeitspanne nach der Geburt geben muss, zB. die Versetzung in Tagesarbeit gemäß Art. 7 Abs. 2 des Übereinkommens. Über den Inhalt des ärztlichen Attests bei Nachtarbeit während der Schwangerschaft und der Mutterschutzfristen gibt die Vorschrift dagegen keine Auskunft.

Im Ergebnis entspricht das der Aufsichtsbehörde vorzulegende ärztliche Attest gemäß § 28 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 MuSchG nF. nur unzureichend den Vorgaben des Art. 7 Abs. 1 der RL 92/85/EWG, denn es fehlt die inhaltliche Konkretisierung des ärztlichen Attests in Bezug auf die Sicherheit und den Gesundheitsschutz der Arbeitnehmerin. Immerhin verzichtet die Vorschrift auf Angaben zu den weiteren Einzelheiten des ärztlichen Attests, was aber aus arbeitsmedizinischer Sicht geboten gewesen wäre. Eine ausdrückliche Unbedenklichkeitsbescheinigung eines Arztes mit arbeitsmedizinischem Schwerpunkt hätte hier einen sehr viel höheren Schutzstandard gesetzt, der angesichts des erhöhten Gefährdungspotenzials der Nachtarbeit in Schwangerschaft und Stillzeit<sup>43</sup> auch notwendig gewesen wäre.

Die darüber hinausgehenden Möglichkeiten aus Art. 10 der Arbeitszeit-RL 2003/88/EG für bestimmte Gruppen von Nachtarbeitnehmern mit Sicherheits- und Gesundheitsrisiko hat der Gesetzgeber nicht genutzt, da sie lediglich eine Option der Mitgliedstaaten darstellen und keine Rechtspflicht zur Schaffung von Regelungen begründen, die das ärztliche Attest von weiteren Anforderungen abhängig machen. Auch Art. 7 des IAO-Übereinkommens Nr. 171 über Nachtarbeit, der über den Ewg. 6 der RL 2003/88/EG Eingang in die Überlegungen gefunden hat, hilft an dieser Stelle nicht weiter, sodass § 28 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 MuSchG nF. ausschließlich an Art. 7 Abs. 1 RL 92/85/EWG gemessen werden kann, der nicht vollständig umgesetzt worden ist.

37 Der Gesetzgeber spricht an dieser Stelle von einem erhöhten Gefährdungspotenzial bei schwangeren und stillenden Frauen durch Nachtarbeit, BT-Drs. 18/8963, S. 58.

38 *Baeck/Deutsch*, ArbZG Kommentar, 3. Aufl., München 2014, § 6 Rn. 8.

39 Ebd.

40 DruckluftV v. 4.10.1972, BGBl. I, S. 1909 idF.d. 1. Verordnung zur Änderung der DruckluftV v. 19.6.1992, BGBl. I, S. 1384.

41 Vgl. Fn. 9.

42 *Buschmann/Ulber* (Fn. 9), S. 389 Fn. 58.

43 Vgl. Fn. 37.

**c) Gesundheitsschutz der Frau, insbesondere durch Ausschluss einer unverantwortbaren Gefährdung durch Alleinarbeit**

§ 28 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 MuSchG nF. setzt für die Genehmigung der Weiterbeschäftigung der schwangeren oder stillenden Frau bis 22.00 Uhr voraus, dass eine unverantwortbare Gefährdung durch Alleinarbeit ausgeschlossen ist. Für die Frage nach der Unionsrechtskonformität des neu ausgestalteten Nachtarbeitsverbots im MuSchG nF. ist entscheidend, was unter einer »unverantwortbaren Gefährdung durch Alleinarbeit« für die Frau zu verstehen ist. Dies gilt umso mehr, weil es sich bei der »unverantwortbaren Gefährdung« um einen neu im Mutterschutzrecht eingeführten unbestimmten Rechtsbegriff handelt,<sup>44</sup> der der inhaltlichen Konkretisierung bedarf. Dem Arbeitsschutzrecht, zu dem das MuSchG gehört, ist der Begriff der »unverantwortbaren Gefährdung« ebenfalls unbekannt,<sup>45</sup> sodass an dieser Stelle nicht auf bereits bekannte und in der Praxis erprobte Verfahren zur Feststellung einer unverantwortbaren Gefährdung zurückgegriffen werden kann. Hinzu kommt, dass sich weder aus Art. 7 der Mutterschutz-RL 92/85/EWG noch aus der Arbeitsschutz-RL 89/391/EWG ein entsprechender Gefährdungsbegriff herleiten lässt, sodass sich die Auslegung an der gesetzgeberischen Begründung und den allgemeinen Grundsätzen des Arbeitsschutzrechts zu orientieren hat. Gleiches gilt in Bezug auf Art. 31 Abs. 1 der GRC, der Arbeitnehmern und Arbeitnehmerinnen allgemein ein (Grund-) Recht auf gesunde, sichere und würdige Arbeitsbedingungen zur Verfügung stellt.

Der Arbeitgeber ist nach § 28 Abs. 1 S. 2 MuSchG nF. verpflichtet, dem Antrag auf Genehmigung die nach § 14 Abs. 1 MuSchG nF. dokumentierte Gefährdungsbeurteilung beizufügen, aus der die Aufsichtsbehörde möglicherweise eine unverantwortbare Gefährdung durch Alleinarbeit ableiten kann. Im Rahmen des betrieblichen Gesundheitsschutzes ist nach § 10 MuSchG nF. eine Gefährdungsbeurteilung gemäß § 5 ArbSchG durchzuführen, die für jede Tätigkeit Auskunft über die Art, das Ausmaß und die Dauer der Gefährdung (§ 10 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 MuSchG nF.), denen die schwangere oder stillende Frau oder ihr Kind ausgesetzt sein kann, sowie den Bedarf an Schutzmaßnahmen (§ 10 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 MuSchG nF.) gibt. Nach § 10 Abs. 2 MuSchG nF. muss der Arbeitgeber die erforderlichen Schutzmaßnahmen nach Maßgabe der Gefährdungsbeurteilung festlegen und der Frau zusätzlich ein Gespräch über weitere Anpassungen ihrer Arbeitsbedingungen anbieten. Auch muss er nach § 9

Abs. 1 S. 1 und 2 MuSchG nF. die getroffenen Schutzmaßnahmen zum Schutz der physischen und psychischen Gesundheit der Frau überprüfen und ggf. anpassen. Die der Aufsichtsbehörde nach § 28 Abs. 1 S. 2 MuSchG nF. einzureichende Dokumentation der Gefährdungsbeurteilung hat sich explizit auf die hier genannten Aspekte zu beziehen, § 14 Abs. 1 MuSchG nF. Eine genauere Eingrenzung oder gar inhaltliche Bestimmung des Begriffs der »unverantwortbaren Gefährdung durch Alleinarbeit« ergibt sich daraus aber nicht. Es bleibt demnach der Aufsichtsbehörde überlassen, aus der Dokumentation die unverantwortbare Gefährdung durch Alleinarbeit herauszufiltern.

Der Gesetzgeber versucht jedoch, sowohl den Begriff der Alleinarbeit als auch den Begriff der unverantwortbaren Gefährdung im Gesetz zu definieren. Auch wenn § 28 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 MuSchG nF. den Ausschluss der »unverantwortbaren Gefährdung durch Alleinarbeit« fordert und damit deutlich wird, dass beide Begriffe zusammenhängen und aufeinander bezogen sind, trennt der Gesetzgeber beide Begrifflichkeiten voneinander. Dies zeigt sich ua. an der systematischen Stellung der jeweiligen Definition im Gesetz, denn § 2 Abs. 4 MuSchG nF. definiert die Alleinarbeit und § 9 Abs. 2 S. 2 MuSchG nF. versucht, die unverantwortbare Gefährdung näher einzugrenzen. Hinzu kommt, dass es in § 28 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 MuSchG nF. heißt, dass »insbesondere« eine unverantwortbare Gefährdung durch Alleinarbeit auszuschließen ist. Die Formulierung »insbesondere« verdeutlicht, dass es sich nicht um eine abschließende Regelung handelt. Vielmehr sind auch sonstige unverantwortbare Gefährdungen, die nichts mit Alleinarbeit zu tun haben, auszuschließen. Im Übrigen geht der Gesetzgeber davon aus, dass der Ausschluss von Alleinarbeit zusätzlich zum Ausschluss der unverantwortbaren Gefährdung vorliegen muss, wenn er in der Gesetzesbegründung betont, dass »darüber hinaus ein Verbot der Alleinarbeit vorgesehen«<sup>46</sup> ist. Das Verbot der Alleinarbeit ist demnach als weitere Absicherung zu verstehen. Dies rechtfertigt es auch, beide Begriffe zunächst getrennt zu untersuchen, sie jedoch wegen ihrer Verknüpfung am Ende noch einmal einer gemeinsamen Prüfung zu unterziehen.

<sup>44</sup> Roos, Stellungnahme v. 12.9.2016, Ausschussdrs. 18(13)87g, S. 9; Stellungnahme des Bundesrates v. 17.6.2016, BT-Drs. 18/8963, S. 118.

<sup>45</sup> DjB, Ausschussdrs. 18(13)87b (Fn. 23), S. 10; vgl. auch BT-Drs. 18/11782, S. 20.

<sup>46</sup> BT-Drs. 18/8963, S. 58.



### (1) Alleinarbeit der Frau

Nach § 2 Abs. 4 MuSchG nF. liegt Alleinarbeit iSd. Gesetzes vor, wenn der Arbeitgeber eine Frau an einem Arbeitsplatz in seinem räumlichen Verantwortungsbereich beschäftigt, ohne dass gewährleistet ist, dass sie jederzeit den Arbeitsplatz verlassen oder Hilfe erreichen kann. Der räumliche Verantwortungsbereich des Arbeitgebers umfasst dabei aber nicht nur das Betriebsgelände, sondern auch im Verantwortungsbereich des Arbeitgebers verbleibende Arbeitsplätze außerhalb des Betriebsgeländes,<sup>47</sup> zB. im Leiharbeitsverhältnis<sup>48</sup> oder bei vorübergehender Entsendung ins Ausland.<sup>49</sup> Davon nicht erfasst sind jedoch Heim- und Telearbeitsplätze, da die Frau hier ihren Arbeitsplatz in der Regel jederzeit verlassen kann, wenn dies aus gesundheitlichen Gründen notwendig sein sollte.<sup>50</sup> Unklar bleibt jedoch, was »jederzeit Hilfe erreichen« genau heißt. Nach der insoweit offenen Definition ist Alleinarbeit auch dann ausgeschlossen, wenn die Frau ihre in einem anderen Gebäude auf demselben Betriebsgelände sitzenden Kollegen telefonisch erreichen kann. Ob dies den erhöhten Schutzanforderungen an die Nachtarbeit in Schwangerschaft und Stillzeit gerecht zu werden vermag, ist zweifelhaft. Ein engerer Zuschnitt der Norm wäre hier wünschenswert gewesen. Gleichwohl erfährt die Alleinarbeit in § 2 Abs. 4 MuSchG nF. eine im Wesentlichen klare Regelung und Arbeitgeber und Aufsichtsbehörden können die für die schwangere oder stillende Frau auszuschließende Alleinarbeit im Rahmen der Gefährdungsbeurteilung feststellen und in der betrieblichen Praxis umsetzen, allerdings gilt dies nur unter isolierter Betrachtung der Alleinarbeit.

### (2) Unverantwortbare Gefährdung für die Frau

Anders verhält es sich dagegen bei § 9 Abs. 2 S. 2 MuSchG nF., denn eine Gefährdung ist danach unverantwortbar, wenn die Eintrittswahrscheinlichkeit einer Gesundheitsbeeinträchtigung angesichts der zu erwartenden Schwere des möglichen Gesundheitsschadens nicht hinnehmbar ist. Gemäß § 9 Abs. 2 S. 3 MuSchG nF. gilt eine unverantwortbare Gefährdung für schwangere und stillende Frauen als ausgeschlossen, wenn der Arbeitgeber alle Vorgaben einhält, die aller Wahrscheinlichkeit nach dazu führen, dass die Gesundheit einer schwangeren oder stillenden Frau oder ihres Kindes nicht beeinträchtigt wird. Zu ergänzen sind noch §§ 11 und 12 MuSchG nF., die ausdrücklich und in nicht abschließender Form einzelne Tätigkeiten und Arbeitsbedingungen für eine schwangere oder stillende

Frau aufführen, die eine unverantwortbare Gefährdung beinhalten. Liegen Tätigkeiten bzw. Arbeitsbedingungen nach § 11 oder § 12 MuSchG nF. vor, so geht von ihnen automatisch eine unverantwortbare Gefährdung aus – einer besonderen Feststellung bedarf es bei ihnen nicht. Es handelt sich hierbei vor allem um besondere Gefahrstoffe wie zB. Blei und Bleiderivate, krebserregende oder keimzellschädigende Stoffe, Biostoffe (Rötelnvirus, Toxoplasma etc.) oder physikalische Einwirkungen durch Erschütterungen, Vibrationen, Lärm, Kälte, Nässe, ionisierende und nicht ionisierende Strahlungen, Akkord- oder Fließarbeit etc. Diese eine unverantwortbare Gefährdung auslösenden Tätigkeiten oder Arbeitsbedingungen haben aber nichts mit dem arbeitszeitlichen Gesundheitsschutz, zu dem das Nachtarbeitsverbot aus § 5 MuSchG nF. gehört, zu tun. Zwar ist in Rechnung zu stellen, dass §§ 11 und 12 MuSchG nF. typisierte Regelungen nur beispielhaft aufführen und damit auch Spielraum für die Aufnahme weiterer unverantwortbarer Gefährdungen, zB. die psychischen Belastungen,<sup>51</sup> lassen, jedoch ist dies zum jetzigen Zeitpunkt verfrüht und es bleibt die Arbeit des Ausschusses für Mutterschutz nach § 30 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 MuSchG nF. abzuwarten bzw. eine mögliche Konkretisierung durch Rechtsverordnung der Bundesregierung gemäß § 31 Nr. 1 MuSchG nF. Die weitere Auseinandersetzung mit dem Begriff der unverantwortbaren Gefährdung muss sich deshalb ausschließlich auf die Definition des § 9 Abs. 2 S. 2 und 3 MuSchG nF. beschränken.

Der dem Arbeitsschutzrecht bislang fremde Begriff der unverantwortbaren Gefährdung setzt zunächst bei einer Gefährdung als dem zentralen Begriff des betrieblichen Gesundheitsschutzes im Mutterschutzrecht an.<sup>52</sup> Eine Gefährdung ist dabei von einer Gefahr zu differenzieren, denn sie beinhaltet die bloße Möglichkeit eines Schadens oder einer gesundheitlichen Beeinträchtigung ohne bestimmte Anforderungen an ihr Ausmaß oder ihre Eintrittswahrscheinlichkeit.<sup>53</sup> Der Gefährdungsbegriff zielt im

47 BT-Drs. 18/11782, S. 32.

48 Arbeitsschutzrechtlich sind sowohl der verleihende als auch der entleihende Arbeitgeber nach § 11 Abs. 6 AÜG in der Pflicht, vgl. auch *Buchner/Becker* (Fn. 12), § 1 Rn. 48.

49 Hk-MuSchG/BEEG-*Pepping* (Fn. 14), § 1 Rn. 46.

50 BT-Drs. 18/11782, S. 32.

51 HK-ArbSchR-*Beetz* (Fn. 12), MuSchG 2018 Rn. 26.

52 BT-Drs. 18/8963, S. 64.

53 BAG, 12.8.2008 – 9 AZR 1117/06 – NZA 2009, 102, 105.

Unterschied zur Gefahr<sup>54</sup> auf eine früher ansetzende Prävention.<sup>55</sup> Mit dem Inkrafttreten des ArbSchG im Jahr 1996<sup>56</sup> ist im Arbeitsschutzrecht in Umsetzung der Arbeitsschutz-RL 89/391/EWG der Gefährdungsbegriff in § 4 Nr. 1 ArbSchG eingeführt worden. § 4 ArbSchG beinhaltet allgemeine Grundsätze des Arbeitsschutzes, die auf das Mutterschutzrecht übertragbar und für die Auslegung von Bedeutung sind.<sup>57</sup>

So verlangt § 9 Abs. 2 S. 1 MuSchG nF. vom Arbeitgeber, dass er die Arbeitsbedingungen so gestaltet, dass Gefährdungen einer schwangeren oder stillenden Frau oder ihres Kindes möglichst vermieden werden und eine unverantwortbare Gefährdung ausgeschlossen ist. In § 9 Abs. 2 S. 1 1. Hs. MuSchG nF. kommt damit der aus § 4 Nr. 1 ArbSchG resultierende Grundsatz der Risikominimierung zum Ausdruck – gleichwohl übrig bleibende Gefährdungen sind möglichst gering zu halten.<sup>58</sup> Dh. aber auch, dass es Gefährdungen gibt, die hinnehmbar, respektive verantwortbar sind, denn der Ausschluss jeglicher Gefährdung würde die Beschäftigung schwangerer oder stillender Frauen so gut wie ausschließen.<sup>59</sup>

In dieser gesetzgeberischen Begründung tritt das Spannungsfeld zwischen Arbeitsschutz einerseits und Diskriminierungsschutz andererseits offen zu Tage. Schutz und Fürsorge für die Mutter aus Art. 6 Abs. 4 GG und der in Art. 2 Abs. 2 GG verankerte Gesundheitsschutz<sup>60</sup> stehen hier dem Schutz vor Diskriminierung aufgrund des Geschlechts aus Art. 3 Abs. 3 GG und der staatlichen Verpflichtung zur tatsächlichen Durchsetzung der Gleichberechtigung von Frauen und Männern und zur Beseitigung bestehender Nachteile aus Art. 3 Abs. 2 S. 2 GG gegenüber. Immerhin will das MuSchG nF. »schwangeren und stillenden Frauen eine verantwortbare Teilhabe am Erwerbsleben [...] ermöglichen.«<sup>61</sup>

Diese Zielsetzung geht aber auch aus den Erwägungsgründen der Mutterschutz-RL 92/85/EWG und der Gleichbehandlungs-RL 2006/54/EG hervor. In den Erwägungsgründen der RL 92/85/EWG ist ausdrücklich klargelegt, dass die Maßnahmen für die Sicherheit und den Gesundheitsschutz der schwangeren und stillenden Arbeitnehmerinnen als besonders gefährdeter Risikogruppe auf dem Arbeitsmarkt nicht zu einer Benachteiligung führen dürfen. Auch dürfen die Gleichbehandlungsrichtlinien durch entsprechende Maßnahmen nicht beeinträchtigt werden. Die Ermöglichung einer verantwortbaren Teilhabe am Erwerbsleben trotz Schwangerschaft oder Stillzeit bezweckt den Ausgleich zwischen Sicherheit und Gesundheitsschutz sowie Schutz vor Benachteiligung bzw. Schlechterstellung bei der Erwerbsarbeit. Dieser Ausgleich

kann nur dadurch hergestellt werden, dass im Zuge des Grundsatzes der Risikominimierung die Gefährdungen so gering wie möglich gehalten werden. Der Gefährdungsschutz iSv. § 4 Nr. 1 ArbSchG ist der Prävention gewidmet,<sup>62</sup> dh. er verpflichtet den Arbeitgeber vorbeugend und schon im Vorfeld von konkreten Gesundheitsgefahren und ggf. sogar Gesundheitsschäden, aktiv iSv. § 3 ArbSchG tätig zu werden.<sup>63</sup>

Wenn § 10 Abs. 1 MuSchG nF. den Arbeitgeber im Rahmen des § 5 ArbSchG verpflichtet, die Gefährdungsbeurteilung vorzunehmen und die Gefährdungen für schwangere und stillende Frauen und ihr Kind nach Art, Ausmaß und Dauer festzustellen, dann wird daran deutlich, dass der Ausgangspunkt der Gefährdungsbeurteilung im allgemeinen Arbeitsschutzrecht für alle Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen liegt und die mutterschutzrechtliche Gefährdungsbeurteilung als zusätzliche und anlasslose Anforderung hinzukommt.<sup>64</sup> Dabei muss der Arbeitgeber die möglichen unverantwortbaren Gefährdungen ermitteln und wenn solche vorliegen, als ultima ratio ein betriebliches Beschäftigungsverbot nach § 13 Abs. 1 Nr. 3 MuSchG nF. aussprechen, sofern eine Umgestaltung der Arbeitsbedingungen, zB. durch die Zuweisung anderer Arbeitszeiten oder Schichten,<sup>65</sup> oder ein Arbeitsplatzwechsel, zB. die Umsetzung der Frau auf einen Tagesarbeitsplatz,<sup>66</sup> nicht möglich ist.

54 Eine Gefahr iSv. § 4 Nr. 2 ArbSchG liegt vor, wenn bei ungehindertem Ablauf des objektiv vorhersehbaren Geschehens ein Schaden eintreten kann, wobei für den Schadenseintritt eine hinreichende Wahrscheinlichkeit sprechen muss und ein Schaden erst dann vorliegt, wenn eine nicht unerhebliche Beeinträchtigung gegeben ist, vgl. BT-Drs. 13/3540, S. 16.

55 BT-Drs. 13/3540, S. 16.

56 Gesetz über die Durchführung von Maßnahmen des Arbeitsschutzes zur Verbesserung der Sicherheit und des Gesundheitsschutzes der Beschäftigten bei der Arbeit (ArbSchG) v. 7.8.1996, BGBl. I, S. 1246.

57 HK-ArbSchR-Beetz (Fn. 12), MuSchG 2018 Rn. 4; Nebe, in: Düwell/Göhle-Sander/Kohte (Hrsg.), juris Praxiskommentar Vereinbarkeit von Familie und Beruf, Saarbrücken 2009, Kap. 5.1 Rn. 25 ff.

58 BT-Drs. 18/8963, S. 65.

59 Ebd.

60 HK-ArbSchR-Beetz (Fn. 12), MuSchG 2018, Rn. 5.

61 BT-Drs. 18/8963, S. 65.

62 HK-ArbSchR-Blume/Faber (Fn. 12), ArbSchG § 4 Rn. 12; Kohte, in: Kollmer/Klindt/Schucht (Hrsg.), ArbSchG Kommentar, 3. Aufl., München 2016 (im Folgenden: Kollmer/Klindt/Schucht), § 4 Rn. 1, 3.

63 Kollmer/Klindt/Schucht-Kohte (Fn. 62), § 4 Rn. 2.

64 Bayreuther, NZA 2017, 1145, 1148 spricht an dieser Stelle von einem erheblichen Mehraufwand der Arbeitgeber im Unterschied zur alten Rechtslage nach § 1 MuSchArbV, der nur eine anlassbezogene Gefährdungsbeurteilung gefordert habe.

65 Hk-MuSchG/BEEG-Pepping (Fn. 14), § 8 MuSchG Rn. 16.

66 Vgl. Art. 7 Abs. 2 lit. a RL 92/85/EWG; BAG, 15.11.2000 – 5 AZR 365/99 – NZA 2001, 386.

Ist für den Arbeitgeber aber unklar, welche Gefährdung für die schwangere oder stillende Frau unverantwortbar bzw. gerade noch hinnehmbar ist, so wird nicht nur der arbeitsschutzrechtliche Grundsatz der Risikominimierung in Frage gestellt, sondern auch die Prävention als Leitbild des Arbeits- und Mutterschutzes. Lediglich in Bezug auf die exemplarisch in §§ 11 und 12 MuSchG nF. genannten Gefahrstoffe, physikalischen Einwirkungen, Arbeitsbedingungen etc. ist für Arbeitgeber eindeutig, welche Gefährdungen unverantwortbar sind.

Bereits im Gesetzgebungsverfahren hat der Deutsche Bundestag ausdrücklich eine EntschlieÙung eingebracht, in der er festgestellt hat, dass es für die Umsetzung des bislang unbekanntem Gefährdungsbegriffs der »unverantwortbaren Gefährdung« in der Praxis der Arbeitgeber und der Aufsichtsbehörden Hinweise durch die Bundesregierung im Einvernehmen mit den Bundesländern bedarf, die vor Inkrafttreten des MuSchG nF. Arbeitgebern und Aufsichtsbehörden zur Verfügung zu stehen haben.<sup>67</sup>

Wenn aber schon im Vorfeld des Inkrafttretens des neuen Begriffs der unverantwortbaren Gefährdung erklärtermaßen die Unsicherheiten im praktischen Umgang durch den Deutschen Bundestag angemahnt und mit der Forderung nach Umsetzungshinweisen verbunden worden sind und, soweit ersichtlich, solche Hinweise bisher nicht ergangen sind, so folgt daraus eine Rechtsunsicherheit für die Betriebe und Aufsichtsbehörden. Diese Rechtsunsicherheiten, insbesondere wegen des Charakters unbestimmter Rechtsbegriffe, werden auch nicht durch weitere Eingrenzungsversuche des Gesetzgebers behoben.

So ist der Gesetzgeber unter Berufung auf die Rechtsprechung des BVerwG<sup>68</sup> der Ansicht, dass der Begriff der unverantwortbaren Gefährdung eine Gefährdungsschwelle beschreibt, demnach die Eintrittswahrscheinlichkeit einer Gesundheitsbeeinträchtigung angesichts der zu erwartenden Schwere des möglichen Gesundheitsschadens nicht hinnehmbar ist. Hinnehmbare Gefährdungen müssen demgegenüber nicht ausgeschlossen werden, da sie nicht mit einer hinreichenden Wahrscheinlichkeit eintreten bzw. selbst im Fall ihres Eintritts weder für die Frau noch ihr Kind mit einer nennenswerten gesundheitlichen Beeinträchtigung verbunden sind.<sup>69</sup> Danach stellt sich die »unverantwortbare Gefährdung« als qualifizierte Form der Gefährdung dar, denn der Gefährdungsbegriff wäre alleine ungeeignet, die Schwelle zu beschreiben, ab der der Arbeitgeber eine Gefährdung auszuschließen hätte.<sup>70</sup> Diese allgemeine Erklärung bleibt gleich-

wohl vage und beseitigt nicht die oben beschriebene Rechtsunsicherheit für Arbeitgeber und Aufsichtsbehörden. Die »unverantwortbare Gefährdung« mag die Nahtstelle zwischen dem regulären Arbeitsschutz und dem erhöhten Schutzanliegen im Mutterschutz durch ein personenbezogenes Zusatzmodul (= Add-on zum Arbeitsschutz) sein,<sup>71</sup> sie erfordert aber differenzierte Bewertungsverfahren auf der Basis detaillierter arbeitswissenschaftlicher und arbeitsmedizinischer Erkenntnisse, um die Vielzahl der Gefährdungen im Mutterschutz, die unverantwortbar sind, identifizieren zu können.<sup>72</sup> Insgesamt zeigt dies, dass auch Befürworter der Einführung des Begriffs der »unverantwortbaren Gefährdung« nicht ohne eine vorab zu treffende Konkretisierung durch die Entwicklung differenzierter Bewertungsverfahren auskommen wollen.

Im Ergebnis ist der neu eingeführte Begriff der unverantwortbaren Gefährdung ein unbestimmter Rechtsbegriff, dem die Rechtsklarheit und Rechtssicherheit wegen mangelnder inhaltlicher Ausfüllung bislang fehlt. Arbeitgeber können auf dieser Rechtsgrundlage keine sachgerechte Gefährdungsbeurteilung zum Ausschluss einer unverantwortbaren Gefährdung vornehmen, die von den Aufsichtsbehörden entsprechend nachgeprüft werden könnte. Die arbeitsschutzrechtlichen Grundprinzipien – Prävention und der Grundsatz der Risikominimierung – können mit dem inhaltlich unbestimmten Begriff der unverantwortbaren Gefährdung nicht gewährleistet werden.

### (3) Unionsrechtswidrigkeit der unverantwortbaren Gefährdung

Fraglich ist weiter, ob die Unbestimmtheit des neu eingeführten Rechtsbegriffs der unverantwortbaren Gefährdung mit Art. 31 Abs. 1 GRC kollidiert, der Arbeitnehmern und Arbeitnehmerinnen ein Recht auf gesunde, sichere und würdige Arbeitsbedingungen vermittelt. Diese Vorschrift geht insbesondere auf Art. 3 ESC und die Arbeitsschutz-RL 89/391/EWG zurück, die jeweils sichere und gesunde

67 Vgl. Art. 10 Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Familie, Senioren, Frauen und Jugend (13. Ausschuss) zu dem Gesetzentwurf der Bundesregierung – Drs. 18/8963 – v. 29.3.2017, BT-Drs. 18/11782, S. 20.

68 BVerwG, 27.5.1993 – 5 C 42/89 – NJW 1994, 401.

69 BT-Drs. 18/8963, S. 66.

70 Ebd.

71 *Rothe*, Stellungnahme v. 12.9.2016, Ausschussdr. 18(13)87d, S. 2.

72 Ebd.

Arbeitsbedingungen im Blickfeld haben.<sup>73</sup> Der gesundheitliche Bereich ist dabei weit zu verstehen,<sup>74</sup> sodass vor allem zunächst die erhöhten Anforderungen an den Gesundheitsschutz und die Sicherheit bei Nachtarbeit<sup>75</sup> unabhängig vom Geschlecht<sup>76</sup> hiervon erfasst sind. Es handelt sich bei Art. 31 Abs. 1 GRC um ein echtes soziales Grundrecht mit Schutzcharakter, der durch das Sekundärrecht konkretisiert wird.<sup>77</sup> Für die grundrechtskonforme Auslegung arbeitsrechtlicher Richtlinien sind sie von besonderer Bedeutung.<sup>78</sup>

Bezeichnet die unverantwortbare Gefährdung eine qualifizierte Form der Gefährdung und ist der Gefährdungsbegriff allein ungeeignet, die Schwelle zu beschreiben, ab deren Erreichen Gefährdungen zum Schutz der Mutter und ihres Kindes auszuschließen sind,<sup>79</sup> setzt die Gefährdungsschwelle höher ein, da es auch hinnehmbare bzw. verantwortbare Gefährdungen gibt. Diese werden gerade nicht ausgeschlossen, um Frauen eine weitere Teilhabe im Erwerbsleben zu ermöglichen. Für hinnehmbare Gefährdungen greift aber der Grundsatz der Risikominimierung ein,<sup>80</sup> wie er in § 9 Abs. 2 S. 1 I. Hs. MuSchG nF. und § 4 Nr. 1 ArbSchG zum Ausdruck kommt. Der Grundsatz der Risikominimierung ergibt sich ebenfalls aus Art. 6 Abs. 2 der Arbeitsschutz-RL 89/391/EWG, die Art. 31 Abs. 1 GRC im Hinblick auf gesunde, sichere und Arbeitsbedingungen konkretisiert.<sup>81</sup> Ist das Leitbild des Arbeitsschutzes Prävention und hat die RL 89/391/EWG den Leitbildwechsel im ArbSchG herbeigeführt,<sup>82</sup> bestimmt dies auch den Inhalt von Art. 31 Abs. 1 GRC.<sup>83</sup> Sichere und gesunde Arbeitsbedingungen müssen demnach zunächst diesem Leitbild entsprechen.<sup>84</sup> Dazu gehört ua. auch die Einrichtung und Gestaltung der Arbeitsstätte, von Arbeitsverfahren und Arbeitsabläufen, die Verhütung von betriebsbedingten Gefahren sowie die Ausschaltung von Risiko- und Unfallfaktoren.<sup>85</sup> Speziell für die gesunden Arbeitsbedingungen iSv. Art. 31 Abs. 1 GRC kann auch die Mutterschutz-RL 92/85/EWG herangezogen werden, denn sie ist als 10. Einzelrichtlinie gemäß Art. 16 Abs. 1 RL 89/391/EWG erlassen worden.<sup>86</sup> Auf diese Weise spielt ebenfalls das Nachtarbeitsverbot aus Art. 7 der RL 92/85/EG in Art. 31 Abs. 1 GRC hinein.

Ist die Gefährdungsschwelle bei der »unverantwortbaren Gefährdung« aber höher anzusetzen als die bloße Gefährdung und heißt es im § 9 Abs. 2 S. 1 2. Hs. MuSchG nF. nur, dass solche Gefährdungen auszuschließen sind, dann ist dies vom Grundsatz der Risikominimierung in § 9 Abs. 2 S. 1 I. Hs. MuSchG nF. zu unterscheiden. Unverantwortbare

Gefährdungen verlangen mehr vom Arbeitgeber als nur die Minimierung des gesundheitlichen Risikos bei Nachtarbeit schwangerer und stillender Frauen bis 22.00 Uhr, nämlich ihren Ausschluss bzw. ihre Ausschaltung. Ist aber durch die fehlende inhaltliche Anreicherung der unverantwortbaren Gefährdung unklar, welche Risikofaktoren am Arbeitsplatz der schwangeren oder stillenden Frau durch ihre Weiterarbeit bis 22.00 Uhr genau bestehen (und auszuschließen sind), können auch die von Art. 31 Abs. 1 GRC iVm. den RL 89/391/EWG und 92/85/EG verlangten sicheren und gesunden Arbeitsbedingungen nicht gewährleistet werden. In der sensiblen Phase der Schwangerschaft und Stillzeit kommt jedoch der Gewährleistung sicherer und gesunder Arbeitsbedingungen ein besonders hoher Stellenwert zu – dies hat auch der Gesetzgeber gesehen, indem er eine qualifizierte Form der Gefährdung bzw. eine höhere Gefährdungsschwelle mit dem Begriff der unverantwortbaren Gefährdung eingeführt hat. Rechtsunsicherheiten und -unklarheiten stellen jedoch kein geeignetes Instrument dar, dem hohen Anspruch an sichere und gesunde Arbeitsbedingungen gerecht zu werden. Sie greifen in das zu schützende Rechtsgut der Gesund-

73 Jarass, EU-Grundrechte, München 2005, § 30 Rn. 24; Rudolf, in: Meyer (Hrsg.), Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 4. Aufl., Baden-Baden 2014 (im Folgenden: Meyer), Art. 31 Rn. 1.

74 Kriebler, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, Kommentar, 5. Aufl., München 2016 (im Folgenden: Calliess/Ruffert), Art. 31 GRCh Rn. 1.

75 Bei Nachtarbeit ist aus arbeitsmedizinischer und arbeitswissenschaftlicher Perspektive eine Gesundheitsbeeinträchtigung evident, Müller-Knöß, Stellungnahme v. 12.9.2016, Ausschussdr. 18(13)87e, S. 1; Buschmann/Ulber (Fn. 9), § 6 Rn. 1, 3.

76 EuGH, 25.7.1991 – C-345/89 – Slg. 1991, I-4047 (Stoekel), Rn. 15; nur Schwangerschaft und Mutterschaft rechtfertigen demgegenüber geschlechtsspezifische Schutzvorschriften bei Nachtarbeit, vgl. EuGH, 3.2.1994 – C-13/93 – Slg. 1994, I-371 (Minne).

77 HK-ArbSchR-Lörcher (Fn. 12), Grundrecht Rn. 32 ff.; Kollmer/Klindt/Schucht-Balze (Fn. 62), Einl. B Rn. 6 spricht dagegen von Programmcharakter iSv. sozialen Gewährleistungen, die der Ausgestaltung durch die EU und der Mitgliedstaaten bedürfen; Calliess/Ruffert-Kriebler (Fn. 74), Art. 31 GRCh Rn. 3 f. spricht von Grundsatz, der durch die Arbeitsschutzrichtlinien »ein Gesicht« erhält.

78 Willemssen/Sagan, NZA 2011, 258, 260.

79 BT-Drs. 18/8963, S. 66.

80 Ebd.

81 Jarass (Fn. 73), Art. 31 Rn. 4.

82 Kollmer/Klindt/Schucht-Kohte (Fn. 62), § 4 Rn. 1.

83 Vgl. auch Jarass (Fn. 73), Einl. Rn. 54 f.

84 Würdige Arbeitsbedingungen beziehen sich insbesondere auf den Schutz vor sexueller Belästigung, Aggressionen und Schutz der Intimsphäre am Arbeitsplatz, vgl. Meyer-Rudolf (Fn. 73), Art. 31 Rn. 11, die für die vorliegende Fragestellung keine Rolle spielen.

85 Jarass (Fn. 73), § 30 Rn. 30 f.

86 Meyer-Rudolf (Fn. 73), Art. 31 Rn. 16.

heit der Frau ein. In der Folge ist die Aufweichung des Gesundheitsschutzes schwangerer und stillender Frauen zu befürchten. Aus dem unionsrechtlichen Normengefüge der GRC und dem Sekundärrecht der Richtlinien ergibt sich außerdem keine vergleichbare Begrifflichkeit, auf die der Gesetzgeber hätte inhaltlich aufbauen können.

Der daraus resultierende Eingriff in Art. 31 Abs. 1 GRC iVm. den RL 89/391/EWG und 92/85/EG durch die gemäß Art. 51 Abs. 1 GRC bei der Durchführung von Unionsrecht verpflichteten Mitgliedstaaten,<sup>87</sup> könnte aber über Art. 52 Abs. 1 GRC gerechtfertigt sein. Danach muss jede Einschränkung der in der Charta anerkannten Rechte und Freiheiten gesetzlich vorgesehen sein und den Wesensgehalt dieser Rechte und Freiheiten achten. Darüber hinaus dürfen Einschränkungen nur vorgenommen werden, wenn sie den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit wahren, sie erforderlich sind und den von der Union anerkannten dem Gemeinwohl dienenden Zielsetzungen oder den Erfordernissen des Schutzes der Rechte und Freiheiten anderer tatsächlich entsprechen.

Die nach § 9 Abs. 2 S. 1 2. Hs. MuSchG nF. auszuschließende unverantwortbare Gefährdung stellt sich als gesetzliche Regelung dar. Art. 52 Abs. 1 GRC ermächtigt Deutschland als Mitgliedstaat der EU und deshalb nach der Charta Grundrechtsverpflichteten jedoch zu Grundrechtseinschränkungen durch nationale Rechtsvorschriften.<sup>88</sup> Dies ist durch die gesetzliche Regelung der unverantwortbaren Gefährdung geschehen. Durch sie darf aber der Wesensgehalt des Art. 31 Abs. 1 iVm. den RL 89/391/EWG und 92/85/EG nicht beeinträchtigt werden. Die Bestimmung des Wesensgehalts von Art. 31 Abs. 1 GRC ist zwar mit Unsicherheiten behaftet,<sup>89</sup> jedoch ist er nicht angetastet, wenn die Gewährleistung des Rechts – hier sichere und gesunde Arbeitsbedingungen – nicht in Frage gestellt wird und die Beeinträchtigung nur in Ausnahmefällen eingreift und nur aufgrund individuellen Verhaltens.<sup>90</sup> Die unverantwortbare Gefährdung, die vom Arbeitgeber bzw. den Aufsichtsbehörden festzustellen und auszuschließen ist, stellt zwar die Sicherheit und den Gesundheitsschutz nicht in Frage, aber sie greift nicht nur in Ausnahmefällen ein, denn mit ihr wird auf eine Vielzahl von Fällen, zB. beim Nachtarbeitsverbot, beim Verbot der Sonn- und Feiertagsarbeit und beim betrieblichen Gesundheitsschutz des MuSchG nF. Bezug genommen. Die hier in Rede stehende Weiterarbeit einer schwangeren Arbeitnehmerin bis 22.00 Uhr ist allerdings vom individuellen Verhalten der Frau

abhängig, nämlich ob sie sich damit einverstanden erklärt hat oder aber nicht, § 28 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 MuSchG nF. Zwar ist es ihr freigestellt, auf die Nachtarbeit bis 22.00 Uhr einzugehen und sie kann ihr Einverständnis jederzeit mit Wirkung für die Zukunft widerrufen (§ 28 Abs. 1 S. 3 MuSchG nF.), jedoch ist die unverantwortbare Gefährdung nicht auf Ausnahmefälle beschränkt. Der Wesensgehalt von Art. 31 Abs. 1 GRC ist demnach beeinträchtigt.

Diese Beeinträchtigung des Wesensgehalts der gesunden und sicheren Arbeitsbedingungen könnte aber durch ein legitimes Ziel gerechtfertigt sein. Das legitime Ziel kann sich dabei aus der Begründung des jeweiligen Rechtsaktes ergeben.<sup>91</sup> Das MuSchG nF. zielt laut Gesetzgeber auf die verantwortungsvolle Abwägung zwischen dem Gesundheitsschutz der schwangeren oder stillenden Frau und ihres Kindes einerseits und auf die selbstbestimmte Entscheidung der Frau über ihre Erwerbstätigkeit andererseits.<sup>92</sup> Sowohl aus den Erwägungsgründen der RL 92/85/EWG als auch aus den Ewg. 23 und 24 der RL 2006/54/EG folgt, dass der Schutz der Sicherheit und Gesundheit von schwangeren und stillenden Arbeitnehmerinnen und Wöchnerinnen nicht zu einer Benachteiligung auf dem Arbeitsmarkt führen darf. Eine solche Benachteiligung würde eine unmittelbare Diskriminierung aufgrund des Geschlechts beinhalten.<sup>93</sup> Der Schutz der körperlichen Verfassung der Frau während und nach einer Schwangerschaft sowie Maßnahmen des Mutterschutzes sind dem Ewg. 24 der RL 2006/54/EG zufolge legitime Mittel zur Erreichung einer nennenswerten Gleichstellung von Frauen und Männern. Deshalb sollte die RL 2006/54/EG die RL 92/85/EWG unberührt lassen. Die vom deutschen Gesetzgeber formulierte Zielsetzung liegt damit auf der Linie der Richtlinienerwägungen, indem sie das Spannungsfeld zwischen Gesundheits- und Diskriminierungsschutz zu vereinen sucht. Es handelt sich mithin um ein legitimes Ziel, mithilfe des besonderen Genehmigungsverfahrens aus § 28 Abs. 1 MuSchG nF. diese beiden Ziele zu vereinen. Gleichwohl darf der Gesundheitsschutz schwangerer und stillender

87 Jarass (Fn. 73), Art. 31 Rn. 3.

88 Jarass (Fn. 73), Art. 52 Rn. 26 mwN.

89 Jarass (Fn. 73), Art. 52 Rn. 29.

90 EuGH, 15.2.2016 – C-601/15 – juris (N.), Rn. 52.

91 EuGH, 30.7.1996 – C-84/95 – Slg. 1996, I-3953 (Bosphorus), Rn. 25.

92 BT-Drs. 18/11782, S. 1.

93 Vgl. Ewg. 23 der RL 2006/54/EG und § 3 Abs. 1 S. 2 AGG.

Frauen nicht gegen den Schutz vor Diskriminierung ausgespielt werden, dh. die Verwirklichung tatsächlicher Gleichstellung von Frauen und Männern darf nicht auf Kosten des Gesundheitsschutzes in der Schwangerschaft, Stillzeit und in den ersten Monaten nach der Geburt des Kindes gehen. Mit der Einführung des qualifizierten Gefährdungsbegriffs der unverantwortbaren Gefährdung,<sup>94</sup> der im Rahmen des Genehmigungsverfahrens nach § 28 Abs. 1 MuSchG nF. zu prüfen ist, wird aber eine unbestimmte, unklare und vollkommen rechtsunsichere Situation geschaffen, die dem erhöhten Schutzanliegen im Mutterschutz als personenbezogenes Zusatzmodul bzw. add-on zum allgemeinen Arbeitsschutz<sup>95</sup> gerade nicht Rechnung zu tragen vermag. Es fehlt die inhaltliche Konkretisierung der unverantwortbaren Gefährdung, sodass dieser Baustein im eigentlich den Zielvorgaben der RL 92/85/EWG und 2006/54/EG entsprechenden Genehmigungsverfahren des § 28 Abs. 1 MuSchG nF. den Gesundheitsschutz und die Sicherheit schwangerer und stillender Arbeitnehmerinnen bei der Nachtarbeit zwischen 20.00 und 22.00 Uhr in Frage stellt.

Darüber hinaus ist fraglich, ob der unbestimmte Rechtsbegriff der unverantwortbaren Gefährdung als Baustein des § 28 Abs. 1 MuSchG nF. den verhältnismäßigen Ausgleich zwischen Gesundheitsschutz iSv. Art. 31 Abs. 1 GRC iVm. RL 92/85/EWG und dem Schutz vor Diskriminierung sowie Herstellung tatsächlicher Gleichstellung im Arbeitsleben nach Art. 21 Abs. 1, 23 Abs. 2 GRC iVm. RL 2006/54/EG findet. Die Notwendigkeit der Wahrung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit durch eine bestimmte Rechtsnorm ergibt sich aus Art. 52 Abs. 1 S. 2 GRC. Danach dürfen Einschränkungen des Grundrechts auf gesunde und sichere Arbeitsbedingungen nur dann vorgenommen werden, wenn sie erforderlich sind und den von der Union anerkannten dem Gemeinwohl dienenden Zielsetzungen etc. entsprechen. Der Baustein der unverantwortbaren Gefährdung muss ein geeignetes Mittel zur Erreichung des og. gesetzgeberischen Zieles sein.<sup>96</sup> Geeignet wäre die unverantwortbare Gefährdung im Rahmen des besonderen Genehmigungsverfahrens nur, wenn sie auch das entsprechende konkrete Handwerkszeug für die vom Arbeitgeber vorzunehmende Gefährdungsbeurteilung sowie die Nachprüfung durch die Aufsichtsbehörden zur Verfügung stellen würde. So verbleibt es bei vagen gesetzgeberischen Eingrenzungsversuchen, um die von ihm selbst geschaffene besondere Gefährdungsschwelle zu beschreiben. In der Praxis ist dieses Instrument aufgrund seiner Unbestimmtheit ungeeignet, den

von Art. 31 Abs. 1 GRC iVm. RL 92/85/EWG und RL 89/391/EWG geforderten Gesundheitsschutz sicherzustellen.

Zu fragen ist weiter, ob die Einführung der unverantwortbaren Gefährdung im Rahmen des besonderen Genehmigungsverfahrens aus § 28 Abs. 1 MuSchG nF. erforderlich gewesen ist, um die angestrebten Ziele Gesundheitsschutz und selbstbestimmte Entscheidung der Frau über ihre Erwerbstätigkeit zu erreichen. Es handelt sich bei der Frage nach der Erforderlichkeit um die Frage, ob es nicht ein anderes bzw. milderes Mittel gegeben hätte.<sup>97</sup> In § 28 Abs. 1 MuSchG nF. ist nicht nur die unverantwortbare Gefährdung, die auszuschließen ist, als Baustein geregelt, sondern auch das notwendige Einverständnis der Arbeitnehmerin mit der Weiterarbeit bis 22.00 Uhr. Diese Einverständniserklärung, die außerdem jederzeit mit Wirkung für die Zukunft widerrufen werden kann, gewährleistet eine selbstbestimmte autonome Entscheidung der Frau, sofern sie nicht durch ein prekäres Beschäftigungsverhältnis wie einer Befristung oder Loyalitätskonflikte in ihrer Entscheidungsfreiheit beeinträchtigt ist. Die unverantwortbare Gefährdung ist demgegenüber ausschließlich auf den Gesundheitsschutz und die Sicherheit der Frau bezogen. Sie geht über die Gewährleistung der Autonomie der Frau hinaus und bezeichnet eine Gefährdungsschwelle, die unverantwortbare von verantwortbaren Gefährdungen differenziert, ohne die Unverantwortbarkeit genauer zu definieren mit Ausnahme der §§ 11 und 12 MuSchG nF., deren Beispiele immer als unverantwortbare Gefährdung zu verstehen sind. Das hilft aber bei der Vielzahl der mutterschutzrechtlichen Gefährdungslagen bei Nachtarbeit gerade nicht weiter, da die §§ 11 und 12 MuSchG nF. auf den betrieblichen und nicht auf den arbeitszeitlichen Gesundheitsschutz gerichtet sind. Wenn schon die unverantwortbare Gefährdung als »Nahtstelle« zwischen dem regulären Arbeitsschutz und erhöhten Anforderungen im Mutterschutz gilt,<sup>98</sup> dann hätte es im Vorfeld des Inkrafttretens bereits eines genauen inhaltlichen Zuschnitts bedurft, um die Rechtsunsicherheiten und Unklarheiten für die Praxis der Arbeitgeber und Aufsichtsbehörden zu vermeiden.<sup>99</sup>

94 BT-Drs. 18/8963, S. 66.

95 Rothe, Ausschussdr. 18(13)87d (Fn. 71), S. 2.

96 Jarass (Fn. 73), Art. 52 Rn. 37.

97 Jarass (Fn. 73), Art. 52 Rn. 39.

98 Rohte, Ausschussdr. 18(13)87d (Fn. 71), S. 2.

99 Ähnlich Roos, Ausschussdr. 18(13)87g (Fn. 44), S. 9; Müller-Knöb, Ausschussdr. 18(13)87e (Fn. 75), S. 2 ff.; DjB, Ausschussdr. 18(13)87b (Fn. 23), S. 10.

Das bedeutet aber auch, dass dem Gesetzgeber als milderes Mittel die inhaltliche Konkretisierung der unverantwortbaren Gefährdung, wie sie der Deutsche Bundestag im Gesetzgebungsverfahren angefordert hat,<sup>100</sup> zur Verfügung gestanden hätte. Dies ist nicht geschehen. Stattdessen ist die gesetzgeberische Verantwortung zur Konkretisierung an den neu ab 2018 eingesetzten Ausschuss für Mutterschutz nach § 30 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 MuSchG nF. abgegeben worden, sodass dies mit einer erheblichen zeitlichen, uU. sogar jahrelangen, Verzögerung verbunden ist, die insgesamt nicht erforderlich gewesen ist.

Die Prüfung der Verhältnismäßigkeit setzt nach Art. 52 Abs. 1 S. 2 GRC weiter voraus, dass das Instrument der unverantwortbaren Gefährdung im Rahmen des § 28 Abs. 1 MuSchG nF. in einem angemessenen Verhältnis zu den angestrebten Zielen steht.<sup>101</sup> Dabei ist auf eine ausgewogene Gewichtung der Interessen der EU bzw. des Mitgliedstaats und des Grundrechtsträgers zu achten und die kollidierenden Rechtsgüter müssen miteinander in Einklang gebracht werden, sodass zwischen ihnen ein angemessenes Gleichgewicht besteht.<sup>102</sup> Der Gesetzgeber will mit dem MuSchG nF. eine verantwortungsvolle Abwägung zwischen Gesundheitsschutz einerseits und selbstbestimmter Entscheidung der Frau andererseits erreichen. Die sich gegenüberstehenden Rechtsgüter der gesunden und sicheren Arbeitsbedingungen und des Schutzes vor geschlechtsbedingten Diskriminierungen, der Gleichheit von Frauen und Männern sowie der Herstellung tatsächlicher Gleichstellung sind in § 28 Abs. 1 MuSchG nF. versammelt. Ihre Abwägung gelingt aber nur soweit, wie es um den Baustein der jederzeit widerruflichen Einverständniserklärung der Frau zur Weiterarbeit bis 22.00 Uhr nach § 28 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 und S. 3 MuSchG nF. geht. Ihr Gesundheitsschutz ist an die Gefährdungsbeurteilung des Arbeitgebers gebunden, der die Gefährdungsschwelle überschreitende unverantwortbare Gefährdung festzustellen hat und dies mit der betroffenen Arbeitnehmerin gemäß § 10 Abs. 2, § 14 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 MuSchG nF. zu erörtern hat. Diese Kommunikation flankiert die Entscheidungsfreiheit der Frau. Autonomie führt wiederum zur Diskriminierungsfreiheit und kann einen Beitrag zur Herstellung tatsächlicher Gleichstellung von Frauen und Männern iSv. Art. 21 Abs. 1 und Art. 23 Abs. 2 GRC, der im Kern dem auf das Arbeitsrecht beschränkten Art. 157 Abs. 4 AEUV entspricht,<sup>103</sup> leisten. Kann der Arbeitgeber die unverantwortbare Gefährdung, der die Frau möglicherweise durch die Nachtarbeit bis 22.00 Uhr ausgesetzt ist, aber gar nicht rechtssicher feststellen, da ihm hierfür

das Handwerkszeug fehlt, wird er die Frau entweder zu Lasten ihrer Gesundheit weiterarbeiten lassen und das Vorliegen einer unverantwortbaren Gefährdung insbesondere in den Grenzbereichen der psychosozialen Belastungen durch Nachtarbeit verneinen oder aber ein Beschäftigungsverbot zu erteilen haben.<sup>104</sup> Ein Beschäftigungsverbot ist aber die ultima ratio im Gefüge arbeitgeberseitiger Maßnahmen nach § 13 Abs. 1 MuSchG nF., insbesondere mit Blick auf den Schutz vor Benachteiligungen.<sup>105</sup> Erteilt er also kein Beschäftigungsverbot, so geht dies auf Kosten des Gesundheitsschutzes der Frau, der von Art. 31 Abs. 1 GRC iVm. Art. 7 der RL 92/85/EG gefordert wird. Erteilt er aber vorschnell ein Beschäftigungsverbot, so ist die Frau an der Weiterarbeit gehindert, die aber die erklärten Ziele der Gleichstellung und des Diskriminierungsschutzes gemäß Art. 21 Abs. 1, Art. 23 Abs. 2 GRC iVm. Art. 157 Abs. 4 AEUV sowie der Ewg. 23 und 24 der RL 2006/54/EG sind, die Frau so lange wie möglich weiterarbeiten zu lassen. Einen angemessenen Ausgleich zwischen den betroffenen Rechtsgütern findet das Instrument der unverantwortbaren Gefährdung im Rahmen des besonderen Genehmigungsverfahrens des § 28 Abs. 1 MuSchG nF. damit nicht. Die beiden angestrebten Ziele des MuSchG nF. werden weder durch das eine noch das andere Ergebnis der Gefährdungsbeurteilung zur Feststellung einer unverantwortbaren Gefährdung gewahrt oder erreicht.

Auch aus Art. 3 des IAO-Übereinkommens Nr. 183 über die Neufassung des Übereinkommens über den Mutterschutz vom 7. Februar 2002 folgt nichts anderes. Art. 3 des Übereinkommens verlangt nur, dass schwangere oder stillende Frauen nicht zu Arbeiten gezwungen werden dürfen, die nach Feststellungen der zuständigen Stelle für die Gesundheit der Mutter oder des Kindes schädlich sind oder deren Beurteilung eine erhebliche Gefahr darstellen. Damit setzt Art. 3 des Übereinkommens nicht schon beim präventiven Gefährdungsbegriff, sondern erst bei »erheblichen Gefahren« für die (werdende) Mutter und ihr Kind an. Insoweit ist das MuSchG nF. im Gegensatz zu den Generalisierungen des Übereinkommens<sup>106</sup> mit seinem Gefähr-

100 Vgl. Art. 10 Beschlussempfehlung v. 29.3.2017, BT-Drs. 18/11782, S. 20.

101 Calliess/Ruffert-Kingreen (Fn. 74), Art. 52 GRCh Rn. 65.

102 Jarass (Fn. 73), Art. 52 Rn. 41; Calliess/Ruffert-Kingreen (Fn. 74), Art. 52 GRCh Rn. 70.

103 Calliess/Ruffert-Krebbler (Fn. 74), Art. 23 GRCh Rn. 4.

104 Roos, Ausschussdr. 18(13)87g (Fn. 44), S. 9.

105 Nebe, jurisPR-ArbR 25/2017, Anm. 1.

106 Buchner/Becker (Fn. 12), MuSchG Einf. Rn. 49.

dungsschutz deutlich besser aufgestellt. Art. 7 des IAO-Übereinkommens Nr. 171 über Nachtarbeit stellt in Bezug auf den Gesundheitsschutz schwangerer Arbeitnehmerinnen ebenfalls keine höheren Anforderungen als Art. 31 Abs. 1 GRC iVm. RL 92/85/EWG und RL 89/391/EWG.

Im Ergebnis ist der neu eingeführte Begriff der unverantwortbaren Gefährdung, der ein Baustein des besonderen Genehmigungsverfahrens nach § 28 Abs. 1 MuSchG nF. ist, unionsrechtswidrig. Die mit diesem Instrument verbundene Rechtsunsicherheit vermag nicht die Brücke zwischen den in Rede stehenden Grundrechten, die durch die sekundärrechtlichen Richtlinien und den AEUV ausgefüllt werden, zu bauen.

#### (4) Verfassungswidrigkeit der unverantwortbaren Gefährdung

Auch auf der nationalen Ebene stellt sich die Frage, ob die im Rahmen des § 28 Abs. 1 MuSchG nF. durch eine Gefährdungsbeurteilung festzustellende unverantwortbare Gefährdung mit den verfassungsrechtlichen Anforderungen zu vereinbaren ist.

Nachtarbeit erfordert immerhin ein erhöhtes Maß an Schutz und Fürsorge des Arbeitgebers, denn Nachtarbeit ist für jeden Arbeitnehmer unabhängig vom Geschlecht mit erhöhten physischen und psychischen Belastungen verbunden.<sup>107</sup> Deshalb hat das BVerfG mit seiner Entscheidung vom 28. Januar 1992 zur Aufhebung des Nachtarbeitsverbots des § 19 AZO für Arbeiterinnen<sup>108</sup> nicht nur der Gleichbehandlung, dem Schutz vor Diskriminierung aufgrund des Geschlechts und dem Grundrecht auf Gleichberechtigung von Männern und Frauen aus Art. 3 Abs. 1, 2 und 3 GG Rechnung getragen, sondern auch die Verpflichtung des Gesetzgebers zur Gewährleistung des Grundrechts auf körperliche Unversehrtheit aus Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG durch flankierende gesetzliche Regelungen betont.<sup>109</sup> Im Hinblick auf besondere Risikogruppen wie die der schwangeren und stillenden Frauen ist dabei ein erhöhter Schutzmaßstab erforderlich, den auch der Gesetzgeber einräumt. Ein verminderter Personalschlüssel und körperlich-geistige Ermüdungserscheinungen führen zu einem erhöhten Gefährdungspotenzial in Schwangerschaft und in der Stillzeit – der menschliche Organismus reagiert während der Nachtzeit sehr sensibel auf Umweltstörungen und auf belastende Formen der Arbeitsorganisation. Dies hat der Arbeitgeber bei der Gefährdungsbeurteilung für die Arbeit nach 20.00 Uhr

gesondert zu prüfen, unverantwortbare Gefährdungen auszuschließen und andere Gefährdungen möglichst zu vermeiden.<sup>110</sup>

Fehlt dem Arbeitgeber aber von vorneherein das Handwerkszeug für die Feststellung einer unverantwortbaren Gefährdung, wie es ua. der Deutsche Bundestag vom Gesetzgeber gefordert hat,<sup>111</sup> geht seine Gefährdungsbeurteilung aufgrund der Rechtsunsicherheit und Unklarheiten im Umgang mit der »unverantwortbaren Gefährdung« zu Lasten des Gesundheitsschutzes der schwangeren und stillenden Frau. Ihr Anspruch auf körperliche Unversehrtheit aus Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG, der auch ihrem (ungeborenen) Kind zusteht,<sup>112</sup> ist als physischer und psychischer Gesundheitsschutz zu verstehen.<sup>113</sup> Eine Beeinträchtigung des vom Grundrecht geschützten Rechtsgutes der körperlichen Unversehrtheit kann dabei auch durch eine Gefährdung ausgelöst werden.<sup>114</sup> Auch aus Art. 6 Abs. 4 GG resultiert ein Anspruch der Mutter auf Schutz und Fürsorge der Gemeinschaft, der objektiv-rechtlich mit einem bindenden Auftrag an den Gesetzgeber verbunden ist,<sup>115</sup> besondere Belastungen im Zusammenhang mit der Schwangerschaft und biologischen Mutterschaft auszugleichen.<sup>116</sup> Dieser Schutzauftrag bewahrt ua. die erwerbstätige Mutter vor möglichen körperlichen und seelischen Schäden durch die Hilfe der Gemeinschaft,<sup>117</sup> wie sie im MuSchG nF. verankert sind. Gleichzeitig ist der Gesetzgeber bei der Erfüllung des Schutzauftrags aus Art. 6 Abs. 4 GG aber auch verpflichtet, möglichen faktischen Diskriminierungen, die von Schutzvorschriften im Arbeitsleben ausgehen können, zu begegnen.<sup>118</sup> In diesem Spannungsfeld ergibt sich aus der

107 Buschmann/Ulber (Fn. 9), § 6 Rn. 1, 3; Müller-Knöß, Ausschussdr. 18(13) 87e (Fn. 75), S. 1.

108 BVerfG, 28.1.1992 – 1 BvR 1025/82 ua. – BVerfGE 85, 191.

109 Buschmann/Ulber (Fn. 9), § 6 Rn. 3a.

110 BT-Drs. 18/8963, S. 58.

111 Vgl. Ausführungen auf S. 27.

112 BVerfG, 25.2.1975 – 1 BvF 1/74 – BVerfGE 39, 1, 37; BVerfG, 28.5.1993 – 2 BvF 2/90 – BVerfGE 88, 203, 251 f.

113 BVerfG, 14.1.1981 – 1 BvR 612/72 – BVerfGE 56, 54, 74 f.

114 BVerfG, 19.6.1979 – 2 BvR 1060/78 – BVerfGE 51, 324, 346 f.

115 BVerfG, 25.1.1972 – 1 BvL 3/70 – BVerfGE 32, 273, 277.

116 BVerfG, 10.2.1982 – 1 BvL 116/78 – BVerfGE 60, 68, 74.

117 Buchner/Becker (Fn. 12), Einf. MuSchG Rn. 67.

118 BT-Drs. 18/8963, S. 36 unter Bezugnahme auf BVerfG, 18.11.2003 – 1 BvR 302/96 – BVerfGE 109, 64.



unverantwortbaren Gefährdung ein Grundrechtseingriff in den Gesundheitsschutz der Frau, der nur gerechtfertigt ist, wenn er geeignet, erforderlich und verhältnismäßig i.e.S. ist<sup>119</sup> und den vom BVerfG im Urteil von 2003<sup>120</sup> postulierten Nachteilsausgleich wahrt.

Nimmt der Arbeitgeber eine Gefährdungsbeurteilung der Nachtarbeit bis 22.00 Uhr vor und kann dabei zwar die Alleinarbeit der Frau ausschließen, nicht jedoch eine verbleibende Gefährdung, z.B. durch Ermüdung und Abfall der Konzentrationsfähigkeit, dann stellt sich die Frage, wie diese Gefährdung zu einer unverantwortbaren Gefährdung wird. Die Gefährdungsbeurteilung nach § 10 MuSchG nF, die auf § 5 ArbSchG verweist, ist an sich ein geeignetes Mittel, potentielle unverantwortbare Gefährdungen feststellen zu können. Allerdings ist die Eignung des Begriffs der unverantwortbaren Gefährdung selbst fraglich. Aufgrund seiner Unbestimmtheit kann dieses Instrument weder den Arbeitgebern noch den Aufsichtsbehörden als Handwerkszeug dienen, die Unverantwortbarkeit einer Gefährdung rechtsicher feststellen zu können. Lediglich §§ 11 und 12 MuSchG nF vermitteln Rechtssicherheit, da die in diesen Regelungen ua. aufgeführten giftigen biologischen und chemischen Stoffe, physikalischen Einwirkungen, Strahlungen und Tätigkeiten zwingend eine unverantwortbare Gefährdung und damit ein arbeitgeberseitiges Beschäftigungsverbot auslösen. Der arbeitszeitliche Gesundheitsschutz, zu dem das Nachtarbeitsverbot für schwangere und stillende Frauen gehört, ist aber mit körperlichen und psychosozialen Belastungen verbunden, die vom betrieblichen Gesundheitsschutz der §§ 11 und 12 MuSchG nF nicht erfasst sind. Fehlt aber die Rechtssicherheit im Umgang mit der unverantwortbaren Gefährdung, so geht dies zu Lasten der Gesundheit betroffener Arbeitnehmerinnen. Es gibt verantwortbare und somit hinnehmbare Gefährdungen<sup>121</sup> sowie unverantwortbare Gefährdungen, die eine Weiterarbeit bis 22.00 Uhr ausschließen. Für die Feststellung und Abgrenzung der verantwortbaren von der unverantwortbaren Gefährdung benötigen die nach § 28 Abs. 1 MuSchG nF beteiligten Akteure – Arbeitgeber wie Aufsichtsbehörden – jedoch verlässliche und widerspruchsfreie Kriterien.<sup>122</sup> Da diese (bislang) nicht vorliegen, ist die unverantwortbare Gefährdung kein geeignetes Mittel, die körperliche Unversehrtheit der schwangeren und stillenden Arbeitnehmerin i.Sv. Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG sicherzustellen.

Darüber hinaus müsste die unverantwortbare Gefährdung als neu eingeführtes Instrument auch erforderlich sein,

dh. es darf kein milderes erkennbares Mittel geben, um die in § 1 Abs. 1 MuSchG nF. und der Gesetzesbegründung<sup>123</sup> niedergelegten Ziele – Gesundheitsschutz und selbstbestimmte Entscheidung der Frau über ihre Erwerbstätigkeit – zu erreichen. Wie unter III.1.c)(3) zur Unionsrechtswidrigkeit der unverantwortbaren Gefährdung bereits ausgeführt, hat der Deutsche Bundestag im Vorfeld des Inkrafttretens des MuSchG nF. bereits angemahnt, dass die Bundesregierung den unbestimmten Rechtsbegriff inhaltlich auszugestalten hat, um eine konkrete Handhabe für die Praxis im Umgang mit diesem im Arbeitsschutzrecht bislang unbekanntem Gefährdungsbegriff zu ermöglichen.<sup>124</sup> Es hätte demnach ein milderes Mittel gegeben, nämlich die inhaltliche Konkretisierung der unverantwortbaren Gefährdung durch den Gesetzgeber, um Rechtssicherheit und Rechtsklarheit für die gegenüber dem allgemeinen Arbeitsschutz gesteigerten Anforderungen des Mutterschutzes<sup>125</sup> gerade auch bei Nachtarbeit herzustellen. Dies ist jetzt dem Ausschuss für Mutterschutz gemäß § 30 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 MuSchG nF. überlassen, der seine Arbeit aber erst 2018 aufnimmt und deshalb mit erheblicher zeitlicher Verzögerung zu einer für die Praxis tauglichen Definition aufwarten können wird. Die Einführung der unverantwortbaren Gefährdung ohne weitergehende inhaltliche Konkretisierung durch den Gesetzgeber war somit nicht erforderlich, da es ein milderes Mittel gegeben hätte. Die Abgabe der gesetzgeberischen Verantwortung an den Ausschuss für Mutterschutz vermag dieses Ergebnis nicht zu ändern. Immerhin muss damit gerechnet werden, dass der Ausschuss für Mutterschutz erst in einigen Jahren eine praxistaugliche Definition erarbeitet hat und zumindest in diesem Zeitraum keine Rechtssicherheit zu erwarten ist.

Bei der Verhältnismäßigkeit i.e.S. steht die Angemessenheit der unverantwortbaren Gefährdung zur Gewährleistung der Ziele des MuSchG nF. in Rede. Die Ambivalenz der mutterschutzrechtlichen Schutznormen,<sup>126</sup> wie z.B. das Nacht-

119 BVerfG, 10.6.1963 – 1 BvR 790/58 – BVerfGE 16, 194, 202.

120 Vgl. Fn. 118.

121 BT-Drs. 18/8963, S. 66.

122 Müller-Knöß, Ausschussdr. 18(13)87e (Fn. 75), S. 2.

123 BT-Drs. 18/11782, S. 1.

124 Vgl. Art. 10 Beschlussempfehlung v. 29.3.2017, BT-Drs. 18/11782, S. 20.

125 Rothe, Ausschussdr. 18(13)87d (Fn. 71), S. 2; Nebe, jurisPR-ArbR 28/2016 Anm. 1.

126 HK-ArbSchR-Beetz (Fn. 12), MuSchG 2018, Rn. 4.

arbeitsverbot für schwangere und stillende Frauen, darf einerseits nicht zur Absenkung des Schutzniveaus für potentielle Gefährdungen führen, andererseits ist der Mutterschutz aber auch Ausdruck materieller Gleichstellung,<sup>127</sup> wie er auf verfassungsrechtlicher Ebene in Art. 3 Abs. 2 GG zum Ausdruck kommt. Männer und Frauen sind nach Art. 3 Abs. 2 S. 1 GG gleichberechtigt; nach Art. 3 Abs. 2 S. 2 GG ist der Staat außerdem verpflichtet, die tatsächliche Gleichberechtigung von Frauen und Männern zu fördern und auf die Beseitigung bestehender Nachteile hinzuwirken. Diese Staatszielbestimmung verpflichtet den Staat über zwei Komponenten, nämlich zum einen über die Förderung der tatsächlichen Gleichberechtigung und zum anderen über die Beseitigung bestehender Nachteile, den Gleichberechtigungsauftrag aus Art. 3 Abs. 2 GG in der gesellschaftlichen Wirklichkeit umzusetzen.<sup>128</sup> Auch für die Auslegung von gesetzlichen Regelungen ist eine Staatszielbestimmung von erheblicher Bedeutung.<sup>129</sup> Hinzu kommt Art. 6 Abs. 4 GG, der den Gesetzgeber zu einem mutterschutzbedingten Nachteilsausgleich bei faktischen Diskriminierungen verpflichtet.<sup>130</sup> Das Instrument der unverantwortbaren Gefährdung könnte dabei als Nahtstelle zwischen dem regulären Arbeitsschutz und den erhöhten Anforderungen des Mutterschutzes<sup>131</sup> fungieren und gleichzeitig im Rahmen des besonderen Genehmigungsverfahrens aus § 28 Abs. 1 MuSchG nF. die Durchsetzung tatsächlicher Gleichberechtigung fördern, indem Frauen die Weiterarbeit bis 22.00 Uhr ermöglicht wird. Auch aus dem Nachtarbeitsverbot für schwangere und stillende Frauen resultierende berufliche Nachteile, zB. vorzeitige Beendigung der Erwerbsarbeit durch das Beschäftigungsverbot oder Verzögerungen im beruflichen Fortkommen, könnten durch sie beseitigt werden. Mit dem MuSchG nF. möchte der Gesetzgeber aber eine verantwortungsvolle Abwägung zwischen Gesundheitsschutz und der Selbstbestimmung der Frau über ihre Erwerbsarbeit erreichen. Das bedeutet aber auch, dass das eine Grundrecht nicht auf Kosten des anderen Grundrechts verwirklicht werden kann und umgekehrt. Wird der autonomen Entscheidung der Frau durch ihre Einverständniserklärung und der jederzeitigen Widerrufsmöglichkeit durch § 28 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 und S. 3 MuSchG nF. Auftrieb gegeben und sie nur bei unverantwortbaren Gefährdungen von der Nachtarbeit bis 22.00 Uhr durch ein Beschäftigungsverbot des Arbeitgebers freigestellt, dann ist es für die Gewährleistung ihres Gesundheitsschutzes aus Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG entscheidend, ob die unverantwortbare Gefährdung ausreichend konkret ist, um die

Gesundheitsgefährdung als unverantwortbar oder gerade noch hinnehmbar zu qualifizieren. Da es dem Begriff der unverantwortbaren Gefährdung aber an einer hinreichenden inhaltlichen Bestimmung fehlt und diese Rechtsunsicherheit den erforderlichen gesteigerten Gesundheitsschutz schwangerer und stillender Arbeitnehmerinnen nicht gewährleisten kann, kommt es an dieser Stelle gerade nicht zu einer verantwortungsvollen Abwägung der widerstreitenden Rechtsgüter Gesundheitsschutz und Durchsetzung tatsächlicher Gleichberechtigung von Frauen und Männern. Die Abwägung gerät aufgrund des nicht ausreichenden Gesundheitsschutzes durch ein unklares und mit Rechtsunsicherheiten behaftetes Instrument in eine Schiefelage mit der Folge, dass das eine Grundrecht das andere überwiegt. Die unverantwortbare Gefährdung findet im Rahmen des besonderen Genehmigungsverfahrens des § 28 Abs. 1 MuSchG nF. im Ergebnis keinen angemessenen Ausgleich zwischen Gesundheitsschutz und Durchsetzung tatsächlicher Gleichberechtigung der Geschlechter. Der neu eingeführte Begriff der unverantwortbaren Gefährdung ist dementsprechend als verfassungswidrig einzuschätzen.

#### **(5) Unionsrechts- und Verfassungswidrigkeit der Verknüpfung von unverantwortbarer Gefährdung durch Alleinarbeit**

Sowohl Alleinarbeit als auch die unverantwortbare Gefährdung sind Bausteine des besonderen Genehmigungsverfahrens in § 28 Abs. 1 MuSchG nF. Sie können allerdings nicht nur isoliert geprüft werden, sondern es bedarf darüber hinausgehend auch einer zusammenführenden Prüfung. Immerhin verknüpft der Gesetzestext beide Begriffe, indem er formuliert, dass »insbesondere eine unverantwortbare Gefährdung durch Alleinarbeit« auszuschließen ist.

Auch wenn Alleinarbeit abgesehen von der Forderung nach einem engeren gesetzlichen Zuschnitt der Möglichkeit, jederzeit Hilfe erreichen zu können, eine im Wesentlichen klare Definition durch § 2 Abs. 4 MuSchG nF. erhalten hat, wird dies durch die Unbestimmtheit und die Rechtsunsicherheit im Umgang mit dem Begriff der unverantwortbaren Gefährdung aufgehoben. Die Verknüpfung

127 Nebe, jurisPR-ArbR 28/2016 Anm. 1.

128 König, DÖV 1995, 837, 840.

129 König, DÖV 1995, 837, 841.

130 BVerfG, 18.11.2003 – 1 BvR 302/96 – BVerfGE 109, 64.

131 Rothe, Ausschussdr. 18(13)87d (Fn. 71), S. 2.

beider Verbote<sup>132</sup> wird durch das Bindeglied »durch« hergestellt. Kann die schwangere oder stillende Frau jederzeit ihren Arbeitsplatz verlassen oder aber Hilfe erreichen, ist durch die Verknüpfung eine unverantwortbare Gefährdung ausgeschlossen. Dies ergibt sich auch aus § 9 Abs. 2 S. 3 MuSchG nF., der klarstellt, dass eine unverantwortbare Gefährdung ausgeschlossen ist, wenn der Arbeitgeber alle Vorgaben einhält, die aller Wahrscheinlichkeit nach dazu führen, dass die Gesundheit einer schwangeren oder stillenden Frau oder ihres Kindes nicht beeinträchtigt wird. Die Vorgabe für den Arbeitgeber liegt hier im Ausschluss der Alleinarbeit. Ist aber bereits das Verbot der Alleinarbeit mit Unsicherheiten behaftet, wenn es um die jederzeitige Erreichbarkeit von Hilfe für die Frau geht,<sup>133</sup> dann wird diese Unsicherheit durch die inhaltliche Unbestimmtheit der unverantwortbaren Gefährdung potenziert. Auch mag es Situationen geben, in denen Alleinarbeit zwar ausgeschlossen ist, gleichwohl aber eine unverantwortbare Gefährdung aus anderen Umständen resultiert, wie zB. durch einen nächtlichen Nachhauseweg, der durch ein unbesetztes Gewerbegebiet führt. Der Arbeitgeber könnte sich auf § 9 Abs. 2 S. 3 MuSchG nF. berufen und dies senkt das bei Schwangerschaft und Stillzeit notwendig hohe Gesundheitsschutzniveau der Frau ab. Helfen könnte in diesem Zusammenhang, dass § 28 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 MuSchG nF. »insbesondere« formuliert und demnach auch andere unverantwortbare Gefährdungen als durch Alleinarbeit bei Nachtarbeit denkbar sind. Stellt sich die unverantwortbare Gefährdung aber aufgrund ihrer inhaltlichen Unbestimmtheit als unionsrechts- und verfassungswidrig dar und wird der gebotene Gesundheitsschutz der Frau und ihres (ungeborenen) Kindes in der Verknüpfung mit dem Verbot der Alleinarbeit abgesenkt, so ist im Ergebnis auch der Ausschluss der »unverantwortbaren Gefährdung durch Alleinarbeit« unionsrechts- und verfassungswidrig.

#### d) Zwischenergebnis

Festzuhalten ist, dass das besondere Genehmigungsverfahren des § 28 Abs. 1 MuSchG nF. aus verschiedenen Bausteinen zusammengesetzt ist, die zusammengenommen das gesetzgeberische Ziel der »verantwortungsvollen Abwägung zwischen dem Gesundheitsschutz für eine schwangere oder stillende Frau und ihr (ungeborenes) Kind auf der einen und der selbstbestimmten Entscheidung der Frau über ihre Erwerbstätigkeit auf der anderen Seite«<sup>134</sup> erfüllen sollen. Diese Abwägung gelingt jedoch nicht, denn mit der Einver-

ständniserklärung der Frau wird der öffentlich-rechtliche Arbeitsschutz zur Disposition der Arbeitsvertragsparteien gestellt und das vorzulegende ärztliche Attest verzichtet auf weitergehende (arbeitsmedizinische) Angaben zur Unbedenklichkeit der Weiterbeschäftigung bis 22.00 Uhr, sodass Art. 7 Abs. 1 RL 92/85/EWG nur unzureichend umgesetzt wird. Besonders schwer wiegt aber, dass sich die im Rahmen der Gefährdungsbeurteilung vom Arbeitgeber vorzunehmende Prüfung einer unverantwortbaren Gefährdung auch in der Verknüpfung mit der auszuschließenden Alleinarbeit als unionsrechts- und verfassungswidrig darstellt. Sie vermag das Spannungsfeld zwischen gesteigerten mutterschutzrechtlichen Anforderungen an den Gesundheits- und Arbeitsschutz und dem Schutz vor Diskriminierungen sowie der Durchsetzung tatsächlicher Gleichberechtigung von Frauen und Männern keinem verhältnismäßigen Ausgleich zuzuführen. Die unverantwortbare Gefährdung ist als neues Instrument des Mutterschutz- und Arbeitsschutzrechtes zu unbestimmt und unklar, denn der Gesetzgeber hat auf eine inhaltliche Konkretisierung verzichtet. Die mit diesem Instrument verbundenen Rechtsunsicherheiten für Arbeitgeber und Aufsichtsbehörden beeinträchtigen den Gesundheitsschutz betroffener Frauen so erheblich, dass sie auch nicht mehr mit der Durchsetzung tatsächlicher Gleichberechtigung aus Art. 3 Abs. 2 GG und dem vom BVerfG auf der Basis von Art. 6 Abs. 4 GG geforderten mutterschutzbedingten Nachteilsausgleich für faktische Diskriminierungen im Arbeitsleben<sup>135</sup> gerechtfertigt werden könnten.

## 2. Unionsrechtswidrigkeit des § 28 Abs. 2 MuSchG nF.

§ 28 Abs. 2 MuSchG nF. ermöglicht dem Arbeitgeber die Weiterbeschäftigung der Frau zwischen 20.00 und 22.00 Uhr, solange die Aufsichtsbehörde seinen Antrag auf Genehmigung unter den Voraussetzungen des § 28 Abs. 1 MuSchG nF. nicht ablehnt oder vorläufig untersagt. Die Aufsichtsbehörde muss den Arbeitgeber außerdem unverzüglich informieren, wenn sein Antrag und die beigefügten Unterlagen unvollständig sind. Die Aufsichtsbehörde kann schließlich die Weiterbeschäftigung der Frau bis 22.00 Uhr

132 BT-Drs. 18/8963, S. 58.

133 Vgl. III.1.c)(1).

134 BT-Drs. 18/11782, S. 1.

135 BVerfG, 18.11.2003 – 1 BvR 302/96 – BVerfGE 109, 64.

vorläufig untersagen, wenn dies zum Schutz der Gesundheit der Frau und ihres Kindes erforderlich ist.

Nach der gesetzgeberischen Vorstellung stellt die Weiterarbeit bis 22.00 Uhr im Unterschied zur Nachtarbeit zwischen 22.00 und 6.00 Uhr grundsätzlich keine unverantwortbare Gefährdung dar, denn die Aufsichtsbehörde wird den Antrag des Arbeitgebers nur in Einzelfällen vorläufig untersagen oder diesen komplett ablehnen.<sup>136</sup> Der Schutz vor möglichen gesundheitlichen Beeinträchtigungen soll durch die von der Aufsichtsbehörde vorzunehmende formelle und materielle Einzelfallprüfung gewährleistet werden.<sup>137</sup> Mit dieser Neuregelung wird das Nachtarbeitsverbot für schwangere und stillende Arbeitnehmerinnen in der Zeitspanne zwischen 20.00 bis 22.00 Uhr flexibilisiert und aufgeweicht, da die Nachtarbeit in diesem Zeitraum nicht mehr als Ausnahme-, sondern als Regelfall im Unterschied zur Nachtarbeit zwischen 22.00 und 6.00 Uhr zu verstehen ist.

Fraglich ist, ob dies mit den unionsrechtlichen Vorgaben aus Art. 31 Abs. 1 GRC iVm. Art. 7 der RL 92/85/EWG und der RL 89/391/EWG im Einklang steht. Immerhin ist die RL 92/85/EWG als 10. Einzelrichtlinie der Arbeitsschutz-RL 89/391/EWG ergangen und deshalb eng mit dieser verbunden. Mutterschutz geht damit auf die allgemeinen Grundsätze des europäischen Arbeitsschutzrechts zurück.<sup>138</sup>

Die aus Art. 6 Abs. 2 der RL 89/391/EWG folgenden Grundsätze der Prävention sind in § 4 ArbSchG umgesetzt worden.<sup>139</sup> Sie sind als Leitbild auch für das in Art. 7 der RL 92/85/EWG verankerte Nachtarbeitsverbot maßgeblich, insbesondere im Sinne einer frühzeitigen und vorbeugenden Gefährdungsbeurteilung, um eventuelle Gefährdungen und Risiken gerade in der sensiblen Phase einer frühen und ggf. noch unbekanntem Schwangerschaft auszuschließen bzw. zu minimieren.<sup>140</sup> Gleiches gilt im Hinblick auf Art. 31 Abs. 1 GRC, der für Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen ein Recht auf gesunde und sichere Arbeitsbedingungen zur Verfügung stellt und der auf die Sicherstellung sozialer Grundrechtsstandards im Arbeitsleben ausgerichtet ist.<sup>141</sup> Art. 31 Abs. 1 GRC wird dabei insbesondere auf die RL 89/391/EWG gestützt und durch sie inhaltlich konkretisiert,<sup>142</sup> sodass die Grundsätze der Prävention und Risikominimierung auch das Grundrecht prägen.

Ermächtigt § 28 Abs. 2 S. 1 MuSchG nF. den Arbeitgeber aber zur Weiterbeschäftigung der Frau bis 22.00 Uhr, sofern ihm dies von der Aufsichtsbehörde nicht vorläufig untersagt bzw. abgelehnt worden ist, dann ist der auch für das Mutter-

schutzrecht und das Nachtarbeitsverbot entscheidende arbeitsschutzrechtliche Präventionsgedanke und der Grundsatz der Risikominimierung ad absurdum geführt. Die Weiterbeschäftigung bis 22.00 Uhr unterliegt zwar den Voraussetzungen des § 28 Abs. 1 MuSchG nF., dh., dass die Gefährdungsbeurteilung des Arbeitgebers zur Feststellung einer unverantwortbaren Gefährdung sowie das ärztliche Attest bei der Aufsichtsbehörde bereits eingereicht sein müssen, jedoch hat die Aufsichtsbehörde die formelle und materielle Prüfung der unverantwortbaren Gefährdung der Nachtarbeit bis 22.00 Uhr noch nicht abschließend vorgenommen. Das bedeutet aber gleichzeitig, dass nicht Prävention und Risikominimierung im Vordergrund der Weiterbeschäftigung der schwangeren oder stillenden Frau stehen, sondern vor allen Dingen die Annahme des Gesetzgebers, dass die Weiterarbeit zwischen 20.00 und 22.00 Uhr regelmäßig keine unverantwortbare Gefährdung in einer Schwangerschaft und Stillzeit darstellt. Dies genügt weder den Anforderungen der RL 89/391/EWG noch denen der RL 92/85/EWG.

Wird weiter in Rechnung gestellt, dass die unverantwortbare Gefährdung als neu im Mutterschutzrecht eingeführter unbestimmter Rechtsbegriff bislang keine inhaltliche Konkretisierung erfahren hat und deshalb mit erheblichen Rechtsunsicherheiten in der Praxis der Gefährdungsbeurteilungen durch Arbeitgeber behaftet ist,<sup>143</sup> dann entspricht die Ermächtigung zur Weiterarbeit der Frau im Vorfeld einer abschließenden und endgültigen Überprüfung durch die Aufsichtsbehörde nicht mehr den unionsrechtlichen Vorgaben der Prävention und Risikominimierung. Allein die Überlegung, dass dieses Genehmigungsverfahren ein Beitrag zur Minderung des Verwaltungsaufwandes bei den Aufsichtsbehörden ist und damit zum Bürokratieabbau führt,<sup>144</sup> kennzeichnet die Aufweichung allgemeiner arbeitsschutzrechtlicher Prinzipien, die speziell mit Blick auf die erhöhten Schutzanforderungen des Mutterschutzes<sup>145</sup> den besonderen

<sup>136</sup> BT-Drs. 18/11782, S. 37.

<sup>137</sup> Ebd.

<sup>138</sup> Nebe, jurisPR-ArbR 25/2017, Anm. 1 S. 1.

<sup>139</sup> Kollmer/Klindt/Schucht-Kohte (Fn. 62), § 4 Rn. 1.

<sup>140</sup> Nebe, jurisPR-ArbR 25/2017, Anm. 1.

<sup>141</sup> Meyer-Rudolf (Fn. 73), Art. 31 Rn. 12.

<sup>142</sup> Jarass (Fn. 73), Art. 31 Rn. 1, 4.

<sup>143</sup> Vgl. dazu ua. die Ausführungen unter III.1.c)(2).

<sup>144</sup> BR-Drs. 230/16, S. 63; BT-Drs. 18/8963, S. 58.

<sup>145</sup> Rothe, Ausschussdr. 18(13)87d (Fn. 71), S. 2.

Gefährdungen und Risiken der Nachtarbeit Vorschub leistet. Ein ausreichender Gesundheitsschutz für schwangere, gerade entbundene und stillende Arbeitnehmerinnen kann präventiv nur dann sichergestellt werden, wenn bis zur Entscheidung der Aufsichtsbehörde keine Weiterbeschäftigung bis 22.00 Uhr erfolgen darf. Dies vernachlässigt § 28 Abs. 2 MuSchG nF, indem er die Weiterbeschäftigung ausdrücklich und im Unterschied zur Nachtarbeit zwischen 22.00 und 6.00 Uhr zum Regelfall erklärt. Der Gesundheitsschutz der Frau und ihres (ungeborenen) Kindes ist damit abhängig von der effektiven und schnellen Prüfung durch die Aufsichtsbehörde,<sup>146</sup> deren Ermessensentscheidung<sup>147</sup> nach § 28 Abs. 2 MuSchG nF. außerdem durch die Rechtsunsicherheiten im Umgang mit der unverantwortbaren Gefährdung geprägt ist. Dies beeinträchtigt den Gesundheitsschutz iSv. gesunden und sicheren Arbeitsbedingungen aus Art. 31 Abs. 1 GRC für betroffene Frauen erheblich, da Prävention und Risikominimierung hinten angestellt werden.

Im Ergebnis ist § 28 Abs. 2 MuSchG nF. unionsrechtswidrig ausgestaltet, da er die Grundsätze der Prävention und Risikominimierung aus Art. 31 Abs. 1 GRC iVm. Art. 7 RL 92/85/EWG und RL 89/391/EWG missachtet.

### 3. Unionsrechtswidrigkeit der Genehmigungsfiktion des § 28 Abs. 3 MuSchG nF.

Lehnt die Aufsichtsbehörde den vollständigen Antrag des Arbeitgebers auf Genehmigung der Weiterarbeit der schwangeren oder stillenden Frau bis 22.00 Uhr nicht innerhalb von sechs Wochen ab, dann gilt die Genehmigung zur Nachtarbeit als erteilt. Es handelt sich hierbei um eine sog. Genehmigungsfiktion iSd. § 42a VwVfG, die dem Arbeitgeber auf Verlangen auch zu bescheinigen ist, § 28 Abs. 3 S. 2 MuSchG nF. Auch diese Genehmigungsfiktion muss den Anforderungen des Unionsrechts, insbesondere des Art. 31 Abs. 1 GRC iVm. Art. 7 der RL 92/85/EWG und der RL 89/391/EWG gerecht werden.

Aus gesetzgeberischer Sicht erfolgt zunächst die formelle Prüfung durch die Aufsichtsbehörde nach dem Eingang des Antrags.<sup>148</sup> Ist der Antrag unvollständig, insbesondere weil beizubringende Unterlagen fehlen, muss sie dies dem Arbeitgeber unverzüglich gemäß § 121 BGB<sup>149</sup> mitteilen und die fehlenden Unterlagen anfordern. Erst wenn der Antrag vollständig ist, kommt es zur materiellen bzw. inhaltlichen Prüfung des Antrags, die innerhalb der Frist von sechs Wochen abgeschlossen sein soll. Der Gesetzgeber

geht dabei davon aus, dass die Aufsichtsbehörde nach der inhaltlichen Prüfung in der Regel nichts weiter veranlassen muss und deshalb die Genehmigung nach Fristablauf als erteilt gelten kann.<sup>150</sup> Nur wenn die Aufsichtsbehörde tatsächlich zu dem Ergebnis kommt, dass die Weiterarbeit der Frau bis 22.00 Uhr zu einer unverantwortbaren Gefährdung führt, ist der Antrag des Arbeitgebers abzulehnen.

Die von § 28 Abs. 3 MuSchG nF. vorgesehene Genehmigungsfiktion bezieht sich ausdrücklich auf § 42a VwVfG. Dort ist die Genehmigungsfiktion entsprechend definiert. Allerdings ergibt sich aus § 42a Abs. 2 VwVfG, dass die Frist, innerhalb derer die Genehmigung als erteilt gilt, drei Monate beträgt. Durch Rechtsvorschrift kann aber eine abweichende Frist bestimmt werden, § 42a Abs. 2 S. 1 VwVfG. Eine solche Abweichung von der eigentlich in § 42a Abs. 2 VwVfG vorgesehenen Dreimonatsfrist stellt § 28 Abs. 3 MuSchG nF. auf, indem die Genehmigungsfiktion bereits nach sechs Wochen eintritt und damit deutlich kürzer ausgestaltet ist als die allgemeine verwaltungsverfahrensrechtliche Regelung. Dies mag aus Gründen der Reduzierung des Verwaltungsaufwandes und des Bürokratieabbaus auf den ersten Blick gerechtfertigt sein,<sup>151</sup> jedoch nicht angesichts der hohen mutterschutzrechtlichen Anforderungen an den Gesundheitsschutz schwangerer und stillender Arbeitnehmerinnen, die von Art. 31 Abs. 1 GRC erfasst sind.<sup>152</sup> In der von einer Genehmigungsfiktion allgemein bezweckten Beschleunigung des Genehmigungsverfahrens<sup>153</sup> bestätigt sich die Beeinträchtigung des erforderlichen Gesundheitsschutzniveaus in Schwangerschaft und Stillzeit weiter, da die Genehmigung unabhängig von den Vorgaben des Mutterschutz- und Arbeitsschutzrechts nach Fristablauf als erteilt gilt. Es mag sein, dass eine Genehmigungsfiktion nicht auf das Entstehen rechtswidriger Verwaltungsakte abzielt,<sup>154</sup> jedoch werden mit ihr gerade im Fall des § 28 Abs. 3

146 DGB, Ausschussdr. 18(13)87a (Fn. 22), S. 4.

147 Bayreuther, NZA 2017, 1145, 1147.

148 BT-Drs. 18/11782, S. 38.

149 Velikova/Briegel, in: Däubler/Hjort/Schubert/Wolmerath (Hrsg.), Arbeitsrecht Handkommentar, 4. Aufl., Baden-Baden 2017, MuSchG nF. (ab 1.1.2018), § 28 Rn. 6.

150 BT-Drs. 18/11782, S. 38.

151 BR-Drs. 230/16, S. 63; BT-Drs. 18/8963, S. 58.

152 Meyer-Rudolf (Fn. 73), Art. 31 Rn. 16.

153 Ramsauer, in: Kopp/Ramsauer (Hrsg.), VwVfG, Kommentar, 18. Aufl., München 2017 (im Folgenden: Kopp/Ramsauer), § 42 a Rn. 4.

154 Kopp/Ramsauer-Ramsauer (Fn. 153), § 42 a Rn. 5.

MuSchG nF. rechtswidrige Situationen auf Kosten der unions- und verfassungsrechtlich gewährleisteten Sicherheit und des Gesundheitsschutzes schwangerer und stillender Frauen in Kauf genommen, insbesondere wenn die Aufsichtsbehörde untätig bleibt. Dies dürfte sich nicht nur als Durchbrechung des Rechtsstaatsprinzips<sup>155</sup> qualifizieren lassen, sondern negiert auch die für den Arbeitsschutz maßgeblichen Grundsätze der Prävention und Risikominimierung.

Ähnlich wie bereits zu § 28 Abs. 2 MuSchG nF. ausgeführt, ist mit dieser kurzen Frist von sechs Wochen der Gesundheitsschutz der Frau und ihres (ungeborenen) Kindes von der effektiven und schnellen Prüfung durch die Aufsichtsbehörde abhängig.<sup>156</sup> Insbesondere der Personalmangel in den Aufsichtsbehörden und der Zustand der erheblichen Rechtsunsicherheit im praktischen Umgang mit dem neu eingeführten Begriff der unverantwortbaren Gefährdung lässt befürchten, dass die materielle Prüfung durch die Aufsichtsbehörden aller Wahrscheinlichkeit nach ins Leere laufen könnte. Dies wiederum geht zu Lasten des Gesundheitsschutzes betroffener Frauen und begünstigt rechtswidrige, weil fiktive, Entscheidungen.

Hinzu kommt, dass der Gesetzgeber unterstellt, dass die Nachtarbeit zwischen 20.00 und 22.00 Uhr regelmäßig weniger gefährdend ist als die Nachtarbeit nach 22.00 bis 6.00 Uhr und deshalb lediglich in Einzelfällen ein Verbot oder aber eine vorläufige Untersagung angezeigt ist.<sup>157</sup> Eine solche zeitliche Grenzziehung und Differenzierung bei Nachtarbeit ergibt sich weder aus Art. 7 der RL 92/85/EWG noch aus der Arbeitszeit-RL 2003/88/EG, die in ihrem 6. Erwägungsgrund auf die Grundsätze zur Nachtarbeit im IAO-Übereinkommen Nr. 171 über Nachtarbeit verweist. Dort ist unabhängig von der bislang nicht geklärten Bedeutung dieses von Deutschland nicht ratifizierte Übereinkommens<sup>158</sup> in Art. 7 ebenfalls ein Nachtarbeitsverbot für die Dauer der Schwangerschaft und einen zu bestimmenden Zeitraum nach der Geburt aufgeführt, welches keine zeitliche Differenzierung vornimmt. Die Notwendigkeit dieser zeitlichen Differenzierung erschließt sich auch nicht auf der Grundlage arbeitsmedizinischer oder arbeitswissenschaftlicher Erkenntnisse, denn Nachtarbeit ist grundsätzlich für jeden Menschen mit erheblichen Störungen im (Wohl-)Befinden<sup>159</sup> verbunden. Während der Schwangerschaft, in den ersten Monaten nach der Geburt und in der Stillzeit ist darüber hinaus von einem erhöhten Gefährdungspotenzial auszugehen, welches auch der Gesetzgeber für die Nachtarbeit nach 20.00 Uhr ein-

räumt.<sup>160</sup> Deshalb ist es umso weniger nachvollziehbar, warum die zeitliche Differenzierung der Nachtarbeit zwischen 20.00 und 22.00 Uhr (in der Regel zulässig) und zwischen 22.00 und 6.00 Uhr (nur in Ausnahmefällen zulässig) erfolgt ist. Zwar kann die betroffene schwangere oder stillende Frau ihr Einverständnis nach § 28 Abs. 1 S. 3 MuSchG nF. gegenüber ihrem Arbeitgeber jederzeit widerrufen und eine ärztliches Attest kann ggf. das Schutzbedürfnis in der Zeit zwischen 20.00 und 22.00 Uhr abrunden, jedoch ist kein aus dem Gesundheits- und Arbeitsschutz resultierender Grund für die zeitliche Differenzierung bei Nachtarbeit erkennbar.

Die zeitliche Differenzierung kann allenfalls mit den Zielsetzungen des MuSchG nF. aus § 1 Abs. 1 MuSchG nF. erklärt werden, denn die zeitliche Flexibilisierung der Weiterarbeit bis 22.00 Uhr kann aus gleichstellungspolitischer Sicht einen benachteiligungsfreien Mutterschutz im schwierigen Spannungsfeld zwischen Gesundheits- und Arbeitsschutz einerseits und Diskriminierungsschutz und Herstellung tatsächlicher Gleichberechtigung von Frauen und Männern andererseits bewirken.<sup>161</sup> Die in Rede stehende Rechtsnorm des § 28 Abs. 3 MuSchG nF. muss aber eine »verantwortungsvolle Abwägung«<sup>162</sup> dieser Rechtsgüter gewährleisten und dies ist mit dem Eintritt der Genehmigungsfiktion bereits nach sechs Wochen mehr als fraglich. Hinzu kommt, dass die allgemeinen Grundsätze des Arbeits- und Mutterschutzes – Prävention und Risikominimierung – durch die Genehmigungsfiktion unberücksichtigt bleiben. Ist die behördliche Prüfung mit erheblichen Problemen behaftet, wie zB. Personalmangel und großen Rechtsunsicherheiten bei der Feststellung einer unverantwortbaren Gefährdung, dann ist die Frist von sechs Wochen eindeutig zu kurz bemessen und es bedürfte gerade der umfassenden materiellen Prüfung, um die Sicherheit und den Gesundheitsschutz der Frau zu gewährleisten.

Hinzu kommt die weder mit dem Unionsrecht noch dem nationalen Recht zu begründende zeitliche Differenzierung

155 Kopp/Ramsauer-Ramsauer (Fn. 153), § 42 a Rn. 5 verneint dies grundsätzlich.

156 DGB, Ausschussdrs. 18(13)87a (Fn. 22), S. 4.

157 BT-Drs. 18/11782, S. 37.

158 Buschmann/Ulber (Fn. 9), S. 389 Fn. 58.

159 Wank, in: Müller-Glöge/Preis/Schmidt (Hrsg.), Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 17. Aufl., München 2017, § 6 ArbZG Rn. 1; Buschmann/Ulber (Fn. 9), § 6 Rn. 1.

160 BT-Drs. 18/8963, S. 58.

161 HK-ArbSchR-Beetz (Fn. 12), MuSchG 2018 Rn. 2, 4.

162 BT-Drs. 18/8963, S. 1.

innerhalb des Nachtarbeitsverbots. Ist Nachtarbeit grundsätzlich für alle Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer gesundheitsschädlich, so kann gerade für schwangere und stillende Frauen mit einem erhöhten Schutzbedürfnis nicht eine zeitliche Flexibilisierung zwischen weniger gefährdender und gefährdender Nachtarbeit eingeführt werden. Dies führt zu einer Absenkung des Arbeitsschutzniveaus,<sup>163</sup> die aber nicht mit dem Schutz vor Diskriminierung und Herstellung tatsächlicher Gleichberechtigung gerechtfertigt werden kann. Zwar kann die Frau ihr Einverständnis zur Weiterarbeit nach § 28 Abs. 1 S. 3 MuSchG nF. jederzeit und mit Wirkung für die Zukunft widerrufen und bleibt damit autonom in ihrer Entscheidungsfindung auch unter der Ägide der Genehmigungsfiktion, dies ändert aber nichts an der Schieflage zu Lasten des Gesundheits- und Arbeitsschutzes. Im Ergebnis stellt sich auch § 28 Abs. 3 MuSchG nF. als unionsrechtswidrig dar. Nichts anderes gilt im Hinblick auf die verfassungsrechtlichen Anforderungen an den Gesundheits- und Arbeitsschutz aus Art. 2 Abs. 2 S. 1 und Art. 6 Abs. 4 GG – die Genehmigungsfiktion vernachlässigt die materielle Prüfung der mit der Nachtarbeit verbundenen konkreten gesundheitlichen Risiken für schwangere und stillende Arbeitnehmerinnen. Die Genehmigungsfiktion aus § 28 Abs. 3 MuSchG nF. ist somit auch verfassungswidrig.

#### 4. Zwischenergebnis

Im Ergebnis ist festzuhalten, dass das besondere Genehmigungsverfahren aus § 28 MuSchG nF. für Arbeitnehmerinnen unionsrechts- und verfassungswidrig ist. Dabei geht es um unterschiedliche Komponenten des § 28 MuSchG nF., die sowohl bei getrennter Betrachtung als auch in der Zusammenschau kein anderes Ergebnis zulassen. Während sich § 28 Abs. 1 MuSchG nF. insbesondere durch den Baustein der auszuschließenden »unverantwortbaren Gefährdung« als unionsrechts- und verfassungswidrig darstellt, geht es in § 28 Abs. 2 MuSchG nF. um die Unterwanderung der auch für das Mutterschutzrecht geltenden arbeitsschutzrechtlichen Grundsätze der Prävention und Risikominimierung durch die Ermächtigung zur Weiterbeschäftigung der Frau bis 22.00 Uhr, solange die Aufsichtsbehörde den Antrag des Arbeitgebers nicht vorläufig untersagt oder abgelehnt hat. Die von § 28 Abs. 3 MuSchG nF. vorgesehene Genehmigungsfiktion nach sechs Wochen ist nicht nur in zeitlicher Hinsicht problematisch, weil sie die für Aufsichtsbehörden existierenden Problemlagen des uU. bestehenden Personalmangels und

des unklaren Umgangs mit dem unbestimmten Rechtsbegriff der unverantwortbaren Gefährdung ausblendet. Sie lässt außerdem die Grundsätze des Arbeitsschutz- und Mutterschutzrechts – Prävention und Risikominimierung – außer Acht, da eine fiktive Genehmigung die materielle Prüfung der konkreten Gesundheits- und Sicherheitsrisiken der Nachtarbeit bis 22.00 Uhr für schwangere und stillende Frauen ersetzt und folglich auch hier den Arbeits- und Gesundheitsschutz aushebelt. Hinzu kommt die zeitliche Differenzierung innerhalb des Nachtarbeitsverbots nach einer in der Regel verantwortbaren Nachtarbeit zwischen 20.00 und 22.00 Uhr und einer nur in Ausnahmefällen zulässigen Nachtarbeit zwischen 22.00 und 6.00 Uhr, die sich weder aus dem Unionsrecht noch aus dem nationalen Recht herleiten lässt.

#### IV. Unionsrechtskonformität der Ausnahmegenehmigung vom Nachtarbeitsverbot in besonders begründeten Einzelfällen gemäß § 29 Abs. 3 S. 2 MuSchG nF.

Das Nachtarbeitsverbot für schwangere und stillende Frauen zwischen 20.00 und 6.00 Uhr ist nicht nur durch das besondere Genehmigungsverfahren nach § 28 MuSchG nF. für die Zeit zwischen 20.00 und 22.00 Uhr aufgelockert worden, sondern darüber hinaus besteht auch die Möglichkeit einer Ausnahmegenehmigung in besonders begründeten Einzelfällen für die Nachtarbeit im Zeitraum zwischen 22.00 bis 6.00 Uhr gemäß § 29 Abs. 3 S. 2 Nr. 1 MuSchG nF. Diese Ausnahmegenehmigung bezieht sich sowohl auf Arbeitnehmerinnen als auch auf Schülerinnen und Studentinnen iSv. § 5 Abs. 2 MuSchG nF. Diese im Ermessen der Aufsichtsbehörde stehende Ausnahmegenehmigung ist an verschiedene Voraussetzungen gebunden, nämlich das Einverständnis der Frau, das ärztliche Attest und es muss eine unverantwortbare Gefährdung durch Alleinarbeit der Frau ausgeschlossen sein.

Auch für diese Ermessensentscheidung der Aufsichtsbehörde stellt sich die Frage nach der Unionsrechtskonformität. § 29 Abs. 3 S. 2 MuSchG nF. hat jedoch einen Vorläufer, der in § 8 Abs. 6 MuSchG aF. zu finden ist und aus dem sich möglicherweise Erkenntnisse für die Prüfung ableiten lassen.

<sup>163</sup> DGB, Ausschussdr. 18(13)87a (Fn. 22), S. 11.

## 1. § 8 Abs. 6 MuSchG aF. als Ausgangssituation

§ 8 Abs. 6 MuSchG aF. beinhaltete eine ausdrückliche Ermächtigungsgrundlage für Aufsichtsbehörden, in »begründeten Einzelfällen« durch Verwaltungsakt Ausnahmen vom Nachtarbeitsverbot zwischen 20.00 und 6.00 Uhr zuzulassen.<sup>164</sup> Die Vorschrift ist als Ermessensentscheidung in Bezug auf die Abwägung zwischen dem mutterschutzrechtlichen Zweck des Nachtarbeitsverbots und den betrieblichen Erfordernissen und Belangen zu verstehen gewesen,<sup>165</sup> wobei die Ermessensentscheidung insbesondere durch die arbeitsmedizinischen Anforderungen geprägt gewesen ist.<sup>166</sup> Ermessen hatte die Aufsichtsbehörde sowohl bei dem »Ob« der Ausnahmegenehmigung als auch bei ihrer inhaltlichen Ausgestaltung, insbesondere durch Nebenbestimmungen wie Befristungen, Auflagen oder Bedingungen.<sup>167</sup> Die Ausnahmegenehmigung für »begründete Einzelfälle« erforderte dabei die individuelle Berücksichtigung der betrieblichen wie auch der persönlichen Belange der Frau, zB. durch die Art der Arbeit, Stadium der Schwangerschaft, Möglichkeiten des Ausruhens etc.<sup>168</sup> Bevor die Ausnahmegenehmigung erteilt werden konnte, musste die betroffene Frau nach § 28 VwVfG angehört und ein ggf. bestehender Betriebsrat nach § 89 Abs. 2 S. 1 BetrVG konsultiert werden, da diesem nach § 80 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG auch die Überwachung und Einhaltung ua. des Nachtarbeitsverbots obliegt.<sup>169</sup> Schließlich konnte die Aufsichtsbehörde die Genehmigung gemäß § 49 Abs. 2 Nr. 3 VwVfG widerrufen, wenn die Voraussetzungen für den begründeten Einzelfall entfallen waren.<sup>170</sup>

Wird vor diesem Hintergrund nun der Bogen zur Fragestellung dieses Gutachtens geschlagen, so sind zu der Ausnahmeregelung des § 8 Abs. 6 MuSchG aF., soweit ersichtlich, bislang keine Zweifel an der Unionsrechts- bzw. Verfassungskonformität angemeldet worden.

## 2. Ausnahmen in besonders begründeten Einzelfällen gemäß § 29 Abs. 3 S. 2 Nr. 1 MuSchG nF.

Im Unterschied zu § 8 Abs. 6 MuSchG aF. setzt § 29 Abs. 3 S. 2 Nr. 1 MuSchG nF. für die Ausnahmegenehmigung der Aufsichtsbehörde einen »besonders begründeten Einzelfall« voraus. Schon durch den Wortlaut der Vorschrift wird deutlich, dass die Ausnahmegenehmigung an gesteigerte Anforderungen geknüpft ist, denn die Regelung geht über einen bloß »begründeten Einzelfall« nach alter Rechtslage hinaus.

Diese Unterscheidung geht auch aus der Gesetzesbegründung hervor, denn der Gesetzgeber differenziert innerhalb der Nachtarbeit nach in der Regel verantwortbarer Nachtarbeit bis 22.00 Uhr (§ 28 und § 5 Abs. 2 MuSchG nF.) und der grundsätzlich unverantwortbaren Nachtarbeit nach 22.00 Uhr, die nur im Einzelfall, dh. ganz ausnahmsweise, genehmigt werden kann.<sup>171</sup> Die in § 29 Abs. 3 S. 2 Nr. 1 lit. a bis c MuSchG nF. genannten Voraussetzungen für die Erteilung der Ausnahmegenehmigung konkretisieren dabei die Anforderungen an den besonders begründeten Einzelfall, nämlich das Einverständnis der Frau, die Vorlage des ärztlichen Attests und der Ausschluss der unverantwortbaren Gefährdung durch Alleinarbeit. An solche konkreten gesetzlichen Vorgaben ist die Ermessensentscheidung der Aufsichtsbehörde nach § 8 Abs. 6 MuSchG aF. nicht gebunden gewesen. In der Begründung zur ursprünglichen Fassung des § 29 Abs. 3 S. 2 Nr. 1 MuSchG nF. vom 28.6.2016<sup>172</sup> hieß es noch, dass der Regelungsgehalt des § 8 Abs. 6 MuSchG aF. übernommen würde – es müsse eine besondere Würdigung besonderer Arbeitsbedingungen auf der Basis der Beurteilung der Arbeitsbedingungen (Gefährdungsbeurteilung) stattfinden. Es seien weiter die besonderen Anforderungen an die Zulässigkeit der Beschäftigung zu prüfen, ua. die Einwilligung der Frau und das Vorliegen eines ärztlichen Attests.<sup>173</sup> Der Gesetzgeber hat sich letztendlich mit § 29 Abs. 3 S. 2 Nr. 1 MuSchG nF. entschieden, diese Voraussetzungen ausdrücklich in die gesetzliche Regelung selbst aufzunehmen. Dies dient tatsächlich der Rechtsklarheit für die Aufsichtsbehörde, die sich bei ihrer Prüfung des besonderen Einzelfalls tatsächlich an den Voraussetzungen aus Nr. 1 lit. a bis c abzuarbeiten hat und damit ein eingeschränktes Ermessen im Unterschied zu § 8 Abs. 6 MuSchG aF. hat.

164 Hk-MuSchG/BEEG-Pepping (Fn. 14), § 8 MuSchG Rn. 58.

165 Buchner/Becker (Fn. 12), § 8 MuSchG Rn. 68; Just, in: Tillmanns/Mutschler (Hrsg.), MuSchG, BEEG Praxiskommentar, Freiburg 2015, § 8 MuSchG Rn. 20.

166 Buchner/Becker (Fn. 12), § 8 MuSchG Rn. 68.

167 Hk-MuSchG/BEEG-Pepping (Fn. 14), § 8 MuSchG Rn. 59 zählt hier die Gewährung von Ausgleichszeiten, Gestellung von Fahrmöglichkeiten und zusätzliche Ruhepausen auf; Buchner/Becker (Fn. 12), § 8 MuSchG Rn. 71.

168 Buchner/Becker (Fn. 12), § 8 MuSchG Rn. 68.

169 Hk-MuSchG/BEEG-Pepping (Fn. 14), § 8 MuSchG Rn. 61, 64; für Personalräte gelten vergleichbare Regelungen im BPersVG und den Personalvertretungsgesetzen der Länder.

170 Buchner/Becker (Fn. 12), § 8 MuSchG Rn. 73.

171 BT-Drs. 18/11782, S. 37.

172 BT-Drs. 18/8963, S. 97.

173 Ebd.



§ 29 Abs. 3 S. 2 Nr. 1 MuSchG nF. ist aber wie § 28 MuSchG nF. auch im schwierigen Spannungsfeld<sup>174</sup> zwischen Gesundheitsschutz und selbstbestimmter Entscheidung der Frau über ihre Erwerbstätigkeit angesiedelt. Fraglich ist deshalb, ob die vom Gesetzgeber in diesem Zusammenhang postulierte »verantwortungsvolle Abwägung«<sup>175</sup> gelungen ist.

Nachtarbeit ist grundsätzlich mit besonderen Belastungen körperlicher und psychischer Natur verbunden, denn die physiologische Leistungsbereitschaft eines Menschen unterliegt innerhalb eines 24-Stunden-Tages Schwankungen (sog. Circadian-Rhythmus), die durch weitere Umwelt- und Arbeitsumgebungseinflüsse wie zB. Lärm, Kälte, Hitze, Nässe, grelles Licht, Monotonie des Arbeitsablaufs, schnelles Arbeitstempo etc. zusätzlich negativ beeinflusst werden.<sup>176</sup> Deshalb hat das BVerfG in seinem Urteil zur Aufhebung des Nachtarbeitsverbots für Arbeiterinnen vom 28.1.1992<sup>177</sup> auch klargestellt, dass zum Schutz der aus Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG folgenden körperlichen Unversehrtheit flankierende Maßnahmen bei Nachtarbeit erforderlich sind und eine unbeschränkte Freigabe ausgeschlossen ist.<sup>178</sup> Eine ohne rechtliche Grenzen und flankierende Maßnahmen mögliche Nachtarbeit würde auch gegen die Vorgaben aus der Arbeitszeit-RL 2003/88/EG verstoßen.<sup>179</sup> Schwangerschaft und Stillzeit sind aber mit einem gegenüber dem allgemeinen Arbeitsschutz erhöhten Schutzanliegen verbunden,<sup>180</sup> sodass auch die flankierenden Maßnahmen stärkeren Schutz vermitteln müssen.

Der Schutz vor Gefährdungen durch spezifische Schutznormen, zB. Art. 7 der RL 92/85/EWG, steht aber in enger Wechselwirkung mit der Gleichbehandlungs-RL 2006/54/EWG, die in Art. 2 Abs. 2 lit. c eine Benachteiligung aufgrund von Schwangerschaft und Mutterschutz verbietet.<sup>181</sup> Auch der EuGH hat diese Wechselwirkung von besonderen Schutzbestimmungen und Benachteiligungen im Arbeitsleben immer wieder betont.<sup>182</sup> Dies spiegelt sich nunmehr auch in der Zielsetzung des novellierten Mutterschutzrechts und § 1 Abs. 1 MuSchG nF. wider.

§ 29 Abs. 3 S. 2 Nr. 1 MuSchG nF. ist demnach in diesem Lichte auszulegen. Wenn die Vorschrift nun aber über die Vorgängerregelung des § 8 Abs. 6 MuSchG aF. hinausgeht und für die Genehmigung der Nachtarbeit nach 22.00 Uhr das Vorliegen eines besonders begründeten Einzelfalls fordert, dann ist dies eine den gesteigerten mutterschutzrechtlichen Anforderungen an den Gesundheitsschutz schwangerer und stillender Frauen entsprechende Regelung. Sie wahrt die selbstbestimmte Entscheidung der betroffenen Arbeit-

nehmerin, Studentin oder Schülerin durch die Einverständniserklärung trotz der hierzu bestehenden Kritik<sup>183</sup> und die Verpflichtung zur Vorlage eines ärztlichen Attests ist zumindest eine flankierende Maßnahme, die den Gesundheitsschutz in erster Ansehung sicherstellt.<sup>184</sup> Es bleibt aber der für den Arbeitgeber im Rahmen seiner Gefährdungsbeurteilung und für die Aufsichtsbehörden unklare und mit großen Rechtsunsicherheiten behaftete unbestimmte Rechtsbegriff der unverantwortbaren Gefährdung, der als Baustein der Prüfung eines besonders begründeten Einzelfalls auszuschließen ist. Dieser Baustein führt aber aufgrund seiner Unbestimmtheit für die Praxis der Arbeitgeber und Aufsichtsbehörden zu einer Absenkung des Gesundheits- und Arbeitsschutzes für schwangere und stillende Frauen, die nicht mehr mit dem Schutz vor Diskriminierung und Herstellung tatsächlicher Gleichberechtigung von Frauen und Männern gerechtfertigt werden kann. Eine verantwortungsvolle Abwägung iSd. gesetzgeberischen Zielsetzung ist mit diesem Instrument für Arbeitgeber und Aufsichtsbehörden nicht möglich, da sie bislang nicht über ein rechtssicheres Handwerkszeug zur Feststellung einer unverantwortbaren Gefährdung verfügen. Enthält § 29 Abs. 3 S. 2 Nr. 1 MuSchG nF. aber einen unionsrechts- und verfassungswidrigen Baustein,<sup>185</sup> dann kann die gesamte Vorschrift den besonders zu begründenden Einzelfall nicht belegen. Sie bleibt auf der Ebene der alten Rechtslage aus § 8 Abs. 6 MuSchG aF. stecken und vermag den eigentlich anvisierten besonderen Gefährdungsschutz eben gerade nicht zu gewährleisten. Daraus dürfte zwar im Ergebnis keine Unions- bzw. Verfassungswidrigkeit der gesamten Vorschrift folgen, jedoch verbessert sie den Schutz betroffener Frauen nur vordergründig, da sie nicht über die alte Rechtslage hinausreicht.

174 HK-ArbSchR-Beetz (Fn. 12), MuSchG 2018 Rn. 2.

175 BT-Drs. 18/11782, S. 1.

176 HK-ArbSchR-Habich (Fn. 12), § 6 ArbZG Rn. 1.

177 BVerfG, 28.1.1992 – 1 BvR 1025/82 ua. – BVerfGE 85, S. 191.

178 Vgl. dazu Buschmann/Ulber (Fn. 9), § 6 Rn. 3 a.

179 Buschmann/Ulber (Fn. 9), § 6 Rn. 3 b.

180 Rothe, Ausschussdr. 18(13)87d (Fn. 71), S. 2.

181 Nebe, jurisPR-ArbR 28/2016 Anm. 1.

182 EuGH, 29.10.2009 – C-63/08 – Slg. 2009, I-10467 (Pontin); EuGH, 1.2.2005 – C-203/03 – Slg. 2005, I-935 (Kommission/Österreich).

183 Vgl. dazu die Ausführungen unter III.1.a).

184 Vgl. dazu die Ausführungen unter III.1.b).

185 Vgl. dazu die Ausführungen unter III.1.c)(3) und III.1.c)(4).

## V. Gesamtergebnis

In der Zusammenfassung ist festzuhalten, dass das in MuSchG nF. neu ausgestaltete Nachtarbeitsverbot für Arbeitnehmerinnen durch das besondere Genehmigungsverfahren des § 28 MuSchG nF. ein unionsrechts- und verfassungswidriges Gesicht erhalten hat.

So geht mit der Einverständniserklärung der Frau iSv. § 28 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 MuSchG nF. ein Verzicht auf den öffentlich-rechtlichen Arbeitsschutz einher – er wird zur Disposition der Arbeitsvertragsparteien gestellt und durch die damit verbundene Flexibilisierung abgesenkt. Diese Absenkung des Arbeitsschutzniveaus kann auch nicht durch das gesetzgeberische Anliegen der Autonomie und selbstbestimmter Entscheidungen der Frau iSd. RL 2006/54/EG, Art. 21 und 23 GRC und Art. 3 Abs. 2 und 3 GG aufgewogen werden, denn bei den Maßnahmen der Kommunikation und Information durch den Arbeitgeber nach §§ 10 Abs. 2 und 14 MuSchG nF. handelt es sich nur um die Entscheidungsfreiheit der Frau flankierende Maßnahmen, die weder in prekären Beschäftigungsverhältnissen noch bei Loyalitätskonflikten den möglichen arbeitgeberseitigen Druck reduzieren können.

Das nach § 28 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 MuSchG nF. vorzulegende ärztliche Attest setzt Art. 7 Abs. 1 RL 92/85/EWG außerdem nur unzureichend um, da die Vorschrift keine weiteren Einzelheiten oder Angaben vom Arzt, insbesondere zu arbeitsmedizinischen Gesichtspunkten der jeweiligen Nachtarbeit der Frau, fordert.

Ganz besonders problematisch ist aber die Einführung des unbestimmten Rechtsbegriffs der unverantwortbaren Gefährdung durch Alleinarbeit für schwangere und stillende Frauen. Hiermit wird nicht nur für Arbeitnehmerinnen, sondern auch für Schülerinnen und Studentinnen das mutterschutzrechtlich gebotene hohe Gesundheits- und Arbeitsschutzniveau abgesenkt. Die rechtliche Unsicherheit im Umgang mit diesem dem Arbeitsschutz- und Mutterschutzrecht bislang unbekanntem Rechtsbegriff der unverantwortbaren Gefährdung, die durch das Fehlen einer inhaltlichen Konkretisierung bedingt ist, negiert die allgemein anerkannten und zum Leitbild des Arbeits- und Mutterschutzes gehörenden Grundsätze der Prävention und Risikominimierung und stellt diese gerade mit Blick auf die erhöhten arbeitsschutzrechtlichen Anforderungen an die Sicherheit und den Gesundheitsschutz in Schwangerschaft und Stillzeit auf den Kopf. Arbeitgebern und Auf-

sichtsbehörden fehlt für die Gefährdungsbeurteilung das notwendige Handwerkszeug, eine unverantwortbare Gefährdung tatsächlich feststellen zu können. Darf die Arbeitnehmerin nach § 28 Abs. 2 MuSchG nF. zwischen 20.00 und 22.00 Uhr in der Regel weiterarbeiten, es sei denn, die Aufsichtsbehörde hat den Antrag des Arbeitgebers auf Genehmigung abgelehnt oder die Weiterarbeit vorläufig untersagt, dann wird hierdurch der Arbeitsschutz weiter aufgeweicht, da die Nachtarbeit zwischen 20.00 und 22.00 Uhr faktisch keine Ausnahme mehr vom Nachtarbeitsverbot des § 5 Abs. 1 S. 1 MuSchG nF. ist. Schließlich ist auch die Genehmigungsfiktion aus § 28 Abs. 3 MuSchG nF. vor dem Hintergrund des Personalmangels in Aufsichtsbehörden, den Rechtsunsicherheiten im praktischen Umgang mit der unverantwortbaren Gefährdung sowie in zeitlicher Hinsicht unionsrechts- und verfassungswidrig. Gerade in der sensiblen Phase der Schwangerschaft und Stillzeit mit erhöhten Anforderungen an Sicherheit und Gesundheitsschutz begünstigt eine Genehmigungsfiktion rechtswidrige Verwaltungsakte, die der tatsächlichen Gefährdungslage der betroffenen schwangeren oder stillenden Frau nicht gerecht werden, da die gebotene materielle Prüfung durch die Aufsichtsbehörde durch den bloßen Zeitablauf nicht stattgefunden hat.

Eine verantwortungsvolle Abwägung zwischen Gesundheitsschutz und selbstbestimmter Entscheidung der Frau über ihre Erwerbstätigkeit hat der Gesetzgeber damit entgegen seines erklärten Zieles<sup>186</sup> nicht vorgenommen, da der Gesundheitsschutz schwangerer und stillender Frauen, insbesondere durch das besondere Genehmigungsverfahren in § 28 MuSchG nF., in eine Schieflage geraten ist.

§ 29 Abs. 3 S. 2 Nr. 1 MuSchG nF. soll zwar dem besonders starken Schutzbedürfnis schwangerer und stillender Frauen bei der Nachtarbeit zwischen 22.00 und 6.00 Uhr Rechnung tragen und die Ermessensentscheidung der Aufsichtsbehörde durch klar formulierte und abzuprüfende Voraussetzungen einzuschränken, doch schafft die Regelung den Sprung nicht über die alte Rechtslage des § 8 Abs. 6 MuSchG aF. hinaus, da sie den Baustein der auszuschließenden unverantwortbaren Gefährdung nicht rechtsicher in den Griff bekommt.

Das Nachtarbeitsverbot für Arbeitnehmerinnen ist damit im Ergebnis aufgeweicht und gelockert worden, insbeson-

<sup>186</sup> BT-Drs. 18/11782, S. 1.

dere durch die Möglichkeit der Weiterarbeit bis 22.00 Uhr, die nach der gesetzgeberischen Vorstellung regelmäßig keine unverantwortbare Gefährdung darstellt und nur im Einzelfall einem Verbot durch die Aufsichtsbehörde unterliegt.<sup>187</sup> Der dem Arbeitsschutz- und Mutterschutzrecht bislang unbekannt unbestimmte Rechtsbegriff der unverantwortbaren Gefährdung, dem die inhaltliche Konkretisierung fehlt, könnte an dieser Stelle zu einem »Türöffner« für

weitere Lockerungen im Arbeitsschutz und speziell im Zusammenhang mit Nacharbeit für besondere Risikogruppen, zB. Jugendliche, werden. Die Unionsrechts- und Verfassungswidrigkeit dieses neuen Instruments sollte deshalb möglichst bald gerichtlich geklärt werden.

<sup>187</sup> BT-Drs. 18/11782, S. 37.

### Rechtsangleichung im Recht der Kettenbefristung in der EU

Herausgegeben von Sudabeh Kamanabrou, 2016, Verlag Mohr Siebeck, Tübingen, 693 S. (ISBN 978-3-16-154884-0), 124 €

#### I.

Das hier zu besprechende Buch beruht auf einer von der DFG geförderten rechtsvergleichenden Untersuchung. Seinen Gegenstand bildet die Richtlinie 1999/70/EG, die unter anderem den Missbrauch von so genannten Kettenbefristungen verhindern soll. Ziel der Studie war es, »das Ausmaß der Rechtsangleichung in der EU auf dem Gebiet der Kettenbefristung zu untersuchen und zu klären, ob die Richtlinie 1999/70/EG ihre rechtsangleichende Funktion in diesem Punkt erfüllt« (S. 9). Zu diesem Zweck sollte zunächst der von der Richtlinie ausgestaltete Rahmen beschrieben werden, um sodann – auf der Grundlage von insgesamt 15 Länderberichten – das Augenmerk auf das Recht der Mitgliedstaaten zu richten. Auf dieser Grundlage sollten dann Gemeinsamkeiten und Unterschiede beleuchtet; vor allem aber sollten Antworten auf die zentrale Frage danach formuliert werden, ob die Richtlinie ihr Ziel erreicht hat. Den – in erster Linie von den Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern am Lehrstuhl der Herausgeberin abgefassten – Länderberichten lag ein Fragenkatalog zugrunde, welcher die Vollständigkeit und Vergleichbarkeit der Antworten sichern sollte (vgl. S. 11). Soziologische und rechtspolitische Aspekte wurden in der Untersuchung weitgehend ausgeklammert; der in der Untersuchung verfolgte Ansatz sollte ein rein rechtsvergleichender sein (S. 13 f.).

#### II.

Einführend stellt *Kamanabrou* zunächst den »EU-rechtlichen Rahmen für Kettenbefristungen« vor. Dabei konzentriert sie sich auf § 5 der Rahmenvereinbarung, der den Mitgliedstaaten bekanntlich weitreichende Gestaltungsspielräume lässt und lediglich drei Wege aufzeigt, die der Mitgliedstaat insoweit beschreiten kann: »Um Missbrauch durch aufeinanderfolgende befristete Arbeitsverträge oder -verhältnisse zu vermeiden«, so heißt es in § 5 Nr. 1 RV, »ergreifen die Mitgliedstaaten nach der gesetzlich oder tarifvertraglich vorgeschriebenen oder in dem Mitgliedstaat üblichen Anhörung der Sozialpartner und/oder die Sozialpartner, wenn keine gleichwertigen gesetzlichen Maßnahmen zur Missbrauchsverhinderung bestehen, unter Berücksichtigung der Anforderungen bestimmter Branchen und/oder Arbeitnehmerkategorien eine oder mehrere der folgenden Maßnahmen: a) sachliche Gründe, die die Verlängerung solcher Verträge oder Verhältnisse rechtfertigen; b) die insgesamt maximal zulässige Dauer aufeinanderfolgender Arbeitsverträge oder -verhältnisse; c) die zulässige Zahl der Verlängerungen solcher Verträge oder Verhältnisse«. Nach § 5 Nr. 2 RV, »[legen] die Mitgliedstaaten, nach Anhörung der Sozialpartner, und/oder die Sozialpartner [...] gegebenenfalls fest, unter welchen Bedingungen befristete Arbeitsverträge oder Beschäftigungsverhältnisse: a) als »aufeinanderfolgend« zu betrachten sind; b) als unbefristete Verträge oder Verhältnisse zu gelten haben«. Insbesondere hinsichtlich möglicher Sachgründe (§ 5 Nr. 1 lit. a RV) besteht eine verhältnismäßig umfangreiche Rechtsprechung des EuGH, welche *Kamanabrou* näher beleuchtet (S. 20 ff.). Insgesamt macht sie – wenig überraschend – ein eher überschaubares Schutzzi-

veau aus. Dies ergibt sich fast zwangsläufig daraus, dass § 5 Nr. 1 RV in der Tat eine verhältnismäßig »weitmaschige Regelung« enthält (S. 25).

Mit Blick auf die nationalen Rechtsordnungen zeichnet *Kamanabrou* ein differenziertes Bild (vgl. S. 27 ff.). Das gilt etwa für den Einfluss der Richtlinie auf die gesetzgeberischen Aktivitäten in den Mitgliedstaaten oder die – höchst unterschiedlich ausgeprägte – praktische Bedeutung von (Ketten-) Befristungen. Das gilt aber va. auch für die von den nationalen Gesetzgebern zur Umsetzung der Verpflichtung aus der Richtlinie ergriffenen Maßnahmen (vgl. S. 34 ff.). Doch lässt *Kamanabrou* den Leser mit den Unterschieden nicht allein, sondern zeigt auf, welche Regelungsmodelle zur Kettenbefristung sich in den einzelnen Staaten finden (S. 88 ff.). Darüber hinaus strebt sie auch insoweit eine Betrachtung von höherer Warte an, als sie zwei »Grundkonzepte« des Schutzes vor Kettenbefristungen, nämlich Sachgrundbefristung und sachgrundlose Befristung (mit zeitlichen und/oder zahlenmäßigen Grenzen), unterscheidet (vgl. S. 94), wobei sie im Auge behält, dass diese nur selten »in Reinform« (S. 95) verwirklicht wurden. Die Wirkungsweise dieser Grundkonzepte wird sodann näher erläutert (S. 97 ff.), um eine Grundlage für den – für die Untersuchung zentralen – »Vergleich des Kettenbefristungsschutzes« zu gewinnen (S. 106 ff.). Im Ergebnis stellt *Kamanabrou* fest, dass die »meisten [in den Mitgliedstaaten verwirklichten] Modelle [...] in ihrer konkreten Ausgestaltung zu einem vergleichbaren Kettenbefristungsschutz [führen]« und ein »vergleichbares Schutzniveau« bewirken (S. 118).

### III.

Rechtsvergleichung ist kein leichtes Geschäft; vielmehr steht jeder, der sich in dieser Kunst übt, vor einem Dilemma: Die rechtsvergleichende Betrachtung macht die Überwindung zahlreicher Hindernisse notwendig. Diese sind sprachlicher Natur, hängen aber nicht zuletzt auch mit dem Umstand zusammen, dass dem Betrachter häufig das volle Verständnis für das fremde Recht (und insbesondere das Verständnis der jeweiligen Regelungszusammenhänge) fehlt. Insoweit liegt es stets nahe, sich der Mithilfe ausländischer Experten zu bedienen. Doch liegt darin allein schon deshalb kein Königsweg, weil im Dialog mit diesen Reibungsverluste und Missverständnisse drohen, die bei der rechtsvergleichenden Gesamtschau leicht zu fehlerhaften Betrachtungen führen

können. Auch ist man zwar gut beraten, das Gespräch – etwa durch einen Fragenkatalog – zu strukturieren. Doch stellen sich dann sogleich weitere Gefahren ein wie zB. die, dass man die Betrachtung der nationalen Experten durch verfrühte Festlegungen unzulässig verkürzt.

*Kamanabrou* ist einen anderen Weg gegangen: Statt auf ausländische Experten zu setzen, hat sie ihrer rechtsvergleichenden Untersuchung Länderberichte zugrunde gelegt, die allesamt von deutschen Juristen angefertigt wurden. Auch diese Herangehensweise ist mit Risiken und Nebenwirkungen behaftet. Insbesondere versteht sich fast von selbst, dass der Kreis der betrachteten Rechtsordnungen dabei regelmäßig begrenzt ist. Doch mag dies im Zusammenhang mit der Problematik der Kettenbefristung verschmerzbar sein (vgl. S. 10 f.). Schwerer wiegt deshalb vielleicht, dass es unzutunlich sein kann, aus Sekundärquellen zu schöpfen: Nicht selten findet das darzustellende Recht in diese nur verzerrt seinen Weg. Indes gibt es die ideale Herangehensweise nun einmal nicht und die von der Verfasserin zugrunde gelegten Länderberichte können sich allesamt sehen lassen.

Auch der weitreichende Verzicht auf soziologische und empirische Aspekte ist sehr gut vertretbar: Zwar begegnet gegenüber rechtsvergleichenden Untersuchungen immer wieder das Desiderat, über den Tellerrand zu blicken und insbesondere Erkenntnisse aus den Nachbardisziplinen ebenfalls zu berücksichtigen. Auch ist nicht daran vorbeizukommen, dass eine Untersuchung, welche nicht zuletzt die Bedeutung einer Richtlinie für die Entwicklung des Rechts der Mitgliedstaaten bestimmen will, von derlei Betrachtungen profitieren könnte. So verständlich der Wunsch nach einer über das rein Rechtliche hinausgehenden Sichtweise somit auch ist, so schwierig ist es meist, diesen zu erfüllen. Schon die rechtsvergleichende Betrachtung erweist sich häufig als äußerst komplex, die Berücksichtigung weiterer Aspekte führt dann aber zu Überkomplexität und muss daher in der Regel ausscheiden. Mehr als einige Gedanken und Hinweise sollte man also nicht verlangen.

In rechtsvergleichender Hinsicht lässt das Buch somit keine (realistischen) Wünsche offen. Die Durchdringung des »Materials«, das die Verfasser der Länderberichte liefern, ist souverän, auch wenn die Ausführungen an der einen oder anderen Stelle etwas schematisch wirken. Am ehesten streiten lässt sich noch über den von *Kamanabrou* angebotenen Vergleich der »Grundkonzepte«, da diese nur selten in reiner Form begegnen und bei der sachgrundlosen Befristung eben alles daran hängt, wie dieses im Einzelnen ausgestaltet ist.


Dementsprechend ist auch das Ergebnis der Studie, dass in den Mitgliedstaaten ein »vergleichbares Schutzniveau« herrscht (und die Richtlinie somit ihre »rechtsangleichende Funktion« erfüllt hat), weniger griffig, als sich das mancher Leser gewünscht haben mag. Der Weg der Rechtsverglei-

chung ist meist steinig, ihr Ertrag nicht selten wenig handfest. Dennoch: *Kamanabrou* hat einen wichtigen Beitrag zur Arbeitsrechtsverglei- chung in Europa geleistet. Glückwunsch hierzu und: Respekt!

*Prof. Dr. Bernd Waas, Goethe Universität Frankfurt aM.*

## Zusammenfassungen

### **Kingreen: Ein Sockel für die Europäische Säule sozialer Rechte: Zur Zuständigkeit der EU für einen verbindlichen Rechtsrahmen für soziale Grundsicherungssysteme in den Mitgliedstaaten**

 SR 1/2018, S. 1–15

Der Autor beleuchtet und bejaht im Ergebnis die Frage, ob die EU eine Rechtsetzungskompetenz zur Schaffung eines EU-Rechtsrahmens für soziale Grundsicherungssysteme besitzt. Zu seiner Verwirklichung regt er Strukturfonds an.


### **Graue: Das Nachtarbeitsverbot im novellierten Mutterschutzgesetz – Unionsrechtskonformität der Regelungen des reformierten MuSchG unter besonderer Berücksichtigung der Regelungen der §§ 28 und 29 Abs. 3 S. 2 MuSchG**

 SR 1/2018, S. 16–42

Die Autorin zieht die Unionsrechtskonformität sowie die Verfassungsmäßigkeit des novellierten mutterschutzrechtlichen Nachtarbeitsverbots in Zweifel. Kritisch sieht sie etwa die Verwendung des unbestimmten Rechtsbegriffs der »unverantwortbaren Gefährdung« oder die Genehmigungsfiktion des § 28 Abs. 3 MuSchG.


## Abstracts

### **Kingreen: A foundation for the European Pillar of Social Rights: On the competence of the EU for a mandatory legal framework on systems of basic social security in the member states**

 SR 1/2018, pp. 1–15

The author examines and affirms the question, if the EU is competent to create a binding EU legal framework for basic social security systems. For its realization, he suggests structural funds.

### **Graue: The ban on nightwork in the reformed Maternity Protection Act – Conformity of the rules of the reformed MuSchG with EU Law considering especially §§ 28 and 29 para. 3 S. 2 MuSchG**

 SR 1/2018, pp. 16–42

The author questions the compliance of the amended ban on night employment under maternity protection law with EU and constitutional law. She has a critical view inter alia on the usage of the legal concept of »unjustifiable endangerment« or the assumption of approval within § 28 para. 3 MuSchG.

**Vorschau** | In einer der nächsten Ausgaben von »Soziales Recht« werden Sie voraussichtlich lesen:

### Abhandlungen

- *Pascal Lokiec: Die Arbeitsmarktreformen in Frankreich – eine kritische Bewertung*
- *Frauke Brosius-Gersdorf: Demographischer Wandel und Beschäftigung – Herausforderung für die Rechtsordnung*

### Rezensionen

- *Laura Schmitt: Die Haftung betriebsverfassungsrechtlicher Gremien und ihrer Mitglieder (Ulrich Koch)*