

# 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

**HSI**

Hugo Sinzheimer Institut  
für Arbeits- und Sozialrecht

### Editorial

#### Ein Ort der Wissenschaft

*Ulrich Preis* ..... Seite **1**

### Abhandlungen

#### Whistleblowing, quo vadis? Die Europäische Whistleblower-Richtlinie und ihre Umsetzung in deutsches Recht – Teil 1: Die Richtlinie und ihre neuralgischen Punkte

*Simon Gerdemann* ..... Seite **2**

#### Der mutterschutzspezifische Entgeltsschutz im Lichte der jüngsten Mutterschutzreform

*Marie Hoffer* ..... Seite **17**

### Rezensionsaufsätze

#### Edith Gräfl/Stefan Lunk/Hartmut Oetker/Yvonne Trebinger (Hrsg.), 100 Jahre Betriebsverfassungsrecht

*Michael Kittner* ..... Seite **40**

# Alle Regelungen zur Kurzarbeit



Meyer / Wall

## Kurzarbeit und Kurzarbeitergeld

Basiskommentar

2021. 461 Seiten, kartoniert

€ 34,90

ISBN 978-3-7663-7046-4

[www.bund-verlag.de/7046](http://www.bund-verlag.de/7046)

Mit der Corona-Krise ist die Kurzarbeit wieder in die Unternehmen zurückgekehrt. Der neue Basiskommentar stellt die aktuelle Rechtslage dar, erläutert detailliert die Änderungen aufgrund der Corona-Pandemie, beschreibt präzise die Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats.

### Die Kerninhalte

#### Kurzarbeit

- › In welchem Verhältnis stehen die einzelnen Regelungen zueinander?
- › Arbeitsvertragsrecht – Vereinbarung, Auswirkungen der Kurzarbeit, Kündigung während der Kurzarbeit, Relation zu beabsichtigten Massenentlassungen
- › Tarifvertragsrecht – typische und mögliche Vereinbarungen in Tarifverträgen, Kurzarbeit und Arbeitskampf
- › Betriebsverfassungsrecht – Betriebsvereinbarung als Rechtsgrundlage von Kurzarbeit, Umfang der Mitbestimmung

#### Kurzarbeitergeld

- › Voraussetzungen – Wirksame Anordnung von Kurzarbeit, erheblicher Arbeitsausfall, betriebliche Voraussetzungen, persönliche Voraussetzungen
- › Beantragung – Anzeige, Ausschlussfristen, Besonderheiten im Rahmen des »Arbeit von morgen«-Gesetzes
- › Entscheidung der Bundesagentur für Arbeit

#### Soziales Recht

1/2021

ISSN 2193-5157

Februar 2021, 11. Jahrgang

#### Herausgeber

Prof. Dr. Olaf Deinert (geschäftsführend)

Prof. Dr. Rüdiger Krause

Institut für Arbeitsrecht der

Georg-August-Universität Göttingen

#### in Zusammenarbeit mit:

Hugo Sinzheimer Institut für Arbeitsrecht, Frankfurt

#### Redaktion

Prof. Dr. Olaf Deinert

Prof. Dr. Manfred Walser, LL.M.

#### Anschrift der Redaktion

Institut für Arbeitsrecht der

Georg-August-Universität Göttingen

Platz der Göttinger Sieben 6

37073 Göttingen

Tel. 0551 / 39 – 279 48

Fax: 0551 / 39 – 272 45

E-Mail: [sekretariat.deinert@](mailto:sekretariat.deinert@jura.uni-goettingen.de)

[jura.uni-goettingen.de](http://jura.uni-goettingen.de)

#### Verlag

Bund-Verlag GmbH

#### Geschäftsführer

Rainer Jöde

#### Geschäftsbereich Zeitschriften

Bettina Frowein (verantwortlich)

Tel. 069/79 50 10-83

#### Anschrift des Verlages

Bund-Verlag GmbH

Emil-von-Behring-Straße 14

60439 Frankfurt/Main

(ladungsfähige Anschrift)

Tel. 069/79 50 10-0

Fax: 069/13 30 77-666

#### Anzeigen

Peter Beuther (verantwortlich)

Thorsten Kauf

Tel. 069/79 50 10-602

[thorsten.kauf@bund-verlag.de](mailto:thorsten.kauf@bund-verlag.de)

Erscheint 6 x jährlich als Supplement

der Zeitschrift Arbeit und Recht.

Im Abonnementpreis der Zeitschrift

Arbeit und Recht enthalten.

#### Umschlag und Layout

Ute Weber, Geretsried

#### Druckvorstufe

Da-TeX Gerd Blumenstein, Leipzig

#### Druck

Druckerei Marquardt GmbH,

Saulgauer Str. 3, 88326 Aulendorf

Mit Namen gekennzeichnete Beiträge, Beilagen und Anzeigen geben nicht unbedingt die Meinung der Herausgeber, der Redaktion oder des Verlages wieder.

Alle in diesem Supplement veröffentlichten Beiträge und Abbildungen sind urheberrechtlich geschützt.

Jede Verwertung – auch auszugsweise – bedarf der vorherigen Zustimmung des Verlages.

## Ein Ort der Wissenschaft

Prof. Dr. Dr. hc. Ulrich Preis, Universität zu Köln

Kann man Qualität durch Quantität bestimmen? Eigentlich nicht, wie schon die Herausgeber und Gründer der SR, *Olaf Deinert* und *Rüdiger Krause*, im Editorial<sup>1</sup> zum ersten Heft vor nunmehr zehn Jahren im Jahr 2011 feststellten: An Publikationsorganen zum Arbeits- und Sozialrecht bestand (und besteht) kein Mangel. Dennoch fühlten sich *Deinert* und *Krause* veranlasst, ein weiteres hinzuzufügen. *Franz Gamillscheg* gab in seinem Geleitwort der neuen Zeitschrift mit auf den Weg, sie möge sich Bereichen zuwenden, »wo es an einem Ort des Austausches der Meinungen, oder ganz allgemein des Nachdenkens, fehlt«<sup>2</sup>. Ob gerade Letzteres zutrifft für die Behandlung der »Gesamtheit des staatlichen und autonom gesetzten Rechts, das sich auf das Phänomen der abhängigen Arbeit bezieht«, wie die Herausgeber in Anlehnung an *Sinzheimer* den inhaltlichen Gegenstand der SR unter Einschluss von »für die betriebliche Praxis relevantem Sozialrecht« beschreiben<sup>3</sup>, sei dahingestellt. Wenn die neue Zeitschrift, so *Gamillscheg*, »gut ist, wird sie sich auch durchsetzen«<sup>4</sup>. Durchgesetzt hat sie sich – wie mit Blick auf die Quantität bestimmt werden kann. Die SR erschien im Jahr 2011 zunächst als halbjährliches Supplement der *Arbeit und Recht*. Im Editorial zum zweiten Jahrgang 2012 gaben die Herausgeber aufgrund der zahlreichen Manuskriptangebote und der erfreulichen Nachfrage bekannt, dass die SR nunmehr quartalsweise erscheine und fortan selbstständig abonnierbar sei. Seit dem siebten Jahrgang im Jahr 2017 erscheint die SR sechsmal im Jahr. Ungeachtet ihres immer noch jugendlichen Alters ist sie rasch zu einem festen Bestandteil der Arbeits- und Sozialrechtswissenschaft geworden.

Worin liegt dieser Erfolg begründet? Die Herausgeber gaben als Motivation für die Gründung der neuen Zeitschrift einen Missstand an: »Die Szenerie wird weithin von juristischen Fachverlagen geprägt, die gezwungen sind, das Angebot ihrer Zeitschriften der Nachfrage am Markt anzupassen. Dies hat in den letzten Jahren zu einer zunehmenden Praxisorientierung mit der Tendenz geführt, dass Aufsätze im Allgemeinen kurz und tagesaktuell sein müssen. Die Möglichkeiten, auch längere Abhandlungen auf wissenschaftlich hohem Niveau zu publizieren, werden

dadurch geringer«<sup>5</sup>. Die Herausgeber lagen mit dieser Einschätzung richtig und reüssieren mit ihrem Gegenmittel. Sie liegen damit noch immer richtig, was schon die schiefe Quantität eben solcher in der SR erschienenen Abhandlungen belegt. Der fortwährende Bedarf an Formaten, die einen etwas längeren Gedankengang zulassen, ist heute – wie auch die Neuaufstellung der ZfA und der VSSAR (ehemals VSSR) zeigt – nicht zu bestreiten.

Drei Besonderheiten, die die SR außerdem auszeichnen, sollen zum zehnjährigen Jubiläum nicht unerwähnt bleiben. Zum ersten scheut sie sich nicht, auch längere Beiträge ausländischer Wissenschaftler, noch dazu teilweise in englischer Sprache, zu veröffentlichen.<sup>6</sup> Sie leistet damit einen Beitrag, die deutsche Rechtswissenschaft etwas aus ihrer muttersprachlichen Isolation zu lösen. Zum zweiten, damit zusammenhängend, nimmt sie von Anfang an nicht nur das deutsche, sondern auch das europäische Arbeits- und Sozialrecht in den Blick.<sup>7</sup> Hier kommen erfrischend Stimmen zu Wort, die Europa nicht als unliebsamen Einfall in die geschlossene nationale Rechtsordnung, sondern als Teil der einen, unserer, Rechtsordnung begreifen. Die SR widmet sich daneben Bereichen, die jedenfalls im Arbeits- und Sozialrecht häufig vernachlässigt werden, wie internationalen Einflüssen (zuletzt im gesamten Heft 3/2020), der Rechtsgeschichte<sup>8</sup> und der Rechtsvergleichung<sup>9</sup>. Zum dritten zeichnet sie sich durch eine besondere Zugänglichkeit mit Vorbildfunktion aus: Auf ihrer Homepage<sup>10</sup> bietet sie kostenfrei Zugriff auf alle Ausgaben, die 24 Monate älter als die aktuelle Ausgabe sind. Das Archiv wird fortlaufend ergänzt.

1 *Deinert/Krause*, SR 2011, 1 ff.

2 *Gamillscheg*, SR 2011, 1.

3 *Deinert/Krause*, SR 2011, 1.

4 *Gamillscheg*, SR 2011, 1.

5 *Deinert/Krause*, SR 2011, 1.

6 Zuletzt *Trebilcock*, SR 2020, 96 ff.

7 Zuletzt *Gallner*, SR 2020, 45 ff.; *Kingreen*, SR 2020, 68 ff.

8 Zuletzt *Unterhinninghofen*, SR 2020, 188 ff.

9 Zuletzt *Jacobs*, SR 2019, 230 ff.

10 [www.bund-verlag.de/zeitschriften/soziales-recht](http://www.bund-verlag.de/zeitschriften/soziales-recht) (04.12.2020)

Die SR hat den (im Editorial des Hefts 1/2017 bekräftigten) Anspruch, »Prinzipielles und Aktuelles miteinander zu verbinden«<sup>11</sup>. Wie richtig und verdienstvoll dieser Ansatz ist, zeigt nicht zuletzt die Corona-Pandemie: An alltäglichen, millionenfach vorkommenden einfachen Sachverhalten verdeutlichen und stellen sich ganz prinzipielle Rechtsfragen. Kann die Realisierung eines allgemeinen Risikos, für das der Arbeitgeber dennoch Vorsorge zu tragen hat, wie die Vermeidung von Infektionen, ein Arbeitsunfall sein – oder handelt es sich um eine Allgemeingefahr? Wie ist das Betriebsrisiko hinsichtlich weder von der Arbeitgeberseite noch von der Arbeitnehmerseite zu vertretenden Umständen wie einer Pandemie gelagert?

Welcher Status kommt Arbeitsschutzbestimmungen zu? Wie kann sich eine »digitalisierte« Betriebsratsarbeit in der Krise und in der Zukunft darstellen? Gleich wie die Antworten sind: Die SR wird einen wertvollen Beitrag zur vertieften Klärung und der Fortentwicklung des Arbeits- und Sozialrechts in Deutschland und Europa leisten.

Es bleibt – nach nunmehr 50 Heften, nämlich 46 regulären und vier Sonderausgaben – festzuhalten: Wenn die SR nicht schon vor jetzt zehn Jahren begründet worden wäre, müssten die Herausgeber *Deinert* und *Krause* das unverzüglich nachholen.

<sup>11</sup> *Deinert/Krause*, SR 2017, 1.

## Whistleblowing, quo vadis? Die Europäische Whistleblower-Richtlinie und ihre Umsetzung in deutsches Recht – Teil 1: Die Richtlinie und ihre neuralgischen Punkte

*Dr. Simon Gerdemann, LL.M (Berkeley), Georg-August-Universität Göttingen\**

### I. Einleitung

Am 23. Oktober 2019 hat der Uniongesetzgeber mit der Europäischen Whistleblower-Richtlinie den bislang mit Abstand wichtigsten Rechtsakt auf dem Gebiet des in Europa noch vergleichsweise jungen Regulierungsfelds des Whistleblowing-Rechts verabschiedet. Den Mitgliedstaaten stellt sich nun die anspruchsvolle Aufgabe, die Richtlinie im Wesentlichen bis zum 17. Dezember 2021 umzusetzen und ihre vielfach tiefgreifenden Vorgaben zielführend in die jeweiligen nationalen Rechtsordnungen zu integrieren. Der Beitrag nimmt die aktuell intensiv geführte Umsetzungsdebatte zum Anlass, um in zwei Teilen die Whistleblower-Richtlinie und ihre neuralgischen Punkte ebenso wie die mögliche Zukunft des deutschen Whistleblowing-Rechts eingehend zu diskutieren.

### II. Die Entstehungsursachen der Whistleblower-Richtlinie – Warum gerade jetzt?

Das Thema Whistleblowing, verstanden als Meldung vermuteter Rechts- und Regelverstöße an einen organisationsinternen oder -externen Adressaten aus autonomem Interesse an deren Aufdeckung,<sup>1</sup> hat sich in Deutschland und Europa vor allem im Verlauf der letzten 15 Jahre in zuvor ungekanntem Maße zu einem der am stärksten diskutierten Problemfelder entwickelt.<sup>2</sup> Berühmte Whistleblowing-Fälle, allen voran der des international wohl bekanntesten

\* Der Beitrag entstand während seiner Tätigkeit als Wissenschaftlicher Mitarbeiter des Deutschen Bundestags, Büro Dr. *Nina Scheer*; er ist gegenwärtig Wissenschaftlicher Mitarbeiter am Institut für Wirtschafts- und Medienrecht der Georg-August-Universität Göttingen.

1 *Gerdemann*, Transatlantic Whistleblowing, Tübingen 2018 (zugl. Göttingen, Univ., Diss. 2018), Rn. 4; *Krause*, SR 2019, 138.

2 Vgl. statt vieler *Brown/Lewis/Moberly/Vandekerckhove* (Hrsg.), International Handbook on Whistleblowing Research, Cheltenham 2014, mwM.

Whistleblowers *Edward Snowden*,<sup>3</sup> haben nicht nur in gesellschaftlichen Debatten, sondern auch in Rechtswissenschaft und Rechtspolitik ihre deutlichen Spuren hinterlassen. Unabhängig vom gestiegenen öffentlichen Interesse ist das Phänomen des Whistleblowings in (arbeits-)rechtlicher Hinsicht keineswegs ein neues; schon das Reichsarbeitsgericht hatte sich mit Fällen auseinanderzusetzen, die man heute unter dem Topos »Whistleblowing« zusammenfassen würde.<sup>4</sup> Gleichwohl taten sich die meisten europäischen Rechtsordnungen, trotz zunehmend angemahntem Reformbedarf,<sup>5</sup> mit der Erfassung des Whistleblowing-Rechts als eigenständiger Querschnittsmaterie lange Zeit schwer, sind verschiedenste Gesetzgebungsinitiativen – auch in Deutschland – regelmäßig im Sande verlaufen.<sup>6</sup> Erst in den letzten zehn Jahren ist es vor allem auf Unionsebene zu einer stetigen Zunahme Whistleblowing-rechtlicher Normen gekommen, die nun in der am 16. Dezember 2019 in Kraft getretenen »Richtlinie (EU) 2019/1937 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. Oktober 2019 zum Schutz von Personen, die Verstöße gegen das Unionsrecht melden«<sup>7</sup> (kurz: »Whistleblower-Richtlinie«; »WBRL«) ihren vorläufigen Höhepunkt gefunden hat. Damit ist die berechtigte Frage aufgeworfen, warum die Europäische Union, ebenso wie eine wachsende Zahl anderer internationaler Gesetzgeber, sich nun für eine eigenständige Regulierung des Whistleblowings entscheiden haben, nachdem das rechtspolitische Momentum für eine solche Reform selbst in Fachkreisen bis vor Kurzem noch als vergleichsweise schwach eingeschätzt worden war. Die Antwort auf diese Frage liefert zugleich Aufschluss darüber, welche übergeordnete Zielrichtung die Whistleblower-Richtlinie verfolgt und welche dogmatischen Weichenstellungen von ihr in Zukunft ausgehen werden.

Anders als man gerade mit Blick auf den Fall *Snowden* vielleicht vermuten könnte, sind Ursprung und Hauptmotor des modernen Whistleblowing-Rechts die USA mit einer mittlerweile über 150-jährigen Erfahrung in der Ausgestaltung und Anwendung von Whistleblowing-Normen.<sup>8</sup>

Frühere, soziokulturelle Erklärungsversuche sahen in der Regulierung des Whistleblowings zumeist ein auf die USA begrenztes Phänomen, dessen Ursachen primär im besonderen US-amerikanischen Individualismus zu verorten seien.<sup>9</sup> Spätestens mit der weltweiten Verbreitung des Whistleblowings als eigenständiger Rechtsmaterie in vermeintlich kollektivistisch geprägten Ländern wie etwa

Japan<sup>10</sup> oder Südkorea<sup>11</sup> ist diese Hypothese indes immer weiter in den Hintergrund gerückt. Als maßgebliche Faktoren der Regulierung des Whistleblowings erwiesen sich international vielmehr einige funktionale Eigenarten des Whistleblowing-Rechts, die sich zuvor bereits in den USA als dessen treibende Kräfte herausgebildet hatten.

So standen am Anfang des US-amerikanischen Whistleblowing-Rechts in erster Linie staatliche Interessen an der praktischen Durchsetzung der eigenen Rechtsordnung, konkret des Bundesrechts. Bereits zu Zeiten des US-amerikanischen Bürgerkrieges wurden rechtliche Systeme zur Aufdeckung grassierender Betrugsfälle im militärischen Beschaffungswesen geschaffen, in denen Bürgern die Möglichkeit gegeben wurde, von ihnen beobachtete Taten im eigenen Namen vor Bundesgerichten anzuklagen und hierfür im Gegenzug einen Teil der ausgeteilten Straf- und Kompensationszahlungen zu erhalten. Mit Beginn des 20. Jahrhunderts wurden sodann vor allem zum Schutz von Arbeitnehmerrechten und später insbesondere auf den Gebieten des Umweltschutzes und der öffentlichen Sicherheit administrative Strukturen und arbeitsrechtliche Nor-

3 Hierzu *Rosenbach/Stark*, Der NSA-Komplex, München 2014.

4 S. nur RAG, I.11.1930 – RAG 192/30 – RAGE 10, 464.

5 So bspw. Ministerkomitee des Europarates: Recommendation CM/Rec(2014)7 of the Committee of Ministers to member States on the protection of whistleblower, S. 5 f., 11 ff.; speziell mit Blick auf Deutschland: OECD, Anti-Bribery Phase 4 Report Germany, June 2018, S. 5, 18 ff., 84; aus arbeitsrechtlicher Perspektive ua. *Deiseroth/Derleder*, ZRP 2008, 248; aus der beamtenrechtlichen Literatur *Herold*, ZBR 2013, 8, 13 f.

6 Vgl. statt mehrerer BT-Drs. 17/8567 (SPD, 2012); BT-Drs. 18/3039 (Bündnis 90/Die Grünen, 2014).

7 ABl. 2019, L 305/17.

8 Hierzu und zum Folgenden: *Gerdemann* (Fn. 1), Rn. 15 ff.

9 Vgl. bereits *Glazer/Glazer*, The Whistleblowers, New York 1989, S. 3 ff.; hierauf später aufbauend ua.: *Deiseroth*, Berufsethische Verantwortung, Münster 1997, Kap. 8 S. 233, 239 ff.; *Graser*, Whistleblowing, Frankfurt aM. 2000 (zugl. München, Univ., Diss. 2000), S. 14 f.

10 Gesetz Nr. 122/2014 vom 18.6.2004 i d F. vom 1.4.2018 (geändert durch Gesetz Nr. 70/2017); engl. Übersetzung abrufbar unter <http://www.japaneselawtranslation.go.jp/law/detail/?id=3362&vm=04&re=02> (7.12.2020) (»Whistleblower Protection Act«); hierzu *Kuwamura*, NZA-Beilage 2020, 71 ff.; Das japanische Whistleblower-Gesetz steht mit dem zwei Jahre nach seiner Verkündung in Kraft tretenden Reformgesetz Nr. 51/2020 aktuell vor seiner bislang folgenreichsten Novellierung. Kernpunkte der Reform sind ua. die Erweiterung des Whistleblower-Schutzes, die Optimierung interner Whistleblowing-Systeme einschließlich eines strafbewehrten Vertraulichkeitsschutzes sowie die Erleichterung externen Whistleblowings, vgl. [https://www.caa.go.jp/en/policy/consumer\\_system/assets/consumer\\_system\\_200714\\_0001.pdf](https://www.caa.go.jp/en/policy/consumer_system/assets/consumer_system_200714_0001.pdf) (7.12.2020).

11 Gesetz Nr. 10472 vom 29.3.2011 i d F. vom 31.10.2017 (geändert durch Gesetz Nr. 15023), engl. Übersetzung abrufbar unter <http://www.acrc.go.kr/en/data/2.0.Act%20on%20the%20Protection%20of%20Public%20Interest%20Whistleblowers.pdf> (7.12.2020) (»Act on the Protection of Public Interest Whistleblowers«).

men geschaffen, um bundesstaatliches Recht durchzusetzen und eine Kündigung von Whistleblowern entgegen der tradierten »employment at will«-Doktrin im öffentlichen Interesse zu verhindern. Vor allem ab den 1970er Jahren bildete sich zunehmend eine rechtspolitische Allianz zwischen Bürgerrechtsanwälten und staatlichen Institutionen, die zusammen mit den nachweisbaren Erfolgen des Whistleblowing-Rechts zu seiner stetigen Ausweitung und Übertragung der gewonnen Erfahrungswerte auf weitere Rechtsgebiete führte. Zu dieser Ausdehnung trug bei, dass der Einsatz von Whistleblower-Informationen als Instrument der Rechtsdurchsetzung sich vielfach als praktisch effektiv und fiskalisch wie regulatorisch vergleichsweise aufwandsarm erwies, sodass sich ein Verzicht auf ihre Nutzbarmachung auch auf anderen Rechtsgebieten sukzessive immer schlechter rechtfertigen ließ. Hierbei bediente sich der US-amerikanische Gesetzgeber zunehmend eines regulatorischen Dreiklangs aus antidiskriminierungsrechtlichem Whistleblower-Schutz, der Optimierung externer staatlicher Meldekanäle und Vertraulichkeitsvorgaben sowie der Förderung unternehmens- und verwaltungsinthener Whistleblowing-Systeme. Entlang der internationalen Handelsbeziehungen der USA und begünstigt durch die in den USA typischerweise gering ausgeprägte Scheu vor der extraterritorialen Anwendung eigener Rechtsstandards, fungierte das US-Recht zunehmend als Motor und legislatives Vorbild des internationalen Whistleblowing-Rechts. In der Europäischen Union erregten hierbei vor allem zwei kapitalmarktrechtliche Rechtsakte Aufmerksamkeit: Der Sarbanes-Oxley Act von 2002 (SOX) mit seinem antidiskriminierungsrechtlichen Whistleblower-Schutz und einer Pflicht zur Einrichtung bestimmter unternehmensinterner Whistleblowing-Kanäle<sup>12</sup> und der Dodd-Frank Act von 2010,<sup>13</sup> der zum einen das teils missglückte Antidiskriminierungsrecht des SOX korrigieren sollte, vor allem aber mit dem »SEC Office of the Whistleblower« eine externe Meldebehörde etabliert hat, über die sich die US-Börsenaufsicht unter anderem aus Europa mit relevanten Whistleblower-Informationen versorgen lässt.<sup>14</sup>

Die Europäische Union, die sich innerhalb des europäischen Staatenverbands mit ganz ähnlichen Herausforderungen konfrontiert sieht wie das Federal Government in den USA, hat sich den dortigen Regulierungsmechanismus wiederum in den letzten Jahren sukzessive zu eigen gemacht. Von Öffentlichkeit und Fachwelt weitgehend unbeachtet, finden sich seit dem Jahr 2013 insbesondere

auf dem Gebiet der Kapitalmarktregulierung zunehmend Whistleblowing-spezifische Annex-Normen mit antidiskriminierungsrechtlichen Bestimmungen und Pflichten zur Einrichtung interner Whistleblowing-Kanäle,<sup>15</sup> begleitet vom Ausbau administrativer Strukturen zur Entgegennahme und Weiterverfolgung externer Meldungen.<sup>16</sup> Eine breit angelegte, sektorübergreifende Regulierung des Whistleblowings in Europa schien vielen Beobachtern indes zunächst – trotz regelmäßiger Kritik am Stand des Whistleblowing-Rechts in Mitgliedstaaten wie Deutschland – eher unwahrscheinlich.<sup>17</sup> Es dauerte allerdings nicht lange, bis sich die treibenden Kräfte des Whistleblowing-Rechts in Gestalt einer Koalition aus staatlichem Rechtsdurchsetzungsinteresse und zivilgesellschaftlichem Engagement auch auf Unionsebene ein weiteres Mal zeigen sollten. So verabschiedete zunächst das Ministerkomitee des Europarates am 30. April 2014 eine an die Mitgliedstaaten gerichtete Empfehlung zur Verbesserung des Whistleblower-Schutzes,<sup>18</sup> gefolgt von einer zivilgesellschaftlich unterstützten Entschließung des Europäischen Parlaments vom 24. Oktober 2017, mit der das Parlament die Europäische Kommission aufforderte, den Schutz von Whistleblowern im öffentlichen Interesse europaweit zu verbessern.<sup>19</sup> Am 23. April 2018 legte die Kommission sodann ihren Entwurf für eine breit angelegte Whistleblower-Richtlinie vor, deren Inhalt auf den vorangegangenen Whistleblowing-Rechtsakten der Europäischen Union, den Forderungen des Parlaments und den internationalen Erfahrungswerten des Whistleblowing-Rechts aufbaute.<sup>20</sup>

12 §§ 301, 806 Sarbanes-Oxley Act of 2002, 116 Stat. 745–810, Public Law 107–204 – July 30, 2002.

13 § 922 Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act of 2010, 124 Stat. 1376–2223, Public Law 111–203 – July 21, 2010.

14 Onlinepräsenz abrufbar unter <https://www.sec.gov/whistleblower> (7.12.2020).

15 Gerdemann, NZA-Beilage 2020, 43, 43 f.

16 S. bspw. den am 16.3.2017 in Betrieb genommenen, anonymen Whistleblowing-Kanal der Europäischen Kommission für die Meldung von Kartellrechtsverstößen, verfügbar unter <https://comp-eu.whistleblownetwork.net/FrontPages/Default.aspx> (7.12.2020).

17 Vgl. Lewis, E-J. Int. Comp. Labour Stud. 9(1) (2020), 1.

18 Recommendation CM/Rec(2014)7 of the Committee of Ministers to member States on the protection of whistleblower.

19 Entschließung des Europäischen Parlaments vom 24.10.2017 zu legitimen Maßnahmen zum Schutz von Hinweisgebern, die aus Gründen des öffentlichen Interesses vertrauliche Informationen über Unternehmen und öffentliche Einrichtungen offenlegen, EU-Parlament: 2016/2224(INI).

20 Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23.4.2018 zum Schutz von Personen, die Verstöße gegen das Unionsrecht melden: COM(2018) 218 final.

Nachdem das Europäische Parlament im Trilog-Verfahren unter anderem auf Basis einschlägiger Expertenkonsultationen und gegen den Widerstand einiger skeptischer Mitgliedstaaten wie Deutschland noch einmal erheblichen Einfluss auf die Konzeption der Whistleblower-Richtlinie genommen hatte,<sup>21</sup> trat sie am 16. Dezember 2019 offiziell in Kraft.

### III. Ziele und Grenzen der Whistleblower-Richtlinie

Vor diesem rechtsgenetischen Hintergrund erschließen sich sowohl die allgemeine Stoßrichtung als auch der wesentliche Regelungsinhalt der Whistleblower-Richtlinie. Gem. Art. 1 WBRL ist es das erklärte Ziel der Richtlinie, die Durchsetzung des Unionsrechts und der Unionspolitik in bestimmten Bereichen durch die Festlegung gemeinsamer Mindeststandards zu verbessern und hierbei ein hohes Schutzniveau für Personen sicherzustellen, die Verstöße gegen das Unionsrecht melden. Die in der Öffentlichkeit häufig in den Vordergrund gestellte Funktion des Whistleblowings als Ausdruck der Meinungsfreiheit und Schutzinstrument für die Wahrung von Grund- und Menschenrechten findet demgegenüber nur am Rande Erwähnung.<sup>22</sup> Diese Betonung des Whistleblowings als Instrument der Rechtsdurchsetzung folgt freilich der auch in anderen Ländern zu beobachtenden Struktur des Whistleblowing-Rechts und ist zugleich wesentliche Grundlage für seine kompetenzrechtliche Rechtfertigung.<sup>23</sup> Gleiches gilt für den ausdrücklichen Hinweis des Gesetzgebers auf seine Möglichkeit, das Regelungsregime der Richtlinie im Falle seiner praktischen Wirksamkeit auch auf andere Rechtsgebiete auszudehnen,<sup>24</sup> womit entsprechend der Eigengesetzlichkeit des Whistleblowing-Rechts mit hoher Wahrscheinlichkeit zu rechnen ist.

Die Dimension des Whistleblowings als Medium der Kritik am Status quo des positiven Rechts und Voraussetzung einer demokratischen Diskussion über seinen Änderungsbedarf, wie sie sich bspw. im Fall *Snowden* gezeigt hat,<sup>25</sup> hat hingegen – insoweit folgerichtigerweise – keinen unmittelbaren Eingang in die Richtlinie gefunden. Stattdessen überantwortet die Richtlinie derlei Grundsatzentscheidungen der Verantwortung der Mitgliedstaaten, die auf Basis ihrer staatlichen Allzuständigkeit für einen umfassenden und kohärenten Whistleblower-Schutz auf

nationaler Ebene sorgen können.<sup>26</sup> Wenngleich die Richtlinie über einen bemerkenswert weiten Anwendungsbereich verfügt und in ihrer Detailtiefe deutlich über die aktuelle Whistleblowing-Gesetzgebung der meisten Mitgliedstaaten hinausgeht, ist sie ihrem Wesen nach daher nur ein Instrument der Mindestharmonisierung und kein vollharmonisierender Rechtsrahmen, der sämtliche regelungsbedürftigen Fragen des Whistleblowing-Rechts in Europa abschließend beantwortet.<sup>27</sup>

### IV. Sachlicher Anwendungsbereich und materielle Struktur der Richtlinie

Die Richtlinie definiert den allgemeinen sachlichen Anwendungsbereich ihrer Bestimmungen nach dem abstrakten Nutzen des inhaltlichen Gegenstands der gemeldeten bzw. offengelegten Information für die Durchsetzung des Unionsrechts, Art. 2 WBRL. Erfasst sind sämtliche Informationen über Verstöße gegen die im Anhang der Richtlinie enumerativ aufgeführten Rechtsakte<sup>28</sup> iS. einer dynamischen Verweisung unter Einschluss ihrer nationalen Umsetzungsnormen<sup>29</sup> sowie über Verstöße gegen primärrechtliche Binnenmarktvorschriften<sup>30</sup> und solche gegen die finanziellen Interessen der Union<sup>31</sup>. Die im Anhang aufgeführten Rechtsakte decken die Mehrheit der wesentlichen Regulierungsbereiche des Unionsrechts ab. Hierzu zählen unter anderem

21 Das gilt ua. für die im Kommissionsentwurf noch nicht vorgesehene Gleichstellung von internem und externem Whistleblowing in Art. 10 RL WBRL, s.u. V.2.

22 Vgl. Ewg. Nr. 31, Nr. 33 S. 5, Nr. 45, Nr. 109 S. 2 WBRL. Die einzige Erwähnung im Text der Richtlinie findet sich in Art. 15 Abs. 2 WBRL, der klarstellt, dass eine günstigere Behandlung von Whistleblowern durch ein nationales Schutzsystem für die Freiheit der Meinungsäußerung und die Informationsfreiheit unionsrechtlich zulässig ist (vgl. auch Art. 25 Abs. 1 WBRL). Hintergrund dieser Norm war das schwedische Gesetz über die Pressefreiheit (»Tryckfrihetsförordningen«), dessen teils Whistleblower-günstigeren Bestimmungen in Schweden Verfassungsrang zukommt.

23 Siehe Ewg. 5 ff. WBRL.

24 Art. 27 Abs. WBRL.

25 Die von *Snowden* aufgedeckten Überwachungspraktiken der US-Geheimdienste befanden sich ganz überwiegend im Einklang mit (US-amerikanischem) Recht, vgl. *Rosenbach/Stark* (Fn. 3).

26 Ewg. 5 WBRL.

27 Siehe Ewg. 104 WBRL.

28 Art. 2 Abs. 1 lit. a iVm. Anh. Teil 1, Teil 2 WBRL.

29 Ewg. 19 S. 3–5 WBRL.

30 Art. 2 Abs. 1 lit. c WBRL iVm. Art. 26 Abs. 2 AEUV.

31 Art. 2 Abs. 1 lit. b WBRL iVm. Art. 325 AEUV.

das öffentliche Auftragswesen unter Einschluss der Vergabe staatlicher Konzessionen,<sup>32</sup> die Finanzdienstleistungsregulierung inklusive Vorgaben zur Verhinderung von Geldwäsche und Terrorismusfinanzierung,<sup>33</sup> das Umwelt-<sup>34</sup>, Gesundheits-<sup>35</sup> und Tierschutzrecht,<sup>36</sup> das Recht der Produkt-<sup>37</sup>, Verkehrs-<sup>38</sup> und Lebensmittelsicherheit<sup>39</sup> sowie das Verbraucher-<sup>40</sup> und Datenschutzrecht.<sup>41</sup> Nicht aufgenommen bzw. ausdrücklich ausgeschlossen wurden demgegenüber namentlich die Bereiche der nationalen Sicherheit,<sup>42</sup> des allgemeinen Arbeitnehmerschutzes,<sup>43</sup> der Energiewirtschaft mit Ausnahme der Kernenergie<sup>44</sup> sowie des Schutzes von Verschlussachen.<sup>45</sup>

Soweit die Thematik des Whistleblowings bereits Gegenstand vorangegangener Rechtsakte der Union gewesen ist, gehen diese Rechtsakte der Whistleblower-Richtlinie nur insoweit vor, wie sie spezifische Vorgaben zur verbindlichen Regelung eines konkreten Regelungsaspekts enthalten.<sup>46</sup> Da dies bislang nur sehr selten der Fall ist,<sup>47</sup> gelten die Mindeststandards der Richtlinie ganz überwiegend auch im Anwendungsbereich anderer Rechtsakte und ihrer nationalen Umsetzungsnormen, was bspw. auch die vor einiger Zeit verabschiedete Richtlinie zum Schutz von Geschäftsgeheimnissen und damit das deutsche GeschGehG betrifft.<sup>48</sup>

Zu den vom Anwendungsbereich erfassten Informationen über Verstöße zählt die Richtlinie neben Informationen über bereits begangene Verstöße im engeren Sinne<sup>49</sup> drei weitere Informationsgegenstände. Dies sind zum einen Informationen über zukünftige Verstöße, sofern diese »sehr wahrscheinlich« erfolgen werden.<sup>50</sup> Unabhängig davon, wie dieses Kriterium durch das Umsetzungsgesetz bzw. die sich anschließende Rechtsprechung im Einzelnen ausgelegt werden wird, werden hierfür zwar keine handfesten Beweise über geplante Verstöße,<sup>51</sup> wohl aber konkrete Anhaltspunkte erforderlich sein. Eine rein abstrakte Gefahr künftiger Verstöße, etwa aufgrund des Fehlens eines angemessenen unternehmensinternen Kontrollsystems, dürfte hingegen nicht ausreichend sein, sofern die Einrichtung eines solchen Systems nicht selbst Teil der unionsrechtlichen Vorgaben ist.<sup>52</sup> Die zweite Gruppe von Verstoßinformationen im weiteren Sinne betrifft Informationen über eine (versuchte) Verschleierung von Verstößen,<sup>53</sup> wobei dies neben der Verschleierung bereits begangener Verstöße auch für die Verschleierung lediglich geplanter Verstöße gilt.<sup>54</sup> Drit-

tens erfasst der sachliche Anwendungsbereich auch Informationen über sämtliches Verhalten, das zwar nicht unmittelbar gegen den Regelungsgehalt einer erfassten Norm verstößt, bei wertender Betrachtung jedoch als rechtsmissbräuchlich zu qualifizieren ist.<sup>55</sup> Der Begriff des Rechtsmissbrauchs zielt hierbei in erster Linie auf Fallkonstellationen ab, in denen trotz formaler Einhaltung der Bedingungen einer Regelung deren Ziel und Zweck objektiv nicht erreicht wurde und dies subjektiv von der Absicht getragen wurde, sich durch willkürliche Schaffung der Voraussetzungen einen unionsrechtlich nicht vorgesehenen Vorteil zu verschaffen.<sup>56</sup> Wenngleich der Unionsgesetzgeber bei der Einführung dieser Verstoßkategorie unter dem Eindruck des »Lux-Leaks«-Skandals stand und in erster Linie formal-legale

32 Art. 2 Abs. 1 lit. a Ziff. i iVm. Anh. Teil I lit. A WBRL.

33 Art. 2 Abs. 1 lit. a Ziff. ii iVm. Anh. Teil I lit. B, Teil II lit. A WBRL.

34 Art. 2 Abs. 1 lit. a Ziff. v iVm. Anh. Teil I lit. E, Teil II lit. C WBRL.

35 Art. 2 Abs. 1 lit. a Ziff. viii iVm. Anh. Teil I lit. H WBRL.

36 Art. 2 Abs. 1 lit. a Ziff. vii iVm. Anh. Teil I lit. G Ziff. 2–4 WBRL.

37 Art. 2 Abs. 1 lit. a Ziff. iii iVm. Anh. Teil I lit. C RL WBRL.

38 Art. 2 Abs. 1 lit. a Ziff. iv iVm. Anh. Teil I lit. D, Teil II lit. B WBRL.

39 Art. 2 Abs. 1 lit. a Ziff. vii iVm. Anh. Teil I lit. G Ziff. 1 WBRL.

40 Art. 2 Abs. 1 lit. a Ziff. ix iVm. Anh. I lit. 1 WBRL.

41 Art. 2 Abs. 1 lit. a Ziff. x iVm. Anh. Teil I lit. J WBRL.

42 Art. 3 Abs. 2 WBRL.

43 Vgl. Art. 27 Abs. 3 S. 2 aE.; Ewg. 21 WBRL.

44 Art. 2 Abs. 1 lit. a Ziff. vi iVm. Anh. I lit. F WBRL.

45 Art. 3 Abs. 3 lit. a WBRL.

46 Art. 3 Abs. 1 WBRL.

47 Colneric/Gerdemann, Die Umsetzung der Whistleblower-Richtlinie in deutsches Recht, Frankfurt aM. 2020, 24ff., 42f., 51ff.; Bedeutung hat der Vorrang spezifischer Regelungen vornehmlich für Unternehmen des Finanzdienstleistungssektors, die auch ohne Erreichen der von der Richtlinie vorgegebenen Schwellenwerte zur Einrichtung interner Meldekanäle verpflichtet sind (s. Art. 8 Abs. 4 iVm. Anh. Teil I lit. B und Teil II WBRL).

48 S. Art. 21 Abs. 7 UAbs. 1 WBRL sowie Art. 5 lit. b WBRL und § 5 Nr. 2 GeschGehG.

49 Art. 5 Nr. 2 Hs. 3 Alt. 1 WBRL.

50 Art. 5 Nr. 2 Hs. 3 Alt. 2 WBRL.

51 Vgl. Ewg. 43 WBRL.

52 Letzteres kann im Einzelfall auch die defizitäre Überwachung eines existierenden internen Kontrollsystems bei Unternehmen von öffentlichem Interesse einschließen, soweit dies etwa die zugewiesene Aufgabe eines unionsrechtlich vorgezeichneten Prüfungsausschusses ist, vgl. Art. 2 Abs. 1 lit. a Ziff. ii iVm. Anh. Teil II lit. A. Nr. 1 Ziff. iii WBRL iVm. Art. 41 WBRL iVm. § 107 Abs. 3 S. 2 AktG.

53 Art. 5 Nr. 2 Hs. 4 WBRL.

54 S. Art. 5 Nr. 2 Hs. 4 WBRL aE. (»solcher Verstöße«).

55 Art. 5 Nr. 1 lit. a Ziff. ii; Ewg. 42 WBRL.

56 S. EuGH, 26.2.2019 – C-116/16, C-117/16 – iStR 2019, 266ff. (T Danmark, Y Danmark), Rn. 97f.



Steuervermeidungspraktiken vor Augen hatte,<sup>57</sup> findet sie uneingeschränkt auf sämtliche von der Richtlinie erfassten Normen Anwendung und führt hierdurch zu einer potenziell erheblichen Erweiterung des ansonsten enumerativ eingehetzten Anwendungsbereichs.

Eine gewisse materielle Einschränkung erfährt der sachliche Anwendungsbereich wiederum dadurch, dass der Whistleblower die Verstößinformationen im »beruflichen Kontext« erlangt haben muss und sich in diesem Zusammenhang potenziell Repressalien ausgesetzt sehen könnte, wenn er Informationen über Verstöße meldet bzw. offenlegt.<sup>58</sup> Dem liegt zum einen der Gedanke zugrunde, dass sich der Unionsgesetzgeber im Kontext der beruflichen Tätigkeit besonders wertvolle Insider-Informationen erhofft, und zum anderen, dass nur in diesem Kontext typischerweise ein Machtungleichgewicht vorläge, das den Schutz von Whistleblowern besonders erforderlich mache.<sup>59</sup> Unabhängig davon, ob diese Annahmen in ihrer Pauschalität tatsächlich zutreffend sind, ist die effektive Wirkung der eingrenzenden Kriterien im Ergebnis jedenfalls gering. Das gilt zunächst für das Erfordernis potenzieller Repressalien, dem im Rahmen der antidiskriminierungsrechtlichen Vorschriften keinerlei eigenständige Bedeutung zukommt, da das Vorliegen einer Repressalie ohnehin notwendige Voraussetzung sämtlicher hiergegen gerichteter Ansprüche und Abwehrrecht ist.<sup>60</sup> Das zentrale Kriterium des beruflichen Kontextes wird von der Richtlinie wiederum dezidiert offen verstanden und geht insbesondere deutlich über den Bereich klassischer Arbeitsverhältnisse hinaus. Erfasst sind jegliche laufenden oder früheren Arbeitstätigkeiten im öffentlichen oder im privaten Sektor unabhängig von deren konkreter Art,<sup>61</sup> wobei ohne Belang ist, ob der Whistleblower die Verstößinformationen aus der Sphäre seines Arbeitgebers erlangt hat oder sie bspw. von dessen Vertragspartnern stammen bzw. diese betreffen.<sup>62</sup> Ausgeschlossen ist damit im Ergebnis allein die ausschließlich private Informationserlangung ohne jeglichen Berufsbezug – und selbst dies nur für den Fall, dass der Whistleblower privat erlangte Informationen nicht zum Anlass für weitere Nachforschung im beruflichen Kontext nimmt.<sup>63</sup> Betrifft ein konkreter Fall also gegenständlich Informationen über einen Verstoß gegen eine der aufgeführten Rechtsnormen, ist der sachliche Anwendungsbereich der Whistleblower-Richtlinie in aller Regel auch eröffnet.

Die materielle Struktur der hieran anknüpfenden Vorgaben folgt im Wesentlichen dem für das Whistleblowing-Recht typischen Dreiklang aus antidiskriminierungsrechtlichen Schutzbestimmungen, internen Whistleblowing-Kanälen und externen Whistleblowing-Behörden:

Die antidiskriminierungsrechtlichen Vorgaben finden sich vornehmlich in den Art. 4, 6, 19 und 21 WBRL und werden als arbeitsrechtlich relevanteste Bestimmungen im folgenden Abschnitt noch einer eingehenderen Untersuchung unterzogen.

Die Art. 7–9 WBRL schreiben die Einrichtung interner Whistleblowing-Kanäle prinzipiell für sämtliche juristische Personen<sup>64</sup> des privaten und öffentlichen Sektors ab 50 Arbeitnehmern vor.<sup>65</sup> Über die bloße Einrichtung eines – schriftlichen oder mündlichen<sup>66</sup> – Meldekanals hinaus sind diese juristischen Personen verpflichtet, als zuständigen Adressaten der Meldungen eine hinreichend unabhängige Person oder Abteilung zu benennen, die als Whistleblowing-Stelle verschiedene prozess- und verhaltensbezogene Pflichten treffen.<sup>67</sup> Hierzu zählen insbesondere die Wahrung der Vertraulichkeit der Identität des Whistleblowers,<sup>68</sup> die umfassende Dokumentation des Meldeinhaltes,<sup>69</sup> die Einleitung ordnungsgemäßer Untersuchungs- und anderer Folgemaßnahmen,<sup>70</sup> die Bestätigung des Eingangs der Meldung innerhalb von sieben Tagen<sup>71</sup> sowie die laufende Kommunikation mit dem

57 Vgl. Art. 2 Abs. 1 lit. c Alt. 3; Ewg. 18 WBRL; Europäisches Parlament, Whistleblower: Neue Vorschriften für EU-weiten Schutz von Informanten, Pressemitteilung 16.4.2019, abrufbar unter <https://www.europarl.europa.eu/news/de/press-room/20190410IPR37529/whistleblower-neue-vorschriften-fur-eu-weiten-schutz-von-informanten> (7.12.2020).

58 Art. 4 Abs. 1 iVm. Art. 5 Nr. 9 WBRL.

59 Vgl. Ewg. 1, 36 WBRL.

60 S.u. V.4.

61 Art. 5 Nr. 9 WBRL.

62 Vgl. Art. 4 Abs. 1 lit. d WBRL.

63 Vgl. Art. 5 Nr. 9, 21 Abs. 3 WBRL.

64 Zum Begriff der juristischen Person iRd. WBRL im Einzelnen unter V.1.

65 Art. 8 Abs. 3, Abs. 9 UAbs. 2 WBRL. Für Gemeinden gestattet die RL die Festlegung eines zusätzlichen Mindest-Schwellenwerts von 10.000 Einwohnern (Art. 8 Abs. 9 UAbs. 2 Alt. 1 WBRL).

66 Art. 9 Abs. 2 WBRL.

67 Zulässig ist es entsprechend va. in Deutschland verbreiteter Praxis auch, eine unternehmensexterne Ombudsperson als interne Whistleblowing-Stelle zu benennen (s. Ewg. 54 WBRL).

68 Art. 9 Abs. 1 lit. a iVm. Art. 16 WBRL.

69 Art. 18 WBRL.

70 Art. 9 Abs. 1 lit. d iVm. Art. 5 Nr. 12 WBRL.

71 Art. 9 Abs. 1 lit. b WBRL.

Whistleblower,<sup>72</sup> einschließlich einer Rückmeldung über die durchgeführten und/oder geplanten Folgemaßnahmen innerhalb von drei Monaten.<sup>73</sup> Dieser Pflichtenkatalog verbunden mit dem vergleichsweise niedrigen Schwellenwert von 50 Arbeitnehmern wird vor allem Mittelstandsunternehmen vor neue Herausforderungen stellen, die in Deutschland und Europa bislang ganz überwiegend auf die Einrichtung interner Whistleblowing-Stellen verzichtet haben.<sup>74</sup>

Gem. Art. 11–14 WBRL sind die Mitgliedstaaten verpflichtet, externe staatliche Meldekanäle einzurichten, über die Whistleblower sich an spezielle Whistleblowing-Behörden bzw. -Behördenteile wenden können. Hierbei legt die Richtlinie besonderen Wert darauf, dass die Whistleblowing-Behörden als verwaltungsorganisatorisch unabhängige Einheiten ausgestaltet und mit speziell geschultem Personal und hinreichenden Ressourcen ausgestattet werden, um zukünftig die Funktion professionalisierter administrativer Brückenköpfe zwischen Whistleblowern und staatlichen Ermittlungsbehörden erfüllen zu können.<sup>75</sup> Die sie treffenden prozess- und verhaltensbezogene Pflichten ähneln weitgehend denen der internen Whistleblowing-Stellen, wobei die Behörden insoweit etwas flexibler agieren können, als sie auf die Verfolgung eindeutig geringfügiger Verstöße und repetitiver Meldungen verzichten dürfen<sup>76</sup> und die Rückmeldefrist insbesondere bei komplexen Meldegegenständen auf bis zu sechs Monate verlängern können,<sup>77</sup> allerdings unter verpflichtender Mitteilung des endgültigen Verfahrensausgangs.<sup>78</sup> Darüber hinaus fungieren die Whistleblowing-Behörden als öffentliche Beratungsstellen, die sowohl potenzielle Whistleblower ebenso wie die breite Öffentlichkeit über die zur Verfügung stehenden Meldeverfahren und Schutzmöglichkeiten informieren sollen.<sup>79</sup> Auch wenn der vorgegebene Rechtsrahmen inhaltlich auf dem vorangegangener Whistleblowing-Rechtsakte aufbaut,<sup>80</sup> werden die Vorgaben der Richtlinie auf sämtlichen betroffenen Regulierungsgebieten umfassende praktische Anpassungen erforderlich machen.<sup>81</sup>

Neben den drei klassischen Regulierungsinstrumenten des Whistleblowing-Rechts verlangt die Richtlinie als viertes Element schließlich die nationale Einführung eines Whistleblowing-spezifischen Sanktionsrechts, insbesondere zur Pönalisierung von Repressalien gegen Whistleblower und andere geschützte Personen.<sup>82</sup> Abgesehen davon, dass sich der materiell-rechtliche Anpassungsbedarf etwa des

deutschen (Straf-)Rechts im Vergleich zu dem durch die drei Hauptelemente der Richtlinie verlangten Aufwand eher in Grenzen hält,<sup>83</sup> wird man Entsprechendes aller Voraussicht nach auch für die praktischen Konsequenzen dieser Bestimmungen annehmen können. International hat sich das Strafrecht als Instrument des Whistleblower-Schutzes jedenfalls kaum durchsetzen können, was nicht zuletzt daran liegt, dass sich die strafprozessualen Hürden für den erforderlichen Beweis einer subjektiven Repressionsabsicht in der Regel als zu hoch erwiesen haben.<sup>84</sup>

## V. Die antidiskriminierungsrechtlichen Vorgaben der Richtlinie

### 1. Persönlicher Anwendungsbereich

Der persönliche Anwendungsbereich der antidiskriminierungsrechtlichen Vorgaben gem. Art. 4 WBRL ist bewusst weit gefasst und geht nicht nur deutlich über das allgemeine Arbeitsrecht, sondern auch über den aus anderen Antidiskriminierungsnormen bekannten Regelungsrahmen hinaus, einschließlich jenem der europäischen Antidiskriminierungs-Richtlinien, wie sie in Deutschland insbesondere im AGG ihren Niederschlag gefunden haben.<sup>85</sup> Hintergrund dieser Grundsatzentscheidung ist das primäre rechtspolitische Ziel der Richtlinie, die Durchsetzung des Unionsrechts durch den Zugriff auf Whistle-

72 Art. 9 Abs. 1 lit. c Hs. 2 WBRL.

73 Art. 9 Abs. 1 lit. f iVm. Art. 5 Nr. 13 WBRL. Zu den gesellschaftsrechtlichen Folgen der Richtlinie, s. im Einzelnen *Gerdemann/Spindler*, ZIP 2020, 1896.

74 Aus diesem Grund wurde juristischen Personen mit 50 bis 249 Arbeitnehmern die Möglichkeit gemeinsam betriebener Whistleblowing-Stellen eingeräumt (Art. 8 Abs. 6 WBRL) und eine um zwei Jahre verlängerte Umsetzungsfrist bis zum 17.12.2023 festgelegt (Art. 26 Abs. 2 WBRL).

75 Art. 11 Abs. 2 lit. a, Art. 12 Abs. 1 lit. a, Abs. 4, Abs. 5 WBRL.

76 Art. 11 Abs. 3, Abs. 4 WBRL.

77 Art. 11 Abs. 2 lit. d WBRL; Ewg. 67 WBRL.

78 Art. 11 Abs. 2 lit. e WBRL.

79 Art. 12 Abs. 4 lit. a, Art. 13 WBRL.

80 Vorbildfunktion hatte insbesondere der am US-amerikanischen Dodd-Frank-Act orientierte Art. 32 der Marktmissbrauchsverordnung von 2014 (Verordnung (EU) 596/2014), in Deutschland primär umgesetzt durch Einrichtung der BaFin-Hinweisgeberstelle (s. § 4d FinDAG).

81 S. *Colneric/Gerdemann* (Fn. 48), 51 ff.

82 Art. 23 WBRL.

83 Vgl. *Gerdemann*, RdA 2019, 16, 21.

84 S. am Beispiel des § 1107 SOX *Gerdemann* (Fn. 1), Rn. 146, 170 f.

85 Vgl. § 6 AGG.

blowing-Informationen bestmöglich zu effektivieren.<sup>86</sup> Da internationale Erfahrungswerte und Forschungsergebnisse wiederholt gezeigt haben, dass gerade systematische Rechtsverstöße auf Führungsebenen nicht notwendigerweise von Mitarbeitern des betroffenen Unternehmens, sondern oft auch von externen Personen wie Geschäftspartnern und anderen Dritten aufgedeckt werden, hat der Unionsgesetzgeber sich für einen möglichst lückenlosen persönlichen Anwendungsbereich und damit die Erschließung eines möglichst umfassenden Informations-Reservoirs entschieden.<sup>87</sup> Wenngleich der Fokus der folgenden Betrachtungen auf den arbeitsrechtlichen Konsequenzen der antidiskriminierungsrechtlichen Bestimmungen liegt, soll die personale Reichweite der Richtlinie in ihrer ganzen Breite im Folgenden kurz dargestellt werden.

Neben Arbeitnehmern iSd. Art. 45 Abs. 1 AEUV<sup>88</sup> erfasst die Richtlinie zunächst Freiwillige und bezahlte oder unbezahlte Praktikanten,<sup>89</sup> ohne dass es darauf ankommt, ob deren Arbeitstätigkeit lediglich von völlig untergeordneter und unwesentlicher Natur ist.<sup>90</sup> Gleiches gilt für ehemalige Arbeitnehmer und Arbeitsplatzbewerber.<sup>91</sup> Darüber hinaus findet die Richtlinie unterschiedslos auf Beamte<sup>92</sup> und Angestellte des öffentlichen Dienstes<sup>93</sup> Anwendung.<sup>94</sup> Im gesellschaftsrechtlichen Kontext erfasst die Richtlinie zum einen Anteilseigner, zum anderen und vor allem aber auch sämtliche Mitglieder von Verwaltungs-, Leitungs- oder Aufsichtsorganen,<sup>95</sup> bspw. also Arbeitnehmervertreter in Aufsichtsräten. Außerhalb der unternehmensinternen Sphäre können sich sämtliche Selbstständige iSv. Artikel 49 AEUV im beruflichen Kontext auf den Schutz der Richtlinie berufen,<sup>96</sup> bei der Aufdeckung von Verstößen eines Auftraggebers ebenso wie bei Verstößen eines Konkurrenten.<sup>97</sup> Besondere Beachtung verdient der Umstand, dass die Richtlinie juristische Personen in gleicher Weise schützt wie natürliche Personen, solange der natürliche Whistleblower nur in (irgend-)einer beruflichen Verbindung zu ihnen steht, ob nun bspw. als deren Eigentümer oder deren Arbeitnehmer.<sup>98</sup> Der Begriff der juristischen Person ist dabei unionsrechtlich zu verstehen und erfasst neben juristischen Personen iSd. deutschen (Privat-)Rechts auch andere (teil-)rechtsfähige Organisationsformen, insbesondere Personengesellschaften.<sup>99</sup> Schließlich stellt die Richtlinie auch Unterstützer des Whistleblowers,<sup>100</sup> etwa in Gestalt von Betriebsratsmitgliedern, und sonstige Dritte unter ihren Schutz, sofern sie aufgrund ihrer berufli-

chen oder persönlichen Verbindung zum Whistleblower im berufsbezogenen Kontext potenziell Repressalien erleiden können.<sup>101</sup> Eine kontextabhängige Schutzausnahme enthält die Richtlinie hingegen insbesondere für Rechtsanwälte und Ärzte, soweit diese durch eine Whistleblowing-Handlung ihre beruflichen Verschwiegenheitspflichten verletzen würden.<sup>102</sup>

## 2. Allgemeine Schutzvoraussetzungen

Die Whistleblower-Richtlinie kennt drei verschiedene Formen des Whistleblowings: die interne Meldung an die unternehmens- bzw. verwaltungsinternen Whistleblowing-Stellen,<sup>103</sup> die externe Meldung an die staatlichen Whistleblowing-Behörden<sup>104</sup> und die Offenlegung, verstanden als das öffentliche Zugänglichmachen von Informationen über Verstöße,<sup>105</sup> bspw. über die Medien. Während interne und externe Meldungen unter gleichen Voraussetzungen den Schutz der Richtlinie auslösen, gelten für die Offenlegung einige zusätzliche Voraussetzungen.<sup>106</sup>

<sup>86</sup> Ewg. 37 WBRL.

<sup>87</sup> S. Ewg. 39 WBRL am Beispiel der Aufdeckung von Produktsicherheitsdefiziten durch Lieferanten; ferner Gerdemann (Fn. 1), Rn. 179 ff., zum Fall *Harry Markopolos* mwN.

<sup>88</sup> Art. 4 Abs. 1 lit. a Alt. 1 WBRL.

<sup>89</sup> Art. 4 Abs. 1 lit. c Hs. 2 WBRL.

<sup>90</sup> Zu entsprechenden Einschränkungen des unionsrechtlichen Arbeitnehmerbegriffs, vgl. etwa EuGH, 23.3.1982 – 53/81 – Slg. 1982, 1035 (Levin), Rn. 17.

<sup>91</sup> Art. 4 Abs. 2, 3 WBRL.

<sup>92</sup> Art. 4 Abs. 1 lit. a Alt. 2 WBRL.

<sup>93</sup> Art. 4 Abs. 1 lit. a Alt. 1 WBRL iVm. Art. 45 Abs. 1 AEUV (unter Verzicht auf Art. 45 Abs. 4 AEUV).

<sup>94</sup> Zu den Folgen für das deutsche Beamtenrecht Gerdemann, ZBR 2020, 12.

<sup>95</sup> Art. 4 Abs. 1 lit. c Hs. 1 WBRL.

<sup>96</sup> Art. 4 Abs. 1 lit. b WBRL.

<sup>97</sup> Zu Letzterem Spindler, ZWeR 2020, 313, 320 ff. am Beispiel kartellrechtlicher Verstöße.

<sup>98</sup> Art. 4 Abs. 4 lit. c WBRL.

<sup>99</sup> Im Einzelnen Colneric/Gerdemann (Fn. 48), 35 f.

<sup>100</sup> Art. 4 Abs. 4 lit. a WBRL. Der in der deutschen Sprachfassung verwendete Begriff des (Informations-)»Mittlers« ist insoweit zu eng gefasst, als dass sämtliche Personen geschützt sind, die den Whistleblower iRs. Meldung oder Offenlegung unterstützen (engl.: »facilitator«), s. Art. 5 Nr. 8 WBRL.

<sup>101</sup> Art. 4 Abs. 4 lit. b WBRL.

<sup>102</sup> Art. 3 Abs. 3 lit. b WBRL.

<sup>103</sup> Art. 6 Abs. 1 lit. b Alt. 1 iVm. Art. 5 Nr. 4 WBRL.

<sup>104</sup> Art. 6 Abs. 1 lit. b Alt. 2 iVm. Art. 5 Nr. 5 WBRL.

<sup>105</sup> Art. 6 Abs. 1 lit. b Alt. 3 iVm. Art. 5 Nr. 6 WBRL.

<sup>106</sup> Hierzu im Folgenden unter V.3.

Hinter dieser Struktur verbirgt sich zugleich die wohl umstrittenste Grundentscheidung der Whistleblower-Richtlinie, der sich im Rahmen des Gesetzgebungsprozesses insbesondere Deutschland und Frankreich lange Zeit verwehrt hatten: die Gleichstellung von internem und externem Whistleblowing unter Verzicht auf einen rechtlichen Vorrang interner Klärung. Gem. Art. 10 WBRL macht es für den Schutz eines Whistleblowers keinen Unterschied, ob dieser einen Verstoß zunächst intern oder auf direktem Wege extern meldet, wobei dieses direkte externe Melde-recht weder gesetzlich noch vertraglich oder auf sonstige Weise eingeschränkt werden darf.<sup>107</sup> Was für Mitgliedstaaten wie Deutschland eine ganz erhebliche Änderung der bisherigen Rechtslage bedeutet,<sup>108</sup> ist im europäischen und internationalen Kontext freilich keinesfalls ungewöhnlich. Während bereits vorangegangene Unionsrechtsakte auf einen Vorrang interner Klärung verzichtet hatten,<sup>109</sup> sind die regulatorischen Vorzüge einer Gleichstellung von internem und externem Whistleblowing international bereits seit einiger Zeit belegt.<sup>110</sup> Insbesondere wird hierdurch zum einen weitgehend verhindert, dass Whistleblowern vor Gericht mittels eines im Vorfeld nicht rechtssicher abschätz-baren ex-post Verweises auf eine (vermeintlich) interne Abhilfemöglichkeit im Nachhinein jeglicher Schutz versagt wird, was sich neben entsprechenden individuellen Konsequenzen auch nachteilig auf die allgemeine Meldebereitschaft potenzieller Whistleblower auswirken kann. Zum anderen wird hierdurch typischerweise ein Wettbewerb zwischen internen und externen Meldeadressaten generiert mit der Folge einer freiwilligen Selbstoptimierung interner Whistleblowing-Systeme. Die Beeinträchtigung der Arbeitgeberinteressen ist demgegenüber entgegen erstem Anschein rechtstatsächlich vergleichsweise gering, entscheiden Whistleblower sich doch erfahrungsgemäß selbst bei Verfügbarkeit externer Kanäle ganz überwiegend zunächst für eine interne Meldung.<sup>111</sup> Auf dogmatischer Ebene wird dem berechtigten Interesse des Arbeitgebers und anderer betroffener Personen an einer Vermeidung bösgläubiger Falschbeschuldigungen wiederum durch die übrigen materiellen Voraussetzungen des Whistleblower-Schutzes Rechnung getragen.

Zu diesen primär in den Art. 6 und 21 WBRL geregelten Voraussetzungen zählt zunächst die bereits dargestellte Eröffnung sowohl des sachlichen<sup>112</sup> als auch des persönlichen<sup>113</sup> Schutzbereichs.

Als objektive Schutzvoraussetzung muss sodann ein geschütztes Handeln oder Unterlassen iSd. Richtlinie vorliegen. Hierunter fallen zunächst Whistleblowing-Handlungen im engeren Sinne, sprich Meldungen an einen internen oder externen Adressaten bzw. Offenlegungen.<sup>114</sup> Zu beachten ist, dass nach der Richtlinie nur Meldungen an die von ihr vorgesehenen Whistleblowing-Stellen und -Behörden den antidiskriminierungsrechtlichen Schutz auslösen, nicht hingegen Meldungen an andere interne oder externe Adressaten, bspw. an den unmittelbaren Vorgesetzten oder die Staatsanwaltschaften.<sup>115</sup> Neben Meldungen und Offenlegungen sind auch Whistleblowing-Handlungen und Unterlassungen im weiteren Sinne geschützt, die mit der Meldung oder Offenlegung in Zusammenhang stehen.<sup>116</sup> Im Nachgang einer Meldung zählen hierzu etwa die weitere Kommunikation mit der zuständigen Behörde, im Vorfeld einer Meldung oder Offenlegung wiederum die Beschaffung und der Zugriff auf die relevanten Verstoßinformationen.<sup>117</sup> Letzteres gilt ausdrücklich auch im Falle an sich rechtswidriger Beschaffungsmaßnahmen, etwa wenn sich der Whistleblower unerlaubt Zutritt zu einem fremden Büro verschafft und dort einschlägiges Beweismaterial kopiert, solange er hierdurch keinen eigenständigen Straftatbestand verwirklicht.<sup>118</sup> Sämtliche an sich geschützten Verhaltensweisen werden von der Richtlinie allerdings einem allgemeinen Notwendigkeitsvorbehalt unterstellt: Eine Meldung, Offenlegung oder andere Verhaltensweise ist grds. nur insoweit geschützt, wie sie notwendig war, um einen Verstoß iSd. Richtlinie aufzudecken.<sup>119</sup> Gemeint ist hiermit die Beachtung des zulässigen Umfangs der Infor-

107 S. Art. 21 Abs. 2, Art. 24 WBRL.

108 Näheres zum deutschen Whistleblowing-Recht de lege lata in Teil 2 dieses Beitrags im folgenden Heft.

109 Gerdemann, NZA-Beilage 2020, 43, 44.

110 S. Gerdemann (Fn. 1), Rn. 9, 59, 106 f., 200 f., 218, 226, 230, 244 ff., 252 ff., 280, 286 f. mwN.

111 Herold, Whistleblower, Baden-Baden 2016 (zugl. Bielefeld, Univ., Diss. 2016), S. 87 f., 201 ff.; Gerdemann, (Fn. 1), Rn. 7 f., 62, 81, 132 ff., 218, jew. mwN.

112 S. o. V.

113 S. o. V.a).

114 Art. 6 Abs. 1 lit. b WBRL.

115 Zur Begründung im Einzelnen Colneric/Gerdemann (Fn. 48), 63 ff.

116 Art. 21 Abs. 4 WBRL e contrario.

117 Art. 21 Abs. 3 WBRL.

118 Art. 21 Abs. 3 S. 1 WBRL aE.; Ewg. 92 WBRL.

119 Art. 21 Abs. 2, Abs. 4, Abs. 7 WBRL.

mationen, wovon insbesondere zum Schutz der Rechte betroffener Personen die Weiterleitung aller überflüssiger Informationen ausgenommen ist.<sup>120</sup> Im Einklang mit der Zweckbestimmung des Art. 1 WBRL ist davon auszugehen, dass nicht allein die Mitteilung der reinen Verstoßdaten, sondern auch von hiermit zusammenhängenden Informationen als notwendig zu qualifizieren ist, sofern diese durch Kontextualisierung und/oder Plausibilisierung der Aufdeckung und Ahndung des gemeldeten bzw. offengelegten Verstoßes und damit der effektiven Durchsetzung des Unionsrechts dienen können.

Um die subjektiven Schutzvoraussetzungen zu erfüllen, muss der Whistleblower zum Zeitpunkt der geschützten Handlung gutgläubig gewesen sein, Art. 6 Abs. 1 lit. a WBRL. Die deutsche Fassung der Richtlinie umschreibt den Gutgläubensmaßstab als »hinreichenden Grund zu [einer] Annahme« – eine Formulierung, die in der englischen Sprachfassung ihren Ursprung hat und dort der Vermeidung des Begriffs »good faith« dient, der im Common Law eine inhaltliche Nähe zum deutschen Konzept von »Treu und Glauben« aufweist und hierdurch traditionell eine Motivprüfung indiziert.<sup>121</sup> Eben eine solche ex post-Überprüfung der Motive des Whistleblowers sollte im Interesse der Rechtssicherheit allerdings explizit vermieden werden,<sup>122</sup> ohne dass indes beabsichtigt war, materiell vom etablierten Maßstab der Gutgläubigkeit abzuweichen.<sup>123</sup> Neben den in den Erwägungsgründen genannten böswilligen oder missbräuchlichen Meldungen<sup>124</sup> bzw. Offenlegungen sind daher auch grob fahrlässige Falschmeldungen vom Schutz der Richtlinie ausgenommen, nicht hingegen (lediglich) fahrlässige Irrtümer.<sup>125</sup> Umgekehrt bedeutet dies, dass gutgläubige Irrtümer hinsichtlich des tatsächlichen<sup>126</sup> ebenso wie des rechtlichen<sup>127</sup> Vorliegens eines Verstoßes keine Auswirkungen auf den Whistleblower-Schutz haben, selbst wenn sich im Nachhinein herausstellen sollte, dass der gemeldete oder offengelegte Verstoß in Wirklichkeit nicht vorlag oder er jedenfalls nicht rechtskräftig festgestellt werden kann. Nichts Anderes ist anzunehmen, wenn der Whistleblower sich im Vorfeld des Whistleblowings über den notwendigen Umfang der zu beschaffenden Informationen irrt.<sup>128</sup> Damit soll zum einen den Interessen des individuellen Whistleblowers Rechnung getragen und zum anderen im öffentlichen Interesse vermieden werden, dass die mit Whistleblowing-Situationen typischerweise einhergehenden Unwägbarkeiten sich in einer allgemeinen Rechtsunsicherheit niederschlagen,

die sich negativ auf die Meldebereitschaft potenzieller Whistleblower auswirken könnte.<sup>129</sup> Über die ausdrückliche Erfassung rechtlicher Irrtümer über den Anwendungsbereich der Richtlinie<sup>130</sup> wird zudem die von der Richtlinie durch ihre komplexe Enumerationstechnik selbst geschaffene Rechtsunsicherheit jedenfalls teilweise korrigiert: Meldet ein Whistleblower bspw. einen Verstoß gegen eine Norm des nationalen Rechts, von der sich im Nachhinein herausstellt, dass sie nicht oder nicht in Gänze der Umsetzung eines im Anhang der Whistleblower-Richtlinien genannten Rechtsakts dient, ist er gleichwohl geschützt, sofern er dies jedenfalls gutgläubig annehmen durfte.

### 3. Besondere Schutzvoraussetzungen für Offenlegungen

Nach dem Regulierungskonzept der Richtlinie stellt das öffentliche Zugänglichmachen von Informationen über Verstöße eine zusätzliche Eskalationsstufe dar, die daher gem. Art. 15 WBRL nur bei Erfüllung zusätzlicher Voraussetzungen zulässig sein soll. Diese Voraussetzungen lassen sich in zwei Gruppen einteilen: die der mittelbaren Offenlegung nach vorheriger Meldung und die der unmittelbaren Offenlegung.

Eine mittelbare Offenlegung ist gem. Art. 15 Abs. 1 lit. a WBRL zulässig, sofern sich der Whistleblower zunächst intern und/oder extern gemeldet hat und innerhalb der vorgegebenen Rückmeldefristen keine ordnungsgemäßen Fol-

120 S. Ewg. 91 S. 4 WBRL.

121 Vgl. Lewis, E-J. Int. Comp. Labour Stud. 9(1) (2020), 6f., 18; sowie allgemein etwa Art. 3 Abs. 1, Art. 4 Abs. 1 RL (EU) 86/653/EWG in der engl. und dt. Fassung.

122 Ewg. 32 S. 4 WBRL.

123 S. insb. Ewg. 32 S. 3 WBRL in den jeweiligen Sprachfassungen: deutsch: »in gutem Glauben«, französisch: »de bonne foi«, italienisch: »in buona fede«, spanisch: »de buena fe«, portugiesisch: »de boa fé«, niederländisch: »te goeder trouw«; englisch: »by honest mistake«. Zu vorangegangenen Whistleblowing-Rechtsakten Gerdemann, NZA-Beilage 2020, 43, 44; vgl. auch Art. 32 Verordnung (EU) 596/2014 und dessen deutsche Umsetzung in § 4d Abs. 6 FinDAG aE.

124 Ewg. 32 S. 2 WBRL.

125 Zum entsprechenden Maßstab der bisherigen deutschen Rspr., s. Teil 2 dieses Beitrags.

126 Art. 6 Abs. 1 lit. a Alt. 1 WBRL.

127 Art. 6 Abs. 1 lit. a Alt. 2 WBRL.

128 Art. 6 Abs. 1 lit. a WBRL analog; Colneric/Gerdemann (Fn. 48), 62f.

129 Allgemein zur rechtsstatsächlichen Bedeutung der Rechtssicherheit im Whistleblowing-Recht: Gerdemann (Fn. 1), Rn. 49f., 52, 56, 64ff., 88, 129, 166f., 189, 207, 211, 220, 222, 225, 238, 253, 262, 273, 284, 287.

130 Art. 6 Abs. 1 lit. a Alt. 2 WBRL; s. o. V.

gemaßnahmen eingeleitet wurden.<sup>131</sup> Durch diese »Sanktionierung« von Fristversäumnissen mit dem Risiko einer Offenlegung und hiermit einhergehenden (Reputations-) Schäden für die betreffenden Unternehmen und Behörden setzt die Richtlinie bewusst einen spürbaren Anreiz zur umgehenden Weiterverfolgung interner wie externer Meldungen. Der Wortlaut der Richtlinie macht deutlich, dass bereits die (wahrheitsgemäße) Rückmeldung eines einzigen Whistleblowing-Adressaten genügt, um die Möglichkeit der mittelbaren Offenlegung zu sperren.<sup>132</sup> Ergreift bspw. zwar die staatliche Whistleblowing-Behörde in pflichtwidriger Weise innerhalb von drei bzw. sechs Monaten keine ordnungsgemäßen Folgemaßnahmen, erhält der Whistleblower aber jedenfalls von einer unternehmensinternen Whistleblowing-Stelle innerhalb von drei Monaten Rückmeldung über die von dieser ergriffenen Folgemaßnahmen, scheidet eine Offenlegung nach Art. 15 Abs. 1 Buchst. a WBRL aus. In manchen Fällen mag dies für Whistleblower einen zusätzlichen Anreiz darstellen, sich sofort und ausschließlich an die staatlichen Whistleblowing-Behörden zu wenden, wenn sie der internen Whistleblowing-Stelle keine zuverlässige Aufarbeitung der Verstöße zutrauen, zumal die Richtlinie im Falle interner Untersuchungen kein Recht auf Mitteilung des endgültigen Verfahrensausgangs vorsieht.<sup>133</sup> Auf der anderen Seite birgt auch eine externe Meldung für Personen die gewillt sind, mit ihren Informationen notfalls an die Öffentlichkeit zu gehen, jedenfalls bei eindeutig geringfügigen Verstößen gewisse Nachteile, da ihnen eine Offenlegung in diesem Fall auch dann zu verwehren ist, wenn die Whistleblowing-Behörde ohne weitere Untersuchung von der Möglichkeit einer sofortigen Einstellung des Verfahrens Gebrauch macht.<sup>134</sup>

Eine unmittelbare Offenlegung ohne vorherige Meldung ist gem. Art. 15 Abs. 1 lit. b WBRL nur in drei Fällen möglich: Der Verstoß kann eine unmittelbare oder offenkundige Gefährdung des öffentlichen Interesses darstellen, zB. in einer Notsituation oder bei Gefahr eines irreversiblen Schadens (Ziff. 1), der Whistleblower hat (selbst) im Falle einer externer Meldung Repressalien zu befürchten (Ziff. 2 Alt. 1) oder es bestehen nur geringe Aussichten, dass tatsächlich wirksam gegen den Verstoß vorgegangen wird (Ziff. 2 Alt. 2).

Für die Ziff. 2 Alt. 2 fordert die Richtlinie das Vorliegen besonderer Umstände, nach denen der Whistleblower gutgläubig davon ausgehen kann, dass ohne sofortige Offenlegung etwa Beweismittel unterdrückt oder vernichtet werden

könnten bzw. dass zwischen der Whistleblowing-Behörde und dem Urheber des Verstoßes kollusive Absprachen bestehen oder die Behörde sogar an dem Verstoß beteiligt ist.<sup>135</sup> Freilich wird man auch für die Fallgruppe der zu befürchtenden Repressalien gem. Ziff. 2 Alt. 2 konkrete Anhaltspunkte fordern müssen, nach denen der Whistleblower selbst im Fall einer vertraulichen externen Meldung von einem erhöhten Repressionsrisiko ausgehen kann. Eine bloß abstrakte Gefahr von Repressalien ist nämlich konstantes Wesensmerkmal beinahe jeder Whistleblowing-Situation,<sup>136</sup> sodass sie zur Begründung eines ausnahmsweisen Rechts auf unmittelbare Offenlegung nicht herangezogen werden kann. Beide Alternativen der Ziff. 2 setzen damit in der Regel ein mehr oder weniger konkretes Wissen um die inneren Vorgänge der Whistleblowing-Behörde bzw. die weiteren Umstände des Verstoßvorgangs voraus, über das der Whistleblower in den meisten Fällen nicht verfügen dürfte, sodass ihr praktischer Anwendungsbereich voraussichtlich eher gering ausfallen wird.

Damit rückt der Fall der unmittelbaren Offenlegung wegen Gefährdung des öffentlichen Interesses nach Ziff. 1 in den Vordergrund. Dessen praktische Bedeutung wird nicht zuletzt davon abhängen, ob die künftige Rechtsprechung bei der Interpretation des unbestimmten Rechtsbegriffs des »öffentlichen Interesses« eine eher liberale oder eher restriktive Linie verfolgen wird. Insofern wird zu beachten sein, dass die Richtlinie an anderer Stelle ein relativ weites Verständnis des öffentlichen Interesses zum Ausdruck bringt, nach dem bereits die Aufdeckung von Verstößen als solche dem öffentliche Interesse dient<sup>137</sup> und neben spektakulären Sachverhalten, die das Interesse der Öffentlichkeit erregen könnten, unter anderem auch die Verletzung von Individualrechtsgütern eine unmittelbare Offenlegung rechtfertigen können soll, etwa bei Gefahr einer irreversiblen Schädigung der körperlichen Unversehrtheit einer Person.<sup>138</sup>

131 Zu den entsprechenden Pflichten der Whistleblowing-Stellen und Behörden, s. o. V. aE.

132 Art. 15 Abs. 1 lit. a WBRL (gem. Art. 9 »oder« gem. Art. 11 WBRL).

133 Vgl. demgegenüber Art. 11 Abs. 2 lit. e WBRL.

134 Insofern wird man die Einstellung nach Art. 11 Abs. 3 S. 1 WBRL ebenfalls als »geeignete Maßnahme« iSv. Art. 15 Abs. 1 lit. a WBRL qualifizieren müssen.

135 Art. 15 Abs. 1 lit. b Ziff. 2 Alt. 2 WBRL aE.

136 Vgl. Gerdemann (Fn. 1), Rn. 8.

137 S. etwa Ewg. 1 WBRL.

138 Ewg. 80 WBRL.

#### 4. Rechtsfolgen und Schutzmaßnahmen

Erfüllt ein Whistleblower bzw. ein geschützter Dritter die oben genannten Voraussetzungen, ist jede Form von Repressalien einschließlich der Androhung von Repressalien und des Versuchs von Repressalien verboten, Art. 19 WBRL. Unter dem Begriff der Repressalie versteht die Richtlinie jedes Handeln oder Unterlassen im beruflichen Kontext, das durch eine geschützte Verhaltensweise ausgelöst wird und durch das dem Whistleblower oder einem geschützten Dritten ein ungerechtfertigter Nachteil entsteht oder entstehen kann.<sup>139</sup> Notwendig ist daher ein Kausalitätszusammenhang zwischen Whistleblowing-Handlung und erlittenem bzw. drohendem Nachteil, unabhängig davon, ob die Benachteiligung vom Arbeitgeber selbst oder einer für ihn arbeitenden oder in seinem Namen handelnden Person ergriffen, gefördert oder geduldet wird.<sup>140</sup> Nicht erforderlich ist hingegen, dass das geschützte Verhalten der einzige kausale Grund für die Veranlassung der Benachteiligung ist.<sup>141</sup> Bringt ein Arbeitgeber oder Vorgesetzter also vor, dass neben dem Whistleblowing weitere bzw. alternative Gründe kausal für das Ergreifen einer nachteiligen Maßnahme waren, bspw. eine (vermeintlich) schlechte Arbeitsleistung des Whistleblowers, so hat dies keine Auswirkungen auf den von der Richtlinie gewährten Schutz. Während dieser Kausalitätsmaßstab im internationalen Whistleblowing-Recht nicht unüblich ist, um repressionswilligen Arbeitgebern bzw. Vorgesetzten den in der Praxis nicht selten zu beobachtenden Rückgriff auf nur vorgeschobene Kündigungs- oder Versetzungsgründe abzuschneiden,<sup>142</sup> wird er für alle anderen Personalverantwortlichen zwangsläufig einen erhöhten Dokumentationsaufwand mit sich bringen. Ist in Zukunft geplant, gegenüber einem bekannten Whistleblower wegen anderer, aus sich heraus gerechtfertigter Gründe eine Personalmaßnahme zu veranlassen, wird es sich jedenfalls empfehlen, diese Gründe bereits im Vorfeld hinreichend zu dokumentieren, um sicherzustellen, dass die Maßnahme im Streitfall auch vor Gericht Bestand hätte.

Zur Konkretisierung des Begriffs der Repressalie nennt die Richtlinie eine Reihe von Regelbeispielen und orientiert sich hierbei an den in der Praxis am häufigsten beobachteten Benachteiligungsformen. Neben rechtsförmigen Repressalien wie Kündigungen<sup>143</sup> oder Versetzungen<sup>144</sup> sind insbesondere auch niedrigschwellige bzw. faktische

Maßnahmen erfasst, namentlich in Form von Karriereachteilen durch unterlassene Beförderungen<sup>145</sup> oder die Aufnahme in eine brancheninterne »schwarze Liste«,<sup>146</sup> ferner soziale Benachteiligungen etwa in Gestalt von Einschüchterungen, Mobbing oder Ausgrenzung durch einen Vorgesetzten oder die Kollegen.<sup>147</sup> Bei Whistleblowing-bedingter, vorzeitiger Aufhebung oder Nichtverlängerung von Verträgen kann aus der Richtlinie zudem ein entsprechender Kontrahierungszwang folgen.<sup>148</sup> Nicht ausdrücklich genannte Benachteiligungsformen werden über die an den Anfang der Vorschrift gestellte Generalklausel erfasst.

Gem. Art. 21 Abs. 1 WBRL sind die Mitgliedstaaten verpflichtet, die erforderlichen Maßnahmen zu treffen, um sicherzustellen, dass Whistleblower und Dritte im Anwendungsbereich der Richtlinie vor Repressalien geschützt sind. Gem. dem in Art. 21 WBRL aufgeführten Maßnahmenkatalog zählt hierzu mindestens, dass geschützte Personen wegen einer Meldung, Offenlegung oder anderen von der Richtlinie erfassten Verhaltensweisen in keiner Weise haftbar gemacht werden und sich in sämtlichen gegen sie angestregten Verfahren auf ihren Status als Whistleblower berufen können.<sup>149</sup> Im arbeitsrechtlichen Kontext bedeutet dies insbesondere die Gewährung eines gesonderten Kündigungsschutzes. Spiegelbildlich hierzu sind den geschützten Personen geeignete Abwehransprüche zur Seite zu stellen, namentlich in Gestalt entsprechender Weiterbeschäftigungs- und Unterlassungsansprüche einschließlich ihrer möglichen Geltendmachung im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes.<sup>150</sup> Darüber hinaus sieht

139 Art. 5 Nr. 11 WBRL. Hinter dem dort verwendeten Begriff der »indirekten« Repressalie verbirgt sich keine besondere Form mittelbarer Benachteiligung iSv. § 3 Abs. 2 AGG, sondern lediglich ein deklaratorischer Hinweis auf das Verbot von Repressalien gegen geschützte Dritte (vgl. Ewg. 41 WBRL).

140 Ewg. 87 WBRL.

141 Vgl. Art. 93 S. 2 WBRL (»[Das Vorgehen darf] in keiner Weise mit der erfolgten Meldung oder Offenlegung in Verbindung [stehen]«).

142 Zur hiermit zusammenhängenden Beweislastumkehr des Art. 21 Abs. 5 WBRL sogleich.

143 Art. 19 lit. a Alt. 2 WBRL.

144 Art. 19 lit. c WBRL.

145 Art. 19 lit. b Alt. 2 WBRL.

146 Art. 19 lit. l WBRL.

147 Art. 19 lit. g Alt. 2–4 WBRL.

148 Art. 19 lit. i, j, m, n WBRL.

149 Art. 21 Abs. 2–4, 7 WBRL.

150 Art. 21 Abs. 6, 8 WBRL; Ewg. 94–96 WBRL.

die Richtlinie einen eigenständigen Anspruch geschützter Personen auf vollständige Wiedergutmachung erlittener materieller und immaterieller Schäden vor.<sup>151</sup> Bei der rechtlichen Ausgestaltung dieses Anspruchs ist nach dem Willen des Unionsgesetzgebers sicherzustellen, »dass der Schaden tatsächlich und wirksam ausgeglichen oder ersetzt wird, und zwar auf eine Art und Weise, die dem erlittenen Schaden angemessen und abschreckend ist.«<sup>152</sup> Durch diese Wortwahl knüpft der Gesetzgeber unmittelbar an die Formulierung vorangegangener Antidiskriminierungs-Richtlinien und die einschlägige Rechtsprechung des EuGH an, nach der die Gewährung antidiskriminierungsrechtlicher Schadenersatzansprüche unionsrechtlich nicht von einem materiellen Verschuldenserfordernis abhängig gemacht werden darf.<sup>153</sup> Für die Geltendmachung des Whistleblowing-rechtlichen Schadenersatzanspruches bedeutet dies, dass als notwendige und hinreichende Anspruchsbedingung allein das Vorliegen der oben dargestellten Schutzvoraussetzungen sowie eine hierauf kausal beruhende Benachteiligung mit einhergehender Schadensfolge nachzuweisen sind.

Mit Blick auf den Nachweis der Kausalität zwischen Whistleblowing und Benachteiligung sieht die Richtlinie in sämtlichen Whistleblowing-bezogenen Verfahren vor Gerichten oder Behörden wiederum eine erhebliche Erleichterung zugunsten von Whistleblowern und anderen geschützten Personen vor: Gem. Art. 21 Abs. 5 WBRL wird gesetzlich vermutet, dass die geschützte Verhaltensweise kausal für die geltend gemachte Benachteiligung war, wodurch der Beweis des Gegenteils jener Person obliegt, die die benachteiligende Maßnahme ergriffen hat. Hintergrund dieser Beweislastumkehr sind einschlägige Erfahrungswerte, nach denen in Whistleblowing-Fällen oft andere Gründe zur Rechtfertigung einer ergriffenen Repressalie vorgeschoben werden und es Whistleblowern zumeist nicht möglich ist, den erforderlichen Repressionsvorsatz als subjektives, in der Sphäre der Gegenseite liegendes Tatbestandsmerkmal erfolgreich nachzuweisen.<sup>154</sup> Ganz idS. liegt eines der wesentlichen Ergebnisse der internationalen Whistleblowing-Forschung in der Erkenntnis, dass einer Whistleblower-günstigen Beweislastverteilung regelmäßig entscheidende Bedeutung für den rechtstat-sächlichen Erfolg eines Whistleblower-Schutzgesetzes zukommt.<sup>155</sup> In Deutschland ist dem Konzept einer Whistleblowing-rechtlichen Beweislastumkehr in der Vergangenheit hingegen mit Verweis auf hieraus möglicherweise

erwachsene Missbrauchsgefahren bisweilen eher kritisch begegnet worden.<sup>156</sup> Indes wird man das Risiko, dass Arbeitnehmer sich unter rechtsmissbräuchlicher Berufung auf ihre (vermeintliche) Stellung als Whistleblower einen gesetzlich nicht vorgesehenen Kündigungs- und Benachteiligungsschutz generieren können, unter den von der Richtlinie aufgestellten Voraussetzungen als gering einstufen können. Hierfür müsste der betreffende Arbeitnehmer nämlich in der Regel von einer bevorstehenden Maßnahme Kenntnis haben noch bevor sie ihm gegenüber vorgenommen oder offiziell angekündigt wird, sodann Zugriff auf hinreichend glaubhafte Informationen über einen potenziellen Verstoß im Anwendungsbereich der Richtlinie erlangen, diese Informationen in gem. Art. 18 WBRL dokumentierter Weise an eine Whistleblowing-Stelle oder -Behörde weiterleiten noch bevor die entsprechende Maßnahme ergriffen wird, und anschließend darauf hoffen, dass es dem Arbeitgeber nicht gelingen wird, die tatsächlichen Gründe für die anvisierte Maßnahme vor Gericht hinreichend nachzuweisen. Wohl auch angesichts dieser Hürden liegen aus Ländern, die bereits Erfahrungen mit einer Whistleblower-günstigen Beweislastverteilung gemacht haben, bislang keine empirischen Befunde vor, wonach die missbräuchliche Berufung auf einen antidiskriminierungsrechtlichen Whistleblowing-Schutz in der Praxis ein signifikantes Problem darstellen würde.

Neben den soeben beschriebenen Maßnahmen zum Schutz vor Repressalien sieht die Richtlinie in Art. 20 zudem einige flankierende Unterstützungsmaßnahmen vor. Zu den mindestens einzuführenden Maßnahmen zählen eine der Öffentlichkeit einfach und kostenlos zugängliche Information und Beratung über die verfügbaren

151 Art. 21 Abs. 8 WBRL.

152 Ewg. 95 S. 1 WBRL.

153 Vgl. Art. 8 Abs. 2 S. 1 RL 2004/113/EG; Art. 15 S. 2 RL 2000/43/EG; Art. 6 RL 76/207/EWG; EuGH, 8.11.1990 – C-177/88 – Slg. 1990, I-3941 (Dekker), Rn. 23 ff.; EuGH, 22.4.1997 – C-180/95 – Slg. 1997, I-2195 (Draehmpaehl), Rn. 16 ff.

154 Ewg. 93 WBRL. Ganz idS. hat ua. auch das in Deutschland theoretisch auf Whistleblowing-Fälle anwendbare Maßregelungsverbot des § 612a BGB bislang keine praktische Bedeutung erlangt. Vgl. allgemein hierzu bspw. *Benecke*, in: Gsell/Krüger/Lorenz/Reymann (Hrsg.), Beck'scher Onlinekommentar, Stand: 1.5.2020, München 2020, § 612a, Rn. 65 ff. mwN.

155 S. Gerdemann (Fn. 1), Rn. 62, 132, 168 ff., 210, 220, 226, 243, 254, 287 mwN.; exemplarisch zur Beweislastregel des § 806 SOX (Fn. 13); *Moberly*, 49 Wm. & Mary L. Rev. 65 (2007), 120 ff.

156 So ua. *Thüsing/Rombey*, NZG 2018, 1001, 1005 f.



Abhilfemöglichkeiten und Verfahren gegen Repressalien und die Rechte der betroffenen Person,<sup>157</sup> eine wirksame Unterstützung durch die zuständigen (Whistleblowing-) Behörden beim Kontakt mit ggf. am Schutz vor Repressalien beteiligten Gerichten und Behörden<sup>158</sup> sowie die Gewährung von Prozesskostenhilfe.<sup>159</sup> Den Mitgliedstaaten ist freigestellt, ob sie darüber hinaus weitere Unterstützung finanzieller, psychologischer oder anderer Art gewähren<sup>160</sup> und ob sie die vorgesehenen Maßnahmen dezentral administrieren lassen, bspw. durch die jeweils zuständigen Whistleblowing-Behörden, oder sie zentral gebündelt über ein Informationszentrum oder eine einzige zuständige Behörde anbieten.<sup>161</sup> Letzteres dürfte sich in erster Linie für die Erfüllung der Informationsaufgaben nach Art. 20 Abs. 1 lit. a WBRL anbieten.<sup>162</sup>

## 5. Konfliktpotenzial zur Rechtsprechung des EGMR

Da die meisten Mitgliedstaaten noch über kein eigenständiges Whistleblowing-Recht verfügen und auch die Europäische Union die Regulierung des Whistleblowings erst vergleichsweise spät als eigene Aufgabe erkannt hat, fiel die Entscheidung über den angemessenen rechtlichen Umgang mit Whistleblowern in Europa lange Zeit in den Zuständigkeitsbereich der Judikative. Dies hatte im Laufe der Jahre nicht nur eine Vielzahl nationaler Gerichtsentscheidungen zur Folge, sondern führte auf europäischer Ebene auch dazu, dass sich der EGMR bereits mehrfach mit der Thematik auseinandersetzen hatte. Im Unterschied zur Zielrichtung der Whistleblower-Richtlinie und ihrem Verständnis des Whistleblowings als Mittel der Rechtsdurchsetzung betrachtete der EGMR die Problematik hierbei aus Perspektive der EMRK und damit primär als menschenrechtliche Thematik, konkret als Ausdruck der Meinungsfreiheit aus Art. 10 EMRK.

Die in der Rechtsprechung des EGMR zwar nicht erste, in Deutschland aber schon aufgrund ihres nationalen Bezuges bekannteste Whistleblowing-Entscheidung ist das *Heinisch*-Urteil der Fünften Sektion des EGMR aus dem Jahr 2011.<sup>163</sup> Der Fall betraf eine deutsche Altenpflegerin, die sich an ihrem Arbeitsplatz mit erheblichen Pflegemissständen konfrontiert sah, ausgelöst insbesondere durch eine systematische personelle Unterversorgung und eine damit einhergehende medizinische, hygienische und psychologische Vernachlässigung der

pflegebedürftigen Menschen. Nach mehreren vergeblichen internen Abhilfeversuchen und einer – letztlich folgenlosen – Strafanzeige versuchte Frau Heinisch, mittels Flugblättern auf die Situation aufmerksam zu machen und wurde daraufhin von ihrer Arbeitgeberin fristlos entlassen. Während ihre hiergegen gerichtete Kündigungsschutzklage vor deutschen Gerichten mit Verweis auf die Verletzung arbeitsvertraglicher Loyalitätspflichten abgewiesen wurde, sah der EGMR in der Kündigung eine Verletzung von Art. 10 EMRK. Besondere Bedeutung maß der EGMR hierbei dem öffentlichen Interesse an der Aufdeckung der betreffenden Missstände als wesentlichem Kriterium der anzustellenden Interessenabwägung bei. So seien die weitergegebenen Informationen (unabhängig vom etwaigen Vorliegen eines Rechtsverstoßes) »zweifellos von öffentlichem Interesse«, da die Weitergabe von Informationen über Missstände in der Pflege »in Gesellschaften mit einem immer größeren Anteil alter Menschen in Pflegeheimen und angesichts der besonderen Verwundbarkeit der betroffenen Patienten, die möglicherweise häufig nicht in der Lage sind, selbst [hierauf] aufmerksam zu machen, [...] dringend erforderlich [ist], damit Missbräuche verhindert werden.«<sup>164</sup> Hierdurch geht der EGMR über die von der Whistleblower-Richtlinie betonte Funktion des Whistleblowings als Instrument staatlicher Rechtsdurchsetzungsinteressen hinaus und unterstreicht stattdessen die menschenrechtliche Dimension des Whistleblowings als eine für demokratische Gesellschaften wesentliche Diskursbedingung.

In der deutschen Rezeption des Urteils sollte freilich eine etwas andere Interpretation der EGMR-Rechtsprechung sukzessive raumgreifen. Besonders betont wurde zumeist, dass der EGMR die Einschränkungen der Meinungsfreiheit durch die seinerzeitige Rechtsprechung des BAG dem Grunde nach bestätigt habe, was insbesondere den vom BAG aufgestellten Vorrang interner Klärung mit-

<sup>157</sup> Art. 20 Abs. 1 lit. a WBRL.

<sup>158</sup> Art. 20 Abs. 1 lit. b WBRL. Der Behördenbegriff der RL schließt insoweit die Gerichte mit ein (vgl. Art. 21 Abs. 5 WBRL).

<sup>159</sup> Art. 20 Abs. 1 lit. c WBRL.

<sup>160</sup> Art. 20 Abs. 2 WBRL.

<sup>161</sup> Art. 20 Abs. 3 WBRL.

<sup>162</sup> Vgl. Ewg. 89 WBRL. Im Einzelnen *Colneric/Gerdemann* (Fn. 48), 123 f.

<sup>163</sup> EGMR, 21.7.2011 – 28274/08 – NZA 2011, 1269 (Heinisch).

<sup>164</sup> Ebd., Rn. 71.

einschlieÙe – also die Auffassung, dass Whistleblower mit einer externen Meldung an die zuständigen staatlichen Stellen grds. ihre Loyalitätspflichten gegenüber ihrem Arbeitgeber verletzen. Hieraus leiteten einige Stimmen aus der Literatur ab, dass der EGMR selbst einen prinzipiellen Vorrang interner Klärung als notwendige Einschränkung der Meinungsfreiheit fordere.<sup>165</sup> Dies wiederum habe zur Folge, dass gesetzliche Regelungen, die einen solchen Vorrang nicht vorsähen, einen VerstoÙ gegen die EMRK und – über Art. 6 Abs. 3 EUV bzw. Art. 52 Abs. 3 S. 1 GrCh – zugleich einen VerstoÙ gegen das Primärrecht der Europäischen Union darstellen würden.<sup>166</sup> Die zwangsläufige Konsequenz einer solchen Interpretation des *Heinisch*-Urteils wäre also, dass die aktuelle Whistleblower-Richtlinie in einer ihrer zentralen Grundentscheidungen primärrechtswidrig und die einschlägige Bestimmung des Art. 10 WBRL daher als nichtig anzusehen wäre. Da die Annahme einer Teilnichtigkeit des Art. 10 WBRL eine rechtspolitische Entscheidung über die zusätzlichen Schutzvoraussetzungen externer Meldungen erforderlich machen würde, zu der allein der Unionsgesetzgeber befugt ist, lieÙe dies im Ergebnis wohl auf die Gesamtnichtigkeit der Whistleblower-Richtlinie hinaus.<sup>167</sup>

Das dem jedoch nicht so ist, liegt in erster Linie daran, dass das Fundament der Annahme einer aus der EMRK folgenden Obliegenheit vorheriger interner Klärung auf einem dogmatischen Missverständnis beruht.<sup>168</sup> So zählt es nicht zur etablierten Methodik des EGMR, eine zwingende Idealkonkordanz zwischen der Meinungsfreiheit des Whistleblowers und der Berufsfreiheit seines Arbeitgebers höchstrichterlich vorzugeben, zumal letztere bereits kein Element der EMRK ist. Stattdessen hatte die Fünfte Sektion des EGMR lediglich darüber zu befinden, ob die Einschränkung des Art. 10 EMRK durch die deutsche Arbeitsrechtsprechung sich noch im Rahmen dessen bewegt, was in einer demokratischen Gesellschaft gem. Art. 10 Abs. 2 EMRK als notwendig iSe. dringenden sozialen Bedürfnisses und damit als konventionsrechtlich zulässig angesehen werden kann.<sup>169</sup> Vor diesem Hintergrund hat der EGMR die Rechtsprechung des BAG und mit ihr den grds. Vorrang interner Klärung als (noch) zulässige Einschränkung der Meinungsfreiheit innerhalb des nationalen Ermessensspielraums der Vertragsstaaten der EMRK gewertet, allerdings ohne sich die Auffassung des BAG in der Sache zu eigen zu machen.<sup>170</sup> Hätte die Fünfte Sektion des EGMR tatsächlich einen konventionsrechtlichen Vorrang interner Klärung aufstellen wollen, hätte es zudem nahegelegen, die Rs. gem. Art. 30 EMRK an

die Große Kammer abzugeben.<sup>171</sup> Deren ständiger Rechtsprechung, wie sie insbesondere in der einschlägigen Leitentscheidung in der Rs. *Guja* aus dem Jahr 2008 dargelegt wurde,<sup>172</sup> ist ein konventionsrechtlicher Vorrang interner Klärung nämlich stets fremd gewesen. Vielmehr hat der EGMR, ähnlich dem Art. 15 WBRL, allein für den Fall der Offenlegung von Verstößen bzw. Missständen zusätzliche Voraussetzungen aufgestellt, unter denen Whistleblowing als Ausübung der Meinungsfreiheit durch Art. 10 EMRK geschützt sein soll.<sup>173</sup> Eine Einschränkung externer Meldungen an die zuständigen Behörden sehen demgegenüber weder das *Guja*-Urteil, noch eine andere Entscheidung des EGMR vor. Ganz idS. stützt sich die Whistleblower-Richtlinie zur Begründung der Notwendigkeit eines effektiven Whistleblower-Schutzes im Dienste des öffentlichen Interesses unter anderem ausdrücklich auf die bisherige Whistleblowing-Rechtsprechung des EGMR.<sup>174</sup>

Es ist daher davon auszugehen, dass die Gleichstellung von internem und externem Whistleblowing weder gegen die EMRK, noch gegen das Primärrecht der Europäischen Union verstößt und damit unionsrechtlich wirksam ist. Entsprechendes gilt für alle anderen Schutzvoraussetzungen, die der EMRK im Angesicht fehlender gesetzlicher Regelungen als zulässige Abwägungskriterien anerkannt hat und die sich nun bewusst nicht in der Whistleblower-Richtlinie wiederfinden, bspw. die Berücksichtigung der individuellen Motive des Whistleblowers.<sup>175</sup>

165 So ua. bereits *Forst*, NJW 2011, 3477, 3481; *Ulber*, NZA 2011, 962, 962 f.

166 *Schmitt*, RdA 2017, 365, 367 f.; *Trebeck/Schulte-Wissermann*, NZA 2018, 1175, 1178; *Reinhardt-Kasperek/Kaindl*, BB 2018, 1332, 1334 f.; *Thüsing/Rombey*, NZG 2018, 1001, 1003; *Fuhlrott/Hiéramente*, DB 2019, 967, 969.

167 Vgl. EuGH, 5.10.2000 – C-376/98 – Slg. 2000, I-8419, Rn. 117.

168 Im Erg. wie hier *Colneric*, SR 2018, 232, 235 ff.; *Krause*, SR 2019, 138, 145; s. ferner *Colneric/Gerdemann* (Fn. 48), 91 ff.; *Gerdemann*, NZA-Beilage 2020, 43, 44 f.

169 EGMR, 21.7.2011 – 28274/08 – NZA 2011, 1269, Rn. 62 ff. (Heinisch); vgl. allgemein zum Prüfungsmaßstab auch EGMR, 15.2.2005 – 68416/01 – NJW 2006, 1255, 1258 (Steel and Morris), Rn. 87.

170 EGMR, 21.7.2011 – 28274/08 – NZA 2011, 1269, Rn. 47 f., 73 ff. (Heinisch).

171 *Colneric*, SR 2018, 232, 236.

172 EGMR, 12.2.2008 – 14277/04 (*Guja*) – juris.

173 Ebd., Rn. 73: »[D]isclosure should be made in the first place to the person's superior or other competent authority or body. It is only where this is clearly impracticable that the information could, as a last resort, be disclosed to the public.«

174 Ewg. 31 S. 3 WBRL.

175 Vgl. EGMR, 12.2.2008 – 14277/04 (*Guja*) – juris, Rn. 77; Ewg. 32 S. 5 WBRL.

## VI. Zusammenfassung

Die Whistleblower-Richtlinie der Europäischen Union ist das Ergebnis eines internationalen Regulierungstrends zur allgemeinen Kodifizierung des Whistleblowing-Rechts. Ihr wesentliches Ziel ist die Verbesserung der Durchsetzung des Unionsrechts durch die Festlegung gemeinsamer Mindeststandards zum Schutz von Whistleblowern. Ihre wesentlichen Grenzen liegen in ihren kompetenzrechtlichen Beschränkungen und der hieraus folgenden Fokussierung auf die Funktion des Whistleblowings als Mittel der Rechtsdurchsetzung. Die antidiskriminierungsrechtlichen Bestim-

mungen der Richtlinie zeichnen sich unter anderem durch einen weiten persönlichen Anwendungsbereich, die Gleichstellung von internem und externem Whistleblowing und eine effektive Beweislastumkehr zugunsten von Whistleblowern aus. Ihre vielfach weitreichenden Vorgaben stehen im Einklang mit dem einschlägigen Primärrecht der Europäischen Union und werden in den Mitgliedstaaten zu einer Reihe von praxiserheblichen Änderungen führen. Welche Bedeutung die anstehende Umsetzung der Richtlinie speziell für die Zukunft des deutschen Whistleblowing-Arbeitsrechts haben wird und haben könnte, ist Gegenstand des zweiten Teils dieses Beitrags im folgenden Heft.

# Der mutterschutzspezifische Entgeltsschutz im Lichte der jüngsten Mutterschutzreform

Marie Hoffer, Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg

## I. Einführung

### 1. Mutterschutzspezifischer Entgeltsschutz als Gesundheitsschutz

Infolge der Industrialisierung waren in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts immer mehr Frauen unter katastrophalen Bedingungen in der Industrie tätig. Angesichts der besonderen Gesundheitsgefahren für schwangere und jüngst entbundene Frauen wurde 1878 mit § 135 der Gewerbeordnung, der ersten deutschen mutterschutzrechtlichen Bestimmung, ein dreiwöchiges Beschäftigungsverbot nach der Entbindung eingeführt. Mangels einer finanziellen Absicherung waren die betroffenen Frauen jedoch gezwungen, auch während dieser Zeit zu arbeiten, um sich und ihre Familien versorgen zu können. Die Schutzfrist blieb dadurch weitestgehend wirkungslos, sie konnte die Sterblichkeit im Wochenbett nicht senken. Auch nach Einführung eines Wochengeldes 1883 wurden, da die Leistungen zu niedrig waren und zu wenige Frauen erfassten, die Schutzfristen weiterhin

umgangen. Erst die schrittweise Ausweitung des Mutterschutzes inklusive des Entgeltsschutzes führte zu einer Verbesserung.<sup>1</sup>

Wie also schon die historische Entwicklung zeigt, können Regelungen zum mutterschutzspezifischen Gesundheitsschutz ohne gleichzeitigen ausreichenden Entgeltersatz nicht wahrgenommen werden und dadurch keine praktische Wirksamkeit erlangen.<sup>2</sup> Der Entgeltsschutz stellt neben

1 Zur Entwicklung *Edel*, Die Entwicklung des Mutterschutzrechtes in Deutschland, Baden-Baden 1993 (zugl. Frankfurt a.M., Univ., Diss. 1992); *Nebe*, Betrieblicher Mutterschutz ohne Diskriminierung, Baden-Baden 2006 (zugl. Halle, Univ., Diss. 2006), S. 28 ff.; *dies.*, in: Düwell/Göhle-Sander/Kohte (Hrsg.), jurisPraxisKommentar Vereinbarkeit v. Familie und Beruf, Saarbrücken 2009 (im Folgenden: jurisPK VvFuB), Kap. 5.1 Vorb. Rn. 13.

2 BAG, 8.8.1990 – 5 AZR 584/89 – BAGE 65, 337, 339 = AP Nr. 13 zu § 11 MuSchG; *Dahm*, in: Rolfs/Giesen/Kreikebohm/Udsching (Hrsg.), Beck'scher Onlinekommentar Arbeitsrecht, 57. Ed., München 2020 (im Folgenden: BeckOK ArbR), § 18 MuSchG Rn. 1; *Graue*, Mutterschutzgesetz, Basiskommentar, 3. Aufl., Frankfurt a.M. 2018, § 3 MuSchG Rn. 3, § 18 MuSchG Rn. 2; jurisPK VvFuB-*Nebe* (Fn. 1), Kap. 5.1 Vorb. Rn. 9; *dies.*, in: Schlachter/Heinig (Hrsg.), Enzyklopädie Europarecht, Bd. 7: Europäisches Arbeits- und Sozialrecht, Baden-Baden 2015 (im Folgenden: EnzEur), § 17 Rn. 35; *Schlachter*, in: Müller-Glöge/Preis/Schmidt (Hrsg.), Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 20. Aufl., München 2020 (im Folgenden: ErfK), § 18 MuSchG Rn. 1; *Volk*, in: Brose/Weth/Volk (Hrsg.), Mutterschutzgesetz und Bundeselterngeld- und Elternzeitgesetz, Kommentar, 9. Aufl., München 2020, § 18 MuSchG Rn. 2.

dem Gesundheits- und dem Kündigungsschutz daher eine der drei tragenden Säulen des Mutterschutzes dar,<sup>3</sup> die nur gemeinsam einen hinreichenden Schutz für schwangere, stillende und kürzlich entbundene Frauen schaffen können.

## 2. Entgeltsschutz und Diskriminierungsschutz

Bei der Schaffung von speziellen Schutznormen zugunsten einer Gruppe von Arbeitnehmern<sup>4</sup> sind andererseits auch faktische nachteilige Auswirkungen auf den geschützten Personenkreis zu bedenken. Die Aussicht, bei Begründung eines Arbeitsverhältnisses mit einer von besonderen Schutznormen erfassten Person erweiterten Rechtspflichten ausgesetzt zu sein, kann, obwohl nicht begrüßenswert und gesetzlich verboten (§§ 1, 7 AGG), einen Anreiz für Arbeitgeber darstellen, von der Einstellung einer solchen Person abzusehen. Gerade Schutzregelungen, die zu finanziellen Leistungen verpflichten, können daher eine faktische Diskriminierung im Einstellungsverhalten gegenüber der von der Norm geschützten Personengruppe hervorrufen.<sup>5</sup> Beim Mutterschutz besteht darüber hinaus die Besonderheit, dass dies nicht nur aktuell schwangere, stillende und kürzlich entbundene Frauen betrifft, sondern, aufgrund der Möglichkeit einer zukünftigen Schwangerschaft, die Gruppe der (jüngeren) Frauen insgesamt. Fragen des mutterschutzspezifischen Entgeltsschutzes sind dadurch untrennbar mit dem Recht der Geschlechtergleichstellung und den darauf abzielenden Normen des Verfassungs-, Europa- und Völkerrechts verknüpft. Ein wirksamer mutterschutzspezifischer Gesundheitsschutz kann nur dann seinem Schutzzweck gerecht werden, wenn geeignete Mechanismen einer dadurch motivierten faktischen Diskriminierung entgegenwirken. Das Austarieren dieser zueinander in Wechselwirkung stehenden Aspekte muss das zentrale Ziel des mutterschutzspezifischen Entgeltsschutzes sein.

## 3. Gegenstand und Gang der Untersuchung

Hieraus folgt unmittelbar das Ziel dieses Beitrags, die Entgeltersatzregelungen des 2018 in Kraft getretenen reformierten Mutterschutzrechts auf die Erreichung dieses Einklangs von Gesundheits- und Diskriminierungsschutz hin zu untersuchen. Dazu werden zunächst die unions- und verfassungsrechtlichen Anforderungen an den mutterschutzspezifischen Entgeltsschutz im Hinblick auf beide Aspekte und die zwischen ihnen bestehenden Wechselwir-

kungen ermittelt. Anschließend wird deren Umsetzung durch die Entgeltersatzregelungen des 2018 reformierten Mutterschutzgesetzes untersucht.

## II. Anforderungen an den mutterschutzspezifischen Entgeltsschutz

### 1. Anforderungen aus dem Unionsrecht – Richtlinie 92/85/EWG

Die am 19. Oktober 1992 verabschiedete RL 92/85/EWG<sup>6</sup> stellt die zehnte Einzelrichtlinie zur Arbeitsschutzrahmenrichtlinie 89/391/EWG dar. Wie diese wurde die Mutterschutz-Richtlinie auf den Kompetenztitel des damaligen Art. 118a EWG gestützt, welcher zur Schaffung von Richtlinien zum Zweck des Gesundheitsschutzes ermächtigte.<sup>7</sup> Dementsprechend benennt Art. 1 Abs. 1 RL 92/85/EWG den Gesundheitsschutz schwangerer, kürzlich entbundener und stillender Arbeitnehmerinnen am Arbeitsplatz als ihr Ziel. Die enge Verknüpfung mit Fragen der Chancengleichheit und der Vereinbarkeit von Familie und Beruf zeigt sich dabei insbesondere im Zusammenspiel der dazu existierenden EU-Vorschriften mit der Mutterschutz-Richtlinie.

In Art. 28 der Richtlinie 2006/54/EG<sup>8</sup> ist geregelt, dass Bestimmungen zum Schutz von Schwangeren und Müttern nicht gleichbehandlungswidrig, sondern umgekehrt als Instrument zur Geschlechtergleichstellung erwünscht sind.<sup>9</sup> Gleichzeitig stellt Ewg. Nr. 9 der Mutterschutz-Richt-

3 jurisPK VvFuB-*Nebe* (Fn. 1), Kap. 5.1 Vorb. Rn. 11.

4 Sofern nicht explizit nur Frauen bezeichnet werden, wird in diesem Beitrag aus Platzgründen das generische Maskulinum verwendet. Hiermit sind jeweils Personen jeder Geschlechtsidentität gemeint.

5 Zur Wechselwirkung zwischen Schutzvorschriften und faktischer Diskriminierung allg. vgl. *Krause*, FS Pfarr, 2010, S. 392–404; bezogen auf den Mutterschutz *Beetz*, in: Kohte/Faber/Feldhoff (Hrsg.), *Gesamtes Arbeitsschutzrecht, Handkommentar*, 2. Aufl., Baden-Baden 2018 (im Folgenden: *HK-ArbschR*), MuSchG Rn. 4.

6 Richtlinie 92/85/EWG über die Durchführung von Maßnahmen zur Verbesserung der Sicherheit und des Gesundheitsschutzes von schwangeren Arbeitnehmerinnen, Wöchnerinnen und stillenden Arbeitnehmerinnen am Arbeitsplatz.

7 Vgl. Ewg. 1 ff. der Richtlinie 92/85/EWG.

8 Wie schon in den Vorgängernormen Art. 2 Abs. 3, später Abs. 7 RL 76/207/EWG.

9 Zu diesem Verständnis vgl. Ewg. 24 der Richtlinie 2006/54/EG; EuGH, 16.9.1999 – C-218/98 – Slg. 1999, I-5723 (*Abdoulaye*), Rn. 16 ff.; *Kocher*, *Europäisches Arbeitsrecht*, Baden-Baden 2016, § 5 Rn. 39; *EnzEur-Nebe* (Fn. 2), § 17 Rn. 9; *Risak*, in: Franzen/Gallner/Oetker (Hrsg.), *Kommentar zum europäischen Arbeitsrecht*, 3. Aufl., München 2020 (im Folgenden: *EuArbR*), Art. 28 RL 2006/54/EG Rn. 1 ff. Vielmehr stellt die Nichtvornahme von Maßnahmen des mutterschutzspezifischen Gesundheitsschutzes eine unmittelbare Diskriminierung aufgrund des Geschlechts dar, vgl. EuGH, 19.10.2017 – C-531/15 – NZA 2017, 1448 (*Otero Ramos*), Rn. 60 ff.; zust. *Nebel/Tschech*, *jurisPR-ArbR* 4/2019, Anm. 2.

linie klar, dass die in der RL vorgesehenen Maßnahmen des Gesundheitsschutzes nicht zu Benachteiligungen führen und die Gleichbehandlungs-Richtlinie (heute Richtlinie 2006/54/EG)<sup>10</sup> nicht beeinträchtigen dürfen.<sup>11</sup> Dies ist unmittelbar mit der Spruchpraxis des EuGH, wonach eine Benachteiligung im Zusammenhang mit Schwanger- oder Mutterschaft eine unmittelbare Benachteiligung aufgrund des Geschlechts darstellt,<sup>12</sup> verknüpft, die nunmehr auch in Art. 2 Abs. 2c RL 2006/54/EG kodifiziert ist.

Der Schutz vor solchen Benachteiligungen und die Teilhabe am Arbeitsleben werden nach der Mutterschutz-Richtlinie neben dem besonderen Kündigungsschutz (Art. 10 RL 92/85/EWG)<sup>13</sup> insbesondere dadurch gewährleistet, dass eine vollständige Freistellung von der Arbeit nur als ultima ratio des Gesundheitsschutzes vorgesehen ist (Art. 5 RL 92/85/EWG), also ein Weiterarbeiten während der Schwangerschaft der Regelfall sein muss.<sup>14</sup> Ewg. Nr. 9 und die Regelungen der Mutterschutz-Richtlinie zeigen somit, dass die Gefahr einer Diskriminierung als faktische Folge des besonderen Gesundheitsschutzes bei der Schaffung der Richtlinie erkannt und Regelungen gerade zu deren Vermeidung getroffen wurden.<sup>15</sup>

Aus der Mutterschutz-Richtlinie in Zusammenschau mit der Richtlinie 2006/54/EG sowie den Grundrechten auf Geschlechtergleichstellung (Art. 23 GRCh) und auf Vereinbarkeit von Familien- und Berufsleben (Art. 33 GRCh) ergibt sich, dass bei der Umsetzung des mutterschutzspezifischen Gesundheitsschutzes die Teilhabe von Frauen am Arbeitsleben sichergestellt sein muss.<sup>16</sup> Gesundheits- und Diskriminierungsschutz müssen gleichzeitig jeweils bestmöglich gewährleistet werden, vergleichbar mit dem Konzept der praktischen Konkordanz aus dem deutschen Verfassungsrecht.<sup>17</sup> Die Frage, ob ein solches Austarieren dieser Anliegen gelingt, ist auch bei der Untersuchung der Richtlinien-Vorgaben und ihrer Umsetzung im deutschen Recht von besonderer Bedeutung.

Entsprechend der Notwendigkeit, Gesundheitsschutz und Teilhabe von schwangeren, kürzlich entbundenen und stillenden Arbeitnehmerinnen bestmöglich zu vereinbaren, gestaltet die Mutterschutz-Richtlinie die zu treffenden betrieblichen Schutzmaßnahmen gestuft aus. Ergibt sich bei der mutterschutzspezifischen Gefährdungsbeurteilung (Art. 4 RL 92/85/EWG) ein Risiko, so ist nach Art. 5 Abs. 1 RL 92/85/EWG vorrangig der Arbeitsplatz umzugestalten. Nur wenn dies nicht möglich ist, darf nach Art. 5 Abs. 2 RL 92/85/EWG ein Arbeitsplatzwechsel

erfolgen und erst wenn auch dies undurchführbar ist, ist als ultima ratio eine Beurlaubung vorzunehmen.<sup>18</sup> Auch bei Nacharbeit ist nach Art. 7 Abs. 2 RL 92/85/EWG die Umsetzung auf einen Tagarbeitsplatz gegenüber einer Beurlaubung vorrangig. Soweit es der Gesundheitsschutz erlaubt, ist die Beschäftigung also zu erhalten.<sup>19</sup>

Nach Art. 8 der Richtlinie ist für insgesamt vierzehn Wochen, in der Zeit kurz vor und nach der Entbindung, Mutterschaftsurlaub zu gewähren.<sup>20</sup> Die Gesundheitschutzmaßnahmen werden durch Kündigungsschutzvorschriften (Art. 10 RL 92/85/EWG) und den im Folgenden näher zu erörternden, in Art. 11 RL 92/85/EWG geregelten Entgeltsschutz flankiert.

Zu den Entgeltersatzregelungen in Art. 11 der Mutterschutz-Richtlinie führen die Ewg. Nr. 16 und 17 aus, dass arbeitsorganisatorische Maßnahmen des Gesundheitsschutzes sowie die Regelungen zum Mutterschaftsurlaub ohne gleichzeitige Gewährung von Entgeltersatzleistungen praktisch wirkungslos wären. Diese Annahme entspricht den dargestellten Beobachtungen aus der Vergangenheit.<sup>21</sup> Die elementare Bedeutung der Leistungsgewährung für die Wirksamkeit des Gesundheitsschutzes von Müttern ermöglicht auch eine unionsrechtliche Regelung von Entgeltersatzleistungen in der auf Gesundheitsschutz gestützten Mutterschutz-Richtlinie trotz der Bereichsausnahme

10 Zum Zeitpunkt der Normentstehung: Richtlinie 76/207/EWG.

11 Bezogen auf das Entgelt findet sich diese Überlegung im nationalen Recht etwa in § 8 Abs. 2 AGG wieder, vgl. dazu *Feldhoff*, jurisPR-ArbR 33/2016, Anm. 2.

12 Erstmals EuGH, 8.11.1990 – C-177/88 – Slg. 1990, I-3941 (Dekker), Rn. 12; EuGH 5.5.1994 – C-421/92 – Slg. 1994, I-1657 (Habermann-Beltermann), Rn. 15; dazu auch *Nebe/Tschech*, jurisPR-ArbR 4/2019, Anm. 2.

13 Diesen betont jurisPK VvFuB-Kothe (Fn. 1), Kap. 2 Rn. 9 als Antidiskriminierungsausprägung des Mutterschutzrechts.

14 *Nebe*, ZESAR 2019, 197, 200 betont, dass Art. 5 RL 92/85/EWG Diskriminierungsschutz bezweckt.

15 Darauf weist auch *Nebe*, ZESAR 2011, 10 hin.

16 Zum Teilhabeaspekt der Mutterschutz-Richtlinie und dem Zusammenhang mit den europäischen Grundrechten siehe auch *Nebe/Tschech*, jurisPR-ArbR 6/2020, Anm. 5.

17 Dazu ausführlich *Nebe*, Betrieblicher Mutterschutz (Fn. 1), S. 121 ff.; *EnzEur-Nebe* (Fn. 2), § 17 Rn. 14.

18 Ausdr. EuGH, 19.11.1998 – C-66/96 – Slg. 1998, I-7327 (Pedersen); EuGH, 1.7.2010 – C-194/08 – Slg. 2010, I-6281 (Gassmayr), Rn. 35 f.; EuGH, 1.7.2010 – C-471/08 – Slg. 2010, I-6553 (Parviainen), Rn. 31 f.

19 Vgl. *Brose*, in: Preis/Sagan (Hrsg.), Europäisches Arbeitsrecht, Grundlagen – Richtlinien – Folgen für das deutsche Recht, 2. Aufl., Köln 2019, Rn. 9.85 f., 9.147; *Nebe*, in: *EnzEur* (Fn. 2), § 17 Rn. 34.

20 Hierzu ausführlich *Brose*, in: Preis/Sagan (Fn. 19), Rn. 9.149 ff.; *EnzEur-Nebe* (Fn. 2), § 17 Rn. 3 ff.

21 Vgl. auch *Nebe*, Betrieblicher Mutterschutz (Fn. 1), S. 139; *EnzEur-Nebe* (Fn. 2), § 17 Rn. 35.

für das Arbeitsentgelt aus Art. 153 Abs. 5 AEUV.<sup>22</sup> Die Entgeltersatzansprüche<sup>23</sup> nach Art. 11 Mutterschutz-Richtlinie sollen im Folgenden näher erläutert werden.

#### a) Leistungen bei Gesundheitsschutzmaßnahmen außerhalb des Mutterschaftsurlaubs

Nach Art. 11 Nr. 1 RL 92/85/EWG müssen in den in Art. 5, 6 und 7 der Richtlinie genannten Fällen – also bei mutterschutzbedingter Anpassung der Arbeitsbedingungen, Arbeitsplatzwechsel oder Beurlaubung außerhalb des Mutterschaftsurlaubs – die Fortzahlung eines Arbeitsentgelts und/oder ein Anspruch auf eine angemessene Sozialleistung entsprechend den einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und/oder Gepflogenheiten gewährleistet sein. Die Mitgliedstaaten können somit ausdrücklich eine Gestaltung durch Entgeltfortzahlung, Sozialleistungen oder eine Kombination aus beidem wählen.<sup>24</sup>

#### (1) Leistungen bei Umgestaltung oder Umsetzung

In der Rs. *Parviainen*<sup>25</sup> stellte der EuGH Grundsätze für Ansprüche bei mutterschutzbedingtem Arbeitsplatzwechsel auf. Die dortigen Überlegungen lassen sich aber auch auf mutterschutzbedingte Änderungen der Arbeitsbedingungen übertragen.

Frau Parviainen war als Kabinenchefin bei einer finnischen Fluggesellschaft beschäftigt. Aufgrund von Strahlungsrisiken wurde ihr für die Dauer ihrer Schwangerschaft eine Bürotätigkeit zugewiesen. Zuvor hatte ein großer Teil ihres Gehaltes (ca. 40 %) aus Zulagen bestanden.<sup>26</sup> Nach der Umsetzung wurden ihr viele dieser Zulagen nicht mehr ausgezahlt, sodass ihr Durchschnittsgehalt um etwa ein Viertel sank. Das Gericht, vor dem sie sich hiergegen wehrte, legte dem EuGH Vorlagefragen zur Auslegung von Art. 11 Nr. 1 RL 92/85/EWG vor.

Der EuGH betonte, dass die genaue Ausgestaltung des Entgeltfortzahlungsanspruchs bei schwangerschaftsbedingtem Arbeitsplatzwechsel im Ermessen der Mitgliedstaaten stehe. Diese müssten hierbei allerdings das Richtlinienziel des Gesundheitsschutzes und darüber hinaus die Tatsache beachten, dass, anders als beim Mutterschaftsurlaub, die Frau weiterhin Arbeitsleistungen für den Arbeitgeber erbringt.<sup>27</sup> Aus diesem Grund sei die Rechtsprechung des Gerichtshofs zur Angemessenheit der Leistungen während des Mutterschaftsurlaubs (Art. 11 Nr. 2 iVm. Nr. 3 RL 92/85/EWG)<sup>28</sup> nicht auf die Auslegung von Art. 11 Nr. 1 der Mutterschutz-Richtlinie übertragbar, denn es sei mit

der praktischen Wirksamkeit des Gesundheitsschutzes unvereinbar, wenn trotz erbrachter Arbeitsleistung das Entgelt der Arbeitnehmerin auf das Niveau bei Krankheit zu erbringenden Sozialleistungen gekürzt werde.<sup>29</sup>

Diese Überlegungen führen nach Ansicht des EuGH jedoch nicht zu einer Verpflichtung der Mitgliedstaaten, Regelungen zu schaffen, die vorsehen, dass im Falle eines mutterschutzbedingten Arbeitsplatzwechsels das bisherige Durchschnittsentgelt weiterzuzahlen ist.<sup>30</sup> Er argumentiert hierbei zunächst mit dem Wortlaut von Art. 11 Nr. 1 RL 92/85/EWG, wonach in den meisten Sprachfassungen die Fortzahlung »eines« und gerade nicht »des« Arbeitsentgelts zu gewährleisten ist.<sup>31</sup> Dies erscheint zwar schlüssig, wird aber als recht formalistisch eingestuft.<sup>32</sup> Zu Recht wird darauf hingewiesen, dass der grammatikalischen Auslegung im Unionsrecht aufgrund der Unmöglichkeit, exakt gleichbedeutende Übersetzungen in sämtlichen Amtssprachen der Mitgliedstaaten zu schaffen, keine dem nationalen Recht vergleichbare Bedeutung beigemessen werden darf.<sup>33</sup>

Weiterhin verweist der Gerichtshof auf seine Rechtsprechung zur Entgeltgleichheit (heute geregelt in Art. 157 AEUV), wonach tatsächliche Umstände hinsichtlich der Art einer Tätigkeit und der Bedingungen ihrer Ausführung ggf. als objektive Faktoren anzusehen sind, die Unterschiede beim Entgelt rechtfertigen können und keine Benachteiligung aus Gründen des Geschlechts darstellen.<sup>34</sup> Hieraus schließt der EuGH, dass vor dem Hintergrund von Art. 11 Abs. 1 RL 92/85/EWG neben dem

22 Vgl. *EnzEur-Nebe* (Fn. 2), § 17 Rn. 35.

23 Daneben regelt Art. 11 RL 92/85/EWG den Erhalt sonstiger mit dem Arbeitsvertrag verbundener Rechte.

24 Vgl. zu diesem Verständnis auch *Nebe*, ZESAR 2011, 10, 14.

25 EuGH, 1.7.2010 – C-471/08 – Slg. 2010, I-6553 (*Parviainen*).

26 Bspw. für Langstreckenflüge, Nachtarbeit und Flüge mit Zeitverschiebung.

27 EuGH, 1.7.2010 – C-471/08 – Slg. 2010, I-6553 (*Parviainen*), Rn. 55 f.

28 Dazu sogleich, II.1.b).

29 EuGH, 1.7.2010 – C-471/08 – Slg. 2010, I-6553 (*Parviainen*), Rn. 38 ff.

30 EuGH, 1.7.2010 – C-471/08 – Slg. 2010, I-6553 (*Parviainen*), Rn. 62.

31 EuGH, 1.7.2010 – C-471/08 – Slg. 2010, I-6553 (*Parviainen*), Rn. 50. So werden bspw. auch in der englischen (»a payment«), französischen (»une rémunération«) und spanischen (»un remuneración«) Fassung unbestimmte Artikel verwendet.

32 *Höpfner*, EuZA 2001, 223, 226; *Junker*, NZA 2011, 959, 954; *Schubert/Jerchel*, EuZW 2010, 687, 693.

33 *Höpfner*, EuZA 2001, 223, 226.

34 EuGH, 1.7.2010 – C-471/08 – Slg. 2010, I-6553 (*Parviainen*), Rn. 52; zuvor EuGH, 30.3.2000 – C-236/98 – Slg. 2000, I-2189 (*JämÖ*), Rn. 52.

Grundgehalt Zulagen weiter zu zahlen seien, die an die berufliche Stellung (etwa an die Dauer der Betriebszugehörigkeit) anknüpfen, während Zulagen, die von der Ausübung einer bestimmten Tätigkeit abhängen und wesentlich dazu dienen, mit dieser Tätigkeit verbundene Nachteile auszugleichen, nicht weiter zu zahlen seien.<sup>35</sup>

Hinsichtlich der erstgenannten personenbezogenen Zulagen ist der Entscheidung zuzustimmen. Eine schwangerschaftsbedingte Umsetzung ändert nichts an der persönlichen Stellung der Arbeitnehmerin im Betrieb. Eine Kürzung personenbezogener Zulagen wäre eine Schlechterbehandlung aufgrund der Schwangerschaft und somit nach Art. 2 Abs. 2c RL 2006/54/EG eine unzulässige Diskriminierung aufgrund des Geschlechts.<sup>36</sup>

In Bezug auf die tätigkeitsbezogenen Zulagen wird die Sichtweise des Gerichtshofs jedoch dem Ziel eines effektiven Gesundheitsschutzes nicht gerecht. Wie sich bei Frau Parviainen beispielhaft zeigt, können tätigkeitsbezogene Zulagen einen großen Teil der Gesamtvergütung ausmachen, deren Wegfall die Aufrechterhaltung des bisherigen Lebensstandards unmöglich macht. Das kann dazu führen, dass Frauen ihre Schwangerschaft verschweigen<sup>37</sup> und infolgedessen trotz bestehender Gefahren keine arbeitsorganisatorischen Maßnahmen getroffen werden. Dies läuft dem auch in Ewg. Nr. 16 zur Mutterschutz-Richtlinie betonten Zweck des Entgeltsschutzes, die praktische Wirkung des Gesundheitsschutzes zu ermöglichen, zuwider.<sup>38</sup>

Zudem bietet das Ausklammern tätigkeitsbezogener Zulagen Arbeitgebern die Möglichkeit, Entgeltfortzahlungen bei schwangerschaftsbedingten Umsetzungen zu verringern, indem das Grundgehalt gering angesetzt und Tätigkeiten im Hinblick auf die Entlohnung so aufgespalten werden, dass das Gros des Gehaltes aus tätigkeitsbezogenen Zulagen besteht. Dies birgt eine erhebliche Missbrauchsfahr.<sup>39</sup> Durch die Option einer solchen Vorgehensweise wäre gerade nicht sichergestellt, dass das ausgezahlte Entgelt nicht, wie der EuGH verlangt, auf oder unter das durch Art. 11 Abs. 3 RL 92/85/EWG für den Mutterschaftsurlaub vorgegebene Niveau sinkt.

Auch ist die Unterscheidung zwischen personen- und tätigkeitsbezogenen Zulagen nicht immer einfach, wie sich beispielhaft an Zulagen für leitende Positionen zeigt, die eine Arbeitnehmerin bei einer Umsetzung zwar formal innehat, aber die damit zusammenhängenden Leitungsaufgaben vorübergehend nicht wahrnimmt.<sup>40</sup> Die

Abgrenzungsschwierigkeiten führen zu Rechtsunsicherheit. Nach alledem ist der Ansicht des EuGH, tätigkeitsbezogene Zulagen seien nicht zwingend weiter zu gewähren, nicht zuzustimmen.

Weiterhin führt der Gerichtshof aus, dass das ausgezahlte Entgelt nach vorübergehender Zuweisung eines anderen Arbeitsplatzes nicht geringer sein dürfe als das Entgelt regulär auf diesem Arbeitsplatz Beschäftigter.<sup>41</sup> Dem ist zuzustimmen, denn eine geringere Entlohnung gleicher Arbeit aus dem Grund, dass diese schwangerschaftsbedingt vorübergehend verrichtet wird, verstieße wiederum gegen die Richtlinie 2006/54/EG und den Grundsatz der Entgeltgleichheit.<sup>42</sup>

Schließlich weist der EuGH darauf hin, dass Art. 11 Nr. 1 RL 92/85/EWG lediglich einen Mindestschutz gewährt und es den Mitgliedstaaten freisteht, Regelungen zu treffen, die zur Weiterzahlung aller Entgeltbestandteile inklusive sämtlicher Zulagen verpflichten.<sup>43</sup> Klarstellend hätte hierzu noch ausgeführt werden können, dass die Mitgliedstaaten hierbei allerdings beachten müssen, dass bei vorübergehender Zuweisung einer höherwertigen Tätigkeit angesichts der soeben erläuterten Untergrenze (Höhe des Gehaltes regulär auf dem neuen Arbeitsplatz Beschäftigter) die Weiterzahlung des vorherigen Entgelts nicht ausreicht und der Gestaltungsspielraum der Mitgliedstaaten insoweit eingeschränkt ist.<sup>44</sup>

35 EuGH, 1.7.2010 – C-471/08 – Slg. 2010, I-6553 (Parviainen), Rn. 60f.

36 Ähnlich Höpfner, EuZA 2011, 223, 230.

37 Oder sich sogar aus Angst vor Gehaltseinbußen gegen eine Schwangerschaft entscheiden, so Donath, ZESAR 2011, 126, 136, bezüglich ders. Differenzierung bei Ansprüchen während Beurlaubung und Mutterschaftsurlaub im Urteil Gassmayr (dazu sogleich).

38 Nebe, ZESAR 2011, 10, 15; EnzEur-Nebe (Fn. 2), § 17 Rn. 25; ähnlich Epiney, NVwZ 2011, 1425, 1432, die daraus folgert, dass zumindest, wenn sonst der Lebensstandard der Betroffenen spürbar sinkt, tätigkeitsbezogene Zulagen nicht im vollen Umfang wegfallen dürfen. Dies würde jedoch zu Schwierigkeiten bei der Grenzziehung führen.

39 Nebe, ZESAR 2011, 10, 15; Donath, ZESAR 2011, 126, 135 zu Gassmayr.

40 So nimmt etwa Höpfner, EuZA 2001, 223, 230f., anders als der EuGH, an, Zulagen für leitende Positionen und berufl. Qualifikationen seien tätigkeits- und nicht personenbezogen, da ein Arbeitgeber aus diesen nur solange einen marktwirtschaftlichen Nutzen ziehe, wie die Person auch auf dem für sie vorgesehenen Arbeitsplatz tätig wird. Obwohl dem iE. nicht zuzustimmen ist, ist diese Argumentation durchaus nachvollziehbar, was wiederum die Abgrenzungsschwierigkeiten verdeutlicht.

41 EuGH, 1.7.2010 – C-471/08 – Slg. 2010, I-6553 (Parviainen), Rn. 58.

42 Auch Höpfner, EuZA 2011, 223, 229 stimmt dem EuGH hier zu, allerdings unter Hinweis auf den allg. arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz.

43 EuGH, 1.7.2010 – C-471/08 – Slg. 2010, I-6553 (Parviainen), Rn. 63f.

44 Darauf weist Höpfner, EuZA 2011, 223, 230 hin.

## (2) Leistungen bei Beurlaubung iSv. Art. 5 Abs. 3 RL 92/85/EWG

In der Rs. *Gassmayr*<sup>45</sup> konkretisierte der EuGH die Anforderungen an die Entgeltersatzleistungen bei Beurlaubung außerhalb des Mutterschaftsurlaubs (Art. 5 Abs. 3 RL 92/85/EWG) sowie während des Mutterschaftsurlaubs (Art. 8 RL 92/85/EWG).

Frau Gassmayr war als Ärztin in einem österreichischen Krankenhaus tätig. Sie erhielt für über im Dienstplan vorgeschriebene Arbeitszeiten hinaus geleistete Arbeitsstunden eine sogenannte Journaldienstzulage. Während ihrer Schwangerschaft wurde sie aufgrund eines ärztlichen Beschäftigungsverbotens nicht beschäftigt, woran sich die vor- und nachgeburtlichen Schutzfristen anschlossen. Während ihrer Nichtbeschäftigung erhielt sie entsprechend der österreichischen Rechtslage weiterhin ihr Grundgehalt und andere Zulagen, jedoch wegen des Wegfalls der Journaldienste keine Journaldienstzulage mehr. Infolgedessen kam es zu einem gerichtlichen Verfahren, im Rahmen dessen der EuGH prüfen musste, ob das Vorenthalten der Journaldienstzulage gegen die Richtlinie 92/85 EWG verstieß. Der Gerichtshof trennte bei seinen Überlegungen zwischen den Leistungen vor und während der Schutzfrist.<sup>46</sup>

Im Hinblick auf die Entgeltersatzleistungen während der Beurlaubung iSv. Art. 5 Abs. 3 RL 92/85/EWG, das heißt während der Freistellung zum Zweck des Gesundheitsschutzes außerhalb des Mutterschaftsurlaubs nach Art. 8 der Richtlinie, unterscheidet sich das vom EuGH gefundene Ergebnis und seine Begründung nicht von den Ausführungen in der Rs. *Parviainen*.<sup>47</sup> Mit denselben Erwägungen zum Wortlaut von Art. 11 RL 92/85/EWG, dem Schutzzweck der Richtlinie und der Rechtsprechung zur Entgeltgleichheit kommt der EuGH zu dem Schluss, dass Grundgehalt und personenbezogene Zulagen zwingend weiter zu zahlen seien, tätigkeitsbezogene Zulagen jedoch nicht.<sup>48</sup> Dies ruft dieselben Bedenken wie gegen die *Parviainen*-Entscheidung hervor. Die Annahme, tätigkeitsbezogene Zulagen dürften während einer Beurlaubung wegfallen, ist auch diesbezüglich abzulehnen. Nach hier vertretener Auffassung müssen die Leistungen auch hier dem vorherigen Gehalt inklusive aller Zulagen entsprechen.

### b) Leistungen während des Mutterschaftsurlaubs

Für die Zeit des Mutterschaftsurlaubs (Art. 8 RL 92/85/EWG) schreibt Art. 11 Nr. 2b RL 92/85/EWG vor, dass die Fortzahlung eines Arbeitsentgelts und/oder der Anspruch

auf eine angemessene Sozialleistung gewährleistet sein müssen. Wiederum können die Mitgliedstaaten damit wählen, ob sie eines dieser Instrumente oder eine Kombination aus beiden wählen. Art. 11 Nr. 3 RL 92/85/EWG konkretisiert den Begriff der angemessenen Sozialleistung dahingehend, dass diese mindestens den Bezügen entsprechen muss, die die betreffende Arbeitnehmerin im Falle einer krankheitsbedingten Unterbrechung der Erwerbstätigkeit erhielt.

Zu den Leistungen während des Mutterschaftsurlaubs hat der EuGH seit den neunziger Jahren eine umfassende Rechtsprechung entwickelt. Schon vor Schaffung der Mutterschutz-Richtlinie hatte er entschieden, dass während des Mutterschaftsurlaubs nicht die Zahlung des vollen Gehaltes gewährleistet sein müsse, die Ansprüche der Arbeitnehmerinnen jedoch nicht so niedrig sein dürften, dass der Zweck des Mutterschaftsurlaubs, die Mutter vor und nach der Entbindung zu schützen, unterlaufen wird.<sup>49</sup>

Mit Inkrafttreten der Richtlinie 92/85/EWG erhielten die Mitgliedstaaten in Art. 11 Nr. 3 konkrete Vorgaben für den Fall einer Umsetzung mithilfe von Sozialleistungen. Zu erwähnen ist dabei allerdings, dass der Grad der Schutzzweckerreichung durch die getroffene Regelung davon abhängt, wie hoch die als Mindesthöhe gewählten Sozialleistungen bei gesundheitsbedingter Erwerbsunterbrechung in den jeweiligen Mitgliedstaaten sind. Auch kommt es auf die Voraussetzungen eines solchen Anspruchs an. Bei Frauen, die nach nationalem Recht keinen Anspruch auf eine derartige Sozialleistung haben, fehlt nach dem Wortlaut der Richtlinie eine Mindesthöhe (»mindestens [die Bezüge], die die betreffende Arbeitnehmerin [...] erhalten würde«).

Nach ständiger Rechtsprechung des EuGH müssen der Arbeitnehmerin Bezüge der in Art. 11 Nr. 3 RL 92/85/EWG genannten Höhe auch dann gewährleistet sein, wenn der betreffende Mitgliedstaat Art. 11 Nr. 2b der Mutterschutz-Richtlinie durch Schaffung eines Entgeltfortzah-

<sup>45</sup> EuGH, 1.7.2010 – C-194/08 – Slg. 2010, I-6281 (*Gassmayr*).

<sup>46</sup> EuGH, 1.7.2010 – C-194/08 – Slg. 2010, I-6281 (*Gassmayr*), Rn. 55f. Zu Letzteren sogleich, II.1.b).

<sup>47</sup> Der EuGH nimmt auf *Parviainen* ausdrücklich Bezug: EuGH, 1.7.2010 – C-194/08 – Slg. 2010, I-6281 (*Gassmayr*), Rn. 65. Mit Verweis auf die identische Argumentation werden beide Entscheidungen in der Literatur häufig zusammen erörtert, etwa bei *Brose*, in: *Preis/Sagan* (Fn. 19), Rn. 9.209; *Junker*, NZA 2011, 950, 954f.

<sup>48</sup> EuGH, 1.7.2010 – C-194/08 – Slg. 2010, I-6281 (*Gassmayr*), Rn. 60–76.

<sup>49</sup> EuGH, 13.2.1996 – C-342/93 – Slg. 1996, I-475 (*Gillespie*), Rn. 20; Bezogen auf den Schutzzweck der Mutterschutz-Richtlinie ähnlich auch EuGH, 14.7.2016 – C-335/15 – NZA 2016, 933 (*Ornano*), Rn. 40, 42.



lungsanspruches umsetzt. Trotz des anderslautenden Wortlautes muss die in Art. 11 Nr. 3 RL 92/85/EWG getroffene Konkretisierung der Angemessenheit daher auch für die Entgeltfortzahlung gelten, sodass die Norm eine einheitliche Untergrenze für die Ansprüche während des Mutterschaftsurlaubs darstellt.<sup>50</sup>

Der Gerichtshof geht in ständiger Rechtsprechung weiterhin davon aus, dass sich aus der Richtlinie kein Anspruch auf Fortzahlung des vollen Gehaltes ergebe.<sup>51</sup> Hierzu weist er wiederum in der Rs. *Ornano* explizit darauf hin, dass nach Art. 11 Nr. 2b RL 92/85/EWG nur die Zahlung »eines Entgelts«, nicht aber des »vollen Entgelts« gefordert werden kann.<sup>52</sup> An entsprechender Stelle erfolgt in den einschlägigen Entscheidungen zudem die Erläuterung, eine Arbeitnehmerin im Mutterschaftsurlaub befindet sich in einer besonderen Schutzsituation, die nicht mit der einer tatsächlich arbeitenden Person vergleichbar sei. Ein Verstoß gegen das Gebot der Entgeltgleichheit komme daher schon wegen des Fehlens zweier vergleichbarer Gruppen nicht in Betracht.<sup>53</sup> Der EuGH stellte aber auch hier wiederholt klar, dass es den Mitgliedstaaten freistehe, über die Mindestanforderungen von Art. 11 Nr. 2b iVm. Nr. 3 RL 92/85/EWG hinauszugehen und etwa einen Anspruch auf Fortzahlung des vollen Entgelts zu regeln.<sup>54</sup>

Die Begründung der Geltung von Art. 11 Nr. 3 RL 92/85/EWG auch für die Entgeltfortzahlung ist plausibel. Legt man diese Lesart zugrunde, so lässt die Richtlinie ausdrücklich arbeitgeberseitige Zahlungen in Höhe der Sozialleistungen bei Unterbrechung der Erwerbstätigkeit aus gesundheitlichen Gründen genügen. Im Hinblick auf den Richtlinien-Text selbst ist diese Rechtsprechung konsequent.

Das Vergleichsgruppenargument des EuGH kann dagegen nicht überzeugen: Der mindestens vierzehnwöchige Mutterschaftsurlaub ist in Art. 8 RL 92/85/EWG vorgeschrieben. Wenn der EuGH argumentiert, die Situation einer im Mutterschaftsurlaub befindlichen Frau sei nicht mit der einer arbeitenden Person vergleichbar, verkürzt er diesen Zusammenhang. Es handelt sich nicht um von vornherein unvergleichbare tatsächliche Gegebenheiten. Vielmehr entsteht der Unterschied – das Aussetzen der Arbeit während des Mutterschaftsurlaubs – erst aufgrund der Richtlinienvorgabe durch entsprechende nationale Vorschriften. Es handelt sich um einen rechtlich und nicht tatsächlich bedingten Unterschied.

Die Pflicht, Mutterschaftsurlaub zu gewähren, knüpft an die Schwangerschaft bzw. an die kürzliche Entbindung

an. Gleiches gilt damit mittelbar auch für die Kürzung der Leistungen während des Mutterschaftsurlaubs. In der Gesamtschau gestatten der Wortlaut von Art. 11 Nr. 2b, Nr. 3 RL 92/85/EWG und die Rechtsprechung des EuGH also eine Leistungskürzung wegen der Schwanger- bzw. frühen Mutterschaft – und damit eine Benachteiligung aufgrund des Geschlechts (Art. 2 Abs. 2c RL 2006/54/EG, Art. 157 AEUV).<sup>55</sup> Angezeigt ist dagegen auch während des Mutterschaftsurlaubs die Fortzahlung des vollen Entgelts. Das ist auch im Hinblick auf den Gesundheitsschutz und damit den Richtlinienzweck zu befürworten, denn die Kürzung von Leistungen kann für den etwaigen Teil des Mutterschaftsurlaubs, den die Mitgliedstaaten nicht obligatorisch ausgestaltet haben, dazu führen, dass Frauen aus wirtschaftlichen Gründen weiterhin arbeiten, statt den Mutterschaftsurlaub in Anspruch zu nehmen.

Der Gerichtshof trägt dem Diskriminierungsverbot zumindest dadurch Rechnung, dass ihm zufolge im Falle einer Berechnung der Leistungen anhand des von der Arbeitnehmerin vor dem Mutterschaftsurlaub bezogenen Lohns Lohnerhöhungen während des Mutterschaftsurlaubs ab ihrem Inkrafttreten in die Berechnung einfließen müssen.<sup>56</sup>

### c) Bezahlte Freistellung für Untersuchungen

Über Art. 11 RL 92/85/EWG hinaus stellt auch Art. 9 RL 92/85/EWG eine Regelung des Entgeltersatzes dar. Hiernach sind Schwangere zur Wahrnehmung von Vorsorgeuntersuchungen ohne Gehaltseinbuße von der Arbeit freizustellen. Das Entgelt ist für diese Zeit also fortzuzahlen.<sup>57</sup>

50 EuGH, 27.10.1998 – C-411/96 – 1998, Slg. I-6401 (Boyle), Rn. 33 ff.; EuGH, 1.7.2010 – C-194/08 – Slg. 2010, I-6281 (Gassmayr), Rn. 82; davon ausgehend auch EuGH, 14.7.2016 – C-335/15 – NZA 2016, 933 (Ornano), Rn. 33, 36; zustimmend EuArbR-*Risak* (Fn. 9), Art. 11 RL/92/85/EWG Rn. 9, 11.

51 EuGH, 1.7.2010 – C-194/08 – Slg. 2010, I-6281 (Gassmayr), Rn. 83 ff.; EuGH, 14.7.2016 – C-335/15 – NZA 2016, 933 (Ornano), Rn. 31. In beiden Fällen durften aus Sicht des EuGH daher tätigkeitsbezogene Zulagen wegfallen, solange dadurch die Entgeltfortzahlung nicht unter das in Art. 11 Nr. 3 RL 92/85/EWG vorgeschriebene Niveau sinkt.

52 EuGH, 14.7.2016 – C-335/15 – NZA 2016, 933 (Ornano), Rn. 31.

53 EuGH, 13.2.1996 – C-342/93 – Slg. 1996, I-475 (Gillespie), Rn. 15 ff.; EuGH, 27.10.1998 – C-411/96 – Slg. 1998, I-6401 (Boyle), Rn. 40; EuGH, 14.7.2016 – C-335/15 – NZA 2016, 933 (Ornano), Rn. 39; zust. EuArbR-*Risak* (Fn. 9), Art. 11 RL/92/85/EWG Rn. 10; *Winzer*, ArbRAktuell 2016, 431.

54 EuGH, 1.7.2010 – C-194/08 – Slg. 2010, I-6281 (Gassmayr), Rn. 88 ff.; EuGH, 14.7.2016 – C-335/15 – NZA 2016, 933 (Ornano), Rn. 35.

55 Siehe dazu oben, II.1.

56 EuGH, 13.2.1996 – C-342/93 – Slg. 1996, I-475 (Gillespie), Rn. 22; EuGH, 30.3.2004 – C-147/02 – Slg. 2004, I-3127 (Alabaster), Rn. 47 ff.; EuGH, 14.7.2016 – C-335/15 – NZA 2016, 933 (Ornano), Rn. 40.

57 EuArbR-*Risak* (Fn. 9), Art. 9 RL 92/85/EWG Rn. 2.

#### d) Zwischenfazit

Zusammenfassend lassen sich folgende Anforderungen an den Entgeltsschutz aus der Mutterschutz-Richtlinie ableiten: Während einer mutterschutzbedingten Änderung der Arbeitsbedingungen, Umsetzung oder Beurlaubung muss das Entgelt fortgezahlt und/oder eine Sozialleistung erbracht werden. Entgegen der EuGH-Rechtsprechung müssen nach hier vertretener Ansicht die Leistungen dem vollen Gehalt inklusive *aller* Zulagen entsprechen. Bei der Zuweisung einer höherwertigen Tätigkeit muss eine Frau mindestens das Entgelt regulär dort Beschäftigter erhalten.

Nach Art. 11 Nr. 2b, Nr. 3 der Richtlinie muss während des Mutterschaftsurlaubs durch Entgeltfortzahlung und/oder Sozialleistungen mindestens Entgeltersatz in Höhe der Bezüge bei krankheitsbedingtem Aussetzen mit der Arbeit gewährt werden. Nach hier vertretener Auffassung gebieten Diskriminierungs- und Gesundheitsschutz jedoch auch hier, dass die Leistungen dem vorherigen Entgelt entsprechen müssen. Schließlich müssen Lohnerhöhungen während des Mutterschaftsurlaubs sich in der Höhe der Leistungen vollumfänglich niederschlagen.

## 2. Anforderungen nach dem Grundgesetz

### a) Einführung

Anders als im EU-Sekundärrecht finden sich im deutschen Verfassungsrecht naturgemäß keine konkreten Vorgaben zur Ausgestaltung der mutterschutzspezifischen Entgeltersatzleistungen. Der Mutterschutz nach deutschem Recht muss sich vielmehr, gerade auch bei der Umsetzung der europäischen Vorgaben, in den durch das Grundgesetz vorgegebenen Rahmen einfügen – und zwar sowohl in Bezug auf einen hinreichenden Gesundheits- und Diskriminierungsschutz als auch auf kollidierendes Verfassungsrecht.

Art. 6 Abs. 4 GG formuliert einen Anspruch von Müttern auf Schutz und Fürsorge der Gemeinschaft. Der Staat muss danach sicherstellen, dass die Nachteile und Gefahren, die durch Mutter- bzw. Schwangerschaft entstehen, ausgeglichen werden.<sup>58</sup> Bei der konkreten Ausgestaltung besteht ein weiter Spielraum,<sup>59</sup> es muss jedoch ein gewisser Mindestschutz gewährt werden.<sup>60</sup> Der mutterschutzspezifische Entgeltsschutz muss auch vor diesem Hintergrund seinen Zweck, einen effektiven Gesundheitsschutz zu gewährleisten, erfüllen. Auch dazu ermöglicht Art. 6 Abs. 4 GG Begünstigungen von Müttern und erlaubt

dahingehend eine Ungleichbehandlung iSv. von Art. 3 Abs. 1 GG.<sup>61</sup> Nicht übersehen werden darf, dass der Staat auch nach Art. 2 Abs. 2 GG zum Gesundheitsschutz gegenüber Müttern und ihren (auch ungeborenen) Kindern verpflichtet ist.<sup>62</sup>

Daneben ist von Bedeutung, ob die Verteilung der dadurch entstehenden Kostenlast dem Grundgesetz entspricht – insbesondere im Hinblick auf eine etwaige staatliche Leistungspflicht, die Grundrechte privater Zahlungspflichtiger und die Vorgaben aus Art. 3 GG.

### b) Einordnung: Beschluss des BVerfG vom 18. November 2003 – 1 BvR 302/96

Wegweisend für die verfassungsrechtliche Betrachtung des mutterschutzspezifischen Entgeltersatzes ist ein Beschluss des BVerfG vom 18. November 2003.<sup>63</sup> Für das Verständnis der darin angestellten Überlegungen, auf die im Folgenden zurückgegriffen wird, muss bereits an dieser Stelle die – größtenteils noch heute so bestehende – Konzeption des mutterschutzspezifischen Entgeltsschutzes im deutschen Recht beschrieben werden: Nach dem MuSchG ist während der Schutzfristen vor und nach der Entbindung von der Krankenkasse Mutterschaftsgeld zu zahlen (§ 13 MuSchG aF.; § 19 MuSchG nF.), welches vom Arbeitgeber bezuschusst wird (§ 14 MuSchG aF.; § 20 MuSchG nF.). Entgeltersatz außerhalb der Schutzfristen wird vom Arbeitgeber als Mutterschutzlohn (§ 11 MuSchG aF.; § 18 MuSchG nF.) geleistet.

58 Aabel, Der verfassungsrechtliche Mutterschutz, Berlin 2009 [zugl. Münster (Westf.), Univ., Diss. 2002/2003], S. 69, 91; Brosius-Gersdorf, in: Dreier (Hrsg.), GG-Kommentar, Band 1, 3. Aufl., Heidelberg/Tübingen 2013 (im Folgenden: Dreier), Art. 6 Rn. 210; von Coelln, in: Sachs (Hrsg.), Grundgesetz: Kommentar, 8. Aufl., München 2018 (im Folgenden: Sachs), Art. 6, Rn. 90.

59 BVerfG, 18.11.2003 – 1 BvR 302/96 – BVerfGE 109, 64, 87 f.; Uhle, in: Epping/Hillgruber (Hrsg.), Beck'scher Onlinekommentar Grundgesetz, 43. Ed., München 2020 (im Folgenden: BeckOK GG), Art. 6 Rn. 71; Sachs-von Coelln (Fn. 58), Art. 6 Rn. 91.

60 Aabel, Der verfassungsrechtliche Mutterschutz (Fn. 58), S. 213 f.; BeckOK GG-Uhle (Fn. 59), Art. 6 Rn. 71; Sachs-von Coelln (Fn. 58), Art. 6 Rn. 91 mit konkreten Mindestanforderungen.

61 Aabel, Der verfassungsrechtliche Mutterschutz (Fn. 58), S. 108 ff.; Badura, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), GG, Kommentar, Bd. 1, München Stand: Februar 2020, Art. 6 Abs. 4 Rn. 155 (im Folgenden: Maunz/Dürig); Dreier-Brosius-Gersdorf (Fn. 58), Art. 6 Rn. 210, 221; Sachs-von Coelln (Fn. 58), Art. 6 Rn. 94.

62 Vgl. Eichenhofer, BB 2004, 382, 382; jurisPK VvFuB-Nebe (Fn. 1), Kap. 5.1 Vorb. Rn. 4.

63 BVerfG, 18.11.2003 – 1 BvR 302/96 – BVerfGE 109, 64. Zuvor waren hierzu schon die Entscheidungen BVerfG, 23.4.1974 – 1 BvL 19/73 – BVerfGE 37, 121, in dem der Mutterschaftsgeldzuschuss als verfassungsgemäß bewertet wurde und BVerfG, 3.7.1985 – 1 BvL 13/83 – BVerfGE 70, 242, in dem eine weitere Verfassungsbeschwerde als unzulässig abgewiesen wurde, ergangen.

Die vom BVerfG zu entscheidende Verfassungsbeschwerde eines Arbeitgebers bezog sich nur auf den Zuschuss zum Mutterschaftsgeld. Die dort angestellten Überlegungen betreffen aber auch die sonstigen Leistungen oder lassen sich auf diese übertragen. Die folgenden Ausführungen beziehen sich daher im Grundsatz auf alle Entgeltersatzleistungen nach dem MuSchG. Im Folgenden soll zunächst die grds. Arbeitgeberpflicht zur Kostentragung für Mutterschaftsgeldzuschuss und Mutterschutzlohn als solche untersucht werden. Die Finanzierung der Leistungen und die damit einhergehenden Fragen des Antidiskriminierungsrechts werden in einem zweiten Schritt erörtert.

Zum Zeitpunkt der Entscheidung des BVerfG von 2003 unterlagen Arbeitgeber mit bis zu 20 Beschäftigten gemäß § 10 Abs. 1 Nr. 2, 3 LFZG einem Umlageverfahren zur Finanzierung des Arbeitgeberzuschusses zum Mutterschaftsgeld und des Mutterschutzlohns, während größere Arbeitgeber die Kosten selbst trugen.

### c) Kostentragung durch den Arbeitgeber

#### (1) Eingriff in Art. 12 GG

Anknüpfungspunkt der BVerfG-Entscheidung von 2003 war der Eingriff in die Berufsfreiheit des Arbeitgebers (Art. 12 GG).<sup>64</sup> Dieser ergibt sich daraus, dass dem Arbeitgeber durch die Pflicht zur Zahlung des Mutterschaftsgeldzuschusses Kosten auferlegt werden, die er im Rahmen seiner Unternehmensführung und damit seiner Berufsausübung zu tragen hat. Das BVerfG beschreibt die Leistungen als »das Arbeitsverhältnis inhaltlich ausgestaltende[n] Geldleistungspflichten«, <sup>65</sup> die stets an der Berufsfreiheit zu messen seien.<sup>66</sup>

Mit der dargestellten Wirkungsweise des mutterschutzspezifischen Entgeltsschutzes, dem Gesundheitsschutz zu praktischer Wirksamkeit zu verhelfen, liegt, gerade auch vor dem Hintergrund des staatlichen Schutzauftrags aus Art. 6 Abs. 4 GG, zunächst auf Rechtfertigungsebene ein hochrangiger Allgemeinwohlzweck vor, zu dessen Erreichung die Pflicht der Arbeitgeber, den Zuschuss zum Mutterschaftsgeld zu finanzieren, geeignet<sup>67</sup> und erforderlich<sup>68</sup> ist.

#### (2) Kostentragung durch die »Gemeinschaft« iSv. Art. 6 Abs. 4 GG

Bei der Überlegung, ob die Kostentragung durch den Arbeitgeber *angemessen* ist, ergeben sich im Kern zwei Problematiken: Zum einen überträgt Art. 6 Abs. 4 GG

Schutz und Fürsorge der Mutter »der Gemeinschaft«, sodass sich zunächst die Frage stellt, ob hierunter auch Arbeitgeber fallen *können*. Im nächsten Schritt ist mit Blick auf die konkreten, vom Arbeitgeber nach dem MuSchG zu erbringenden Leistungen zu ermitteln, ob eine hinreichende Verantwortungsbeziehung des Arbeitgebers hierfür besteht (dazu sogleich).

Teilweise wird die Möglichkeit, Arbeitgeber als private Dritte zu Mutterschaftsleistungen zu verpflichten, verneint. Die »Gemeinschaft« iSv. Art. 6 Abs. 4 GG bezeichne allein den Staat.<sup>69</sup> Das allgemeine Verständnis des Begriffs »der Gemeinschaft« schließt die Heranziehung Privater, die keine staatliche Stelle darstellen, dagegen zunächst nicht aus. Dass in den übrigen Absätzen von Art. 6 GG konkreter auf den Staat Bezug genommen wird,<sup>70</sup> lässt einerseits einen Umkehrschluss dahingehend zu, dass die »Gemeinschaft« weiter zu verstehen ist. Andererseits wäre auch die systematische Lesart denkbar, unter der »der Gemeinschaft« in Art. 6 Abs. 4 GG nur die *staatliche* Gemeinschaft zu verstehen, sodass sich hieraus keine hilfreichen Schlüsse ziehen lassen.

Die Benennung der »Gemeinschaft« als Verpflichtete legt die Möglichkeit, Dritten Aufgaben des Mutterschutzes zuzuweisen, allerdings näher als der Wortlaut der Vorgängernorm, Art. 119 Abs. 3 WRV, der einen Anspruch der Mütter auf Schutz und Fürsorge *des Staates* formulierte. Dabei wurde bereits vor dem Hintergrund des engeren Wortlautes von Art. 119 Abs. 3 WRV ein weiter, Dritte als Leistungsträger einbeziehender Gestaltungsspielraum des

64 BVerfG, 18.11.2003 – 1 BvR 302/96 – BVerfGE 109, 64, 84 ff.: In der Entscheidung wird ein Eingriff in Art. 12 GG durch die Pflicht zur Zahlung des Mutterschaftsgeldes geprüft. Die Überlegungen gelten aber auch für die nunmehr alle Arbeitgeber umfassende Umlagepflicht, da es sich in beiden Fällen um den Arbeitgebern auferlegte Zahlungspflichten handelt.

65 BVerfG, 18.11.2003 – 1 BvR 302/96 – BVerfGE 109, 64, 85. Auch bei anderen Entgeltfortzahlungsansprüchen prüft das BVerfG Art. 12 GG, vgl. bspw. BVerfG, 15.12.1987 – 1 BvR 563/85 – BVerfGE 77, 308.

66 Eine berufsregelnde Tendenz sei nicht erforderlich: BVerfG, 18.11.2003 – 1 BvR 302/96 – BVerfGE 109, 64, 85; zust. Kube, JZ 2004, 354, 359; Sachs, JuS 2004, 336, 339. Anders noch BVerfG, 23.4.1974 – 1 BvL 19/73 – BVerfGE 37, 121, 131.

67 So auch BVerfG, 18.11.2003 – 1 BvR 302/96 – BVerfGE 109, 64, 86.

68 Anders als einige Autoren (Kemmler, JZ 2004, 517, 518; Leisner, DB 2004, 589, 601; Sachs, JuS 2004, 336, 338) nimmt das BVerfG, 18.11.2003 – 1 BvR 302/96 – BVerfGE 109, 64, 86 an, die Möglichkeit, statt die Arbeitgeber für den Zuschuss zum Mutterschaftsgeld heranzuziehen, eine steuerfinanzierte Leistung zu schaffen, sei erst bei der Angemessenheit zu berücksichtigen. So auch Manssen, Staatsrecht II, 17. Aufl., München 2020, Rn. 212.

69 Dreier-Brosius-Gersdorf (Fn. 58), Art. 6 Rn. 214.

70 Vgl. Abs. 1: »unter besonderem Schutze der staatlichen Ordnung«; Abs. 2: »die staatliche Gemeinschaft«.

Gesetzgebers angenommen.<sup>71</sup> Zudem existierten bereits vor der Schaffung des Grundgesetzes Regelungen, die Arbeitgeber mit Mutterschutzleistungen belasteten. Wäre für die Zukunft eine Befreiung der Arbeitgeber von finanziellen Belastungen durch den Mutterschutz gewollt gewesen, hätte eine klare Formulierung, die ausschließlich den Staat verpflichtet, nahegelegen.<sup>72</sup>

Somit deutet vieles darauf hin, dass nach dem Willen des Verfassungsgebers der Staat den Mutterschutz finanziell nicht allein tragen muss, sondern Dritten – insbesondere auch Arbeitgebern – diesbezüglich Pflichten auferlegen kann. Das entspricht auch der hM. in Rechtsprechung und Literatur, die einen solchen weiten Gestaltungsspielraum annimmt.<sup>73</sup>

Damit ist allerdings noch nicht geklärt, in welchem Umfang eine Heranziehung der Arbeitgeber erfolgen darf. In der Literatur wird betont, dass diese nicht über Gebühr belastet werden dürften.<sup>74</sup> Das BVerfG entnimmt Art. 6 Abs. 4 GG zwar keine Vorgaben darüber, welcher Kostenträger in welchem Umfang herangezogen werden kann,<sup>75</sup> jedoch begrenzt schon das Übermaßverbot den Gesetzgeber hinsichtlich der Kostenhöhe, was auch den Überlegungen des BVerfG immanent sein dürfte.<sup>76</sup> Nachdem eine Heranziehung der Arbeitgeber also nicht schon im Grundsatz durch Art. 6 Abs. 4 GG verwehrt ist, stellt sich die Frage, ob die konkrete Ausgestaltung der den Arbeitgebern auferlegten Zahlungspflichten zur Finanzierung der Entgeltersatzleistungen angemessen ist.

### (3) Mutterschaftsleistungen und Umlage als Sonderabgabe?

In der Literatur wurden der Zuschuss zum Mutterschaftsgeld<sup>77</sup> und die Beitragspflicht zur Umlage<sup>78</sup> teils als verfassungswidrige Sonderabgaben klassifiziert. Im Steuerstaat stellt die Erhebung von Sonderabgaben eine Ausnahme dar, die in besonderer Weise rechtfertigungsbedürftig ist.<sup>79</sup> Sonderabgaben unterscheiden sich von Steuern insbesondere dadurch, dass die erbrachten Mittel nicht in den Staatshaushalt fließen, sondern außerhalb dessen einen zweckgebundenen Sonderfonds bilden.<sup>80</sup> Steuern und Sonderabgaben haben also zunächst gemein, dass sie an eine staatliche Stelle geleistet werden.<sup>81</sup> Auf die Zahlung des Mutterschaftsgeldzuschusses selbst von Arbeitgebern an Arbeitnehmerinnen trifft schon dies nicht zu, die öffentliche Hand ist an der Leistung nicht beteiligt. Auch zur Bildung eines Sondervermögens kommt es nicht. Damit handelt es sich bei der Zahlung des *Zuschusses selbst* nicht um eine Sonderabgabe, sondern schlicht um eine arbeitsrechtliche Leistungspflicht.<sup>82</sup>

Bezüglich der *Umlagebeiträge*, die gemäß § 8 Abs. 1 AAG<sup>83</sup> ein von den Krankenkassen verwaltetes zweckgebundenes Sondervermögen bilden, liegt eine Betrachtung als Sonderabgabe dagegen durchaus nahe, sodass es darauf ankommt, ob diese ausnahmsweise verfassungsrechtlich zulässig ist.

Da Sonderabgaben nicht unter die Art. 104a ff. GG fallen, richtet sich die Gesetzgebungskompetenz nach den Art. 70 ff. GG,<sup>84</sup> wobei der Bund nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 12 GG für das Arbeitsrecht inklusive Arbeitsschutz und damit auch für arbeitsrechtlichen Mutterschutz über eine konkurrierende Gesetzgebungskompetenz verfügt.<sup>85</sup>

71 Vgl. BVerfG, 23.4.1974 – 1 BvL 19/73 – BVerfGE 37, 121, 126 f. Den weiten Spielraum des Gesetzgebers betonte etwa *Nipperdey*, Die Grundrechte und Grundpflichten der Reichsverfassung, Bd. 2, Berlin 1930, Art. 119 Abs. 3 WRV, S. 93.

72 BVerfG, 23.4.1974 – 1 BvL 19/73 – BVerfGE 37, 121, 127; zust. *Aubel*, Der verfassungsrechtliche Mutterschutz (Fn. 58), S. 121 f.

73 BVerfG, 23.4.1974 – 1 BvL 19/73 – BVerfGE 37, 121, 127 f.; BVerfG, 18.11.2003 – 1 BvR 302/96 – BVerfGE 109, 64, 85; BAG, 1.11.1995 – 5 AZR 273/94 – BAGE 81, 222, 225 = AP Nr. 13 zu § 14 MuSchG 1968; zust. *Aubel* (Fn. 58), Der verfassungsrechtliche Mutterschutz, S. 121 ff., 194; *Maunz/Dürig-Badura* (Fn. 61), Art. 6 Rn. 159; *Manssen*, Staatsrecht II (Fn. 68), Rn. 495; *Sachs*, JuS 2004, 336, 339; *Stern/Sachs/Dietlein*, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. IV/1, München 2006, § 100 X Nr. 6 a; *Sachs-von Coelln* (Fn. 58), Art. 6 Rn. 90; *Zmarzlik/Zipperer/Viethen*, Mutterschutzgesetz, Mutterschaftsleistungen, Bundeserziehungsgeldgesetz, 8. Aufl., Köln ua. 1998, § 11 MuSchG Rn. 3.

74 *Buchner*, NJW 1982, 800, 802 f.; *Stern/Sachs/Dietlein* (Fn. 73), § 100 X Nr. 6.

75 BVerfG, 18.11.2003 – 1 BvR 302/96 – BVerfGE 109, 64, 87 f.; *Eichenhofer*, BB 2004, 382 und *Buchner*, NZA 2004, 1121, 1126 betonen, dass eine Heranziehung der Arbeitgeber möglich, aber nicht zwingend sei.

76 Ähnlich *Aubel*, Der verfassungsrechtliche Mutterschutz (Fn. 58), S. 123: Art. 6 Abs. 4 schütze nicht – etwa in Form einer Kostenverteilungsnorm – die Arbeitgeber, sodass die Frage, ob ihre Grundrechte verletzt sind, sich nicht nach 6 Abs. 4 GG richte.

77 *Kube*, JZ 2004, 354, 359 f. Das betraf allerdings die Rechtslage vor Ausweitung der Umlage auf alle Unternehmen.

78 *Kemmler*, JA 2004, 517, 519.

79 BVerfG, 20.12.1980 – 2 BvF 3/77 – BVerfGE 55, 274, 308; *Elsner/Kaltenborn*, JA 2005, 823; *Jäkel*, JURA 2017, 630, 633.

80 BVerfG, 20.12.1980 – 2 BvF 3/77 – BVerfGE 55, 274, 309 ff.; BVerfG 15.12.1987 – 1 BvR 563/85 ua. – BVerfGE 77, 308, 339; *Elsner/Kaltenborn*, JA 2005, 823, 825 f.; *Jäkel*, JURA 2017, 630 f.; *Schoch*, JURA 2010, 197, 198 f. Einige beziehen auch den besonderen Sachzweck der Abgabe in die Definition ein, was aber zu einer schlecht handhabbaren Vermischung von Definition und Zulässigkeitsvoraussetzungen führt. Daher wird dies hier erst in der Zulässigkeitsprüfung behandelt.

81 *Jäkel*, JURA 2017, 630, 631.

82 Vgl. BAG, 1.11.1995 – 5 AZR 273/94 – BAGE 81, 222, 231 = AP Nr. 13 zu § 14 MuSchG 1968. Auf den etwaigen Charakter der Umlagebeiträge als Sonderabgabe hatte der Senat nicht einzugehen, da es um die verfassungsrechtliche Prüfung des Zuschusses selbst ging.

83 Vormals: § 15 LFZG.

84 BVerfG, 20.12.1980 – 2 BvF 3/77 – BVerfGE 55, 274, 308; *Elsner/Kaltenborn*, JA 2005, 823, 826; *Jäkel*, JURA 2017, 630, 632 f.

85 *Jäkel*, JURA 2017, 630, 633 merkt an, dass die Kompetenz nicht voreilig angenommen werden darf, weil Sonderabgaben eine Ausnahme bleiben sollen. Um dies zu wahren reichen jedoch die materiellen Voraussetzungen aus, sodass keine modifizierte Anwendung der Art. 70 ff. GG angezeigt ist.

In materieller Hinsicht müssen die Abgabepflichtigen zunächst eine homogene, schon vor der Einführung der Abgabe existente Gruppe bilden.<sup>86</sup> Weiterhin muss eine besondere Finanzierungsverantwortung der Gruppe für den Zweck gegeben sein, das heißt die Abgabepflichtigen müssen eine derartige Sachnähe zu der Aufgabe aufweisen, dass sie in Abgrenzung zur Allgemeinheit als weit überwiegend hierfür verantwortlich anzusehen sind.<sup>87</sup> Schließlich muss das Abgabenaufkommen gruppennützig verwendet werden.<sup>88</sup>

An der Gruppenhomogenität der Arbeitgeber bestehen keine Zweifel, sie bilden einen klar abgrenzbaren, bereits existenten Personenkreis. Damit kommt es für die Verfassungsmäßigkeit der Umlagebeiträge entscheidend auf die Frage der Verantwortungsbeziehung an. Nimmt man eine hinreichende Verantwortungsbeziehung an, ergibt sich die gruppennützige Verwendung denklogisch mit, da in diesem Fall die umlagefinanzierten Leistungen dem Arbeitgeber obliegen und die aufgebrachten Mittel klar erkennbar hierfür verwendet werden.

Das BVerfG geht in seiner Entscheidung von 2003 nicht explizit auf die Sonderabgabenproblematik ein, prüft aber, ob eine hinreichende besondere Verantwortungsbeziehung der Arbeitgeber zur Aufgabe Mutterschutz und insbesondere dem Zuschuss zum Mutterschaftsgeld besteht.<sup>89</sup> Sowohl mit als auch ohne Einbeziehung der Sonderabgabenproblematik kommt es für die Angemessenheit vom Arbeitgeber zu erbringender Entgeltersatzleistungen bzw. der Pflicht zur Zahlung der Umlagebeiträge letztlich wesentlich darauf an, ob eine hinreichende Verantwortungsbeziehung des Arbeitgebers zu den mutterschaftsspezifischen Entgeltersatzleistungen hergestellt werden kann.

#### (4) Verantwortung des Arbeitgebers für mutterschaftsspezifische Entgeltersatzleistungen

Das BVerfG nimmt eine derartige Verantwortungsbeziehung an. Es benennt die Stellung des Mutterschutzes als Teil des Arbeitsschutzes und den Zweck der Mutterschutzregelungen, vor arbeitsplatzbedingten Gesundheitsgefahren zu schützen. Insbesondere wird in der Entscheidung betont, dass dieser Gesundheitsschutz nur bei gleichzeitiger Gewährung von Entgeltersatz praktisch wirksam werden kann.<sup>90</sup>

Dies traf in der Literatur teilweise auf Ablehnung, wobei zwar eine Verantwortung des Arbeitgebers für den mutterschutzspezifischen Gesundheitsschutz, jedoch gerade nicht für den diesbezüglichen Entgeltsschutz anerkannt wurde.<sup>91</sup> Dem ist jedoch vor dem Hintergrund der obigen Überle-

gungen zum Zweck des mutterschutzspezifischen Entgeltersatzes<sup>92</sup> entgegenzutreten. Der Zusammenhang zum Gesundheitsschutz, dem durch den Entgeltsschutz erst zu praktischer Wirksamkeit verholfen wird, wird unangemessen verkürzt, wenn behauptet wird, der Entgeltsschutz diene lediglich der Förderung des »Kinderreichtums«.<sup>93</sup>

Zudem tritt bei arbeitsschutzbedingten Entgeltersatzleistungen die Verantwortlichkeit des Arbeitgebers (siehe bereits § 3 Abs. 1 ArbSchG) im Vergleich zu anderen, nicht arbeitsschutzbezogenen Leistungen, bei denen das BVerfG auch in gewissem Umfang eine Verantwortungsbeziehung sieht<sup>94</sup>, besonders stark hervor.

Teils wird dieser Zusammenhang auch mit dem Argument abgelehnt, dass schwangere bzw. kürzlich entbundene Frauen ohne Arbeitsverhältnis während des Schutzfristzeitraums keine Geldleistungen erhalten, obwohl auch ihnen während der Schutzfristen zu arbeiten verboten ist. Das zeige, dass die Lohnfortzahlung für Arbeitnehmerinnen nur ihren finanziellen Bedarf während dieser Zeit decken, jedoch nicht vor arbeitsplatzbedingten Gefahren schützen solle.<sup>95</sup> Die Anspruchslage bei Frauen, die unabhängig von der Schwanger- bzw. frühen Mutterschaft nicht arbeiten, ändert jedoch nichts daran, dass die Entgeltersatzleistungen es Arbeitnehmerinnen ermöglichen, ohne finanzielle Einbuße den Gesundheitsschutz nach dem

86 BVerfG, 20.12.1980 – 2 BvF 3/77 – BVerfGE 55, 274, 311; *Elsner/Kaltenborn*, JA 2005, 823, 827; *Jäkel*, JURA 2017, 630, 636; *Schoch*, JURA 2010, 197, 201.

87 BVerfG, 20.12.1980 – 2 BvF 3/77 – BVerfGE 55, 274, 312; *Elsner/Kaltenborn*, JA 2005, 823, 827; *Schoch*, JURA 2010, 197, 201; Teilweise werden Sachnähe und Finanzierungsverantwortung getrennt geprüft, vgl. *Jäkel*, JURA 2017, 630, 636 ff., was jedoch aufgrund fehlender Abgrenzbarkeit nicht zielführend ist.

88 *Elsner/Kaltenborn*, JA 2005, 823, 827; *Jäkel*, JURA 2017, 630, 638; *Schoch*, JURA 2010, 197, 201. Teilweise, vgl. *Jäkel*, JURA 2017, 630, 636, wird auch ein besonderer Sachzweck, der über eine bloße Mittelbeschaffung hinausgeht, gefordert, was jedoch eher als konstituierendes Merkmal einer Sonderabgabe zu sehen ist (s. o.).

89 BVerfG, 18.11.2003 – 1 BvR 302/96 – BVerfGE 109, 64, 88 f. Darin sieht auch *Kube*, JZ 2004, 354, 360 die Prüfung eines Teilbereichs der Sonderabgabenproblematik.

90 BVerfG, 18.11.2003 – 1 BvR 302/96 – BVerfGE 109, 64, 88 f.; so auch BAG, 1.11.1995 – 5 AZR 273/94 – BAGE 81, 222, 229 = AP Nr. 13 zu § 14 MuSchG 1968; *Kohte/Nebe*, jurisPR-ArbR 9/2004 Anm. 3, die richtigerweise anmerken, dass diese Überlegungen auf den Mutterschutzlohn sogar noch stärker zutreffen; *Peters-Lange/Rolfs*, NZA 2000, 682, 683.

91 *Kube*, JZ 2004, 354, 360; *Kemmler*, JA 2004, 517, 519; *Zöllner*, FS Söllner 2000, S. 1297, 1303; mit derartiger Tendenz wohl auch *Eichenhofer*, BB 2004, 382.

92 S. o., I.1; II.1.

93 So *Kube*, JZ 2004, 354, 360.

94 Vgl. BVerfG, 11.2.1992 – 1 BvR 890/84 – BVerfGE 85, 226, 236 zu Sonderurlaub für Jugendarbeit.

95 So *Kemmler*, JA 2004, 517, 519.

MuSchG in Anspruch zu nehmen. Die Deckung des finanziellen Bedarfs schließt eine gesundheitsschützende Zweckrichtung nicht aus, sondern dient dieser. Das Fehlen von Entgeltersatzansprüchen hätte heute zwar seltener eine existenzbedrohende Wirkung als vor ihrer Einführung 1883. Dennoch würde ein Herabsinken des Lebensstandards durch den Wegfall des Arbeitsentgeltes dazu führen, dass betroffene Frauen den Gesundheitsschutz weniger in Anspruch nähmen. Eine Verschlechterung des Lebensstandards durch den Lohnausfall kann jedoch nur entstehen, wenn ein Arbeitsverhältnis besteht, sodass der Vergleich mit Frauen ohne Arbeitsverhältnis nicht überzeugt.

Nach alledem ist eine hinreichende Verantwortung des Arbeitgebers – auch bei Betrachtung dieser Verantwortungsbeziehung als Zulässigkeitsvoraussetzungen für eine Sonderabgabe – für den mutterschutzspezifischen Entgeltersatz vorhanden.

#### d) Anforderungen des Diskriminierungsschutzes – Art. 3 Abs. 2 GG

Dennoch stellte das BVerfG eine unangemessene Beschränkung der Berufsfreiheit durch § 14 MuSchG aF. fest. Den Verstoß gegen Art. 12 GG sah das Gericht darin begründet, dass die Zuschusspflicht in ihrer damaligen Form das »im Zuge systematischer Verfassungsinterpretation« zu berücksichtigende Gleichberechtigungsgesetz aus Art. 3 Abs. 2 GG verletzte.<sup>96</sup>

#### (1) Neuer Anknüpfungspunkt: Verstoß gegen Art. 12 GG wegen Verletzung von Art. 3 Abs. 2 GG

Neben der Begründung des Verstoßes gegen Art. 3 Abs. 2 GG selbst,<sup>97</sup> mit dem sich das BVerfG 2003 in Bezug auf den mutterschutzspezifischen Entgeltersatz erstmals auseinandersetzt, stellt auch die Einordnung in die Prüfung der Berufsfreiheit einen neuartigen Ansatz dar, der vielfach auf Kritik gestoßen ist. Tatsächlich ist die Prüfung von Art. 3 Abs. 2 GG im Rahmen der Berufsfreiheit des Arbeitgebers ungewöhnlich verortet. Art. 3 Abs. 2 GG schützt weder den Arbeitgeber als solchen, noch wird er durch die Zuschusspflicht gesetzlich zu einer Benachteiligung von Frauen, insbesondere im Einstellungsverfahren gezwungen, sodass die Berufsfreiheit nicht im Hinblick auf den Regelungsbereich von Art. 3 Abs. 2 GG beschränkt wird.<sup>98</sup>

Dennoch entspricht es der Funktion der Verfassungsbeschwerde, über die Sicherung individueller Rechte hinaus auch objektives Verfassungsrecht zu wahren,<sup>99</sup> wes-

halb das BVerfG auf Art. 3 Abs. 2 GG in diesem Rahmen Bezug nahm. An der Einordnung von dessen Prüfung in die Angemessenheit des Eingriffs in die Berufsfreiheit kann jedoch, zumal auf der vagen Grundlage der »systematischen Verfassungsinterpretation«, durchaus gezweifelt werden. Obgleich eine separate Prüfung von Art. 3 Abs. 2 GG danach dogmatisch treffender erscheint,<sup>100</sup> ist die Prüfung von Art. 3 Abs. 2 GG in der zu entscheidenden Verfassungsbeschwerde begrüßenswert. Für den hier verfolgten Zweck einer grds. Erörterung der Grundrechtskonformität der Entgeltsschutzregelungen ist die Problematik ohnehin abstrakt zu betrachten.

#### (2) Verstoß gegen Art. 3 Abs. 2 GG wegen faktischer Diskriminierung

Art. 3 Abs. 2 GG enthält zunächst ein Art. 3 Abs. 3 GG entsprechendes Diskriminierungsverbot.<sup>101</sup> Ein Verstoß gegen dieses durch die damaligen Regelungen zum Mutterschaftsgeldzuschuss und seiner Finanzierung war nicht gegeben, handelte es sich doch um Schutzregelungen zugunsten von Frauen. Weder unmittelbar noch mittelbar knüpften diese eine ungünstigere Behandlung an das Geschlecht.<sup>102</sup> Auch zwang der Staat den Arbeitgeber *rechtlich* nicht dazu, Frauen bei der Einstellung zu benachteiligen.<sup>103</sup>

Art. 3 Abs. 2 GG geht jedoch über das Diskriminierungsverbot hinaus. Er enthält ein Gleichberechtigungsgesetz, welches sich auch auf die gesellschaftliche Wirklichkeit erstreckt. Danach soll für die Zukunft die Geschlechtergleichberechtigung, auch in Form einer Angleichung der Lebensverhältnisse und Erwerbchancen, erreicht werden.<sup>104</sup> Das schon in Art. 3 Abs. 2 S. 1 GG enthaltene Gebot,

96 BVerfG, 18.11.2003 – 1 BvR 302/96 – BVerfGE 109, 64, 89.

97 Dazu sogleich, II.2.d)(2).

98 Das betonen *Aubel*, RdA 2004, 141, 146 und *Kube*, JZ 2004, 354, 361.

99 BVerfG, 28.6.1972 – 1 BvR 105/63; 275/68 – BVerfGE 33, 247, 259; *Aubel*, RdA 2004, 141, 145.

100 So auch *Aubel*, RdA 2004, 141, 146; *Kemmler*, JA 2004, 517, 519; wohl auch *Sachs*, JuS 2004, 336, 338; strenger *Kube*, JZ 2004, 354, 360 f., nach dem eine solche Prüfung nur im Rahmen einer Normenkontrolle statthaft wäre.

101 BVerfG, 16.11.1993 – 1 BvR 258/86 – BVerfGE 89, 276; BeckOK GG-Kischel (Rn. 59), Art. 3 Rn. 183; *Maunz/Dürig-Langefeld* (Fn. 61), Art. 3 Abs. 2 Rn. 16.

102 Dazu *Aubel*, RdA 2004, 141, 143 f.; *Krause*, FS Pfaff, 2010, S. 392, 394.

103 *Aubel*, RdA 2004, 141, 143.

104 BVerfG, 28.1.1992 – 1 BvR 1025/82 – BVerfGE 85, 191, 207; BVerfG, 18.11.2003 – 1 BvR 302/96 – BVerfGE 109, 64, 89; *Aubel*, Der verfassungsrechtliche Mutterschutz (Fn. 58), S. 106 f.; *Maunz/Dürig-Langefeld* (Fn. 61), Art. 3 Abs. 2 Rn. 16; *Peters-Lange/Rolfs*, NZA 2000, 682, 683 f.; *Erk-Schmidt* (Fn. 2), Art. 3 Rn. 81.

die tatsächliche Gleichberechtigung herzustellen, wurde durch das Anfügen von Satz 2 ausdrücklich klargestellt.<sup>105</sup> Dies entspricht dem europäischen Antidiskriminierungsrecht und den völkerrechtlichen Verpflichtungen aus Art. 11 des UN-Übereinkommens vom 18. Dezember 1979<sup>106</sup> sowie dem ILO-Übereinkommen Nr. 111.<sup>107</sup>

Indem Art. 3 Abs. 2 GG den Blick weg von einer rein rechtlichen Betrachtung auf die Lebenswirklichkeit richtet, werden die Erwartungen und das Verhalten privater Dritter – und damit auch der Arbeitgeber – einbezogen.<sup>108</sup> Der Staat muss nach Art. 3 Abs. 2 GG faktischen Nachteilen für Frauen entgegenwirken. Damit ergibt sich eine gesetzgeberische Verantwortung, frauendiskriminierendes Verhalten durch Arbeitgeber zu verhindern. Um dieses abstrakte Gebot bezogen auf den mutterschutzspezifischen Entgeltersatz ausfüllen zu können, stellt sich die Frage, welche Anforderungen an ein (mögliches) diskriminierendes Verhalten Dritter zu stellen sind, damit eine Korrektur von staatlicher Seite nach Art. 3 Abs. 2 GG nötig ist.

Dem BVerfG lagen Zahlen zu den Arbeitgeberaufwendungen für den Mutterschaftsgeldzuschuss aus den Jahren 1995, 1999, 2000 und 2001 vor, die jeweils zwischen 2,75 und 2,89 Mrd. DM lagen. Für 2005 wurden Aufwendungen in Höhe von 1,65 Mrd. Euro prognostiziert. Aufgrund steigender Löhne waren diese Ausgaben immer weiter angestiegen. Zurückzuführen war das darauf, dass das von den Krankenkassen während der Schutzfristen zu zahlende Mutterschaftsgeld seit 1968 nicht in der Höhe (13 €, zuvor 25 DM pro Tag) verändert worden war. Dadurch, dass die Arbeitgeber den Unterschiedsbetrag zwischen dem Mutterschaftsgeld und dem vorherigen Gehalt als Zuschuss zum Mutterschaftsgeld zahlen, führten steigende Löhne dazu, dass die Zuschussbeträge immer weiter anstiegen und Arbeitgeber nunmehr den Hauptanteil der Leistungen während der Schutzfristen trugen.<sup>109</sup>

Muss der einzelne Arbeitgeber die Kosten des mutterschutzspezifischen Entgeltsschutzes selbst tragen, so steigen seine Ausgaben in diesem Bereich, wenn er viele (jüngere) Frauen beschäftigt. Trotz des Verbotes, bei der Einstellung Frauen zu diskriminieren (heute §§ 1, 7 AGG, 2003 noch § 611a Abs. 1 S. 1 BGB aF.), liegt es nahe, dass dieses Kostenrisiko *faktisch* das Einstellungsverhalten zulasten von Frauen im »gebärfähigen Alter« beeinflusst.<sup>110</sup> Wie abschreckend die finanzielle Belastung durch Schwangerschaften seiner Arbeitnehmerinnen für Arbeit-

geber sein kann, zeigt sich nicht zuletzt in dem einst stark diskutierten Problem der Nichteinstellung von Frauen aufgrund einer bestehenden Schwangerschaft.<sup>111</sup> Entgeltersatzleistungen führen zwar nicht wegen einer bestehenden, wohl aber wegen der Möglichkeit einer zukünftigen Schwangerschaft zu einer abschreckenden Wirkung bei der Einstellung. Diese Überlegung liegt auch Art. 6 Nr. 8 des – von Deutschland nicht ratifizierten – ILO-Übereinkommens Nr. 183 über den Mutterschutz<sup>112</sup> zugrunde, wonach der individuelle Arbeitgeber nicht mit den Mutterschutzkosten belastet werden darf.<sup>113</sup> Freilich ist allerdings kaum ermittel- und bezifferbar, inwieweit sich die Gruppe der Arbeitgeber tatsächlich hiervon beeinflussen lässt, sodass sich die Frage stellt, ob schon die plausible Vermutung einer faktischen Benachteiligung von Frauen den Gesetzgeber gemäß Art. 3 Abs. 2 GG zum Handeln verpflichtet.

Grundsätzlich wird dem Staat bei der Umsetzung des Gleichberechtigungsgebotes aus Art. 3 Abs. 2 GG ein weiter Gestaltungsspielraum zuerkannt.<sup>114</sup> Diesen »nur« wegen eines naheliegenden diskriminierenden Verhaltens Privater auf eine Pflicht zu dessen Verhinderung zu reduzieren, erscheint durchaus als starke Beschränkung dieses Gestaltungsspielraums.<sup>115</sup> Bezogen auf den Mutterschaftsgeldzuschuss ist allerdings die Besonderheit zu beachten, dass hier kein von gesetzlichen Regelungen unabhängiges diskriminierendes Verhalten der Arbeitgeber in Rede steht, sondern erst die gesetzlich auferleg-

105 BVerfG, 18.11.2003 – 1 BvR 302/96 – BVerfGE 109, 64, 89; Krause, FS Pfarr, 2010, S. 392, 394; Daher geht auch die Kritik von Kube, JZ 2004, 354, 361 daran, dass das BVerfG nicht benennt, welchen Satz von Art. 3 Abs. 2 GG es prüft, ins Leere.

106 UN-Übereinkommen 18.12.1979 zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau.

107 ILO-Übereinkommen Nr. 111 über die Diskriminierung in Beschäftigung und Beruf von 1958. Hierzu BVerfG, 18.11.2003 – 1 BvR 302/96 – BVerfGE 109, 64, 89.

108 Krause, FS Pfarr, 2010, S. 392, 394 f.

109 Vgl. BVerfG, 18.11.2003 – 1 BvR 302/96 – BVerfGE 109, 64, 89.

110 BVerfG, 18.11.2003 – 1 BvR 302/96 – BVerfGE 109, 64, 89; Kube, JZ 2004, 354, 360; zweifelnd Kemmler, JA 2004, 517, 519; Buchner, FS Stahlhacke 1995, S. 96 ff. betont die Herausforderungen für den Arbeitgeber in derartigen Fällen.

111 Vgl. dazu EuGH, 8.11.1990 – C-177/88 – Slg. 1990, I-3941 (Dekker).

112 ILO-Übereinkommen Nr. 183 über die Neufassung des Übereinkommens über den Mutterschutz (Neufassung) von 1952, 2000.

113 Darauf verweist das BVerfG, 18.11.2003 – 1 BvR 302/96 – BVerfGE 109, 64, 91; zust. Krause, FS Pfarr, 2010, S. 392, 397. Auch der EuGH, 8.11.1990 – C-177/88 – Slg. 1990, I-3941 (Dekker), Rn. 13 deutet die Bedenklichkeit derartigen Regelungen an.

114 BVerfG, 18.11.2003 – 1 BvR 302/96 – BVerfGE 109, 64, 90.

115 So auch Aubel, RdA 2004, 141, 144, 147.

te Pflicht, den Mutterschaftsgeldzuschuss zu zahlen, die Motivation für eine Benachteiligung jüngerer Frauen bei der Einstellung liefert. Der Staat setzt damit selbst durch eine von ihm geschaffene Schutzregelung einen Anreiz zur Diskriminierung.<sup>116</sup> Eine gesetzgeberische Pflicht, die faktischen Auswirkungen von ihm geschaffener Regelungen auf die Lebenswirklichkeit mit Blick auf die Geschlechtergleichstellung zu eruieren und negativen Auswirkungen entgegenzuwirken, stellt einen weniger starken Eingriff in die gesetzgeberische Freiheit dar als bezogen auf per se diskriminierendes Verhalten Dritter. Dem BVerfG ist daher in der Annahme, der Gesetzgeber müsse jedenfalls faktische Diskriminierungen von Frauen durch von ihm geschaffene Regelungen bestmöglich vermeiden,<sup>117</sup> zuzustimmen. Darüber hinaus verpflichtet auch Art. 6 Abs. 4 GG den Gesetzgeber, bei Schaffung von Mutterschutzvorschriften damit zusammenhängenden Benachteiligungen von Frauen entgegenzuwirken.<sup>118</sup>

Es wird sich nicht für jeden möglichen faktischen Nachteil für Frauen aufgrund staatlicher Regelungen, für dessen Eintritt eine auch nur geringe Wahrscheinlichkeit besteht, eine Pflicht zum gesetzgeberischen Eingreifen ergeben. Bei einer Regelung, die wie der Mutterschaftsgeldzuschuss unmittelbar mit dem Geschlecht verknüpft ist und sich in ökonomisch messbarer Weise auf Dritte auswirkt,<sup>119</sup> sind faktisch diskriminierende Reaktionen angesichts all dessen aber so plausibel, dass ein Eingreifen als zwingend erscheint.

Der Gesetzgeber hatte das Problem der faktischen Benachteiligung von Frauen aufgrund des Mutterschaftsgeldzuschusses auch grundsätzlich erkannt und ausdrücklich zur Begründung für die Schaffung des Umlageverfahrens für kleine Arbeitgeber und bei der Erhöhung des in diesem Rahmen zu ersetzenden Kostenanteils herangezogen,<sup>120</sup> aber mit Blick auf große Unternehmen keinen Handlungsbedarf gesehen. Für diese Arbeitgeber dürfte es zwar wirtschaftlich einfacher sein, die Mutterschutzkosten zu tragen. Dennoch bleibt es bei einer naheliegenden Anreizwirkung der Kosten für ein diskriminierendes Einstellungsverhalten. Zudem ist der überwiegende Anteil der Arbeitnehmerinnen in größeren Unternehmen tätig, welche nicht vom Umlageverfahren in seiner ursprünglichen Form erfasst waren.<sup>121</sup>

Indem er das Umlageverfahren auf kleinere Unternehmen beschränkte, nahm der Gesetzgeber die negative

Steuerungswirkung der Zuschusspflicht für die übrigen Arbeitgeber sehenden Auges in Kauf. Von ihm zu verlangen, eine faktisch diskriminierende Wirkung der Zuschusspflicht auch in Bezug auf große Unternehmen zu verhindern, verengt daher die Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers nicht in unangemessener Weise. Mit dem damaligen, für größere Arbeitgeber geltenden Finanzierungsmodell für den mutterschutzspezifischen Entgeltsschutz leistete der Gesetzgeber der faktischen Diskriminierung von Frauen Vorschub und verletzte damit seine Pflicht aus Art. 3 Abs. 2 GG. Allein aus diesem Grund waren die damaligen Regelungen verfassungswidrig.<sup>122</sup> Um eine faktische Diskriminierung von Frauen bei der Einstellung und damit einen Verstoß gegen Art. 3 Abs. 2 GG zu vermeiden, dürfen die Kosten für den mutterschutzspezifischen Entgeltersatz nicht vom einzelnen Arbeitgeber zu tragen sein.

In seiner Entscheidung zum Mutterschaftsgeldzuschuss von 1974 hatte das BVerfG diesen Aspekt dagegen noch nicht in seine Überlegungen einbezogen. Im Rahmen einer Prüfung von Art. 3 Abs. 1 GG stellte das Gericht sich vielmehr noch auf den Standpunkt, die höhere Kostenlast von Arbeitgebern, die viele Frauen beschäftigten, sei dadurch gerechtfertigt, dass der Arbeitgeber diese Arbeitsverhältnisse freiwillig begründet habe.<sup>123</sup> Diesen Ansatz, der die durch die Kostenlast entstehende geschlechtsspezifische Arbeitsmarktsteuerung und damit Art. 3 Abs. 2 GG<sup>124</sup> außer Acht ließ, verwarf das BVerfG in seiner Entscheidung von 2003 ausdrücklich.<sup>125</sup>

116 Das betont *Krause*, FS Pfarr, 2010, S. 392, 395.

117 BVerfG, 18.11.2003 – 1 BvR 302/96 – BVerfGE 109, 64, 90.

118 BVerfG, 18.11.2003 – 1 BvR 302/96 – BVerfGE 109, 64, 90; ErfK-Schmidt (Fn. 2), Art. 6 Rn. 26.

119 Daran orientiert sich auch *Krause*, FS Pfarr, 2010, S. 392, 396 ff.

120 Vgl. BT-Drs. 10/2102, S. 37 (Schaffung Umlage); BT-Drs. 13/2763, S. 12 (Erhöhung Kostenersatz), worauf das BVerfG, 18.11.2003 – 1 BvR 302/96 – BVerfGE 109, 64, 91 verweist.

121 Vgl. BVerfG, 18.11.2003 – 1 BvR 302/96 – BVerfGE 109, 64, 81, 93; 2003 fielen nur 1/3 der Arbeitnehmerinnen unter das Umlageverfahren.

122 So iE. BVerfG, 18.11.2003 – 1 BvR 302/96 – BVerfGE 109, 64, 84 ff.; zust. *Eichenhofer*, BB 2004, 382; *Kohte/Nebe*, jurisPR-ArbR 9/2004, Anm. 3; zuvor schon *Peters-Lange/Rolfs*, NZA 2000, 682, 683 f.

123 BVerfG, 23.4.1974 – 1 BvL 19/73 – BVerfGE 37, 121, 130.

124 Der auch in seiner zu dem Zeitpunkt geltenden ursprünglichen Fassung, wie beschrieben, bereits das Gebot, in der gesellschaftlichen Wirklichkeit Gleichberechtigung herzustellen, enthielt.

125 BVerfG, 18.11.2003 – 1 BvR 302/96 – BVerfGE 109, 64, 84.



### 3. Fazit zu den unions- und verfassungsrechtlichen Anforderungen

Im Ergebnis besteht, wie im gesamten Mutterschutzrecht die wichtigste Herausforderung des mutterschutzspezifischen Entgeltsschutzes darin, Gesundheitsschutz und Diskriminierungsschutz miteinander in Einklang zu bringen.

Die Entgeltersatzleistungen müssen mit Blick auf das Unionsrecht und das deutsche Verfassungsrecht (Art. 6 Abs. 4, Abs. 2 GG) gewährleisten, dass schwangere, stillende und kürzlich entbundene Frauen einen ausreichenden Gesundheitsschutz wahrnehmen können. Dabei müssen mit Blick auf die einzelnen Arbeitnehmerinnen die detaillierten Anforderungen aus Art. 11 RL 92/85/EWG erfüllt werden. Im Folgenden sind die Entgeltersatzregelungen des MuSchG 2018 also zunächst daran zu messen, ob den betroffenen Frauen Leistungen gewährt werden, die diesen Anforderungen entsprechen.

Wie dargestellt verbieten Verfassungs- und Unionsrecht, dass Frauen infolge der für sie geltenden Schutzregelungen benachteiligt werden. Besonders zu beachten ist dabei, dass es nicht zu Einstellungshemmnissen für Frauen aufgrund von Arbeitgebern auferlegten Kosten kommen darf, sodass der Entgeltersatz nicht direkt der Finanzierung durch den jeweiligen Arbeitgeber unterliegen darf. Ob der Diskriminierungsschutz hinreichend gewährt wird, ist demnach insbesondere eine Frage der Finanzierung der Entgeltersatzleistungen und daraus folgender Anreizwirkungen. Auf diesen Aspekt wird in einem zweiten Schritt eingegangen.

## III. Beurteilung des Entgeltsschutzes nach dem MuSchG 2018

### 1. Die jüngste Mutterschutzreform

Vor der Reform bestand das MuSchG seit 1952 in größtenteils unveränderter Fassung. Entsprechend den sozialen Gegebenheiten zur Entstehungszeit waren die dortigen Schutzmaßnahmen kaum auf berufliche Teilhabe ausgerichtet. Der Gesundheitsschutz wurde vor allem durch diverse Beschäftigungsverbote ausgestaltet.

Mit dem reformierten Gesetz zum Schutz von Müttern bei der Arbeit, in der Ausbildung und im Studium (MuSchG 2018) will der Gesetzgeber den überfälligen, die Richtlinie 92/85/EWG umsetzenden Leitbildwech-

sel – nachdem dies vorher nur in der kaum beachteten MuSchArbV geschehen war<sup>126</sup> – nun auch im MuSchG selbst vollziehen und so Gesundheits- und Diskriminierungsschutz miteinander in Einklang bringen.<sup>127</sup> Die durch den Arbeitgeber zu ergreifenden Maßnahmen sind nunmehr im Gesetz selbst geregelt. Hervorzuheben ist dabei insbesondere die Abstufung der Schutzmaßnahmen, die § 13 MuSchG entsprechend Art. 5 RL 92/85/EWG vorschreibt. Mit Ausnahme einiger vorzeitig in Kraft getretener Regelungen gilt das neue MuSchG seit dem 1. Januar 2018.

## 2. Entgeltersatzleistungen nach dem MuSchG 2018

### a) Mutterschutzlohn

Nach § 18 MuSchG erhält eine Frau, die wegen eines Beschäftigungsverbotes außerhalb der Schutzfristen teilweise oder gar nicht beschäftigt werden darf, von ihrem Arbeitgeber Mutterschutzlohn. Als solcher wird das durchschnittliche Arbeitsentgelt der letzten drei abgerechneten Kalendermonate vor dem Eintritt der Schwangerschaft gezahlt, und zwar auch dann, wenn wegen dieses Verbots die Beschäftigung oder die Entlohnungsart wechseln. Damit wählt der Gesetzgeber unter den Gestaltungsmöglichkeiten, die Art. 11 Nr. 1 RL 92/85/EWG den Mitgliedstaaten für die Leistungen außerhalb des Mutterschaftsurlaubs überlässt, die des Entgeltfortzahlungsanspruchs.

### b) Anspruchsvoraussetzungen

#### (1) Grundsätzliches – Anknüpfen an ein »Beschäftigungsverbot«

Die Formulierung in § 18 MuSchG unterscheidet sich nur unwesentlich von derjenigen in der Vorgängernorm, § 11 MuSchG aF. Zentrale Voraussetzung ist ausweislich des Wortlauts nach wie vor, dass eine Frau wegen eines Beschäftigungsverbotes außerhalb der Schutzfristen ganz oder teilweise nicht beschäftigt werden darf. Die Orientierung am Beschäftigungsverbot in § 18 MuSchG nF im Regelungskontext des reformierten Gesetzes ist allerdings problematisch:

<sup>126</sup> Zur Rechtslage vor der Reform HK-ArbSchR-Beetz (Fn. 5), MuSchG, Rn. 1; ausführl. Nebe, Betrieblicher Mutterschutz (Fn. 1), dies., jurisPR-ArbR 25/2017, Anm. 1.

<sup>127</sup> Vgl. BT-Drs. 18/8963, S. 1 f.; Beetz, in: HK-ArbSchR (Fn. 5), MuSchG Rn. 2, 4; Nebe, jurisPR-ArbR 25/2017, Anm. 1.

Im MuSchG aF. existierte keine Legaldefinition des Beschäftigungsverbots. §§ 3–4 sowie 6–8 des Gesetzes aF. formulierten, jeweils unter Verwendung des Begriffs »Beschäftigungsverbot« in ihrer Überschrift konkrete Tätigkeiten, die von Schwangeren nicht ausgeübt werden durften, sowie ein Verbot der Arbeit nach entsprechendem ärztlichen Zeugnis (individuelles Beschäftigungsverbot) und das Verbot von Mehr-, Nacht-, Sonn- und Feiertagsarbeit und Arbeit während der Schutzfristen vor und nach der Entbindung (generelle Beschäftigungsverbote).<sup>128</sup> Vor diesem Hintergrund fügte sich die Anspruchsvoraussetzung, dass Frauen *wegen eines Beschäftigungsverbots* teilweise oder völlig mit der Arbeit aussetzen, in § 11 MuSchG aF. sinnvoll in das Gesamtgefüge des Gesetzes ein. Die Frauen erhielten Mutterschutzlohn einerseits, wenn sie zur Vermeidung der verbotenen Tätigkeiten (»Beschäftigungsverbote«) gar nicht arbeiteten und andererseits auch, wenn deshalb – im Rahmen einer schon damals nach der MuSch-ArbV vorrangigen Änderung der Arbeitsbedingungen oder Umsetzung – Teile ihrer vorherigen Tätigkeiten wegfielen bzw. sie nun andere Aufgaben verrichteten.<sup>129</sup>

In §§ 11, 12 MuSchG 2018 werden – entsprechend ihrer Überschriften – »Unzulässige Tätigkeiten und Arbeitsbedingungen« für schwangere bzw. stillende Frauen umschrieben. Als »Beschäftigungsverbote« werden diese nicht bezeichnet. Stattdessen wird der Begriff in § 2 Abs. 3 MuSchG legal definiert und bezeichnet demnach ausschließlich ein Beschäftigungsverbot iSd. §§ 3–6 MuSchG (diese regeln die Schutzfristen um die Entbindung und die Mehr-, Sonn- und Feiertagsarbeit), § 13 Abs. 1 Nr. 3 MuSchG und § 16 MuSchG (betriebliches bzw. ärztliches Beschäftigungsverbot).

Unter den Schutzmaßnahmen nach § 13 Abs. 1 MuSchG stellt also nach der Legaldefinition in § 2 Abs. 3 MuSchG nur § 13 Abs. 1 Nr. 3 MuSchG ein Beschäftigungsverbot dar. Angesichts der vorrangigen Umgestaltungspflicht ist es grundsätzlich auch sinnvoll und begrüßenswert, dass der Begriff des Beschäftigungsverbot es derart eingegrenzt wird. So wird schon begrifflich deutlich, dass eine Frau, die normalerweise in §§ 10, 11 MuSchG aufgeführte oder andere gesundheitsgefährliche Tätigkeiten ausübt, nicht automatisch eine vollständige Beurlaubung erhalten darf.<sup>130</sup>

Vor diesem Hintergrund ist aber die Konzeption von § 18 MuSchG zu kritisieren. Nach dessen Wortlaut ist nur für den Fall eines Beschäftigungsverbots Mutterschutz-

lohn zu zahlen, also unter Heranziehung der Definition in § 2 Abs. 2 MuSchG nur in Fällen von § 13 Abs. 1 Nr. 3 MuSchG und damit nicht bei Umgestaltung der Arbeitsbedingungen oder Umsetzung. Die Gesetzesbegründung geht nicht näher auf den Anknüpfungspunkt des Beschäftigungsverbots ein.<sup>131</sup> Es ist, gerade auch vor dem Hintergrund von § 18 S. 3 MuSchG,<sup>132</sup> aber nicht zu vermuten, dass der Gesetzgeber Mutterschutzlohn in Fällen von § 13 Abs. 1 Nr. 1 und 2 MuSchG ausschließen *wollte*. Denn § 18 MuSchG verstößt bei wortgetreuer Anwendung im Zusammenhang mit § 2 Abs. 3 MuSchG 2018 gegen Art. 11 Nr. 1 RL 92/85/EWG, der einen Entgeltersatz auch im Falle geänderter Arbeitsbedingungen oder Umsetzung vorschreibt. Wären diese Maßnahmen nicht umfasst, sodass der Arbeitgeber nur bei Mutterschutzlohn infolge eines Beschäftigungsverbots seine Kosten nach dem AAG ersetzt bekäme,<sup>133</sup> wäre dies ein erheblicher Anreiz dafür, die Rangfolge der Schutzmaßnahmen aus § 13 MuSchG nicht einzuhalten, sondern unmittelbar zum betrieblichen Beschäftigungsverbot zu greifen oder auf die Einholung eines ärztlichen Beschäftigungsverbot es hinzuwirken. Das mit der Rangfolge der Maßnahmen in § 13 MuSchG und dem diesem zugrunde liegenden Art. 5 RL 82/85/EWG verfolgte Ziel eines inklusiven Mutterschutzes würde so unterlaufen werden.

Es zeigt sich ein Versäumnis des Gesetzgebers, der die Formulierung in § 11 MuSchG aF. weitestgehend beibehalten und dabei übersehen hat, dass der Begriff des Beschäftigungsverbot es im alten und neuen Recht nicht gleichbedeutend ist. Daher ist denjenigen Autoren zuzustimmen, die die Norm dahingehend unionsrechtskonform auslegen, dass Mutterschutzlohn auch bei Maßnahmen nach § 13

128 Zu den Begrifflichkeiten vgl. nur *Meisel/Sowka*, Mutterschutz und Erziehungsurlaub, Kommentar, 5. Aufl., München 1999, vor § 3 MuSchG Rn. 2 ff.

129 So das Verständnis zum alten Recht, vgl. jurisPK VvFuB-Göhle/Sander (Fn. 1), Kap. 5.17 § 11 MuSchG Rn. 10 f.; *Meisel/Sowka* (Fn. 128), § 11 MuSchG Rn. 28; *Schmiegel*, in: Tillmanns/Mutschler (Hrsg.), Mutterschutzgesetz, Bundeseltern- und Elternzeitgesetz, Praxiskommentar, Freiburg 2015, § 11 MuSchG Rn. 14; *Zmarzlik/Zipperer/Viethen* (Fn. 73), § 11 MuSchG Rn. 11 f.

130 So auch *Latterner/Weth*, in: Brose/Weth/Volk (Fn. 2), § 2 MuSchG Rn. 19; *Pepping*, in: Rancke (Hrsg.), Mutterschutz/Elterngeld/Elternzeit/Betreuungsgeld, Handkommentar, 5. Aufl., Baden-Baden 2018, § 2 MuSchG Rn. 17.

131 BT-Drs. 18/8963, S. 88 f.; In der Kommentarliteratur wird der Begriff »Beschäftigungsverbot« hier teilweise wie in Bezug auf das alte Recht verwendet, vgl. *Graue* (Fn. 2), § 18 MuSchG Rn. 9.

132 *Brose*, in: Preis/Sagan (Fn. 19), Rn. 9.211 versteht § 18 S. 3 MuSchG als dementsprechende Klarstellung. Dem ist aber wegen der Legaldefinition des Beschäftigungsverbot es in § 2 Abs. 3 MuSchG nur bedingt zuzustimmen, da sich der Gesetzgeber so widerspricht.

133 Zum AAG siehe unten, III.3.

Abs. 1 Nr. 1 und 2 MuSchG zu zahlen ist.<sup>134</sup> Nur so kann – auch vor dem Hintergrund von Art. 3 Abs. 2 GG – ein inklusiver Mutterschutz gewährleistet werden. Um aber für Gesetzesanwender ohne Hinzuziehung der Richtlinie 92/85/EWG sichtbar zu machen, dass Mutterschutzlohn auch für Maßnahmen nach § 13 Abs. 1 Nr. 1 und 2 MuSchG zu zahlen ist, ist eine Umformulierung von § 18 MuSchG angezeigt. Dies wäre nach dem Vorbild der Richtlinie durch eine Aufzählung der anspruchsbegründenden Maßnahmen, darunter insbesondere auch jener nach § 13 Abs. 1 Nr. 1 und 2 MuSchG, einfach möglich.

## (2) Grundsatz der Monokausalität

Die Formulierung »wegen eines Beschäftigungsverbots« in § 18 MuSchG wird so verstanden, dass dieses die alleinige Ursache für die Nichterbringung der Arbeitsleistung der Frau darstellen muss (sogenannte Monokausalität).<sup>135</sup> Bereits zum diesbezüglich gleichlautenden alten Recht war die Abgrenzung zwischen einem ärztlichen Beschäftigungsverbot und krankheitsbedingter Arbeitsunfähigkeit in Fällen mit über gewöhnliche Schwangerschaftsbeschwerden hinausgehenden Komplikationen mit Krankheitswert umstritten. Die Rechtsprechung nimmt iE. bei Arbeitsunfähigkeit wegen derartiger Leiden einen Vorrang von § 3 EZFG an.<sup>136</sup> Diese Rechtsprechung wurde und wird zu Recht vielfach kritisiert.<sup>137</sup> Zu nennen sei an dieser Stelle nur, dass durch diese Spruchpraxis Frauen, die unter derartigen pathologischen Schwangerschaftsbeschwerden leiden, durch das Zurückfallen auf Krankengeld (§ 44 SGB V) nach sechs Wochen erhebliche Entgelt einbußen erleiden und somit schlechter stehen als Schwangere ohne solche Komplikationen, was dem Zweck des Gesundheitsschutzes widerspricht.<sup>138</sup> Wünschenswert wäre daher gewesen, im Zuge der Reform in § 18 MuSchG das Ausreichen einer Mitursächlichkeit der Schwangerschaft für die Arbeitsunfähigkeit zu regeln.<sup>139</sup>

## c) Anspruchsinhalt

### (1) Grundlage: Modifizierte Referenzmethode

Die Berechnung der Leistungen in §§ 18 ff. MuSchG 2018 erfolgt wie schon vor der Reform nach der sogenannten modifizierten Referenzmethode.<sup>140</sup> Mit dem neuen Gesetz wurde eine Vereinheitlichung vorgenommen, um die Berechnung zu erleichtern.<sup>141</sup> Dabei trifft § 21 MuSchG für alle Entgeltersatzleistungen Bestimmungen zum

Berechnungszeitraum und den bei der Berechnung einzubeziehenden Leistungen.

Gemäß § 18 MuSchG ist im Grundsatz das durchschnittliche Arbeitsentgelt der letzten drei Monate als Mutterschutzlohn zu zahlen. Nach dem oben Gesagten muss bei Umgestaltung der Arbeitsbedingungen oder Umsetzung der Frau auf einen anderen Arbeitsplatz die Differenz hierzu gezahlt werden.

### (2) Referenzzeitraum

Das grds. Anknüpfen an das Arbeitsentgelt vor der Schwangerschaft in § 18 MuSchG ist mit Blick auf den Gesundheitsschutz sinnvoll. So wird verhindert, dass Frauen mit variablem Entgelt sich zu Beginn der Schwangerschaft überanstrengen, um einen höheren Referenzlohn zu erzielen (etwa bei Akkordarbeit).<sup>142</sup>

Beginnt die Beschäftigung erst während der Schwangerschaft, ist nach § 18 S. 4 MuSchG auf die ersten drei Beschäftigungsmonate abzustellen. In Fällen, in denen sich hieraus keine sinnvolle Berechnungsgrundlage ergibt,

<sup>134</sup> So ausdrücklich ErfK-Schlachter (Fn. 2), § 18 MuSchG Rn. 1; Volk, in: Brose/Weth/Volk (Fn. 2), § 18 MuSchG Rn. 3; iE. ebenso aber ohne Hinweis auf das Unionsrecht auch BeckOK ArbR-Dahm (Fn. 2), § 18 MuSchG Rn. 7; Pepping, in: Rancke (Fn. 130), § 18 MuSchG Rn. 17. Angesichts der anderslautenden Legaldefinition des Beschäftigungsverbots im MuSchG ist auch der Standpunkt denkbar, dass eine unionsrechtskonforme Auslegung von § 18 MuSchG aufgrund der Wortlautgrenze nicht möglich und stattdessen eine richtlinienkonforme Rechtsfortbildung vorzunehmen sei. Vgl. allg. zu dieser Rechtsfigur und der Abgrenzung zur richtlinienkonformen Auslegung BAG, 17.11.1009 – 9 AZR 844/08 – BAGE 132, 247, 255 f.; EuArbR-Höpfner (Fn. 9), Art. 288 Rn. 49 ff.; im Übrigen sind die Ansprüche aus Art. 11 RL 92/85/EWG unmittelbar anwendbar und können im Falle eines Umsetzungsdefizits gegen den jeweiligen Mitgliedstaat geltend gemacht werden, vgl. EuGH, 1.7.2010 – C-194/08 – Slg. 2010, I-6281 (Gassmayr), Rn. 53.

<sup>135</sup> Vgl. nur BAG, 29.11.1997 – 5 AZR 766/95 – BAGE 85, 237, 242 f. = AP Nr. 10 zu § 3 MuSchG; BeckOK ArbR-Dahm (Fn. 2), § 18 MuSchG Rn. 11. Die Monokausalität entfällt bspw. bei Kurzarbeit, Arbeitskampf und bei von der Schwangerschaft gänzlich unabhängigen Erkrankungen, vgl. ErfK-Schlachter (Fn. 2), § 18 MuSchG Rn. 5; Volk, in: Brose/Weth/Volk (Fn. 2), § 18 MuSchG Rn. 34 ff.

<sup>136</sup> Vgl. BAG, 29.11.1997 – 5 AZR 766/95 – BAGE 85, 237, 242 f. = AP Nr. 10 zu § 3 MuSchG; BSG, 17.4.1991 – 1/3 RK 21/88 – BSGE 68, 222, 225 ff.

<sup>137</sup> Eine ausführliche Streitdarstellung findet sich bei Pepping, in: Rancke (Fn. 130), vor §§ 3–16 MuSchG Rn. 24 ff., § 16 MuSchG Rn. 17 ff. m.w.N.

<sup>138</sup> Siehe Graue (Fn. 2), § 18 MuSchG Rn. 14; Lembke, NZA 1998, 349, 352.

<sup>139</sup> Für eine Änderung der Regelungen zum ärztlichen Beschäftigungsverbot Roos, Stellungnahme vor dem Ausschuss für Familie, Senioren, Frauen und Jugend v. 8.6.2016, Protokoll der 71. Sitzung, S. 17.

<sup>140</sup> Zum Begriff vgl. Pepping, in: Rancke (Fn. 130), § 18 MuSchG Rn. 31.

<sup>141</sup> BT-Drs. 18/8963, S. 92; BeckOK ArbR-Dahm (Fn. 2), § 21 MuSchG Rn. 2; Pepping, in: Rancke (Fn. 130), § 18 MuSchG Rn. 33; ErfK-Schlachter (Fn. 2), § 21 MuSchG Rn. 1.

<sup>142</sup> Vgl. Pepping, in: Rancke (Fn. 130), § 18 MuSchG Rn. 34; Volk, in: Brose/Weth/Volk (Fn. 2), § 18 MuSchG Rn. 88.

etwa weil von Beginn des Arbeitsverhältnisses an ein Beschäftigungsverbot gilt,<sup>143</sup> greift § 21 Abs. 3 MuSchG als Auffangtatbestand,<sup>144</sup> nach dem auf das Gehalt vergleichbarer Arbeitnehmer abzustellen ist.

§ 21 Abs. 1 MuSchG modifiziert den Berechnungszeitraum für bestimmte Fälle. Hiernach sind ganze Tage,<sup>145</sup> an denen die Frau wegen unverschuldeter Fehlzeiten kein Arbeitsentgelt erzielt hat, nicht einzubeziehen, sodass sich der Berechnungszeitraum entsprechend verkürzt.<sup>146</sup> Dies verhindert eine Verfälschung der Durchschnittsentgeltberechnung nach unten und effektiviert so den Gesundheitsschutz.<sup>147</sup> Hier und auch in § 21 Abs. 2 Nr. 2 MuSchG ist allerdings noch nicht geklärt, wie der Begriff »unverschuldet« auszulegen ist. Angemessen dürfte der Vorschlag sein, ein Verschulden iSd. Norm nur bei wenigstens Eventualvorsatz anzunehmen. Bei fahrlässigem Handeln erscheint es unbillig, dieses durch eine Einbeziehung in die Berechnung doppelt zu sanktionieren.<sup>148</sup>

§ 21 Abs. 1 S. 2 MuSchG trifft eine sinnvolle Lösung für Arbeitsverhältnisse, die noch keine drei Monate erreicht haben. Es ist dann auf den gesamten bisherigen Beschäftigungszeitraum abzustellen. Ist der Zeitraum zu kurz, um eine sinnvolle Grundlage zu bieten, greift wiederum § 21 Abs. 3 MuSchG.<sup>149</sup>

Die Regelungen zum Berechnungszeitraum finden insgesamt für die meisten Fälle sinnvolle Lösungen. Problematisch sind aber Sachverhalte mit schon vor der Schwangerschaft länger als drei Monate bestehenden Arbeitsverhältnissen, die daher unter § 18 S. 1 MuSchG fallen, bei denen aber der Lohn im Referenzzeitraum nicht repräsentativ ist, etwa infolge von saisonal bedingten starken Schwankungen bei der Arbeitszeit.<sup>150</sup> Das Ziel, den Lebensstandard der Frau durch den Entgeltersatz aufrechtzuerhalten, um den Gesundheitsschutz zu gewährleisten, würde bei strikter Anwendung von § 18 S. 1 MuSchG nicht erreicht, wenn in derartigen Fällen gewissermaßen zufällig im Referenzzeitraum ein wesentlich geringeres Gehalt gezahlt wurde als im langfristigen Durchschnitt. In solchen Fällen muss der Referenzzeitraum daher auf einen repräsentativen Zeitraum, bspw. ein Jahr, ausgedehnt werden.<sup>151</sup> Das lässt sich zwar durch eine entsprechende Auslegung von § 18 S. 1 MuSchG erreichen, sollte aber ausdrücklich im Gesetz klargestellt werden.

### (3) Einzubeziehende Leistungen

§ 2 Abs. 5 MuSchG regelt, dass für §§ 18 ff. MuSchG der sozialrechtliche Entgeltbegriff nach § 14 SGB IV zugrunde zu legen ist. Für den Zweck des MuSchG zählen demnach das Grundgehalt, etwaige Sachbezüge und insbesondere auch sämtliche Zulagen zum Arbeitsentgelt.<sup>152</sup> Somit werden sowohl personen- als auch tätigkeitsbezogene Zulagen erfasst. Damit geht der deutsche Gesetzgeber über die Rechtsprechung des EuGH, nach der tätigkeitsbezogene Zulagen nicht erfasst sein müssen,<sup>153</sup> hinaus. Teils wird daher angenommen, angesichts der EuGH-Rechtsprechung sei abzuwarten, wie das BAG mit tätigkeitsbezogenen Umlagen umgehen werde.<sup>154</sup> In Art. 1 Abs. 3 erhält die Richtlinie 92/85/EWG jedoch ein Verschlechterungsverbot, aufgrund dessen die Richtlinienumsetzung als solche einen Abbau von Schutzrechten der betroffenen Arbeitnehmerinnen nicht rechtfertigt.<sup>155</sup> Dies betrifft auch die Bezugsgröße des durchschnittlichen Arbeitsentgeltes, welche schon in der ursprünglichen Fassung des MuSchG 1952 zu finden war. Eine diesbezügliche Verschlechterung wäre danach nur unter Darlegung eines Rechtfertigungsgrundes möglich.<sup>156</sup> Demgegenüber steht

143 Bsp. bei *Pepping*, in: Rancke (Fn. 130), § 21 MuSchG Rn. 29.

144 *Pepping*, in: Rancke (Fn. 130), § 21 MuSchG Rn. 28.

145 *Herrmann*, in: Brose/Weth/Volk (Fn. 2), § 21 MuSchG Rn. 11.

146 *Herrmann*, in: Brose/Weth/Volk (Fn. 2), § 21 MuSchG Rn. 13; *Pepping*, in: Rancke (Fn. 130), § 21 MuSchG Rn. 9 und *ErfK-Schlachter* (Fn. 2), § 21 MuSchG Rn. 2, jeweils mit Beispielrechnung.

147 *ErfK-Schlachter* (Fn. 2), § 21 MuSchG Rn. 2.

148 Vgl. *ErfK-Schlachter* (Fn. 2), § 21 MuSchG Rn. 2; aA. *Herrmann*, in: Brose/Weth/Volk (Fn. 2), § 21 MuSchG Rn. 12; *Pepping*, in: Rancke (Fn. 130), § 18 MuSchG Rn. 12 die grobe Fahrlässigkeit ausreichen lassen wollen.

149 Als Untergrenze wird in Anlehnung an den Normtext ein abgerechneter Kalendermonat angenommen, vgl. *Pepping*, in: Rancke (Fn. 130), § 18 MuSchG Rn. 29; kritisch *Herrmann*, in: Brose/Weth/Volk (Fn. 2), § 21 MuSchG Rn. 31.

150 Vgl. *Graue* (Fn. 2), § 21 MuSchG Rn. 5, ähnlich *BeckOK ArbR-Dahm* (Fn. 2), § 18 MuSchG Rn. 17.

151 Vgl. zum Ganzen LAG Köln, 21.12.2011 – 8 Sa 1328/10 – LAGE Nr. 8 zu § 11 MuSchG (zum alten Recht).

152 *BeckOK ArbR-Dahm* (Fn. 2), § 21 MuSchG Rn. 10 ff.; *Graue* (Fn. 2), § 21 MuSchG Rn. 9; *Hergenröder*, in: Henssler/Willemsen/Kalb (Hrsg.), *Arbeitsrecht*, Kommentar, 9. Aufl., Köln 2020, § 21 MuSchG Rn. 3; *Herrmann*, in: Brose/Weth/Volk (Fn. 2), § 21 MuSchG Rn. 17b ff.

153 S. o. II.1.a).

154 *Brose*, in: Preis/Sagan (Fn. 19), Rn. 9.212.

155 Vgl. dazu *Brose*, in: Preis/Sagan (Fn. 19), Rn. 9.40; *EuArbR-Risak* (Fn. 9), Art. 1 RL 92/85/EWG, Rn. 6.

156 Zur Möglichkeit einer Rechtfertigung von Verschlechterungen vgl. *Brose*, in: Preis/Sagan (Fn. 19), Rn. 9.40; *EuArbR-Risak* (Fn. 9), Art. 1 RL 92/85/EWG; grundlegend zur Auslegung von Verschlechterungsverboten in Richtlinien siehe auch *EuGH*, 22.11.2005 – C-144/04 – Slg. 2005, I-9981 (Mangold), Rn. 50 ff.

es den Mitgliedstaaten, wie auch der EuGH betont,<sup>157</sup> frei, über die durch den Gerichtshof konkretisierten Richtlinienvorgaben hinauszugehen.<sup>158</sup> Dass der Gesetzgeber in Kenntnis der einschlägigen EuGH-Rechtsprechung bei der Neufassung des MuSchG die klar formulierte Bezugsgröße des durchschnittlichen Arbeitsentgeltes beibehalten hat, deutet gerade nicht auf einen – rechtfertigungsbedürftigen – Willen hin, dass künftig tätigkeitsbezogene Zulagen nicht mehr in die Berechnung der mutterschutzspezifischen Entgeltleistungen einfließen sollen. Daher lässt sich nicht vermuten, dass die deutsche Rechtsprechung tätigkeitsbezogene Zulagen vom Mutterschutzlohn ausschließen wird.

Nach hier vertretener Ansicht ist auch der Richtlinie 92/85/EWG selbst ohnehin zu entnehmen, dass für einen effektiven Gesundheitsschutz alle Zulagen erfasst sein müssen. In Bezug auf Frauen mit gleichbleibendem Brutto Gehalt ergibt sich aus §§ 18, 2 Abs. 5, 21 MuSchG nach alldem vereinfacht, dass die Frau dieses bzw. die Differenz hierzu als Mutterschutzlohn erhält.<sup>159</sup>

Nicht zum durchschnittlichen Arbeitsentgelt iSv. §§ 18, 2 Abs. 5 MuSchG zählt dagegen reiner Aufwendersatz.<sup>160</sup> Das ist nicht unbillig. Entfallen die entsprechend vom Gehalt nicht abgedeckten Ausgaben im Zusammenhang mit der beruflichen Tätigkeit wie bspw. Reisekosten, da die Schwangere nicht mehr arbeitet oder andere Tätigkeiten übernimmt, müssen diese auch nicht mehr ersetzt werden.

§ 21 Abs. 2 MuSchG schließt bestimmte Leistungen von der Berechnung aus. Nach seiner Nummer 1 betrifft dies einmalig gezahltes Arbeitsentgelt iSv. § 23a SGB IV, worunter bspw. sogenannte dreizehnte Monatsgehälter fallen. Das bedeutet nicht, dass der Schwangeren diese Leistungen nicht zugutekommen sollen. Vielmehr verhindert die Vorschrift eine Verfälschung der Rechnung dadurch, dass eine solche Leistung zufällig im Referenzzeitraum erbracht wird.<sup>161</sup> Das allgemeine Diskriminierungsverbot erfordert aber, dass die Arbeitnehmerin derartige Leistungen erhalten muss, auch wenn sie Entgeltersatz nach §§ 18 ff. MuSchG bezieht.<sup>162</sup> Hierzu wäre eine ausdrückliche Klarstellung im Gesetz wünschenswert gewesen.

Nach § 21 Abs. 2 Nr. 2 MuSchG bleiben bestimmte Kürzungen des Arbeitsentgelts bei der Berechnung unberücksichtigt. Auch hierdurch wird eine Verfälschung der Berechnung zu Lasten der Frau mit negativen Folgen für

den Gesundheitsschutz verhindert. § 21 Abs. 4 MuSchG regelt schließlich Fälle, in denen es dauerhaft<sup>163</sup> zu Gehaltserhöhungen oder -senkungen kommt. Wenn dies während des Referenzzeitraums geschieht, gilt die Gehaltsveränderung für den gesamten Bezugszeitraum der Entgeltersatzleistung (Nr. 1). Bei Änderungen danach, also während des Leistungsbezugs, gelten sie ab ihrem Wirksamwerden (Nr. 2). Ziel dieser Regelungen ist, zu erreichen, dass die Frau durch den Erhalt von mutterschutzspezifischen Entgeltersatzleistungen weder schlechter- noch bessergestellt wird. Durch § 21 Abs. 4 MuSchG wirken sich die Gehaltsänderungen bezogen auf die Leistungen ebenso aus, als wenn die Frau weiterhin (unverändert) gearbeitet hätte.<sup>164</sup> Würden Gehaltserhöhungen nicht derart einbezogen, würde dies eine Diskriminierung wegen der Schwangerschaft darstellen<sup>165</sup> und einen Anreiz liefern, trotz Gesundheitsgefahren weiterzuarbeiten, um in den Genuss der Erhöhung zu kommen.<sup>166</sup> Die Einbeziehung von Gehaltssenkungen stellt keine Schlechterstellung dar, denn diese hätten sich auf die Frau auch sonst ausgewirkt.

Es fehlt in §§ 18, 21 MuSchG allerdings eine Regelung, die entsprechend der EuGH-Rechtsprechung klarstellt, dass bei schwangerschafts- oder stillbedingter Umsetzung auf einen Arbeitsplatz mit höherwertiger Tätigkeit das gezahlte Gehalt nicht niedriger sein darf als das von regulär dort Beschäftigten.<sup>167</sup> Derartige Sachverhalte lassen

157 S. o. II.1.a).

158 So auch BeckOK ArbR-Dahm (Fn. 2), § 21 MuSchG Rn. 11.1.; Graue (Fn. 2), § 18 MuSchG Rn. 23.

159 Graue (Fn. 2), § 18 MuSchG Rn. 22; Herrmann, in: Brose/Weth/Volk (Fn. 2), § 21 MuSchG Rn. 17; ErfK-Schlachter (Fn. 2), § 21 MuSchG Rn. 3.

160 BeckOK ArbR-Dahm (Fn. 2), § 21 MuSchG Rn. 13; Graue (Fn. 2), § 18 MuSchG Rn. 26, § 21 Rn. 10; Herrmann, in: Brose/Weth/Volk (Fn. 2), § 21 MuSchG Rn. 17 f.

161 Herrmann, in: Brose/Weth/Volk (Fn. 2), § 21 MuSchG Rn. 22.

162 Herrmann, in: Brose/Weth/Volk (Fn. 2), § 21 MuSchG Rn. 22, wobei die dogmatische Grundlage unklar bleibt.

163 Das heißt wenn diese auf mindestens drei Monate angelegt sind, vgl. Herrmann, in: Brose/Weth/Volk (Fn. 2), § 21 MuSchG Rn. 34, 37 f.

164 BT-Drs. 18/8963, S. 93 f.; BeckOK ArbR-Dahm (Fn. 2), § 21 MuSchG Rn. 20 f.; Häberle, in: Erbs/Kohlhaas (Hrsg.), Strafrechtliche Nebengesetze, München (Loseblatt, Stand: 230. EL), § 21 MuSchG Rn. 8; Herrmann, in: Brose/Weth/Volk (Fn. 2), § 21 MuSchG Rn. 33; Graue (Fn. 2), § 21 MuSchG Rn. 16 ff.; ErfK-Schlachter (Fn. 2), § 21 MuSchG Rn. 3.

165 Wie der EuGH bezogen auf Leistungen nach Art. 11 Nr. 2 RL 92/85/EWG festgestellt hatte, s. o. B.1.3.b).

166 ErfK-Schlachter (Fn. 2), § 21 MuSchG Rn. 4.

167 Brose, in: Preis/Sagan (Fn. 19), Rn. 9.213.

sich in der Praxis über das allgemeine Diskriminierungsverbot lösen.<sup>168</sup> Jedoch wäre eine ausdrückliche Klarstellung im Gesetz wünschenswert.

#### d) Mutterschaftsgeld und Zuschuss zum Mutterschaftsgeld

Der Entgeltersatz während der Schutzfristen vor und nach der Entbindung wird, wie durch die Richtlinie gestattet,<sup>169</sup> durch die Kombination einer Sozialleistung (Mutterschaftsgeld iSv. § 19 MuSchG, § 24i SGB V) und einer Entgeltfortzahlung durch den Arbeitgeber (Zuschuss zum Mutterschaftsgeld gemäß § 20 MuSchG) erbracht. Beide Leistungen erstrecken sich auf die gesamte, mindestens 14 Wochen andauernde Schutzfrist (§ 3 MuSchG), was den Vorgaben in Art. 8 iVm. Art. 11 Nr. 2 RL 92/85/EWG entspricht.

Anders als beim Mutterschutzlohn kommt es bei Mutterschaftsgeld nicht darauf an, ob die Frau grds. arbeitsfähig wäre. Ist sie während der Schutzfrist arbeitsunfähig erkrankt, erhält sie keine Entgeltfortzahlung nach § 3 EFZG, sondern weiterhin Mutterschaftsgeld.<sup>170</sup>

#### (1) Leistungen für GKV-Mitglieder

Für Mitglieder einer gesetzlichen Krankenkasse verweist § 19 Abs. 1 MuSchG deklaratorisch auf § 24i SGB V. Bei Frauen in einem schon vor der Schutzfrist begonnenen und darüber hinaus bestehenden oder nach § 17 Abs. 2 MuSchG gekündigten Arbeitsverhältnis ist gemäß § 24i Abs. 1 S. 1, Abs. 2 SGB V von der Krankenkasse Mutterschaftsgeld zu zahlen, welches sich nach dem durchschnittlich in den letzten drei Kalendermonaten gezahlten Nettoentgelt richtet, jedoch höchstens 13 € pro Kalendertag beträgt. Für die Berechnung wird auf § 21 MuSchG verwiesen.

Die Differenz zwischen dem nach § 21 MuSchG berechneten durchschnittlichen kalendertäglichen Nettoentgelt und den als Mutterschaftsgeld zu zahlenden 13 € pro Tag ist gemäß § 24i Abs. 2 S. 4 SGB V, § 20 Abs. 1 MuSchG vom Arbeitgeber als Zuschuss zu entrichten.<sup>171</sup> Für die Berechnung nach § 21 MuSchG wird auf die obigen Ausführungen verwiesen. Im Ergebnis erhalten die betroffenen Frauen auch während der Schutzfristen insgesamt Leistungen, die ihrem vorherigen Nettoentgelt inklusive aller Zulagen entsprechen. Diesbezüglich geht das deutsche Recht also wiederum über die unionsrechtlichen Mindestvorgaben hinaus.

Weiterhin ist die ausdrückliche Vorgabe des EuGH, dass Entgelterhöhungen während des Mutterschaftsur-

laubs den betreffenden Arbeitnehmerinnen zugutekommen müssen, mit § 21 Abs. 4 MuSchG erfüllt.<sup>172</sup>

Für einige Sonderfälle – Frauen nach § 24i Abs. 1, Abs. 2 SGB V, deren Arbeitsverhältnis unmittelbar vor Schutzfristbeginn endet und die daher keinen Zuschuss nach § 20 MuSchG erhalten, und »sonstige Mitglieder«, das heißt solche, die einen Anspruch auf Krankengeld, nicht aber auf den Zuschuss haben<sup>173</sup> – regelt § 24i Abs. 2 S. 5 SGB V, dass Mutterschaftsgeld in Höhe des Krankengeldes (§ 44 ff. SGB V) zu zahlen ist. Die Leistungen, die diese Frauen enthalten, entsprechen also der Mindestvorgabe in Art. 11 Nr. 3 der Mutterschutz-Richtlinie. Dennoch wäre eine Anhebung der Leistungen wünschenswert, damit durch Erhalt des Lebensstandards der Gesundheitsschutz vollumfänglich gewährleistet werden kann. Auch vor dem Hintergrund von Art. 3 Abs. 1 GG erscheint die Regelung problematisch, zumal schon die Ablehnung eines Anspruchs auf Fortzahlung des vollen Gehalts durch den EuGH, wie oben gezeigt, kritisch zu sehen ist.<sup>174</sup>

#### (2) Leistungen für Nicht-GKV-Mitglieder

Für Nicht-GKV-Mitglieder regelt § 19 Abs. 2 MuSchG das Mutterschaftsgeld konstitutiv. Das betrifft vor allem die nach § 7 Abs. 1 SGB V versicherungsfreien geringfügig Beschäftigten.

Nach § 19 Abs. 2 MuSchG ist für diese Frauen in entsprechender Anwendung von § 24i SGB V vom Bundesamt für Soziale Sicherung Mutterschaftsgeld zu zahlen, jedoch insgesamt in Höhe von höchstens 210 €. Legt man die 13 € pro Tag (§ 24i Abs. 2 S. 2 SGB V) zugrunde, erhalten die Frauen rechnerisch also nur für die ersten 16 Tage der Schutzfrist Mutterschaftsgeld.<sup>175</sup> Diese Lücke wird jedoch beim Mutterschaftsgeldzuschuss nicht berück-

168 Häberle, in: Erbs/Kohlhaas (Fn. 164), § 18 MuSchG Rn. 5 sieht den Mutterschutzlohn dagegen als eine Art subsidiären Mindestlohn an, der bei Umsetzung auf einen gleich oder höher vergüteten Arbeitsplatz keine Anwendungen finden soll. Auch dies führt zum richtigen Ergebnis, ist aber systematisch weniger naheliegend.

169 S. o. II.1.b).

170 Vgl. Herrmann, in: Brose/Weth/Volk (Fn. 2), § 19 MuSchG Rn. 104.

171 Das betrifft alle Frauen mit einem Nettomonatsgehalt von über 390 € (13 € × 30 = 390 €).

172 Zu den Vorgaben s. o., B.I.3.b).

173 Kießling, in: Rolfs/Giesen/Kreikebohm/Udsching (Hrsg.), Beck'scher Onlinekommentar Sozialrecht, 57. Ed., München 2020, § 24i SGB V, Rn. 21 mit Beispielen.

174 S. o. II.1.b).

175 210 € ÷ 13 € = 16,15 €.

sichtigt, da nach § 20 Abs. 1 MuSchG unterschiedslos für die gesamte Schutzfrist der Differenzbetrag zu 13 € zu zahlen ist. Die betroffenen Frauen erhalten dadurch während der Schutzfristen insgesamt über 1000 € weniger als gesetzlich Krankenversicherte.<sup>176</sup> Die hierin liegende Ungleichbehandlung iSv. Art. 3 Abs. 1 GG wird zu Recht vielfach kritisiert.<sup>177</sup> Es sind keine Unterschiede im Schutzbedürfnis zwischen GKV-Mitgliedern und -Nichtmitgliedern erkennbar, die dies rechtfertigen könnten.

Nicht gesetzlich krankenversicherte geringfügig Beschäftigte<sup>178</sup> erhalten dadurch insgesamt Leistungen, die deutlich weniger als 70 %<sup>179</sup> ihres vorherigen Nettoeinkommens betragen.<sup>180</sup> Bei einem vorherigen Verdienst von 450 € im Monat erhalten Nichtversicherte während der Schutzfristen monatlich 123 € und damit nur 27 % ihres vorherigen Einkommens. Das verstößt zwar nicht gegen den Wortlaut von Art. 11 Nr. 3 RL 85/92/EWG, denn dieser bezieht sich auf *der betreffenden Arbeitnehmerin* zustehende Sozialleistungen bei gesundheitsbedingtem Entgeltausfall. Einen Anspruch auf Krankengeld nach § 44 SGB V haben Nicht-GKV-Versicherte gerade nicht, sodass die Vergleichsgröße aus der Richtlinie entfällt. Eine derart große Entgelteinbuße widerspricht aber dem Zweck des Entgeltersatzes, den Gesundheitsschutz dadurch zu sichern, dass eine Frau nicht aus wirtschaftlichen Gründen auf Schutzrechte verzichten muss, und der Rechtsprechung des EuGH, nach der die Leistungen während des Mutterschaftsurlaubs nicht so niedrig sein dürfen, dass dessen Zweck unterlaufen wird.<sup>181</sup> In dieser Hinsicht sind §§ 19 Abs. 2, 20 MuSchG daher unionsrechtswidrig.<sup>182</sup> Auch kommt der Gesetzgeber so seinem verfassungsrechtlichen Schutzauftrag aus Art. 6 Abs. 4 GG nicht hinreichend nach.<sup>183</sup> Das Mutterschaftsgeld muss auf das Niveau gesetzlich Krankenversicherter angehoben werden.<sup>184</sup>

#### e) Bezahlte Freistellung für Untersuchungen und Stillpausen, § 23 MuSchG

Nach § 23 MuSchG darf der Frau durch die nach § 7 MuSchG zu gewährende Freistellung für Untersuchungen und zum Stillen kein Entgeltausfall eintreten. § 23 MuSchG ist daher als Regelung einzuordnen, die den Anspruch aus § 611a BGB trotz fehlender Gegenleistung erhält. Die Arbeitnehmerin ist so zu stellen, als hätte sie in der Zeit der Freistellung gearbeitet. Dabei sind alle Entgeltbestandteile fortzuzahlen.<sup>185</sup> Die Regelung erfüllt die Anforderungen aus Art. 9 RL 92/85/EWG.

### 3. Finanzierung der Leistungen

#### a) Reaktion auf die BVerfG-Entscheidung: Schaffung des AAG

Nachdem das BVerfG dem Gesetzgeber die Beseitigung des bis dahin bestehenden Verstoßes gegen Art. 3 Abs. 2 GG durch die Regelungen zum Mutterschaftsgeldzuschuss aufgegeben hatte,<sup>186</sup> schuf der Gesetzgeber hierzu<sup>187</sup> das 2005 in Kraft getretene Aufwendungsausgleichsgesetz (AAG),<sup>188</sup> in dem neben dem Umlageverfahren für die Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall (»U1-Umlage«) ein solches für die Mutterschutzleistungen (»U2-Umlage«) geregelt worden ist.

Das Gesetz sollte dabei angesichts der faktischen Diskriminierung auch wegen der Finanzierung des Mutterschutzlohns durch den einzelnen Arbeitgeber nicht nur den Zuschuss zum Mutterschaftsgeld, sondern auch den Mutterschutzlohn erfassen und damit über die BVerfG-Entscheidung, die sich nur auf den Mutterschaftsgeldzuschuss bezog, hinausgehen.<sup>189</sup>

176  $99 \times 13 \text{ €} - 210 \text{ €} = 1.077 \text{ €}$  (Schutzfrist von 14 Wochen + Entbindungstag = 99 Tage).

177 Vgl. BeckOK ArbR-Dahm (Fn. 2), § 19 MuSchG Rn. 17, § 20 MuSchG Rn. 16; Graue (Fn. 2), § 19 MuSchG Rn. 4; Pepping, in: Rancke (Fn. 130), § 19 MuSchG Rn. 5, 65; ErfK-Schlachter (Fn. 2), § 19 MuSchG Rn. 3, 35; zum alten, in dieser Hinsicht unveränderten Recht auch Buchner, NJW 1982, 800, 803; Zmarzlik/Zipperer/Viethen (Fn. 73), § 13 MuSchG Rn. 12; aA. die Bundesregierung, die einen Antrag des Bundesrates zur Anhebung des Betrags ablehnte, vgl. Anl. 3 zu BT-Drs. 18/8963, S. 112 (Antrag); Anl. 4 zu BT-Drs. 18/8963, S. 116 (Gegenäußerung), danach seien die Leistungen angemessen.

178 Rechnerisch liegen die Leistungen schon unter einem mtl. Entgelt von 1088 € unter 70 % des Voreinkommens. Da Arbeitnehmerinnen mit einem mtl. Entgelt über 451 € aber pflichtversichert sind (§ 5 I Nr. 1 SGB V), betrifft die Problematik diese aber nicht.

179 70 % des Nettoeinkommens ist die Höhe des Krankengeldes, § 46 SGB V.

180  $450 \text{ €} \div 30 = 15 \text{ €}$  tägliches Entgelt;  $210 \text{ €} + 2 \text{ €} \times 99 \text{ €}$  (Differenz zu 13 € pro Tag für ges. Schutzfrist) = 408 € (Leistungen für gesamte Schutzfrist);  $408 \text{ €} \div 99 = 4,12 \text{ €}$  pro Tag;  $4,12 \text{ €} \times 30 = 123 \text{ €}$  pro Monat.

181 S. o., II.2.b).

182 IE. ebenso BeckOK ArbR-Dahm (Fn. 2), § 20 MuSchG Rn. 16; ErfK-Schlachter (Fn. 2), § 20 MuSchG Rn. 6 nimmt dagegen einen Verstoß gegen den Richtlinien-Wortlaut an; dem ist wie gezeigt nur im Hinblick auf das Ergebnis der Unionsrechtswidrigkeit zuzustimmen.

183 So auch Pepping, in: Rancke (Fn. 130), § 19 MuSchG Rn. 5; aA. Graue (Fn. 2), § 19 MuSchG Rn. 4.

184 Bis dahin kommt für betroffene Frauen nur die Absicherung durch eine privaten Krankentagegeldversicherung in Betracht (§ 192 Abs. 5 VVG), vgl. BeckOK ArbR-Dahm (Fn. 2), § 19 MuSchG, Rn. 17.

185 Vgl. zum Ganzen BeckOK ArbR-Dahm (Fn. 2), § 23 MuSchG Rn. 3 ff.; Herrmann, in: Brose/Weth/Volk (Fn. 2), § 23 MuSchG Rn. 7 f.

186 BVerfG, 18.11.2003 – 1 BvR 302/96 – BVerfGE 109, 64, 95.

187 BT-Drs. 16/39, S. 1, 9, 11.

188 Gesetz über den Ausgleich der Arbeitgeberaufwendungen für Entgeltfortzahlung.

189 BT-Drs. 16/39, S. 9.

**b) Regelungen des AAG**

Nach § 1 Abs. 2 AAG werden nunmehr *allen*<sup>190</sup> Arbeitgebern die Kosten für den Zuschuss zum Mutterschaftsgeld (Nr. 1) sowie den Mutterschutzlohn (Nr. 2) inklusive der darauf entfallenden Sozialversicherungsbeiträge (Nr. 3) in vollem Umfang von den Krankenkassen erstattet. Leider korrespondiert § 1 Abs. 2 Nr. 2 AAG mit dem Wortlaut von § 18 MuSchG und formuliert einen Erstattungsanspruch ausdrücklich nur für das »nach § 18 MuSchG bei Beschäftigungsverboten zu zahlende Arbeitsentgelt«. Änderungen der Arbeitsbedingungen und Arbeitsplatzwechsel sind dem Wortlaut nach vom Anwendungsbereich auch des Erstattungsanspruchs ausgenommen. Damit die Fortzahlung des Arbeitsentgeltes nach den dargestellten Anforderungen iSv. Art. 11 Nr. 1 RL 92/85/EWG »gewährleistet« wird, müssen aber alle Schutzmaßnahmen der §§ 5–7 RL 92/85/EWG zu einem Erstattungsanspruch nach dem AAG führen.

Der Wortlaut von § 1 Abs. 2 Nr. 2 AAG legt Arbeitgebern dagegen nahe, die Kosten schwangerschaftsbedingter Arbeitsplatzwechsel und Anpassungen würden nicht ersetzt und setzt dadurch den Anreiz, aus Kostengründen zum Beschäftigungsverbot zu greifen, sodass dessen ultima-ratio-Charakter und die davon bezweckte Stärkung der beruflichen Teilhabe unterlaufen wird. Bei wortlautgetreuer Anwendung von § 1 Abs. 2 Nr. 2 AAG vertieft dieser die unionsrechtswidrige Ausgestaltung von § 18 MuSchG.

Auch § 1 Abs. 2 Nr. 2 AAG muss bis zu einer Gesetzesänderung dahingehend unionsrechtskonform ausgelegt werden, dass vom Arbeitgeber wegen *sämtlicher* Schutzmaßnahmen gezahlter Mutterschutzlohn zu erstatten ist. § 1 Abs. 2 Nr. 2 AAG muss, um unionsrechtskonform gestaltet zu werden, diese Maßnahmen entweder selbst aufzählen oder ohne Angabe konkreter Maßnahmen auf den entsprechend dem obigen Vorschlag geänderten § 18 MuSchG verweisen.<sup>191</sup>

Die notwendigen Mittel werden gemäß § 7 Abs. 1 AAG durch von den Arbeitgebern zu erbringende Umlagebeiträge erhoben. Die jeweiligen Beiträge werden aus dem Arbeitsentgelt bis zur Beitragsbemessungsgrenze der gesetzlichen Rentenversicherung nach dem von der jeweiligen Krankenkasse durch Satzung festgelegten Umlagesatz (§ 7 Abs. 2, 9 AAG) errechnet. Der Gesetzgeber wählte damit den vom BVerfG als eine verfassungsmäßige Möglichkeit aufgezeigten Weg der Ausweitung der Umlage auf alle Arbeitgeber.<sup>192</sup>

**c) Kostenverteilung vor dem Hintergrund von Art. 6 Abs. 4 GG**

Mit den von den Arbeitgebern zu tragenden Umlagebeiträgen und dem grds. von den Krankenkassen und in Fällen von § 19 Abs. 2 MuSchG vom Bund zu zahlenden Mutterschaftsgeld sind die Kosten für Mutterschaftsleistungen zulässigerweise<sup>193</sup> zwischen den genannten Akteuren aufgeteilt. Zu sehen ist dabei allerdings die schon 2003 vom BVerfG angemerkte Kostenlastverschiebung zum Nachteil der Arbeitgeber.<sup>194</sup> Diese verschärft sich immer weiter, da die Höhe des Mutterschaftsgeldes weiterhin nicht verändert wurde, sondern auf dem Niveau von 1968 verbleibt.<sup>195</sup>

Die Umlagesätze liegen je nach Krankenkasse allerdings lediglich zwischen 0,19 % und 0,7 % bei einem Durchschnitt von ca. 0,44 %, <sup>196</sup> sodass dennoch nicht von einer unangemessen hohen Belastung der Arbeitgeber gesprochen werden kann. Ein Verstoß gegen Art. 6 Abs. 4 GG und die danach vorgesehene Kostentragung durch die »Gemeinschaft« liegt mit der aktuellen Kostenverteilung daher nicht vor.

**d) Beurteilung nach Art. 3 Abs. 2 GG – Wegfall der mittelbaren Diskriminierung?**

Dadurch, dass mittels der U2-Umlage die vom jeweiligen Arbeitgeber aufzubringenden Beiträge für die Finanzierung der Mutterschutzleistungen in ihrer Höhe ausschließlich von der Beschäftigtenzahl und der Lohnhöhe sowie von den Krankenkassen festgelegten Sätzen abhängen, hat die Geschlechterverteilung unter der Belegschaft keinen Einfluss mehr auf die Höhe der Ausgaben für Mutterschaftsleistungen. Seine Kosten hierfür kann der Arbeitgeber also nicht mehr durch sein Einstellungsverhalten im Hinblick auf das Geschlecht beeinflussen, sodass dieser Anreiz dafür, *wegen der Mutterschaftsleistungen*

190 Das ergibt sich aus einem Umkehrschluss zu § 1 Abs. 1 AAG, nach dem an der U1-Umlage nur kleinere Arbeitgeber teilnehmen; ausdr. auch Linck, in: Schaub, Arbeitsrecht-Handbuch, 18. Aufl., München 2019, § 100 Rn. 10.

191 Siehe zum Ganzen bei § 18 MuSchG s. o., III.2.b)(1).

192 Vgl. BVerfG, 18.11.2003 – 1 BvR 302/96 – BVerfGE 109, 64, 95 f.

193 S. o., II.2.c).

194 Das Mutterschaftsgeld in Höhe von 13 € pro Tag reicht nur aus, wenn das Monatsnettoeinkommen der betreffenden Arbeitnehmerin weniger als 390 € beträgt (13 € × 99 Tage Schutzfrist umgerechnet auf einen Monat). Das BVerfG, 18.11.2003 – 1 BvR 302/96 – BVerfGE 109, 64, 67 wies auf die Lastverschiebung bereits 2003 hin, seither hat sich diese Verteilung verschärft.

195 BT-Drs. 19/5760, S. 2.

196 Zu den Daten siehe die Übersicht unter <https://www.krankenkassen.de/gesetzliche-krankenkassen/krankenkasse-beitrag/arbeitgeber/umlage-u2/> (26.7.2020).



weniger oder keine Frauen einzustellen, entfällt.<sup>197</sup> Der hier zuvor bestehenden faktischen Diskriminierung hilft der Gesetzgeber also mit den Regelungen im AAG ab, sodass der Verstoß gegen Art. 3 Abs. 2 GG seither entfallen ist.<sup>198</sup> Die Regelungen entsprechen damit auch dem europäischen Antidiskriminierungsrecht und dem Gedanken von Art. 6 Nr. 8 des ILO-Abkommens Nr. 183.<sup>199</sup>

Im Hinblick auf die geschlechtsspezifische Chancengleichheit darf aber nicht übersehen werden, dass neben den nun durch die Umlage finanzierten Kosten Schwangerschaften weitere Herausforderungen an Arbeitgeber stellen. Darunter fallen der organisatorische Aufwand für die Implementierung des MuSchG insgesamt und insbesondere auch die Kosten, die dadurch entstehen, dass für die Dauer etwaiger Beschäftigungsverbote, der Schutzfristen und der daran häufig anschließenden Elternzeit<sup>200</sup> eine Vertretung eingestellt und eingearbeitet werden muss.<sup>201</sup> Auch das nach § 23 MuSchG fortzuzahlende Entgelt wird nicht nach dem AAG erstattet.<sup>202</sup> Um zu verhindern, dass Arbeitgeber aus diesen Gründen vor der Einstellung (jüngerer) Frauen zurückschrecken, müssten weitere Instrumente entwickelt werden.<sup>203</sup>

#### 4. Fazit zum mutterschutzspezifischen Entgeltersatz nach dem MuSchG 2018

Bei der Ausgestaltung und Finanzierung des mutterschutzspezifischen Entgeltersatzes hält sich das MuSchG 2018 größtenteils an die verfassungs- und unionsrechtlichen Vorgaben. Sie ermöglichen für das Gros der Betroffenen eine praktische Wirksamkeit des Gesundheitsschutzes dadurch, dass der Lebensstandard unverändert bleibt. Einige Regelungen müssen jedoch nachgebessert werden. Von besonderer Dringlichkeit sind dabei eine Änderung von § 18 MuSchG und § 1 Abs. 2 Nr. 2 AAG dahingehend,

dass Mutterschutzlohn bei sämtlichen Schutzmaßnahmen nach dem MuSchG zu zahlen ist, sowie eine Anhebung der Leistungen nach § 19 Abs. 2 MuSchG auf das Niveau bei gesetzlich Krankenversicherten. Nur so kann ein diskriminierungsfreier Mutterschutz gewährleistet werden.

Mit dem AAG wurde eine verfassungsmäßige Finanzierung der mutterschutzspezifischen Entgeltersatzleistungen ermöglicht, die einen wichtigen Beitrag zur Erreichung von Chancengleichheit für Frauen auf dem Arbeitsmarkt leistet. Dennoch bleibt es dabei, dass trotz der Erstattung der Kosten für den mutterschutzspezifischen Entgeltersatz nach dem AAG die Umsetzung der gesundheitspezifischen Präventionspflichten nach dem MuSchG Arbeitgeber vor organisatorische und wirtschaftliche Herausforderungen stellt. Die Gefahr, dass Frauen bei der Einstellung benachteiligt werden, besteht fort. Um eine tatsächliche Gleichstellung, wie Art. 3 Abs. 2 GG sie fordert, zu erreichen, müssen weitere Maßnahmen getroffen werden, die verhindern, dass die Schutzregelungen des MuSchG sich faktisch diskriminierend auf Frauen auswirken.

197 So die überzeugende Argumentation in BVerfG, 18.11.2003 – 1 BvR 302/96 – BVerfGE 109, 64, 92.

198 Etwas zweifelhaft ist allerdings die Ausnahme in § 11 Abs. 2 Nr. 1 AAG, siehe dazu *Graue* (Fn. 2), § 18 MuSchG Rn. 54.

199 Siehe zu dessen Bedeutung s. o., II.2.d)(2).

200 So waren 2018 42,1% der Mütter, aber nur 2,7% der Väter von Kindern unter drei Jahren in Elternzeit, siehe [https://www.destatis.de/DE/Themen/Arbeit/Arbeitsmarkt/Qualitaet-Arbeit/Dimension-3/elternzeit.html#:~:text=Der%20Anspruch%20auf%20Elternzeit%20besteht,und%20dem%208.\(26.7.2020\)](https://www.destatis.de/DE/Themen/Arbeit/Arbeitsmarkt/Qualitaet-Arbeit/Dimension-3/elternzeit.html#:~:text=Der%20Anspruch%20auf%20Elternzeit%20besteht,und%20dem%208.(26.7.2020)).

201 Auf diese Problematik weisen auch BVerfG, 10.5.1983 – 1 BvR 820/79 – BVerfGE, 64, 90; *Aubel*, RdA 2004, 141, 145 und *Krause*, FS Pfarr, 2010, S. 392, 398 f. hin.

202 Das betont auch BeckOK ArbR-*Dahm* (Fn. 2), § 23 MuSchG Rn. 7.

203 Dazu *Eichenhofer*, BB 2004, 382 ff.; *Kube*, JZ 2004, 354, 361; ausführlich *Pfarr*, ZRP 1994, 309.

## 100 Jahre Betriebsverfassung

Herausgegeben von Edith Gräfl/Stefan Lunk/Hartmut Oetker/  
Yvonne Trebinger, 2020, Verlag C. H. Beck, München, XVIII,  
854 S. (ISBN 978-3-406-74556-0), 219,- €

Im Februar 2020 jährte sich das »Betriebsrätegesetz« vom 4. Februar 1920 zum einhundertsten Mal. Das nahm der Beck Verlag zum Anlass für eine Festschrift mit dem Titel »100 Jahre Betriebsverfassungsrecht« im stattlichen Umfang von 854 Seiten. Die Herausgeber und Herausgeberinnen schreiben es selbst in ihrem Vorwort: »Eine Kodifikation und keine Person mit einer Festschrift zu würdigen, ist eine Ausnahme.« (S. V). Das macht deren spezifische Problematik deutlich. Im Falle einer »normalen« Festschrift gibt es den klaren Zweck dieser persönlichen Ehrung; im günstigen Falle wird die jeweilige wissenschaftliche Diskussion um Beiträge bereichert, zu denen die meisten Verfasser/innen sich ohne diesen Anlass möglicherweise nicht aufgegriffen hätten.

In unserem Falle konzentriert sich das Interesse an dem Buch von vorneherein auf die wissenschafts-ideelle Förderung des Faches »Betriebsverfassungsrecht«. Das ist aber auch nicht wenig und Grund für Dank an den Verlag für sein »Marketing« dieses so wichtigen Rechtsgebiets. Denn um es nicht untergehen zu lassen: Von einer Bevölkerung von ca. 80 Millionen Menschen arbeitet die Hälfte als abhängig Beschäftigte, für die ein der »Betriebsverfassung« gewidmetes Gesetz nicht nur semantisch die Parallele zur Verfassung im staatlichen Bereich nahelegt.

Freilich führt der Titel in die Irre, und zwar in zweifacher Hinsicht: Zum einen hinsichtlich der »100 Jahre«, denn es gab »Betriebsverfassungsrecht« schon lange vor dem Gesetz von 1920; und zum zweiten handelt das Buche nicht vom Werden und der Veränderung dieses Rechts in 100 Jahren seiner Geltung, sondern – so wiederum die Herausgeber – es »wollen die Autorinnen und Autoren Grundfragen des Betriebsverfassungsrechts aufgreifen und zugleich Denkanstöße zur Beantwortung offener Fragen geben« (S. VII). Das ist aller Ehren wert, aber eben nicht mehr als das, was man ohne jeden speziellen Anlass im Laufe der Zeit als Beiträge zur laufenden betriebsverfassungsrechtlichen Diskussion erwarten könnte.

So bilden die explizit historisch orientierten Beiträge nur eine deutliche Minderheit unter den insgesamt 62 Bei-

trägen von Wissenschaftlern, Richtern, Rechtsanwälten und Verbandsjuristen. Personalverantwortliche, insbesondere Arbeitsdirektoren und Betriebsratsmitglieder, sind nicht vertreten (das gilt auch für ausgewiesene Rechtshistoriker). Das ist bedauerlich. Wenn man sie unter inhaltlichen Aspekten grob gliedert, verteilen sich die Beiträge etwa so:

- etwa 40 zu allgemeinen Betriebsverfassungs-Themen ohne historischen Bezug, davon 20 zur Digitalisierung als der zurzeit gängigsten »Aktualität«,
- zehn Beiträge legen ihr Hauptgewicht auf eine rechtspolitische Perspektive und
- zehn haben dezidiert historische Bezügen bzw. sogar einen solchen Schwerpunkt.
- Nur ein Beitrag widmet sich der Rechtsvergleichung (*Hensler*, Klassenkampf statt Co-Management? – Betriebsverfassung in Italien, S. 173).
- Quer zu allen anderen Beiträgen, aber aktuell zu Recht behandelt *Franzen* (S. 129) »Das dritte Geschlecht in der Betriebsverfassung«.

Offenkundig kann eine Rezension des vorliegenden Zuschnitts nicht allen Beiträgen bzw. nicht einmal einer größeren Zahl von ihnen eine angemessene Würdigung zu Teil werden lassen. In der Summe und damit als Leseempfehlung kann gesagt werden, dass ganz überwiegend spannende Fragestellungen aus der aktuellen Praxis behandelt werden. So bilden die Einzelbausteine ein Mosaik, das einen recht guten Eindruck vom zeitgenössischen Gesamtbild ermöglicht. Als eines der Themen von der vordersten »Front«, das uns ganz sicher in der nächsten Zeit beschäftigen wird, fällt auch im vorliegenden Buch die Frage der »Betriebsvereinbarungsoffenheit« allgemeiner Arbeitsbedingungen auf, zB. in den Beiträgen von *Kaiser* (S. 259, 270), *Reichold* (S. 601, 610) und *Waltermann* (S. 765, 775).

Ein Teil der Verfasser/innen kümmert sich gar nicht um historische Zusammenhänge, ein Teil widmet ihnen, gewissermaßen als »Verbeugung« vor dem titelgebenden Anlass, einen kurzen historischen Exkurs (das ist aber natürlich, um nicht missverstanden zu werden, besser als gar nichts). Einige wenige haben die Einladung in der Tat so verstanden, dass sie uns die Genese bestimmter Fragestellungen und eine Revue ihrer Entwicklung in 100 Jahren liefern mit der Möglichkeit, Kontinuitäten wie Brüche als Auslegungshilfe für heute zu nutzen. Von ihnen ragen heraus die Arbeiten von *Hromadka* (S. 227) und *Kock* (S. 335) über leitende Angestellte in der Betriebsverfassung, *Kania* (S. 277) über Einigungszwang und Einigungs-

stelle,<sup>1</sup> *Oetker* (S. 557) über Massenentlassungen, *Preis* und *Peramato* (S. 571) über den Betriebsbegriff, *Raab* über kollektiven Kündigungsschutz (S. 585) und *Wißmann* (S. 813) über 100 Jahre Minderheitenschutz. *Reichold* (S. 601) und *Waltermann* (S. 765) behandeln die dogmatische Entwicklung der Betriebsvereinbarung («Metamorphosen der Betriebsvereinbarung» und «Was kann die Betriebsvereinbarung?») – ein Thema, das sich in seiner konzeptionellen Tiefe voll erst in einer Gesamtsicht der bisherigen »100 Jahre Betriebsverfassungsrecht« erschließt. Es ist schade, dass Arbeiten solchen Zuschnitts deutlich in der Minderheit geblieben sind. Das sage ich als jemand, der sich gerade an einer Gesamtgeschichte der Betriebsverfassung versucht hat.<sup>2</sup> Denn eine solche ist nun einmal zumindest die Summe ihrer Teile, und ehe es ans – gar epochenbezogene – Verallgemeinern geht, wüsste man gerne um die konkreten Einzelheiten.

Ein besonders dringendes derartiges Desiderat betrifft die Effektivität von Betriebsratsmitbestimmung iSv. Durchsetzbarkeit gegen einseitiges, obstruktives Arbeitgeberhandeln. Hier steht am Beginn ein vielfach gar nicht so recht begriffener Befund, die von *Reichold* als erstem mit solcher Klarheit benannte »Durchsetzungsschwäche der Weimarer Betriebsverfassung«<sup>3</sup>. Zwar hat das BRG als großen Fortschritt gegenüber den vorangegangenen Regelungen über Arbeiter- und Angestelltenausschüsse laborierte Organisationsrechte für Betriebsräte gebracht und dazu lange Kataloge abgestufter Beteiligungsrechte. Jedoch:<sup>4</sup>

- »Harte« Mitbestimmung durch verbindliche Entscheidung bei Nichteinigung durch eine neutrale Stelle gab es nur im schmalen Bereich der Schaffung betrieblicher Grundnormen («Arbeitsordnung«, »Dienstvorschrift«).
- Für alles andere, die »eigentliche« Betriebsratsarbeit, konnte es nur zu unverbindlichen Schlichtungsentscheidungen kommen, deren Annahme im freien Belieben des Arbeitgebers stand.
- Der Arbeitgeber konnte jederzeit am Betriebsrat vorbei handeln und vollendete Tatsachen schaffen, ohne Rechtsnachteile befürchten zu müssen. Es gab keine »Wirksamkeitsvoraussetzung«.
- Selbst da, wo die Betriebsparteien sich auf eine Betriebsvereinbarung verständigt hatten, wirkte diese nicht zwingend. Sie konnte vielmehr vom Arbeitgeber gegenüber den einzelnen Arbeitnehmern abbedungen werden. Das galt auch im Bereiche einer tarifvertraglichen Ermächtigung des Betriebsrats.
- Schließlich waren Entscheidungen der Arbeitsgerichte im Beschlussverfahren nicht vollstreckbar.

Diese Durchsetzungsschwäche endete erst mit der durch das BetrVG 1952 implementierten »Wirksamkeitsvoraussetzung«. Das BAG machte mit Entscheidung vom 7. September 1956<sup>5</sup> im Bereiche der sozialen Mitbestimmung nach § 56 die vorherige Ausübung der Mitbestimmung zur Voraussetzung für rechtswirksames Handeln des Arbeitgebers gegenüber dem einzelnen Arbeitnehmer – eine epochemachende Änderung gegenüber der Rechtslage unter dem BRG (im besprochene Buch wird darauf eher beiläufig und unscheinbar im Beitrag von *Richardi*, S. 623, 628, hingewiesen). Danach kam es zu einer markanten Veränderung mit dem 1972 eingefügten Unterlassungsanspruch wegen schwerer Pflichtverletzungen des Arbeitgebers gem. § 23 Abs. 3 und der Anerkennung eines allgemeinen Unterlassungsanspruchs des Betriebsrats beim Verstoß gegen Beteiligungsrechte durch die BAG-Entscheidung vom 3. Mai 1994.<sup>6</sup> Einer Anerkennung des Betriebsrats als »Hüter des zwingenden Rechts«, also einem Unterlassungsanspruch bei Verletzung von Rechten des einzelnen Arbeitnehmers, über deren Einhaltung der Betriebsrat gem. § 80 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG zu wachen hat, versagte sich das BAG bisher.<sup>7</sup> Das alles sollte einmal im Zusammenhang dargestellt werden.

Was die geschichtlichen Aspekte angeht, setzen die Herausgeber selbst den Ton, indem sie in ihrem Vorwort auf Konflikte im Zusammenhang mit dem Zustandekommen des BRG 1920 und des BetrVG 1952 hinweisen und auch die große Fortentwicklung von 1972 in den Kontext des damaligen Reform-Umfeldes stellen. Ein »Highlight« in dieser Hinsicht ist der Beitrag von *Bepler*, »Die Entstehung des Betriebsrätegesetzes« (S. 73). Von arbeitsrechtlichen Autoren ist dieser Zeitabschnitt noch nie derart gründlich bearbeitet worden und auch gegenüber der bis zu seiner Entstehung vorhandenen (spärlichen) historischen Literatur<sup>8</sup> kann er sich sehen lassen. *Bepler* weist zu

1 Deren aktueller Praxis und Fortentwicklung widmen sich die Beiträge von *Bauer/Röder* (S. 41) sowie *Nause* (S. 509).

2 Vgl. *Däubler/Kittner*, Geschichte der Betriebsverfassung, Frankfurt aM. 2020.

3 *Reichold*, Betriebsverfassung als Sozialprivatrecht, München 1995 (zugl. Erlangen-Nürnberg, Univ., Habil.-Schr. 1992), S. 281.

4 Vgl. *Däubler/Kittner*, Geschichte der Betriebsverfassung (Fn. 2), S. 188 ff., 192.

5 BAG, 7.9.1956 – 1 AZR 646/54 – AP Nr. 2 zu § 56 BetrVG 1952; vgl. *Fitting/Kraegeloh/Auffarth*, BetrVG, 7. Aufl., München 1966, § 56 Rn. 3.

6 BAG, 3.5.1994 – 1 ABR 24/93 – AP Nr. 23 zu § 23 BetrVG 1972; vgl. *Kittner*, 50 Urteile, 2. Aufl., Frankfurt aM. 2020, S. 215 ff.

7 Vgl. *Kittner*, 50 Urteile (Fn. 6), S. 220.

8 Vgl. *Milert/Tschirbs*, Die andere Demokratie – Betriebliche Interessenvertretung in Deutschland 1848 bis 2008, 2. Aufl., Essen 2015.

Recht darauf hin, dass das Betriebsrätegesetz kein unvermitteltes Produkt der Revolution gewesen ist, sondern Vorläufer tief in das 19. Jahrhundert hinein hatte. Dieser Phase kann er naturgemäß nicht intensiv nachgehen. Es reicht aber hin, um ein angemessenes Gefühl für die weite historische Dimension unseres Themas zu bekommen.

Wenn vom BRG als »Produkt der Revolution« die Rede ist, so muss etwas hierzu Einschlägiges nachgetragen werden, das bislang nicht allgemein bekannt war und *Bepler* beim Redaktionsschluss seines Artikels nicht zur Verfügung stand: im Archiv schlummernde Gesetzentwürfe über Arbeiterausschüsse und Angestelltenausschüsse vom Sommer und Herbst 1918.<sup>9</sup> Zur Geschichte der Arbeiter- und Angestelltenausschüsse aufgrund des Hilfsdienstgesetzes von 1916 gehört nämlich mehr als die Nachricht von dessen Aufhebung am 13. November 1918 durch den Rat der Volksbeauftragten. Vielmehr war bereits in der kaiserlichen Regierung schon Anfang 1918 die Erkenntnis gereift, dass das Hilfsdienstgesetz nach dem sich abzeichnenden Kriegsende eine Nachfolgeregelung für Friedenszeiten erhalten müsste. Sie wurde als Bestandteil eines Gesetzentwurfs über Arbeitskammern vom April 1918 auf den Weg gebracht und im Laufe des Jahres zu einem eigenen Gesetzentwurf »aufgebohrt« (Juli 1918). Am 4. September 1918 brachte das Reichwirtschaftsamt den »Entwurf eines Gesetzes über Arbeiterausschüsse und Angestelltenausschüsse in gewerblichen Betrieben« in den Regierungsumlauf, mit dem Ziel am 24. September im Kreise der wichtigsten Ressorts eine Einigung hierüber zu erzielen. Daraus wurde nichts; es kam bekanntlich die Revolution.

Der Entwurf vom 4. September hatte ein veritables, gegenüber dem HDG weiterentwickeltes Gesetz mit 25 Paragraphen über die betriebliche Interessenvertretung zum Gegenstand, demgemäß (gegenständlich nicht begrenzte) Streitigkeiten zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat durch die (verbindliche?) Entscheidung einer Einigungsstelle geklärt werden konnten. Warum griffen die Gewerkschaften das nicht im Stinnes-Legien-Abkommen<sup>10</sup> auf, sondern begnügten sich mit Arbeiterausschüssen zur Überwachung der Tarifverträge, wie das dann in der TarifvertragsVO vom 23. Dezember 1918 exekutiert wurde? Die Antwort ist einfach: Den Gewerkschaften (und der Mehrheitssozialdemokratie) war nach den großen Munitionsarbeiterstreiks des Jahre 1918 und später der Revolution selbst die Lust darauf vergangen, auf betrieblicher Ebene Institutionen mit eigenen, starken Berechti-

gungen zu installieren. Sie wurden dazu erst wieder durch eine »zweite Revolution« mit ausgedehnten Streiks im Frühjahr 1919 gebracht, in deren Gefolge dann der Entwurf eines Betriebsrätegesetzes initiiert wurde (mit der nun der »Räte«-Bewegung geschuldeten Begrifflichkeit).

Diese Entstehungsgeschichte markiert denn auch den Beginn der facettenreichen Geschichte des Verhältnisses zwischen Betriebsräten und Gewerkschaften. Deren Start in die Weimarer Republik war geprägt von einem tragischen Missverständnis: dass man es mit Rivalen in Konkurrenz um Zuständigkeiten zu tun habe. Das trug zur Schwächung beider zum Schaden der Republik im Ganzen bei. Im Grunde ist erst in der Bundesrepublik die Erkenntnis gewachsen, dass die Stärke beider Institutionen von der tatkräftigen wechselseitigen Unterstützung abhängig ist. Das Kontrastbild eines anderen Landes mit nur »monistischer« Interessenvertretung und (deshalb?) klassenkämpferischer Positionierung zeigt *Henssler* (S. 173) am Beispiel Italiens (wäre nicht auch Raum für Frankreich, Großbritannien, Österreich und die USA gewesen?).

Einen deutlichen Schwerpunkt der Festschrift machen Beiträge aus, die sich mit der Frage auseinandersetzen, wie ein in seinen Grundstrukturen fast 70 bzw. 50 Jahre altes Recht mit den aktuellen ökonomischen, technischen und organisatorischen Entwicklungen kompatibel ist. Dabei ist interessant, dass sich nur ein Betrag mit den Auswirkungen der Finanzkrise auf die Betriebsverfassung befasst. Die einzige aktive Beamtin des Bundesarbeitsministeriums unter der Autorenschaft, *Scholz* (S. 641), geht dem Verhältnis von Finanzkrise und Betriebsverfassung nach. Dort kann man nachlesen, wie wenig »wetterfest« Betriebsratsrecht gegenüber derartigen ökonomischen »Tsunami«-Folgen ist.

Der Hauptteil der einem solchen »Modernitäts-Check« gewidmeten Beiträge befasst sich mit neuen IT-Techniken und dem Internet und – teils als deren Folge – neuartigen Organisationsstrukturen. Das schließt den inzwischen als schwergewichtiger Rechtsbereich etablierten Datenschutz ein, dessen Verhältnis zur Betriebsverfassung sich das HSI-Team *Klebe, Marlene Schmidt* und *Klengel* widmet, S. 303. Diesem durch technische Veränderungen erzeugten Spannungsverhältnis zum vorgefundenen Betriebsverfassungsrecht gilt im Kern die generalisierende Frage *Linsenmaiers*: »Form follows function – zum Verhältnis von formeller und

<sup>9</sup> Eingehend *Kittner*, AuR 2020, G 5.

<sup>10</sup> *Kittner*, SR 2019, 118.

materieller Betriebsverfassung (S. 409). Das führt geradezu zu der immer aktueller werdenden Möglichkeit eines gewillkürten Zuschnitts von Betrieben, dessen Chancen, Risiken und Nebenwirkungen von *Schweibert* (S. 731) untersucht werden. Ein immer problematischer Wirtschaftsbe- reich in dieser Hinsicht ist die Luftfahrt, deren betriebsverfassungsrechtliche Organisationsprobleme gleich zwei Mal untersucht werden (*Gaul*, S. 143 und *Jacobs/Frieling*, S. 243).

Sehr konkrete Probleme greifen *Bachner* (S. 17) und *Maschmann* (S. 463) auf, der eine »von unten«, der andere »von oben«. *Maschmann* schreibt über »Betriebsverfassung in der Matrixorganisation« und damit über das Problem, dass inhaltliche Mitbestimmung an die Grenzen der formalen Unternehmenslenkungsstrukturen gerät (als Exemplifizierung des von *Linsenmaier* aufgeworfenen Groß-Themas). *Bachner* beschreibt die selbst-organisierende Gruppenarbeitstechnik »Scrum«<sup>11</sup>, ihre verwirrenden Binnenstrukturen und vielfältige betriebsverfassungsrechtliche Herausforderungen: mit dem doch beeindruckenden Ergebnis, dass man auch dazu – bei einigermaßen gutem Willen auf beiden Seiten – mit dem Instrumentarium des geltenden Rechts zu Rande kommen kann (S. 39). Inzwischen schon fast typisierbare Probleme zeitigen die im Zuge der Digitalisierung notwendig werdende Transformationsprozesse. Ihnen geht *Reinhard* (S. 613) unter dem Titel »Mitbestimmungsrechtliche Herausforderungen einer agilen Transformation« nach.

*Loritz* (S. 425) und *Wedde* (S. 793) bringen diesen Komplex mit ihren Überschriften auf den Punkt: »Neuartigen Betriebs- und Unternehmensstrukturen in der digitalen Welt« bzw. »Analoges Recht und digitale Arbeitswelt«. Ihre Gedanken zum daraus resultieren Veränderungsbedarf bei der Betriebsverfassung zeigen paradigmatisch die diametral möglichen Antworten. *Loritz* sagt unverblümt: »Die Mitbestimmung des Betriebsrats muss dort, wo sie überflüssig ist, oder die Freiheit des Arbeitnehmers unnötig einschränkt, zurückgedrängt werden und ebenso, wo sie Unternehmer daran hindert, den Vorgaben des Marktes gerecht zu werden.« (S. 439). *Wedde* sieht es gerade umgekehrt. Er spricht sich ebenfalls für eine Anpassung an die neuen betrieblichen Gegebenheiten aus, nur verlangt er, »den zu leistenden Schutz der Beschäftigten in den Vordergrund zu stellen« (S. 799). Auch *Däubler* (S. 115) geht in seinem Beitrag zur »Technikoffenheit der Betriebsverfassung« von einem hohen Maß an Leistungsfähigkeit auch unter den neuen Technik-Bedingungen aus. Für ihn wer-

den »die tatsächlich bestehenden Mitbestimmungsmöglichkeiten aber bei weitem nicht ausgeschöpft« (S. 126 f.).

Im Mittelpunkt aller DV- bzw. IT-Fragen steht § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG und die Entscheidung des BAG vom 14. September 1984 in der Sache »Technikerberichterstattungssystem.«<sup>12</sup> Dort wurde es bei einem zur Überwachung von Arbeitnehmern technisch befähigten System für mitbestimmungsrechtlich unerheblich erklärt, »ob der Arbeitgeber eine solche Beurteilung auch ermöglichen will und anschließend vornimmt«. Mit dieser Entscheidung als Ausgangspunkt (und im Hintergrund natürlich auch das informationelle Selbstbestimmungsrecht aufgrund des Volkszählungsurteils des BVerfG) hat sich § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG zu so etwas wie der mitbestimmungsrechtlichen »Magna Charta« im IT-Zeitalter entwickelt.<sup>13</sup> Seine Zurückführung auf die Anfänge steht schon lange ganz oben auf der rechtspolitischen Agenda der Arbeitgeber (s. sogleich unten). *Clemenz* (S. 101) macht sich das zu eigen unter der Überschrift »Wo verlaufen die Grenzen der betrieblichen Mitbestimmung im digitalen Zeitalter?« Sie landet bei dem »Ausweg: Rückbesinnung auf den eigentlichen Schutzzweck der Norm« (S. 112). *Krause* (S. 353) sieht das nicht so. In seinem Beitrag »Sozialverträgliche Arbeitnehmerüberwachung – Technikbasierte Beschäftigtenkontrolle als Gegenstand betrieblicher Mitbestimmung im digitalen Zeitalter« sieht er die gegenwärtige Rechtsprechung sehr wohl auf dem richtigen Wege. Sie habe »die Vorschrift des § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG zu einem Instrument geformt, das dazu beigetragen hat, das Reizthema der technischen Arbeitnehmerüberwachung sozialverträglich zu gestalten« (S. 368).

Ein zweiter, angeblich von Veränderungsdruck ausgelöst »Zankapfel« betrifft die Frage, ob Mitbestimmung nicht einem zunehmend immer bedeutsamer werdenden raschen Unternehmerhandeln im Wege stehe. Auf den Punkt bringt das *Wolf* (S. 829) unter Hinweis auf die Anforderungen im Namen von »VUCA« (aus dem militärischen Komplex für »volatility« – »Volatilität«, »uncertainty« – »Unsicherheit«, »complexity« – »Komplexität« und »ambiguity« – »Mehrdeutigkeit«): »Agile Produktionsformen wie SCRUM oder das Phänomen VUCA können nicht darauf warten, dass Entscheidungsprozesse in langwierigen Abstim-

11 Was »Scrum« bedeutet, erklärt *Bachner* nicht. Nach Wikipedia kommt es vom englischen »scrum« = »Gedränge« (was immer das für die darauf basierenden Arbeitsabläufe zu bedeuten hat).

12 BAG, 14.9.1984 – 1 ABR 23/82 – AP Nr. 9 zu § 87 BetrVG 1972 Überw.

13 Vgl. *Kittner*, 50 Urteile (Fn. 6), S. 197 ff.

*mungsverfahren zu einem wie auch immer gearteten Ergebnis führen. Dieser Agilität kann eine rückwärtsgewandte Mitbestimmung also im Wege stehen.*« (S. 832). Auch hierzu enthält die Festschrift ein Plädoyer für die Tauglichkeit des geltenden Rechts: *Bayreuther* (S. 59), »Vorläufige Maßnahmen des Arbeitgebers – Beschleunigung betriebsverfassungsrechtlicher Verfahren?«. Die Klage über Verzögerungen sieht er vielfach nur als vordergründig an, »während in Wirklichkeit der materielle Umfang der Mitbestimmung ins Visier genommen wird« (S. 70).

Diese beiden Komplexe sollen nun abschließend den Blick auf den unvermeidlichen »basso continuo« dieses Buches lenken. Aller jubiläumsselligen Stimmung ungeachtet, ist doch nicht zu übersehen, dass wir es beim Betriebsverfassungsrecht seit den allerersten Anfängen mit einer durchweg hochumstrittenen Angelegenheit zu tun haben. Schon die minimalen Auflagen zu obligatorischen Arbeitsordnungen mit der Arbeitsschutzgesetzgebung der »Lex Berlepsch« im Jahre 1891 wurden von den Arbeitgebern als Überschreiten eines Rubikons bekämpft. Das blieb ihre prinzipielle Haltung gegen jedes Mehr an Arbeitnehmereinfluss zu jedem historischen Zeitpunkt. Die Gewerkschaften wiederum, seit sie ihre prinzipiellen Vorbehalte gegen Arbeiterausschüsse abgelegt hatten, stehen für dieses »Mehr«. Jedem der Reformschritte nach 1952 lagen elaborierte eigene – natürlich weiter gehende – Gesetzentwürfe zugrunde.<sup>14</sup>

Den Stand dieses ewigen Ringens im Jahre 2020 dokumentieren die Beiträge der beiden auf »Techniker«-Ebene repräsentativen Personen: *Helga Nielebock* als – inzwischen ehemalige – Leiterin der Abteilung Recht beim DGB-Bundesvorstand, und *Roland Wolf* als Geschäftsführer und Leiter der Abteilung Arbeits- und Tarifrecht der BDA. Sie liefern unter den Titeln »Gewerkschaften und Mitbestimmung« (*Nielebock*, S. 533) und »100 Jahre Betriebsverfassung« (*Wolf*, S. 829) Bestandsaufnahmen und Forderungskataloge zur Veränderung des geltenden Betriebsverfassungsrechts aus der Sicht ihrer Verbände.<sup>15</sup> Diese könnten unterschiedlicher und konträrer kaum sein; Schnittmengen von als »neutral« empfundener »Modernisierung« sucht man vergeblich. Dementsprechend »zäh« lief das Reformgeschäft auf der politischen Bühne. Allen Behauptungen einer schleichenden »Sozialdemokratisierung« der Unionsparteien zum Trotz, hat es in dieser Hinsicht keine Zeichen von »Konvergenz« in Richtung SPD und (auch Grüne) gegeben. Entsprechend mager fielen in allen seitherigen Koalitionen unter Beteiligung der Union

Aktivitäten auf diesem Feld aus.<sup>16</sup> Wo neue Mehrheiten für eine tiefer gehende Veränderung der Betriebsverfassung herkommen sollten, ist nicht abzusehen.<sup>17</sup>

Zuletzt sei auf ein Phänomen hingewiesen, von dem man hätte erwarten können, dass es viele der Autorinnen und Autoren umtreibt: die Frage, wo und wie viele Betriebsräte es in Zukunft noch geben wird. Denn die vom IAB gelieferten Zahlen sind beängstigend. Derzeit gibt es Betriebsräte nur noch in etwa 9 % der dafür in Frage kommenden Betriebe und nur 40 % aller Arbeitnehmer werden durch Betriebsräte vertreten; vor 20 Jahren waren es noch 10 % mehr (ganz unabhängig davon, ob nicht die Reichweite der Betriebsverfassung generell durch vermehrte Erfassung Schutzbedürftiger, die derzeit nicht als Arbeitnehmer ausgewiesen sind, vergrößert werden müsste). Dieses Fundamentalproblem greifen nur *Hjort* und *Nielebock* auf, letztere vor allem mit Vorschlägen zur Verbesserung und zum Schutz des Wahlverfahrens (S. 538 ff.).<sup>18</sup> *Hjort* belässt es aber nicht dabei, sondern fordert dazu auf, eine Vielzahl von »Schutzlücken« um die Erstbestellung von Betriebsräten zu schließen, dabei obenan auch »staatliche Unterstützungsleistungen« für einer »Betriebsratsgründung vorausgehende logistische Schritte« (S. 196 ff.).<sup>19</sup> *Wolf* treibt das nicht um. Ja, er deutet an, dass Mitbestimmung »durch kollektive Organe« sich vor allem für Großbetriebe – etwa solche am Beginn des 20. Jahrhunderts – anbiete, weil man dort mit den Arbeitnehmern nicht so kommunizieren könne, »wie es der Handwerksmeister in seinem Handwerkslokal mit seinen Meistern und Gesellen kann« (S. 830). Von dieser Seite ist also Rückenwind für eine Kampagne »Mehr Betriebsräte braucht das Land« eher nicht zu erwarten.

Prof. Dr. Michael Kittner, Hanau

<sup>14</sup> Vgl. *Däubler/Kittner*, Geschichte der Betriebsverfassung (Fn. 2), S. 414, 451.

<sup>15</sup> Zu einem Gesamtüberblick über den aus Gewerkschaftssicht erforderlichen Reformbedarf vgl. die zeitgleich erschienene Arbeit von *Klebe*, AuR 2020, 196.

<sup>16</sup> Vgl. *Deinert/Kittner*, RdA 2009, 265; *dies.*, RdA 2013, 257; *dies.*, RdA 2017, 342; *Kittner*, SR 2018, 45.

<sup>17</sup> Dabei sieht es für die Arbeitgeber im Augenblick eher düster aus, denn eine schwarz-gelbe Mehrheit als einzig realistische Gruppierung für eine Realisierung ihrer Agenda liegt denkbar fern. Und ob die Union sich nochmals einen so konttraproduktiven Affront gegen die Arbeitnehmerschaft erlauben wird wie zuletzt 2005, ist ebenfalls höchst fraglich (vgl. *Deinert/Kittner*, RdA 2009, 265, 279).

<sup>18</sup> Hierzu siehe auch die Vorschläge von *Däubler* (AiB 2020, 17) und *Kittner* (NZA 5/2020, Editorial; umfassend *Klebe*, AuR 2020, 196, 201).

<sup>19</sup> Ebd.

# NEUE HERAUSFORDERUNGEN

# - NEUER KITTNER 2021

Innen und außen völlig neu.  
Mit erweiterten Online-  
Funktionen.



**Jetzt  
vorbestellen!**

[www.mein-kittner.de](http://www.mein-kittner.de)  
[kontakt@bund-verlag.de](mailto:kontakt@bund-verlag.de)  
Bestellhotline 069 / 79 50 10 20

**Lieferbar ab 15. Februar 2021**



**KITTNER**  
Arbeits-  
und Sozial-  
ordnung

- Gesetze
- Einleitungen
- Übersichten

46. Auflage

**2021**

Online-Zugriff auf  
alle Inhalte  
• Alle Gesetze im Volltext  
• Rechtsprechung im Volltext

**BUND  
VERLAG**



Berg / Kocher / Schumann (Hrsg.)

## Tarifvertragsgesetz und Arbeitskampfrecht

Kompaktcommentar

7., aktualisierte und Neubearbeitete Auflage

2021. 1.188 Seiten, gebunden

€ 98,-

ISBN 978-3-7663-6961-1

[www.bund-verlag.de/6961](http://www.bund-verlag.de/6961)

# Tarif- und Arbeitskampfrecht auf dem neuesten Stand

Klar, prägnant und verständlich erläutert der Kompaktcommentar das Tarifvertragsgesetz und das Arbeitskampfrecht einschließlich der völker- und europarechtlichen Grundlagen. Dabei berücksichtigt er die aktuelle Entwicklung der Rechtsprechung und der tarifpolitischen und wissenschaftlichen Diskussion.

Als neuer Schwerpunkt werden in der Neuauflage die Aufgaben und Rechte des Betriebs- und Personalrats bei der Anwendung der Tarifverträge und im Arbeitskampf erläutert. Zahlreiche Praxistipps und mehr als 80 Stichworte zum Arbeitskampf machen das Werk zu einem anerkannten Arbeitsmittel, insbesondere für die Tarifpraxis, Gewerkschafts- und Rechtssekretäre, Rechtsanwälte, Betriebs- und Personalräte und die Gerichtsbarkeit.

### Die Schwerpunkte der 7. Auflage:

- Aktuelle Rechtsprechung zum Arbeitskampf- und Tarifrecht
- Tarifverträge und Streiks in der Arbeit der Betriebs- und Personalräte
- Digitalisierung und neue Arbeitskampfformen
- Streikrecht in der Daseinsvorsorge und für Beamte und Kirchenbeschäftigte
- Typische Inhalte von Tarifverträgen
- Erfahrungen mit dem Tarifeinheits- und Tarifautonomiestärkungsgesetz

### Einfach online bestellen:

1. Einsteigen auf [www.bund-verlag.de/6961](http://www.bund-verlag.de/6961) 2. Daten eingeben 3. Absenden oder Coupon ausfüllen und abschicken:

Expl.	Best.-Nr. 978-3-7663-	Autor / Kurztitel	Preis / €
	6961-1	Berg / Kocher / Schumann (Hrsg.) Tarifvertragsgesetz und Arbeitskampfrecht	98,-

Absender:  Frau  Herr

Name / Vorname:

Firma / Funktion:

Straße / Nr.:

PLZ / Ort:

Telefon:

E-Mail:

Datum / Unterschrift:



Bund-Verlag GmbH  
60424 Frankfurt am Main

Infotelefon:  
069 / 79 50 10-20

Fax:  
069 / 79 50 10-11

E-Mail:  
kontakt@bund-verlag.de

[www.bund-verlag.de](http://www.bund-verlag.de)

### Immer topaktuell informiert sein

- Ja, ich möchte den kostenlosen Newsletter für **Betriebsräte** nutzen.  
 Ja, ich möchte den kostenlosen Newsletter für **Personalräte** nutzen.  
 Den Newsletter kann ich jederzeit wieder abbestellen.