

**Abhandlungen zum deutschen und
internationalen Arbeits- und Sozialrecht**

Band 1

**Zur Notwendigkeit einer Umsetzung
der Vereinbarkeitsrichtlinie
2019/1158 vom 20. Juni 2019 in das
geltende Arbeits- und Sozialrecht**

**Rechtsgutachten im Auftrag des Bundesvorstandes
des Deutschen Gewerkschaftsbundes**

Von

Stefan Treichel



Duncker & Humblot · Berlin

STEFAN TREICHEL

Zur Notwendigkeit einer Umsetzung
der Vereinbarkeitsrichtlinie 2019/1158 vom 20. Juni 2019
in das geltende Arbeits- und Sozialrecht

Abhandlungen zum deutschen und
internationalen Arbeits- und Sozialrecht

Band 1

Zur Notwendigkeit einer Umsetzung
der Vereinbarkeitsrichtlinie
2019/1158 vom 20. Juni 2019 in das
geltende Arbeits- und Sozialrecht

Rechtsgutachten im Auftrag des Bundesvorstandes des
Deutschen Gewerkschaftsbundes

Von

Stefan Treichel



Duncker & Humblot · Berlin

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Alle Rechte vorbehalten
© 2021 Duncker & Humblot GmbH, Berlin
Satz: 3w+p GmbH, Rimpar
Druck: CPI buchbücher.de GmbH, Birkach
Printed in Germany

ISSN 2747-9021
ISBN 978-3-428-18269-5 (Print)
ISBN 978-3-428-58269-3 (E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☼

Internet: <http://www.duncker-humblot.de>

Vorwort

Die Vereinbarkeit von Beruf und Familie ist in Zeiten gesellschaftlicher Veränderungsprozesse eine Materie, die über Fragen ihrer rechtlichen Implementierung weit hinausgeht. In Zeiten von COVID-19-Pandemie und „shutdown“ ist nicht nur die Frage nach dem gesamtwirtschaftlichen Gleichgewicht, sondern auch die Frage nach der *Familie* zu stellen, die das Fehlen staatlicher Hilfe und Betreuung (Kita, Schule etc.) nicht nur kompensieren, sondern darüber hinaus aufzufangen hat und wirtschaftlich bewältigen muss. Mehr denn je stehen Familien vor dem Problem, Kinder- bzw. Angehörigenbetreuung sicherstellen zu müssen und zugleich vertraglich geschuldeten Arbeitspflichten zur Sicherung ihrer Existenz nachgehen zu wollen und zu müssen. „Home-Schooling“, „Home-Office“ und Telearbeit stehen im Fokus, erzeugen Konflikte und setzen Ressourcen voraus, die in nicht allen Familien selbstverständlich sind. Umso mehr muss das Recht fortwährend die Frage zu beantworten suchen, wie *Familien* – verstanden als eine *Grundeinheit der Gesellschaft* (vgl. Art. 16 Europäische Sozialcharta) – unter gesellschaftlichen und wirtschaftlichen Veränderungsprozessen *um ihrer selbst willen* entstehen und sich weiterentwickeln können.

In der Mitteilung der Europäischen Kommission „Eine Union der Gleichheit: Strategie für die Gleichstellung der Geschlechter 2020–2025“ vom 5. März 2020 heißt es:

„Die Verbesserung der Vereinbarkeit von Berufs- und Privatleben von Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern ist eine Möglichkeit, die geschlechtsbedingten Unterschiede auf dem Arbeitsmarkt zu beseitigen. Beide Elternteile müssen sich für die Betreuung der Familie verantwortlich und zuständig fühlen. Mit der Richtlinie zur Vereinbarkeit von Beruf und Privatleben werden Mindeststandards für Urlaub aus familiären Gründen und flexible Arbeitsregelungen für Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer eingeführt und eine ausgewogene Aufteilung der Betreuungs- und Pflegeaufgaben zwischen den Eltern gefördert. (...)“

In diesem Sinne will das vorliegende Gutachten, das im Auftrag des Bundesvorstandes des Deutschen Gewerkschaftsbundes erstellt wurde, einen Beitrag dazu leisten, die Vereinbarkeitsrichtlinie in das deutsche Recht umzusetzen. Rechtsprechung und Literatur wurden bis einschließlich Januar 2021 berücksichtigt.

Dank schuldet der Verfasser insbesondere dem Institut für Arbeitsrecht und Arbeitsbeziehungen in der Europäischen Union in Trier (IAAEU) sowie dem Bremer Institut für Gender-, Arbeits- und Sozialrecht (BIGAS). Trotz der Einschränkungen durch die COVID-19-Pandemie ermöglichten die dortigen Bibliotheksteams im Spätsommer 2020 den weitgehend reibungslosen Zugang zu den Bibliotheksbeständen.

Inhaltsverzeichnis

A. Einleitung	13
B. Überblick und Gang der Untersuchung	14
C. Entstehungsgeschichte	15
I. Die Europäische Säule Sozialer Rechte (ESSR)	15
II. Der Richtlinienvorschlag der Europäischen Kommission	16
III. Europäischer Wirtschafts- und Sozialausschuss, Ausschuss der Regionen	18
IV. Europäisches Parlament und Rat der Europäischen Union	18
D. Wirkungen der Charta der Grundrechte der Europäischen Union	21
I. Familien- und Berufsleben (Art. 33 GrCh)	21
1. Art. 33 Abs. 1 GrCh	21
2. Art. 33 Abs. 2 GrCh	23
II. Gleichheit von Frauen und Männern (Art. 23 GrCh)	26
1. Art. 23 Abs. 1 GrCh	26
2. Art. 23 Abs. 2 GrCh	29
III. Bindung der Mitgliedsstaaten gem. Art. 51 Abs. 1 GrCh	29
1. Bindung auch an Grundsätze	29
2. Bindung des Gesetzgebers	30
3. Bindung der Gerichte	31
4. Zur mittelbaren bzw. unmittelbaren Drittwirkung der Art. 23 GrCh und Art. 33 GrCh unter Privaten („horizontale Wirkung“)	32
5. Zum Verhältnis Chartagrundrechte – Grundrechte des Grundgesetzes	36
E. Verfassungsrechtliche Einordnung	38
F. Zur Notwendigkeit der Umsetzung der Vereinbarkeitsrichtlinie	41
I. Vaterschaftsurlaub	42
1. Richtlinie	42
a) Freistellung (Art. 4 V-RL)	42

b) Bezahlung oder Vergütung (Art. 8 Abs. 1 und 2 V-RL)	44
c) Beschäftigungsansprüche (Art. 10 V-RL)	45
d) Diskriminierungsverbot, Kündigungsschutz, Sanktionen, Benachteiligungsschutz (Art. 11, 12, 13, 14 V-RL)	46
2. Geltende Rechtslage und Vergleich	46
a) Zum Freistellungsanspruch aus Anlass der Geburt	46
b) Vergütung bei Freistellung aus Anlass der Geburt	50
c) Beschäftigungsansprüche	54
d) Kündigungsschutz	58
e) Diskriminierungsverbot	60
f) Sanktionsregelungen	60
g) Benachteiligungsschutz	63
3. Ergebnisse	64
II. Elternurlaub	65
1. Richtlinie	65
a) Freistellung (Art. 5 V-RL)	65
b) Vergütung (Art. 8 Abs. 1 und 3 V-RL)	66
c) Beschäftigungsansprüche (Art. 10 V-RL)	67
d) Kündigungsschutz, Diskriminierungsverbot, Sanktionen, Benachteiligungsschutz (Art. 11, 12, 13, 14 V-RL)	67
2. Geltende Rechtslage und Vergleich	67
a) Freistellung	67
b) Vergütung	69
c) Beschäftigungsansprüche	71
d) Kündigungsschutz	74
e) Diskriminierungsverbot	76
f) Sanktionsregelungen	77
g) Benachteiligungsschutz	78
3. Ergebnisse	78
III. Urlaub für pflegende Angehörige	79
1. Richtlinie	79
a) Freistellung (Art. 6 V-RL)	79
b) Vergütung?	80
c) Beschäftigungsansprüche (Art. 10 V-RL)	80
d) Kündigungsschutz, Diskriminierungsverbot, Sanktionen, Benachteiligungsschutz (Art. 11, 12, 13, 14 V-RL)	81
2. Geltende Rechtslage und Vergleich	81
a) Freistellung	81
b) Vergütung	85

c) Beschäftigungsansprüche	86
d) Kündigungsschutz	87
e) Diskriminierungsverbot	88
f) Sanktionsregelungen	88
g) Benachteiligungsschutz	89
3. Ergebnisse	89
IV. Arbeitsfreistellung aufgrund höherer Gewalt	90
1. Richtlinie	90
a) Freistellung (Art. 7 V-RL)	90
b) Vergütung?	91
c) Beschäftigungsansprüche (Art. 10 Abs. 1, Abs. 3 V-RL)	91
d) Diskriminierungsverbot, Sanktionen, Benachteiligungsschutz (Art. 11, 13, 14 V-RL)	92
2. Geltende Rechtslage und Vergleich	92
a) Freistellung wegen höherer Gewalt	92
b) Vergütung?	95
c) Beschäftigungsansprüche	95
d) Diskriminierungsverbot	96
e) Sanktionsregelungen	97
f) Benachteiligungsschutz	98
3. Ergebnisse	99
V. Recht auf Beantragung flexibler Arbeitsregelungen	100
1. Richtlinie	100
a) Anspruch auf Beantragung, flexible Arbeitsregelungen (Art. 9 V-RL)	100
b) Vergütung?	101
c) Beschäftigungsansprüche (Art. 10 V-RL)	101
d) Diskriminierungsverbot, Kündigungsschutz, Sanktionen, Benachteiligungsschutz (Art. 11, 12, 13, 14 V-RL)	101
2. Geltende Rechtslage und Vergleich	102
a) Flexible Arbeitsregelungen	102
b) Vergütung?	109
c) Beschäftigungsansprüche?	109
d) Kündigungsschutz	109
e) Diskriminierungsverbot	110
f) Sanktionsregelungen	110
g) Benachteiligungsschutz	111
3. Ergebnisse	111
G. Umsetzungsbedarfe	114

Literaturverzeichnis 119

Anhang: RL (EU) 2019/1158 125

Sachwortverzeichnis 141

Abkürzungsverzeichnis

AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union v. 13.12.2007
BEEG	Bundeselterngeld- und Elternzeitgesetz v. 27.1.2015
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch in der Fassung der Bekanntmachung v. 2.1.2002
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
EGV	Vertrag über die Gründung der Europäischen Gemeinschaft in der Fassung v. 2.10.1997 (Vertrag von Amsterdam)
ESC	Europäische Sozialcharta v. 18.10.1961
ESSR	Europäische Säule Sozialer Rechte v. 17.11.2017
EuG	Gericht der Europäischen Union
EuGH	Gerichtshof der Europäischen Union
EUV	Vertrag über die Europäische Union in der Fassung der Bekanntmachung v. 9.5.2008
EWGV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft v. 25.3.1957
FPfZG	Familienpflegezeitgesetz v. 6.12.2011
GrCh	Charta der Grundrechte der Europäischen Union v. 12.2.2007
MuSchG	Mutterschutzgesetz v. 23.5.2017
PflegeZG	Pflegezeitgesetz v. 28.5.2008
RESC	Europäische Sozialcharta in revidierter Fassung v. 3.5.1996
SGB V	Sozialgesetzbuch 5. Buch – Gesetzliche Krankenversicherung
TzbfG	Teilzeit- und Befristungsgesetz v. 21.12.2000
V-RL	Richtlinie (EU) 2019/1158 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Juni 2019 zur Vereinbarkeit von Beruf und Privatleben für Eltern und pflegende Angehörige und zur Aufhebung der Richtlinie 2010/18/EU

Im Übrigen wird verwiesen auf Butz, Cornelia; Kirchner, Hildebert, Abkürzungsverzeichnis der Rechtssprache, 5. Auflage, Berlin 2003.

Leider hat sich im zweiten Satz der Einleitung ein Fehler eingeschlichen:

Die „Vereinbarkeitsrichtlinie“ (V-RL) ist bis zum 2.8.2022 umzusetzen.

A. Einleitung

Zum 12.7.2019 wurde die „Richtlinie (EU) 2019/1158 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20.6.2019 zur Vereinbarkeit von Beruf und Privatleben für Eltern und pflegende Angehörige und zur Aufhebung der Richtlinie 2010/18/EU des Rates“ im Amtsblatt der Europäischen Union (EU) veröffentlicht.¹ Die „Vereinbarkeitsrichtlinie“ (V-RL) trat am zwanzigsten Tag nach ihrer Veröffentlichung in Kraft (Art. 21 V-RL) und ist gem. Art. 20 Abs. 1 V-RL² von den Mitgliedstaaten grundsätzlich³ bis zum 22.8.2022 durch Rechts- und Verwaltungsvorschriften umzusetzen. Zugleich wird die RL 2010/18/EU gem. Art. 19 Abs. 1 V-RL mit Wirkung vom 2.8.2022 aufgehoben. Ausgangspunkt dieser Untersuchung ist daher die Frage, ob und inwiefern die Richtlinie zu einer Änderung des bereits bestehenden innerstaatlichen Rechts führen muss.

¹ ABl. EU (2019) L 188/79.

² Zur Vereinfachung wird die Vereinbarungrichtlinie in dieser Untersuchung mit „V-RL“ abgekürzt.

³ Die Umsetzungsfrist für eine Regelung zur Bezahlung der letzten zwei Wochen des Elternurlaubs nach Art. 8 Abs. 3 RL endet erst zum 2.8.2024, Art. 20 Abs. 2 V-RL.

B. Überblick und Gang der Untersuchung

Da Sinn und Zweck der Richtlinie sich nur anhand ihres Entstehungsprozesses nachvollziehen lassen, ist zunächst ein Blick auf ihre Entstehungsgeschichte zu werfen (C.). Auch im Bereich der europäischen Rechtsmethodik kann das Gewicht der historischen Auslegung einer europäischen Rechtsnorm kaum überschätzt werden.¹

Zudem muss die Vereinbarkeitsrichtlinie systematisch und teleologisch in das Gesamtgefüge europäischen Rechts, insbesondere des europäischen Primärrechts, eingeordnet werden, um seine Bedeutung ergründen zu können (D.). Angesichts der neueren Rechtsprechung des EuGH ist es nicht fernliegend, dass sich das europäische Primärrecht, insbesondere die Europäische Grundrechtecharta, auf die Auslegung der Richtlinie als solches und so auch auf die Umsetzung durch das innerstaatliche Recht auszuwirken vermag. Verfassungsrechtliche Rahmenbedingungen, ihre Auswirkungen und ihr Verhältnis zum europäischen Recht sind zu klären (E.).

Erst danach kann man sich den einzelnen Regelungen mit der Frage zuwenden, ob und inwiefern das innerstaatliche Arbeits- und Sozialrecht an die jeweiligen materiellen Anforderungen der Richtlinie angepasst werden muss (F.).

¹ Vgl. zur historischen Auslegung des Sekundärrechts *Riesenhuber*, in: *Riesenhuber*, § 10 Rn. 32 ff.; *Sagan*, in: *Preis/Sagan*, § 1 Rn. 1.96 ff.; zunehmend nimmt auch die bundesdeutsche Rechtsprechung, namentlich das BVerfG, auf den historischen Willen des Gesetzgebers Bezug, vgl. zur sachgrundlosen Befristung BVerfG, Urt. v. 6.6.2018 – 1 BvL 7/14, 1 BvR 1375/14, NZA 2018, 774 ff.

C. Entstehungsgeschichte

I. Die Europäische Säule Sozialer Rechte (ESSR)

Der politische Entstehungsprozess der Vereinbarkeitsrichtlinie nimmt seinen Ausgang in der Empfehlung der Europäischen Kommission zur Einführung einer „Europäische Säule sozialer Rechte“ vom 26.4.2017, in deren Zuge zugleich ein erstes Paket von legislativen Initiativen im Zusammenhang mit der Vereinbarkeit von Beruf und Privatleben, dem Zugang zu Sozialschutz und der Unterrichtung von Arbeitnehmern vorgestellt wurde.¹ Die „Europäische Säule sozialer Rechte“ (ESSR) wurde schließlich am 17.11.2017 vom Europäischen Parlament, vom Rat der Europäischen Union und der Europäischen Kommission in Göteborg unterzeichnet.²

Entsprechend nimmt die Vereinbarkeitsrichtlinie in ihrem 9. Erwägungsgrund auf die Grundsätze 2 und 9 der ESSR Bezug. In diesen heißt es:

2. Gleichstellung der Geschlechter

- a) Die Gleichbehandlung und Chancengleichheit von Frauen und Männern muss in allen Bereichen gewährleistet und gefördert werden; dies schließt die Erwerbsbeteiligung, die Beschäftigungsbedingungen und den beruflichen Aufstieg ein.
- b) Frauen und Männer haben Recht auf gleiches Entgelt für gleichwertige Arbeit.

9. Vereinbarkeit von Berufs- und Privatleben

Eltern und Menschen mit Betreuungs- oder Pflegepflichten haben das Recht auf angemessene Freistellungs- und flexible Arbeitszeitregelungen sowie Zugang zu Betreuungs- und Pflegediensten. Frauen und Männer haben gleichermaßen Zugang zu Sonderurlaub für Betreuungs- oder Pflegepflichten und werden darin bestärkt, dies auf ausgewogene Weise zu nutzen.³

Die ESSR formuliert Grundsätze, deren Rechtsnatur nicht unumstritten ist. Nach h.M.⁴ handelt es sich um unverbindliche Grundsätze, die keine normativen Auswirkungen haben. Hierfür spricht zunächst der 17. Erwägungsgrund zur ESSR, wonach die Umsetzung der ESSR als „politische Verpflichtung und Verantwortung“

¹ Mitteilung COM(2017) 250 final, S. 10, <https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2017/DE/COM-2017-250-F1-DE-MAIN-PART-1.PDF> (abgerufen 15.6.2020); als Empfehlung der Europäischen Kommission abgedruckt in ABl. (2017) L 113/57.

² ABl. EU (2017) C 428/10 ff.

³ ABl. EU (2017) C 428/12 f.

⁴ *Hüpers/Reese*, in: Meyer/Hölscheidt, Vorbem. Art. 27–38 Rn. 22; *Mülder*, ZESAR 2019, 212; *Kingreen*, SR 2018, 1; *Lörcher*, AuR 2017, 387, 391; *Eichenhofer*, ZESAR 2018, 401, 406; *Glombik*, WzS 2018, 72, 72; a. A. *Wixforth*, SozSich 2018, 49, 51.