

Der arbeitsrechtliche Unterschied zwischen Müttern und Vätern

Eva Kocher

Die biologischen Unterschiede zwischen Männern und Frauen sind so gering, dass sie keine rechtlichen Unterschiede rechtfertigen; mit der Verbreitung des Begriffs „Gender“ hat sich diese Erkenntnis mittlerweile verbreitet. Wer hätte also gedacht, dass biologische Begründungen noch im Jahre 2014 Gegenstand von EuGH-Urteilen sein würden? Denn im Arbeitsrecht spielen biologische Sachverhalte immer noch eine wichtige Rolle, wo es um den Schutz von Schwangeren und Müttern geht. Seit zunehmend diskutiert wird, den Mutterschutz auch auf Väter auszudehnen,¹ stehen besondere Regelungen für Mütter unter verstärktem Rechtfertigungszwang.

Dieser zeigt wiederum die Zweiseitigkeit solcher besonderen Rechte: Sie schützen einerseits, reproduzieren damit aber andererseits auch Voreinstellungen und können die bestehenden Diskriminierungen und Beschäftigungshindernisse zu Lasten aller Frauen im gebärfähigen Alter verstärken;² die Mutterschaftsgeld-Entscheidung des BVerfG hat diese Feststellung im Jahre 1993 verfassungsrechtlich geadelt.³ Auf der anderen Seite gilt auch für geschlechtsneutrale Regelungen: Das Risiko für die Arbeitgeber, dass Beschäftigte von solchen Rechten Gebrauch machen, ist keineswegs geschlechtsneutral. Aufgrund der gesellschaftlichen Arbeitstei-

1 Empfehlung für ein individuelles, nicht übertragbares Recht auf Vaterschaftsurlaub nach der Entschließung des Rates vom 29.6.2000 über eine ausgewogene Teilhabe von Frauen und Männern am Berufs- und Familienleben, ABl. C 218; siehe auch Art. 16 und Erwägungsgrund 27 der Richtlinie 2006/54/EG.

2 *Schiek*, Nachtarbeitsverbot für Arbeiterinnen: Gleichberechtigung durch Deregulierung?, Baden-Baden 1992; Generalanwalt Darmon, Schlussanträge in Rs. C-177/88 (Dekker), EuGHE 1990, I-3841, Rn. 46 ff. Auch nach Art. 4 Nr. 8 des – von der Bundesrepublik Deutschland nicht ratifizierten – ILO-Übereinkommens Nr. 103 dürfen die während der Mutterschutzfristen zu erbringenden finanziellen Leistungen nicht in voller Höhe dem einzelnen Arbeitgeber auferlegt werden.

3 BVerfG, 18.11.2003, AP Nr. 23 zu § 14 MuSchG 1968; dazu genauer v. *Koppens-Spies*, Auf dem Weg zu einem nicht-diskriminierenden Mutterschutzrecht?, AuR 2005, 52-55; vgl. *Adomeit*, NJW 2005, 721 f.

lung in den Familien erwarten Arbeitgeber eher bei Frauen, dass Elternrechte geltend gemacht werden; dies ist einer der Gründe dafür, dass Männern, die gleiches in Anspruch nehmen, oft ein kalter Wind entgegen weht. Und selbst wenn zwei das Gleiche tun, ist es nicht unbedingt das Gleiche. Wenn eine Frau Elternzeit nimmt, wird sie meist überwiegend als Mutter tätig sein. Wenn ein Mann Elternzeit nimmt, so gibt ihm dies oft auch die Chance, mehr Zeit auf die Beförderung seiner Karriere oder sonstiger Interessen zu verwenden. Wie steht das Unionsrecht also zum Verhältnis von Elternrechten und Mütterrechten?

I. Rechtsgrundlagen: Verbot der Diskriminierung und besonderer Schutz bei Schwangerschaft oder Mutterschutz

Art. 2 Abs. 2 lit. c) RL 2006/54/EG stellt ausdrücklich klar, dass jegliche ungünstigere Behandlung einer Frau im Zusammenhang mit Schwangerschaft oder Mutterschaftsurlaub (im Sinne der Mutterschutzrichtlinie 92/85/EWG) eine unmittelbare Diskriminierung wegen des Geschlechts darstellt. Eine Arbeitnehmerin ist in ihrem Arbeitsverhältnis vor jeder Benachteiligung geschützt, die auf der Tatsache beruht, dass sie im Mutterschaftsurlaub ist oder war.⁴ Für Benachteiligungen im Zusammenhang mit einer Rückkehr aus dem Mutterschaftsurlaub enthält Art. 15 RL 2006/54/EG eine Spezialvorschrift.⁵ Danach haben Frauen nach Ablauf des Mutterschaftsurlaubs Anspruch darauf, an ihren früheren Arbeitsplatz oder einen gleichwertigen Arbeitsplatz zurückzukehren, und zwar unter Bedingungen, die für sie nicht weniger günstig sind. Ihnen müssen auch alle Verbesserungen der Arbeitsbedingungen zugutekommen, auf die sie während ihrer Abwesenheit Anspruch gehabt hätten. Wenn Arbeitnehmerinnen aufgrund einer Schwangerschaft bestimmte Teile einer Fortbildung versäumen, so müssen ihnen zumindest Nachschulungskurse angeboten werden, falls gleichwertige Kurse nicht in angemessenen Zeiträumen stattfinden.⁶

Das Unionsrecht erlaubt darüber hinaus besondere Rechte für Frauen aufgrund von Schwangerschaft und Mutterschaft aufgrund der allgemeinen gleichbehandlungsrechtlichen Überlegung, dass diese sich insofern in

4 EuGH, 18.11.2004, Rs. C-284/02 (Sass), EuGHE 2004, I-11143, Rn. 35.

5 EuGH, 6.3.2014, Rs. C-595/12 (Napoli), Rn. 29.

6 So z.B. EuGH, 6.3.2014, Rs. C-595/12 (Napoli), Rn. 38.

einer Situation befinden, die mit der anderer Arbeitnehmer oder Arbeitnehmerinnen nicht vergleichbar ist:⁷ Nach Art. 28 Abs. 1 der Richtlinie 2006/54/EG steht das Verbot der Geschlechtsdiskriminierung den Vorschriften zum Schutz der Frau, insbesondere bei Schwangerschaft und Mutterschaft, nicht entgegen.⁸

II. Die Rechtsbegriffe des Mutterschutzes

1. Schwangerschaft = Geschlecht

Die Aussage, die Diskriminierung wegen Schwangerschaft sei mit einer Diskriminierung wegen des Geschlechts gleichzusetzen, geht auf die Rechtsprechung des EuGH zurück, der dieses Diskriminierungsverbot in aller Striktheit anwandte und sich dabei sogar von seinem Vergleichspersonenkonzept löste: Gerade und allein weil die Verweigerung einer Einstellung wegen Schwangerschaft nur Frauen gegenüber in Betracht komme, handele es sich um eine unmittelbare Diskriminierung aufgrund des Geschlechts.⁹ Der EuGH akzeptiert keinerlei legitime Gründe, in denen „ausnahmsweise“ Schwangere aus einem Arbeitsverhältnis entlassen werden könnten: So hält er eine Entlassung auch dann für diskriminierend, wenn die Frau die vereinbarte (unbefristete) Tätigkeit wegen eines mutterschutzrechtlichen Beschäftigungsverbot es zunächst nicht aufnehmen konnte¹⁰ oder wenn sogar feststand, dass die Person aufgrund ihrer Schwangerschaft während eines wesentlichen Teils der Vertragszeit nicht

7 EuGH, 16.9.1999, Rs. C-218/98 (Abdoulaye), EuGHE 1999, I-5723, Rn. 18, 20, 22. Zum Verhältnis besonderer Schutz und Gleichbehandlung in Bezug auf den Mutterschutz siehe auch *Nebe*, Betrieblicher Mutterschutz ohne Diskriminierungen, 2006, S. 14).

8 Die Norm schreibt Art. 2 Abs. 3 der RL 76/207/EWG (Ursprungsfassung) fort; siehe auch Erwägungsgründe 24 und 25 der RL 2006/54/EG in Bezug auf die Mutterschutzrichtlinie 92/85/EWG und die Elternurlaubsrichtlinie 2010/18/EU.

9 Erwägungsgrund 23 zur RL 2006/54/EG unter Bezugnahme auf EuGH, 8.11.1990, Rs. C-177/88 (Dekker), EuGHE 1990, 3941; siehe auch ArbG Düsseldorf, 12.3.2013 – 11 Ca 7393/11 zur Diskriminierung wegen einer möglichen Schwangerschaft.

10 EuGH, 5.5.1994, Rs. C-421/92 (Habermann-Beltermann), EuGHE 1994, 1657; EuGH, 3.2.2000, Rs. C-207/98 (Mahlburg), EuGHE 2000, 549; so jetzt auch BAG, AP Nr. 21 zu § 611a BGB in Abkehr von BAG, AP BGB § 123 Nr. 36.

würde arbeiten können.¹¹ Das BAG schlussfolgert zutreffend, dass deshalb auch ein Verstoß gegen das MuSchG ein Indiz für eine Benachteiligung wegen des Geschlechts sein könne.¹²

Die Begründung des EuGH für die Einordnung als Geschlechtsdiskriminierung läuft auf die Annahme hinaus, dass hier das Differenzierungsmerkmal (Schwangerschaft) notwendig mit dem verpönten Merkmal (Geschlecht) verbunden sei. Diese Begründung hat sich auch in der Kommentarliteratur durchgesetzt.¹³ Sie ist offensichtlich stereotypisierend und beruht auf einer bestimmten Vorstellung eines „Frauenkörpers“.

Es gibt aber einige wenige Fallkonstellationen, die sich nicht einfach durch den Verweis auf § 1591 BGB („Mutter eines Kindes ist die Frau, die es geboren hat“) klären lassen und die im Hinblick auf den Begriff der Mutter nach einer stärker substantziellen Begründung verlangen:

a) In-vitro-Fertilisation: „Schwangerschaft“?

Der Fall „Mayr“ verlangte allerdings nach einer größeren Begründungstiefe. Hier war eine Arbeitnehmerin gekündigt worden, die sich im vorgehenden Behandlungsstadium einer In-vitro-Fertilisation befand, nämlich zwischen der Follikelpunktion und der Einsetzung der in vitro befruchteten Eizellen in ihre Gebärmutter. Der EuGH ordnete den Fall allerdings dennoch ohne Weiteres als Fall der Geschlechtsdiskriminierung ein, weil „Maßnahmen wie eine Follikelpunktion und die Einsetzung der daraus hervorgegangenen Eizellen sofort nach ihrer Befruchtung in die Gebärmutter der Frau unmittelbar nur Frauen betreffen“.¹⁴ Eine mühsame Begründung – der EuGH selbst weist darauf hin, dass Arbeitnehmer_innen „beider“ Geschlechter „(...) aufgrund von medizinischen Behandlungen, denen sie sich unterziehen müssen, zeitweilig daran gehindert sein (können), ihre Arbeit auszuüben“. Man darf mit Interesse auf eine Entscheidung zur „Mutterschaft“ einer Person warten, der/die nicht eindeutig biologische Frau mit Gebärmutter ist. Mit Hilfe des Begriffs der mittelbaren

11 EuGH, 4.10.2001, Rs. C-109/00 (Tele Danmark), EuGHE 2001, 6993.

12 BAG, 12.12.2013 – 8 AZR 838/12.

13 Siehe z.B. *Schrader/Schubert*, in: Däubler/Bertzbach (Hrsg.), AGG, 3. Aufl. 2013, § 3, Rn. 34 („Zusammenhangseigenschaft“).

14 EuGH, 26.6.2008, Rs. C-506/06 (Sabine Mayr), EuGHE 2008, 1017.

Eva Kocher

Diskriminierung wegen des Geschlechts wäre man wahrscheinlich eher auf einen überzeugenden Weg gekommen.¹⁵

b) Fehlgeburt = Geburt?

Ebenfalls auf biologische Argumente führt die Frage, ob eine „Entbindung“ im Sinne von § 9 Abs. 1 des deutschen Mutterschutzgesetzes (MuSchG) auch zu bejahen ist, wenn eine Fehlgeburt oder eine Totgeburt zu beklagen war. Auch hier beschränkte sich noch die deutsche Rechtsprechung des Jahres 2005 auf die biologische Abgrenzung zwischen Fehl- und Totgeburt, konzentrierte sich also auf die Frage, ob „sich das Kind bereits bis zu einem Stadium entwickelt hat, in dem es zu einem selbständigen Leben grundsätzlich fähig ist“.¹⁶

In dieser Rechtsprechung liegt bereits die Annahme, dass der Schutz von Schwangeren und Müttern nicht allein mit der körperlichen Beeinträchtigung durch und infolge der Schwangerschaft begründet werden soll, sondern eng mit der Frage zusammenhängt, ob und inwiefern ein Kind zu versorgen sein wird.

2. Die Mutterschaftsurlaubsberechtigung

a) Adoptivmütter und Leihmutterschaft

Die Frage, ob Mutterschaftsrechte vor allem mit der körperlichen Beziehung zum Kind begründet sind, stellt sich auch, wenn Adoptivmütter, Väter oder „Bestellmütter“ Mutterschaftsrechte geltend machen. Dabei geht es in der Sache nicht mehr um die Anwendung von Diskriminierungsverboten, sondern um die Anwendung besonderer Rechte; Art. 28 Abs. 1 der Richtlinie 2006/54/EG erlaubt insofern einen Schutz der körperlichen Ver-

15 Vgl. aus der US-amerikanischen Rechtsprechung: United States Court of Appeals for the Seventh Circuit (Hall v. Nalco Co, 2008), Harvard Law Review 122 (2008), 1533 ff. (Entlassung einer Frau wegen der Fehlzeiten aufgrund einer In-Vitro-Fertilisation).

16 BAG, 15.12.2005 – 2 AZR 462/04 (Mutterschutz bei Totgeburt); siehe schon BAG, 16.2.1973 – 2 AZR 138/72 (keine Mutterschaftsrechte bei Fehlgeburt); vgl. aber anders ArbG Bochum, Streit 1983, 10. Zur Abgrenzung von Lebendgeburt, Totgeburt und Fehlgeburt siehe auch § 31 PersStV.

fassung der Frau während und nach der Schwangerschaft. Die Norm gilt auch für tarifliche Leistungen, die die gesetzlichen Rechte bei Mutterschaft ergänzen, wie z.B. eine tarifliche Beihilfe für schwangere Frauen beim Antritt ihres Mutterschaftsurlaubs.¹⁷

Im deutschen Recht kommt eine Anwendung mutterschutzrechtlicher Regelungen auf Adoptivmütter (§§ 1741 ff BGB) keinesfalls in Betracht. Sowohl die Schutzfristen (§ 3 Abs. 2 und des § 6 Abs. 1 MuSchG) als auch das Kündigungsverbot (§ 9 Abs. 1 MSchG) beziehen sich ausdrücklich auf „werdende oder stillende Mütter“ und damit auf biologische Begriffe; Sinn und Zweck ist der Schutz wegen der mit Schwangerschaft und Entbindung verbundenen physischen und psychischen Belastungen von Frauen.¹⁸ Das gleiche wie für Adoptivmütter muss deshalb für „Bestellmütter“ gelten, die im Sinne von § 13b Satz 1 des Adoptionsvermittlungsgesetzes ein Kind nach einer „bestellten“ Leih-/Ersatzmutterschaft annehmen oder in sonstiger Weise auf Dauer bei sich aufnehmen. Gleiches gilt für die Mutterschutzrichtlinie 92/85/EWG, die ausschließlich für schwangere Arbeitnehmerinnen, Wöchnerinnen und stillende Arbeitnehmerinnen gilt (zu den Definitionen siehe Art. 2).

Auch der EuGH hat es im Jahre 2014 in „Z./A Government Department“ für ganz selbstverständlich gehalten, dass die nach irischem Recht geregelten Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen von Frau Z. zwar einen Anspruch auf bezahlten Mutterschafts- und Adoptionsurlaub vorsahen, jedoch keine Mutterschaftsrechte für diesen Fall (sie galt nach kalifornischem Recht als Mutter des Kindes, das eine „Ersatz-/Leihmutter“ geboren hatte). Der EuGH zog ernsthaft lediglich eine mögliche Diskriminierung wegen einer Behinderung in Betracht, da Frau Z. sich für die Leihmutterschaft nur entschieden hatte, weil sie aufgrund einer körperlichen Fehlbildung keine Gebärmutter hatte und nicht schwanger werden konnte. Allerdings verneinte er dann das Vorliegen einer Behinderung mit der schlichten begrifflichen Begründung, die Fehlbildung selbst habe es Frau Z. „für sich genommen“ nicht unmöglich gemacht, ihrer Arbeit nachzugehen, oder sie in der Ausübung ihrer beruflichen Tätigkeit beeinträchtigt.¹⁹ Allerdings wäre in einem solchen Fall ebenfalls eine mittelbare Diskriminierung in Betracht zu ziehen: Die Behinderung hinderte Frau Z.

17 EuGH, 16.9.1999, Rs. C-218/98 (Abdoulaye), EuGHE 1999, I-5723.

18 *Reinecke/Velikova*, MuSchG, 2. Aufl., 2013, § 3, Rn. 9; § 6, Rn. 2 im Anschluss an BSG, 3.6.1981 – 3 RK 74/79.

19 EuGH, 18.3.2014, Rs. C-363/12 (Z./A Government Department), Rn. 80 f.

Eva Kocher

zwar nicht „für sich genommen“ in ihrer beruflichen Tätigkeit. Aber zusammengenommen mit den Regelungen des Mutterschutzes war ihre Erwerbstätigkeit anders als die von Adoptivmüttern nicht davor geschützt, unter den Beeinträchtigungen zu leiden, die die Betreuung eines Kleinkindes mit sich bringen konnte.²⁰

b) Der Vater als Mutter?

Löst man die Berechtigung zum Mutterschaftsurlaub auf diese Weise vom körperlichen Gebären, stellt sich schnell auch die Frage einer Anwendung auf Väter. In einer Entscheidung aus den frühen 1980er Jahren hatte der EuGH zwar bereits einmal entschieden, dass die Nichtanwendung von Mutterschaftsrechten auf Väter keine Diskriminierung wegen des Geschlechts darstelle.²¹ Auf der anderen Seite bekam ein Vater Recht, der den „Stillurlaub“ nach Art. 37 Abs. 4 des spanischen Arbeitnehmerstatuts („Estatuto de los Trabajadores“) für sich beanspruchte. Allerdings: Bei der in Frage stehenden Regelung ging es keineswegs um ein auf Mütter beschränktes Recht; die Vorschrift enthielt den Satz „Die Arbeitsbefreiung kann sowohl von der Mutter als auch vom Vater in Anspruch genommen werden, sofern beide arbeiten“. Hier handelte es sich in der Sache also um kein eng mit der Mutterschaft und dem Geschlecht verbundenes Recht; vielmehr wurde ein geschlechtsneutral gewährleistetes Recht Männern und Frauen unter ungerechtfertigt ungleichen Bedingungen gewährleistet.²²

Allerdings gibt es auf anderer Ebene Entwicklungen, die die strenge Unterscheidung zwischen Mütterrechten und Elternrechten in Frage stellen: Mitgliedstaaten erkennen zunehmend eigene Rechte auf Vaterschaftsurlaub an, und der Rat hat die Einführung eines Rechts auf Vaterschaftsurlaub empfohlen.²³ Art. 16 der Richtlinie 2006/54/EG behandelt diese Rechte auf derselben Ebene wie den Adoptionsurlaub; erkennt ein Mitgliedstaat solche Rechte aber an, so sind die betroffenen Arbeitnehmerin-

20 EuGH, 18.3.2014, Rs. C-363/12 (Z./A Government Department), Rn. 80 f.

21 EuGH, 12.7.1984, Rs. 184/83 (Hofmann), EuGHE 1984, 3047, Rn. 25.

22 EuGH, 30.9.2010, Rs. C-104/09 (Roca Álvarez).

23 Empfehlung für ein individuelles, nicht übertragbares Recht auf Vaterschaftsurlaub nach der Entschließung des Rates vom 29.6.2000 über eine ausgewogene Teilhabe von Frauen und Männern am Berufs- und Familienleben, ABl. C 218.

nen und Arbeitnehmer wie Mütter vor Entlassung infolge der Inanspruchnahme dieser Rechte zu schützen; sie müssen danach unter Besitzstandswahrung an ihren früheren Arbeitsplatz oder einen gleichwertigen Arbeitsplatz zurückkehren können.²⁴ Damit wird ein Gleichstellungsgebot in Hinblick auf die Wahrnehmung von gesetzlichen Elternrechten begründet.

c) Die begrenzte Funktion des Mutterschaftsurlaubs

Was zur Frage führt, wie sich Mutterschaftszeit und Elternzeit eigentlich noch sinnvoll abgrenzen lassen. Eine solche sachliche Abgrenzung ist auch durch das Recht der EMRK verlangt. Diese machte eine Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte vom November 2013 deutlich. Hier hatte der EGMR einen kroatischen Fall zu entscheiden, in dem einer Adoptivmutter der Mutterschaftsurlaub verweigert worden war. Der Gerichtshof wandte hier das Diskriminierungsverbot des Art. 14 in Verbindung mit dem Recht auf Achtung des Familienlebens nach Art. 8 EMRK an und begründete so die Anforderung, dass Unterscheidungen zwischen Familientypen objektiv gerechtfertigt sein müssten.²⁵

Auch dieser Fall warf in der Sache nur Fragen nach der sachlichen Konsistenz und Nachvollziehbarkeit der Regelung auf, denn der Mutterschaftsurlaub war nach kroatischem Recht grundsätzlich durchaus auch auf Adoptivmütter anwendbar; allerdings beschränkte sich die Anwendbarkeit auf das erste Lebensjahr des Kindes und entfiel, wenn ein älteres (im Ausgangsfall ein dreijähriges) Kind adoptiert wurde. Um diese Beschränkung auf die Adoption neu geborener Kinder begründen zu können, kam es auf den Zweck des Mutterschaftsurlaubs an. Zu Recht geht der EGMR davon aus, dass in Bezug auf eine Adoptivmutter der Zweck nur darin bestehen, das Zuhausebleiben zu ermöglichen, um das Kind in die Adoptivfamilie integrieren zu können und Bindungen zwischen den Adoptiveltern und ihrem Kind aufzubauen. Bezogen auf diese Zielsetzung durfte die Freistellungsmöglichkeit nicht auf die Adoption eines neugeborenen Kindes beschränkt sein.

24 Vgl. Erwägungsgrund 27 der RL 2006/54/EG; siehe auch *Weldon-Johns*, ELJ 2013, 662, 675 ff. zur Debatte um die Reform der Mutterschutzrichtlinie.

25 EGMR, 14.11.2013, Nr. 19391/11 (Topčić-Rosenberg/Kroatien), Rn. 35 ff.

Tatsächlich macht gerade die Anwendung von Mutterschutzregelungen auf Adoptivmütter deutlich, dass die Schutzzwecke des Mutterschutzes sich nicht allein auf Schutzbedürfnisse aus körperlichen und biologischen Gründen beschränken können. Auch der EuGH legte die Mutterschutzrichtlinie 92/85/EWG in der Vergangenheit so aus, dass sie u.a. das Ankommen des Kindes in der Familie ermöglichen sollte.

Allerdings meint der EuGH, mit dieser Argumentation auch umgekehrt besondere Rechte von Müttern im Verhältnis zu Vätern begründen zu können: Es sei rechtmäßig, „die besondere Beziehung zwischen der Mutter und ihrem Kind während der Zeit nach der Entbindung zu schützen“.²⁶ So hielt er es für europarechtskonform, bei Adoptiveltern zwischen Vätern und Müttern zu unterscheiden, um „die Umstände der Aufnahme des Adoptivkinds in die Familie denjenigen von Neugeborenen anzugleichen“.²⁷ Dies ist nicht leicht zu begründen. Ganz deutlich wird dies bei dem wortreichen Versuch einer Abgrenzung von Mutterschutz und Elternurlaub, mit dem der EuGH begründete, weshalb die beiden Freistellungen nicht aufeinander anrechenbar sein sollten: „Nach Nr. 9 der Allgemeinen Erwägungen der Rahmenvereinbarung ist der Elternurlaub ein vom Mutterschutz getrennter Urlaub. Der Elternurlaub wird den Eltern gewährt, damit sie sich um ihr Kind kümmern können. [...] Der Mutterschaftsurlaub dient einem anderen Zweck. Er soll den Schutz der körperlichen Verfassung der Frau und den Schutz der besonderen Beziehung zwischen der Mutter und ihrem Kind während der Zeit gewährleisten, die sich an die Schwangerschaft und Entbindung anschließt, damit diese Beziehung nicht durch die Doppelbelastung aufgrund der gleichzeitigen Ausübung eines Berufes gestört wird“.²⁸

Weist man dem Mutterschaftsurlaub und den Mutterschaftsrechten aber die Funktion zu, die „Beziehung zwischen Mutter und Kind“ zu schützen, so gerät man aber in ein gefährliches Fahrwasser biologischen Argumentierens, wenn die Möglichkeit besonderer Beziehungen zum Kind zwar für Adoptivmütter, nicht aber für Väter in Betracht gezogen wird.²⁹ Mit der Anerkennung solcher Funktionen des Mutterschutzes muss des-

26 EuGH, 12.7.1984, Rs. 184/83 (Hofmann), EuGHE 1984, 3047, Rn. 25; EuGH, 30.9.2010, Rs. C-104/09 (Roca Álvarez), Rn. 26 f.

27 EuGH, 26.10.1983, Rs. C-163/82 (Kommission/Italien), Rn. 15; Rn. 16 f.

28 EuGH, 14.4.2005, Rs. C-519/03 (Kommission/Luxemburg), Rn. 32.

29 Kritisch auch z.B. *Weldon-Johns*, ELJ 2013, 662, 666; *Suk*, The American Journal of Comparative Law 2012, 75, 82 ff.

halb die Anerkennung besonderer Rechte für Frauen in Frage gestellt werden.

Es ist deshalb nach anderen eigenständigen Rechtfertigungen zu suchen, wenn Mutterschaftsrechte, die auch die Adoptivelternschaft erfassen, auf Frauen beschränkt werden.

III. Eltern- und Mütterrechte als Förderung der Geschlechtergleichstellung?

Eine Rechtfertigung besonderer Rechte im Zusammenhang mit Mutterschaft und Elternschaft ist selbst dann erforderlich, wenn Rechte geschlechtsneutral gewährt werden. Denn jede Benachteiligung wegen der Wahrnehmung von Elternrechten kann eine mittelbare Diskriminierung von Frauen darstellen,³⁰ während umgekehrt Regelungen, die Personen wegen der Erziehung von Kindern Vorteile einräumen, in aller Regel nachteilig für männliche Beschäftigte wirken werden.³¹ Zwar mag der prozentuale Anteil der Geschlechter unter den Personen mit oder ohne Familienpflichten sich nicht wesentlich unterscheiden. Das Merkmal „Familienpflichten“ und insbesondere die Inanspruchnahme von Elternurlaub wird dennoch in der Praxis überwiegend weibliche Beschäftigte betreffen.³² Insofern ist es Sache der mitgliedstaatlichen Gerichte, zu prüfen, ob in dem betreffenden Mitgliedstaat eine sehr viel höhere Zahl von Frauen als Männern Elternurlaub in Anspruch nimmt.³³ Nach dem Wortlaut des Tatbestandes kommt es hierbei auch nicht ausschließlich auf statistische Zahlen an.

30 EuGH, 21.10.1999, Rs. C-333/97 (Lewen), EuGHE 1999, I-7243, Rn. 35; EuGH, 20.6.2013, Rs. C-7/12 (Riežniece), Rn. 40.

31 EuGH, 17.7.2014, Rs. C-173/13 (Leone und Leone); siehe schon zur Differenzierung zwischen unmittelbaren und mittelbaren Diskriminierungen EuGH, 29.11.2001, Rs. C-366/99 (Griesmar), EuGHE 2001, I-9383, Rn. 49 ff.

32 EuGH, 21.10.1999, Rs. C-333/97 (Lewen), EuGHE 1999, I-7243, Rn. 35; EuGH, 20.6.2013, Rs. C-7/12 (Riežniece), Rn. 40; EuGH, 17.7.2014, Rs. C-173/13 (Leone und Leone), Rn. 45 ff. für eine Regelung, die allerdings auch Mutterschutzzeiten erfasste; siehe auch *Schlachter*, RdA 2010, 104, 106 („klassischer Fall“ der mittelbaren Diskriminierung); a.A. offensichtlich jetzt BAG, 18.9.2014 – 8 AZR 753/13 unter Bezugnahme auf Daten des Mikrozensus.

33 EuGH, 20.6.2013, Rs. C-7/12 (Riežniece), Rn. 40.

Eine benachteiligende Wirkung kann in diesem Zusammenhang durch jedes sachliche Ziel gerechtfertigt werden. So lässt sich z.B. im Hinblick auf das legitime Ziel einer Verbesserung der Vereinbarkeit von Erwerbsarbeit und Familienarbeit (Art. 33 Abs. 2 EU-GRC) rechtfertigen, wenn Unterbrechungszeiten wegen Kindererziehung bei der Berechnung von Betriebsrentenansprüchen berücksichtigt werden können.³⁴ Erforderlich ist aber ein konkreter Zusammenhang zwischen dem Vorteil und potenziellen Vereinbarkeitsproblemen. So hat der EuGH zu Recht ein Recht von Eltern (aufgrund von Kinderbetreuungszeiten) auf Versetzung in den vorzeitigen Ruhestand mit sofortigem Pensionsanspruch für rechtswidrig gehalten, da unklar sei, wie hiermit tatsächlich Nachteile ausgeglichen werden könnten.³⁵

Geschlechtsspezifische Maßnahmen bedürfen jedoch nicht nur eines sachlichen Grundes, sondern einer spezifischen Rechtfertigung; in Betracht kommt die Erlaubnis als positive Maßnahme i.S.v. Art. 3 der Richtlinie 2006/54/EG. Maßnahmen zum Ausgleich beruflicher Nachteile bei Mutterschaft und Elternschaft können dazu beitragen, Hindernisse auf dem Weg zur Chancengleichheit für Frauen abzubauen.³⁶ Auch in diesem Zusammenhang ist aber zu Recht umstritten, ob Maßnahmen, die nicht an die biologische Mutterschaft, sondern an die Elternschaft anknüpfen, als positive Maßnahme gerechtfertigt werden können; denn sie bringen die Gefahr mit sich, zur Verfestigung einer herkömmlichen Rollenverteilung zwischen Männern und Frauen beizutragen.³⁷ Dem EuGH ist deshalb darin zuzustimmen, dass Leistungen, die sich auf die Elternstellung generell beziehen und berufliche Nachteile durch Kindererziehung ausgleichen sollen, nicht nach dem Geschlecht differenziert ausgestaltet werden dürfen. Nicht zulässig ist deshalb z.B. eine Anerkennung von Kindererziehungszeiten nur bei Frauen.³⁸ Auch die Möglichkeit der Versetzung in den Ruhestand zur Pflege des Ehepartners kann nicht ausschließlich Frauen vor-

34 So grundsätzlich EuGH, 29.11.2001, Rs. C-366/99 (Griesmar), EuGHE 2001, I-9383; EuGH, 17.7.2014, Rs. C-173/13 (Leone und Leone), Rn. 58.

35 EuGH, 17.7.2014, Rs. C-173/13 (Leone und Leone), Rn. 90 ff, der in der konkreten Regelung noch weitere Inkonsistenzen sieht.

36 *Prechal*, CMLR 33 (1996), 1245 (1253).

37 EuGH, 19.2.2002, Rs. C-476/99 (Lommers), Slg. 2002, I-2891, Rn. 41 f; EuGH, 30.9.2010, Rs. C-104/09 (Roca Álvarez), Rn. 32 ff.

38 EuGH, 29.11.2001, Rs. C-366/99 (Griesmar), EuGHE 2001, I-9383, Rn. 40 ff.

behalten sein.³⁹ Hingegen hat es der EuGH akzeptiert, wenn das knappe Gut subventionierter Kindertagesstättenplätze den weiblichen Beschäftigten vorbehalten blieb, während männliche Beschäftigte nur in Notfällen Zugang zu diesen Plätzen hatten. Diese Maßnahme sei für die Gleichstellung geeignet und erforderlich, da im Ausgangsfall „das erwiesenermaßen unzureichende Angebot an angemessenen und erschwinglichen Kinderbetreuungseinrichtungen insbesondere die weiblichen Arbeitnehmer zur Aufgabe ihrer Beschäftigung veranlassen [konnte]“.⁴⁰ Dem kann nur gefolgt werden, wenn darauf bestanden wird, dass Eignung und Erforderlichkeit einer Beschränkung auf Frauen streng zu überprüfen sind. In der Entscheidung zur Nichtanwendbarkeit mutterschutzrechtlicher Regelungen auf Väter hat der EuGH es sich demgegenüber noch zu einfach gemacht mit der These, dass im Fall der Geburt eines Kindes „allein die Mutter dem unerwünschten Druck ausgesetzt sein kann, ihre Arbeit verfrüht wieder aufnehmen zu müssen“⁴¹.

IV. Fazit

Die Gleichberechtigung der Geschlechter ist schon immer abhängig davon gewesen, inwieweit den Frauen in der familiären Arbeitsteilung die 'private' Haus- und Fürsorgetätigkeit zugewiesen wurde. Im Arbeitsrecht ist zu fragen, welche Anreize insofern für eine geschlechtergerechte Arbeitsteilung gesetzt werden können. Denn: „Überkommene Rollenverteilungen [...] dürfen durch staatliche Maßnahmen nicht verfestigt werden.“⁴² In anderen Worten: Das Arbeitsrecht sollte dazu beitragen, dass die geschlechtsspezifische Spaltung des Arbeitsmarktes nicht vertieft, sondern abgebaut wird.⁴³ Allerdings: Die Gewährung geschlechtsunspezifischer Rechte bzw. die Gewährung von Väterechten ist ein äußerst wichtiges

39 EuGH, 13.12.2001, Rs. C-206/00 (Mouflin), Slg. 2001, I-10201, Rn. 20 ff; vgl. EuGH, 30.9.2004, Rs. C-319/03 (Briheche), Slg. 2004, I-8807, Rn. 27.

40 EuGH, 19.2.2002, Rs. C-476/99 (Lommers), Slg. 2002, I-2891, Rn. 37, 44 ff, 50.

41 EuGH, 12.7.1984, Rs. 184/83 (Hofmann), EuGHE 1984, 3047, Rn. 25.

42 BVerfG, 28.1.1992, BVerfGE 85, 191 (207) (Nachtarbeitsverbot); siehe auch BVerfG, 16.11.1993, BVerfGE 89, 276. Genauer zum Ganzen *Kocher*, KJ 1999, 185 ff.

43 So schon *Pfarr*, Herstellung und Sicherung von Chancengleichheit durch Recht - dargestellt am Beispiel der Frauen, in: Winfried Hassemer/Wolfgang Hoffmann-Riem/Jutta Limbach, Grundrechte und soziale Wirklichkeit, Baden-Baden 1982,

Eva Kocher

Instrument, um Vätern größere Verantwortung in der Übernahme elterlicher Pflichten zu ermöglichen.

Die Ausdehnung von Elternrechten ist insofern eine wichtige Entwicklung; zu Recht ist die Elternzeit im deutschen Recht nicht mehr wie der frühere Erziehungsurlaub im Kontext des MuSchG geregelt. Problematisch ist es allerdings, wenn das BAG davon ausgeht, dass „keinerlei Zweifel daran [besteht], dass es sich bei Mutterschafts-, Vaterschafts-, Adoptions- und Elternurlaub um vier unterschiedliche Institute handelt“⁴⁴. Es mag zwar angemessen sein, diese Unterscheidungen im Grundsatz zu treffen; in der Sache müssen aber Unterschiede zwischen den einzelnen Regelungen immer jedenfalls im Hinblick auf Art. 8 EMRK sachlich gerechtfertigt werden – und Unterschiede jedenfalls zwischen Adoptions- und Vaterschaftsurlaub erweisen sich als im Ergebnis nicht rechtlich haltbar.

S. 255 ff. Genauer zum Verständnis „gleichwertiger Rechte“ *Kocher*, KJ 1999, 193 ff.

44 BAG, 27.1.2011 – 6 AZR 526/09 in Bezug auf die Richtlinie 2006/54/EG.