

## **ZAAR-VORTRAGSREIHE**

Donnerstag, 14. April 2011  
18.30 Uhr

Professor Dr. Abbo Junker  
Zentrum für Arbeitsbeziehungen und Arbeitsrecht

# **Die EuGH-Rechtsprechung 2010/2011 in ihren Auswirkungen für das deutsche Arbeitsrecht**

# **Auswirkungen der neueren EuGH-Rechtsprechung auf das deutsche Arbeitsrecht**

von Professor Dr. Abbo Junker, München

## **I. Einleitung**

## **II. Arbeitsrechtliche Stellung von Organmitgliedern**

1. Urteil vom 11.11. 2010 (*Danosa*)

*EuGH, 11.11. 2010 – C-232/09, EuZA 4 (2011), 353 m. Anm. Schubert – Danosa*

2. Folgen für das deutsche Recht

## **III. Rechtsfragen des Betriebsübergangs (§ 613a BGB)**

1. Gespaltene Arbeitgeberstellung (*Albron Catering*)

*EuGH, 21.10. 2010 – C-242/09, NZA 2010, 1225 – Albron Catering*

2. Weitere Entscheidungen (*Martín Valor, UGT-FSP*)

- a) Begriff des Betriebsübergangs (*Martín Valor*)

*EuGH, 20.1. 2011 – C-463/09, EuZA 4 (2011), 320 m. Anm. Hartmann – Martín Valor*

- b) Mandat des Betriebsrats (*UGT-FSP*)

*EuGH, 29.7. 2010 – C-151/09, EuZA 4 (2011), 53 m. Anm. Fröhlich – UGT-FSP*

## **IV. Teilzeit und Befristungsrecht (§ 4 TzBfG)**

1. Zuschläge und Zulagen (*Gaviero und Torres*)

*EuGH, 22.12. 2010 – C-444 und 456/09, AuR 2011, 78 – Gaviero und Torres*

2. Erholungsurlaub (*Land Tirol*)

*EuZA 22.4. 2010 – C-486/08, NZA 2010, 557 – Land Tirol*

## **V. Arbeitsentgelt bei Beschäftigungsverboten (§ 11 MuSchG)**

1. Urteil vom 1.7. 2010 (*Gassmayr*)

*EuGH, 1.7. 2010 – C-194/08, NZA 2010, 1113 – Gassmayr*

2. Urteil vom 1.7. 2010 (*Parviainen*)

*EuGH, 1.7. 2010 – C-471/08, EuZA 4 (2011), 223 m. Anm. Höpfner – Parviainen*

## **VI. Befristung aus Vertretungsgründen (§ 14 I 2 Nr. 3 TzBfG)**

1. Urteil des EuGH vom 24.6. 2010 (*Sorge*)

*EuGH, 24.6. 2010 – C-98/09, EuZA 4 (2011), 74 m. Anm. Greiner – Sorge*

2. Vorlagebeschluss des BAG vom 17.11. 2010

*BAG, 17.11. 2010 – 7 AZR 443/09 (A), NZA 2011, 34*

## **VII. Altersgrenzen im Arbeitsverhältnis**

1. Entscheidungen *Georgiev, Kleist, Rosenblatt*

*EuGH, 18.11. 2010 – C-250 und 268/09, NZA 2011, 29 – Georgiev*

*EuGH, 18.11. 2010 – C-356/09, EuZA 4 (2011), 331 m. Anm. Melzer-Azodanloo – Kleist*

*EuGH, 12.10. 2010 – C-45/09, EuZA 4 (2011), 363 m. Anm. Maschmann – Rosenblatt*

2. Schlussfolgerungen für das deutsche Recht

## **VIII. Betriebsverfassungsrecht**

1. Kündigungsschutz von Betriebsratsmitgliedern (*Holst*)

*EuGH, 12.2. 2010 – C-405/08, EuZA 3 (2010), 533 m. Anm. Jacobs – Holst*

2. Altersgruppenbildung in Sozialplänen (*Andersen*)

*EuGH, 12.10. 2010 – C-499/08, EuZA 4 (2011), 374 m. Anm. Giesen – Andersen*

## **IX. Zusammenfassung**

Professor Dr. Abbo Junker, München

## Die Rechtsprechung des EuGH zum europäischen Arbeitsrecht im Jahr 2010

Der folgende Beitrag informiert – im Anschluss an den Bericht in RIW 2010, 343 – über die Entwicklung des europäischen Arbeitsrechts im Jahr 2010. Behandelt wird die Rechtsprechung des EuGH, insbesondere zu den Themen Grundfreiheiten und Arbeitsrecht, europäisches Antidiskriminierungsrecht und Arbeitnehmerschutz bei Betriebsübergang sowie Teilzeit-, Befristungs-, Arbeitszeit- und Arbeitsschutzrecht.

### I. Einleitung

Im Jahr 2010 hat der EuGH im Vorabentscheidungsverfahren nach Art. 267 AEUV insgesamt 25 Entscheidungen von unmittelbar arbeitsrechtlicher Bedeutung verkündet (s. die chronologische Übersicht am Ende dieses Beitrags). Acht der 25 Vorlagen kamen aus der Bundesrepublik Deutschland, jeweils drei aus Österreich und Spanien, jeweils zwei aus Dänemark, Frankreich und Italien sowie jeweils eine aus Belgien, Bulgarien, Finnland, Lettland und den Niederlanden. Die thematischen Schwerpunkte bilden Fragen der Arbeitnehmerfreizügigkeit (dazu II.) sowie der Gleichbehandlungsrichtlinien 76/207/EWG und 2000/78/EG (dazu III.), die Rechte von Arbeitnehmern bei einem Betriebsübergang und der Schutz von Mandatsträgern der Belegschaft (dazu IV.), Rechtsfragen der Befristung, der Teilzeitarbeit und der Arbeitszeitgestaltung (dazu V.) sowie der Gesundheitsschutz von schwangeren Arbeitnehmerinnen, Wöchnerinnen und stillenden Arbeitnehmerinnen am Arbeitsplatz (dazu VI.).

### II. Europäische Grundfreiheiten

#### 1. Dienstleistungsfreiheit (Art. 56, 57 AEUV)

##### a) Vertrag von Lissabon

Das zum 1. 12. 2009 in Kraft getretene Vertragswerk von Lissabon<sup>1</sup> enthält arbeitsrechtlich relevante Regelungen vor allem in dem Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV). Die für das Arbeitsrecht bedeutsamste Neuerung dürfte darin bestehen, dass gemäß Art. 6 Abs. 1 Unterabs. 1 des Vertrags über die Europäische Union (EUV) die Charta der Grundrechte der Europäischen Union in Kraft tritt<sup>2</sup>. Demgegenüber bleiben die Grundfreiheiten der EU – bei neuer Artikelzählung im AEUV – im Wesentlichen unverändert in Kraft (Art. 45 ff. AEUV). Die Dienstleistungsfreiheit verlangt auch nach neuem Recht (Art. 56 AEUV) nicht nur die Beseitigung jeder Diskriminierung

von Dienstleistenden aufgrund ihrer Staatsangehörigkeit, sondern auch die Aufhebung aller Beschränkungen – selbst wenn sie unterschiedslos für inländische Dienstleistende und für solche aus anderen Mitgliedstaaten gelten –, die geeignet sind, die grenzüberschreitenden Tätigkeiten des Dienstleistenden zu unterbinden, zu behindern oder weniger attraktiv zu machen<sup>3</sup>.

##### b) EuGH vom 7. 10. 2010 – *Termiso Limitada*

Auf Vorlage eines belgischen Gerichts (Rechtbank Antwerpen) entschied der EuGH am 7. 10. 2010 in der Rechtssache des portugiesischen Unternehmens *Termiso Limitada*: Art. 56, 57 AEUV stehen einer mitgliedstaatlichen Regelung entgegen, wonach eine Arbeitnehmerentsendung aus einem anderen Mitgliedstaat eine vorherige Entsendungsanmeldung voraussetzt, sofern (a) der Beginn der beabsichtigten Entsendung davon abhängig gemacht wird, dass dem entsendenden Arbeitgeber eine Registrierungsnummer der Anmeldung bekannt gegeben wird, und (b) die Behörden des Empfangsstaats über eine Frist von fünf Werktagen ab Eingang der Anmeldung verfügen, um diese Bekanntgabe vorzunehmen<sup>4</sup>.

Im Ausgangsfall hatte ein portugiesisches Unternehmen regelmäßig Schweißer und Monteure zu einer Werft in Antwerpen entsandt, um dort Arbeiten an Schiffen durchzuführen. Bei einer Kontrolle wurde festgestellt, dass für die Schweißer und Monteure keine vorherige Entsendungsanmeldung vorlag, woraufhin das portugiesische Unternehmen und seine Geschäftsführer in Belgien mit einem Strafverfahren überzogen wurden.

Der EuGH konnte sich, indem er die belgische Regelung „kassierte“, auf eine lange Reihe von Entscheidungen zu vergleichbaren Vorschriften (u. a. aus Deutschland, Österreich und Luxemburg) berufen und die dortige Argumentation übernehmen: Zwar dient die belgische Regelung dazu, die Einhaltung der Entsenderichtlinie 96/71/EG<sup>5</sup> zu überwa-

1 Konsolidierte Fassung: ABIEU Nr. C 83 vom 30. 3. 2010, S. 1. Siehe zu den arbeitsrechtlich relevanten Regelungen *Krebber*, EuZA 3 (2010), 303; *J. Schubert/Jerchel*, EuZW 2010, 687.

2 *Hanau*, NZA 2010, 1, 3 ff.; *Krebber*, EuZA 3 (2010), 303, 304.

3 EuGH, 23. 11. 1999 – C-369/96 u. a., Slg. 1999, I-8453 = NJW 2000, 1553 = NZA 2000, 85 = EuZW 2000, 88 = ZEuP 2001, 358 m. Anm. *Krebber*, Rn. 33 (Arblade). Siehe dazu bereits *Junker*, RIW 2003, 698, 706.

4 EuGH, 7. 10. 2010 – C-515/08, NZA 2010, 1404, Rn. 52 (*Termiso Limitada*).

5 Richtlinie 96/71/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. 12. 1996 über die Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen der

chen, aber die Überwachungsmaßnahmen als solche fallen nicht in den Anwendungsbereich dieser Richtlinie. Sie sind auf der Ebene der EU auch sonst nicht harmonisiert. Daher können die Überwachungsmaßnahmen von den Mitgliedstaaten unter Beachtung des AEUV – insbesondere der Dienstleistungsfreiheit der Art. 56, 57 AEUV – und der allgemeinen Grundsätze des Unionsrechts frei bestimmt werden<sup>6</sup>. Bei dem belgischen Verfahren handelt es sich nicht um ein bloßes Verfahren der Registrierung, sondern – da die Entsendungsvoraussetzungen geprüft werden – um ein behördliches Genehmigungsverfahren. Ein solches Verfahren stellt eine Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit i. S. von Art. 56 AEUV dar<sup>7</sup>.

Eine solche Beschränkung des freien Dienstleistungsverkehrs kann nur gerechtfertigt sein, wenn sie auf zwingenden Gründen des Allgemeininteresses beruht, wenn dieses Interesse nicht schon durch Vorschriften des Herkunftslandes geschützt wird und wenn die Beschränkung geeignet ist, die Erreichung des mit ihr verfolgten Ziels zu gewährleisten, ohne über das Erforderliche hinauszugehen<sup>8</sup>. Im vorliegenden Fall verneinte der Gerichtshof – wie schon in den Verfahren der Kommission gegen Deutschland, Österreich und Luxemburg<sup>9</sup> – die Erforderlichkeit der belgischen Maßnahme<sup>10</sup>.

## 2. Freizügigkeit der Arbeitnehmer (Art. 45 AEUV)

### a) *EuGH vom 4. 2. 2010 – Genc*

Der Beschluss Nr. 1/80 des Assoziationsrats vom 19. 9. 1980 über die Entwicklung der Assoziation EWG – Türkei beruht auf dem sog. Assoziationsabkommen, das am 12. 9. 1963 in Ankara von der Republik Türkei und den Mitgliedstaaten der damaligen EWG unterzeichnet und durch den Beschluss 64/732/EWG des Rates vom 23. 12. 1964 gebilligt wurde<sup>11</sup>. Art. 6, 7 des Beschlusses Nr. 1/80 erstrecken die Freizügigkeit der Arbeitnehmer unter bestimmten Bedingungen auf türkische Arbeitnehmer und ihre Familienangehörigen.

Zu entscheiden war ein nicht untypischer Fall aus dem Anwendungsbereich dieser Vorschriften: Frau *Genc*, eine 1966 in der Türkei geborene türkische Staatsangehörige, reiste im Jahr 2000 mit einem Visum zum Zweck der Familienzusammenführung zu ihrem in Berlin lebenden türkischen Ehemann; sie erhielt eine Aufenthaltserlaubnis und eine unbefristete Arbeitserlaubnis. Nachdem sich die Eheleute getrennt hatten (und somit der Aufenthaltsgrund weggefallen war), lehnte das Land Berlin die Verlängerung der Aufenthaltserlaubnis ab und drohte Frau *Genc* die Abschiebung an. In ihrer verwaltungsgerichtlichen Klage gegen diese Maßnahmen machte Frau *Genc* geltend, sie habe ein Beschäftigungsverhältnis als Raumpflegerin (5,5 Stunden pro Woche), aus dem sie einen monatlichen Durchschnittslohn von etwa 175 Euro beziehe.

Nach Art. 6 Abs. 1 des Beschlusses Nr. 1/80 hat – „vorbehaltlich der Bestimmungen in Art. 7 über den freien Zugang der Familienangehörigen zur Beschäftigung“ – der türkische „Arbeitnehmer“, der dem regulären Arbeitsmarkt eines Mitgliedstaats angehört, in diesem Mitgliedstaat nach einem Jahr ordnungsgemäßer Beschäftigung Anspruch auf Erneuerung seiner Arbeitserlaubnis bei dem gleichen Arbeitgeber (nach drei und nach vier Jahren beginnen weitere Stufen der Freizügigkeit). Im Fall *Genc* stellte sich somit die Frage, ob ein türkischer Staatsangehöriger „Arbeitnehmer“ i. S. des

Art. 6 Abs. 1 des Beschlusses Nr. 1/80 ist, wenn der zeitliche Umfang der Tätigkeit nur etwa 14% der tariflichen Arbeitszeit eines Vollzeitbeschäftigten beträgt und das aus dieser Tätigkeit erzielte Einkommen nur etwa 25% des nach dem nationalen Recht des Mitgliedstaats anzusetzenden Bedarfs zur Sicherung des Lebensunterhalts deckt. Auf Vorlage des VG Berlin bejahte der EuGH am 4. 2. 2010 in der Rechtssache *Genc/Land Berlin* diese Frage<sup>12</sup>.

Zur Begründung führte der EuGH aus, die Auslegung der Freizügigkeitsregeln des Art. 45 AEUV – einschließlich des weiten Arbeitnehmerbegriffs – müsse „soweit wie möglich auf die türkischen Arbeitnehmer, die die im Beschluss Nr. 1/80 eingeräumten Rechte besitzen, übertragen werden“<sup>13</sup>. Als „Arbeitnehmer“ sei in autonomer Auslegung des Art. 45 AEUV jeder anzusehen, der eine tatsächliche und echte Tätigkeit ausübe, wobei nur Tätigkeiten außer Betracht bleiben, die einen so geringen Umfang haben, dass sie sich als völlig untergeordnet und unwesentlich darstellen. Die geringe Höhe der Vergütung könne ebenso wenig wie der Umstand, dass der Betreffende den Großteil seines Lebensunterhalts aus öffentlichen Mitteln des Wohnmitgliedstaats bestreiten müsse, „irgendeine Auswirkung auf die Arbeitnehmerergenschaft i. S. des Unionsrechts haben“<sup>14</sup>.

Mit seiner zweiten Vorlagefrage wollte das VG Berlin wissen, ob sich ein türkischer Arbeitnehmer auch dann auf das Freizügigkeitsrecht berufen kann, wenn der Aufenthaltswortzweck der Einreise entfallen ist, keine sonstigen schutzwürdigen Belange für einen Verbleib im Wohnmitgliedstaat bestehen und die Möglichkeit, dort eine geringfügige Beschäftigung fortzusetzen, nicht als Motivation für einen dortigen Verbleib angesehen werden kann. Der Gerichtshof bejaht auch diese Frage: Die Ausübung der Freizügigkeitsrechte hänge nicht davon ab, aus welchem Grund dem türkischen Staatsangehörigen ursprünglich die Einreise- und Aufenthaltsgenehmigung erteilt worden sei; erfülle er den Arbeitnehmerbegriff, dürfe sein Recht auf Aufenthalt nicht zusätzlichen Bedingungen unterworfen werden<sup>15</sup>.

Der Fall *Genc* zeigt nicht nur, „dass die Rechtsstellung türkischer Arbeitnehmer aufgrund des Assoziationsratsbeschlusses Nr. 1/80 und der konkretisierenden Rechtsprechung des EuGH bereits sehr stark der Arbeitnehmerfreizügigkeit aufgrund des Art. 45 AEUV angenähert ist“<sup>16</sup>. Er zeigt auch,

Erbringung von Dienstleistungen, ABIEG Nr. L 18 vom 27. 1. 1997, S. 1.

6 EuGH, 18. 12. 2007 – C-341/05, Slg. 2007, I-11767 = RIW 2008, 80 = NZA 2008, 159 = SAE 2008, 209 m. Anm. *Junker*, Rn. 60 (Laval). Siehe bereits *Junker*, RIW 2008, 824, 826.

7 EuGH, 7. 10. 2010 – C-515/08 (Fn. 4), Rn. 25, 27 und 35 (Termiso Limitada) unter Berufung auf EuGH, 19. 1. 2006 – C-244/04, Slg. 2006, I-885 = NZA 2006, 199 = EuZW 2006, 145, Rn. 34 (Kommission/Bundesrepublik Deutschland).

8 EuGH, 23. 11. 1999 – C-369/96 u. a. (Fn. 3), Rn. 34, 35 (Arblade); EuGH, 7. 10. 2010 – C-515/08 (Fn. 4), Rn. 45 (Termiso Limitada).

9 EuGH, 19. 1. 2006 – C-244/04 (Fn. 7), Rn. 45 (Kommission/Bundesrepublik Deutschland); EuGH, 21. 9. 2006 – C-168/04, Slg. 2006, I-9041 = EuZW 2007, 89, Rn. 52 (Kommission/Republik Österreich); EuGH, 21. 10. 2004 – C-445/03, Slg. 2004, I-10191 = NZA 2005, 99 = EuZW 2005, 90, Rn. 31 (Kommission/Großherzogtum Luxemburg).

10 EuGH, 7. 10. 2010 – C-515/08 (Fn. 4), Rn. 52 (Termiso Limitada).

11 ABIEG Nr. 217 vom 29. 12. 1964, S. 3685. Siehe zu dem Assoziationsabkommen und dem Assoziationsrat *Franzen*, in: Streinz, EU-Kommentar, 2. Aufl. 2010, Art. 45 AEUV Rn. 56 ff.

12 EuGH, 4. 2. 2010 – C-14/09, NZA 2010, 1281 = EuZW 2010, 268 (Genc/Land Berlin). Siehe zu dieser Entscheidung auch *Franzen*, EuZA 3 (2010), 306, 319 f.

13 EuGH, 4. 2. 2010 – C-14/09 (Fn. 12), Rn. 17, 19 (Genc/Land Berlin).

14 EuGH, 4. 2. 2010 – C-14/09 (Fn. 12), Rn. 19 (Genc/Land Berlin).

15 EuGH, 4. 2. 2010 – C-14/09 (Fn. 12), Rn. 34 ff. (Genc/Land Berlin).

16 *Franzen*, EuZA 3 (2010), 306, 320.

dass die Tür zu einer Einwanderung in die deutschen Sozialsysteme weit offen steht: Für das Aufenthaltsrecht eines türkischen Staatsbürgers genügt nach den Assoziationsregeln zwischen der EU und der Republik Türkei auch eine geringfügige Beschäftigung (soweit nicht „völlig untergeordnet und unwesentlich“); für den Lebensunterhalt sorgt dann das inländische „soziale Netz“, das mit den Mitteln der inländischen Steuerzahler gespannt wurde.

#### b) *EuGH vom 16. 3. 2010 – Olympique Lyonnais*

Art. 45 AEUV gewährleistet innerhalb der Union die Freizügigkeit der Arbeitnehmer; sie umfasst die Abschaffung jeder auf der Staatsangehörigkeit beruhenden unterschiedlichen Behandlung der Arbeitnehmer der Mitgliedstaaten in Bezug auf Beschäftigung, Entlohnung und sonstige Arbeitsbedingungen. Eine sportliche Betätigung unterliegt insoweit der Freizügigkeit, als sie den Charakter einer entgeltlichen Arbeits- oder Dienstleistung hat. Das Beschränkungsverbot des Art. 45 AEUV erstreckt sich nicht nur auf behördliche Maßnahmen, sondern auch auf Vorschriften anderer Art, die zur kollektiven Regelung unselbstständiger Arbeit dienen, wie z.B. die Statuten führender Sportverbände<sup>17</sup>.

Auf Vorlage des französischen Kassationshofs entschied der EuGH am 16. 3. 2010 in der Rechtssache *Olympique Lyonnais*, dass Art. 45 AEUV einer Verbandsregelung grundsätzlich nicht entgegensteht, die eine Entschädigung des abgebenden Fußballvereins vorsieht, um die Anwerbung und Ausbildung von Nachwuchsspielern zu fördern<sup>18</sup>. Im Ausgangsfall hatte das Nachwuchstalent *Olivier Bernard* bei *Olympique Lyonnais* einen Vertrag als „Hoffnungsspieler“ bekommen, den er vor Ende der Laufzeit zugunsten eines Profivertrages mit *Newcastle United* beendete. Daraufhin wurden er und *Newcastle United* vor dem Arbeitsgericht Lyon gesamtschuldnerisch auf Entschädigung gemäß der damals einschlägigen französischen Verbandsregelung für Hoffnungsspieler in Anspruch genommen. Diese (inzwischen aufgehobene) Regelung sah allerdings eine Entschädigung vor, deren Höhe unabhängig war von den tatsächlichen Ausbildungskosten. Eine solche Regelung, so ergänzt der EuGH im zweiten Leitsatz seiner Entscheidung, sei nicht erforderlich, um den Zweck der Nachwuchsförderung zu verwirklichen<sup>19</sup>.

Während *J. Schubert/Jerchel* das vom EuGH gefundene Ergebnis ablehnen<sup>20</sup>, hält *Sprenger* in seiner Anmerkung das Urteil für richtig und konstatiert Folgen der EuGH-Rechtsprechung auch für andere arbeitsrechtliche Refinanzierungsmaßnahmen: „Die Bedeutung des besprochenen Urteils reicht über den Profisport hinaus. Ganz allgemein sind Kollektivregeln zu einer Arbeitnehmerbeteiligung am Aufwand für betriebliche Qualifizierungsmaßnahmen ins Visier der unionsrechtlichen Kontrolle am strengen Maßstab des Art. 45 AEUV geraten.“<sup>21</sup>

### III. Gleichbehandlungsrichtlinien

#### 1. Gleichbehandlungsrichtlinie 76/207/EWG

Die Gleichbehandlungsrichtlinie 76/207/EWG<sup>22</sup> verbietet eine unmittelbare oder mittelbare Diskriminierung aufgrund des Geschlechts, insbesondere unter Bezugnahme auf den Ehe- oder Familienstand (Art. 2 Abs. 1). Die Anwendung des Grundsatzes der Gleichbehandlung hinsichtlich der Arbeitsbedingungen schließt ein, dass Männern und Frauen

dieselben Bedingungen ohne Diskriminierung aufgrund des Geschlechts gewährt werden (Art. 5 Abs. 1).

#### a) *EuGH vom 30. 9. 2010 – Roca Álvarez*

Auf Vorlage des Obergerichts von Galizien (Spanien) entschied der EuGH am 30. 9. 2010 in der Rechtssache *Roca Álvarez*, dass Art. 2 und 5 Richtlinie 76/207/EWG (in ihrer Ursprungsfassung) einer nationalen Vorschrift entgegenstehen, nach der Mütter in den ersten neun Monaten nach der Geburt ihres Kindes ohne weiteres Freistellung beanspruchen können, während Väter diese Freistellung nur in Anspruch nehmen können, wenn auch die Mutter eine abhängige Erwerbstätigkeit ausübt<sup>23</sup>. Gegenstand des Ausgangsverfahrens war Art. 37 Abs. 4 des spanischen Arbeitnehmerstatuts (*Estatuto de los Trabajadores – ET*), der in der zeitlich anwendbaren Fassung wie folgt lautet: „Arbeitnehmerinnen haben Anspruch auf eine Stunde Arbeitsbefreiung, die sie in zwei Abschnitte aufteilen können, um ein Kind zu stillen, das weniger als neun Monate alt ist. Der Frau steht es frei, stattdessen ihre tägliche Arbeitszeit zu demselben Zweck um eine halbe Stunde zu kürzen. Die Arbeitsbefreiung kann sowohl von der Mutter als auch vom Vater in Anspruch genommen werden, sofern beide arbeiten.“

Die spanischen Gerichte legen diese Vorschrift so aus, dass die vorgesehene Freistellung von der biologischen Tatsache des Stillens losgelöst und als reine Zeit der Kinderbetreuung zu betrachten sei. Während die Mutter die Arbeitsbefreiung auch in Anspruch nehmen könne, wenn der Vater nicht arbeite, könne der Vater die Befreiung nur in Anspruch nehmen, wenn die Mutter Arbeitnehmerin sei. Diese Interpretation des Art. 37 Abs. 4 ET ergibt sich zwar nicht zwingend aus dem Wortlaut der Vorschrift, wohl aber – nach der Rechtsprechung der spanischen Gerichte – aus der Entstehungsgeschichte der Vorschrift, die ursprünglich nur die Stillzeit vorsah<sup>24</sup> (an die in zwei Etappen „mehr schlecht als recht“ ein Freistellungsanspruch des Vaters angefügt wurde).

Der EuGH stellt in seiner Begründung ebenso lapidar wie zutreffend fest, dass Mütter und Väter sich in Bezug auf die Vereinbarkeit von Kinderbetreuung und Beruf in einer vergleichbaren Lage befinden. Die ungleiche Behandlung durch Art. 37 Abs. 4 ET werde weder durch den besonderen Schutz bei Schwangerschaft und Mutterschaft (Art. 2 Abs. 3 der Richtlinie 76/207/EWG) noch als Maßnahme zur Förde-

17 EuGH, 15. 12. 1995 – C-415/93, Slg. 1995, I-4921 = NJW 1996, 505 = NZA 1996, 191 = EuZW 1996, 82, Rn. 82 (Bosman).

18 EuGH, 16. 3. 2010 – C-325/08, NJW 2010, 1733 = NZA 2010, 346 = EuZA 3 (2010), 523 m. Anm. *Sprenger* = EuZW 2010, 342 m. Anm. *Dahm*, Rn. 49 (*Olympique Lyonnais*). Siehe zu dieser Entscheidung auch *J. Schubert/Jerchel*, EuZW 2010, 687, 688.

19 EuGH, 16. 3. 2010 – C-325/08 (Fn. 18), Rn. 50 (*Olympique Lyonnais*).

20 *J. Schubert/Jerchel*, EuZW 2010, 687, 688: „Die Regelung der Fußball-Charta verstieß daher hier nicht gegen die Arbeitnehmerfreizügigkeit.“

21 *Sprenger*, EuZA 3 (2010), 523, 532; anders *Dahm*, EuZW 2010, 345, 346: „Auch auf (sic) die Zulässigkeit von vertraglichen Rückzahlungsklauseln für Ausbildungskosten, die den Fall regeln, dass der Arbeitnehmer das Arbeitsverhältnis kündigt, bevor sich die vom Arbeitgeber erbrachten Ausbildungsaufwendungen amortisiert haben, bleibt das Urteil ohne Konsequenz.“

22 Richtlinie 76/207/EWG des Rates vom 9. 2. 1976 zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen hinsichtlich des Zugangs zu Beschäftigung, zur Berufsbildung und zum beruflichen Aufstieg sowie in Bezug auf die Arbeitsbedingungen (ABIEG Nr. L 39 vom 14. 2. 1976, S. 24).

23 EuGH, 30. 9. 2010 – C-104/09, NZA 2010, 1281 = EuZW 2010, 874, Rn. 39 (*Roca Álvarez*).

24 EuGH, 30. 9. 2010 – C-104/09 (Fn. 23), Rn. 28, 29 (*Roca Álvarez*).

zung der Chancengleichheit (Art. 2 Abs. 4 der Richtlinie) gerechtfertigt: „Die Auffassung, dass der Inhaber des Anspruchs auf den in Rede stehenden Urlaub allein die abhängig beschäftigte Mutter sei, während der Vater diesen Anspruch lediglich wahrnehmen könne, ohne selbst Anspruchsinhaber zu sein, führt zu einer Verfestigung der herkömmlichen Rollenverteilung zwischen Mann und Frau, indem den Männern im Hinblick auf die Wahrnehmung ihrer Elternschaft eine subsidiäre Rolle zugewiesen wird.“<sup>25</sup>

#### b) *EuGH vom 18. 11. 2010 – Kleist*

Art. 3 Abs. 1 Buchst. c der Richtlinie 76/207/EWG (in der durch die Richtlinie 2003/73/EG geänderten Fassung<sup>26</sup>) sieht vor, dass es in Bezug auf die Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen – einschließlich der Entlassungsbedingungen – keine unmittelbare oder mittelbare Diskriminierung aufgrund des Geschlechts geben darf. Auf Vorlage des österreichischen Obersten Gerichtshofs (OGH) sah der EuGH am 18. 11. 2010 dieses Verbot der unmittelbaren Diskriminierung aufgrund des Geschlechts durch eine nationale Regelung verletzt, die eine Arbeitgeberkündigung bei Erwerb des Rentenanspruchs des Arbeitnehmers erlaubt, wenn Frauen diesen Anspruch in einem Alter erwerben, das fünf Jahre niedriger ist als das Alter, in dem der Rentenanspruch für Männer entsteht<sup>27</sup>.

Die 1948 geborene Klägerin des Ausgangsverfahrens, Frau *Kleist*, war bei der österreichischen Pensionsversicherungsanstalt als leitende Ärztin beschäftigt. Weibliche Beschäftigte ihres Jahrgangs erwerben mit Vollendung des 60., männliche Arbeitnehmer mit Vollendung des 65. Lebensjahrs den Pensionsanspruch. Vorsorglich teilte Frau *Kleist* ihrer Arbeitgeberin im Jahr 2007 mit, sie habe nicht die Absicht, nach Vollendung des 60. Lebensjahrs in Pension zu gehen, sondern wolle bis zur Vollendung des 65. Lebensjahrs arbeiten. Die Arbeitgeberin antwortete, dass sie die Versetzung von Frau *Kleist* in den Ruhestand zum 1. 7. 2008 beschlossen habe, gestützt auf eine tarifvertragliche Bestimmung, wonach der Vorstand der Pensionsversicherungsanstalt einen unkündbaren Arzt in den Ruhestand versetzen kann, wenn er den gesetzlichen Anspruch auf Alterspension erworben hat. Im Kündigungsschutzprozess machte die Pensionsversicherungsanstalt geltend, dass die tarifvertragliche Regelung dem legitimen Zweck diene, den Zugang jüngerer Menschen zur Beschäftigung zu fördern<sup>28</sup>.

Der EuGH bejaht eine unmittelbare Benachteiligung wegen des Geschlechts und verneint eine Rechtfertigung durch das Ziel, die beruflichen Chancen jüngerer Menschen zu verbessern oder Nachteile von Frauen auszugleichen: Zwar könne ein unterschiedliches Renteneintrittsalter für Männer und Frauen gerechtfertigt sein, um die gesellschaftliche, familiäre und ökonomische Benachteiligung der Frauen auszugleichen. Diese Rechtfertigung gelte aber nur für die Festsetzung des Rentenalters zum Zweck der Gewährung der Altersrente und etwaige Auswirkungen auf andere Leistungen der sozialen Sicherheit, nicht aber für weiter gehende Regelungen wie auf das Renteneintrittsalter gestützte Kündigungen: „Der Vorteil der weiblichen Arbeitnehmer, der darin besteht, dass sie ihre Alterspension in einem Alter beanspruchen können, das fünf Jahre unter dem für männliche Arbeitnehmer festgelegten Alter liegt, steht in keinem unmittelbaren Zusammenhang zu dem Ziel der (Kündigungs-)Regelung, die Beschäftigung jüngerer Menschen zu fördern.“<sup>29</sup>

## 2. Gleichbehandlungsrichtlinie 2000/78/EG

Die Gleichbehandlungsrichtlinie 2000/78/EG<sup>30</sup> verlangt die Schaffung eines allgemeinen Rahmens, um Diskriminierungen wegen der Religion oder der Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Ausrichtung in Beschäftigung und Beruf zu bekämpfen (Art. 1). Grundsätzlich verboten ist eine unmittelbare oder mittelbare Ungleichbehandlung wegen eines der vorgenannten Merkmale (Art. 2 Abs. 1, 2). Ungeachtet des Art. 2 Abs. 1, 2 können die Mitgliedstaaten vorsehen, dass eine Ungleichbehandlung keine Diskriminierung darstellt, wenn das betreffende Merkmal aufgrund der Art einer bestimmten beruflichen Tätigkeit oder der Bedingungen ihrer Ausübung eine wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung darstellt, sofern es sich um einen rechtmäßigen Zweck und eine angemessene Anforderung handelt (Art. 4 Abs. 1).

#### a) *EuGH vom 12. 1. 2010 – Wolf*

Der EuGH entschied auf Vorlage des VG Frankfurt a. M. am 12. 1. 2010 in der Rechtssache *Wolf*, dass Art. 4 Abs. 1 der Richtlinie 2000/78/EG einer nationalen Regelung nicht entgegensteht, die das Höchstalter für die Einstellung in die Laufbahn des mittleren feuerwehrtechnischen Dienstes auf 30 Jahre festlegt<sup>31</sup>. Im Ausgangsverfahren ging es um eine Vorschrift der Hessischen Feuerwehrlaufbahnverordnung; ein Bewerber, der das Höchstalter für die Einstellung überschritten hatte, verlangte von der Stadt Frankfurt a. M. Schadensersatz wegen Altersdiskriminierung. Der EuGH sieht das fragliche Höchststeinstiegalter bereits nach der allgemeinen Vorschrift des Art. 4 Abs. 1 als gerechtfertigt an, so dass die besondere Vorschrift des Art. 6, die Ungleichbehandlungen wegen des Alters rechtfertigen kann, nicht zum Zuge kommt<sup>32</sup>. Die Literatur entnimmt dem Urteil, dass der EuGH belastungsspezifische Altersgrenzen bereits nach Art. 4 Abs. 1 zu akzeptieren bereit ist, wenn die entsprechende Regelung ihr legitimes Ziel konsequent verfolgt<sup>33</sup>.

Das VG Frankfurt a. M. hatte Art. 4 Abs. 1 der Richtlinie 2000/78/EG (in Deutschland umgesetzt durch § 8 Abs. 1 AGG) bereits im Ausgangspunkt für nicht einschlägig gehalten, weil ein Höchsteintrittsalter von 30 Jahren als solche keine „berufsbezogene Anforderung“ sei: Die körperliche und geistige Eignung des einzelnen Bewerbers könne erst im Auswahlverfahren festgestellt werden, zu welchem der Kläger aufgrund der Altersgrenze gar nicht erst zugelassen werde<sup>34</sup>. Der EuGH akzeptiert demgegenüber die abstrakt-generelle Festlegung der Hessischen Verordnung, dass ein Bewerber bei einem Berufsbeginn nach Eintritt der Alters-

25 EuGH, 30. 9. 2010 – C-104/09 (Fn. 23), Rn. 36 (Roca Álvarez).

26 Richtlinie 2002/73/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. 9. 2002 zur Änderung der Richtlinie 1976/207/EWG des Rates zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen hinsichtlich des Zugangs zur Beschäftigung, zur Berufsbildung und zum beruflichen Aufstieg sowie in Bezug auf die Arbeitsbedingungen (ABIEG Nr. L 269 vom 5. 10. 2002, S. 15).

27 EuGH, 18. 11. 2010 – C-356/09, NJW 2011, 39 = NZA 2010, 1401 Rn. 46 (Kleist).

28 EuGH, 18. 11. 2010 – C-356/09 (Fn. 27), Rn. 22 (Kleist).

29 EuGH, 18. 11. 2010 – C-356/09 (Fn. 27), Rn. 36, 43 (Kleist).

30 Richtlinie 2000/78/EG des Rates vom 27. 11. 2000 zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf (ABIEG Nr. L 303 vom 2. 12. 2000, S. 16).

31 EuGH, 12. 1. 2010 – C-229/08, EuZA 3 (2010), 371 m. Anm. *Mohr* = EuZW 2010, 142 m. Anm. *Röbke*, Rn. 46 (Wolf). Siehe zu dem Urteil auch *Franzen*, EuZA 3 (2010), 306, 311 f.

32 EuGH, 12. 1. 2010 – C-229/08 (Fn. 31), Rn. 31 ff. (Wolf).

33 *Franzen*, EuZA 3 (2010), 306, 311.

34 VG Frankfurt a. M., 21. 4. 2008 – 9 E 2856/07, ArbRB 2008, 261.

grenze die Tätigkeit eines Feuerwehrmanns im operativen Dienst nicht mehr für einen ausreichend langen Zeitraum ausüben kann: „Je größer das Interesse der Allgemeinheit an einer Unterscheidung nach dem Alter ist, umso eher erlaubt (auch) das Antidiskriminierungsrecht eine pauschalierende Betrachtung.“<sup>435</sup>

#### b) EuGH vom 12. 1. 2010 – Petersen

Nach Art. 6 Abs. 1 der Richtlinie 2000/78/EG können die Mitgliedstaaten ungeachtet des Art. 2 Abs. 2 vorsehen, dass eine Ungleichbehandlung wegen des Alters keine Diskriminierung darstellt, sofern sie objektiv, angemessen und im Rahmen des nationalen Rechts durch ein legitimes Ziel gerechtfertigt ist; darunter sind insbesondere rechtmäßige Ziele aus den Bereichen Beschäftigungspolitik, Arbeitsmarkt und berufliche Bildung zu verstehen. Die Mittel zur Erreichung dieses Ziels müssen angemessen und erforderlich sein (Art. 6 Abs. 1 Unterabs. 1 am Ende).

Auf Vorlage des SG Dortmund entschied der EuGH am 12. 1. 2010 in der Rechtssache Petersen, dass Art. 6 Abs. 1 einer Höchstaltersgrenze von 68 Jahren für Kassenzahnärzte nicht entgegensteht, wenn sie die Verteilung der Berufschancen zwischen den Generationen zum Ziel hat und unter Berücksichtigung der Situation auf dem betreffenden Arbeitsmarkt zur Erreichung dieses Ziels angemessen und erforderlich ist<sup>36</sup>. Im Ausgangsfall ging es um die (heute nicht mehr bestehende) Höchstaltersgrenze von 68 Jahren für die Ausübung der Tätigkeit als (i. d. R. selbstständiger) Vertragszahnarzt der gesetzlichen Krankenkassen nach § 95 Abs. 7 SGB V; jedoch sind die Erwägungen des EuGH auf arbeitsrechtliche Fälle übertragbar<sup>37</sup>.

Nach der Begründung des EuGH-Urteils fällt eine Höchstaltersgrenze für die Berufsausübung sowohl als Bedingung für den Zugang zur Erwerbstätigkeit (Art. 3 Abs. 1 Buchst. a) als auch als Beschäftigungs- und Arbeitsbedingung (Art. 3 Abs. 1 Buchst. c) in den Geltungsbereich der Richtlinie 2000/78/EG<sup>38</sup>. Sie ist eine unmittelbare Benachteiligung i. S. des Art. 2 Abs. 2 Buchst. a wegen des Alters und kann unter drei Aspekten gerechtfertigt sein: der Verteilung der Berufschancen zwischen den Generationen, dem Schutz der Gesundheit der Patienten vor altersbedingten Leistungsmininderungen der Zahnärzte und der ausgewogenen Finanzierung des deutschen Gesundheitssystems<sup>39</sup>. Während der EuGH dem ersten Ziel (Verteilung der Berufschancen zwischen den Generationen) nach Art. 6 Abs. 1 aufgeschlossen gegenübersteht, prüft er die beiden anderen Ziele am Maßstab des Art. 2 Abs. 5, wonach die Richtlinie 2000/78/EG Maßnahmen zum Schutz der Gesundheit nicht berührt. Zum Schutz der Patientengesundheit sei die Altersgrenze für Kassenzahnärzte jedoch nicht geeignet, weil die betreffenden Personen auch ohne Kassenzulassung als Zahnärzte weiter praktizieren dürften. Daher könne die Regelung unter dem Aspekt des Art. 2 Abs. 5 nur gerechtfertigt werden, wenn – was das vorlegende Gericht prüfen müsse – zugleich der Gefährdung des finanziellen Gleichgewichts der gesetzlichen Krankenkassen entgegengewirkt werden könne<sup>40</sup>.

#### c) EuGH vom 12. 10. 2010 – Rosenblatt

Wie auch aus den vorstehend referierten Urteilen deutlich wird, ist der mit Abstand meist diskutierte Teilbereich der Richtlinie 2000/78/EG die Benachteiligung wegen des Alters; in der Erörterung dieses Bereichs spielen wiederum Altersgrenzen zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses eine

besondere Rolle (zu einer Altersgrenze für Vertragszahnärzte s. oben III. 2. b). Der EuGH hat sich in zwei Entscheidungen aus den Jahren 2007 und 2009 explizit mit diesem Thema befasst: In der Rechtssache Palacios de la Villa wurde eine tarifvertragliche Zwangsversetzung in den Ruhestand für richtlinienkonform erklärt, die als Voraussetzung lediglich verlangte, dass der Arbeitnehmer die im nationalen Recht auf 65 Jahre festgesetzte Altersgrenze erreicht hat und die übrigen sozialversicherungsrechtlichen Voraussetzungen für den Bezug einer beitragsbezogenen Altersrente erfüllt, sofern (a) diese Maßnahme objektiv, angemessen und im Rahmen des nationalen Rechts durch ein legitimes Ziel gerechtfertigt ist, das in Beziehung zur Beschäftigungspolitik und zum Arbeitsmarkt steht, und (b) die Mittel zur Erreichung dieses Ziels angemessen und erforderlich sind<sup>41</sup>. In der Rechtssache Age Concern England hat der Gerichtshof diese Entscheidung bestätigt und hinzugefügt, dass die fragliche nationale Regelung keine exakte Aufzählung ihrer Ziele enthalten müsse<sup>42</sup>. Vor diesem Hintergrund ist die folgende Entscheidung zu sehen.

Auf Vorlage des ArbG Hamburg entschied der EuGH am 12. 10. 2010 in der Rechtssache Rosenblatt, dass Art. 6 Abs. 1 Richtlinie 2000/78/EG einer nationalen Bestimmung wie § 10 Nr. 5 AGG nicht entgegensteht, soweit (a) diese Bestimmung objektiv, angemessen und durch ein legitimes Ziel der Beschäftigungs- und Arbeitsmarktpolitik gerechtfertigt ist und (b) die Mittel zur Erreichung dieses Ziels angemessen und erforderlich sind. Die Nutzung dieser Ermächtigung in einem Tarifvertrag ist nicht der gerichtlichen Kontrolle entzogen, sondern muss ebenfalls in angemessener und erforderlicher Weise ein legitimes Ziel verfolgen<sup>43</sup>.

Im Ausgangsfall sah der Arbeitsvertrag einer Reinigungskraft vor, dass das Arbeitsverhältnis gemäß § 19 Nr. 8 des Rahmentarifvertrags für die gewerblichen Beschäftigten in der Gebäudereinigung mit Ablauf des Kalendermonats ende, in dem die Beschäftigte Anspruch auf eine Rente wegen Alters erwirbt, spätestens jedoch mit Ablauf des Monats, in dem sie das 65. Lebensjahr vollendet hat. Die Arbeitnehmerin erfüllte diese Voraussetzungen, bezog wegen ihrer langjährigen geringfügigen Beschäftigung aus der gesetzlichen Altersversorgung jedoch nur eine monatliche Rente von rund 250 Euro. Die unzureichende Alterssicherung war wohl auch die Motivation der Arbeitnehmerin, über die Altersgrenze hinaus weiter zu arbeiten<sup>44</sup>.

In seiner Begründung verweist der EuGH darauf, dass § 10 Nr. 5 AGG im Wesentlichen die gleichen Grundsätze enthalte wie Art. 6 Abs. 1 Unterabs. 1 Richtlinie 2000/78/EG. Die Mitgliedstaaten (und gegebenenfalls die Sozialpartner

35 Mohr, EuZA 3 (2010), 371, 375.

36 EuGH, 12. 1. 2010 – C-341/08, NJW 2010, 587 = EuZA 3 (2010), 371 m. Anm. Mohr = EuZW 2010, 137 = ZESAR 2010, 241 m. Anm. Rixen, Rn. 78 (Petersen). Siehe zu dem Urteil auch Franzen, EuZA 3 (2010), 306, 310 f.

37 Franzen, EuZA 3 (2010), 306, 310; Rixen, ZESAR 2010, 249, 251.

38 EuGH, 12. 1. 2010 – C-341/08 (Fn. 36), Rn. 32 (Petersen).

39 EuGH, 12. 1. 2010 – C-341/08 (Fn. 36), Rn. 38 (Petersen).

40 EuGH, 12. 1. 2010 – C-341/08 (Fn. 36), Rn. 58 ff. (Petersen).

41 EuGH, 16. 10. 2007 – C-411/05, RIW 2007, 941, Rn. 77 (Palacios de la Villa); siehe dazu Junker/Zöltsch, RIW 2007, 881, 883 f.

42 EuGH, 5. 3. 2009 – C-388/07, Slg. 2009, I-1569 = RIW 2009, 312 = NZA 2009, 305 = EuZA 2 (2009), 355 m. Anm. Sprenger = EuZW 2009, 340, Rn. 67 (Age Concern England). Siehe dazu bereits Junker, RIW 2010, 343, 344.

43 EuGH, 12. 10. 2010 – C-45/09, RIW 2010, 805 = NJW 2010, 3767 = NZA 2010, 1167 = EuZW 2010, 869 (Rosenblatt). Siehe zu dem Urteil auch Bauer/Diller, BB 2010, 2727; Preis, NZA 2010, 1323, 1324 ff.

44 Siehe zu diesem Aspekt des Falles Preis, NZA 2010, 1323, 1324 f.

auf nationaler Ebene) verfügten nicht nur bei der Entscheidung, welches konkrete Ziel sie im Bereich der Arbeits- und Sozialpolitik verfolgen wollen, sondern auch bei der Festlegung der Maßnahmen zur Zielerreichung über einen weiten Ermessensspielraum<sup>45</sup>. Die in § 10 Nr. 5 AGG getroffene Regelung sei angemessen: Klauseln, wonach das Arbeitsverhältnis automatisch endet, wenn der Beschäftigte das Rentenalter erreicht, seien grundsätzlich nicht als eine übermäßige Beeinträchtigung der Arbeitnehmerinteressen anzusehen<sup>46</sup>. Diese Argumentation setzt sich fort in der Auseinandersetzung des EuGH mit der einschlägigen Tarifnorm, wobei der Gerichtshof keinen Anstoß daran nimmt, dass die Tarifnorm für allgemeinverbindlich erklärt wurde<sup>47</sup>.

In seiner kritischen Stellungnahme zu dem Urteil, das er für „widersprüchlich, ja unschlüssig“ hält, kommt *Preis* zu dem Schluss, auch nach der Argumentation des EuGH bestehe im konkreten Fall ein Anspruch auf Weiterbeschäftigung: „Die unmittelbar diskriminierende Altersgrenze wird [vom EuGH] mit dem Recht begründet, bei einem sofort nachfolgenden Wiedereinstellungsantrag nicht wegen des Alters diskriminiert zu werden. Frau *Rosenblatt* hätte man daher raten müssen, sich nach Ablauf der (wirksamen) Altersgrenze sofort erneut bei ihrem Arbeitgeber zu bewerben.“<sup>48</sup> Dem wird von anderen Autoren vehement widersprochen<sup>49</sup>. Gewiss zutreffend ist die Beobachtung von *Preis*, dass der EuGH vorliegend (wie bereits in den Entscheidungen *Palacios de la Villa* und *Age Concern England*) „allgemeine Altersgrenzen passieren lässt“ (indem er bei ihnen den Handlungsspielraum der Mitgliedstaaten großzügig anerkennt), dagegen „spezielle Altersgrenzen besonders streng unter die Lupe nimmt und insbesondere bei innerer Widersprüchlichkeit verwirft“<sup>50</sup> (wie in der Rechtssache *Petersen*, oben III. 2. b).

#### d) *EuGH vom 18. 11. 2010 – Georgiev*

Diese Aussage findet ihre Bestätigung in einer Vorabentscheidung, die der EuGH auf Vorlage eines bulgarischen Gerichts (*Rayonen sad Plovdiv*) am 18. 11. 2010 in einem Rechtsstreit des Universitätsdozenten *Vasil Ivanov Georgiev* gegen die Technische Universität Sofia (Zweigstelle Plovdiv) verkündete. Die von Herrn *Georgiev* angegriffene bulgarische Regelung sah vor, dass Universitätsprofessoren mit Vollendung des 68. Lebensjahrs zwangsweise in den Ruhestand versetzt werden und ihre Tätigkeit ab Vollendung des 65. Lebensjahrs nur aufgrund eines auf ein Jahr befristeten und höchstens zweimal verlängerbaren Vertrags fortsetzen können. Das Dienstverhältnis von Herrn *Georgiev*, der am 6. 2. 2006 das 65. Lebensjahr vollendete, wurde entsprechend dieser Vorschrift drei Mal verlängert und am 6. 2. 2009 durch Verfügung des Direktors der Universität nach Art. 325 Abs. 3 des bulgarischen Arbeitsgesetzes definitiv beendet. Der EuGH entschied, dass die zugrunde liegende Regelung nach Art. 6 Abs. 1 Richtlinie 2000/78/EG gerechtfertigt sein könne, sofern mit ihr ein legitimes Ziel insbesondere im Zusammenhang mit der Beschäftigungs- und der Arbeitsmarktpolitik verfolgt werde und die Regelung ermögliche, dieses Ziel durch angemessene und erforderliche Mittel zu erreichen; ein legitimes Ziel könne die Schaffung einer hochwertigen Lehre und die optimale Verteilung der Professorenstellen auf die Generationen sein<sup>51</sup>. Es sei Sache des nationalen Gerichts zu klären, ob die vorstehenden Voraussetzungen erfüllt sind. Seien die Voraussetzungen des Art. 6 Abs. 1 der Richtlinie nicht erfüllt, dürfe das nationale Gericht die fragliche Regelung nicht anwenden<sup>52</sup>.

#### e) *EuGH vom 12. 10. 2010 – Andersen*

Neben Altersgrenzen mit dem Ziel der Beendigung des Arbeitsverhältnisses geraten zunehmend auch andere altersdifferenzierende Regelungen in das Blickfeld des EuGH. Das dänische Angestelltengesetz (*Funktionærlov*) enthält folgende Bestimmungen zur Entlassungsabfindung: „(1) Wird das Dienstverhältnis eines Angestellten, der im selben Betrieb zwölf, 15 oder 18 Jahre lang ununterbrochen beschäftigt war, gekündigt, hat der Arbeitgeber bei der Entlassung des Angestellten einen Betrag in Höhe von einem, zwei oder drei Monatsgehältern zu zahlen. (2) Abs. 1 findet keine Anwendung, wenn der Angestellte bei seinem Ausscheiden eine Volksrente erhält. (3) Erhält der Angestellte bei seiner Entlassung eine Altersrente vom Arbeitgeber und ist der Angestellte dem entsprechenden Rentensystem vor Vollendung des 50. Lebensjahrs beigetreten, entfällt die Entlassungsabfindung.“

Auf Vorlage eines dänischen Gerichts (*Vestre Landsret*) entschied der EuGH am 12. 10. 2010 in der Rechtssache *Andersen*, dass die vorstehend wiedergegebene Regelung des dänischen Angestelltengesetzes mit Art. 2 und 6 Abs. 1 Richtlinie 2000/78/EG nicht vereinbar sei<sup>53</sup>. Im Ausgangsverfahren verlangte der 63 Jahre alte, seit über 25 Jahren bei der Region Süddänemark beschäftigte Arbeitnehmer *Andersen*, unterstützt von seiner Gewerkschaft *Ingeniørforeningen i Danmark (IDA)*, eine Entlassungsabfindung in Höhe von drei Monatsgehältern; die Arbeitgeberin verweigerte die Zahlung, weil Herr *Andersen* über 50 Jahre alt sei und eine von ihr finanzierte Betriebsrente erhalten könne.

In seiner Begründung verweist der EuGH zwar auf den weiten Ermessensspielraum der Mitgliedstaaten bei der Wahl der Maßnahmen zur Erreichung ihrer arbeits- und sozialpolitischen Ziele. Dieser Wertungsspielraum dürfe aber nicht dazu führen, dass der Grundsatz des Verbots der Altersdiskriminierung ausgehöhlt werde. Die Unangemessenheit der dänischen Regelung folge daraus, dass sie entlassenen älteren Arbeitnehmern, die – anstatt Rente zu beziehen – auf dem Arbeitsmarkt bleiben wollen, die Entlassungsabfindung allein aus dem Grund vorenthalte, dass sie aufgrund ihres Alters eine Rente in Anspruch nehmen könnten: „Diese Maßnahme erschwert Arbeitnehmern, die bereits eine Altersrente beziehen können, die weitere Ausübung ihres Rechts zu arbeiten, weil sie beim Übergang in ein neues Beschäftigungsverhältnis – im Gegensatz zu anderen Arbeitnehmern mit gleichlanger Betriebszugehörigkeit – keine Entlassungsabfindung erhalten.“<sup>54</sup>

*Preis* weist in seiner Besprechung darauf hin, dass das Urteil auch für die Praxis der Sozialplandotierung in Deutschland (§ 112 BetrVG) Konsequenzen haben kann<sup>55</sup>. Sozialpläne

45 EuGH, 12. 10. 2010 – C-45/09, RIW 2010, 805, Rn. 36 ff. (*Rosenblatt*).

46 EuGH, 12. 10. 2010 – C-45/09, RIW 2010, 805, Rn. 46 ff. (*Rosenblatt*).

47 EuGH, 12. 10. 2010 – C-45/09, RIW 2010, 805, Rn. 54 ff., 78 ff. (*Rosenblatt*).

48 *Preis*, NZA 2010, 1323, 1325. Siehe zu dieser Argumentation bereits *Wiedemann/Thüsing*, NZA 2002, 1234, 1239.

49 *Bauer/Diller*, DB 2010, 2727, 2729.

50 *Preis*, NZA 2010, 1323, 1327.

51 EuGH, 18. 11. 2010 – C-250, NJW 2011, 42 = NZA 2011, 29, Rn. 68 (*Georgiev*).

52 EuGH, 18. 11. 2010 – C-250, 268/09 (Fn. 51), Rn. 72 (*Georgiev*) unter Berufung auf EuGH, 12. 1. 2010 – C-341/08 (Fn. 36), Rn. 72 (*Petersen*).

53 EuGH, 12. 10. 2010 – C-499/08, NZA 2010, 1341 = EuZW 2010, 904, Rn. 49 (*Andersen*). Siehe zu diesem Urteil auch *Grünberger*, EuZA 4 (2011), 171; *Preis*, NZA 2010, 1323, 1326.

54 EuGH, 12. 10. 2010 – C-499/08 (Fn. 53), Rn. 45 (*Andersen*).

55 *Preis*, NZA 2010, 1323, 1326.

sehen nicht selten vor, dass eine durch Multiplikation von Lebensalter, Betriebszugehörigkeit und Bruttomonatsentgelt (dividiert durch den vom Sozialplanvolumen bestimmten Faktor „X“) berechnete Entlassungsabfindung ab einem bestimmten Lebensalter reduziert wird („die Abfindung vermindert sich für Mitarbeiter nach Vollendung des 60. Lebensjahrs für jeden weiteren Monat um ein Sechzigstel“<sup>56</sup>). Ihre Rechtfertigung finden solche Abfindungskurven in § 10 Satz 3 Nr. 6 AGG, der – wie die dänische Regelung – auf die Rentenberechtigung abstellt. Es ist nach der Begründung des Andersen-Urteils nicht unwahrscheinlich, dass die deutsche Regelung – und mit ihr die Sozialplanpraxis – auf den Prüfstand des EuGH kommt.

#### f) EuGH vom 19. 1. 2010 – *Kücükdeveci*

Eines der umstrittensten Urteile des EuGH im letzten Jahrzehnt war die 2005 ergangene Entscheidung in der Rechtsache Mangold, die von einem ungeschriebenen primärrechtlichen Verbot der Altersdiskriminierung ausgeht, das durch die Richtlinie 2000/78/EG lediglich konkretisiert wurde<sup>57</sup>. Obwohl die „Erfindung“<sup>58</sup> eines allgemeinen Grundsatzes des Gemeinschaftsrechts in Gestalt des Verbots der Diskriminierung wegen des Alters von verschiedenen Seiten kritisiert wurde, hat der Gerichtshof in einer Folgeentscheidung aus dem Jahr 2007 (Palacios de la Villa) das unionsrechtliche Verbot der Diskriminierung wegen des Alters nicht problematisiert, sondern sich allein auf die Richtlinie 2000/78/EG gestützt<sup>59</sup>. Vor diesem Hintergrund ist die folgende, in der Literatur bereits als „Mangold II“<sup>60</sup> bezeichnete Entscheidung zu sehen.

Auf Vorlage des LAG Düsseldorf entschied der EuGH am 19. 1. 2010 in der Rechtssache *Kücükdeveci*, das Unionsrecht, insbesondere das Verbot der Diskriminierung wegen des Alters in seiner Konkretisierung durch die Richtlinie 2000/78/EG, stehe einer gesetzlichen Regelung entgegen, nach der Beschäftigungszeiten vor Vollendung des 25. Lebensjahrs des Arbeitnehmers bei der Berechnung der Kündigungsfrist nicht berücksichtigt werden<sup>61</sup>. Im Ausgangsverfahren ging es um das Arbeitsverhältnis einer im Kündigungszeitpunkt 28 Jahre alten Arbeitnehmerin, die bereits seit ihrem 18. Lebensjahr bei dem Arbeitgeber beschäftigt war; wegen § 622 Abs. 2 Satz 2 BGB wurde die Kündigungsfrist jedoch nicht nach einer Beschäftigungsdauer von zehn, sondern nach einer Beschäftigungsdauer von drei Jahren berechnet. In seinem Urteil hat der Gerichtshof die Vorschrift des § 622 Abs. 2 Satz 2 BGB „kassiert“; sie ist von den deutschen Gerichten nicht mehr anzuwenden<sup>62</sup>.

Bemerkenswert ist weniger das Ergebnis, zu dem der EuGH gelangte: Es war durch die Rechtssache *Hütter* aus dem Jahr 2009 vorgezeichnet, in welcher der Gerichtshof ein österreichisches Gesetz, wonach bei der Eingruppierung Dienstzeiten vor Vollendung des 18. Lebensjahrs nicht mitgezählt werden dürfen, für europarechtswidrig erklärte<sup>63</sup>. Auch die Begründung ist wenig überraschend: Eine Rechtfertigung unter dem Gesichtspunkt, dass jüngeren Arbeitnehmern eine größere berufliche und persönliche Mobilität zugemutet werden könne, weist der EuGH zurück, weil die Auswirkungen des § 622 Abs. 2 Satz 2 BGB nicht auf junge Arbeitnehmer beschränkt sind<sup>64</sup>. Bemerkenswert an dem Urteil ist vor allem, dass der Gerichtshof sein umstrittenes *Mangold*-Urteil in vollem Umfang bestätigt und somit die zahlreichen kritischen Stellungnahmen der Jahre 2006 bis 2009 folgenlos geblieben sind<sup>65</sup>.

Aus dem fast unübersehbaren Schrifttum zu der Rechtssache *Kücükdeveci* ist eine Stellungnahme von *Fastenrath* herauszuheben, der sich mit einem Artikel auseinandersetzt, den Rechtsanwälte unter der Überschrift „Europarichter stellen BGB ins Belieben deutscher Gerichte“<sup>66</sup> verfasst haben. Anders als die Autoren es darstellten – so *Fastenrath* –, gebe es eine langjährige Rechtsprechung des EuGH zu der (von jedem Richter ohne Weiteres zu beachtenden) Unanwendbarkeit des nationalen Rechts, das nicht im Einklang mit dem Europarecht steht. Dass gegen das Grundgesetz verstoßende deutsche Gesetze nur vom BVerfG aufgehoben werden können, bei einem Verstoß gegen Europarecht aber jedes Gericht von sich aus das Gesetz außer Acht zu lassen hat, sei ein Wertungswiderspruch, der im deutschen Recht aufgelöst werden müsse. Der deutsche Gesetzgeber könne z. B. in den Prozessordnungen eine Pflicht zur Vorlage an den EuGH vorsehen. Auch in der Sache sei die Erregung über den Gerichtshof nicht zu verstehen, denn es liege nahe, dass auch Art. 3 Abs. 1 GG der fraglichen Regelung entgegenstehe: „Dass das deutsche Recht die Festlegung von Altersgrenzen in das Belieben des Gesetzgebers stellt, ist eine Mahr, wenn gleich die deutsche Rechtspflege solche Regelungen bislang ziemlich fraglos akzeptiert hat.“<sup>67</sup>

#### g) EuGH vom 8. 7. 2010 – *Bulicke*

Nach Art. 9 Abs. 1 Richtlinie 2000/78/EG müssen die Mitgliedstaaten gewährleisten, dass alle Personen, die sich durch die Nichtanwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes in ihren Rechten verletzt fühlen, ihre Ansprüche in rechtsförmigen Verfahren geltend machen können; diese Verpflichtung der Mitgliedstaaten lässt einzelstaatliche Regelungen über Fristen für die Rechtsverfolgung unberührt (Art. 9 Abs. 3). Das in EU-Richtlinien üblicherweise enthaltene Verschlechterungsverbot findet sich in Art. 8 Abs. 2, wonach die Umsetzung der Richtlinie 2000/78/EG „keinesfalls“ als Rechtfertigung für eine Absenkung des bereits garantierten Schutzniveaus in Bezug auf Diskriminierungen in den von der Richtlinie gedeckten Bereichen benutzt werden darf.

56 Beispiel nach BAG, 23. 3. 2010 – 1 AZR 832/08, NZA 2010, 774.

57 EuGH, 22. 11. 2005 – C-144/04, Slg. 2005, I-9981 = RIW 2006, 52 = NJW 2005, 3695 = NZA 2005, 1345 = EuZW 2006, 17, Rn. 75 (*Mangold*). Siehe dazu *Franzen*, EuZA 1 (2008), 1, 8 f.; *Junker/Aldea*, RIW 2007, 1, 6 f.

58 *Preis*, NZA 2006, 401, 402. Siehe auch *Giesen*, SAE 2006, 45; *Reichold*, JZ 2006, 549.

59 EuGH, 16. 10. 2007 – C-411/05, Slg. 2007, I-8531 = RIW 2007, 941 = NJW 2007, 3339 = NZA 2007, 1219 = EuZA 1 (2008), 251 m. Anm. *Kamanabrou* = EuZW 2007, 762, Rn. 77 (*Palacios de la Villa*). Siehe dazu *Junker/Zöltsch*, RIW 2007, 881, 883 f.

60 *Preis/Temming*, NZA 2010, 185.

61 EuGH, 19. 1. 2010 – C-555/07, RIW 2010, 144 = NJW 2010, 427 = NZA 2010, 85 EuZA 3 (2010), 541 m. Anm. *Waltermann* = EuZW 2010, 177 = GPR 2010, 81 m. Anm. *Franzen* = ZESAR 2010, 180 m. Anm. *Joussen* = EZA Richtlinie 2000/78 Nr. 14 mit Anm. *Krois*, Rn. 43 (*Kücükdeveci*). Siehe zu dem Urteil auch *Franzen*, EuZA 3 (2010), 306, 313 ff.; *dens.*, RIW 2010, 577.

62 Vgl. EuGH, 19. 1. 2010 – C-555/07, RIW 2010, 144, Rn. 51 (*Kücükdeveci*).

63 EuGH, 18. 6. 2009 – C-88/08, Slg. 2009, I-5325 = NZA 2009, 891 = EuZA 3 (2010), 244 m. Anm. *Risak* = EuZW 2009, 625 (*Hütter*). Siehe dazu *Junker*, RIW 2010, 343, 344.

64 Vgl. EuGH, 19. 1. 2010 – C-555/07, RIW 2010, 144, Rn. 39 ff. (*Kücükdeveci*).

65 *Franzen*, EuZA 3 (2010), 306, 314; *Joost*, EWiR § 622 BGB I/2010, 179, 180; *Joussen*, ZESAR 2010, 185, 188; *Krois*, EZA Richtlinie 2000/78 Nr. 14, S. 17, 18 ff.; *Waltermann*, EuZA 3 (2010), 541, 542.

66 *Willemsen/Sagan*, FAZ Nr. 22 vom 27. 1. 2010, S. 23.

67 *Fastenrath*, FAZ Nr. 32 vom 8. 2. 2010, S. 6.

Auf Vorlage des LAG Hamburg entschied der EuGH am 8. 7. 2010 in der Rechtssache *Bulicke*, dass das Primärrecht der Union und Art. 9 Richtlinie 2000/78/EG einer gesetzlichen Ausschlussfrist von zwei Monaten für die Geltendmachung von Diskriminierungsschäden nicht entgegenstehen, sofern (a) diese Frist nicht ungünstiger ist als die für vergleichbare innerstaatliche Rechtsbehelfe im Bereich des Arbeitsrechts vorgesehenen Fristen (Grundsatz der Äquivalenz) und (b) die Festlegung des Fristbeginns die Ausübung die von der Richtlinie verliehenen Rechte nicht unmöglich macht oder übermäßig erschwert (Grundsatz der Effektivität)<sup>68</sup>.

Im Ausgangsfall hatte sich Frau *Bulicke*, bereits im fünften Lebensjahrzehnt stehend, vergebens auf eine Stellenanzeige beworben, die für ein „junges Team“ eine „zwischen 18 und 35 Jahre“ junge Verstärkung suchte. Die auf Entschädigung wegen Altersdiskriminierung gestützte Klage wies das ArbG Hamburg mit der Begründung ab, der Anspruch sei nicht innerhalb der Zweimonatsfrist des Art. 15 Abs. 4 AGG geltend gemacht worden. Im Berufungsverfahren hatte das vorliegende LAG Hamburg Zweifel, ob § 15 Abs. 4 AGG mit den Grundsätzen der Äquivalenz und der Effektivität im Einklang stehe. Auch sei die Frist des § 15 Abs. 4 AGG kürzer als die zuvor in § 611a BGB bei geschlechtsbezogener Benachteiligung vorgesehene Ausschlussfrist; die neuen Rechtsvorschriften seien daher ein „Rückschritt“ gegenüber der bisherigen Rechtslage.

Der EuGH stellt in der Begründung seines Urteils zunächst fest, dass gemäß Art. 9 Abs. 3 Richtlinie 2000/78/EG Fristen für die Geltendmachung von Ansprüchen kein Gegenstand des Unionsrechts seien. Der Grundsatz der Äquivalenz dürfe nicht so verstanden werden, dass er einen Mitgliedstaat verpflichte, die günstigste innerstaatliche Regelung auf alle Klagen zu erstrecken, die im Bereich des harmonisierten Arbeitsrechts erhoben werden<sup>69</sup>. Mit dem Erfordernis der Effektivität sei die Festsetzung angemessener Ausschlussfristen vereinbar, weil sie dem grundlegenden Prinzip der Rechtssicherheit diene. Es sei nicht ersichtlich, dass eine Vorschrift wie § 15 Abs. 4 AGG gegen das Äquivalenz- oder das Effektivitätsprinzip verstoße; allerdings sei es letztlich Sache des nationalen Gerichts, diese Frage zu entscheiden<sup>70</sup>. Einen möglichen Verstoß der deutschen Regelung gegen das – vom LAG Hamburg falsch verstandene – Verschlechterungsverbot des Art. 8 Abs. 2 der Richtlinie verwirft der EuGH mit erfreulich knapper Begründung unter Berufung auf seine Entscheidung in der Rechtssache *Angelidaki*<sup>71</sup> (s. auch unten V. 1. a).

## IV. Unternehmensbezogene Richtlinien

### 1. Rechte bei Betriebsübergang

Die Richtlinie 2001/23/EG<sup>72</sup> ist anwendbar, wenn ein Unternehmen, Betrieb, Unternehmensteil oder Betriebsteil durch vertragliche Übertragung oder durch Verschmelzung auf einen anderen Inhaber übergeht (Art. 1 Abs. 1 Buchst. a). Als „Übergang“ im Sinne der Richtlinie gilt „der Übergang einer ihre Identität bewahrenden wirtschaftlichen Einheit im Sinne einer organisierten Zusammenfassung von Ressourcen zur Verfolgung einer wirtschaftlichen Haupt- oder Nebentätigkeit“ (Art. 1 Abs. 1 Buchst. b). „Veräußerer“ ist jede natürliche oder juristische Person, die aufgrund eines Übergangs i. S. von Art. 1 Abs. 1 als Inhaber aus der wirtschaftlichen Einheit ausscheidet (Art. 2 Abs. 1 Buchst. a). Sofern

die fragliche Einheit ihre Selbstständigkeit behält, bleiben die Rechtsstellung und die Funktion der Arbeitnehmervertreter unter den bisherigen Bedingungen erhalten, sofern auch nach dem Übergang die Bedingungen für die Bildung der Arbeitnehmervertretung erfüllt sind (Art. 6 Abs. 1 Unterabs. 1).

#### a) *EuGH vom 29. 7. 2010 – UGT-FSP*

Auf Vorlage eines spanischen Gerichts (*Juzgado de lo Social Único de Algeciras*) entschied der EuGH am 29. 7. 2010 in der Rechtssache *UGT-FSP*, dass eine übertragene wirtschaftliche Einheit ihre Selbstständigkeit i. S. von Art. 6 Abs. 1 Richtlinie 2001/23/EG behält, wenn die Befugnisse, die innerhalb der Organisationsstrukturen des Veräußerers den Verantwortlichen zustehen, innerhalb der Organisationsstrukturen des Erwerbers im Wesentlichen unverändert bleiben. Dabei kommt es auf die Befugnisse an, die Arbeit innerhalb der wirtschaftlichen Einheit bei der Verfolgung der wirtschaftlichen Tätigkeit relativ frei und unabhängig zu organisieren. Maßgeblich sind insbesondere die (Teil-)Befugnisse, Weisungen und Instruktionen zu erteilen, Aufgaben auf die Arbeitnehmer zu verteilen und über die Verwendung der materiellen Ressourcen zu entscheiden<sup>73</sup>.

Im Ausgangsfall hatte eine andalusische Gemeinde die an Privatunternehmen vergebenen Konzessionen für gemeindliche Hausmeister-, Reinigungs- und Gärtnerdienste gekündigt und die betreffenden Arbeitnehmer mit ihren Vorgesetzten in gemeindliche Dienste übernommen, wo sie nunmehr an denselben Orten die gleichen Aufgaben wie zuvor wahrnehmen. Lediglich die oberste Leitungsebene hat sich geändert, indem an die Stelle der Geschäftsführer der Privatunternehmen – nach Maßgabe der Gemeindeordnung – der Bürgermeister oder der Gemeinderat getreten ist. Die zuvor bei den Privatunternehmen gewählten Arbeitnehmervertreter verlangten vom Bürgermeister die gesetzlich vorgesehene Freistellung zur Erfüllung ihrer Aufgaben, was der Bürgermeister mit der Begründung ablehnte, „dass die betreffenden Arbeitnehmer in Anbetracht ihrer Eingliederung in das Gemeindepersonal nicht mehr ihre Aufgaben als gesetzliche Vertreter wahrnehmen“<sup>74</sup>. Auf die Klage der Gewerkschaft *Federación de Servicios Públicos de la UGT (UGT-FSP)*, der die Arbeitnehmervertreter angehören, legte das erstinstanzliche spanische Gericht dem EuGH die Frage vor, ob in der Konstellation des Ausgangsfalls die übertragenen wirtschaftlichen Einheiten i. S. von Art. 6 Abs. 1 Unterabs. 1 ihre Selbstständigkeit behalten.

68 EuGH, 8. 7. 2010 – C-246/09, RIW 2010, 561 = NJW 2010, 2713 m. Anm. *Kock* = NZA 2010, 869 = EuZA 4 (2011), 65 m. Anm. *Kolbe* = EWIR § 15 AGG 1/2010, 589 m. Anm. *Mücl*, Rn. 42 (*Bulicke*).

69 EuGH, 8. 7. 2010 – C-246/09, RIW 2010, 561, Rn. 27 (*Bulicke*) unter Berufung auf EuGH, 29. 10. 2009 – C-63/08, NZA 2009, 1327 = EuZA 3 (2010), 383 m. Anm. *Nebe* = EuZW 2010, 190, Rn. 45 ff. (*Pontin*). Siehe dazu auch *Junker*, RIW 2010, 343.

70 EuGH, 8. 7. 2010 – C-246/09, RIW 2010, 561, Rn. 34, 36 und 39 (*Bulicke*).

71 EuGH, 23. 4. 2009 – C-378/07 u. a., Slg. 2009, I-3071 = EuZA 3 (2010), 253 m. Anm. *Kerwer*, Rn. 126 (*Angelidaki*). Siehe bereits *Junker*, RIW 2010, 343, 348 f.

72 Richtlinie 2001/23/EG des Rates vom 12. 3. 2001 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Wahrung von Ansprüchen der Arbeitnehmer beim Übergang von Unternehmen, Betrieben oder Unternehmens- oder Betriebsteilen (ABIEG Nr. L 82 vom 22. 3. 2001, S. 16).

73 EuGH, 29. 7. 2010 – C-151/09, BB 2010, 2827 m. Anm. *Mücl* = NZA 2010, 1014 = EuZA 4 (2011), 53 m. Anm. *Fröhlich*, Rn. 56 (*UGT-FSP*).

74 EuGH, 29. 7. 2010 – C-151/09 (Fn. 73), Rn. 13 (*UGT-FSP*).

In seiner bejahenden Antwort auf diese Frage unterscheidet der EuGH zwischen dem Begriff der Identität in Art. 1 Abs. 1 Buchst. a („Übergang einer ihre Identität bewahrenden wirtschaftlichen Einheit“) und dem Begriff der Selbstständigkeit in Art. 6 Abs. 1 Unterabs. 1 („Sofern [die Einheit] ihre Selbstständigkeit behält“)<sup>75</sup>. Zutreffend stellt der Gerichtshof in der Begründung fest, der bloße Austausch der obersten Dienstvorgesetzten wie im Ausgangsverfahren könne als solcher der Selbstständigkeit der übertragenen Einheit keinen Abbruch tun, zumal der Betriebsübergang in der Praxis fast immer mit dem Austausch der obersten Dienstvorgesetzten einhergehe<sup>76</sup>.

So einleuchtend diese Ausführungen klingen, so unbefriedigend erscheint im Ausgangsfall das praktische Ergebnis: Wie man aus einer Stellungnahme der spanischen Regierung schließen kann<sup>77</sup>, hatte der Bürgermeister die Freistellungen abgelehnt, weil es in seiner Gemeinde bereits eine Vertretung des Gemeindepersonals gibt und er keine „Doppelvertretung“ alimentieren wollte. Wenn nach spanischem Recht diese Doppelung der Vertretungsstrukturen infolge des Betriebsübergangs eintritt, kann sie von Europarecht wegen bei der nächsten Wahl zum Personalrat der Gemeinde beendet werden: Art. 6 Abs. 1 Unterabs. 1 der Richtlinie 2001/23/EG findet keine Anwendung, wenn gemäß den spanischen Rechtsvorschriften die Bedingungen für die Neubesetzung der Vertreter der Arbeitnehmer oder die Neubildung der Arbeitnehmervertretung erfüllt sind (Art. 6 Abs. 1 Unterabs. 2). In Deutschland sieht § 21a Abs. 1 Satz 1 BetrVG ein (Übergangs-)Mandat des bisherigen Betriebsrats für einen auf einen anderen Rechtsträger übergegangenen Betriebsteil nur vor, wenn dieser Betriebsteil nicht in einen Betrieb eingegliedert wird, in dem bereits ein Betriebsrat besteht. Ist im aufnehmenden Betrieb ein Betriebsrat vorhanden, vertritt er die Arbeitnehmer des übernommenen Betriebsteils<sup>78</sup>.

#### b) EuGH vom 21. 10. 2010 – Albron Catering

Auf Vorlage eines niederländischen Gerichts (Gerechtshof te Amsterdam) entschied der EuGH am 21. 10. 2010 in der Rechtssache Albron Catering, dass bei einem Betriebsübergang auf ein konzernfremdes Unternehmen als Veräußerer i. S. von Art. 2 Abs. 1 Buchst. a Richtlinie 2001/23/EG auch das Konzernunternehmen betrachtet werden kann, zu dem die Arbeitnehmer ständig abgestellt waren, ohne jedoch mit diesem Konzernunternehmen durch einen Arbeitsvertrag verbunden gewesen zu sein. Das gilt auch, wenn es im Konzern ein Unternehmen gibt, an das die betreffenden Arbeitnehmer durch einen Arbeitsvertrag gebunden waren<sup>79</sup>.

Der Ausgangsfall betrifft den niederländischen Brauereikoncern Heineken. In diesem Konzern fungiert die Personalführungsgesellschaft Heineken Nederlands Beheer (HNB) als zentraler Arbeitgeber, der Personal zu den verschiedenen Betriebsgesellschaften des Heineken-Konzerns in den Niederlanden abstellt (EuGH: „entsendet“). Im Rahmen dieser Entsendungen gilt der Unternehmenstarifvertrag von HNB. Ungefähr 70 entsandte Mitarbeiter bildeten die personelle Grundlage des Betriebsteils „Kantine“ der Heineken Brauerei, der zum 1. 3. 2005 auf die Firma Albron Catering übertragen wurde. Da nach Art. 3 Abs. 1 Richtlinie 2001/23/EG die Rechte und Pflichten „des Veräußerers“ auf den Erwerber übergehen und nach Art. 3 Abs. 3 die in einem Kollektivvertrag „für den Veräußerer“ vereinbarten Arbeitsbedingungen zunächst maßgebend bleiben, wirft diese Konstellation

die Frage auf, ob die Personalführungsgesellschaft HNB („vertraglicher Arbeitgeber“<sup>80</sup>) oder das Unternehmen des Konzerns, zu dem die Arbeitnehmer ständig entsandt waren („nichtvertraglicher Arbeitgeber“), als Veräußerer i. S. der Richtlinie anzusehen ist.

Der EuGH interpretiert Art. 2 Abs. 1 Buchst. a dahin, dass Veräußerer ist, wer aufgrund eines Übergangs i. S. von Art. 1 Abs. 1 die Arbeitgeberbereienschaft verliert. Da im Ausgangsfall der „nichtvertragliche Arbeitgeber“ seine Eigenschaft als nichtvertraglicher Arbeitgeber der 70 Kantenbeschäftigten verloren habe, lasse sich nicht ausschließen, dass er als Veräußerer i. S. der Richtlinie betrachtet werden könne. Weder sei nach dem Willen des Unionsgesetzgebers eine vertragliche Beziehung der Arbeitnehmer zum Veräußerer unter allen Umständen erforderlich, noch gehe aus der Richtlinie hervor, dass zwischen Arbeitsvertrag und Arbeitsverhältnis ein Subsidiaritätsverhältnis bestehe und bei mehreren Arbeitgebern systematisch auf den vertraglichen Arbeitgeber abgestellt werden müsse. Nach alledem könne als Veräußerer „auch“ der „nichtvertragliche Arbeitgeber“ angesehen werden<sup>81</sup>.

Dem EuGH ist darin zuzustimmen, dass in Konstellationen wie derjenigen des Ausgangsfalls ein Betriebsübergang nicht – wie das vorlegende Gericht offenbar befürchtete – an der Aufspaltung der Arbeitgeberfunktionen scheitern kann (indem man demjenigen, der die wirtschaftliche Einheit abgibt, nicht als „Veräußerer“ ansieht). Bedenklich ist jedoch, dass es nach der Rechtsprechung des EuGH bei aufgespaltener Arbeitgeberstellung offenbar zwei Veräußerer geben soll, die Adressaten der Pflichten aus Art. 3 der Richtlinie sind. Nicht nur rechtspolitisch, sondern auch dogmatisch verfehlt wäre es, daraus den Schluss zu ziehen, dass die Arbeitnehmer sich nach dem Betriebsübergang nach Art eines Günstigkeitsprinzips aussuchen können, ob die Arbeitsbedingungen des „vertraglichen“ oder diejenigen des „nichtvertraglichen“ Arbeitgebers fortgelten sollen.

## 2. Schutz von Arbeitnehmervertretern

### a) Richtlinie 2002/14/EG

Die Richtlinie 2002/14/EG<sup>82</sup> hat das Ziel, einen allgemeinen Rahmen von Mindestvorschriften für das Recht auf Unterrichtung und Anhörung der Arbeitnehmer der in der Gemeinschaft ansässigen Unternehmen oder Betrieben festzulegen (Art. 1 Abs. 1). Die Mitgliedstaaten haben Sorge zu tragen, dass die Arbeitnehmervertreter bei der Ausübung ihrer Funktion einen ausreichenden Schutz und ausreichende Sicherheiten genießen, die es ihnen ermöglichen, die ihnen übertragenen Aufgaben in angemessener Weise wahrzunehmen (Art. 7).

75 EuGH, 29. 7. 2010 – C-151/09 (Fn. 73), Rn. 33 ff. (UGT-FSP).

76 EuGH, 29. 7. 2010 – C-151/09 (Fn. 73), Rn. 48, 51 (UGT-FSP).

77 EuGH, 29. 7. 2010 – C-151/09 (Fn. 73), Rn. 52 (UGT-FSP).

78 Siehe dazu Fröhlich, EuZA 4 (2011), 53, 62 f.

79 EuGH, 21. 10. 2010 – C-242/09, RIW 2011, 57 = NZA 2010, 1225, Rn. 32 (Albron Catering).

80 EuGH, 21. 10. 2010 – C-242/09, RIW 2011, 57, Rn. 20 (Albron Catering).

81 EuGH, 21. 10. 2010 – C-242/09, RIW 2011, 57, Rn. 21 ff. (Albron Catering).

82 Richtlinie 2002/14/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. 3. 2002 zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Unterrichtung und Anhörung der Arbeitnehmer in der Europäischen Gemeinschaft (ABIEG Nr. L 80 vom 23. 3. 2002, S. 29).

b) *EuGH vom 11. 2. 2010 – Holst*

Auf Vorlage eines dänischen Gerichts (Vestre Landsret) entschied der EuGH am 11. 2. 2010 in der Rechtssache Holst, dass Art. 7 Richtlinie 2002/14/EG nicht verlange, Arbeitnehmervertretern einen verstärkten Kündigungsschutz zu gewähren<sup>83</sup>. Im Ausgangsfall war ein Projektingenieur (Herr Holst) Mitglied der betrieblichen Arbeitnehmervertretung der Babcock & Wilcox Vølund ApS (BWV), die nach der für Dänemark maßgeblichen Regelung über die Unterrichtung und Anhörung der Arbeitnehmer (Samarbejdsaftale) gebildet worden war<sup>84</sup>. Wie auch anderen Beschäftigten wurde Herrn Holst mit einer Kündigungsfrist von sechs Monaten eine betriebsbedingte Kündigung erklärt, die mit Stellenkürzungen bei BWV begründet wurde. Die Gewerkschaft Ingeniørforeningen i Danmark (IDA), die im Namen von Herrn Holst Kündigungsschutzklage erhob, machte u. a. geltend, als Arbeitnehmervertreter müsse Herr Holst gemäß Art. 7 Richtlinie 2002/14/EG einen verstärkten Kündigungsschutz genießen. Der Dänische Industrieverband, der BWV vertrat, hielt es für ausreichend, dass Herr Holst den allgemeinen Schutz des dänischen Angestelltengesetzes (Funktionærlov) habe.

Der EuGH gab dem Arbeitgeberstandpunkt den Vorzug und begründete seine Entscheidung damit, dass die Richtlinie 2002/14/EG nur einen allgemeinen Rahmen von Mindestvorschriften vorsehe und der Unionsgesetzgeber den Mitgliedstaaten in Bezug auf den Schutz der Arbeitnehmervertreter ein weites (allerdings nicht schrankenloses) Ermessen eingeräumt habe<sup>85</sup>. Art. 7 der Richtlinie sei als Mindestvorschrift so auszulegen, dass der von einer Kündigung betroffene Arbeitnehmervertreter die Möglichkeit haben müsse, im Rahmen geeigneter Verwaltungs- oder Gerichtsverfahren überprüfen zu lassen, ob der wahre Grund für die Kündigung nicht seine Eigenschaft oder die Ausübung seiner Funktion als Vertreter sei; ferner müssten angemessene Sanktionen für den Fall vorgesehen sein, dass sich ein Zusammenhang zwischen der Vertretereigenschaft oder -funktion und der Kündigung herausstelle<sup>86</sup>.

Jacobs sieht in seiner Anmerkung das von Art. 7 Richtlinie 2002/14/EG verlangte Schutzniveau „in Deutschland mit insoweit weithin perfektionierten Regelungen zweifelsfrei gewahrt“<sup>87</sup>. Dieser Schutz sei insbesondere durch § 78 BetrVG realisiert, der – zum Teil strafbewehrt (§ 119 BetrVG) – anordnet, dass die Arbeitnehmervertreter in der Ausübung ihrer Tätigkeit nicht gestört oder behindert und wegen ihrer Tätigkeit nicht benachteiligt werden dürfen. Die in der Holst-Entscheidung aufgestellten Mindestanforderungen würden durch §§ 15 KSchG, 103 BetrVG auf jeden Fall „übererfüllt“<sup>88</sup>.

## V. Inhalt von Arbeitsverhältnissen

### 1. Befristung von Arbeitsverhältnissen

Regeln über befristete Arbeitsverhältnisse finden sich in einer von den Europäischen Sozialpartnern geschlossenen Rahmenvereinbarung, die mit der Richtlinie 1999/70/EG für die Mitgliedstaaten verbindlich wurde.<sup>89</sup> Nach § 8 Nr. 3 dieser Rahmenvereinbarung darf die Umsetzung in das nationale Recht nicht als Rechtfertigung dienen, um das allgemeine Niveau des Arbeitnehmerschutzes in dem von der Vereinbarung erfassten Bereich zu senken (sog. Verschlechterungsverbot<sup>90</sup>, s. auch oben III 2 d). Der italie-

nische Gesetzgeber hat bei Umsetzung der Rahmenvereinbarung das italienische Befristungsrecht durch das „Decreto legislativo Nr. 368/2001“ neu gefasst. Dabei wurde die zuvor bestehende gesetzliche Verpflichtung des Arbeitgebers abgeschafft, bei dem Befristungsgrund der Vertretung die Namen der zu vertretenden Arbeitnehmer und den Grund für deren Vertretung anzugeben; bestehen blieb lediglich die allgemeine Verpflichtung, bei befristeten Arbeitsverträgen die Schriftform zu wahren und den Befristungsgrund zu nennen<sup>91</sup>.

a) *EuGH vom 24. 6. 2010 – Sorge*

Auf Vorlage eines italienischen Gerichts (Tribunale di Trani) entschied der EuGH am 24. 6. 2010 in der Rechtssache Sorge, dass das Verschlechterungsverbot des § 8 Nr. 3 der Rahmenvereinbarung (Richtlinie 1999/70/EG) der italienischen Neuregelung von 2001 nicht entgegenstehe, sofern die neuen Bedingungen für befristete Arbeitsverträge durch andere Garantien oder Schutzmaßnahmen ausgeglichen werden oder nur eine begrenzte Kategorie von Arbeitnehmern mit einem befristeten Arbeitsvertrag betroffen (was vom vorlegenden Gericht zu prüfen ist)<sup>92</sup>. Im Ausgangsverfahren hatte eine Arbeitnehmerin (Francesca Sorge) ihre Entfristungsklage gegen die Italienische Post (Poste Italiane) darauf gestützt, dass der Name des von ihr vertretenen Arbeitnehmers und der Grund für die Vertretung im Vertrag nicht ausdrücklich angegeben seien.

In der Begründung des Urteils bekräftigt der EuGH, dass schon der erstmalige Abschluss eines befristeten Arbeitsvertrags in den Anwendungsbereich der Rahmenvereinbarung fällt<sup>93</sup>. Hinsichtlich des Verschlechterungsverbots bestätigt der Gerichtshof die Prärogative der nationalen Gerichte, durch Vergleich des jeweiligen Schutzgrads der einzelnen nationalen Bestimmungen festzustellen, inwieweit die durch das europäische Recht veranlassten Änderungen zu einer Minderung des Schutzes von Arbeitnehmern geführt haben<sup>94</sup>. Eine Senkung des allgemeinen Schutzniveaus der befristet beschäftigten Arbeitnehmer i. S. von § 8 Nr. 3 der Rahmenvereinbarung liege jedenfalls nicht vor, sofern die Änderungen nur eine begrenzte Kategorie von Arbeitnehmern mit einem befristeten Arbeitsvertrag betreffen – wie im Ausgangsfall den Befristungsgrund der Vertretung – oder durch Einführung anderer arbeitnehmerschützender Regelungen ausgeglichen werden<sup>95</sup>.

83 EuGH, 11. 2. 2010 – C-405/08, NJW 2010, 2563 = NZA 2010, 286 = EuZA 3 (2010), 533 m. Anm. Jacobs = EuZW 2010, 258, Rn. 66 (Holst). Siehe zu dem Urteil auch Franzen, EuZA 3 (2010), 306, 344 f.

84 Siehe zu diesem, hier ausgeklammerten Aspekt des Falles EuGH, 11. 2. 2010 – C-405/08 (Fn. 83), Rn. 34 ff. (Holst).

85 EuGH, 11. 2. 2010 – C-405/08 (Fn. 83), Rn. 52 f. (Holst).

86 EuGH, 11. 2. 2010 – C-405/08 (Fn. 83), Rn. 59 (Holst).

87 Jacobs, EuZA 3 (2010), 533, 534.

88 Jacobs, EuZA 3 (2010), 533, 539.

89 Richtlinie 1999/70/EG vom 18. 3. 1999 zu der EGB-UNICE-CEEP-Rahmenvereinbarung über befristete Arbeitsverträge (ABIEG Nr. L 175 vom 10. 7. 1999, S. 43).

90 Siehe dazu bereits Junker, RIW 2010, 343, 349.

91 Nachweise bei Greiner, EuZA 4 (2011), 74, 75.

92 EuGH, 24. 6. 2010 – C-98/09, NZA 2010, 805 = EuZA 4 (2011), 74 m. Anm. Greiner = EuZW 2010, 796, Rn. 48 (Sorge).

93 EuGH, 24. 6. 2010 – C-98/09 (Fn. 92), Rn. 29 ff. (Sorge).

94 EuGH, 24. 6. 2010 – C-98/09 (Fn. 92), Rn. 36 ff. (Sorge) unter Berufung auf EuGH, 23. 4. 2009 – C-378/07 u. a. (Fn. 71), Rn. 130 ff. (Angelidaki).

95 EuGH, 24. 6. 2010 – C-98/09 (Fn. 92), Rn. 47 (Sorge).

### b) EuGH vom 22. 12. 2010 – Gaviero, Torres

Auf Vorlage zweier spanischer Verwaltungsgerichte (Juzgado de lo Contencioso-Administrativo) entschied der EuGH am 22. 12. 2010, dass das Diskriminierungsverbot des Art. 4 Nr. 1 der Rahmenvereinbarung (Richtlinie 1999/70/EG) einer spanischen Gesetzesvorschrift entgegensteht, wonach befristet beschäftigte Arbeitnehmer bei der Gewährung einer Zulage ohne sachliche Rechtfertigung schlechter gestellt werden als vergleichbare unbefristet Beschäftigte<sup>96</sup>.

Die Klägerinnen der Ausgangsverfahren sind als Lehrkräfte auf Zeit an staatlichen Bildungseinrichtungen „befristet beschäftigte Arbeitnehmer“ i. S. von § 3 Nr. 1 der Rahmenvereinbarung<sup>97</sup>. Sie werden benachteiligt durch eine Regelung für das Lehrpersonal auf Zeit der Autonomen Gemeinschaft Galizien, wonach die befristet Beschäftigten – unabhängig von der Dauer der zurückgelegten Dienstzeit – von den sog. Dreijahreszulagen ausgenommen sind. Der EuGH unterstreicht in seinem Urteil erneut, dass die Befristung des Beschäftigungsverhältnisses für sich genommen keinen sachlichen Grund für eine Benachteiligung darstellt<sup>98</sup>.

## 2. Teilzeitarbeitsverhältnisse

Vorschriften für Teilzeitarbeitsverhältnisse finden sich in einer von den europäischen Sozialpartnern geschlossenen Rahmenvereinbarung, die mit der Richtlinie 1997/81/EG für die Mitgliedstaaten verbindlich wurde.<sup>99</sup> § 4 Nr. 1 der Rahmenvereinbarung über Teilzeitarbeit normiert den Grundsatz der Nichtdiskriminierung von Teilzeitbeschäftigten und schreibt, „wo dies angemessen ist“, den Pro rata temporis-Grundsatz vor (§ 4 Nr. 2).

### a) EuGH vom 22. 4. 2010 – Land Tirol

Auf dem Prüfstand des Prinzips der Nichtdiskriminierung waren Bestimmungen des Landes-Vertragsbedienstetengesetzes (L-VBG) des österreichischen Bundeslandes Tirol, die den Erholungsurlaub betreffen. Während das (deutsche) Bundesurlaubsgesetz – ebenso wie die tariflichen Urlaubsregelungen in Deutschland – vom sog. Tagesprinzip ausgehen<sup>100</sup>, basiert § 55 Abs. 1 L-VBG auf dem Stundenprinzip<sup>101</sup>, so dass sich jede Veränderung der Arbeitszeit auf die Urlaubsdauer auswirkt. Dazu bestimmt § 55 Abs. 5 L-VBG: „Bei einer Änderung des Beschäftigungsausmaßes ist das Ausmaß des noch nicht verbrauchten Erholungsurlaubs an das neue Beschäftigungsausmaß anteilmäßig anzupassen.“ Der Zentralbetriebsrat der Landeskrankenhäuser Tirols sah in dieser Bestimmung eine Diskriminierung von Teilzeitbeschäftigten (sowie, hier ausgeklammert, von befristet Beschäftigten und Arbeitnehmern im Elternurlaub) und verklagte das Land Tirol als Dienstherrn dieser Beschäftigten.

Auf Vorlage des angerufenen österreichischen Gerichts (LG Innsbruck) entschied der EuGH am 22. 4. 2010, dass § 4 Nr. 2 der Rahmenvereinbarung über Teilzeitarbeit einer nationalen Bestimmung wie § 55 Abs. 5 L-VBG entgegensteht, soweit bei einer Reduzierung der Arbeitszeit der zuvor erworbene, aber noch nicht verbrauchte Erholungsurlaub entsprechend reduziert wird oder der Arbeitnehmer diesen Urlaub nur noch mit einem entsprechend reduzierten Urlaubsentgelt verbrauchen kann<sup>102</sup>. Zur Begründung verweist der Gerichtshof auf seine Rechtsprechung, wonach der Anspruch jedes Arbeitnehmers auf bezahlten Jahresurlaub „als ein besonders bedeutsamer Grundsatz des Sozialrechts der Union anzusehen ist“<sup>103</sup>.

Der Jahresurlaub verliere seine überragende Bedeutung für die Sicherheit und die Gesundheit des Arbeitnehmers nicht dadurch, dass er nicht im Bezugszeitraum, sondern zu einer späteren Zeit genommen werde. Daraus folge, dass die Inanspruchnahme des Jahresurlaubs zu einer späteren Zeit in keiner Beziehung zu der in dieser späteren Zeit vom Arbeitgeber erbrachten Arbeit stehe. Folglich dürfe durch eine Verringerung der Arbeitszeit der Anspruch auf Jahresurlaub nicht gemindert werden. Insbesondere könne der in § 4 Nr. 2 der Rahmenvereinbarung niedergelegte Pro rata temporis-Grundsatz nicht nachträglich auf einen Urlaubsanspruch angewendet werden, der in einer Zeit der Vollzeitbeschäftigung erworben wurde<sup>104</sup>.

Wegen des in Deutschland geltenden Tagesprinzips hat das Urteil in der Rechtssache Land Tirol im deutschen Urlaubsrecht zwar keine Auswirkungen auf die Urlaubsdauer, wohl aber auf das Urlaubsentgelt: Es ist für den in Vollzeit erworbenen Urlaub auch dann nach der vollen Arbeitszeit zu berechnen, wenn der Urlaub erst in der Teilzeitphase angetreten wird<sup>105</sup>.

### b) EuGH vom 10. 6. 2010 – Bruno, Lotti

Auf Vorlage des Appellationsgerichts von Rom entschied der EuGH am 10. 6. 2010 in der Rechtssache INPS/Bruno, Lotti: Das Diskriminierungsverbot des § 4 Abs. 1 der Rahmenvereinbarung über Teilzeitarbeit (Richtlinie 1997/81/EG) stehe einer nationalen Regelung entgegen, die bei Arbeitnehmern in „zyklisch-vertikaler Teilzeit“ arbeitsfreie Zeiträume bei der Berechnung der für einen Rentenanspruch erforderlichen Beitragszeiten nicht berücksichtigt, während für Arbeitnehmer in horizontaler Teilzeit und in Vollzeit keine derartige Regel gilt<sup>106</sup>.

96 EuGH, 22. 12. 2010 – C-444, 456/09, noch nicht veröffentlicht, Rn. 58 (Gaviero, Torres).

97 EuGH, 22. 12. 2010 – C-444, 456/09 (Fn. 96), Rn. 36 ff. (Gaviero, Torres) unter Berufung auf EuGH, 13. 9. 2007 – C-307/05, Slg. 2007, I-7109 = NZA 2007, 1223 = EuZA 1 (2008), 515 m. Anm. Bieder/Diekmann, Rn. 27 ff. (Del Cerro Alonso). Siehe dazu bereits Junker, RIW 2008, 824, 832.

98 EuGH, 22. 12. 2010 – C-444, 456/09 (Fn. 96), Rn. 46 ff. (Gaviero, Torres).

99 Richtlinie 1997/81/EG vom 15. 12. 1997 zu der von UNICE, CEEP und EGB geschlossenen Rahmenvereinbarung über Teilzeitarbeit (ABIEG Nr. L 14 vom 20. 1. 1998, S. 9).

100 Der Anspruch auf Arbeitsbefreiung berechnet sich nach Tagen, nicht nach Stunden. Es ist daher für den Urlaubsanspruch des Arbeitnehmers unerheblich, an wie viel Stunden eines Arbeitstags er zu arbeiten hat. Wenn nach einer individuellen Verkürzung oder Verlängerung der wöchentlichen Arbeitszeit die Zahl der Arbeitstage pro Woche gleich bleibt, bleibt auch die Zahl von Urlaubstagen gleich. Einzelheiten bei Fieberg, NZA 2010, 925, 926 f.

101 Der Erholungsurlaub beträgt bis zum vollendeten 45. Lebensjahr 200 Dienststunden und ab dem vollendeten 45. Lebensjahr 240 Dienststunden.

102 EuGH, 22. 4. 2010 – C-486/08, NZA 2010, 557 = EuZW 2010, 717 = ZESAR 2010, 422 m. Anm. Rief, Rn. 35 (Land Tirol). Siehe zu dem Urteil auch Fieberg, NZA 2010, 925.

103 EuGH, 22. 4. 2010 – C-486/08 (Fn. 102), Rn. 27 (Land Tirol) unter Berufung auf EuGH, 20. 1. 2009 – C-350/06 u. a., Slg. 2009, I-179 = RIW 2009, 163 = NJW 2009, 495 = NZA 2009, 135 = EuZA 3 (2010), 88 m. Anm. Sedlmeier = EuZW 2009, 147 m. Anm. Abele = SAE 2009, 127 m. Anm. Kamanabrou, Rn. 22 ff. (Schultz-Hoff); EuGH, 10. 9. 2009 – C-277/08, Slg. 2009, I-8405 = RIW 2010, 162 = NZA 2009, 1133 = EuZW 2009, 784, Rn. 18 ff. (Vicente Pereda). Siehe zu diesen Urteilen bereits Junker, RIW 2010, 343, 349 f.

104 EuGH, 22. 4. 2010 – C-486/08 (Fn. 102), Rn. 29 ff. (Land Tirol).

105 Einzelheiten bei Fieberg, NZA 2010, 925.

106 EuGH, 10. 6. 2010 – C-395, 396/08, NZA 2010, 753 = EuZA 4 (2011), 85 m. Anm. Jousen = EWIR Art. 1 RL 97/81/EG 1/2010, 581 m. Anm. Leder/Rodenbusch, Rn. 75 (Bruno, Lotti).

Die Klägerinnen des Ausgangsverfahrens (u. a. *Tiziana Bruno* und *Daniela Lotti*) gehören zum Kabinenpersonal der Fluggesellschaft Alitalia. Ihre Arbeitsverträge sehen nicht die in den einschlägigen Tarifverträgen festgelegte Normalarbeitszeit vor, sondern eine kürzere Arbeitszeit („Teilzeit“ in der Definition des Art. 1 Buchst. b des italienischen Decreto Legislativo Nr. 61/2000). Da es die Eigenart der Beschäftigung des Kabinenpersonals nicht zulässt, die Arbeitszeit durch Herabsetzung der üblichen täglichen Arbeitszeit eines Vollzeitbeschäftigten zu verringern („horizontale Teilzeitarbeit“), wird die Arbeit vollzeitlich, jedoch beschränkt auf im Voraus festgelegte Zeiträume in jedem Jahr verrichtet („zyklisch-vertikale Teilzeitarbeit“).

Nach Art. 9 des Decreto Legislativo Nr. 61/2000 berücksichtigt der italienische Rentenversicherungsträger (Istituto Nazionale della Previdenza Sociale – INPS) bei zyklisch-vertikaler Teilzeitarbeit als Beitragszeiten für den Erwerb von Rentenansprüchen nur die Zeiträume, in denen gearbeitet wurde, während die arbeitsfreien Zeiträume (die der Verringerung der Arbeitszeit im Verhältnis zu vergleichbaren Vollzeitarbeitnehmern entsprechen) außer Betracht bleiben<sup>107</sup>.

Der EuGH begründet seine Entscheidung, wonach diese Regelung gegen das Diskriminierungsverbot des § 4 Abs. 1 der Rahmenvereinbarung verstößt, in drei Schritten: Da § 4 Nr. 1 die Diskriminierung von Teilzeitbeschäftigten „in ihren Beschäftigungsbedingungen“ verbietet, war zuerst zu prüfen, ob die vom INPS angewandten Bestimmungen Beschäftigungsbedingungen i. S. dieser Vorschrift sind. Daran könnten Zweifel bestehen, weil auch eine betriebliche Altersversorgung Entgeltcharakter hat und Art. 153 Abs. 5 AEUV das Arbeitsentgelt von den Unionskompetenzen im Bereich der Sozialpolitik ausnimmt. Im Anschluss an zwei Entscheidungen aus den Jahren 2007/2008<sup>108</sup> legt der Gerichtshof den Ausnahmereich des Art. 153 Abs. 5 AEUV jedoch eng aus: Er beziehe sich nur auf Maßnahmen wie z. B. die Vereinheitlichung von Lohnbestandteilen oder die Einführung eines europäischen Mindestlohns, mit denen das Unionsrecht unmittelbar in die Festsetzung der Arbeitsentgelte eingreifen würde; er lasse sich nicht auf alle Fragen, die mit dem Arbeitsentgelt in Zusammenhang stehen, ausdehnen. Folglich müssten die Mitgliedstaaten auch bei der Festlegung der Entgeltbestandteile in Bezug auf Teilzeitbeschäftigte den Grundsatz der Nichtdiskriminierung gemäß § 4 Nr. 1 der Rahmenvereinbarung beachten<sup>109</sup>.

In einem zweiten Schritt musste der EuGH prüfen, ob die fraglichen Rentenansprüche als „Arbeitsentgelt“ (Entgeltbestandteile) zu den Beschäftigungsbedingungen i. S. des § 4 Nr. 1 der Rahmenvereinbarung gehören oder ob es sich um eine – vom Beschäftigungsverhältnis losgelöste – Sozialleistung handelt. Der Entgeltcharakter ist nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs zu bejahen, wenn (1) die Versorgung nur für eine besondere Gruppe von Arbeitnehmern gilt, (2) die Versorgung unmittelbar von der abgeleiteten Dienstzeit abhängt und (3) ihre Höhe nach den letzten Bezügen berechnet wird<sup>110</sup>. Für die Prüfung, ob die Alitalia-Versorgung diese drei Bedingungen erfüllt, gibt der EuGH dem italienischen Gericht den Hinweis, der Entgeltcharakter sei weder durch die Rechtsnatur der Alitalia als Staatsunternehmen noch dadurch ausgeschlossen, dass das Versorgungssystem von einer öffentlichen Einrichtung wie dem INPS verwaltet wird<sup>111</sup>.

Drittens war zu prüfen, ob die Nichtberücksichtigung der arbeitsfreien Zeiten die in „zyklisch-vertikaler Teilzeitarbeit“ Beschäftigten ohne sachlichen Grund benachteiligt. Die Schlechterstellung liegt bereits darin, dass dem „zyklisch-vertikal“ in Teilzeit Beschäftigten nur ein Bruchteil des Kalenderjahrs als Beitragszeit angerechnet wird, während bei einem Vollzeitbeschäftigten (wie auch bei einem Teilzeitbeschäftigten in horizontaler Teilzeit) das gesamte Kalenderjahr Anrechnung findet. Ob ein sachlicher Grund diese Ungleichbehandlung rechtfertigt, muss nach der Rechtsprechung des EuGH das nationale Gericht entscheiden. Die insoweit vom EuGH gegebenen Hinweise<sup>112</sup> schließen eine Rechtfertigung jedoch praktisch aus. Das von der INPS vorgebrachte Argument, ein zyklisch-vertikaler Teilzeitarbeitsvertrag müsse während der arbeitsfreien Zeiträume als ruhend angesehen werden, ist, wie *Joussen* herausgearbeitet hat, ein Zirkelschluss<sup>113</sup>.

### 3. Aspekte der Arbeitszeitgestaltung

Die Richtlinie 2003/88/EG betreffend die Arbeitszeit der Arbeitnehmer<sup>114</sup> und ihre Vorgängerin, die Richtlinie 1993/104/EG über bestimmte Aspekte der Arbeitszeitgestaltung<sup>115</sup>, haben in ihrer Auslegung durch den EuGH schon früher im deutschen Recht Verwerfungen erzeugt<sup>116</sup>. Erneut Gegenstand der EuGH-Rechtsprechung war im Jahr 2010 der Art. 6 Buchst. b Richtlinie 2003/88/EG. Danach treffen die Mitgliedstaaten die erforderlichen Maßnahmen, damit nach Maßgabe der Erfordernisse der Sicherheit und des Gesundheitsschutzes der Arbeitnehmer die durchschnittliche Arbeitszeit pro Siebentageszeitraum 48 Stunden einschließlich der Überstunden nicht überschreitet.

#### a) EuGH vom 14. 10. 2010 – *Fuss I*

Der Auslöser der neuerlichen EuGH-Entscheidungen war das Urteil des Gerichtshofs vom 14. 7. 2005, ergangen auf Vorlage des BVerwG in einem Rechtsstreit des Personalrats der Feuerwehr Hamburg gegen die Freie und Hansestadt Hamburg. Der EuGH entschied damals, dass auch im Einsatzdienst der Berufsfeuerwehr die wöchentliche Höchstarbeitszeit (einschließlich der Bereitschaftsdienste) von 48

<sup>107</sup> EuGH, 10. 6. 2010 – C-395, 396/08 (Fn. 106), Rn. 14 (Bruno, Lotti).

<sup>108</sup> EuGH, 13. 9. 2007 – C-307/05 (Fn. 97), Rn. 38 ff. (Del Cerro Alonso); EuGH, 15. 4. 2008 – C-268/06, Slg. 2008, I-2483 = NZA 2008, 581 = EuZA 2 (2009), 534 m. Anm. H. Hanau, Rn. 114 ff. (Impact). Siehe dazu bereits *Junker*, RIW 2008, 824, 832.

<sup>109</sup> EuGH, 10. 6. 2010 – C-395, 396/08 (Fn. 106), Rn. 37, 40 (Bruno, Lotti).

<sup>110</sup> EuGH, 23. 10. 2003 – C-4/02, Slg. 2003, I-1257, Rn. 58 (Schönheit). Siehe dazu bereits *Junker*, RIW 2004, 409, 415 f.

<sup>111</sup> EuGH, 10. 6. 2010 – C-395, 396/08 (Fn. 106), Rn. 48 ff. (Bruno, Lotti) unter Berufung auf EuGH, 1. 4. 2008 – C-267/06, Slg. 2008, I-1757 = NJW 2008, 1649 = NZA 2008, 459 = EuZA 2 (2009), 395 m. Anm. *Franzen* = EuZW 2008, 314, Rn. 57 (Maruko). Siehe dazu bereits *Junker*, RIW 2008, 824, 828 f.

<sup>112</sup> EuGH, 10. 6. 2010 – C-395, 396/08 (Fn. 106), Rn. 70 ff. (Bruno, Lotti).

<sup>113</sup> *Joussen*, EuZA 4 (2011), 85, 95.

<sup>114</sup> Richtlinie 2003/88/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 4. 11. 2003 über bestimmte Aspekte der Arbeitszeitgestaltung (ABIEU Nr. L 299 vom 18. 11. 2003, S. 9).

<sup>115</sup> Richtlinie 1993/104/EG des Rates vom 23. 11. 1993 über bestimmte Aspekte der Arbeitszeitgestaltung (ABIEG Nr. L 307 vom 13. 12. 1993, S. 18), geändert durch die Richtlinie 2000/34/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 22. 6. 2000 (ABIEG Nr. L 195 vom 1. 8. 2000, S. 41).

<sup>116</sup> EuGH, 9. 9. 2003 – C-151/02, Slg. 2003, I-8389 = NJW 2003, 2971 = NZA 2003, 1019 = EuZW 2003, 655 (Jaeger); EuGH, 5. 10. 2004 – C-397-403/01, Slg. 2004, I-8835 = RIW 2005, 54 = NJW 2004, 3547 = NZA 2004, 1145 = EuZW 2004, 691 (Pfeiffer). Siehe dazu bereits *Junker/Aldea*, RIW 2006, 1, 5 f.

Stunden einzuhalten sei<sup>117</sup>. Nach der Veröffentlichung dieses Urteils teilte die Stadt Halle den Beschäftigten des Feuerwehreinsatzdienstes mit, dass jeder, der die Einhaltung der Richtlinie 2003/88/EG wünsche, in den Verwaltungsdienst (Einsatzleitzentrum der Feuerwehr) umgesetzt werde.

Der Kläger des neuen Ausgangsverfahrens (*Günter Fuss*) war bereits seit DDR-Zeiten bei der Berufsfeuerwehr der Stadt Halle beschäftigt und zuletzt mit dem Dienstgrad eines Hauptbrandmeisters als Fahrzeugführer im Einsatzdienst „abwehrender Brandschutz“ beschäftigt. Die durchschnittliche wöchentliche Arbeitszeit im Einsatzdienst betrug 54 Stunden. Da Herr *Fuss* auf der Einhaltung der 48 Stunden-Woche bestand, wurde er durch Umsetzungsverfügung der Stadt Halle in die Einsatzleitzentrale umgesetzt, wo er zwar nur noch 40 Stunden pro Woche zu arbeiten hat, aber auch geringere Zulagen erhält. Im Rechtsstreit vor dem VG Halle trug die Stadt Halle vor, dass die Umsetzungsverfügung keinesfalls zum Gegenstand gehabt habe, Herrn *Fuss* zu maßregeln, sondern dass sie ermöglicht habe, sein Begehren auf Einhaltung der 48 Stunden-Woche zu erfüllen.

Das VG Halle stellte fest, dass die Umsetzungsverfügung mit dem innerstaatlichen deutschen Recht in Einklang stehe: Herr *Fuss* sei auf einen statusgerechten Posten derselben Besoldungsgruppe umgesetzt worden. Selbst wenn keine dienstorganisatorischen Gründe vorliegen sollten, sei die Absicht, gegenüber Herrn *Fuss* die 48 Stunden-Woche einzuhalten, ein hinreichender Grund für die Umsetzung. Das VG Halle fragte sich aber, ob die Umsetzungsverfügung gegen eine Vorschrift der Richtlinie 2003/88/EG verstoße. Auf Vorlage des VG Halle entschied der EuGH am 14. 10. 2010 in der Rechtssache *Fuss/Stadt Halle* („*Fuss I*“), dass Art. 6 Buchst. b der Richtlinie einer nationalen Regelung entgegenstehe, die ein Vorgehen wie im Ausgangsfall erlaube; der Umstand, dass dem Betroffenen kein spezifischer Nachteil entstanden sei, sei unerheblich<sup>118</sup>.

#### b) *EuGH vom 25. 11. 2010 – Fuss II*

Auf Vorlage des VG Halle entschied der EuGH am 25. 11. 2010 in der Rechtssache *Fuss/Stadt Halle* („*Fuss II*“) sodann in einem weiteren Vorabentscheidungsverfahren, dass ein Arbeitnehmer, der – wie im Ausgangsverfahren Herr *Fuss* – eine durchschnittliche wöchentliche Arbeitszeit abgeleistet habe, die die in Art. 6 Buchst. b Richtlinie 2003/88/EG vorgesehene Höchstarbeitszeit überschreitet, sich auf das Unionsrecht berufen könne, um die Haftung der Behörden des betreffenden Mitgliedstaats auszulösen und Ersatz des Schadens zu erlangen, der ihm durch Verstoß gegen Art. 6 Buchst. b der Richtlinie entstanden ist<sup>119</sup>.

Ergänzend befand der EuGH, das deutsche Recht dürfe einen Schadensersatzanspruch, wie ihn Herr *Fuss* geltend mache, nicht von einer an den Verschuldensbegriff geknüpften Voraussetzung abhängig machen, die über die Voraussetzung der „hinreichend qualifizierten Verletzung des Unionsrechts“ hinausgehe. Auch dürfe das deutsche Recht den Anspruch nicht unter die Bedingung stellen, dass der Betroffene von seinem Dienstherrn zuvor die Einhaltung der verletzten Bestimmung (Art. 6 Buchst. b der Richtlinie) verlangt habe<sup>120</sup>.

In Bezug auf die Art des Schadensersatzes und die Art und Weise seiner Berechnung entschied der EuGH, dass der von den Behörden der Mitgliedstaaten zu leistende Ersatz des Schadens, den sie Einzelnen durch Verstöße gegen das Unionsrecht zugefügt haben, dem erlittenen Schaden angemessen

sein müsse. Mangels einschlägiger Unionsvorschriften sei es Sache des nationalen Gerichts, unter Beachtung des Äquivalenz- und des Effektivitätsgrundsatzes zu bestimmen, ob Schadensersatz in Form von Freizeitausgleich oder in Form einer finanziellen Entschädigung zu gewähren sei<sup>121</sup>.

#### c) *EuGH vom 14. 10. 2010 – Solidaires Isère*

Auf Vorlage des obersten französischen Verwaltungsgerichts (Conseil d'État) entschied der EuGH am 14. 10. 2010 in der Rechtssache *Solidaires Isère*, dass Gelegenheits- und Saisonbeschäftigte, die höchstens 80 Arbeitstage pro Jahr in Ferien- und Freizeitzentren tätig sind, als Arbeitnehmer in den Anwendungsbereich der Richtlinie 2003/88/EG (Art. 1 Abs. 3 Unterabs. 1) fallen<sup>122</sup>, jedoch zu den Arbeitnehmern gehören, bei denen nach Art. 17 Abs. 3 Buchst. b, c der Richtlinie von der strikten Ruhezeitregelung des Art. 3 abgewichen werden kann<sup>123</sup>. Jedoch erfülle eine gesetzliche Bestimmung, die sich darin erschöpfe, die genannten Tätigkeiten auf 80 Arbeitstage zu begrenzen und eine Mindestruhezeit von 24 zusammenhängenden Stunden pro Woche vorzusehen, nicht die Voraussetzungen, die Art. 17 Abs. 2 an eine Abweichung von der Mindestruhezeit stellt<sup>124</sup> („gleichwertige Ausgleichsruhezeiten oder in Ausnahmefällen ... ein angemessener Schutz“).

Im Ausgangsverfahren hatte die Gewerkschaft *Solidaires Isère* beim Conseil d'État eine Klage auf Nichtigerklärung einer Bestimmung des französischen Arbeitsgesetzbuchs (Code du travail) erhoben, die seit 2006 im Sozial- und Familiengesetzbuch enthalten ist. Die Gesetzesbestimmung betrifft „Verträge über den Bildungseinsatz“, deren Laufzeit innerhalb eines Zeitraums von zwölf zusammenhängenden Monaten 80 Tage nicht überschreitet. Statt der in Art. 3 der Richtlinie vorgesehenen Mindestruhezeit von elf zusammenhängenden Stunden pro 24-Stunden-Zeitraum sieht das Gesetz eine wöchentliche Mindestruhezeit von 24 Stunden vor. Das bedeutet für die Saisonkräfte in den Ferienheimen des Départements Isère, dass sie sechs Tage ohne gesetzlich fixierte Mindestruhezeit zu arbeiten haben. Der EuGH sieht darin keinen angemessenen Schutz des Arbeitnehmers, so dass der Conseil d'État im Ausgangsverfahren dem Antrag der Gewerkschaft wohl stattgegeben wird.

## VI. Arbeitsschutzrecht

### 1. Richtlinie 92/85/EG

Die Richtlinie 92/85/EG bezweckt den Schutz der Sicherheit und der Gesundheit von schwangeren Arbeitnehmerinnen, Wöchnerinnen und stillenden Arbeitnehmerinnen<sup>125</sup>. Nach Art. 5 Abs. 1 der Richtlinie sind die Arbeits-

117 EuGH, 14. 7. 2005 – C-52/04, Slg. 2005, I-7111 = NZA 2005, 921 = EuZW 2005, 562 (Personalrat der Feuerwehr Hamburg). Siehe dazu bereits *Junker/Aldea*, RIW 2006, 1, 6.

118 EuGH, 14. 10. 2010 – C-243/09, NZA 2010, 1344, Rn. 67 (*Fuss I*).

119 EuGH, 25. 11. 2010 – C-429/09, RIW 2011, 150 = NZA 2011, 53, Rn. 63 (*Fuss II*).

120 EuGH 25. 11. 2010 – C-429/09, RIW 2011, 150 = NZA 2011, 53, Rn. 70, 90 (*Fuss II*).

121 EuGH 25. 11. 2010 – C-429/09, RIW 2011, 150 = NZA 2011, 53, Rn. 98 (*Fuss II*).

122 EuGH, 14. 10. 2010 – C-428/09, BeckEuRS 2010, 524339, Rn. 19 ff. (*Solidaires Isère*).

123 EuGH, 14. 10. 2010 – C-428/09 (Fn. 122), Rn. 34 ff. (*Solidaires Isère*).

124 EuGH, 14. 10. 2010 – C-428/09 (Fn. 122), Rn. 49 ff. (*Solidaires Isère*).

125 Richtlinie 92/85/EG des Rates vom 19. 10. 1992 über die Durchführung von Maßnahmen zur Verbesserung der Sicherheit und des Ge-

bedingungen umzugestalten, wenn eine Gefährdung für Sicherheit oder Gesundheit oder eine mögliche Auswirkung auf Schwangerschaft oder Stillzeit einer Arbeitnehmerin droht; hilfsweise hat der Arbeitgeber die erforderlichen Maßnahmen für einen Arbeitsplatzwechsel zu treffen (Art. 5 Abs. 2); äußerst hilfsweise ist die Arbeitnehmerin während des gesamten zum Schutz ihrer Sicherheit oder Gesundheit erforderlichen Zeitraums entsprechend den einzelstaatlichen Vorschriften zu beurlauben (Art. 5 Nr. 3). In zwei vom EuGH im Jahr 2010 entschiedenen Vorabentscheidungsersuchen ging es um die monetären Folgen dieser Schutzmaßnahmen; in einem dritten Fall war die Auslegung des Kündigungsverbots gemäß Art. 10 der Richtlinie der Gegenstand der Entscheidung.

## 2. Entscheidungen des EuGH

### a) *EuGH vom 1. 7. 2010 – Gassmayr*

Auf Vorlage des österreichischen Verwaltungsgerichtshofs entschied der EuGH am 1. 7. 2010 in der Rechtssache Gassmayr, dass die Mitgliedstaaten (oder an ihrer Stelle die Sozialpartner) nicht verpflichtet sind, während des vorübergehenden Arbeitsplatzwechsels nach Art. 5 Abs. 2 Richtlinie 92/85/EWG diejenigen Entgeltbestandteile oder die Zulagen weiterzuzahlen, die davon abhängen, dass die betroffene Arbeitnehmerin bestimmte Tätigkeiten unter anderen Arbeitsumständen ausübt, und mit denen im Wesentlichen die mit der Ausübung dieser Tätigkeiten verbundenen Nachteile ausgeglichen werden sollen. Entsprechendes gilt für eine schwangere Arbeitnehmerin, die nach Art. 5 Abs. 3 beurlaubt ist<sup>126</sup>.

Die Beschwerdeführerin des Ausgangsverfahrens arbeitete als Assistenzärztin an der Universitätsklinik Graz und bezog für Überstunden eine sog. Journaldienstzulage. Aus gesundheitlichen Gründen wurde sie während der Schwangerschaft und in den ersten acht Wochen nach der Geburt des Kindes nicht mehr beschäftigt. Das Klinikum lehnte die Zahlung der Journaldienstzulage für diese Zeiten ab. Das vorlegende Gericht hatte Zweifel, ob diese Ablehnung mit Art. 11 Nr. 1–3 der Richtlinie 92/85/EWG vereinbar ist, wonach im Fall des Art. 5 die mit dem Arbeitsvertrag verbundenen Rechte der Arbeitnehmerin einschließlich der Fortzahlung des Arbeitsentgelts entsprechend den einzelstaatlichen Vorschriften gewährleistet sein muss. Der EuGH legte dieser Vorschrift unmittelbare Wirkung bei<sup>127</sup>, verneinte aber einen Anspruch auf die variablen Vergütungsbestandteile wie im Ausgangsfall die Journaldienstzulage<sup>128</sup>.

### b) *EuGH vom 1. 7. 2010 – Parviainen*

Auf Vorlage eines finnischen Gerichts (erstinstanzliches Gericht Helsinki) entschied der EuGH am 1. 7. 2010 in der Rechtssache Parviainen/Finnair, dass eine schwangere Arbeitnehmerin, der nach Art. 5 Abs. 2 Richtlinie 92/85/EWG wegen ihrer Schwangerschaft vorübergehend ein Arbeitsplatz mit anderen Tätigkeiten zugewiesen wurde, nach Art. 11 Nr. 1 der Richtlinie keinen Anspruch auf das Entgelt habe, das sie vor dieser Zuweisung durchschnittlich erhalten hat. Über ihr Grundgehalt hinaus hat eine solche Arbeitnehmerin Anspruch auf Entgeltbestandteile und Zulagen, die an ihre berufliche Stellung anknüpfen, wie etwa an eine leitende Position, die Dauer der Betriebszugehörigkeit oder die beruflichen Qualifikationen<sup>129</sup>.

Die Klägerin ist bei der Fluggesellschaft Finnair als Flugbegleiterin im Rang einer Kabinenchefin angestellt; ein Großteil des Gehalts einer Kabinenchefin besteht aus diversen Zulagen, z. B. für Nacht- oder Sonntagsarbeit, Überstunden, Langstreckenflüge oder Flüge mit Zeitverschiebung. Aus gesundheitlichen Gründen wurde ihr in der Schwangerschaft ein Büroarbeitsplatz zugewiesen. Vor der Umsetzung betrug ihr monatliches Gesamtentgelt rund 3400 Euro (1800 Euro Grundgehalt und 1600 Euro Zulagen), nach der Umsetzung betrug es rund 2600 Euro. Der Erfolg ihrer Klage auf Zahlung der Differenz hängt nunmehr davon ab, ob ihr Zulagen vorenthalten wurden, die an ihre berufliche Position, Qualifikation oder Betriebszugehörigkeit anknüpfen.

### c) *EuGH vom 11. 11. 2010 – Danosa*

Auf Vorlage des lettischen Kassationsgerichts entschied der EuGH am 11. 11. 2010 in der Rechtssache Danosa, dass für die Zwecke der Richtlinie 92/85/EWG die Arbeitnehmereigenschaft eines Mitglieds der Unternehmensleitung einer Kapitalgesellschaft zu bejahen ist, wenn es seine Tätigkeit für eine bestimmte Zeit nach der Weisung oder unter der Aufsicht eines anderen Organs der Gesellschaft ausübt und als Gegenleistung für die Tätigkeit ein Entgelt erhält<sup>130</sup>. Das Kündigungsverbot gemäß Art. 10 der Richtlinie sei dahin auszulegen, dass es einer nationalen Regelung entgegenstehe, nach der die Abberufung eines Mitglieds der Unternehmensleitung einer Kapitalgesellschaft ohne Einschränkung zulässig ist, wenn eine schwangere Arbeitnehmerin i. S. dieser Richtlinie betroffen ist und die ihr gegenüber ergangene Abberufungsentscheidung im Wesentlichen auf ihrer Schwangerschaft beruht<sup>131</sup>.

Im Ausgangsfall ging es um eine „Geschäftsführerin“ einer Aktiengesellschaft lettischen Rechts, die von der Gesellschafterversammlung der AG abberufen worden war und vorbrachte, dies sei im Wesentlichen wegen des Bestehens einer Schwangerschaft geschehen. Die Entscheidung des EuGH versteht sich vor dem Hintergrund des lettischen Rechts, das den Mitgliedern der Unternehmensleitung von Handelsgesellschaften die Arbeitnehmereigenschaft zuspricht. Auf das deutsche Recht dürfte die Entscheidung nur in den Fällen übertragbar sein, in denen – ausnahmsweise – die Arbeitnehmereigenschaft der Geschäftsführerin einer GmbH bejaht wird; auf weibliche Vorstandsmitglieder einer Aktiengesellschaft des deutschen Rechts dürfte die Entscheidung dagegen keine Auswirkungen haben: Der EuGH überlässt es ausdrücklich dem nationalen Gericht, im Wege der Tatsachenprüfung zu entscheiden, ob das Organmitglied seine Tätigkeit nach der Weisung eines anderen Organs ausübt<sup>132</sup>; die Bestimmung des § 76 Abs. 1 AktG verbietet jedoch eine solche Würdigung unter der Geltung des deutschen Gesellschaftsstatuts.

sundheitsschutzes von schwangeren Arbeitnehmerinnen, Wöchnerinnen und stillenden Arbeitnehmerinnen am Arbeitsplatz (ABIEG Nr. L 348 vom 28. 11. 1992, S. 1).

126 EuGH, 1. 7. 2010 – C-194/08, NZA 2010, 1113 = EuZW 2010, 712, Rn. 76, 91 (Gassmayr). Kritisch *J. Schubert/Jerchel*, EuZW 2010, 687, 693.

127 EuGH, 1. 7. 2010 – C-194/08 (Fn. 126), Rn. 43 ff. (Gassmayr).

128 EuGH, 1. 7. 2010 – C-194/08 (Fn. 126), Rn. 54 ff. (Gassmayr).

129 EuGH, 1. 7. 2010 – C-471/08, NZA 2010, 1284 = EuZA 4 (2011), 223 m. Anm. *Höpfner* = EuZW 2010, 707, Rn. 73 (Parviainen).

130 EuGH, 11. 11. 2010 – C-232/09, EuZW 2011, 74, Rn. 56, 74 (Danosa).

131 EuGH, 11. 11. 2010 – C-232/09 (Fn. 130), Rn. 74 (Danosa).

132 EuGH, 11. 11. 2010 – C-232/09 (Fn. 130), Rn. 56 (Danosa).

## VII. Übersicht über die besprochenen Entscheidungen

Behandelte Entscheidungen des EuGH (in chronologischer Reihenfolge):

Datum	Az.	Stichwort	Richtlinie	Vorlage aus
12. 1. 2010	C-229/08	Wolf	2000/78/EG	Deutschland
12. 1. 2010	C-341/08	Petersen	2000/78/EG	Deutschland
19. 1. 2010	C-555/07	Küçükdeveci	2000/78/EG	Deutschland
4. 2. 2010	C-14/09	Genc	–	Deutschland
11. 2. 2010	C-405/08	Holst	2002/14/EG	Dänemark
16. 3. 2010	C-325/08	Olymp. Lyonnais	–	Frankreich
22. 4. 2010	C-486/08	Land Tirol	1997/81/EG	Österreich
10. 6. 2010	C-395, 396/08	Bruno, Lotti	1997/81/EG	Italien
26. 4. 2010	C-98/09	Sorge	1999/70/EG	Italien
1. 7. 2010	C-194/08	Gassmayr	1992/85/EG	Österreich
1. 7. 2010	C-471/08	Parviainen	92/85/EG	Finnland
8. 7. 2010	C-246/09	Bulicke	2000/78/EG	Deutschland
29. 7. 2010	C-151/09	UGT-FSP	2001/23/EG	Spanien
30. 9. 2010	C-104/09	Roca Álvarez	76/207/EWG	Spanien
7. 10. 2010	C-515/08	Termiso Lda.	–	Belgien
12. 10. 2010	C-45/09	Rosenblatt	2000/78/EG	Deutschland
12. 10. 2010	C-499/08	Andersen	2000/78/EG	Dänemark
14. 10. 2010	C-243/09	Fuss I	2003/88/EG	Deutschland
14. 10. 2010	C-428/08	Sol. Isère	2003/88/EG	Frankreich
21. 10. 2010	C-242/09	Albron Catering	2001/23/EG	Niederlande
11. 11. 2010	C-232/09	Danosa	92/85/EG	Lettland
18. 11. 2010	C-250, 268/09	Georgiev	2000/78/EG	Bulgarien
18. 11. 2010	C-356/09	Kleist	76/207/EWG	Österreich
25. 11. 2010	C-429/09	Fuss II	2003/88/EG	Deutschland
22. 12. 2010	C-444, 456/09	Gaviero, Torres	99/70/EG	Spanien



### Professor Dr. Abbo Junker

Jahrgang 1957. Universitätsprofessor für Internationales Arbeitsrecht, Arbeitsrechtsvergleichung und Bürgerliches Recht an der Ludwig-Maximilians-Universität München und Direktor des Zentrums für Arbeitsbeziehungen und Arbeitsrecht (ZAAR). Autor von Lehrbüchern zum Arbeitsrecht, zur Vertragsgestaltung und zum Internationalen Privatrecht. Dem Verlag Recht und Wirtschaft ist er als Autor der Werke „Discovery im deutsch-amerikanischen Rechtsverkehr“ (1987) und „Electronic Discovery gegen deutsche Unternehmen“ (2008) sowie als Ständiger Mitarbeiter der RIW verbunden.