



universität
wien

DISSERTATION / DOCTORAL THESIS

Titel der Dissertation / Title of the Doctoral Thesis

„Elternschutzrechte im Lichte von Gleichheit und
Autonomie

Wie das Recht zu einer gerechteren Verteilung unbezahlter Arbeit
zwischen Männern und Frauen beitragen kann“

verfasst von / submitted by

Mag.phil. Mag.iur. Maria Regina Sagmeister

angestrebter akademischer Grad / in partial fulfilment of the requirements for the degree of
Doktorin der Rechtswissenschaften (Dr. iur.)

Wien, 2019 / Vienna 2019

Studienkennzahl lt. Studienblatt /
degree programme code as it appears on the student
record sheet:

UA 783 101

Dissertationsgebiet lt. Studienblatt /
field of study as it appears on the student record sheet:

Rechtswissenschaften

Betreut von / Supervisor:

Univ-Prof. Mag. Dr. Elisabeth Holzleithner



Catherine Opie, Self-Portrait/Cutting (detail), 1993, New York

Danksagung

Allen voran möchte ich mich bei meiner Dissertationsbetreuerin Univ-Prof.ⁱⁿ Dr.ⁱⁿ Elisabeth Holzleithner für all ihre Unterstützung, Kritik und Ermutigung bedanken. Insbesondere danke ich ihr dafür, mir die Perspektive der Autonomieermöglichung auf das Recht eröffnet zu haben. Ihr Denken über Gleichheit und Autonomie haben diese Arbeit und darüber hinaus mein Verständnis des Rechts und seiner Wissenschaften geprägt, wie kaum ein anderes. Die Zeit als Prae-Doc-Assistentin am Institut für Rechtsphilosophie bot mir den idealen Raum für die Erarbeitung dieser Dissertation, vielen Dank.

Univ-Prof.ⁱⁿ Michaela Windisch-Graetz gilt mein Dank für ihre arbeitsrechtliche Expertise im Rahmen der Lehrveranstaltung „Arbeits- und sozialrechtliche Aspekte des Geschlechterverhältnisses“ sowie darüber hinaus. Zudem danke ich ihr und Prof.ⁱⁿ Friederike Wapler herzlich für die Bereitschaft zur Begutachtung dieser Arbeit.

Wesentlich für die Fertigstellung dieser Dissertation war die finanzielle Unterstützung durch die Rechtswissenschaftliche Fakultät in Form eines Stipendiums, wofür ich mich bedanke.

Bei der Vienna Doctoral Academy „Communicating the Law“ möchte ich mich für die Möglichkeit bedanken, Teile meiner Dissertation bei den „Socratic Sessions“ zu diskutieren. Diese Sessions unter der Leitung von Univ-Prof. Franz-Stefan Meissel und Univ-Prof.ⁱⁿ Michaela Windisch-Graetz waren eine große Bereicherung für mein Studium und diese Dissertation. Mein Dank gilt auch den Fellows für ihr Interesse an meiner, und die Einblicke in ihre Arbeiten.

Meinen Kolleg_innen am Institut für Rechtsphilosophie, Isabell Doll, Johanna Schlintl, Stephan Vesco, Jakob Gaigg, Ulrich Wagrاندl, Ines Rössl, Emanuel Lerch, Maria Lee-Nowotny und Hannah Reiter möchte ich für den fachlichen und freundschaftlichen Austausch in diversen Workshops und Kolloquien sowie für die schöne Zusammenarbeit danken.

Den Teilnehmer_innen der Lehrveranstaltung „Caring Subjects“, die ich im Wintersemester 2018/19 zu einigen Grundfragen dieser Arbeit abhalten durfte, danke ich für spannende Diskussionen und ihr Engagement.

Für das Lektorat bedanke ich mich bei meiner lieben Freundin Daniela Schmid, ihr und Benjamin Steiner danke ich darüber hinaus für den täglichen Ausgleich zum Schreiben.

Angelika Adensamer und Lukas Egger danke ich für zahllose Gespräche, die mich immer wieder im Denken herausfordern und in so vielem bereichern.

Selbstverständlich danke ich meiner Familie, Aurelia und Bruno, die immer für mich da sind, und besonders meinen Eltern Rudolf Sagmeister und Kathleen Sagmeister-Fox für ihre bedingungslose Unterstützung, liebevolle Gelassenheit und den perfekten Ort, um die letzten Seiten zu schreiben. Meinen Tanten Theresia Sagmeister und Regina Pichler danke ich für ihre Lektüre und ihr Interesse, das mich sehr in meiner Arbeit bestärkt hat.

Zuguterletzt danke ich all jenen Freund_innen und Verwandten, die selbst Eltern sind und ihre Erfahrungen über die Ausverhandlung der Arbeitsteilung mit mir geteilt haben, für ihre Offenheit.

Inhaltsverzeichnis

1. Einleitung	11
1.1. Aufbau	14
2. Geschichte und Zwecke des Mutterschutzes.....	19
2.1. Geschichte des Mutterschutzes in Österreich	20
2.1.1. 19. Jahrhundert	20
2.1.2. Erste Republik	23
2.1.3. Austrofaschismus und Nationalsozialismus	24
2.1.4. Zweite Republik	25
2.2. Entwicklung internationaler Vorgaben	26
2.3. Europarechtsentwicklung	29
2.4. Eine kurze Geschichte der Elternkarenz für Väter	31
2.5. Anschlussüberlegungen & Einbettung in historische Debatten	34
3. Zwecke des Mutterschutzes im geltenden Recht	38
3.1. Einleitend zu den Schutzinteressen der Geburtsmutter	40
3.1.1. Zielsetzung der Mutterschutz-RL	41
3.1.2. Der Fall Hofmann	43
3.2. Schutzfristen und Beschäftigungsverbot: obligatorisch, nicht obligatorisch, übertragbar?	45
3.2.1. Die Frage der Übertragbarkeit auf Väter und zweite Elternteile	48
3.3. Besondere Tätigkeitsverbote	50
3.4. Kündigungsschutz	52
3.4.1. Der Sonderfall der künstlichen Befruchtung	53
3.5. Nachtarbeitsverbot	54
3.6. Zwecke von Elternzeiten für zweite Elternteile und Väter	55
3.7. Zwischenfazit zu den Zwecken des Mutterschutzes	57
4. Österreichische Rechtslage: Mutterschutz, Väterfrühkarenz, Familienzeit und Entscheidungsmöglichkeiten	58
4.1. Mutterschutzgesetz (MSchG)	59
4.1.1. Geltungsbereich	60
4.1.2. Zum Begriff der Mutterschaft im Recht	60
4.1.2.1. Leihmutterschaft	61
4.1.2.2. Ein Mann als Mutter?	62

4.1.3. Mitteilungspflichten der Mutter gemäß MSchG	64
4.1.4. Schutzfrist (absolutes Beschäftigungsverbot)	64
4.1.5. Individuelle/besondere Beschäftigungsverbote.....	65
4.1.5.1. Nacharbeit, Sonn- und Feiertagsarbeit und Überstundenverbot	65
4.1.5.2. Anspruch auf Entgeltfortzahlung während der besonderen Beschäftigungsverbote	66
4.1.6. Stillen und Stillzeiten	67
4.1.6.1. Stillzeiten für Väter: Der Fall Roca Álvarez	69
4.1.7. Kündigungsschutz	70
4.1.8. Entlassungsschutz.....	72
4.1.9. Kindergeldfalle	73
4.1.10. Fristhemmung bei befristeten Arbeitsverhältnissen	74
4.1.11. Anwendbarkeit des MSchG auf freie Dienstnehmerinnen.....	74
4.1.12. Versicherungsfall der Mutterschaft und Wochengeld.....	79
4.2. Rechtsgrundlagen für Frühkarenzen für Väter und zweite Elternteile	80
4.2.1. Familienzeitbonusgesetz (FamZeitbG)	81
4.2.2. Reform des VKG 2019: Der Rechtsanspruch auf den „Baby-Monat“ kommt	84
4.2.3. Der „Baby-Monat“ im öffentlichen Dienst	84
4.2.4. Frühkarenzen bei gleichgeschlechtlicher Elternschaft und Adoption.....	85
4.3. Vergleich der Rechtslage für Geburtsmütter gegenüber anderen Elternteilen: Ausblick in die Theoriekapitel.....	89
4.3.1. Obligatorische Zeitvorgaben, Vereinbarung oder Anspruch	90
4.3.2. Finanzierung	92
4.3.3. Kündigungs- und Entlassungsschutz.....	93
4.3.4. Zeitraum und Dauer.....	93
4.3.5. Fazit des Vergleichs	94
5. Mutter- und Elternschutz im Lichte der Gleichbehandlung	95
5.1. Mutterschutz und positive Maßnahmen – (Keine) Ausnahmen vom Gleichbehandlungsgebot?	96
5.2. Diskriminierung als Schwangere und Mutter oder als Frau?	99
5.3. Diskriminierung von Vätern.....	100
5.3.1. Diskriminierte Väter und feministisches Unwohlsein.....	101
5.4. EuGH-Rechtsprechung zu Frauen vorbehaltenen Regelungen im Kontext von Vereinbarkeit von Familien- und Erwerbsarbeit	102
5.4.1. Kommission gegen Italien 1983: Die natürlich rechtliche Situation der Geburt..	104
5.4.2. Hofmann 1984: Ideologie von Mutterschaft	105

5.4.3. <i>Kommission gegen Frankreich</i> 1988: Zur Vergleichbarkeit der Situation von Vätern und Müttern	106
5.4.4. <i>Hill and Stapleton</i> 1998: Vergeschlechtlicht verschiedene Familienpflichten? ..	108
5.4.5. <i>Lommers</i> 2002: Die Gefahr der Reproduktion von Rollenbildern	109
5.4.6. <i>Roca Álvarez</i> 2010: Ein Vater im „Stillurlaub“	112
5.4.6.1. Subsidiarität des Anspruchs: Ein Fuß in der Tür für Väter	114
5.4.7. <i>Maistrellis</i> 2015: Väterurlaub als Mittel zur Gleichberechtigung	116
5.4.8. Zwischenfazit zur Rechtsprechung des EuGH	117
6. Überlegungen zu Gleichheit und Differenz	119
6.1. <i>Martha Minows (Einwände zum) „Dilemma der Differenz“</i>	121
6.1.1. Vorannahmen herausfordern: „Weibliche“ Lebensrealitäten als Maßstab	125
6.1.2. Mütter als alternativer Ausgangspunkt: Eine berechtigende Perspektive	129
6.2. <i>Wessen Dilemma? Verkomplizierungen innerhalb der Gruppe „Frauen“</i>	131
6.2.1. Creating difference by noticing it: Reproduktion von Rollenbildern	131
6.2.2. Unterschiedliche Maßnahmen, Frauen und Effekte	136
6.2.3. Ungleiche Umverteilung von Arbeit unter Frauen	141
6.2.4. Vergeschlechtlichte Arbeitsteilung als gemeinsamer Nenner: Umverteilung unbezahlter Arbeit an Männer statt unter Frauen	143
6.2.5. Elternrechte als zwingendes Arbeitsrecht: Eine verpflichtende Perspektive	146
6.3. Zwischenfazit	150
7. Elternrechte im Lichte von Autonomie	151
7.1. <i>Heranführung an einen bedingten Autonomiebegriff</i>	152
7.2. <i>Äußere Bedingtheit von Autonomie: Das Recht und die Verfügbarkeit adäquater Handlungsmöglichkeiten</i>	155
7.2.1. Gleichheit als Kriterium für die Adäquanz von Handlungsmöglichkeiten	158
7.2.2. Gleichheit, Adäquanz und Mutterschutz	160
7.3. <i>Innere Autonomiebedingungen: Personale Autonomie und die (relative) Abwesenheit von Zwang</i>	162
7.3.1. Zwischen (relativer) Unabhängigkeit und falschem Bewusstsein	164
7.4. <i>Österreich – a republic of choice? Die Fälle Gruber und ÖGB als Überleitung zur Frage der Freiwilligkeit</i>	167
8. Grenzen der Freiwilligkeit: Elternkarenz & Heteronormativität	171
8.1. <i>Österreichische Rechtslage: Karenzregelungen, Kinderbetreuungsgeld und Anreize zur Partnerschaftlichkeit</i>	172
8.1.1. Der gleiche eigenständige Anspruch für beide Elternteile	173

8.1.2. Karenzregelungen nach MSchG und VKG	174
8.1.2.1. Teilbarkeit und Flexibilität der Karenz	176
8.1.2.2. Anrechenbarkeit und Pensionsansprüche	177
8.1.3. Kinderbetreuungsgeld und Anreize zur partnerschaftlichen Aufteilung.....	178
8.2. <i>Empirie zur Inanspruchnahme von Elternkarenzen durch Männer und Frauen</i>	181
8.3. <i>Heteronormativität als außerrechtliche Beschränkung innerer Autonomie</i>	184
8.3.1. Zum Begriff der Heteronormativität im Kontext von Familie	186
8.3.2. Mutterschaft: Körperlichkeit und Traditionalisierung	189
8.3.2.1. Das Stillen	190
8.3.3. Bewertung von Arbeit und Präferenzbildung.....	192
8.3.4. <i>Rationale Entscheidung und ökonomischer Zwang</i>	193
8.3.5. Innerfamiliäre Machtbeziehungen.....	194
8.4. <i>Zwei Ansätze zur Väterbeteiligung: Anreizsystem oder Quote?</i>	196
8.4.1. Anreizsysteme	196
8.4.2. Väterquote/Elternquote: Norwegen und Island	197
8.5. <i>Zwischenfazit: Freiwilligkeit, Autonomie und Väterquoten.....</i>	200
9. Fazit und Ausblick.....	202
10. Literaturverzeichnis	207
11. Judikaturverzeichnis	224
11.1. <i>Europäischer Gerichtshof</i>	224
11.2. <i>OGH</i>	225
11.3. <i>Andere Entscheidungen</i>	226
12. Abstract (deutsch)	227
13. Abstract (English).....	228

1. Einleitung

Eine Idealanforderung an das Recht ist es, Menschen in ihrer möglichst autonomen Lebensgestaltung zu unterstützen. Als Rahmen für die gesellschaftliche Organisation und Verteilung von Arbeit hat das Recht dieses Potential, es kann sich aber auch hindernd auf die Handlungsmöglichkeiten von Menschen auswirken.¹ Denn wird Autonomie als abhängig von inneren und äußeren Bedingungen verstanden und das Recht als eine dieser Bedingungen, so ist seine Gestaltung wesentlich dafür, ob und wie Menschen sich darin, darunter und damit bewegen können.² In einer Welt, in der die meisten Menschen ein Einkommen aus Erwerbsarbeit erwirtschaften müssen, um sich und gegebenenfalls auch andere zu erhalten, ist die rechtliche Regulierung dieser Arbeitswelt für ihre Lebensgestaltung maßgeblich.³ Zugleich ist die Organisation bezahlter Arbeit immer in Zusammenhang mit der Organisation unbezahlter Arbeit zu sehen. Menschen sind darauf angewiesen, ihr Leben mit den Anforderungen des Erwerbs vereinbar zu machen, für Frauen – die zusätzlich die überproportionale Last der unbezahlten Arbeit im Privaten tragen – ist dies um so schwieriger.⁴

Eine lange Tradition feministischer Rechtswissenschaften und inzwischen ein weitgehend etablierter Gleichstellungsdiskurs anerkennen diese doppelte Belastung von Frauen und versuchen die Vereinbarkeit von Familienleben und Beruf mit rechtlichen Interventionen zu erleichtern. Soweit allerdings der Fokus allein auf der Erwerbstätigkeit von Müttern liegt, drohen Vereinbarkeitsmaßnahmen die vergeschlechtlichte Arbeitsteilung zu reproduzieren. Die unverhältnismäßig hohe Involviertheit von Frauen in unbezahlte Sorge- und Reproduktionsarbeiten, in Kinderbetreuung und Haushalt ist im Verhältnis dazu zu sehen, dass Männer diese Arbeit nicht leisten. Zwar zwingt auch die starke Verknüpfung von Männlichkeit und Erwerbsarbeit Männer in bestimmte Rollen und beschränkt insofern ihre Handlungsräume, doch profitieren sie von der unbezahlten Arbeit durch Frauen: Sie werden von der Doppelbelastung verschont und dominieren auf dem Arbeitsmarkt.⁵ Entsprechend kann die verstärkte Integration von Frauen in den Erwerbsbereich allein die geschlechtsspezifische und -hierarchische Arbeitsteilung nicht beenden,⁶ dieses Ziel kann erst durch eine damit einhergehende Umverteilung von Sorgearbeit an Männer erreicht werden.

Die vorliegende Dissertation befragt vor diesem Hintergrund die derzeit geltende österreichische Rechtslage zu Vereinbarkeit von Beruf und Familie, insbesondere die Regelungen zu Mutterschutz und Väterfrühkarenzen (Papa bzw Baby-Monat), auf ihre Eignung zur Förderung einer ausgewogenen Verteilung von Kinderbetreuungsaufgaben zwischen Männern und Frauen. Einleitend wird zum besseren Verständnis die Geschichte

¹ Vgl. Holzleithner, Kritische Justiz 2008, 250-256.

² Ausführungen und Nachweise in Kapitel 7; Raz, Morality of Freedom 1986; Rössler, Autonomie 2017, Holzleithner, Dimensionen 2011, Wapler, Kinderrechte und Kindeswohl 2015.

³ Vgl. Rössler, Deutsche Zeitschrift Für Philosophie 2012.

⁴ Der Anteil der männlichen Kinderbetreuungsgeldbezieher lag laut Statistik Austria zwischen 2008 und 2017 konstant unter 5%: Kinderbetreuungsgeldbezieherinnen und -bezieher nach Geschlecht 2008 bis 2017 vom 14.09.2018,

www.statistik.at/web_de/statistiken/menschen_und_gesellschaft/soziales/sozialleistungen_auf_bundesebene/familienleistungen/index.html (2.5.2019).

⁵ Becker-Schmidt in Becker/Kortendiek 2010, 72.

⁶ Wöhl in Kortendiek/Riegraf/Sabisch 2019, 81.

dieser Normen dargestellt sowie eine Analyse ihrer Zwecksetzungen unter Bezugnahme auf den internationalen rechtlichen Rahmen getroffen. Selbstverständlich gibt es viele Familien, die nicht aus Vater, Mutter und Kindern bestehen, ihren Bedürfnissen muss das Recht ebenso gerecht werden. Bei der Darstellung der geltenden Rechtslage wird jeweils darauf eingegangen, ob diese im Fall von gleichgeschlechtlicher Elternschaft, Adoptiv- oder Pflegeelternschaft gerechtfertigte Abweichungen oder aber Schutzlücken enthält, und knapp danach gefragt, ob und wie das Recht auf die besonderen Bedürfnisse von Alleinerziehenden reagiert. Der Schwerpunkt der Arbeit liegt aber auf der vergeschlechtlichten Arbeitsteilung zwischen Männern und Frauen und insbesondere auf der Verteilung von Sorgearbeit in Familien mit verschiedengeschlechtlichen Eltern in aufrechter Beziehung.

Derzeit differenziert das Recht bei der Zuerkennung von Rechten unter Eltern nach Geschlecht sowie nach biologischer und rechtlicher Beziehung zum Kind. Das Mutterschutzgesetz (MSchG) spricht der Geburtsmutter einen obligatorischen Urlaub von 16 Wochen zu, während Väter und zweite Elternteile freiwillige, kürzere Zeiten nehmen können.⁷ Ein Rechtsanspruch auf diesen sogenannten Papa-Monat wird aktuell diskutiert,⁸ bislang ist er in den meisten Branchen noch von einer Vereinbarung mit dem oder der Arbeitgeber_in abhängig. Damit eröffnen diese Regelungen geschlechtsspezifisch unterschiedliche Möglichkeiten zur Unterbrechung der Erwerbstätigkeit anlässlich der Geburt eines Kindes.

Der Mutterschutz als zwingendes Arbeitsrecht, ausgestattet mit einem besonderen Kündigungsschutz sowie dem Wochengeld als Einkommensersatz, ermöglicht es Frauen, dem Arbeitsplatz in dieser Zeit weitgehend ohne Sorge um ihren Lebensunterhalt fern zu bleiben, er ist allerdings auch seitens der Arbeitnehmerin nicht disponierbar. Der obligatorische Charakter des Mutterschutzes ist dennoch, wie das zwingende Arbeitsrecht im Allgemeinen, nicht als Beschränkung der Willensfreiheit der Arbeitnehmerin, sondern als Schutz vor übermäßigem Einsatz durch den oder die Arbeitgeber_in und somit als Erweiterung ihrer Handlungsmöglichkeiten zu sehen.⁹ Das Familienzeitbonusgesetz (FamZeitbG) bietet demgegenüber eine eher schwache Basis für die Verhandlung von Elternzeiten durch Väter bzw zweite Elternteile.

Bei der Karenz sind Eltern hingegen unabhängig von Geschlecht und Beziehung zum Kind gleichgestellt,¹⁰ dennoch nehmen Mütter ihr Recht öfter und vor allem auch ausführlicher in Anspruch als Väter.¹¹ Während bei den geschlechtsspezifisch unterschiedlichen Regelungen für den Zeitraum um die Geburt die nachfolgende Auseinandersetzung vor allem darum kreist, wie das Recht durch diese Differenzierung unterschiedliche Handlungsoptionen für Väter und Mütter bereitstellt und damit die Entscheidung über die innerfamiliäre Aufgabenverteilung vor- und mitstrukturiert, geraten bei der formal für beide Elternteile

⁷ Vgl §§ 3, 5 MSchG; § 2 FamZeitbG.

⁸ NN, Rechtsanspruch auf Papa-Monat kommt, *diepresse.at* v 12.6.2019, <https://diepresse.com/home/innenpolitik/5643242/Rechtsanspruch-auf-PapaMonat-kommt> (17.6.2019).

⁹ Vgl *Rebhahn*, wbl 1996, 58.

¹⁰ §§ 15ff MSchG; § 1 Abs 1a, § 2 VKG.

¹¹ Vgl zB *Statistik Austria*, Kinderbetreuungsgeldbezieherinnen und -bezieher nach Geschlecht 2008 bis 2017 vom 14.09.2018,

www.statistik.at/web_de/statistiken/menschen_und_gesellschaft/soziales/sozialleistungen_auf_bundesebene/familienleistungen/index.html (2.5.2019); *Mauerer in Musumeci/Santero* 2018, 183 – 207, ausführlich Kapitel 8.

gleich gestalteten Karenz die inneren Bedingungen autonomer Entscheidungen in den Blick. Geschlechternormen und heteronormative Familienorganisation wirken hier als außerrechtliche Zwänge begrenzend auf die Entscheidungsräume der Betroffenen und beeinflussen die paarinternen Ausverhandlungen zur Aufteilung der Karenzzeiten.

Neben der Frage der Autonomieförderung ist für diese Dissertation daher auch das Prinzip der Gleichheit zentral, ihm kommt innerhalb des Systems der unterschiedlichen Bedingungen autonomen Handelns große Bedeutung zu.¹² Anhand der gegenständlichen Rechtsnormen zeigen sich typische rechtstheoretische Probleme im Umgang mit Differenzen: Dass sowohl der geschlechtsspezifische Mutterschutz, als auch die geschlechtsneutrale Karenz auf je unterschiedliche Art mit der Reproduktion der vergeschlechtlichten Arbeitsteilung einhergehen, macht diese Problematik schließlich auch zu einem idealen Gegenstand, um sich der Auseinandersetzung mit dem sogenannten Dilemma der Differenz zu widmen.¹³ Dieses zeigt sich darin, dass Differenz, trotz gegenteiliger Absicht, sowohl durch ihre Anerkennung – in Form gruppenspezifischer Rechte – als auch durch formelle Rechtsgleichheit und scheinbar neutrale Regelungen reproduziert werden kann.

Aufgrund der körperlichen Dimension von Schwangerschaft und Geburt stellt sich die Frage der Differenzierung zwischen Männern und Frauen in ihrer Elterneigenschaft mit besonderer Brisanz. Rechtlich kommen sowohl eine Rechtfertigung als Mutterschutzmaßnahme als auch positive Maßnahmen zur Bekämpfung faktischer Ungleichheiten aufgrund der höheren Belastung von Frauen mit unbezahlter Arbeit in Betracht. Gerade in Bezug auf Letzteres lässt sich allerdings auf europäischer Ebene eine Entwicklung in der Rechtsauffassung nachvollziehen, die in der Berechtigung von Vätern das Potential zur Entlastung von Müttern und damit zu mehr Geschlechtergerechtigkeit sieht. Auch ich komme zu dem Schluss, dass die Adressierung von Vätern als Elternteile ein wesentlicher Schlüssel zu einer gerechteren Verteilung von Sorgearbeit ist. Diese These etablierte sich in der jüngeren Vergangenheit weitgehend, wie sich nicht nur im wissenschaftlichen Interesse an Fragen von Männlichkeiten, Vaterschaft und Care-Arbeit,¹⁴ das allein seit Beginn der Arbeit an dieser Dissertation 2015 stark zugenommen hat, zeigt, sondern auch in Mediendiskursen um „Neue Väter“¹⁵ und schließlich auch in einem Richtlinienvorschlag der Europäischen Kommission aus dem Jahr 2017, die einen freiwilligen Vaterschaftsurlaub von zehn Tagen empfiehlt.¹⁶ Dieser Vorschlag wurde am 4.4. 2019 vom Europäischen Parlament und am 13.6.2019 vom Rat der Europäischen Union angenommen.¹⁷ Demgegenüber ist die Forderung obligatorischer

¹² Holzleithner, Dimensionen 2011, 375.

¹³ Vgl Minow, Harvard Law Review 1987, 12, ausführlich Kapitel 6.

¹⁴ Vgl zB Heilmann et al, Männlichkeit und Reproduktion 2015; Musumeci/Santero, Fathers, Childcare and Work 2018; Heddendorp/Laß in Gerlach 2017, 71-103; Florian, Mut zum Rollentausch 2019; Behnke/Lengersdorf/Meuser in Kortendiek/Riegraf/Sabisch 2019, 1131-1139.

¹⁵ Vgl zB Lehner, Die Vorteile aktiver Vaterschaft. Kommentar der anderen, derstandard.at v 30.11.2018, https://derstandard.at/2000092834348/Die-Vorteile-aktiver-Vaterschaft?fbclid=IwAR2zftp2K8Mc_HVheyTUzZJI_8kN9ozZZ61iOxpWJcyCKBhFLfcB5HNYUMs (20.6.2019); Tragler, Die Angst der Väter vor der Karenz (Interview mit Arno Hraschan) derstandard.at v 27.9.2018, <https://derstandard.at/2000088119796/Die-Angst-der-Vaeter-vor-der-Karenz> (20.6.2019).

¹⁶ Kommission, Richtlinienvorschlag zur Vereinbarkeit von Beruf und Privatleben für Eltern und pflegende Angehörige und zur Aufhebung der Richtlinie 2010/18/EU des Rates, KOM (2017) 253 final.

¹⁷ Rat der EU, Pressemitteilung v 13.6.2019, Bessere Vereinbarkeit von Beruf und Privatleben in der EU für Eltern und pflegende Angehörige: Rat erlässt neue Vorschriften, www.consilium.europa.eu/de/press/press-

Elternzeiten für beide Elternteile noch unterentwickelt. Einige Rechtsordnungen kennen bereits eine Quotierung der Elternzeit, die diese ein Stück weit der Verfügung der Eltern entzieht und sich als effektives Mittel für mehr Väterbeteiligung erweist.¹⁸ Doch obligatorische Schutzfristen für Väter und zweite Elternteile, vergleichbar mit jenen für Mütter, fehlen weitestgehend.¹⁹ Auf autonomietheoretische Überlegungen gestützt möchte ich gerade eine solche, von den Bedürfnissen der Geburtsmutter ausgehende obligatorische Elternzeit für alle Eltern vorschlagen, die sich zugleich als Ausweg aus dem Dilemma der Differenz erweist.

1.1. Aufbau

Den Einstieg bildet eine historische Annäherung an den Mutterschutz als zentrales frauenspezifisches Arbeitsrecht. Der Fokus liegt dabei auf der Rechtsentwicklung in Österreich, wobei internationale Zusammenhänge immer wieder eine Rolle spielen und entsprechend einbezogen werden. Während der Mutterschutz seit 1884 in Österreich verankert ist, haben Männer erst seit 1990 die Möglichkeit, in Elternkarenz zu gehen. Dies lässt sich vornehmlich aus dem Umstand erklären, dass der Mutterschutz auf den Schutz der Gesundheit der Mutter zielt, ein gesundheitlicher Schutzzweck bei Vaterschaft hingegen schlicht nicht gegeben ist. Während heute für den Gesundheitsschutz gerade der Zeitraum der Schwangerschaft zentral erscheint, zeigt die historische Betrachtung hingegen, dass zunächst nur Wöchnerinnen vom Mutterschutz erfasst waren. Gerade beim nachgeburtlichen Mutterschutz sind auch Zwecke der Säuglingsbetreuung gegeben, diese können aus heutiger Perspektive grundsätzlich auch Väter betreffen – ein Gedanke, der sich allerdings erst nach und nach etabliert hat und mit veränderten Vorstellungen von Geschlecht und Familie Hand in Hand geht. Aus der Darstellung der historischen Debatten wird ersichtlich, dass eine Beschränkung von Elternrechten auf Frauen eine perpetuierende Wirkung auf die Verteilung von unbezahlter Sorgearbeit und Erwerbsarbeit zwischen den Geschlechtern hat. Soweit Rechte sich nicht nur auf den Gesundheitsschutz beziehen, sondern Arbeitnehmer_innen in ihrer Elterneigenschaft schützen, ist daher eine Ausdehnung auf Väter geboten.

Entsprechend folgt im 3. Kapitel eine eingehende Befassung mit den Zwecken des Mutterschutzes sowie mit jenen der noch jungen Väterfrühkarenzen bzw der Elternurlaube für beide Elternteile. Um sich einen umfassenden Überblick darüber zu verschaffen, welche Aspekte des Mutterschutzes berechtigterweise auf Geburtsmütter beschränkt sind, welche hingegen auch Zwecken dienen, die zweite Elternteile und Väter betreffen können, erscheint eine Einbeziehung internationaler Vorgaben geboten. Auffällig ist dabei, dass die Vorgaben in Dauer, Lage und Rechtsform durchaus große Unterschiede aufweisen bzw zulassen. So herrscht insbesondere keine Einigkeit darüber, ob die obligatorische Schutzfrist vor oder nach der Geburt zu liegen hat und wie lange diese sein sollte. So schreibt die Mutterschutzrichtlinie einen 14-wöchigen Urlaub vor, davon aber nur zwei Wochen obligatorisch, die je nach

releases/2019/06/13/better-work-life-balance-for-parents-and-carers-in-the-eu-council-adopts-new-rules/ (20.7.2019).

¹⁸ Zu Island, Schweden und Norwegen siehe überblicksmäßig *Schein, Corinna*, Väter und bezahlte Elternzeit – Ausgestaltungsmerkmale und Inanspruchnahme im europäischen Vergleich, in *Gerlach, Irene* (Hrsg.), *Elternschaft. Zwischen Autonomie und Unterstützung, Familie und Familienwissenschaft*, Wiesbaden 2017, 263-284, 272-275.

¹⁹ Eine Ausnahme bildet Italien, wo vier Tage obligatorischer Vaterschaftsurlaub vorgesehen sind, vgl *Addabbo et al* in *Blum et al*, *Internationale Review on Leave Policies and Related Research* 2018, 224.

Gepflogenheit der Mitgliedstaaten vor oder nach der Geburt liegen können. Teilweise können Rechte aus dem Mutterschutz an andere Betreuungspersonen übertragen werden. Der österreichische Mutterschutzurlaub mit 16 Wochen obligatorischer Schutzfrist erweist sich vor diesem Hintergrund als ungewöhnlich lange und unflexibel. Vor- und Nachteile obligatorischer gegenüber „nur“ berechtigender Urlaubsansprüche für Mütter wie für Väter und zweite Elternteile werden bereits an dieser Stelle grundlegend für die spätere Auseinandersetzung mit theoretischen Fragen der Autonomieförderung behandelt.

Anschließend an die Erarbeitung der Zwecke von Mutterschutz- und Elternrechten im Allgemeinen folgt in Kapitel 4 eine Darstellung der geltenden Rechtslage in Österreich. Neben dem Mutterschutzgesetz (MSchG) werden die relevanten sozialrechtlichen Normen sowie die Väterfrühkarenzen des öffentlichen Diensts und das noch junge Familienzeitbonusgesetz (FamZeitbG) besprochen. Der Geltungsbereich des MSchG umfasst Mütter, damit sind im österreichischen Recht Frauen gemeint, die Kinder geboren haben. Ich verwende daher zur Konkretisierung den Begriff der Geburtsmutter – und widme mich zu Beginn des Kapitels der Frage, welche Ausschlüsse das Recht durch diese Kategorisierung schafft. Soziale Mütter unterliegen nur teilweise dem MSchG, so haben auch Adoptiv- und Pflegemütter einen Anspruch auf Karenz aus dieser Rechtsgrundlage. Mütter im Sinne zweiter Elternteile nach § 144 ABGB, also Lebensgefährtinnen oder Ehegattinnen der jeweiligen Geburtsmutter, müssen sich demgegenüber für die Karenz auf das Väter-Karenzgesetz (VKG) stützen und haben einen Anspruch auf Familienzeit. Leihmutterschaft und die rechtliche Anerkennung von Transpersonen im Identifikationsgeschlecht ohne genitalverändernde Operationen fordern den Begriff der Mutter, als *Frau*, die ein Kind *gebirt*, heraus. Dabei stellt sich nicht nur die Frage, wie neue Formen von Elternschaft unter der geltenden Rechtslage gefasst werden können, sondern auch, ob Elternrechte besser unabhängig von Geschlecht und biologischer Beziehung zum Kind zustehen sollten. Selbst für den gesundheitsbezogenen Mutterschutz scheint eine Anknüpfung an den Umstand von Schwangerschaft und Geburt, die eben auch einen Transmann betreffen können, sinnvoller als an die Kategorie Frau.

Neben dem Geschlecht ist die Arbeitnehmerinneneigenschaft zentraler Anknüpfungspunkt für den Geltungsbereich des MSchG, womit auch Ausschlüsse, insbesondere betreffend freie Dienstnehmerinnen, verbunden sind, die abschließend zur Befassung des MSchG besprochen werden.

Das FamZeitbG sieht seit 2017 für Väter und zweite Elternteile die Möglichkeit einer Freistellung von etwa einem Monat anlässlich der Geburt eines Kindes vor, diese ist allerdings von der Zustimmung des oder der Arbeitgebers_in abhängig.²⁰ Im öffentlichen Dienst besteht demgegenüber bereits seit 2011 ein Rechtsanspruch auf einen solchen Papa- bzw Baby-Monat,²¹ eine entsprechende Reform soll noch 2019 allen Vätern und zweiten Elternteilen einen Anspruch zuerkennen.²² Diese Veränderung stellt eine wesentliche Verbesserung für die Rechtslage von Vätern und zweiten Elternteilen da, schließlich ist die

²⁰ Bundesgesetz über die Gewährung eines Bonus für Väter während der Familienzeit (Familienzeitbonusgesetz, FamZeitbG) BGBl 53/2016.

²¹ Budgetbegleitgesetz 2011, BGBl 111/2010, Art 121-134.

²² NN, Rechtsanspruch auf Papa-Monat kommt, *diepresse.at* v 12.6.2019,

<https://diepresse.com/home/innenpolitik/5643242/Rechtsanspruch-auf-PapaMonat-kommt> (17.6.2019).

juristische Form von Elternrechten als bloßes Antragsrecht, als Anspruch oder als zwingendes Recht maßgeblich für die reale Verfügbarkeit der jeweiligen Option für Arbeitnehmer_innen. Ein entsprechender Vergleich zwischen den bestehenden Rechten für Väter bzw zweite Elternteile und Geburtsmütter schließt dieses Kapitel ab.

Kapitel 5 widmet sich ausführlich der Frage von Mutterschutz und frauenspezifischen Elternrechten im Kontext der Gleichbehandlung. Einem substanziellen Verständnis von Gleichheit verpflichtet, erscheinen weder positive Maßnahmen noch Mutterschutzmaßnahmen als Ausnahmen vom Gleichbehandlungsgebot, sondern müssen als Mittel zu dessen Verwirklichung betrachtet werden.²³ Nur wenn die ungleichen Ausgangslagen innerhalb einer Gesellschaft vom Recht ernst genommen werden und entsprechend auf sie reagiert wird, kann davon gesprochen werden, dass Menschen in ihrer Unterschiedlichkeit als gleichwertig anerkannt werden.²⁴ Diese Annäherung wird durch eine Besprechung der Diskriminierungsverbote mit Blick auf Mütter und Väter ergänzt, die aus gendertheoretischer Perspektive durchaus kritisch, sowohl auf den Schutz von Frauen als Müttern, soweit er diese Begriffe gleichzusetzen droht, als auch auf reaktionäre Diskurse um die Rechte von Vätern blickt. Den Kern dieses Kapitels bildet schließlich ein Querschnitt der Rechtsprechung des EuGH zu Müttern vorbehaltenen Elternrechten im Lichte der Gleichbehandlungs-, der Mutterschutz- sowie der Elternurlaubsrichtlinie.²⁵ Die in Kapitel 3 ermittelten Zwecke bilden den Referenzrahmen, um hier eine Entwicklung von den 1980er Jahren bis in die Gegenwart nachzuvollziehen, in der sich nicht nur ein verändertes Verständnis männlicher und weiblicher Elternrollen zeigt, sondern auch unterschiedliche Herangehensweisen an das Dilemma der Differenz, mit welchem sich der Gerichtshof in diesen Fällen immer wieder konfrontiert sah. Diesem Dilemma, das die Schwierigkeit beschreibt, einen rechtlichen Umgang mit Differenz zu finden, der die besonderen Bedürfnisse marginalisierter gesellschaftlicher Gruppen wahrnimmt, ohne diese dabei wiederum als Anderes zu markieren und dadurch die zu bekämpfende Ungleichheit gleichwohl zu reproduzieren.²⁶

Dieser Herausforderung ist schließlich das 6. Kapitel gewidmet, in dem ich bemüht bin, Auswege aus diesem scheinbaren Dilemma aufzuzeigen. Bereits in der genauen Auseinandersetzung mit den von *Martha Minow* beschriebenen Voraussetzungen des Dilemmas erweist sich die Dekonstruktion bestimmter Vorannahmen über das Verhältnis von Norm und Differenz als Ansatzpunkt.²⁷ So liegt dem Diskurs über die Vereinbarkeit von Erwerb und Familie oftmals eine ungeschriebene männliche Norm zugrunde, an der gemessen die Bedürfnisse von Arbeitnehmer_innen mit Betreuungspflichten als Abweichung erscheinen. Alternativ könnte eine Orientierung an den Bedürfnissen eben solcher Arbeitnehmer_innen bei der Formulierung allgemeingültiger Elternrechte einen Ausweg aus dem Dilemma bieten. Darin ist bereits ein Gedanke angelegt, der in der

²³ Vgl für Mutterschutzmaßnahmen GA *Tesauro*, Schlussanträge zu EuGH, 5. 5. 1994, *Habermann-Beltermann*, C-421/92, I-01657, Rn 11; für positive Maßnahmen *Holzleithner* in *Scherr et al* 2017, 230.

²⁴ *Pöschl*, Gleichheit 2008, 162-163.

²⁵ Besprochen werden in diesem Zusammenhang: EuGH 16.10.1983, C-163/82, *Kommission v Italien*, ECLI:EU:C:1983:295; EuGH 12.7.1984, C-184/83, *Hofmann*, ECLI:EU:C:1984:273; EuGH 25.10.1988, C-312/86, *Kommission v Frankreich*, EU:C:1988:485; EuGH 17.6.1998, C-243/95, *Hill and Stapleton*, ECLI:EU:C:1998:298; EuGH 19.03.2002, C-476/99, *Lommers*, ECLI:EU:C:2002:183; EuGH 30.9.2010, C-104/09, *Roca Álvarez*, ECLI:EU:C:2010:561; EuGH 16.7.2015, C-222/14, *Maistrellis*, ECLI:EU:C:2015:473.

²⁶ *Holzleithner*, KJ 2008, 252; *Baer* in *Heinrich Böll Stiftung* 2010, 11.

²⁷ *Minow*, Harvard Law Review 1987, 31.

Intersektionalitätstheorie von *Kimberlé Crenshaw* weiterentwickelt wurde und der in der Forderung resultiert, die Bedürfnisse besonders marginalisierter Gruppen zum Ausgangspunkt für die Formulierung von Rechten zu machen.²⁸ Aus den an *Minow* und *Crenshaw* anschließenden Überlegungen heraus ergibt sich eine Perspektive der *Berechtigung* für alle Eltern. Ausgehend von den besonderen Bedürfnissen von Geburtsmüttern und der Setzung von derzeit vornehmlich weiblich konnotierten Lebensrealitäten als Norm können allgemeine Elternrechte entworfen werden. Dieser Vorschlag muss sich jedenfalls auch auf den zwingenden Charakter solcher Rechte beziehen, was ich im zweiten Teil des 6. Kapitels begründe. Darin stehen die vielfältigen Differenzen innerhalb der Gruppe der Frauen im Mittelpunkt – meines Erachtens lässt sich das scheinbar Dilemmatische negativer Effekte von Vereinbarkeitsmaßnahmen auf Frauen dadurch relativieren, dass diese teilweise den gegensätzlichen Interessen geschuldet sind, die Frauen als Angehörige unterschiedlicher gesellschaftlicher Gruppen vertreten. Die Auswirkungen sowohl von Mutterschaft als auch von Vereinbarkeitsmaßnahmen auf das Erwerbsleben von Frauen sind stets im Verhältnis dazu zu beurteilen, wie sich ihre Handlungs- und Entscheidungskompetenzen abseits des Rechts gestalten, was ganz maßgeblich mit ihrer sozioökonomischen Positionierung zusammenhängt.²⁹ So spielt es etwa eine wesentliche Rolle, ob über die Mittel verfügt wird, Sorge- und Reproduktionsarbeit auszulagern. Vor diesem Hintergrund gerät die ungleiche Umverteilung dieser Arbeit unter Frauen entlang von Klasse und Staatsbürger_innenschaft in den Blick. Wiewohl dabei die unterschiedlichen Positionen, Kämpfe und Interessen von Frauen beachtlich sind, ist es mein Anliegen, die vergeschlechtlichte Arbeitsteilung als ein gemeinsames Problem hervorzuheben, das durch die Umverteilung unbezahlter Sorgearbeit an Männer adressiert werden muss. Vor diesem Hintergrund tritt ergänzend zur Perspektive einer allseitigen *Berechtigung*, eine Perspektive der *Verpflichtung* durch Elternrechte hinzu. Das Prinzip der Gleichheit halte ich in diesem Kontext gerade in seinem bedingenden Verhältnis zu Autonomie für wertvoll: Substanzielle Gleichheit soll gewährleisten, dass Menschen die gleichen Möglichkeiten haben, ihr Leben selbstbestimmt zu leben.³⁰ Vor diesem Hintergrund schließt an die eingehende Befassung mit Gleichheitsfragen Kapitel 7 an, in dem der zentrale Begriff Autonomie lautet.

An *Elisabeth Holzleithner*, *Joseph Raz* sowie *Beate Rössler* und *Friederike Wapler* anschließend begreife ich Autonomie als von verschiedenen inneren wie äußeren Bedingungen abhängig. Nicht nur müssen ausreichend adäquate Lebensgestaltungsmöglichkeiten bereitstehen, Menschen müssen intellektuell und emotional in der Lage sein, diese Optionen zu reflektieren, und befähigt werden, sie in relativer Unabhängigkeit von äußeren Zwängen zu ergreifen.³¹ Das Recht spielt dabei eine wichtige Rolle, es kann Optionen gestalten, verteilen, aber auch verwehren. In Bezug auf die erste Bedingung, die Bereitstellung von Optionen und deren Adäquanz, argumentiere ich, dass es notwendig ist, Müttern und Vätern die gleichen Rechte einzuräumen. Denn solange der

²⁸ „When they enter, we all enter“, *Crenshaw*, UCLF 1989, 167.

²⁹ Vgl. *Mandel*, Community, Work & Family 2011, 170.

³⁰ Vgl. *Maihofer* in *Baer/Sacksofsky* 2018, 44.

³¹ Vgl. *Holzleithner*, Dimensionen 2011, 374 (Vorhandensein eines adäquaten Bereichs von Lebensmöglichkeiten, intellektuell-emotionale Kapazitäten, relative Abwesenheit von Zwang und Manipulation); *Raz*, Morality of Freedom 1986, 372 (appropriate mental abilities, an adequate range of options, and independence).

Mutterschutz nur für Frauen eine verpflichtende Erwerbsarbeitsunterbrechung vorsieht, haben Väter bzw zweite Elternteile nicht dieselben Optionen – die Entscheidung über die Verteilung von Aufgaben im Zeitraum um die Geburt eines Kindes wird damit ein Stück weit vorgegeben und Eltern werden in ihrer Autonomie beschränkt. Mit Blick auf die zweite und dritte Bedingung autonomen Handelns, die personale Autonomie, die sowohl die individuellen Fähigkeiten zur Entscheidungsfindung als auch die relative Abwesenheit von Zwängen und Manipulationen bei diesem Prozess umfasst, muss allerdings eingelenkt werden, dass mit der Schaffung gleicher Rechte für beide Elternteile nicht genug getan ist. Probleme, die bereits im vorangegangenen Kapitel als Aspekte des Differenzdilemmas zu Tage traten, werden hier ergänzend autonomiebezogen theoretisiert, wobei sich wiederum die Erstreckung zwingender Normen auf zweite Elternteile und Väter als wesentlicher Ansatzpunkt erweist. Heteronormative Geschlechternormen beschränken als außerrechtliche Zwänge die personale Autonomie.³² Gerade in Bezug auf die frei aufzuteilende Elternkarenz zeigt sich, dass die Betonung der Wahlfreiheit für Familien für Männer eine ungleich größere Freiheit bedeutet als für Frauen.³³ Eine Auseinandersetzung mit diesem Aspekt der personalen Autonomie, der kontrovers auch als falsches Bewusstsein diskutiert wird, schließt in Zusammenschau mit zwei EuGH-Fällen betreffend die Freiwilligkeit der Entscheidung von Frauen zur Unterbrechung ihrer Erwerbsarbeit durch Elternkarenzen dieses Kapitel ab und leitet über in Kapitel 8.³⁴

Dieses Kapitel nimmt sich zu guter Letzt explizit der Frage der Freiwilligkeit ungleicher Arbeitsteilung zwischen Männern und Frauen anhand der Karenzzeiten an. Hier ist rechtlich bereits formelle Gleichheit zwischen Vätern und Müttern, auch im Fall von Adoption und Pflegekindschaft, gewährleistet. Zunächst wird in diesem Kapitel die geltende Rechtslage in diesem Bereich dargestellt und ein Einblick in die empirische Datenlage zur Inanspruchnahme der rechtlichen Möglichkeiten durch Männer und Frauen gegeben. Väter machen in Österreich in der jüngeren Vergangenheit durchschnittlich etwa 15 % der Zugänge zum Kinderbetreuungsgeldbezug aus, allerdings verringert sich ihr Anteil unter Berücksichtigung der Dauer der Bezugszeiten auf etwa 5 %.³⁵ Dass Väter trotz desselben eigenständigen Anspruchs auf Karenz, diese bei weitem nicht im selben Ausmaß beanspruchen wie Mütter, verdeutlicht noch einmal das Dilemma, dass Differenz sich eben auch durch scheinbar neutrale Regelungen reproduzieren kann. Wo das Recht die Aufteilungsentscheidung den Eltern überlässt, finden in deren Ausverhandlungen letztlich die relevanten Entscheidungen statt.³⁶ Wiewohl hier ganz unterschiedliche Faktoren als relevant gesetzt werden können und rechtlich grundsätzlich eine egalitäre oder auch eine überwiegende Betreuung durch den Vater möglich wäre, entscheidet sich die überwiegende Mehrheit der Paare zu einer traditionellen Aufteilung.³⁷ Geschlechternormen und heteronormativer Familienorganisation beeinflussen ihre Entscheidungen über die Aufteilung

³² Vgl Wapler in Baer/Sacksofsky 2018, 200, Holzleithner in Berghahn/Rostock 2009, 353; Rössler, Autonomie 2017, 42.

³³ Vgl Williams, NYU Law Review 1991.

³⁴ EuGH 8.6.2004, C-220/02, *Österreichischer Gewerkschaftsbund*, ECLI:EU:C:2014:2197; EuGH 14.9.1999, C-249/97, *Gruber*, ECLI:EU:C:1999:405.

³⁵ *Dremsek*, Väter in Elternkarenz 2014, 9.

³⁶ *Peukert*, Aushandlungen 2015, 273.

³⁷ Vgl *Rüling* in *Rehberg* 2008, 4779.

der Karenzzeit maßgeblich. Trotz stark gewandelter Familienideale und auch -realitäten spielen dabei naturalisierende Diskurse über Mütterlichkeit und frühkindliche Pflege eine wesentliche Rolle, wie ich anhand des Relevantsetzens der Stillfähigkeit zeigen werde.

Während im Zeitraum unmittelbar um die Geburt geschlechtsspezifisch unterschiedliche Optionen bereitgestellt sind und die Aufteilung der Aufgaben zwischen den Eltern mitstrukturieren, wirkt die damit eingeleitete Arbeitsteilung weiter fort und beeinflusst die Entscheidungen über die Teilung der beiden Eltern gleichermaßen zustehenden Karenz. Wiewohl hier jeweils unterschiedliche Varianten des Dilemmas der Differenz vorliegen, und verschiedene Bedingungen autonomen Handelns stärker in den Blick geraten, kann im Fazit gezeigt werden, dass in beiden Fällen zwingende Elternschutzrechte unter Einbeziehung der Väter bzw zweiten Elternteile wichtige Schritte zu einer egalitären Aufteilung der Arbeit wären. Eine mit dem Mutterschutz vergleichbare obligatorische kurzzeitige Freistellung von der Erwerbsarbeit anlässlich der Geburt oder Annahme eines Kindes, stärkt die Position zweiter Elternteile und Väter und vermag zugleich die differenzkonservierende und Frauen benachteiligenden Effekte exklusiver Mutterrechte zu reduzieren. Ein solcher kurzer Vaterschaftsurlaub mag das Potential haben, Männer auch zu späteren Zeitpunkten zu mehr Beteiligung zu motivieren, sich allein auf diesen Anreiz zu verlassen erweist sich jedoch als naiv. Vielmehr scheint auch bei der Karenz ein stärkerer Eingriff in die Aufteilung geboten, eine Quotierung der Elternzeiten nach isländischem Vorbild verringert zwar formal den Entscheidungsspielraum der Eltern, kann aber effektiv zu einer Angleichung der Handlungsspielräume von Männern und Frauen beitragen.

2. Geschichte und Zwecke des Mutterschutzes

Ausgehend von einer kurzen Betrachtung der historischen Genese des Mutterschutzes als Sonderarbeitsrecht für Frauen werde ich im folgenden Kapitel dessen Begründungen und Zwecke erarbeiten. Im Zentrum steht zunächst die Rechtsentwicklung in Österreich, wobei auch internationale Entwicklungen nicht außer Acht gelassen werden können. Dies nicht zuletzt deshalb, weil in einem nächsten Schritt die wesentlichen Zwecke und Maßnahmen zum Schutz unselbstständig erwerbstätiger Schwangerer und Wöchnerinnen ausdifferenziert werden sollen, wozu ein vergleichender Blick in unterschiedliche internationale Rahmenvereinbarungen, insbesondere die Mutterschutzrichtlinie, dienen wird. Von besonderem Interesse sind dabei die unterschiedlichen Zwecke des Mutterschutzes, die einerseits den Gesundheitsschutz, andererseits soziale Zwecke, wie die soziale Sicherheit der Mutter und die Versorgung sowie Betreuung des Kindes, umfassen.

Soweit nicht der gesundheitliche Schutz in Bezug auf die besondere Situation von Schwangerschaft und Geburt für eine Regelung bestimmend ist, fragt sich, inwieweit der Ausschluss sozialer Eltern und Väter gerechtfertigt ist. Während Mutterschutz eine frühe Errungenschaft der Arbeiter_innenbewegung und seit 1884 in Österreich geregelt ist, kennen wir die Elternkarenz für Väter erst seit 1990, den „Papa-Monat“ auf Gesetzesebene seit 2011, die Familienzeit erst seit 2017. Ergänzend zur Geschichte des Mutterschutzes werden auch diese Entwicklungen und die begleitenden Debatten im Folgenden skizziert.

2.1. Geschichte des Mutterschutzes in Österreich

Einleitend gehe ich auf die Entstehungsgeschichte des österreichischen Mutterschutzgesetzes ein. Dabei liegt mein Fokus auf der Einführung erster Schutzbestimmungen Ende des 19. Jahrhunderts und den diese begleitenden Argumenten der sozialistischen sowie der bürgerlichen Frauenbewegung. Darin versuche ich bereits, die unterschiedlichen Zweckbestimmungen hinter den Regelungen des Mutterschutzes, die grundlegend für die darauffolgende Analyse der geltenden Rechtstexte und deren Begründungen sind, herauszuarbeiten.

2.1.1. 19. Jahrhundert

Die schlechten Arbeitsbedingungen zur Zeit der Industrialisierung machten sämtlichen Arbeiter_innen zu schaffen. Für Frauen war die Situation zusätzlich erschwert; etwa durch niedrigere Löhne und fehlende Schutzbestimmungen im Zeitraum um die Geburt. Die Mütter- und Säuglingssterblichkeit war hoch, insbesondere unter Arbeiter_innen. Sie betrug 1902 für Wien insgesamt 20,2%, im Arbeiter_innenbezirk Favoriten sogar 26,2%.³⁸ Frauen waren gezwungen, Säuglinge mit in die Fabrik zu nehmen oder unerlaubt der Arbeit fern zu bleiben. Selbst Geburten am Arbeitsplatz waren keine Seltenheit. So war es zunächst die sozialistische Frauenbewegung, die den Diskurs um den Mutterschutz vorantrieb. Ihre Forderungen umfassten Wöchnerinnen- ebenso wie Schwangerenschutz, Arbeitszeitherabsetzungen für Schwangere auf sechs Stunden, finanzielle Anreize für das Stillen, Kündigungsschutz während der Zeit der in den 1880ern geschaffenen Beschäftigungsverbote und Lohnersatz in Höhe des durchschnittlichen Tageslohnes.³⁹ Auch die bürgerliche Frauenbewegung setzte sich für den Mutterschutz ein, wobei deren konservativer Flügel die Frauenerwerbstätigkeit eher als notwendiges Übel und den Mutterschutz als eine Art Notlösung sah.⁴⁰

1884 war Österreich schließlich das dritte europäische Land, das Mutterschutzregelungen einführte. Vorreiterin war die Schweiz gewesen, die mit dem Fabrikgesetz 1877 als erster Staat ein Arbeitsverbot von acht Wochen für Schwangere und Mütter erlassen hatte, wovon mindestens sechs Wochen nach der Geburt liegen mussten.⁴¹ Bereits 1864 hatte der Kanton Glarus ein sechswöchiges Beschäftigungsverbot für Wöchnerinnen beschlossen. Eine Beschränkung der Arbeitszeit nur für Kinder und Frauen war allerdings abgelehnt worden.⁴² Am Rande sei hier erwähnt, dass die vorgeschlagene Ausklammerung von Männern aus dem Schutzgesetz mit deren Freiheit begründet worden war, die nicht durch Arbeitszeitregelungen beschränkt werden sollte.⁴³ Schon ganz am Beginn der Debatte um den Mutterschutz und besondere Schutzrechte für Frauen trat somit die Frage zutage, ob Schutzgesetze durch Arbeitsverbote zugleich eine Freiheitsbeschränkung darstellen.

Hauser geht in ihren Ausführungen zur Rechtsgeschichte des Mutterschutzes auf dieses grundsätzliche Spannungsverhältnis zwischen Arbeitsschutz sprich Regulierung und dem „liberalen Programm der Wohlstandsmaximierung durch das freie Spiel der Marktkräfte“

³⁸ *Popp*, Schutz der Mutter und dem Kinde, 1910, 4.

³⁹ *Neyer* in *Gerhard* 1997, 755.

⁴⁰ *Neyer*, Risiko und Sicherheit 1990, 9.

⁴¹ *Hauser*, Anfänge der Mutterschaftsversicherung 2002, 19.

⁴² *Hauser*, Anfänge der Mutterschaftsversicherung 2002, 19.

⁴³ *Neyer* in *Gerhard* 1997, 745.

ein.⁴⁴ Sie meint, dass die Debatte um Arbeiterinnenschutz auch deshalb eine zentrale Rolle in dieser Auseinandersetzung einnahm, weil der Staat „ja nur für solche Menschen als bevormundender Beschützer eintreten [solle], denen Autonomie, Mündigkeit und politischer Einfluß ohnehin generell abgesprochen wurden“.⁴⁵ Mit Blick auf die Frage, inwiefern Frauen als „solche Menschen“ angesehen werden sollten, beobachtet sie einen Wandel in der Argumentation ab den 1870er bis in die 1890er Jahre: von der „öffentlich-rechtlichen Behinderung des weiblichen Geschlechts“ hin zu „dessen natürlicher Schwäche“.⁴⁶

In der Schweiz kam es in weiterer Folge zu einer Arbeitszeitreduktion für sämtliche Arbeiter_innen sowie zum ersten überkantonalen Mutterschutzgesetz. Auch über den Mutterschutz hinaus waren einige Geschlechtsspezifika vorgesehen, so waren das Nachtarbeitsverbot für Männer mit Ausnahmen versehen und Tätigkeitsbeschränkungen für verheiratete Frauen vorgesehen.⁴⁷ Die Schweiz hatte somit das damals weitreichendste Arbeitsschutzgesetz Europas.⁴⁸

Die ersten österreichischen Regelungen zum Schutz von Wöchnerinnen wurden im Bergbau getroffen.⁴⁹ In diesem Gewerbe, wie auch in anderen mit vergleichbar harter körperlicher Arbeit und mit Gefahren verbundenen Gewerben, war die Forderung nach Mutterschutz besonders laut geworden. Das „Gesetz über die Beschäftigung von jugendlichen Arbeitern und Frauenspersonen, dann über die tägliche Arbeitsdauer und die Sonntagsruhe beim Bergbaue“ sah vor, dass Frauen und Mädchen generell nur mehr für Arbeiten „über Tage“, das heißt nicht mehr wie bisher in der Grube eingesetzt werden durften.⁵⁰ Wöchnerinnen durften zudem vier bis sechs Wochen nach der Niederkunft nicht beschäftigt werden. Daraus, dass 1884 nicht nur der Einsatz von Wöchnerinnen, sondern auch generell der Einsatz von Frauen unter Tage verboten wurde, lässt sich schließen, dass bis dahin schwangere Arbeiterinnen sowie Wöchnerinnen unter Tage, das heißt im Bergwerk, eingesetzt worden waren. Bereits im Jahr nach seiner Einführung wurde dieses Beschäftigungsverbot vom Bergbau auf die gesamte Industrie und das Großgewerbe ausgedehnt.⁵¹ Mit derselben Novelle der Gewerbeordnung wurde auch die Kinderarbeit für unter 12-Jährige verboten, sowie der Einsatz von unter 18-Jährigen beschränkt. Bestimmte gefährliche oder gesundheitsschädliche Arbeiten sowie Nachtarbeit konnten auf dem Verordnungsweg für Jugendliche ausgeschlossen werden.⁵² Laut *Neyer* zielten die österreichische Politik jener Zeit und im Zuge dessen diese Ausdehnung vornehmlich auf den Schutz der Familie.⁵³

Von diesen ersten Mutterschutzbestimmungen war zunächst nur die Zeit *nach* der Entbindung erfasst, Wöchnerinnen durften „erst nach Verlauf von vier Wochen nach ihrer Niederkunft zu

⁴⁴ Hausen in Gerhard 1997, 720.

⁴⁵ Hausen in Gerhard 1997, 720.

⁴⁶ Hausen in Gerhard 1997, 721.

⁴⁷ Neyer in Gerhard 1997, 745 mVa Bundesgesetz betreffend die Arbeit in den Fabriken vom 23.3.1877.

⁴⁸ Neyer in Gerhard 1997, 745.

⁴⁹ Gesetz vom 21.6.1884 über die Beschäftigung von jugendlichen Arbeitern und Frauenspersonen, dann über die tägliche Arbeitsdauer und die Sonntagsruhe beim Bergbaue, RGBl 115/1884.

⁵⁰ § 3 iVm § 7 Gesetz vom 21.6.1884 über die Beschäftigung von jugendlichen Arbeitern und Frauenspersonen, dann über die tägliche Arbeitsdauer und die Sonntagsruhe beim Bergbaue, RGBl 115/1884.

⁵¹ Gesetz vom 8.3.1885 betreffend die Abänderung und Ergänzung der Gewerbeordnung, RGBl 22/1885, § 94.

⁵² Gesetz vom 8.3.1885 betreffend die Abänderung und Ergänzung der Gewerbeordnung, RGBl 22/1885, § 94.

⁵³ Neyer in Gerhard 1997, 754.

regelmäßigen gewerblichen Beschäftigungen verwendet werden“.⁵⁴ Eine Schutzfrist oder Verbote besonders schwerer Arbeiten für Schwangere gab es nicht. Zudem stand das genannte Beschäftigungsverbot für Wöchnerinnen für sich allein eher zahnlos da; es waren weder Ausgleichszahlungen noch eine Regelung über den Kündigungsschutz vorgesehen. Ein erzwungenes Beschäftigungsverbot ohne den notwendigen Kündigungsschutz brachte betroffene Arbeiterinnen in eine äußerst prekäre Lage. Da Arbeitgeber_innen für die Dauer des Beschäftigungsverbots häufig nicht auf die fehlende Arbeitskraft verzichten wollten oder konnten, führte eine Schwangerschaft oft zur Kündigung.⁵⁵ Zudem machte es der mit einem Beschäftigungsverbot verbundene Verdienstentgang auch für die Arbeiterinnen selbst schwer, sich an das Verbot zu halten.

Im Krankenversicherungsgesetz 1887 wurde erstmals ein Anspruch auf Wochengeld vorgesehen, allerdings stand dieser nur Pflichtversicherten und daher nur circa 11 % der Arbeiterinnen zu.⁵⁶ Zudem waren Landarbeiterinnen, Heimarbeiterinnen, Tagelöhnerinnen und Dienstbotinnen grundsätzlich nicht vom Wöchnerinnenschutz umfasst.

Zusammenfassend lässt sich feststellen, dass Österreich zwar im europäischen Vergleich bereits früh Mutterschutzregelungen eingeführt hatte, diese aber in ihrer damaligen Form nur geringen Einfluss auf die Lebensrealität der Arbeiterinnen nehmen konnten.⁵⁷

Bis zum Ersten Weltkrieg erfolgten immer wieder geringfügige Fortschritte, etwa im Bereich des Eisenbahnbaus, des Hochbaus und in ähnlichen Branchen.⁵⁸ Anträge der sozialdemokratischen Abgeordneten auf eine allgemeine Ausdehnung der Schutzbestimmungen fanden allerdings keine Mehrheit im Reichsrat.⁵⁹

In den Jahren 1914 bis 1918 nahm die Frauenerwerbstätigkeit kriegsbedingt zu. Um die notwendige Beschäftigung von Frauen zu ermöglichen, wurden die zuvor etablierten Beschäftigungsverbote des Mutterschutzes zunächst wieder verringert. Doch zwangen in Folge des Kriegs gesunkene Geburtenraten, hohe Frauenerwerbstätigkeit und die Zunahme von Fehlgeburten die Politik zu Maßnahmen.⁶⁰ 1917 wurde das Beschäftigungsverbot von vier auf sechs Wochen nach der Geburt erweitert und finanzielle Leistungen für Wöchnerinnen vorgesehen.⁶¹ Die Möglichkeit des Erhalts von Krankengeld für Wöchnerinnen bei Erwerbsverzicht sowie die Stillprämie in Höhe der Hälfte des Krankengeldes bis zur zwölften Woche nach der Geburt waren allerdings nicht zwingend vorgesehen,⁶² angesichts des Kriegszustandes wurden die neuen Regelungen nur wenig umgesetzt.⁶³

⁵⁴ Gesetz vom 21.6.1884 über die Beschäftigung von jugendlichen Arbeitern und Frauenspersonen, dann über die tägliche Arbeitsdauer und die Sonntagsruhe beim Bergbaue, RGBl 115/1884.

⁵⁵ Hausen in Gerhard 1997, 732-733.

⁵⁶ Neyer in Gerhard 1997, 756.

⁵⁷ Neyer in Gerhard 1997, 755.

⁵⁸ Neyer in Gerhard 1997, 756.

⁵⁹ Neyer in Gerhard 1997, 756.

⁶⁰ Neyer in Gerhard 1997, 756.

⁶¹ Kaiserliche Verordnung betreffend die Abänderung und Ergänzung der §§ 94 und 121 der Gewerbeordnung, RGBl 7/1917.

⁶² Gesetz vom 20.11.1917 betreffend Änderungen des Krankenversicherungsgesetzes, RGBl 457/1917, § 6 Abs 3,4.

⁶³ Neyer in Gerhard 1997, 756.

2.1.2. Erste Republik

Nach dem Krieg zogen bei den ersten Nationalratswahlen 1919 auch die ersten Frauen ins Parlament ein. Diese waren allesamt in der Frauenbewegung aktiv gewesen und brachten bald entsprechende Forderungen ein.⁶⁴ Die christlich-soziale Abgeordnete *Hildegard Burjan* forderte 1919 sogleich den Ausbau des Mutter- und Säuglingsschutzes.⁶⁵ Ihre Forderungen umfassten die Ausdehnung der Unterstützung auf alle – auch nicht erwerbstätige – Mütter, was wiederum die Bedeutung und den Schutz der Familie zentrierte.

Auch auf internationaler Ebene wurde der Mutterschutz vorangetrieben. Bald nach ihrer Gründung beschloss die *Internationale Arbeitsorganisation* (International Labour Organisation, ILO) mit dem Washingtoner Übereinkommen Nr 3 von 1919 Regelungen über den Mutterschutz.⁶⁶ Dieses sah den Schutz für Frauen vor sowie nach der Niederkunft, Unterstützungsleistungen und einen Kündigungsschutz vor. Österreich entsprach den dort festgelegten Standards damals noch nicht, 1921 wurde aber schließlich auch hier die erforderliche finanzielle Unterstützung während des Mutterschutzes umgesetzt, zudem wurden erstmals auch Schwangere von Mutterschutzleistungen erfasst.⁶⁷ Die neue Mutterhilfe umfasste die finanzielle Unterstützung aller versicherten Arbeiterinnen in Höhe des Krankengeldes für den Zeitraum von sechs Wochen vor sowie nach der Entbindung, sofern sie in diesem Zeitraum erwerbstätig waren.⁶⁸ Ein Arbeitsverbot bestand allerdings weiterhin nur nach der Entbindung. Auch Heimarbeiterinnen und Hausgehilfinnen wurden in die gesetzliche Krankenversicherung einbezogen, sie waren bis dahin von sämtlichen Mutterschutzbestimmungen ausgeschlossen gewesen. Allerdings wurde im Arbeiterversicherungsgesetz 1927 eine 26-wöchige Anwartsfrist für den Mutterschutz und die damit verbundenen finanziellen Leistungen vorgesehen, um ein zu starkes Hineindringen in die Versicherungen zu verhindern.⁶⁹

Besser gestellt waren Angestellte: Das Angestelltengesetz enthielt über die allgemeine Mutterhilfe hinausgehende Bestimmungen. Weibliche Angestellte „behalten den Anspruch auf das Entgelt während sechs Wochen nach ihrer Niederkunft“, ⁷⁰ zudem war es möglich die Arbeit auch sechs Wochen vor der Niederkunft niederzulegen. Angestellte Frauen durften zudem nicht aufgrund des durch die Schwangerschaft verursachten Dienstentfalls entlassen werden, die Beendigung galt in einem solchen Fall erst nach Ablauf von acht Wochen nach der Niederkunft.⁷¹

⁶⁴ Die ersten acht Frauen waren die Sozialdemokratinnen *Anna Boschek, Adelheid Popp, Emmy Freundlich, Therese Schlesinger, Amalie Seidel, Gabriele Proft, Lotte Furreg* sowie die christlich-soziale *Hildegard Burian*; *Parlamentsdirektion* (Hrsg.), *Frauen im Parlament* 2019.

⁶⁵ 53. Beilage zur Konstituierenden Nationalversammlung am 12.3.1919, <http://alex.onb.ac.at/cgi-content/alex?aid=spe&datum=0002&page=4078&size=45> (4.3.2019).

⁶⁶ ILO-Übereinkommen 3, Übereinkommen über die Beschäftigung der Frauen vor und nach der Niederkunft, 1919, am 13.6.1921 in Kraft getreten.

⁶⁷ Bundesgesetz betreffend die Änderung einiger Bestimmungen des Gesetzes über die Krankenversicherung der Arbeiter (VI. Novelle zum Krankenversicherungsgesetz), BGBl 170/1921.

⁶⁸ Art 1, VI. Novelle zum Krankenversicherungsgesetz.

⁶⁹ Bundesgesetz vom 1.4.1927, betreffend die Kranken-, Unfall- und Invalidenversicherung der Arbeiter (Arbeiterversicherungsgesetz), BGBl 125/1927.

⁷⁰ Bundesgesetz über den Dienstvertrag der Privatangestellten (Angestelltengesetz) BGBl 292/1921, § 8 Abs 4, 5.

⁷¹ Angestelltengesetz, BGBl 292/1921, § 9 Abs 2.

Aufgrund der Arbeitsmarktsituation kam es in den späten 1920er Jahren allerdings zu einem Rückgang der Inanspruchnahme unter den Berechtigten. Der erhöhten Männerarbeitslosigkeit der Zwischenkriegszeit sollte auch durch ein Zurückdrängen der Frauen aus dem Erwerbsleben begegnet werden.⁷²

2.1.3. Austrofaschismus und Nationalsozialismus

Das „bezeichnendste Merkmal austrofaschistischer Frauenpolitik war ihre Subsumierung unter der Thematik Familie“. ⁷³ Frauen wurden in erster Linie als Mütter definiert und ihr Tätigkeitsbereich auf das Häusliche als „natürlicher und gottbestimmter weiblicher Bereich“⁷⁴ festgelegt. Um diese Gedanken zu fördern und die entsprechende Organisation von Gesellschaft voranzutreiben, wurde das Mutterschutzwerk geschaffen, dessen Wurzeln in der katholischen Frauenorganisation lagen und das vorwiegend sozialkaritativ tätig war. Beim Aufbau holte sich die Leiterin *Mina Wolfring* Unterstützung aus Italien, wo unter *Mussolini* ein ähnliches Mutterschutzwerk aufgebaut worden war.⁷⁵ Das Mutterschutzwerk propagierte ein Idealbild von Familie, das kaum mit Frauenerwerbstätigkeit vereinbar war.⁷⁶ Die „Doppelverdienerverordnung“ bestimmte ein Doppelverdiener_innenverbot für Paare im öffentlichen Dienst und führte damit zum Ausschluss von Frauen aus demselben. Auf Arbeiterinnen hatte diese Maßnahme freilich weniger Auswirkung, zu sie betreffenden Veränderungen im Mutterschutz kam es erst nach dem „Anschluss“.

1940 wurden die deutschen Mutterschutzbestimmungen in der sogenannten „Ostmark“ in Kraft gesetzt.⁷⁷ Erstmals waren alle pflichtversicherten Arbeitnehmerinnen erfasst. Die deutschen Bestimmungen brachten ein Kündigungsverbot für den Zeitraum von sechs Wochen vor und nach der Geburt.⁷⁸ Ein Beschäftigungsverbot war, wie im österreichischen Angestelltengesetz, nur für die Zeit nach der Niederkunft vorgesehen, im Zeitraum davor waren Schwangere berechtigt, die Beschäftigung zu verweigern. Eine etwaige Entgeltfortzahlung war vereinbarungsabhängig. Zudem waren ein Entbindungsbeitrag und ein Wochengeld ab vier Wochen vor der Geburt bis zum Ende der Frist vorgesehen.

In typisch nationalsozialistischer Inszenierung kam es „pünktlich“ zum Muttertag 1942 zur Reform des Mutterschutzes durch das „Gesetz über den Schutz der erwerbstätigen Mutter“. ⁷⁹ Der kriegsbedingte Arbeitskräftemangel wog zudem schwerer als die ideologische Ablehnung von Frauenerwerbstätigkeit.⁸⁰ Die Beschränkung auf Pflichtversicherte entfiel, das Wochengeld wurde erhöht und der Schutz auf den Zeitpunkt des Bekanntwerdens der Schwangerschaft ausgedehnt. Für stillende Mütter verlängerte sich das Beschäftigungsverbot

⁷² Neyer, Risiko und Sicherheit 1990, 30.

⁷³ Kogler, *Femina Politica* 2012, 32.

⁷⁴ Kogler, *Femina Politica* 2012, 32.

⁷⁵ Kogler, *Femina Politica* 2012, 32.

⁷⁶ Ennsmann, *Frauenpolitik und Frauenarbeit im Austrofaschismus* 1993, 25.

⁷⁷ Kundmachung des Reichskommissars für die Wiedervereinigung Österreichs mit dem Deutschen Reich wodurch die dritte Verordnung zur Einführung von Arbeitszeitvorschriften in der Ostmark vom 23.1.1940 bekannt gemacht wird, GBlÖ 25/1940; das Gesetz über die Beschäftigung vor und nach der Niederkunft vom 16.7./29.10.1927, dRGI 325/1927.

⁷⁸ Gesetz über die Beschäftigung vor und nach der Niederkunft vom 16.7./29.10.1927, dRGI 325/1927, § 4.

⁷⁹ Gesetz zum Schutz der erwerbstätigen Mutter vom 17.5.1942, dRGI 321/1942.

⁸⁰ Leitner, DRdA 1992, 253-254.

auf acht Wochen. Zusätzlich waren Verbote von Überstunden, Nachtarbeit und Feiertagsarbeit für Schwangere und Mütter während der Stillzeit vorgesehen.

Hinter diesen starken Schutzbestimmungen steht die klare Intention, Frauen auf ihre Mutterrolle festzulegen und Anreize zu schaffen, sich möglichst der Kinderbetreuung zu widmen.⁸¹ Der Nationalsozialismus hatte 1933 auf einen lebendigen Diskurs über Mutterschutz aufbauen können und instrumentalisierte diesen nun durch dessen Integration in sein politisches Programm.⁸² Die nationalsozialistische Politik förderte ein in ihrem Sinn ideales Mutterbild, das sich insbesondere durch eine hohe Kinderzahl auszeichnete. Die pronatalistische Propaganda des Nationalsozialismus ist allerdings stets mit deren „sozialhygienischem Anspruch“ zusammenzudenken: Deutsche Familien wurden gefördert, während Angehörige verfolgter Gruppen zwangssterilisiert oder zu Schwangerschaftsabbrüchen gezwungen wurden. Schwangerschaftsabbrüche bei „deutschen“ Frauen standen hingegen unter Strafandrohung. Entsprechend waren Jüdinnen und Frauen, die nicht zur „Festigung des deutschen Volkstums“ beitrugen – eine Formel, die freilich in ihrer Unbestimmtheit willkürliche Ausschlüsse erlaubte – vom Geltungsbereich des Mutterschutzgesetzes ausgenommen.⁸³ Zudem zielte der nationalsozialistische Mutterschutz langfristig darauf, Frauen wieder stärker auf die Familie festzulegen.⁸⁴

2.1.4. Zweite Republik

Die nationalsozialistischen Mutterschutzregelungen wurden 1945 übergeleitet und in bereinigter Form Teil der österreichischen Rechtsordnung.⁸⁵ Ascher beschreibt für Deutschland, wo ebenfalls eine Überleitung des Mutterschutzgesetzes stattfand, dass dies mit der Weiterentwicklung gegenüber der vor dem Nationalsozialismus bestandenen Rechtslage argumentiert wurde.⁸⁶ Dies lässt sich auch auf Österreich umlegen.

Die übergeleiteten Regelungen blieben bis 1957 in Kraft und differenzierten bis dahin zwischen inländischen und ausländischen Frauen. 1952 erfolgte zunächst nur die Gleichstellung von sogenannten „Volksdeutschen“, das heißt „Personen deutscher Sprachzugehörigkeit, die staatenlos sind oder deren Staatsangehörigkeit ungeklärt ist“.⁸⁷ Diese selektive Ausweitung des Geltungsbereichs zeigt, dass die Diskriminierung der restlichen Ausländerinnen bewusst aufrecht erhalten wurde.⁸⁸ Während Leitner 1992 fragt, wie diese ausländerinnenfeindliche Geltungsbereichsregelung „als Relikt des nationalsozialistischen Fremdenhasses ganze zwölf Jahre in unserem wiedererrichteten demokratischen Österreich fortbestehen konnte“, ⁸⁹ lese ich dies heute mit geringerem

⁸¹ Neyer, Risiko und Sicherheit 1990, 35.

⁸² Hausen in Gerhard 1997, 729.

⁸³ § 1 Geltungsbereich, Gesetz zum Schutz der erwerbstätigen Mutter vom 17.5.1942 mit amtlicher Begründung, Erläuterungen durch H. Backendorf, Berlin 1944, vgl. auch Neyer in Gerhard 1997, 753.

⁸⁴ Neyer in Gerhard 1997, 753.

⁸⁵ Verfassungsgesetz vom 1.5.1945 über die Wiederherstellung des Rechtslebens in Österreich (Rechts-Überleitungsgesetz, R-ÜG), StGBI 6/1945.

⁸⁶ Ascher, Die Anwendung nationalsozialistischen Arbeitsrechts in der amerikanischen Besatzungszone 2018, 194.

⁸⁷ Bundesgesetz: Gleichstellung der Volksdeutschen mit den österreichischen Staatsbürgern auf dem Gebiet des Mutterschutzes, BGBl 167/1952.

⁸⁸ Leitner, DRdA 1992, 254.

⁸⁹ Leitner, DRdA 1992, 254.

Erstaunen als Zeichen des Fortwirkens nationalsozialistischen Gedankenguts in die Zweite Republik.

1957 trat das österreichische Mutterschutzgesetz (MSchG) in Kraft, es übernahm die bisherige Rechtslage weitgehend, brachte aber darüber hinaus die Gleichstellung sämtlicher Ausländerinnen und berücksichtigte zudem das ILO-Übereinkommen Nr 103.⁹⁰ Dieses war 1952 ergangen und sah längere, weiterhin vorrangig nachgeburtliche, Schutzfristen vor.

Die Neuregelung des MSchG brachte in der Folge ein absolutes Arbeitsverbot für sechs Wochen vor sowie sechs Wochen nach der Entbindung und einen Kündigungsschutz ab Bekanntwerden der Schwangerschaft bis vier Monate nach der Geburt. Eine wesentliche Neuerung stellte zudem die Einführung des (zunächst unbezahlten) Karenzurlaubs mit Kündigungsschutz von einem halben Jahr dar.⁹¹

In den 1970ern wurde das Mutterschutzgesetz erneut reformiert; 1974 wurde die Schutzfrist auf ihren heutigen Umfang von acht Wochen vor sowie nach der Geburt verlängert.⁹² Zudem wurden Verbote bestimmter belastender Tätigkeiten für Schwangere ergänzt.⁹³ 1979 kam es zu einer weiteren Reform, die dem MSchG weitgehend seine heutige Form gab.

1995 wurde die europäische Mutterschutzrichtlinie in Österreich umgesetzt.⁹⁴ Sie sieht mindestens 14 Wochen Mutterschaftsurlaub vor, wovon nur zwei Wochen obligatorisch zu gestalten sind und im Zeitraum unmittelbar vor und/oder nach der Geburt liegen müssen, dazu sogleich genauer.

2.2. Entwicklung internationaler Vorgaben

Im internationalen Bereich wurden wie erwähnt erstmals 1919 mit dem Washingtoner Übereinkommen Nr 3 der ILO Regelungen über den Mutterschutz festgelegt.⁹⁵ Es sah vor, dass eine Frau während der sechs Wochen nach ihrer Niederkunft nicht beschäftigt werden darf und berechtigt ist, die Arbeit zu verlassen, wenn sie ein ärztliches Zeugnis darüber beibringt, dass die Niederkunft voraussichtlich innerhalb von sechs Wochen stattfinden wird.⁹⁶ Das nachgeburtliche Verbot war absolut, das vorgeburtliche vom Betreiben der Mutter abhängig. Zudem waren finanzielle Unterstützung und Stillzeiten vorgesehen.

1952 wurde dieses Abkommen durch das Übereinkommen Nr 103 abgeändert. Nunmehr war ein Beschäftigungsverbot von mindestens zwölf Wochen vorgesehen, davon hatten mindestens sechs Wochen nach der Geburt zu liegen, die restlichen sechs Wochen waren nach innerstaatlicher Gesetzgebung aufzuteilen.⁹⁷ Die ergänzende Empfehlung Nr 95 schlug eine

⁹⁰ ErlRV zum MSchG 1957, 197 BlgNR 8. GP (gescanntes Original), 26.2.1957, 10.

⁹¹ Bundesgesetz vom 13.3.1957 über den Mutterschutz (Mutterschutzgesetz), BGBl 76/1957.

⁹² Bundesgesetz vom 6.3.1974, mit dem das Mutterschutzgesetz geändert wird, BGBl 178/1974, 1088.

⁹³ Bundesgesetz vom 6.3.1974, mit dem das Mutterschutzgesetz geändert wird, BGBl 178/1974, 1089.

⁹⁴ Richtlinie 92/85/EWG des Rates vom 19.10.1992 über die Durchführung von Maßnahmen zur Verbesserung der Sicherheit und des Gesundheitsschutzes von schwangeren Arbeitnehmerinnen, Wöchnerinnen und stillenden Arbeitnehmerinnen am Arbeitsplatz (zehnte Einzelrichtlinie im Sinne des Artikels 16 Absatz 1 der Richtlinie 89/391/EWG), BGBl 1995/434.

⁹⁵ ILO-Übereinkommen 3, Übereinkommen über die Beschäftigung der Frauen vor und nach der Niederkunft, 1919, am 13.6.1921 in Kraft getreten.

⁹⁶ ILO-Übereinkommen 3, Übereinkommen über die Beschäftigung der Frauen vor und nach der Niederkunft, 1919, am 13.6.1921 in Kraft getreten, Art 3.

⁹⁷ ILO-Übereinkommen 103, Übereinkommen über den Mutterschutz (Neufassung vom Jahre 1952) am 7.9.1955 in Kraft getreten, Art 3 Abs 2, 3.

Ausdehnung auf 14 Wochen vor.⁹⁸ Auch im erneuerten Übereinkommen stand, wie im früheren Abkommen und in den frühen österreichischen Regelungen, der nachgeburtliche Schutz im Vordergrund. Vorzusehen waren zudem ein Kündigungsschutz (Art 6) sowie ein Anspruch auf Mutterschaftshilfe in Form von Geld- und medizinischen Leistungen (Art 4). Österreich ratifizierte dieses Abkommen 1969, die Vorgaben waren aber bereits weitgehend im MSchG 1957 umgesetzt. Teilweise ging das MSchG auch über die Vorgaben des Übereinkommens hinaus, indem es etwa die Möglichkeit der Elternkarenz vorsah.

Auch die Europäische Sozialcharta 1961 sah ein Beschäftigungsverbot von insgesamt mindestens zwölf Wochen vor und nach der Niederkunft vor.⁹⁹

Der UN-Sozialpakt 1966 spricht hingegen in Art 10 Abs 2 nur von einer „angemessenen Zeit vor und nach der Niederkunft“, während der Mütter auch angemessen finanziell abgesichert werden sollen. Auch das Übereinkommen zur Beseitigung jeglicher Diskriminierung der Frau (CEDAW) sieht keine bestimmte Zeitspanne vor, normiert aber in Art 11 Abs 3, dass die Bereiche des Mutterschutzes in regelmäßigen Abständen anhand wissenschaftlicher und technischer Erkenntnisse überprüft werden sollten.¹⁰⁰ Auch der Gesundheitsschutz im Zusammenhang mit Schwangerschaft sollte demnach laufend mit dem Stand der Wissenschaft abgeglichen werden. Insbesondere Berufsverbote sollen mit Blick auf den „Schutz der Fortpflanzungsgesundheit“ auf „das absolut Notwendige“ reduziert werden, um zu vermeiden „dass die Chancengleichheit und Gleichberechtigung von Frauen im Erwerbsleben und auf dem Arbeitsmarkt durch unnötig gewordene Schutzbestimmungen eingeschränkt wird und negative Stereotype über die angebliche Schutzbedürftigkeit und Schwäche von Frauen beibehalten werden“.¹⁰¹

Seit 2002 ist in Österreich das neue ILO-Übereinkommen Nr 183¹⁰² zum Mutterschutz in Kraft, es trägt der CEDAW Rechnung und geht über das Übereinkommen Nr 103 hinaus. Es umfasst erstmals auch atypische Formen von Arbeit, also vom unbefristeten Vollzeitarbeitsverhältnis abweichende Beschäftigungen wie befristete, geringfügige oder Leiharbeitsverhältnisse. Es dehnt das Beschäftigungsverbot auf 14 Wochen aus, wovon sechs Wochen nach der Geburt liegen müssen. Auch ein über das frühere Abkommen hinausgehender Kündigungsschutz ist darin vorgesehen, er umfasst Schwangerschaft, Mutterschutzurlaub sowie eine innerstaatlich festzulegende darüberhinausgehende Frist. Zudem ist ein Rückkehrrecht an den Arbeitsplatz darin normiert.

Mit Blick auf die atypischen Beschäftigungen kam Österreich den Anforderungen 2016 zumindest teilweise nach, wobei freie Dienstnehmerinnen noch immer nicht den vollen Schutz des MSchG genießen und insbesondere keinen Anspruch auf Karenz haben. Dies wird weiter unten beim Geltungsbereich des MSchG ausführlich diskutiert.

⁹⁸ ILO-Empfehlung 95, Empfehlung betreffend den Mutterschutz, 28.6.1952, I.1.1 Mutterschaftsurlaub.

⁹⁹ Europäische Sozialcharta 1961, BGBl 1969/460, Art 8.

¹⁰⁰ UN-Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau (CEDAW) vom 18.12.1979, Resolution 34/180 der Generalversammlung der Vereinten Nationen; trat am 3.9.1981 völkerrechtlich in Kraft, BGBl 443/1982 (mit zwei Vorbehalten zu Art 7 lit b militärische Dienstleistungen und Art 11 Verbot der Nachtarbeit von Frauen ratifiziert).

¹⁰¹ Binder/Lempen in *Schläppi/Ulrich/Wytenbach*, CEDAW Kommentar, Art 11, Allgemein, Rn 72.

¹⁰² ILO-Übereinkommen 183, Übereinkommen über die Neufassung des Übereinkommens über den Mutterschutz 1952, am 7.2.2002 in Kraft getreten.

Ergänzend zum Übereinkommen Nr 183 erging 2002 auch die ILO-Empfehlung Nr 191,¹⁰³ die nahelegt den Mutterschutz teilweise zu flexibilisieren und eine freie Wählbarkeit der nicht-obligatorischen Zeiten zu ermöglichen.¹⁰⁴ Auch wird in der Empfehlung Nr 191 erstmals ein Eintrittsrecht des Vaters empfohlen: Art 10 sieht vor, dass im Fall des Todes, der Erkrankung oder sonstigen Verhinderung der Mutter vor dem Ende des Urlaubs der unselbstständig beschäftigte Vater des Kindes berechtigt sein soll, Urlaub entsprechend dem verbleibenden Teil des nach der Geburt liegenden Mutterschaftsurlaubs zu nehmen. Dies ist in Österreich nicht vorgesehen, andere europäische Staaten kennen aber solche Eintrittsrechte für Väter.¹⁰⁵ Auf Fragen der Flexibilität und Übertragbarkeit von Rechten aus dem Mutterschutz wird weiter unten bei den Zwecken genauer eingegangen.

Beide Elternteile sollten zudem im Sinne der Empfehlung Nr 191 nach Ende der Mutterschutzfrist Anspruch auf Elternurlaub haben; dem ist in Österreich durch § 6 Väter-Karenzgesetz (VKG) Rechnung getragen. Außerdem wird die Anrechenbarkeit von Mutterschutz und Elternzeiten als Dienstzeit, insbesondere für das Pensionsantrittsalter empfohlen.

Des Weiteren verbietet das ILO-Übereinkommen Nr 156 über die Chancengleichheit und Gleichbehandlung männlicher und weiblicher Arbeitnehmer_innen mit Familienpflichten von 1981 die Diskriminierung von Eltern.¹⁰⁶ Es ist ihren besonderen Bedürfnissen Rechnung zu tragen; insbesondere dürfen Arbeitsverhältnisse nicht aufgrund familiärer Verpflichtungen beendet werden. Dieses Abkommen differenziert nicht nach dem Geschlecht; es wurde von Österreich, wo Väter bisher während der Familienzeit keinen Kündigungsschutz genießen, nicht ratifiziert.¹⁰⁷

Ergänzend zum Übereinkommen Nr 156 erging die Empfehlung Nr 165 betreffend Arbeitnehmer_innen mit Familienpflichten.¹⁰⁸ Sie trat an die Stelle der Empfehlung Nr 123 betreffend die Beschäftigung von Frauen mit Familienpflichten aus dem Jahr 1965¹⁰⁹ und verweist insbesondere auf die Präambel der CEDAW-Konvention, wonach sich die Vertragsstaaten bewusst sind, dass „sich die traditionellen Rollen von Mann und Frau in der Gesellschaft und in der Familie wandeln müssen, wenn es zur vollen Gleichberechtigung von Mann und Frau kommen soll“.¹¹⁰ Daher ist auch eine Einbeziehung von Männern in

¹⁰³ ILO-Übereinkommen 183, Übereinkommen über die Neufassung des Übereinkommens über den Mutterschutz (Neufassung) am 7.2.2002 in Kraft getreten; BGBl 105/2004.

¹⁰⁴ ILO-Empfehlung 191, Empfehlung betreffend die Neufassung der Empfehlung betreffend den Mutterschutz 1952, 15.6.2000.

¹⁰⁵ Vgl zB Art 48 Abs 4 des spanischen Arbeitnehmerstatuts, EuGH 19.9.2013, C-5/12, *Montull*, ECLI:EU:C:2013:57, Rn 16.

¹⁰⁶ ILO-Übereinkommen 156, Übereinkommen über die Chancengleichheit und die Gleichbehandlung männlicher und weiblicher Arbeitnehmer: Arbeitnehmer mit Familienpflichten, 1981, am 11.8.1983 in Kraft getreten.

¹⁰⁷ ILO-Empfehlung 165 betreffend die Chancengleichheit und die Gleichbehandlung männlicher und weiblicher Arbeitnehmer: Arbeitnehmer mit Familienpflichten vom 3.6.1981.

¹⁰⁸ ILO-Empfehlung 165, Empfehlung betreffend die Chancengleichheit und die Gleichbehandlung männlicher und weiblicher Arbeitnehmer: Arbeitnehmer mit Familienpflichten, 3.6.1981.

¹⁰⁹ ILO-Empfehlung 123 betreffend die Beschäftigung von Frauen mit Familienpflichten vom 2.6.1965.

¹¹⁰ UN-Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau (CEDAW) vom 18.12.1979, Resolution 34/180 der Generalversammlung der Vereinten Nationen; trat am 03.09.1981 völkerrechtlich in Kraft, BGBl 443/1982, Präambel.

Vereinbarkeitsfragen geboten. Ein ähnlicher Wandel vollzog sich auch im europarechtlichen Bereich.

2.3. Europarechtsentwicklung

1992 wurde die Mutterschutzrichtlinie¹¹¹ als zehnte Einzelrichtlinie im Sinne des Art 16 Abs 1 der Arbeitsschutz-Rahmenrichtlinie¹¹² erlassen. Sie legt einheitliche Mindeststandards für den Gesundheitsschutz und die Verbesserung der Sicherheit von schwangeren Arbeitnehmerinnen, Wöchnerinnen und stillenden Arbeitnehmerinnen fest. Sie sieht in Art 8 14 Wochen ununterbrochenen Mutterschaftsurlaub vor, der „entsprechend den einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und/oder Gepflogenheiten auf die Zeit vor und/oder nach der Entbindung“ aufgeteilt werden kann. Hier fällt auf, dass die Richtlinie anders als andere Vorschriften weder den Zeitraum vor noch den nach der Geburt privilegiert. Selbst der obligatorische Anteil von mindestens zwei Wochen ist „entsprechend den einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und/oder Gepflogenheiten auf die Zeit vor und/oder nach der Entbindung“ aufzuteilen.

Zur Gewährleistung eines wirksamen Schutzes bestimmt die Richtlinie in Art 10 ein Kündigungsverbot vom Beginn der Schwangerschaft bis zum Ende des Mutterschutzurlaubs. Nach Art 11 müssen zudem die mit dem Arbeitsvertrag verbundenen Rechte, einschließlich der Fortzahlung des Entgelts und/oder des Anspruchs auf eine angemessene Sozialleistung, gewährleistet werden.

In Ergänzung legte die Änderungsrichtlinie zur ersten Gleichbehandlungsrichtlinie (RL 2002/73/EG) fest, dass nach Ablauf des Mutterschaftsurlaubs ein Anspruch besteht, wieder an den früheren oder einen gleichwertigen Arbeitsplatz zurückzukehren.

Auch vor Inkrafttreten der Mutterschutz-RL waren im Europarecht Mutterschutzregelungen vorhanden. Schon die Gleichbehandlungs-RL 1976 sah in Art 2 Abs 3 vor, dass „Vorschriften zum Schutz der Frau, insbesondere bei Schwangerschaft und Mutterschaft“, dem Gebot der Gleichbehandlung nicht entgegenstanden.¹¹³ Diese Formulierung ist angesichts der darin angelegten Gleichsetzung von „Frau“ und „Mutter“ problematisch, zur mit der historischen Genese von Frauenschutzrechten verbundenen Etablierung der Figur der besonders schutzwürdigen Arbeiterin bzw Frau komme ich weiter unten.

Auch die aktuelle Gleichbehandlungs-RL dient bekanntlich weiterhin der Erreichung der Gleichbehandlung von Männern und Frauen hinsichtlich des Zugangs zur Beschäftigung, des Aufstiegs, des Zugangs zur Berufsbildung sowie der Arbeitsbedingungen einschließlich der Entlassungsbedingungen.¹¹⁴ Jegliche Diskriminierung aufgrund des Geschlechts,

¹¹¹ Richtlinie 92/85/EWG des Rates vom 19.10.1992 über die Durchführung von Maßnahmen zur Verbesserung der Sicherheit und des Gesundheitsschutzes von schwangeren Arbeitnehmerinnen, Wöchnerinnen und stillenden Arbeitnehmerinnen am Arbeitsplatz, ABl L 348.

¹¹² Richtlinie 89/391/EWG des Rates vom 12.6.1989 über die Durchführung von Maßnahmen zur Verbesserung der Sicherheit und des Gesundheitsschutzes der Arbeitnehmer bei der Arbeit, ABl L 183.

¹¹³ Richtlinie 76/207/EWG des Rates vom 9.2.1976 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, ABl L 39.

¹¹⁴ Richtlinie 2006/54/EG des europäischen Parlamentes und des Rates vom 5.7.2006 zur Verwirklichung des Grundsatzes der Chancengleichheit und Gleichbehandlung von Männern und Frauen in Arbeits- und Beschäftigungsfragen (Neufassung) L 204/23. Sie stellt eine Neufassung und Zusammenfassung der

insbesondere unter Bezugnahme auf den Ehe- oder Familienstand soll vermieden werden. Wobei Art 28 Abs1 versichert, dass Vorschriften zum Schutz der Frau, insbesondere bei Schwangerschaft und Mutterschaft, dem nicht entgegenstehen.

In den Erwägungen zur aktuellen Gleichbehandlungsrichtlinie werden die Mitgliedstaaten zudem „ermutigt, die Möglichkeit zu prüfen“, auch Vätern ein individuelles, nicht übertragbares Recht auf Elternurlaub zuzuerkennen.¹¹⁵

Seit 1996 sieht die Elternurlaubs-RL explizit ein solches individuelles Recht für Väter vor.¹¹⁶ Sie wurde zu großen Teilen mit einer Novelle des MSchG und des 1990 eingeführten Eltern-Karenzurlaubsgesetzes (EKUG) 1999 umgesetzt.¹¹⁷ Inzwischen wurde die Elternurlaubs-RL durch die RL 2010/18/EU erneuert, die das individuelle, unübertragbare Recht auf Elternurlaub im Mindestausmaß von drei Monaten bis zum achten Lebensjahr des Kindes vorsieht.¹¹⁸ Sie beinhaltet zudem einen Kündigungsschutz sowie ein Rückkehrrecht, jedoch keine Regelungen über finanzielle Ersatzleistungen.

2008 legte die Europäische Kommission einen Richtlinienvorschlag zur Erweiterung des Mutterschutzes vor, dieser sah unter anderem eine Verlängerung des Beschäftigungsverbots auf 20 Wochen vor, davon mindestens sechs Wochen nach der Geburt. Der Vorschlag sah nicht nur angemessene Sozialleistungen, sondern vollen Lohnausgleich vor, er scheiterte allerdings in den Vermittlungsverhandlungen mit dem Rat aufgrund der als zu hoch angesehenen finanziellen Belastung für Arbeitgeber_innen bzw Sozialversicherungsträger.¹¹⁹

Der Vorschlag wurde schließlich 2015 zurückgenommen.¹²⁰ Ein neuer Vorschlag der Kommission beinhaltet nun einen Anspruch auf zehn Tage bezahlten Vaterschutzurlaub.¹²¹ Art 4 des Vorschlags sieht die Einführung eines individuellen Anspruchs auf einen Vaterschaftsurlaub im Ausmaß von mindestens zehn Arbeitstagen anlässlich der Geburt eines Kindes vor. Dieser Urlaub soll im Zeitraum rund um die Geburt genommen werden und muss eindeutig mit der Geburt zusammenhängen, er soll zudem mindestens in der Höhe des Krankengeldes vergütet sein. Der Richtlinienvorschlag wurde am 4.4. 2019 vom Europäischen Parlament und am 13.6.2019 vom Rat der Europäischen Union angenommen und wird noch im selben Jahr in Kraft treten.¹²²

Bestimmungen der Richtlinien 75/117/EWG, 76/207/EWG, 2002/73/EG, 86/378/EWG, 96/97/EG, 97/80/EG sowie 98/52/EG dar, und bestimmt das Außerkrafttreten dieser Richtlinien mit Wirkung vom 15.8.2009.

¹¹⁵ Gleichbehandlungs-RL 2006/54/EG, ErwGr 26.

¹¹⁶ Richtlinie 96/34/EG des Rates vom 3.6.1996 zu der von UNICE, CEEP und EGB geschlossenen Rahmenvereinbarung über Elternurlaub, ABI Nr L 145.

¹¹⁷ Bundesgesetz, mit dem das Mutterschutzgesetz 1979, das Eltern-Karenzurlaubsgesetz, das Karenzgeldgesetz, das Arbeitslosenversicherungsgesetz 1977 und das Karenzurlaubsgeldgesetz geändert werden, BGBl 1999/153.

¹¹⁸ Richtlinie 2010/18/EU des Rates vom 8.3.2010 zur Durchführung der von BUSINESSEUROPE, UEAPME, CEEP und EGB geschlossenen überarbeiteten Rahmenvereinbarung über den Elternurlaub und zur Aufhebung der Richtlinie 96/34/EG, L 68/13.

¹¹⁹ Thomasberger in *Burger-Ehrnhofer/Schrittwieser/Thomasberger*, Mutterschutzgesetz und Väter-Karenzgesetz, §§ 1, 2 MSchG, 27.

¹²⁰ Kommission, Pressemitteilung vom 1.7.2015, http://europa.eu/rapid/press-release_IP-15-5287_de.htm (16.4.2018).

¹²¹ Richtlinienvorschlag zur Vereinbarkeit von Beruf und Privatleben für Eltern und pflegende Angehörige und zur Aufhebung der Richtlinie 2010/18/EU des Rates, KOM (2017) 253 final, Begründung, 13.

¹²² Rat der EU, Pressemitteilung v 13.6.2019, Bessere Vereinbarkeit von Beruf und Privatleben in der EU für Eltern und pflegende Angehörige: Rat erlässt neue Vorschriften, www.consilium.europa.eu/de/press/press-releases/2019/06/13/better-work-life-balance-for-parents-and-carers-in-the-eu-council-adopts-new-rules/ (20.7.2019).

2.4. Eine kurze Geschichte der Elternkarenz für Väter

Während in einzelnen skandinavischen Ländern bereits in den 1970ern Väterkarenzen ermöglicht wurden,¹²³ sind auf europäischer und internationalrechtlicher Ebene erst seit den 1990er Jahren Schritte in diese Richtung gesetzt worden. So auch in Österreich, wo für Männer seit 1990 eine Elternkarenz möglich ist.

Ab den 1980er Jahren löste die Frage nach der Elternkarenz den Mutterschutz als dominanten Bezugspunkt in der Debatte um Elternschaft und Erwerbsarbeit ab. Bereits 1961, vier Jahre nach seiner Einführung, wurde der österreichische Karenzurlaub auf ein Jahr ausgedehnt und kurz darauf auch das Karenzurlaubsgeld eingeführt. An dieser Stelle soll nicht die gesamte Entwicklung der Karenz und des Kinderbetreuungsgeldes nachgezeichnet, sondern die Entwicklung eines Rechts für Väter beschrieben werden. In der heute geltenden Form hat die Elternkarenz eine maximale Dauer von zwei Jahren, der Anspruch auf eine Pauschalleistung nach dem Kinderbetreuungsgeldgesetz ist von der (vorangegangenen) Erwerbstätigkeit abgekoppelt, es besteht aber auch die Möglichkeit einer höheren einkommensabhängigen Leistung.¹²⁴

Nachdem in den Familienrechtsreformen der 1970er der Grundsatz der partnerschaftlichen Kindererziehung verankert wurde, mussten entsprechende Änderungen im Arbeitsrecht folgen.¹²⁵ Zudem brachte auch der mit der Karenz und dem Kinderbetreuungsgeld verbundene Gedanke der Honorierung *mütterlicher* Pflegearbeit, der aus feministischer Perspektive durchaus kritisiert wurde, immerhin das Potential zur Honorierung *elterlicher* und damit *väterlicher* Pflegearbeit mit sich. 1976 erfolgte in dieser Hinsicht ein kleiner Meilenstein, indem erstmals beiden Elternteilen und damit auch Männern ein Anspruch zugänglich gemacht wurde: der Anspruch auf Pflegefreistellung für ein im gemeinsamen Haushalt lebendes Kind.¹²⁶

Nachdem bereits in der 16. Legislaturperiode Initiativanträge eingebracht worden waren,¹²⁷ konnten sich die Regierungsparteien SPÖ und ÖVP 1989 auf die gemeinsame Einbringung eines Antrags auf Väterkarenz einigen.¹²⁸

Diese Entwicklung wurde nicht allorts begrüßt. Zum einen befürchtete die Arbeitgeber_innenseite negative Auswirkungen auf den Arbeitsmarkt, wenn nun auch Männer als Arbeitskräfte wegen Familienplanung ausfallen könnten. Zum anderen gab es aber auch Frauenorganisationen, die sich gegen die Aufweichung eines besonderen Schutzrechts für Arbeiterinnen wehrten.¹²⁹ Die Karenz für Männer wurde aber auch als ein wichtiger Schritt in

¹²³ Schweden räumte Männern 1972 als erstes europäisches Land ein Recht auf bezahlte Elternzeit ein, vgl. Schein in Gerlach 2017, 265.

¹²⁴ Genauer wird auf die geltende Rechtslage in Kapitel 8 eingegangen.

¹²⁵ 298/A 17. GP - Initiativantrag (gescanntes Original), Erläuterungen, 52.

¹²⁶ § 16 Angestelltengesetz, BGBl 390/1976.

¹²⁷ 1166 BlgNR 17. GP - AB NR (gescanntes Original), Ausschussbericht vom 8.11.1989, 1.

¹²⁸ Zunächst 298/A 17. GP - Initiativantrag (gescanntes Original), II-8926 BlgNR 17. GP, Elfriede Karl, Gabrielle Traxler, Hilde Seiler, 8.11.1989; schließlich gemeinsam: 309/A 17. GP - Initiativantrag (gescanntes Original), II-9192 BlgNR zu den Stenographischen Protokollen des Nationalrates, 17. GP, Elfriede Karl, Dr Marga Hubinek, Gabrielle Traxler, Rosemarie Bauer, Hilde Seiler, Ingrid Korosec, Dr Hans Hafner und Kollegen, 29.11.1989

¹²⁹ Neyer, Risiko und Sicherheit 1990, 57.

die richtige Richtung angesehen.¹³⁰ Freytag argumentierte etwa, solange der Karenzurlaub für Männer ausgeschlossen ist, werde die „alte Leier“ zu hören sein, Frauen wären „für hohe und höchste Positionen im Betrieb nicht geeignet, da sie ja Kinder bekommen, Mutterschutz in Anspruch nehmen und ein Jahr in Karenz gehen [könnten] und eine Einschulung für diese kurze Zeit schwierig und unrentabel ist“.¹³¹

1990 trat das Eltern-Karenzurlaubsgesetz (EKUG) schließlich in Kraft, in dem Männern das Recht eingeräumt wurde, in Karenz zu gehen, allerdings zunächst nur subsidiär zum Recht der Mutter.¹³² Zwar wurde dadurch eine Möglichkeit partnerschaftlicher Erziehungsarbeit geschaffen, die Rolle der Mutter als primär für die Erziehungsarbeit zuständige Person blieb allerdings erhalten. In der ersten Fassung war der Anspruch des Vaters gegenüber dem der Mutter nachrangig. Soweit beide unselbstständig erwerbstätig waren, konnte er ihn nur wahrnehmen, wenn sie darauf verzichtete. War nur der Vater unselbstständig beschäftigt, bestand sein Anspruch nur soweit die Mutter durch ihre selbstständige Tätigkeit verhindert war, das Kind selbst zu betreuen.¹³³ Damit waren Väter erstens nicht als gleichberechtigte Elternteile anerkannt, zweitens war durch die Abhängigkeit von der Erwerbstätigkeit der Frau die Möglichkeit einer Väterkarenz gerade in traditionellen Einverdienerhaushalten ausgeschlossen. Freilich wäre in solchen Konstellationen ohnehin die Finanzierbarkeit in Frage gestanden; das pauschale Kinderbetreuungsgeld reicht in den meisten Fällen nicht aus, um das Familieneinkommen zu ersetzen.

Seit 2000 gibt es einen eigenständigen Anspruch auf Elternkarenz für Väter.¹³⁴ Im Initiativantrag zu dessen Etablierung wurde auf das Problem hingewiesen, dass bei Arbeitslosigkeit der Mutter oder wenn diese sich in Ausbildung befand, kein Anspruch auf Karenzurlaub für den Vater bestand. Zugleich wurde auch vorgebracht, dass das „traditionelle Rollenbild, wonach Frauen vorrangig für die Betreuung des Kindes zuständig sind“, ¹³⁵ durch die bestehende gesetzliche Regelung bestärkt wurde. Dies könne nur durch die Beseitigung des abgeleiteten Rechtsanspruchs und die Einführung eines eigenständigen Anspruchs von Vätern auf Karenzurlaub geändert werden. Zudem stand die damalige Regelung im Widerspruch zur Elternurlaubsrichtlinie, die bereits seit 1996 einen eigenständigen Anspruch verlangte. So sieht diese einen Elternurlaub von vier Monaten pro Elternteil vor, wovon mindestens ein Monat jedem Elternteil individuell zusteht und wobei empfohlen wird, diesen nicht übertragbar zu gestalten.¹³⁶

Die Einbeziehung von Männern in die Karenzregelung zeigt eine begrüßenswert veränderte Wertvorstellung des Gesetzgebers, zugleich ist sie aber nicht als Allheilmittel anzusehen. Gerade im Zusammenhang mit dem Gender Pay Gap wurde bereits bei der Einführung der Elternkarenz für Väter prognostiziert, dass „bei der Entscheidung darüber, wer in diesem

¹³⁰ Freytag, juridikum 1989, 16-17.

¹³¹ Freytag, juridikum 1989, 16.

¹³² Bundesgesetz vom 12.12.1989 mit dem ein Karenzurlaub für Väter geschaffen wird (Eltern-Karenzurlaubsgesetz – EKUG), BGBl 651/1989.

¹³³ 1166 BlgNR 17. GP - Ausschussbericht NR (gescanntes Original), Ausschussbericht vom 8.11.1989, 2.

¹³⁴ Bundesgesetz, mit dem das Mutterschutzgesetz 1979, das Eltern-Karenzurlaubsgesetz, das Karenzurlaubsgeldgesetz, das Arbeitslosenversicherungsgesetz 1977 und das Karenzurlaubsgeldgesetz geändert werden, BGBl 153/1999.

¹³⁵ 502/A 20. GP - Initiativantrag, Antrag der Abgeordneten Karl Öllinger und Genossen betreffend ein Bundesgesetz, mit dem das Eltern-Karenzurlaubsgesetz (EKUG) geändert wird - eigenständiger Anspruch des Vaters auf Karenzurlaub, 16.7.1999.

¹³⁶ Elternurlaubs-RL 2010/18/EU, Erwägungen, 16.

ersten Jahr zuhause bleibt“,¹³⁷ in der Mehrzahl der Fälle die Mutter dies tun würde. Das Argument, dass der Mehrverdienst des Mannes „oft unentbehrlich“ ist und „eine partnerschaftliche Beziehung [...] zum Luxus“¹³⁸ macht, hat auch heute noch Gewicht. Hier stellt das einkommensabhängige Kinderbetreuungsgeld ab 2007 eine wichtige Verbesserung dar.¹³⁹ Dass eine ausreichende Finanzierung wesentlich für die Inanspruchnahme von Elternrechten ist, wurde anhand der Geschichte des Mutterschutzes deutlich gemacht. Insofern verwundert es wenig, dass auch für die Beteiligung von Vätern an Karenzzeiten die Finanzierung eine wesentliche Rolle spielt.¹⁴⁰ Allerdings zeigt sich ebenso, dass auch dieser Anreiz nicht ausgereicht hat, Väter auch nur zu einer im Vergleich zu Müttern annähernd gleichen Inanspruchnahme zu bewegen.¹⁴¹

Die Auseinandersetzung mit Elternrechten für Väter kreiste zunächst vor allem um die Elternkarenz. Diese beginnt frühestens mit Ende der Beschäftigungsverbote des MSchG. Die Rolle von Vätern in der Zeit unmittelbar um die Geburt und in den ersten Lebensmonaten des Säuglings ist erst seit kurzem Gegenstand rechtlicher Normierung. Kurze Frühkarenzen gibt es im öffentlichen Dienst seit 2011.¹⁴² Diese Frühkarenzen, besser bekannt als Papa- oder Baby-Monat, umfassen den Zeitraum direkt nach der Geburt eines Kindes. Sie können parallel zum Beschäftigungsverbot der Mutter genommen werden und ermöglichen es somit, dass beide Eltern in den ersten Wochen beim Kind und bei einander sein können.

Gemeinsame Betreuungszeiten sind in Österreich ansonsten nur anlässlich des erstmaligen Betreuungswechsels beim Kindergeldbezug möglich, grundsätzlich darf sich stets nur ein Elternteil in Karenz befinden. Seit 2017 gibt es schließlich die flächendeckende aber rechtlich sehr schwach ausgestattete Familienzeit.¹⁴³ Diese brachte auch den Familienzeitbonus, der eine Verbesserung gegenüber dem bis dahin unbezahlten Papa-Monat darstellt, doch ist diese Pauschalleistung mit ca 22€ pro Tag gering, zudem wird dieser „Bonus“ auf den Kinderbetreuungsgeldanspruch angerechnet. Ab 2019 wird es schließlich für alle Branchen einen Rechtsanspruch auf den Papa- bzw Baby-Monat geben, zudem wird ein Kündigungsschutz ergänzt.¹⁴⁴ Bei diesen Frühkarenzen sind gleichgeschlechtliche Elternpaare gegengeschlechtlichen gleichgestellt, auf die geltende Rechtslage sowie den jüngsten Beschluss zum Rechtsanspruch für Frühkarenzen wird weiter unten genauer eingegangen.

¹³⁷ Freytag, *juridikum* 1989, 16-17.

¹³⁸ Freytag, *juridikum* 1989, 16-17.

¹³⁹ Bundesgesetz, mit dem das Kinderbetreuungsgeldgesetz, das Karenzgeldgesetz und das Allgemeine Sozialversicherungsgesetz geändert werden, BGBl 76/2007.

¹⁴⁰ Vgl zB Schein, in *Gerlach* 2017.

¹⁴¹ Der Männeranteil unter den Kinderbetreuungsgeldbeziehenden lag im Jahresdurchschnitt 2017 bei 3,84%, werden die Antragsstellungen unabhängig von der Dauer des Bezugs bewertet, liegt er in der jüngeren Vergangenheit durchschnittlich bei etwa 15% vgl *Statistik Austria*, Kinderbetreuungsgeldbezieherinnen und -bezieher nach Erwerbsstatus und Geschlecht 2017, www.statistik.at/web_de/statistiken/menschen_und_gesellschaft/soziales/sozialleistungen_auf_bundesebene/familienleistungen/index.html (2.5.2019); *Dremsek*, Väter in Elternkarenz 2014, broschuerenservice.sozialministerium.at/Home/Download?publicationId=268 (2.5.2019), 9, ausführlicher werden Empirie und Erklärungsansätze in Kapitel 8 besprochen.

¹⁴² Budgetbegleitgesetz 2011, BGBl Nr 111/2010, Art 121-134.

¹⁴³ Bundesgesetz über die Gewährung eines Bonus für Väter während der Familienzeit (Familienzeitbonusgesetz - FamZeitbG) BGBl Nr 53/2016.

¹⁴⁴ Parlamentskorrespondenz Nr 757 vom 2.7.2019, www.parlament.gv.at/PAKT/PR/JAHR_2019/PK0757/#XXVI_NRSITZ_00084 (3.7.2019).

Auch bei der Elternkarenz sind, infolge des 2013 ergangenen Erkenntnisses des VfGH zum Zugang zu Fortpflanzungsmedizin für lesbische Paare, zweite Elternteil im Sinne des § 144 Abs 2 ABGB Vätern gleichgestellt.¹⁴⁵

2.5. Anschlussüberlegungen & Einbettung in historische Debatten

Um an die Erörterung der Zwecke des Mutterschutzes in Abgrenzung zu Elternrechten heranzuführen, möchte ich noch einige Bemerkungen zur Rahmung der eben beschriebenen Rechtsgeschichte des Mutterschutzes und der Väterkarenz machen. Die Argumente, die den politischen Diskurs um die Einführung und Entwicklung der frühen Mutterschutzregelungen bestimmten, stellten sowohl auf die Gesundheit des Kindes und der Frau als auch auf die Ermöglichung weiblicher Erwerbsarbeit ab. Historisch umfasste der Mutterschutz demnach von Beginn an sowohl gesundheitliche als auch soziale Zwecke.

Für die sozialistische Frauenbewegung war der Mutterschutz in erster Linie eine Schutzbestimmung für Frauen in ihrer Eigenschaft als *Arbeiterinnen*. Der Bestand des Arbeitsplatzes und die Möglichkeit der Rückkehr an denselben waren für sie das Wesentliche. Aber auch der Schutz der Gesundheit der (werdenden) Mütter und Kinder waren gerade hinsichtlich der Umstände in den Fabriken wesentliche Grundlagen der Forderung nach Mutterschutz. Soziale und körperliche Sicherheit sind hier auf das engste miteinander verknüpft. Müttern sollte die Gelegenheit gegeben werden, sich um das Neugeborene zu kümmern, aber auch sich selbst von der Geburt zu erholen ohne um ihren Arbeitsplatz fürchten zu müssen.

Adelheid Popp thematisierte die prekäre Situation der Arbeiterinnen in diesem Zusammenhang als gesellschaftlich verschuldetes Problem. Nicht die Fähigkeit zur Mutterschaft, sondern die unzureichende Reaktion des Arbeitsrechts auf diese Tatsache benachteilige Frauen: „Die Mutterschaft der arbeitenden Frau ist ein Martyrium und gar oft bezahlt sie das Glück, ein Kind geboren zu haben, mit schwerem Siechtum, und zwar nicht weil das ein Naturgesetz ist, sondern weil die bestehenden Arbeitsgesetze die Mutter werdende Frau nicht schützen.“¹⁴⁶ *Popp* forderte Anfang des 20. Jahrhunderts eine Ausdehnung des Mutterschutzes auf die Zeit vor der Geburt: „Man sagt zwar, daß körperliche Bewegungen für die schwangere Frau nützlich sind. Es ist aber ein gewaltiger Unterschied, ob diese Bewegungen beim Spaziergehen, bei leichten häuslichen Arbeiten und im Bade gemacht werden, oder ob die Mutter werdende Frau zehn bis zwölf Stunden im Tag die Nähmaschine tritt, am Webstuhl oder in der Porzellanfabrik arbeitet oder als Wäscherin oder Büglerin sich nicht nur bis zur Erschöpfung abarbeitet, sondern auch nicht nur für sie, sondern auch für das noch nicht geborene Kind eine giftige Atmosphäre einatmet. Nur Frauen können beurteilen, welche Qual und Pein es bereitet, in dem von den Poeten besungenen geheiligten Zustand rastlos arbeiten und bis zur Erschöpfung die gleichen automatischen Bewegungen verrichten zu müssen.“¹⁴⁷ Das geforderte Beschäftigungsverbot für Schwangere dient demnach in erster Linie dem Gesundheitsschutz. In *Popps* Argumentation zeigt sich aber auch eine Anerkennung von Schwangerschaft und Mutterschaft als „Glück“, während die „heiligende Besingung“ zugleich zynisch abgetan zu werden scheint. Als Kämpferin für das

¹⁴⁵ VfGH 10.12.2013, G 16/2013.

¹⁴⁶ *Popp*, Schutz der Mutter und dem Kinde 1910, 4.

¹⁴⁷ *Popp*, Schutz der Mutter und dem Kinde 1910, 5.

Frauenwahlrecht verweist *Popp* in diesem Zitat darüber hinaus auch auf die blinden Flecken einer rein männlich besetzten Gesetzgebung, indem sie schreibt, dass „nur Frauen“ die Notwendigkeit des Mutterschutzes beurteilen könnten.

Fragen der geteilten Sorgearbeit zwischen Männern und Frauen kommen in den frühen Argumentationen nicht vor, die Betonung der Mutterrolle erscheint schlichtweg selbstverständlich. Die desaströsen Umstände für Arbeiterinnen, wie sie *Popp* schildert, zeigen die Dringlichkeit dieser Schutzrechte zum damaligen Zeitpunkt. Der notwendige Gesundheitsschutz angesichts der hohen Mütter- und Säuglingssterblichkeit ist insofern als historischer Ausgangspunkt des Mutterschutzes anzusehen. Dies mit Blick sowohl auf die betroffenen Arbeiterinnen als auch auf das überindividuelle Interesse an der „in der Frau verkörperte[n] Gebä- und Stillfähigkeit“.¹⁴⁸ Zugleich ist aber auch der Zweck der Säuglingspflege und der sozialen Sicherheit der Mutter von Beginn an mit dem Mutterschutz verbunden.

Die bürgerliche Frauenbewegung interessierte sich nur marginal für den Mutterschutz.¹⁴⁹ Meines Erachtens ist eine Erklärung dafür darin zu sehen, dass viele bürgerliche Berufe Ende des 19. Jahrhunderts für Frauen noch nicht oder gerade erst zugänglich geworden waren. Erst 1892 waren Frauen zur Matura zugelassen worden, die Zulassung zu den Universitäten erfolgte schrittweise.¹⁵⁰ Ab 1897 war in Wien das Philosophiestudium zugänglich, Medizin folgte 1900, die Rechtswissenschaften öffneten sich erst 1919 für Frauen.¹⁵¹ Der Kampf bürgerlicher Frauen für die Zulassung zu diversen Berufen hätte sich nun an und für sich gut mit der Forderung nach Mutterschutz in diesen Berufen ergänzt, doch geht die erste Forderung der zweiten doch klar voraus. Gegebenenfalls hätten bürgerliche Frauen zudem zur Unterstützung bei der Kinderbetreuung auch auf Angestellte zugreifen können. Der Zwang, trotz Schwangerschaft oder mit neugeborenem Kind, körperlich anstrengender und gesundheitsschädlicher Arbeit nachgehen zu müssen, ist und bleibt vorrangig ein Problem der Arbeiterinnen. Die unterschiedlichen Probleme im Bereich der Vereinbarkeit von Erwerbsarbeit und Familie hängen auch heute noch stark mit der sozio-ökonomischen Position der jeweiligen Frauen zusammen.

Dennoch setzten sich auch bürgerliche Frauen für den Mutterschutz ein, wobei ihre Argumentationen den Schutz der Frau in ihrer Eigenschaft als *Mutter* ins Zentrum rückten.¹⁵² Dafür stehen vor allem die bereits erwähnten Bemühungen *Hildegard Burjans* für die Ausweitung des Mutter- und Säuglingsschutzes. Das Recht, beim Kind zu sein, steht dabei vor dem Recht auf einen sicheren Arbeitsplatz. So schreibt die deutsche Frauenrechtlerin *Auguste Kirchhoff* 1914, dass „der Mutterschutz gegen ein naturwidriges Auseinanderreißen dessen [kämpft], was für einander geschaffen ist: Mutter und Kind“.¹⁵³ Die Forderung nach einer Ausdehnung des Schutzniveaus ging hier sehr deutlich mit Vorstellungen über natürliche Mutterliebe und die Zuständigkeit der Mutter für die Betreuung des Kindes einher: „daß man der werdenden Mutter gesündere Lebensbedingungen, Ruhe und Pflege während

¹⁴⁸ *Hausen in Gerhard 1997, 727.*

¹⁴⁹ *Neyer in Gerhard 1997, 756.*

¹⁵⁰ *Koffmahn in Forkl/Koffmahn 1968, 30.*

¹⁵¹ *Koffmahn in Forkl/Koffmahn 1968, 29.*

¹⁵² *Neyer, Risiko und Sicherheit 1990, 19.*

¹⁵³ *Kirchhoff, Mensch sein 1914-1933/2004, 38.*

des Wochenbetts, dem Kinde aber seinen ureigensten Lebensquell: Mutterbrust und Mutterliebe sichern muß, daß Kinderschutz ohne Mutterschutz unmöglich, und daß Mutterschutz eine soziale Notwendigkeit ist“.¹⁵⁴

Aus heutiger Sicht fällt auf, dass in den Debatten sowohl von sozialistischer als auch bürgerlicher Seite Mutterschaft geradezu überhöht wurde. Diese Betonung der Mutterrolle im Zusammenhang mit dem Mutterschutz lässt bereits das Dilemma erahnen, das noch heute Debatten um gruppenspezifische Rechte, wie die besondere Adressierung von Frauen, prägt: die Notwendigkeit der Schutzrechte auf der einen, die Reproduktion von Stereotypen auf der anderen Seite. Das „Dilemma der Differenz“ umschreibt den Umstand, dass sowohl die Anerkennung als auch die Vernachlässigung oder Verleumdung von Differenz, zu deren Reproduktion führen kann.¹⁵⁵ Mutterschutz ist dafür paradigmatisch, oft wird er als Beispiel dafür herangezogen, dass Schutzrechte notwendigerweise auf bestimmte Gruppen – wie eben Schwangere und Mütter – zugeschnitten sein müssen.¹⁵⁶ Doch ist er zugleich von Anfang an auf eine schwierige Art und Weise mit Vorstellungen von Weiblichkeit und Mütterlichkeit verknüpft. Bereits in den frühen Argumentationen kommt zum Ausdruck, dass nicht nur Gesundheitsschutz, sondern auch die mütterliche Fürsorgepflicht, die Verantwortung für den Säugling zu sorgen, und auch die Freude über das Kind und die Gewährung von Zeit für die persönliche Zuwendung, hinter den Bestimmungen zum Mutterschutz stehen.

Damals war, soweit ich das sehen konnte, noch in keinster Weise von einer Beteiligung der Väter die Rede. Ihre Position war im Familienrecht die des mit väterlicher Gewalt ausgestatteten „Haupt[s] der Familie“, was in § 91 ABGB sF entsprechend normiert war. Vater und Mutter waren als komplementäre, hierarchische angeordnete Pole in der Familienorganisation konzipiert. Die Frau hatte den Mann zu respektieren und seinen Entscheidungen Folge zu leisten.¹⁵⁷ Aus heutiger Sicht ist es allerdings, da wo nicht nur der Gesundheitsschutz der werdenden und frischentbundenen Mutter Zweck einer Regelung ist, sondern auch die Vereinbarkeit von Betreuungsverpflichtung und Beruf, längst nicht mehr selbsterklärend, warum Regelungen nur Mütter – und nicht alle Eltern – betreffen sollen. So kann beispielsweise der Verlust des Arbeitsplatzes auch andere Personen als die Geburtsmutter treffen, die aufgrund ihrer Kinderbetreuungspflichten ihrer Erwerbsarbeit nicht nachkommen können. Eine Ausdehnung von Elternschutzrechten auf Väter scheint im historischen Kontext quasi denkmöglich gewesen zu sein. Sich vor Augen zu halten, wie klar Mutterschaft gegenüber Vaterschaft lange Zeit abgegrenzt war, hilft auch in heutigen Debatten, nicht automatisch eine *natürliche* Verantwortung der Mutter zu sehen, wo auch zweite Elternteile betroffen sein können.

Ein weiterer spannender Aspekt der Geschichte des Mutterschutzes ist, dass es sich gewissermaßen um eine *bottom-up* Geschichte handelt. Sie beginnt im Bergbau, wo die Arbeitsbedingungen wohl als äußerst schwangerschaftsschädlich eingestuft werden können. Die meisten bürgerlichen Berufe waren Frauen zu diesem Zeitpunkt noch nicht zugänglich, ein Arbeitsverbot im Zeitraum um die Geburt für zB eine Juristin war jedenfalls nicht Gegenstand der Debatte, denn wie erwähnt war das Studium der Rechtswissenschaften Frauen

¹⁵⁴ Kirchhoff, Mensch sein 1914-1933/2004, 34.

¹⁵⁵ Minow, Harvard Law Review 1987, vgl ausführlich Kapitel 6.

¹⁵⁶ Holzleithner in Arioli et al 2008, 8.

¹⁵⁷ Floßmann in Gerhard 1997, 303.

in Österreich erst 1919 möglich. Aus der Intersektionalitätsforschung kennen wir heute die Kritik, dass Antidiskriminierungsmaßnahmen stets diejenigen zum Ausgangspunkt nehmen würden, die innerhalb der zu schützenden Gruppe die Privilegiertesten sind, und dadurch Ausschlüsse erzeugen.¹⁵⁸ Ganz im Gegensatz dazu entwickelte sich die Geschichte des Mutterschutzes ausgehend von den wohl als wenig privilegiert anzusehenden Bergbauarbeiterinnen zu einem (nahezu) allgemeinen Schutzrecht für unselbstständig erwerbstätige Frauen. Während die Schutzbestimmung zunächst Industriearbeiterinnen und deren besonders gesundheitsschädlichen Arbeitsbedingungen zur Zielgruppe hatten, wurden schon in den 1920er Jahren für Angestellte günstigere Bestimmungen als für Arbeiterinnen geschaffen. In der jüngeren Vergangenheit traten zudem durch das Aufkommen neuer sogenannter atypischer Arbeitsformen, insbesondere des freien Dienstvertrags, neue Schutzlücken im Mutterschutz zutage, die erst unvollständig geschlossen wurden. Zudem ist inzwischen auch die Vereinbarkeit von Erwerb und Mutterschaft für selbstständig erwerbstätige Frauen zum Thema geworden.¹⁵⁹ Durch Veränderungen des Frauenbildes und eine steigende Frauenerwerbstätigkeit hat sich auch die Gruppe der Frauen erweitert, die auf Mutterschutzregelungen angewiesen sind. Die „zentrale Transformation der Erwartungen an Mutterschaft“¹⁶⁰ seit der Mitte des 20. Jahrhunderts bezog sich auf die Frage der Erwerbsarbeit, die heute auch von Frauen selbstverständlich gefordert wird. Im neoliberalen, flexiblen Kapitalismus sind sowohl Männer als auch Frauen gefordert, für ihren eigenen Lebensunterhalt aufzukommen. Diese Entwicklung hängt auch mit den ökonomischen Krisen seit den 1970er Jahren zusammen, infolge derer „das fordistische Ernährermodell für die Kapitalverwertung mit zu hohen Kosten verbunden war“.¹⁶¹ Die steigende Frauenerwerbstätigkeit auch in anderen als der Arbeiterinnenschicht „einzig als Erfolg der Frauenbewegung zu sehen, ist vor diesem Hintergrund ein analytischer Kurzschluss“.¹⁶² Lohnarbeit ist auch für Frauen mehr als eine Option, die meisten sind schlicht darauf angewiesen einer Erwerbsarbeit nachzugehen, um sich und gegebenenfalls ihre Kinder erhalten zu können. Darüber hinaus gilt heute, dass auch Frauen, um ein „erfülltes Leben“ zu leben beides müssen: Produktions- und Reproduktionsarbeit leisten.¹⁶³

Schließlich bleibt zu bedenken, dass die Beschäftigungsverbote des Mutterschutzes „den ersten Ansatzpunkt für die Entwicklung einer geschlechterdifferenten Sozial- und Arbeitsmarktpolitik [darstellten], die die Diskriminierung von Frauen als Folgeerscheinung der spezifischen Schutzbedürftigkeit von Müttern“ verstehen.¹⁶⁴ In den Jahren vor dem Ersten Weltkrieg konnte sich die Idee der „prinzipiell schutzbedürftigen Arbeiterin“ nachdrücklich in den „common sense“ einschreiben, sodass sich der Diskurs der Schutzbedürftigkeit ausgehend vom Mutter- und Arbeiterinnenschutz nach und nach „auf das weibliche Geschlecht insgesamt“ ausdehnen konnte.¹⁶⁵ Das Leitbild der als Hausfrau, Mutter und Arbeiterin mehrfach-belasteten Frau etablierte sich, während sich die reale Situation in den

¹⁵⁸ Crenshaw, *The University of Chicago Legal Forum* 1989, 139.

¹⁵⁹ Vgl zB für Rechtsanwältinnen, *Dulling/Eckert/Limberger*, *juridikum* 2019.

¹⁶⁰ *Speck in Dolderer et al* 2016, 37.

¹⁶¹ *Speck in Dolderer et al* 2016, 37.

¹⁶² *Speck in Dolderer et al* 2016, 37.

¹⁶³ *Speck in Dolderer et al* 2016, 37.

¹⁶⁴ *Neyer in Gerhard* 1997, 758, Schlussbemerkung.

¹⁶⁵ *Hausen in Gerhard* 1997, 721.

Fabriken nur geringfügig verbesserte. Die Wirkung der Arbeiterinnenschutzrechte scheint nach *Hausen* und *Neyer* nicht das gewesen zu sein, als was es die Rhetorik der Zeit beschworen hatte.¹⁶⁶ Die weiterhin zu konstatierenden Geschlechterdifferenzen am Arbeitsmarkt offenbaren, dass seine „geschlechtsspezifische und reproduktionsspezifische Strukturierung“ nicht durch die Gesetzgebung zum Mutterschutz aufgebrochen werden konnte.¹⁶⁷ Mutterschutzregelungen sind ein Meilenstein für die Teilhabe von Frauen an der Erwerbsarbeit und damit für ihre ökonomische Unabhängigkeit von (ihren) Männern. Vereinbarkeitsmaßnahmen sind wichtig, *McGlynn* nennt sie jedoch zu Recht „a limited vision“. ¹⁶⁸ Eine gerechtere Verteilung von Arbeit, sowohl am Arbeitsmarkt als auch im Privaten, bedarf weiterer Schritte und Maßnahmen. Insbesondere war und ist es vor diesem Hintergrund wichtig, Männer als Eltern zu adressieren und in die Verantwortung zu holen, denn solange sie sich nicht mehr an der unbezahlten Arbeit beteiligen, bleibt Vereinbarkeit ein Frauenproblem. Ein Problem, das selbstverständlich nicht alle Frauen auf dieselbe Art und Weise betrifft, es gilt einen intersektional reflektierten Blick auf „Mütter“ (sowie auf alle Eltern) zu wahren.

3. Zwecke des Mutterschutzes im geltenden Recht

Aus der historischen Betrachtung haben sich bereits einige Überlegungen zu den Zwecksetzungen des Mutterschutzes und deren Changieren zwischen Gesundheitsschutz und Ermöglichung von Kinderbetreuung ergeben, ich möchte diese nun anhand des geltenden Rechts genauer besprechen. Dabei werde ich vorrangig vom internationalen und insbesondere vom europäischen Rechtsrahmen ausgehen und mich stellenweise auf die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs beziehen. Weiters werden, soweit es um die österreichischen Regelungen im Speziellen geht, die österreichischen Materialien zum Mutterschutzgesetz sowie zu den Elternkarenzregelungen und österreichische Entscheidungen herangezogen. Grundsätzlich ist mir in diesem Kapitel aber stärker um die Zwecke des Mutterschutzes als Recht gelegen als um seine konkrete Ausgestaltung in Österreich – dieser werde ich in Kapitel 4 meine volle Aufmerksamkeit widmen.

Es liegt auf der Hand, dass sich Menschen, meist Frauen, in ihrer Fähigkeit zu Schwangerschaft, Geburt und Stillen von anderen, meist Männern, unterscheiden und sich aus diesen Umständen besondere Schutzbedürfnisse und in der Folge auch Rechte ergeben (können). Der Mutterschutz umfasst typischerweise allerdings auch Regelungen, die nicht unmittelbar mit biologischen Vorgängen in Zusammenhang stehen, sondern die soziale Sicherheit von Müttern und die Ermöglichung von Kinderbetreuung betreffen. Ob die Anknüpfung an Schwangerschaft mit einer Anknüpfung an Mutterschaft gleichbedeutend sein muss, fragt sich nicht zuletzt im Zusammenhang mit schwangeren (Trans-)Männern und wird weiter unten beim Geltungsbereich des MSchG eingehend diskutiert.¹⁶⁹

Die historische Betrachtung hat gezeigt, dass in den frühen Debatten über den Mutterschutz von einer Ausdehnung auf andere Eltern nicht die Rede war. Das hängt nicht nur mit dem

¹⁶⁶ *Hausen* in *Gerhard* 1997, 721; mVa auf empirische Befunde von *Schmitt*, *Der Arbeiterinnenschutz* 1995; *Neyer* in *Gerhard* 1997, 758, Schlussbemerkung.

¹⁶⁷ *Neyer* in *Gerhard* 1997, 758, Schlussbemerkung.

¹⁶⁸ *McGlynn*, *European Law Journal* 2000, 41.

¹⁶⁹ Kapitel 4.

Schutzzweck der Gesundheit der Schwangeren, der Wöchnerin und des Kindes zusammen, sondern auch mit der alleinigen Zuschreibung der Betreuungsverantwortung an die Mutter. Dieser Schluss ergibt sich nicht zuletzt daraus, dass der Schwangerenschutz sowie die Verbote bestimmter gesundheitsschädigender Tätigkeiten, die heute für den Gesundheitsschutz als unentbehrlich gelten, erst nach und nach Bestandteil des Mutterschutzes wurden. Die ursprünglichen Regelungen fokussierten auf die ersten Wochen nach der Niederkunft und reagierten damit sowohl auf die körperliche Anstrengung und Schwächung durch die Entbindung als auch auf den Umstand, dass mit dem neugeborenen Kind umgegangen werden muss. Die Ausführungen einiger Protagonistinnen der frühen Frauenbewegung, die oben zitiert wurden, verweisen immer wieder auf die Betreuungspflichten von Müttern. Selbst wenn man den Zweck der Betreuung nicht explizit für gegeben hält, ist er jedenfalls „Nebenprodukt“ eines nachgeburtlichen Beschäftigungsverbots, insbesondere wenn die Betreuung nicht auf andere Art – etwa durch eine Freistellung des zweiten Elternteils oder öffentliche Einrichtungen – gewährleistet wird. Die Gewährleistung von Kinderbetreuung ist an sich legitimer Zweck für ein Gesetz, rechtfertigt jedoch den Ausschluss von Männern und sozialen Müttern vom Geltungsbereich einer Regelung nicht in derselben Art und Weise, wie es die Koppelung an Geburt und Schwangerschaft vermag. Nur allzu oft verschwimmen die besondere gesundheitliche Situation und die besondere soziale Situation im Zeitraum um die Geburt, wie es exemplarisch in der *Hofmann-Formel* über den Schutz der besonderen Beziehung zwischen Mutter und Kind zum Ausdruck kommt.¹⁷⁰ Mutterschutz bezwecke demnach „die Bedürfnisse der Frau in zweierlei Hinsicht zu schützen. Zum einen handelt es sich um den Schutz ihrer körperlichen Verfassung während und nach der Schwangerschaft bis zu dem Zeitpunkt, in dem sich ihre körperlichen und seelischen Funktionen nach der Entbindung normalisiert haben. Zum anderen geht es um den Schutz der Beziehung zwischen der Mutter und ihrem Kind während der Zeit, die sich an die Schwangerschaft und Entbindung anschließt, damit diese Beziehung nicht durch die Doppelbelastung aufgrund der gleichzeitigen Ausübung eines Berufs gestört wird.“¹⁷¹ Diese Formel konnte sich in den 1990er Jahren als eine Art zusätzlicher ungeschriebener Schutzzweck von Mutterschutzregelungen etablieren.¹⁷² Um sich der Frage anzunehmen, wie dabei biologische und kulturelle Dimensionen von Geschlecht, Sexualität und Abstammung vermengt werden, ist auch eine heteronormativitätskritische Perspektive hilfreich. Der Begriff Mutterschaft beschreibt zunächst eine biologische Tatsache: Gemäß § 143 ABGB ist die Frau, die ein Kind geboren hat, Mutter. Mutterschaft ist zugleich aber auch eine soziale Beziehung und als kulturelles Phänomen äußerst bedeutungsbeladen.

Wenn im Folgenden aufgezeigt wird, welche Zwecke des Mutterschutzes auch andere Elternteile umfassen, geht es dabei keineswegs darum, Rechte aus dem Mutterschutz zu bestreiten, sondern ganz im Gegenteil darum, sie durch die Zugänglichkeit für Väter und

¹⁷⁰ EuGH 12.7.1984, Rs 184/83, *Hofmann*, ECLI:EU:C:1984:273, Rn 25.

¹⁷¹ EuGH 12.7.1984, Rs 184/83, *Hofmann*, ECLI:EU:C:1984:273, Rn 25.

¹⁷² So etwa in den Fällen: EuGH 25. 7.1991, C-345/89 *Stoeckel*, ECLI:EU:C:1991:324 Rn 13; EuGH 5.5.1994, C-421/92, *Habermann-Beltermann*, ECLI:EU:C:1994:187 Rn 21; EuGH 14.7.1994, C-32/93, *Webb v EMO*, ECLI:EU:C:1994:300 Rz 20; EuGH 30.4.1998, C-136/95, *Thibault*, ECLI:EU:C:1998:178 Rn 25; EuGH 27.10.1998, C-411/96, *Boyle*, ECLI:EU:C:1998:506 Rn 41; EuGH 25.10.1988, Rs 312/86, *Kommission v Frankreich*, EU:C:1988:485 Rn 13.

zweite Elternteile zu erweitern. Dabei sind die Beschäftigungsverbote für mich von besonderem Interesse, weil sie in der Gestalt als obligatorische Urlaube die Handlungsfreiheit von Müttern beschränken, zugleich aber als verbindliche Regelungen gegenüber dem oder der Arbeitgeber_in ein starkes Recht darstellen, welches Vätern und zweiten Elternteilen fehlt. Diese Zeiten des Beschäftigungsverbots dienen sowohl gesundheitlichen als auch sozialen Zwecken. Auffällig ist, dass Beschäftigungsverbote zwar in einer Vielzahl von Rechtstexten vorgesehen sind, in der Ausgestaltung aber stark variieren. Die österreichische Regelung mit 16 Wochen obligatorischer Erwerbsunterbrechung sticht als besonders lange hervor, sie geht über den europäischen Mindeststandard von 14 Wochen Mutterschaftsurlaub und insbesondere weit über die zwei Wochen obligatorischer Urlaub, hinaus.¹⁷³

Eine rechtsvergleichende Analyse der internationalen Vorschriften im Bereich des Mutterschutzes soll dazu dienen, zu eruieren, welche Zeiten als unabdingbar für den Gesundheitsschutz erachtet werden. Diese könnten meines Erachtens als Mindeststandard für einen allgemeinen Elternurlaub herangezogen werden, da sie jedenfalls den biologischen Anforderungen von Geburtmüttern angemessen wären. Zudem können durch den Vergleich Alternativen zur Gestaltung als obligatorischem Beschäftigungsverbot sichtbar gemacht werden. Dies ist gerade mit Blick auf die Entscheidungsräume und die Flexibilität von Mutter- und Elternschutzregelungen von Interesse. Allerdings verhindert der obligatorische Charakter des Beschäftigungsverbots auch dessen Verweigerung durch den oder die Arbeitgeber_in. Solche zwingenden Arbeitszeitregelungen sind im von einem Machtgefälle gekennzeichneten Arbeitsverhältnis nicht als Beschränkung, sondern als Erweiterung der Autonomie von Arbeitnehmer_innen zu verstehen.¹⁷⁴ Auch im Sinne der CEDAW geht es beim Mutterschutz um die „Freihaltung möglichst vieler Handlungsoptionen für die Gestaltung der Lebenssituation für Frauen ungeachtet ihrer Verpflichtungen als Mütter“.¹⁷⁵

3.1. Einleitend zu den Schutzinteressen der Geburtsmutter

Ich gehe zunächst auf die Zwecke des Mutterschutzes und das Schutzinteresse der Geburtsmutter en gros ein, um dann jeweils die absoluten und besonderen Beschäftigungsverbote, den Kündigungsschutz sowie die Frage der Nachtarbeit näher zu besprechen.

Der besondere Schutz von Müttern rechtfertigt sich durch ihr besonderes Schutzinteresse. Doch wie genau ist dieses bestimmt? Es umfasst den Gesundheitsschutz sowohl der Schwangeren, Wöchnerin oder (stillenden) Mutter als auch des Embryos bzw Säuglings sowie soziale Zwecke; die Ermöglichung der Fürsorge für das Kind, den Aufbau bzw den Schutz einer (besonderen?) Beziehung zwischen Mutter und Kind und schließlich die soziale Sicherheit der Mutter, die vor allem durch die Aufrechterhaltung der Rechte aus dem Arbeitsvertrag gewährleistet wird. So dient laut CEDAW der Mutterschutz einerseits dem Schutz von Mutterschaft als biologisches Phänomen, andererseits aber auch der „Vermeidung mütterspezifischer Nachteile mit Bezug auf Funktionen und Lebensbereiche außerhalb der Familie“.¹⁷⁶

¹⁷³ §§ 3, 5 MSchG; Art 8 Richtlinie 92/85/EWG.

¹⁷⁴ Vgl Rebhahn, wbl 1997, 56-58.

¹⁷⁵ Kägi-Diener in Schläppi/Ulrich/Wyttenbach, CEDAW Kommentar, Art 4, Allgemein, Rn 37.

¹⁷⁶ Kägi-Diener in Schläppi/Ulrich/Wyttenbach, CEDAW Kommentar, Art 4, Allgemein, Rn 37.

In den österreichischen Gesetzesmaterialien fällt die Diskussion der Begründung des Mutterschutzes eher mager aus. In der Literatur werden sowohl gesundheitliche als auch soziale Zwecke genannt; Mutterschutz dient dem Schutz der Gesundheit und ermöglicht der Mutter die Betreuung des Kindes in den ersten Wochen nach der Entbindung, dient also auch dem Schutz bei der Kindererziehung.¹⁷⁷ Gerade die Schutzfrist bezweckt gleichzeitig die „Regeneration der Wöchnerin und [die] optimale Versorgung des Säuglings“.¹⁷⁸

Die Materialien zum österreichischen MSchG von 1957 begnügen sich mit einem generellen Verweis auf die besondere Situation von Schwangerschaft und Mutterschaft ohne genauer zu begründen, was genau damit gemeint ist und welche Rechte, Fristen und Pflichten aus welchen Aspekten dieser Situation erwachsen. In den Erläuterungen zum MSchG 1957 heißt es, dass eine werdende Mutter auch vor der damals sechswöchigen Schutzfrist nicht zur Arbeit herangezogen werden darf, wenn ärztlich bestätigt wurde, „daß Leben oder Gesundheit von Mutter oder Kind bei Fortdauer der Beschäftigung gefährdet wäre“.¹⁷⁹ Innerhalb der allgemeinen Schutzfrist wird demnach eine solche Gefährdungslage allgemein vermutet. Auch die sechswöchige Frist nach der Entbindung wurde mit einem generellen Verweis auf etwaige Arbeitsunfähigkeit und geminderte Leistungsfähigkeit nach der Geburt begründet.¹⁸⁰ Die Erläuterungen gehen dabei nicht ins Detail und unterscheiden in der Begründung inhaltlich nicht zwischen vor- und nachgeburtlicher Schutzfrist. Die Betreuung des Säuglings wird nicht ausdrücklich als Zweck der Beschäftigungsverbote genannt, tritt aber implizit bei der Begründung der Einführung der Karenz hervor: „Vielfach wurde von den Müttern die Zeit, während der sie nach der Entbindung von der Arbeit freigestellt sind, als zu kurz empfunden, um der Obsorge für den Säugling in ausreichendem Maße nachzukommen, und es wurde von den Müttern auch als eine schwere Belastung empfunden, neben der Obsorge für das Kleinkind auch einer Beschäftigung nachgehen zu müssen.“¹⁸¹ Die Karenz hat ausdrücklich den Zweck, die Kinderbetreuung zu ermöglichen, bei der nachgeburtlichen Schutzfrist kann er jedenfalls unterstellt werden. Bei den besonderen Beschäftigungsverboten steht hingegen klar der Gesundheitsschutz im Zentrum, auch über die Schutzfrist hinaus sind schwere und gesundheitsschädliche Arbeiten verboten.¹⁸² Im Zweifel ist es der Mutter überlassen zu beurteilen, ob eine bestimmte Tätigkeit eine Gefahr darstellt, sie kann sich diesbezüglich auch an das Arbeitsinspektorat wenden.¹⁸³

3.1.1. Zielsetzung der Mutterschutz-RL

Im Europarecht ist die Mutterschutz-RL die wichtigste Rechtsgrundlage für den Schutz von Schwangeren und Wöchnerinnen. Nach der Rechtsprechung des EuGH ist der „Anspruch schwangerer Arbeitnehmerinnen auf Mutterschaftsurlaub als ein sozialrechtliches Schutzinstrument von besonderer Bedeutung anzusehen“.¹⁸⁴ Obwohl die Mutterschutz-RL, anders als das österreichische MSchG, keine Karenz vorsieht (diese ist in der Elternurlaubs-

¹⁷⁷ Windisch-Graetz, Arbeitsrecht II¹⁰ 2017, 143.

¹⁷⁸ Marat, MSchG Kommentar, § 5 Rn 1.

¹⁷⁹ ErlRV MSchG 1957, 197 BlgNR 8. GP (gescanntes Original), 26.2.1957, 11.

¹⁸⁰ ErlRV MSchG 1957, 197 BlgNR 8. GP (gescanntes Original), 26.2.1957, 12.

¹⁸¹ ErlRV MSchG 1957, 197 BlgNR 8. GP (gescanntes Original), 26.2.1957, 15.

¹⁸² ErlRV MSchG 1957, 197 BlgNR 8. GP (gescanntes Original), 26.2.1957, 11-12.

¹⁸³ ErlRV MSchG 1957, 197 BlgNR 8. GP (gescanntes Original), 26.2.1957, 11.

¹⁸⁴ EuGH 19.9.2013, C-5/12, *Montull*, ECLI:EU:C:2013:57, Rn 48 mVa EuGH 20.9.2007, C-116/06, *Kiiski*, ECLI:EU:C:2007:536, Rn 49.

RL geregelt) wird in den Materialien viel klarer auf die doppelte Zwecksetzung des Gesundheitsschutzes und der Ermöglichung von Kinderbetreuung eingegangen.

Ziel der Mutterschutz-RL ist die Durchführung von Maßnahmen zur Verbesserung der Sicherheit und des Gesundheitsschutzes, wobei „der Begriff der ‚Sicherheit‘ freilich weit zu verstehen“¹⁸⁵ ist. Zum Gesundheitsschutz zählt *Risak* in seiner Kommentierung das Verbot der Exposition (Art 6) und die Regelungen zur Nacharbeit (Art 7). Die Richtlinie umfasst weiters aber auch einen Schutz vor Beendigung des Arbeitsverhältnisses (Art 10) sowie einen Entgeltsschutz (Art 11). Diese reagieren vorrangig auf die wirtschaftliche Vulnerabilität der Mutter. Allerdings wird auch bei den letztgenannten Maßnahmen in den Erwägungen eine Verbindung zum Gesundheitsschutz hergestellt; allein die Gefahr einer Beendigung des Arbeitsverhältnisses könnte sich schädlich auf die psychische und physische Gesundheit auswirken. Weiters hätten sämtliche arbeitsorganisatorischen Maßnahmen zum Schutz der Gesundheit der schwangeren Arbeitnehmerinnen, der Wöchnerinnen und der stillenden Arbeitnehmerinnen „keine praktische Wirksamkeit, wenn nicht gleichzeitig die mit dem Arbeitsvertrag verbundenen Rechte, einschließlich der Fortzahlung eines Arbeitsentgelts und/oder des Anspruchs auf eine angemessene Sozialleistung“¹⁸⁶ weiter bestehen. Auch dem Urlaubsanspruch würde die Wirksamkeit genommen, wenn nicht zugleich Anspruch auf Entgelt oder Sozialleistung gewährleistet wird, da ein mit der Erwerbsunterbrechung verbundener Lohnausfall finanziell nicht tragbar wäre. Bezüglich des Schutzzeitraums ist zudem vom frühestmöglichen Zeitpunkt, also der Befruchtung der Eizelle, auszugehen.¹⁸⁷ Eine Ausnahme bildet die künstliche Befruchtung, wo erst mit dem Einsetzen der Eizelle von einer Schwangerschaft ausgegangen wird. Dieser Zeitpunkt markiert auch den Beginn des Kündigungsschutzes, bei dessen Besprechung ich auch näher auf den Sonderfall der künstlichen Befruchtung eingehen werde. Beim Wöchnerinnenschutz bleibt die Mutterschutz-RL vage, die Regelungen in den Mitgliedstaaten variieren stark.¹⁸⁸

Der weite Zweck des Mutterschutzes wurde durch die Rechtsprechung als „doppelte Zwecksetzung des Mutterschaftsurlaubes“ präzisiert.¹⁸⁹ Er „dient einerseits dem Schutz der körperlichen Verfassung der Frau während und nach der Schwangerschaft (Gesundheitsschutz), und andererseits dem Schutz der besonderen Beziehung zwischen der Mutter und ihrem Kind während der an Schwangerschaft und Entbindung anschließenden Zeit, damit diese Beziehung nicht durch die Doppelbelastung infolge der gleichzeitigen Ausübung eines Berufs gestört wird (sozialer Arbeitsschutz)“.¹⁹⁰ Der EuGH hatte in den 1980er und 1990er Jahren wiederholt ausgesprochen, dass auch der Schutz der besonderen Beziehung zwischen Mutter und Kind Zweck der Mutterschutz-RL sei, was zwar keinen Rückhalt in den Erwägungen findet, nach *Risak* aber „wohl mit der ‚physischen und

¹⁸⁵ *Risak* in *Franzen/Gallner/Oetker*, Kommentar zum europäischen Arbeitsrecht², Art 1 RL 92/85/EWG 440, Rn 2.

¹⁸⁶ *Risak* in *Franzen/Gallner/Oetker*, Kommentar zum europäischen Arbeitsrecht², Art 1 RL 92/85/EWG 440, Rn 2.

¹⁸⁷ EuGH 26.2.2008, C-506/06, *Mayr*, ECLI:EU:C:2008:119, Rn 40.

¹⁸⁸ *Risak* in *Franzen/Gallner/Oetker*, Kommentar zum europäischen Arbeitsrecht², Art 2 RL 92/85/EWG 440, Rn 8.

¹⁸⁹ ZB EuGH 19.9.2013, C-5/12, *Montull*, ECLI:EU:C:2013:57, Rn 50.

¹⁹⁰ *Risak* in *Franzen/Gallner/Oetker*, Kommentar zum europäischen Arbeitsrecht², Art 1 RL 92/85/EWG 440, Rn 4.

psychischen Verfassung‘ dieser Personengruppe begründet werden“¹⁹¹ kann, die dort als Schutzziel genannt wird.¹⁹² *Risak* problematisiert diese Begründungslinie allerdings als „von einem traditionellen und geschlechterstereotypen biologistischen elterlichen Rollenverständnis“¹⁹³ ausgehend. Der *doppelte Zweck* des Mutterschutzurlaubs lässt den Ausschluss von zweiten Elternteilen und Vätern jedenfalls fraglich erscheinen. Gerade mit Blick auf den Schutz der elterlichen Beziehung zum Kind erscheint die „Differenzierung danach, ob eine Mutter davor selbst die Schwangerschaft und Geburt durchlebt hat, schwer rechtfertigbar, ist die Beziehung [im Fall von Adoption oder Leihmutterschaft] doch gleichermaßen förderungswürdig. Nachvollziehbarer ist eine Unterscheidung danach, ob das Kind während des nach Art. 8 geschützten Zeitraums von der Bestellmutter betreut wird oder nicht – dann aber erscheint eine Differenzierung nach dem Geschlecht kaum mehr rechtfertigbar.“¹⁹⁴ Angesichts veränderter Familienrealitäten und deren rechtlicher Akzeptanz kann der im Fall Hofmann seinen Ursprung findende Schutzzweck der besonderen Beziehung zwischen Mutter und Kind als überholt gelten, dennoch wird sowohl in der Literatur als auch in der Rechtsprechung weiterhin Bezug darauf genommen, seine Besprechung erscheint daher als idealer Einstieg in die Darstellung der Zwecke des Mutterschutzes und der oftmals problematischen Abgrenzung zu Rechten für beide Elternteile.

3.1.2. Der Fall Hofmann

Der EuGH fasste im Fall Hofmann 1984 einen über den Mutterschutz hinausgehenden sechsmonatigen „Mutterschaftsurlaub“ unter Art 2 Abs 3 Gleichbehandlungs-RL (heute Art 28 der Gleichbehandlungs-RL: Schutz der Frau, insbesondere bei Schwangerschaft und Mutterschaft), obwohl die Regelung, wie vom Kläger vorgebracht, der Ermöglichung von Kinderbetreuung weit über den üblichen Zeitraum des Mutterschutzes hinaus diene.¹⁹⁵ Der Gerichtshof privilegierte in seiner Entscheidung und deren Begründung die Mutterrolle stark gegenüber der Vaterrolle, indem er sich der Erzählung einer besonderen Beziehung zwischen Mutter und Kind bediente.

Die damalige deutsche Rechtslage sah nach Ablauf der achtwöchigen Mutterschutzfrist für Mütter, nicht aber für Väter, die Möglichkeit eines Mutterschaftsurlaubs von sechs Monaten vor. Der Kläger *Hofmann* argumentierte, dass dieser Urlaub der Kindererziehung nicht dem Schutz der Gesundheit der Mutter diene.¹⁹⁶ Er vereinbarte unbezahlten Urlaub mit seinem Arbeitgeber, sein Antrag auf Mutterschaftsgeld wurde abgelehnt. Das Sozialgericht Hamburg wies seine Beschwerde 1982 zurück, es sei bewusst kein Urlaub geschaffen worden, der beiden Eltern freistünde. „Die auf der Schwangerschaft und der Entbindung beruhenden biologischen Unterschiede, die auch nach Ablauf der acht-wöchigen Schutzfrist fortbestünden, rechtfertigten die Berücksichtigung der Besonderheiten der Mutterschaft.“¹⁹⁷

¹⁹¹ *Risak* in *Franzen/Gallner/Oetker*, Kommentar zum europäischen Arbeitsrecht², Art 1 RL 92/85/EWG 440, Rn 2.

¹⁹² RL 92/85/EWG 440, L 348/2, Erwägungen.

¹⁹³ *Risak* in *Franzen/Gallner/Oetker*, Kommentar zum europäischen Arbeitsrecht², Art 8 RL 92/85/EWG 440, Rn 4a.

¹⁹⁴ *Risak* in *Franzen/Gallner/Oetker*, Kommentar zum europäischen Arbeitsrecht², Art 2 RL 92/85/EWG 440, Rn 11.

¹⁹⁵ EuGH 16.10.1983, C-163/82, *Kommission v Italien*, ECLI:EU:C:1983:295.

¹⁹⁶ EuGH 12.7.1984, C-184/83, *Hofmann*, ECLI:EU:C:1984:273, 3050.

¹⁹⁷ EuGH 12.7.1984, C-184/83, *Hofmann*, ECLI:EU:C:1984:273, 3050.

Welche Besonderheiten hier gemeint sind, bleibt diffus, allemal da den körperlichen Schutzbedürfnissen bereits durch die Mutterschutzfrist Rechnung getragen war. Freilich liegen auch dieser Schutzfrist, wie oben gezeigt, nicht nur gesundheitliche, sondern auch familienpolitische Erwägungen zu Grunde: „Die Freistellung von der Arbeit ermögliche es der Mutter, sich ihrem Kind ohne Behinderung durch Pflichten aus dem Arbeitsverhältnis zu widmen. Diese Auswirkungen seien jedoch keine Besonderheit des Mutterschaftsurlaubs. Sie gehörten *wesentlich schon zum bisherigen Mutterschutz*.“¹⁹⁸ Darin zeigt sich die Schwierigkeit der Abgrenzung zu einem allgemeinen Elternurlaub.

Der Gerichtshof befand in der Rechtssache *Hofmann* erstmals, dass der Schutz der Frau bei Schwangerschaft und Mutterschaft zweierlei beinhalte: „Zum einen handelt es sich um den Schutz ihrer körperlichen Verfassung während und nach der Schwangerschaft bis zu dem Zeitpunkt, in dem sich ihre *körperlichen und seelischen* Funktionen nach der Entbindung *normalisiert* haben. Zum anderen geht es um den *Schutz der Beziehung zwischen der Mutter und ihrem Kind* während der Zeit, die sich an die Schwangerschaft und Entbindung anschließt, damit diese Beziehung nicht durch die Doppelbelastung aufgrund der gleichzeitigen Ausübung eines Berufs gestört wird.“¹⁹⁹ Die Entscheidung ist als Gesamtes zwar durchaus beispielhaft dafür, wie gesundheitliche und soziale Zwecke immer wieder vermengt werden, sie sticht aber hinsichtlich der geradezu biologistischen Vorstellungen von Mutterschaft aus der Rechtsprechung des EuGH heraus. Bemerkenswert ist in diesem Zusammenhang etwa die Auffassung, dass es eine Weile brauche, bis nach der Geburt die *seelischen Funktionen wieder normalisiert* wären, was auch immer damit gemeint sein mag.

Der EuGH ergänzte somit den Schutz der Frau bei Schwangerschaft und Mutterschaft im Sinne einer körperlichen Belastung mit dem Schutz einer angenommenen besonderen Beziehung zwischen Mutter und Kind und deren Pflege. Er vermengt dabei nicht nur die Schutzzwecke des Gesundheitsschutzes und der Ermöglichung der Kinderbetreuung, sondern behauptet, dass Mütter in ihrer Beziehung zum Kind schützenswerter wären, als Väter. Dies würde voraussetzen, dass Frauen und Männer hinsichtlich ihrer Elternrolle nicht in einer vergleichbaren Situation wären. Ansonsten bedürfte die Ungleichbehandlung in Bezug auf die Elternrolle einer Rechtfertigung, etwa als positiver Maßnahme nach Art 6 Gleichbehandlungs-RL. Die Vorstellung von Mutterschaft als besondere, bessere Elternschaft gegenüber der Vaterschaft fand ihre Einbettung durchaus in pseudo-wissenschaftlichen Erkenntnissen der Zeit.²⁰⁰ Der Gerichtshof entwickelte die Formel der besonderen Beziehung hier aber wohl auch, weil die körperliche Belastung ein unzureichendes Argument für den über den Mutterschutz hinausgehenden Mutterschaftsurlaub war.²⁰¹ Schließlich musste gerechtfertigt werden, warum dieser zur Kinderbetreuung und nicht zur körperlichen Erholung geschaffene Urlaub nur für Frauen und nicht für beide Eltern vorgesehen war. In späteren Fällen wiederholte er diese Formel aber auch da, wo der Verweis auf die körperlichen Besonderheiten genügt hätte und machte die „besondere Beziehung zwischen

¹⁹⁸ EuGH 12.7.1984, C-184/83, *Hofmann*, ECLI:EU:C:1984:273, 3061.

¹⁹⁹ EuGH 12.7.1984, C-184/83, *Hofmann*, ECLI:EU:C:1984:273, Rn 25, Hervorhebung MS.

²⁰⁰ McGlynn, *European Law Journal* 2000, 34.

²⁰¹ McGlynn, *European Law Journal* 2000, 39.

Mutter und Kind“ dadurch zu einem zusätzlichen ungeschriebenen Schutzzweck von Mutterschutzregelungen.²⁰²

3.2. Schutzfristen und Beschäftigungsverbot: obligatorisch, nicht obligatorisch, übertragbar?

Die Schutzfristen, das heißt die erwerbsarbeitsfreien Zeiten in Form von Beschäftigungsverboten oder Urlauben, bilden den Kern des Mutterschutzes. Auch historisch entwickelte sich der Mutterschutz wie gezeigt ausgehend von – zunächst nur nachgeburtlichen – Schutzfristen. Die Bezeichnung als Urlaub ist insofern problematisch, als sie in ihrem Alltagsverständnis als Erholungszeit sowohl verschleiert, wie arbeitsintensiv die Betreuung eines Säuglings ist, als auch unterschlägt, dass Schwangerschaft und Wochenbett Frauen teilweise arbeitsunfähig machen können und der Mutterschutz in einem solchen Fall eher mit einem Krankenstand als mit einem Urlaub zu vergleichen wäre. Als juristischen Begriff verwende ich „Urlaub“ dennoch.

Die internationalen Vorgaben unterscheiden sich sowohl hinsichtlich der Dauer als auch hinsichtlich der Gestaltung des Mutterschutzurlaubs stark voneinander. Manche Zeiten sind als obligatorische Beschäftigungsverbote, andere als Recht der Schwangeren bzw Mutter gestaltet, die teilweise sogar auf andere übertragen werden können. Teilweise ist vorgeschrieben, welche Fristen vor, welche nach der Geburt einzuhalten sind, teilweise ist dies den Mitgliedstaaten, teilweise auch der berechtigten Frau überlassen.

Das geltende Übereinkommen Nr 183 der ILO sieht einen sechswöchigen obligatorischen Mutterschutzurlaub nach der Geburt vor. Art 4 Abs 4 verweist dabei ausdrücklich auf den Gesundheitsschutz; „unter gebührender Berücksichtigung des Schutzes der Gesundheit der Mutter und derjenigen des Kindes hat der Mutterschaftsurlaub einen sechswöchigen obligatorischen Urlaub nach der Entbindung einzuschließen“.²⁰³ Die begleitende Empfehlung schlägt allerdings ergänzend vor, dass in besonderen Fällen, insbesondere bei Verhinderung der Mutter, Ansprüche auf den nachgeburtlichen Urlaub an den Vater fallen können,²⁰⁴ was auf den Zweck dieser Zeiten zur Kinderbetreuung hinweist.

Die CEDAW sieht keine bestimmte Zeitspanne vor, normiert aber, dass die Bereiche des Mutterschutzes in regelmäßigen Abständen anhand wissenschaftlicher und technischer Erkenntnisse überprüft werden sollten,²⁰⁵ was darauf hindeutet, dass hier Gesundheitsaspekte im Vordergrund stehen.

Beim Schwangerenschutz, also der Frist vor der Entbindung, liegt der Gesundheitsaspekt auf der Hand. Ergänzend wären allenfalls noch die Vorbereitung auf die Geburt und die neue

²⁰² So etwa in den Fällen: EuGH 25.7.1991, C-345/89 *Stoeckel*, ECLI:EU:C:1991:324 Rn 13; EuGH 5.5.1994, C-421/92, *Habermann-Beltermann*, ECLI:EU:C:1994:187 Rn 21; EuGH 14.7.1994, C-32/93, *Webb v EMO*, ECLI:EU:C:1994:300 Rn 20; EuGH 30.4.1998, C-136/95, *Thibault*, ECLI:EU:C:1998:178 Rn 25; EuGH 27.10.1998, C-411/96, *Boyle*, ECLI:EU:C:1998:506 Rn 41; EuGH 25.10.1988, C-312/86, *Kommission v Frankreich*, EU:C:1988:485 Rn 13.

²⁰³ ILO-Übereinkommen Nr 183, Übereinkommen über die Neufassung des Übereinkommens über den Mutterschutz (Neufassung), 1952, am 7.2.2002 in Kraft getreten; BGBl Nr 105/2004.

²⁰⁴ ILO-Empfehlung Nr 191, Empfehlung betreffend die Neufassung der Empfehlung betreffend den Mutterschutz, 1952, 15.6.2000.

²⁰⁵ UN-Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau (CEDAW) vom 18.12.1979, Resolution 34/180 der Generalversammlung der Vereinten Nationen; trat am 3.9.1981 völkerrechtlich in Kraft, BGBl 443/1982, Art 10 Abs 3.

Familiensituation als Zweck denkbar, dafür findet sich allerdings kein Indiz in den gesichteten Materialien.

Die europäische Mutterschutz-RL legt in Art 8 einen Mindestanspruch auf Mutterschaftsurlaub von 14 Wochen ohne Unterbrechung fest, dieser stellt allerdings „ein Recht der Mutter dar und kein absolutes Arbeitsverbot“. ²⁰⁶ Für den EuGH ist die Aussetzung der Berufstätigkeit durch die „wesentlichen Änderungen in den Lebensbedingungen der Frauen“ während dieses Zeitraums begründet und ein entsprechender Urlaub von besonderer sozialrechtlicher Bedeutung. ²⁰⁷ Der Großteil des Mutterschaftsurlaubs ist europarechtlich nicht zwingend obligatorisch auszugestalten, es kommt allerdings darauf an, ob gewährleistet wird, dass die Inanspruchnahme auf „eine[r] freie[n] Entscheidung der Mutter“ beruht. ²⁰⁸ Der obligatorische Anteil des Mutterschaftsurlaubs umfasst lediglich zwei Wochen, die sich entsprechend den einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und/oder Gepflogenheiten auf die Zeit vor und/oder nach der Entbindung aufteilen. In der Rechtssache *Boyle* stellte der EuGH fest, dass der ununterbrochene Mutterschutzurlaub insbesondere gewährleisten soll, dass „sich die Frau in den Wochen nach der Entbindung um ihr neugeborenes Kind kümmern kann“. ²⁰⁹

Diese Begründung ist schon allein deswegen eigenartig, weil die Richtlinie es den Mitgliedsstaaten überlässt, den Urlaub auf die Zeit vor und/oder nach der Geburt aufzuteilen.

Weiters fällt auf, dass gerade die ersten Wochen des nachgeburtlichen Mutterschutzes, deren grundlegender Zweck eher im Gesundheitsschutz im Zeitraum um die Entbindung gesehen wird, hier ausdrücklich mit der Betreuung des Kindes begründet werden. Im Fall *Boyle* hieß es, dass der 14-wöchige ununterbrochene Mutterschaftsurlaub und sein obligatorischer Kern von zwei Wochen „insbesondere“ die Fürsorge des Kindes gewährleisten soll. ²¹⁰ In Frage stand damals, ob ein gleichzeitiger Krankheitsurlaub den Mutterschaftsurlaub verkürzt, was der Gerichtshof verneinte. Erkrankt eine Frau während des Mutterschaftsurlaubs und nimmt „Krankheitsurlaub“, so kann ihr, wenn dieser vor Ablauf des Mutterschaftsurlaubs endet, nicht der Anspruch entzogen werden, danach den restlichen Mutterschaftsurlaub bis zum Ablauf der 14 Wochen zu erhalten. ²¹¹ „Eine gegenteilige Auslegung würde den Zweck des Mutterschaftsurlaubs gefährden, da dieser nicht nur die körperliche Verfassung der Frau, sondern auch die besondere Beziehung zwischen der Mutter und ihrem Kind während der Zeit schützen soll, die an die Schwangerschaft und die Entbindung anschließt.“ ²¹² Die 14 Wochen Mutterschutzurlaub der Richtlinie dienen demnach jedenfalls auch der Kinderbetreuung und nicht nur der Erholung von den Strapazen der Geburt.

Der Mutterschaftsurlaub dient sichtlich dem eingangs erwähnten *doppelten Zweck*. Einerseits soll die körperliche Verfassung der Frau während und nach der Schwangerschaft geschützt

²⁰⁶ Risak in Franzen/Gallner/Oetker, Kommentar zum europäischen Arbeitsrecht², Art 8 RL 92/85/EWG 440, Rn 1.

²⁰⁷ Risak in Franzen/Gallner/Oetker, Kommentar zum europäischen Arbeitsrecht², Art 8 RL 92/85/EWG 440, Rn 3.

²⁰⁸ Risak in Franzen/Gallner/Oetker, Kommentar zum europäischen Arbeitsrecht², Art 8 RL 92/85/EWG 440, Rn 9.

²⁰⁹ EuGH 27.10.1998, C-411/96, *Boyle*, ECLI:EU:C:1998:506, Rn 61.

²¹⁰ EuGH, 27.10.1998, C-411/96, *Boyle*, ECLI:EU:C:1998:506, Rn 60, vgl auch Risak in Franzen/Gallner/Oetker, Kommentar zum europäischen Arbeitsrecht², Art 8 RL 92/85/EWG 440, Rn 7-9.

²¹¹ EuGH, 27.10.1998, C-411/96, *Boyle*, ECLI:EU:C:1998:506, Rn 60.

²¹² EuGH, 27.10.1998, C-411/96, *Boyle*, ECLI:EU:C:1998:506, Rn 61.

werden, die Erwägungsgründe nehmen diesbezüglich auf ihre „Empfindlichkeit“ Bezug.²¹³ Andererseits geht es um die Ermöglichung der Kinderbetreuung, was durch den Schutz der besonderen Beziehung vor Doppelbelastung in der Rechtsprechung zum Ausdruck kommt. Durch den sozialen Zweck stellt sich das Problem der Unterscheidung zwischen Mutter- und Elternurlaub. Einerseits kann offensichtlich nach den Anspruchsberechtigten unterschieden werden, andererseits wird aber auch auf die unterschiedlichen Zwecke abgestellt: Der Elternurlaub wird den Eltern „gewährt, *damit sie sich um ihr Kind kümmern können*, und kann bis zu einem bestimmten Alter dieses Kindes, das bis zum Alter von acht Jahren reichen kann, genommen werden. 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 Berufs gestört wird*.“²¹⁴ Nun unterscheiden sich die genannten Zwecke aber nicht vollständig voneinander: Der Schutz vor Doppelbelastung betrifft schließlich gerade den Umstand, sich um ein Kind kümmern zu müssen. Daraus ergibt sich auch die Problematik, dass einerseits ein über den Mutterschutz hinausgehender Mutterschaftsurlaub zulässig ist,²¹⁵ zugleich aber „Maßnahmen, die den Schutz von Frauen in ihrer Eigenschaft als Elternteil bezwecken – eine Eigenschaft, die sowohl männliche als auch weibliche Arbeitnehmer besitzen können“, ²¹⁶ nicht durch Art 28 Gleichbehandlungs-RL, der Ausnahmen vom Gleichbehandlungsgebot zum Zweck des Mutterschutzes erlaubt, gerechtfertigt sind. Bereits im Fall *Hofmann* hatte der Kläger diesbezügliche Überlegungen zur Schutzfrist vorgebracht; „Artikel 2 Absatz 3 [heute Art 28 der Gleichbehandlungs-RL: Schutz der Frau, insbesondere bei Schwangerschaft und Mutterschaft] sei dann berührt, wenn ein Bereich betroffen sei, der für einen Vergleich zwischen Männern und Frauen keinen Platz mehr lasse, weil die biologischen Unterschiede dominant seien. Ein Sonderschutz der Frau sei zulässig für die Zeit der Schwangerschaft und eine gewisse Zeit nach der Geburt, weiterhin auch im Hinblick auf die Stillzeiten. Bei einem Zeitraum von bis zu sechs Monaten nach der Geburt könne aber eine ausschließliche Freistellung für die Mutter nicht mehr mit biologischen oder gesundheitlichen Gründen gerechtfertigt werden. Die Normalisierung der Körperfunktionen und -veränderungen sei im Wesentlichen nach vier bis sieben Wochen abgeschlossen, die Mutter sei dann im Normalfall voll arbeitsfähig.“²¹⁷ Dennoch befand der EuGH in diesem Fall, dass „ein derartiger Urlaub zulässigerweise unter Ausschluß aller anderen Personen der Mutter vorbehalten werden [kann], *da allein die Mutter dem unerwünschten Druck ausgesetzt sein kann, ihre Arbeit verfrüht wieder aufnehmen zu müssen*“.²¹⁸ Diese alleinige Zuschreibung des „unerwünschten Drucks“ auf die Mutter erscheint heute einerseits überholt, andererseits besteht hinsichtlich der tatsächlichen

²¹³ Risak in Franzen/Gallner/Oetker, Kommentar zum europäischen Arbeitsrecht², Art 8 RL 92/85/EWG 440, Rn 3.

²¹⁴ EuGH 16.6.2016, C-351/14, *Sanchez*, ECLI:EU:C:2016:447, Rn 44, Hervorhebung MS; mVa EuGH 14.4.2005, *Kommission/Luxemburg*, C-519/03, EU:C:2005:234, Rn 32

²¹⁵ EuGH 12.7.1984, C-184/83, *Hofmann*, ECLI:EU:C:1984:273, Rn 26.

²¹⁶ EuGH 29.11.2001, C-366/99, *Griesmar*, ECLI:EU:C:2001:648, Rn 44; EuGH 25.10.1988, Rs 312/86, *Kommission/Frankreich*, ECLI:EU:C:1988:485, Rn 14.

²¹⁷ EuGH 12.7.1984, Rs 184/83, *Hofmann* ECLI:EU:C:1984:273, 3054.

²¹⁸ EuGH 12.7.1984, Rs 184/83, *Hofmann*, ECLI:EU:C:1984:273, Rn 26.

Betroffenheit von Doppelbelastungen immer noch eine große Diskrepanz zwischen Männern und Frauen.

3.2.1. Die Frage der Übertragbarkeit auf Väter und zweite Elternteile

Österreich hat mit einem mindestens 16-wöchigen obligatorischen Urlaub eine sehr lange und strikte Regelung. Die Frist kann verlängert werden, wenn die Arbeitnehmerin noch nicht wieder arbeitsfähig ist,²¹⁹ was auf gesundheitliche Zwecke verweist. Angesichts der andernorts geltenden flexibleren Regelungen ist fraglich, ob der Gesundheitszweck nicht eben so gut durch einen nichtobligatorischen Urlaub gedeckt wäre, der etwa auch die Übertragung an andere Personen ermöglicht.

In der Rechtssache *Montull* befand der EuGH, dass es den Mitgliedstaaten freisteht, den Mutterschaftsurlaub gänzlich der Mutter vorzubehalten oder die Übertragbarkeit eines über den obligatorischen Zeitraum von zwei Wochen hinausgehenden (mindestens zwölfwöchigen) Urlaubs vorzusehen. Die spanische Mutterschutzregelung erlaubte es dem Vater, „den gesamten Aussetzungszeitraum oder gegebenenfalls den verbleibenden Teil des Aussetzungszeitraums in Anspruch“²²⁰ zu nehmen, sollte die Mutter verstorben sein; ähnlich auch die ILO-Empfehlung 191 (Art 10).

Darüber hinaus ermöglichte es die spanische Regelung es der Mutter, sofern beide Eltern erwerbstätig waren, vorbehaltlich eines unmittelbar auf die Entbindung folgenden sechswöchigen obligatorischen Mutterschutzurlaubs, „zu Beginn des Mutterschaftsurlaubs [zu] entscheiden, dass der Vater einen bestimmten und ununterbrochenen Teil des nachgeburtlichen Urlaubs entweder gleichzeitig mit ihrem Urlaub oder im Anschluss daran wahrnimmt, es sei denn, dass die Beschäftigung der Mutter zum Zeitpunkt der Wiederaufnahme eine Gefahr für ihre Gesundheit darstellt“.²²¹ Im Fall einer Adoption konnten die Zeiten gänzlich frei zwischen den (erwerbstätigen) Eltern aufgeteilt werden.²²² Vorbehaltlich eines etwaigen konkreten Gesundheitsrisikos kann somit klar die Kinderbetreuung als Zweck des gegenständlichen Mutterschutzurlaubs angesehen werden, und zwar auch dann wenn die Kinderbetreuung gemeinsam oder durch den Vater alleine geschieht. Dies lässt es freilich fraglich erscheinen, warum nicht von einem Elternurlaub die Rede ist. Tatsächlich wurde die Frage der Unterscheidung sowohl vom vorlegenden spanischen Gericht als auch vom EuGH gesondert behandelt.

Das vorlegende Gericht befasste sich zunächst mit der Ungleichbehandlung von Vater und Mutter durch den obligatorischen sechswöchigen Urlaub für die Mutter; diese Regelung, „über die zwischen den Parteien im Rahmen des Ausgangsverfahrens kein Streit bestehe, sei durch den Schutz gerechtfertigt, dessen die Mutter aufgrund der Entbindung bedürfe“.²²³ Der obligatorische Kern des Mutterschutzes verfolgt demnach gesundheitliche Zwecke. Vater und Mutter würden aber auch „in Bezug auf den Zeitraum von zehn Wochen nach diesem obligatorischen sechswöchigen Urlaub für die Mutter, „obwohl sie sich in einer vergleichbaren Situation befänden, insofern unterschiedlich behandelt, als der Anspruch des

²¹⁹ § 5 Abs 2 MSchG.

²²⁰ EuGH 19.9.2013, C-5/12, *Montull*, ECLI:EU:C:2013:57, Rn 16.

²²¹ EuGH 19.9.2013, C-5/12, *Montull*, ECLI:EU:C:2013:57, Rn 16.

²²² EuGH 19.9.2013, C-5/12, *Montull*, ECLI:EU:C:2013:57, Rn 16.

²²³ EuGH 19.9.2013, C-5/12, *Montull*, ECLI:EU:C:2013:57, Rn 27.

Vaters von dem der Mutter abgeleitet sei. Dieser Zeitraum von zehn Wochen sei allerdings als Elternurlaub und als Maßnahme zur Förderung der Vereinbarkeit von Familie und Beruf anzusehen, denn die biologischen Gegebenheiten der Schwangerschaft und der Entbindung, die ausschließlich bei der Mutter vorlägen, seien durch den obligatorischen Urlaub der Mutter abgedeckt. Somit müsse der im Ausgangsverfahren in Rede stehende Urlaub unterschiedslos von der Mutter oder vom Vater, sofern beide als Arbeitnehmer tätig seien, in ihrer Eigenschaft als Eltern des Kindes in Anspruch genommen werden können.“²²⁴

Die Vorlagefrage betraf eine mögliche Verletzung der Gleichbehandlungs- sowie der Elternurlaubsrichtlinie durch die Abhängigkeit des Anspruchs des Vater von dem der Mutter.²²⁵ Obwohl darin nicht auf die Mutterschutz-RL Bezug genommen wurde, führte der EuGH entgegen der Einschätzung des vorlegenden Gerichts aus, dass es sich beim fraglichen Urlaub um einen Mutterschaftsurlaub handle, da die Richtlinie einen ununterbrochenen Urlaub von 14 Wochen für die Mutter vorsieht und auch die in Frage stehende Norm von Mutterschaftsurlaub spreche.

Da es sich um einen Mutterschutzurlaub handelte, war auch die Ungleichbehandlung zwischen unselbstständig beschäftigten Müttern und Vätern durch Art 28 Gleichbehandlungs-RL gerechtfertigt.²²⁶ Anders wäre dies im Fall eines Elternurlaubs iSd Elternurlaubs-RL zu beurteilen gewesen, da nach dieser RL beiden Eltern ein individueller Urlaubsanspruch zusteht. Es zeigt sich, wie relevant die Unterscheidung zwischen Mutterschutz- und Elternurlaub ist. Der streitige spanische Urlaub habe laut EuGH „ohne jeden Zweifel dem Schutz der körperlichen Verfassung der Frau während und nach ihrer Schwangerschaft“ gedient.²²⁷ In diesem Prüfschritt unterschied der EuGH allerdings weder zwischen dem obligatorischen und dem nicht obligatorischen Teil des Urlaubs noch beachtete er, dass die spanische Regelung einen verbindlichen Urlaub nur für die Zeit unmittelbar nach der Entbindung vorschrieb, der vom Gerichtshof begründend angeführte Schutz *während* der Schwangerschaft also nicht vorrangiges Ziel der Regelung sein kann.²²⁸ Wie hier „ohne jeden Zweifel“ der Gesundheitsschutz als Regelungszweck erscheinen soll, ist nicht nachvollziehbar.

Zur Übertragbarkeit des Mutterschutzurlaubs führte der EuGH aus, dass dieser Urlaub einer Frau keinesfalls entzogen werden darf, er also nicht gegen den Willen der Mutter auf den Vater übertragen werden kann.²²⁹ Der Mutterschaftsurlaub ist jedenfalls für die Dauer von 14 Wochen sicherzustellen, allerdings handelt es sich dabei um ein Recht, auf das – abgesehen von den zwei Wochen obligatorischem Urlaub – auch verzichtet werden kann.²³⁰ Er entschied schließlich entsprechend, dass es der Mutterschutz-RL nicht entgegensteht, dass die „Mutter des Kindes beschließt, den ebenfalls die Arbeitnehmereigenschaft besitzenden Vater des Kindes nach Ablauf ihres obligatorischen Urlaubszeitraums ganz oder teilweise in den

²²⁴ EuGH 19.9.2013, C-5/12, *Montull*, ECLI:EU:C:2013:57, Rn 28.

²²⁵ EuGH 19.9.2013, C-5/12, *Montull*, ECLI:EU:C:2013:57, Rn 30.

²²⁶ EuGH 19.9.2013, C-5/12, *Montull*, ECLI:EU:C:2013:57, Rn 60-61.

²²⁷ EuGH 19.9.2013, C-5/12, *Montull*, ECLI:EU:C:2013:57, Rn 63.

²²⁸ EuGH 19.9.2013, C-5/12, *Montull*, ECLI:EU:C:2013:57, Rn 16 mVa Art 48 Abs 4 spanisches Arbeitnehmerstatut.

²²⁹ EuGH 19.9.2013, C-5/12, *Montull*, ECLI:EU:C:2013:57, Rn 56-57.

²³⁰ EuGH 19.9.2013, C-5/12, *Montull*, ECLI:EU:C:2013:57, Rn 56-57.

Genuss des Mutterschaftsurlaubs kommen zu lassen.²³¹ Die Übertragbarkeit des Anspruchs auf Mutterschutzurlaub ist also mit der Mutterschutz-RL vereinbar.

Inwieweit eine solche Übertragbarkeit auf den Vater (oder einen zweiten Elternteil) beschränkt ist, lässt sich anhand der bislang ergangenen Rechtsprechung nicht feststellen. Denkbar wäre auch die Übertragbarkeit an andere Personen; beispielsweise können in Norwegen Alleinerzieher_innen den Anspruch des abwesenden Elternteils an Dritte, etwa die Großeltern des Kindes, übertragen.²³²

Auch im neuseeländischen Recht sind bestimmte Ansprüche aus dem Mutterschutz an Betreuungspersonen übertragbar, die selbst nicht Elternteil des Kindes sind.²³³ Dies betrifft allerdings nicht den Urlaubsanspruch, sondern finanzielle Leistungen. Der Anknüpfungspunkt dafür ist die Eigenschaft als primäre Betreuungsperson: „The primary carer is the birth mother who is pregnant or has given birth or her eligible partner/spouse whom she may transfer any or all of the payment for leave to (including de facto and same-sex partners) or a person other than the biological mother or her spouse/partner, who takes permanent primary responsibility for the care, development and upbringing of a child who is under six years.“²³⁴ De facto wird dies vor allem in Fällen genutzt, wo die Mutter keinen Anspruch auf Freistellung, aber auf finanzielle Leistungen hat, und diese daher auf eine Person mit mehr Zeitressourcen überträgt, etwa auf ein Großelternteil.²³⁵

3.3. Besondere Tätigkeitsverbote

Neben den absoluten Beschäftigungsverboten während der Schutzfristen enthält der zeitgenössische Mutterschutz auch Verbote von bestimmten Tätigkeiten, die der Gesundheit der Schwangeren, Wöchnerin oder stillenden Mutter schaden können. „Schwere und gesundheitsschädliche Arbeiten“ sind in diesem Sinn verboten, die Aufzählung im MSchG ist nur beispielhaft zu verstehen.²³⁶ Auch in den Erwägungen zur Mutterschutz-RL ist festgehalten, dass „schwangere Arbeitnehmerinnen, Wöchnerinnen und stillende Arbeitnehmerinnen in vielerlei Hinsicht als eine Gruppe mit besonderen Risiken betrachtet werden müssen“.²³⁷ Solche Risiken können in der Exposition „gegenüber gefährlichen Agenzien, Verfahren oder Arbeitsbedingungen“²³⁸ bestehen, die beurteilt werden und gegebenenfalls Konsequenzen in Form von Schutzmaßnahmen nach sich ziehen müssen. Zur Beurteilung der „chemischen, physikalischen und biologischen Agenzien sowie der industriellen Verfahren, die als Gefahrenquelle für die Gesundheit und Sicherheit der Arbeitnehmerinnen“ gelten, erstellt die Kommission Leitlinien.²³⁹ Diese umfassen krankmachende Faktoren, die dem Fötus schaden oder zu einer Lösung der Plazenta führen

²³¹ EuGH 19.9.2013, C-5/12, *Montull*, ECLI:EU:C:2013:57, Rn 58.

²³² *Brandth/Kvand* in *Blum et al* 2018, 315, 317.

²³³ *McDonald/Morrissey* in *Blum et al* 2018, 307.

²³⁴ *McDonald/Morrissey* in *Blum et al* 2018, 307.

²³⁵ Auskunft per Mail von *Heather McDonald*, Verfasserin des Länderberichts Neuseelands für den International Leave Policy Report 2018, auf Anfrage von MS.

²³⁶ ErlRV MSchG 1957, 197 BlgNR 8. GP (gescanntes Original), 26.2.1957, 11.

²³⁷ Mutterschutz-RL 92/85/EWG, Erwägungen, 1-2.

²³⁸ Mutterschutz-RL 92/85/EWG, Erwägungen, 2.

²³⁹ Anhang I der RL 92/85/EWG, KOM(2000) 466 final, berichtigt durch KOM(2000) 466 final/2 über die Leitlinien für die Beurteilung der chemischen, physikalischen und biologischen Agenzien sowie der industriellen Verfahren, die als Gefahrenquelle für Gesundheit und Sicherheit von schwangeren Arbeitnehmerinnen, Wöchnerinnen und stillenden Arbeitnehmerinnen am Arbeitsplatz gelten.

können.²⁴⁰ Darunter fallen insbesondere „Stöße, Erschütterungen oder Bewegungen; das bewegen schwerer Lasten von Hand, gefahrenträchtig insbesondere für den Rücken- und Lendenwirbelbereich; Lärm; ionisierende Strahlungen; nicht ionisierende Strahlungen; extreme Hitze oder Kälte“.²⁴¹ Auch die geistige wie körperliche Ermüdung der Arbeitnehmerin, etwa durch redundante Arbeiten, ist zu vermeiden.²⁴² Im Anhang der Leitlinien findet sich zudem eine Aufzählung von „Gesichtspunkten der Schwangerschaft, die eine Umgestaltung der Arbeitsorganisation erforderlich machen können (zB morgendlicher Brechreiz)“.²⁴³ Den bzw die Arbeitgeber_in trifft zudem eine Mitteilungspflicht über allfällige Risiken und Schutzmaßnahmen, diese besteht auch gegenüber Arbeitnehmerinnen, die schwanger sein oder stillen könnten. Dies wird dadurch begründet, dass sich Arbeitnehmerinnen in der Frühphase einer Schwangerschaft über ihr (Fort-)Bestehen möglicherweise nicht im Klaren oder (noch) nicht gewillt sind, davon zu erzählen, manche Stoffe aber schon direkt nach der Empfängnis schädigend sein können.²⁴⁴ Idealerweise wären wohl sämtliche Arbeitnehmer_innen, etwa im Wege eines Rundschreibens oder durch Informationsveranstaltungen, über diese Risiken aufzuklären.

Diese Tätigkeitsverbote und ein allfällig damit verbundener Arbeitsplatzwechsel zielen demnach auf den Gesundheitsschutz ab. Hinsichtlich dieser Verbote und dem Zweck des Gesundheitsschutzes ist der Ausschluss von anderen Elternteilen als der Geburtsmutter nachvollziehbar. Schwer nachzuvollziehen ist allerdings, wie sich im österreichischen Recht vor diesem Hintergrund der Ausschluss von atypisch Beschäftigten von den vorgeburtlichen Tätigkeitsverboten nach § 3 MSchG rechtfertigen lässt.

Ein weiterer Anknüpfungspunkt für bestimmte Regelungen des Mutterschutzes ist das Stillen, für stillende Mütter können sich Schutzzeiträume sowie besondere Tätigkeitsverbote noch weiter erstrecken. Hier ist fraglich, inwieweit die exklusive Geltung für Geburtsmütter zweckdienlich ist, gegebenenfalls sollten Stillzeiten auch für (stillende) Adoptiv- oder Bestellmütter verfügbar sein, da ansonsten der Schutzzweck der Regelung, nämlich die Ermöglichung des Stillens, vereitelt würde.²⁴⁵ Der EuGH verneinte allerdings Ansprüche für die Bestellmutter aus der Mutterschutz-RL, auch für den Fall, dass sie das Kind stillt.²⁴⁶ Diese restriktive Auslegung steht nach *Risak* in Widerspruch zum Schutzzweck des Mutterschutzes, er nennt hier wiederum den Schutz der Beziehung zum Kind vor Doppelbelastung.²⁴⁷

²⁴⁰ *Risak* in *Franzen/Gallner/Oetker*, Kommentar zum europäischen Arbeitsrecht², Art 4 RL 92/85/EWG 440, Rn 4.

²⁴¹ *Risak* in *Franzen/Gallner/Oetker*, Kommentar zum europäischen Arbeitsrecht², Art 4 RL 92/85/EWG 440, Rn 4.

²⁴² *Risak* in *Franzen/Gallner/Oetker*, Kommentar zum europäischen Arbeitsrecht², Art 4 RL 92/85/EWG 440, Rn 4.

²⁴³ Anhang I der RL 92/85/EWG, KOM(2000) 466 final, berichtigt durch KOM(2000) 466 final/2 über die Leitlinien für die Beurteilung der chemischen, physikalischen und biologischen Agenzien sowie der industriellen Verfahren, die als Gefahrenquelle für Gesundheit und Sicherheit von schwangeren Arbeitnehmerinnen, Wöchnerinnen und stillenden Arbeitnehmerinnen am Arbeitsplatz gelten, 36.

²⁴⁴ *Risak* in *Franzen/Gallner/Oetker*, Kommentar zum europäischen Arbeitsrecht², Art 4 RL 92/85/EWG 440, Rn 6.

²⁴⁵ *Risak* in *Franzen/Gallner/Oetker*, Kommentar zum europäischen Arbeitsrecht², Art 2 RL 92/85/EWG 440, Rn 9, 12.

²⁴⁶ EuGH, 18.3.2014, C-167/12, *C. D.*, ECLI:EU:C:2014:169, Rn 57.

²⁴⁷ *Risak* in *Franzen/Gallner/Oetker*, Kommentar zum europäischen Arbeitsrecht², Art 2 RL 92/85/EWG 440, Rn 11.

3.4. Kündigungsschutz

Das Kündigungsverbot der Mutterschutz-RL wird dadurch begründet, dass die Gefahr, aus Gründen entlassen zu werden, die mit ihrem Zustand in Verbindung stehen, „sich schädlich auf die physische und psychische Verfassung“²⁴⁸ der Schwangeren auswirken könnten. Hier vermengen sich sozialer und gesundheitlicher Zweck der Regelung. Auch in der Rechtsprechung des OGH besteht der Zweck des Kündigungsschutzes „nicht nur darin, der Mutter den Arbeitsplatz für einen gewissen im Gesetz geregelten Zeitraum zu erhalten, sondern sie auch vor der Beunruhigung einer Kündigung zu bewahren“.²⁴⁹ Er betont hier eben eine solche besondere Belastung der „psychische[n] Verfassung“²⁵⁰ durch Kündigung, wie sie auch in den Erwägungen zur Mutterschutz-RL angesprochen ist. „Der Schutzzweck der Regelung bestehe nämlich darin, von der (werdenden) Mutter jegliche ihre Existenzgrundlage betreffende Beunruhigung fernzuhalten.“²⁵¹ Dies soll dadurch gewährleistet werden, „daß der Mutter der Arbeitsplatz für eine gewisse Zeit gesichert“²⁵² wird. „Wenn auch anzunehmen ist, daß der Gesichtspunkt der Vermeidung jeder Beunruhigung der Mutter eher wegen des Schutzes der werdenden Mutter im Gesetz in dieser Form seinen Niederschlag gefunden hat“,²⁵³ bezieht sich der Kündigungsschutz heute auch auf die Zeit nach der Entbindung. Dieser Verweis des OGH deutet darauf hin, dass der ursprüngliche Zweck in der Vermeidung von negativen Auswirkungen auf die Schwangerschaft durch die genannten Beunruhigungen lag. Heute erstreckt sich der Schutz auch auf die Karenzzeit und bezweckt somit auch die soziale Sicherheit von Eltern und ihren Kindern.

Auf diese soziale Sicherheit wird durch den OGH explizit Bezug genommen: „Der der Disposition entzogene Zweck des Mutterschutzes ist die Wahrung der gesundheitlichen Interessen der Mutter und des Kindes und im Falle des Kündigungs- und Entlassungsschutzes der *wirtschaftlichen Existenz* der Mutter.“²⁵⁴ Der Kündigungsschutz wird hier von anderen Mutterschutzmaßnahmen abgegrenzt, indem ihm ausdrücklich der Schutz der wirtschaftlichen Existenz der Mutter zugeschrieben wird. Der eben zitierte Rechtssatz lautet nichtsdestotrotz weiter: „Der Gesetzgeber stellt damit auf den schützenswerten Zustand der Frau ab der grundsätzlich zu einer Geburt führenden Empfängnis bis zum Eintritt der Geburt ab.“²⁵⁵ Damit wird nochmals der Schutz der Schwangerschaft und schwangerer Frauen unterstrichen, was aber eben nur eine Teildauer des Kündigungsschutzes umfasst.

Der Schutzzweck der besonderen wirtschaftlichen Vulnerabilität betrifft hingegen auch Adoptiv- und Pflegemütter, auch sie sind gemäß § 15c Abs 4 MSchG während der Karenz vom Kündigungs- sowie vom Entlassungsschutz erfasst. Während der Elternkarenz genießen zudem auch Väter und zweite Elternteile einen besonderen Kündigungsschutz. Der Schutz der wirtschaftlichen Existenz wäre aber rund um die Familiengründung und daher während des Baby-Monats oder der Familienzeit ebenso wesentlich.

²⁴⁸ Mutterschutz-RL 92/85/EWG, Erwägungen, 2.

²⁴⁹ RS0070787 (9ObA178/91; 9ObA23/95; 9ObA25/06a).

²⁵⁰ Mutterschutz-RL 92/85/EWG, Erwägungen, 2.

²⁵¹ OGH 28.8.1991, 9ObA178/91.

²⁵² OGH 28.8.1991, 9ObA178/91.

²⁵³ OGH 28.8.1991, 9ObA178/91.

²⁵⁴ RS0070720 (9ObA23/95; 9ObA8/96; 9ObA394/97z; 8ObA39/06b; 9ObA116/18a).

²⁵⁵ RS0070720 (9ObA23/95; 9ObA8/96; 9ObA394/97z; 8ObA39/06b; 9ObA116/18a).

Der EuGH hat zudem mehrfach die Vermeidung „des besonders schwerwiegenden Risikos, dass eine schwangere Arbeitnehmerin zum freiwilligen Abbruch ihrer Schwangerschaft veranlasst wird“, ²⁵⁶ als Zweck des Kündigungsschutzes genannt. Die Formulierung mutet eigenwillig an – die Vermeidung einer freiwilligen Handlung der betroffenen Frau – und legt eine gewisse Ablehnung und Stigmatisierung von Schwangerschaftsabbrüchen sowie den Schutz eines „überindividuellen Familieninteresses“ ²⁵⁷ nahe.

Zugleich erschließt sich aus dem Kontext die Relativität der genannten Freiwilligkeit eines Abbruchs, die darin liegt, dass eine schwangere Frau bei Verlust des Arbeitsplatzes nicht die notwendige Sicherheit hat, für ihr Kind sorgen zu können. Erst die mit dem Kündigungsschutz einhergehende Arbeitsplatzsicherheit ermöglicht eine „freiwillige“ Entscheidung für oder gegen einen etwaigen Schwangerschaftsabbruch. Hierin lässt sich sowohl der soziale Zweck des Mutterschutzes als auch ein Schutzzweck, der auf den Schutz der Schwangerschaft gegen Eingriffe der Schwangeren selbst gerichtet zu sein scheint, erkennen. Letzteres erweist sich im Kontext reproduktiver Selbstbestimmung jedenfalls als fragwürdig. Zugleich kann der Kündigungsschutz aber auch als (Teil-)Bedingung reproduktiver Autonomie erachtet werden. ²⁵⁸ Reproduktive Autonomie beschreibt die „Selbstbestimmung eines Individuums über seine Fortpflanzung“, ²⁵⁹ sie wird durch reproduktive Rechte gewährleistet. Als solche kann „ein ganzes Bündel“ von Rechten begriffen werden, die dazu dienen, die „freie Entscheidung eines Individuums für oder gegen Kinder abzusichern“. ²⁶⁰ Davon umfasst sind der Zugang zu Verhütung und Schwangerschaftsabbruch, die Partner_innenwahl, die Art der Erzeugung und die Ausgestaltung von Schwangerschaft und Geburt sowie der nachgeburtlichen Versorgung. ²⁶¹ Die Rechte aus dem Mutterschutz werden in dieser Aufzählung nicht explizit genannt, doch stehen sie durch die Absicherung der sozialen und gesundheitlichen Sicherheit während Schwangerschaft und Geburt sowie im daran anschließenden Zeitraum in einem engen – ich würde meinen bedingenden – Verhältnis zu reproduktiver Autonomie. Auch die Beanstandung des Arbeitsstabs „Reproduktive Rechte“ des Deutschen Juristinnenbundes, dass Überlegungen zur reproduktiven Autonomie bislang zu wenig in die „isoliert geführten Fachdebatten über Abstammungsrecht, Betreuungsrecht, Reproduktionsmedizin oder Mutterschutz“ ²⁶² eingebracht werden, verweist auf ein Naheverhältnis von Mutterschutz und reproduktiver Selbstbestimmung, auch wenn dieses erst noch entsprechend aufzugreifen wäre.

3.4.1. Der Sonderfall der künstlichen Befruchtung

Wesentlich für den Beginn des Kündigungsschutzes ist die Frage, wann eine Schwangerschaft vorliegt. Der entscheidende Zeitpunkt ist dabei grundsätzlich die Befruchtung der Eizelle. ²⁶³ Die Frage erschwert sich allerdings im Fall einer künstlichen Befruchtung. Dass es sich bei einer Arbeitnehmerin, die sich einer In-vitro-Fertilisation unterzieht, um eine „schwängere Arbeitnehmerin“ im Sinne des Art 2 lit a der Mutterschutz-RL handelt, hat der EuGH 2008

²⁵⁶ EuGH 26.2.2008, C-506/06, *Mayr*, ECLI:EU:C:2008:119, Rn 34 mit weiteren Verweisen.

²⁵⁷ *Wapler* in *Baer/Sacksofsky* 2018, 193.

²⁵⁸ Vgl zum Begriff „reproduktive Autonomie“ *Wapler* in *Baer/Sacksofsky* 2018, 185-215.

²⁵⁹ *Wapler* in *Baer/Sacksofsky* 2018, 185.

²⁶⁰ *Wapler* in *Baer/Sacksofsky* 2018, 186.

²⁶¹ *Wapler* in *Baer/Sacksofsky* 2018, 187.

²⁶² *Arbeitsstab „Reproduktive Rechte“ des Deutschen Juristinnenbundes e.V.*, djbZ 2017, 1.

²⁶³ *Windisch-Graetz*, *Arbeitsrecht II*¹⁰ 2017, 291 mVa OGH 9 ObA 23/95.

verneint.²⁶⁴ Zwar waren zum Zeitpunkt des Ausspruchs der Kündigung die Eizellen bereits mit den Samenzellen des Partners befruchtet, Embryonen waren also „in vitro“ vorhanden, sie waren allerdings noch nicht eingepflanzt. Auch der OGH hat entschieden, dass keine Schwangerschaft vorliegt, solange die Eizelle nicht eingesetzt wurde, da es sich bei der vom MSchG geschützten Schwangerschaft um einen körperlichen Zustand Frau handelt.²⁶⁵ Daher sei „eine Schwangerschaft losgelöst vom weiblichen Körper denkunmöglich“.²⁶⁶

Die eben angestellten Überlegungen zum Zusammenhang von Kündigungsschutz und reproduktiver Autonomie sprechen demgegenüber für eine Ausdehnung des Schutzes, da andernfalls um den Arbeitsplatz gefährdet werden muss, wenn die Familienplanung medizinisch unterstützt in Angriff genommen wird. Der EuGH argumentierte hingegen mit Gründen der Rechtssicherheit, da befruchtete Eizellen in manchen Mitgliedsstaaten über verschiedene Zeiträume hinweg aufbewahrt werden können. So könnte der Kündigungsschutz auf Jahre ausgedehnt werden und mitunter sogar bestehen, wenn die In-vitro-Fertilisation nur vorsorglich vorgenommen wurde.²⁶⁷ Meines Erachtens könnten solche Bedenken aber durch eine präzise Regelung – etwa durch eine Frist zwischen Befruchtung und Einsetzung – ausgeräumt werden.

Die Kündigung einer Frau, die gerade versucht schwanger zu werden, kann jedenfalls – auch im Fall einer künstlichen Befruchtung – eine Diskriminierung aufgrund des Geschlechts darstellen: „Wird eine Frau gekündigt, weil sie sich in einem vorgerückten Behandlungsstadium einer In-vitro-Fertilisation befindet, nämlich zwischen der Follikelpunktion und der Einsetzung der in vitro befruchteten Eizellen in ihre Gebärmutter, liegt eine Kündigung wegen Schwangerschaft vor. Auch wenn in diesem Fall noch nicht von Schwangerschaft iSd MutterschutzRL gesprochen werden kann, liegt ein Verstoß gegen das GlBG [Gleichbehandlungsgesetz] vor, wenn die Kündigung wegen Maßnahmen erfolgt, die unmittelbar zur Schwangerschaft führen sollen.“²⁶⁸

3.5. Nachtarbeitsverbot

Europarechtlich ist zwar kein Verbot von Nachtarbeit für Schwangere und Wöchnerinnen vorgesehen, jedoch dürfen Schwangere und in beschränkterem Ausmaß auch Mütter gemäß Art 7 der Mutterschutz-RL nicht dazu verpflichtet werden. Regelungsziel ist zunächst der Gesundheitsschutz, doch wird nach *Risak* auch „die autonome Entscheidung der Schwangeren bzw. Mutter zur Nachtarbeit“ geschützt, weshalb kein absolutes Verbot, aber eben auch keine Verpflichtung vorliegen darf.²⁶⁹ Grundsätzlich hält *Risak* daher auch ein Ablehnungsrecht von Nachtarbeit nicht für ausreichend, da dieses von einer durch die Mutter erst auszuhebenden

²⁶⁴ EuGH 26.2.2008, C-506/06, *Mayr*, ECLI:EU:C:2008:119.

²⁶⁵ *Windisch-Graetz*, Arbeitsrecht II¹⁰ 2017, 291 mVa OGH 8 ObA 27/08s.

²⁶⁶ OGH 16.6.2008, 8ObA27/08s.

²⁶⁷ *Risak* in *Franzen/Gallner/Oetker*, Kommentar zum europäischen Arbeitsrecht², Art 2 RL 92/85/EWG 440, Rn 6.

²⁶⁸ *Windisch-Graetz* in *Neumayr/Reissner*, Zellkomm⁶, § 3 GlBG, Gleichbehandlungsgebot im Zusammenhang mit dem Arbeitsverhältnis, (Stand 1.1.2018, rdb.at) Rn 8 mVa EuGH 26.02.2008, C-506/06, *Mayr*, ECLI:EU:C:2008:119.

²⁶⁹ *Risak* in *Franzen/Gallner/Oetker*, Kommentar zum europäischen Arbeitsrecht², Art 7 RL 92/85/EWG 440, Rn 8.

Verpflichtung ausgehe.²⁷⁰ Ein Ablehnungsrecht wäre ihm zufolge allerdings ergänzend „aus Gründen der Vereinbarkeit von Familie und Beruf“ möglich, ein solches würde sich wohl auf den Zeitraum nach dem Mutterschutz beziehen, wenn keine gesundheitlichen Bedenken mehr vorliegen.²⁷¹

Auch bei der Nachtarbeit treffen gesundheitliche und soziale Schutzzwecke, hier vor allem die Frage der Vereinbarkeit von Arbeitszeiten und Familie, aufeinander. Während *Risak* mit Blick auf den Vereinbarkeitsschutz ein Ablehnungsrecht vorschlägt, weist er ein solches für den Gesundheitsschutz zurück. Es zeigt sich, dass unterschiedliche Zwecke unterschiedliche Maßnahmen erforderlich machen. Soweit gesundheitliche Zwecke im Vordergrund stehen, darf keine Verpflichtung zur Nachtarbeit bestehen, aus Vereinbarkeitsgründen wäre hingegen eine flexiblere Handhabung vorzuziehen.

Während also jedenfalls kein Zwang zur Nachtarbeit bestehen darf, variieren die Alternativen hinsichtlich ihres Zwangscharakters. Ein Verbot der Nachtarbeit übt Zwang aus, indem es die Verfügung über die eigene Arbeitskraft beschränkt. Ein Ablehnungsrecht erscheint somit als ideale Lösung, doch ist zu befürchten, dass anstelle des rechtlichen Zwangs ökonomische und persönliche Zwänge treten, die Frauen dazu veranlassen, die (oft besser bezahlte) Nachtarbeit zu übernehmen oder ihr Ablehnungsrecht aus Furcht vor Benachteiligung nicht in Anspruch zu nehmen. Insofern müsste ein Ablehnungsrecht freilich mit flankierenden Maßnahmen ausgestattet sein, die etwaige Nachteile vermeiden. Ein Ablehnungsrecht aus Vereinbarkeitsgründen sollte zudem auch zweiten Elternteilen zustehen. So sieht auch die ILO-Empfehlung Nr 165 betreffend die Chancengleichheit und die Gleichbehandlung männlicher und weiblicher Arbeitnehmer unter Punkt 4.19 vor, dass „soweit durchführbar und zweckmäßig“, „bei der Organisation der Schichtarbeit und bei der Einteilung zur Nachtarbeit die besonderen Bedürfnisse der Arbeitnehmer, einschließlich jener, die sich aus ihren Familienpflichten ergeben, berücksichtigt werden“ sollten.

3.6. Zwecke von Elternzeiten für zweite Elternteile und Väter

Im Gegensatz zur Geburtsmutter liegen für zweite Elternteile und Väter jedenfalls keine gesundheitlichen Gründe für Erwerbsunterbrechungen anlässlich der Geburt vor. Begründend genannt werden hier neben dem Zweck der Kinderbetreuung, auch Gleichbehandlungszwecke, sowohl mit Blick auf die Rechte von Vätern als auch mit Blick auf Mütter, die durch die Beteiligung der Väter an der Kinderbetreuung entlastet werden können. Bei der Einführung des österreichischen Eltern-Karenzurlaubsgesetzes und der erstmaligen Ermöglichung von Karenz für Väter wurde als Ziel genannt, „die optimale Betreuung des Kindes während des 1. Lebensjahres sicherzustellen“.²⁷² Die Gestaltung sollte zudem „schon aus Gründen der Gleichheit und Gleichbehandlung“ stark an die für Mütter angelehnt sein.²⁷³

²⁷⁰ *Risak* in *Franzen/Gallner/Oetker*, Kommentar zum europäischen Arbeitsrecht², Art 7 RL 92/85/EWG 440, Rn 8.

²⁷¹ *Risak* in *Franzen/Gallner/Oetker*, Kommentar zum europäischen Arbeitsrecht², Art 7 RL 92/85/EWG 440, Rn 4.

²⁷² 1166 BlgNR 17. GP - Ausschussbericht NR (gescanntes Original) vom 8.11.1989, 1.

²⁷³ 1166 BlgNR 17. GP - Ausschussbericht NR (gescanntes Original) vom 8.11.1989, 2.

Die Aktivierung von Vätern wurde im Laufe der 1990er und 2000er Jahre mehr und mehr als Mittel und Ziel der Gleichbehandlung erkannt.²⁷⁴ Diese Entwicklung wurde bereits skizziert, eine Auseinandersetzung mit der relevanten europäischen Rechtsprechung folgt in Kapitel 5, hier wird zunächst nur auf die Ziele des Elternurlaubs im Vergleich mit jenen des Mutterschutzes eingegangen. Während bei der Mutterschutzrichtlinie die Sicherheit und Gesundheit der Mutter im Zentrum stehen, ist beim Elternurlaub das Ziel, eine „Verbesserung der Vereinbarkeit von Beruf, Familie und Privatleben für erwerbstätige Eltern sowie der Chancengleichheit von Männern und Frauen auf dem Arbeitsmarkt“²⁷⁵ zu erwirken.

Ergänzend zur Elternkarenz gibt es seit 2011 die Frühkarenzen im öffentlichen Dienst,²⁷⁶ sowie seit 2017 die Familienzeit.²⁷⁷ In den Erläuterungen zum FamZeitbG 2017 heißt es, dass die Zeit vom Vater oder zweiten Elternteil genutzt werden soll, damit er oder sie „seine unter den Auswirkungen der gerade erfolgten Geburt stehende Partnerin bei der Pflege und Betreuung des Säuglings, bei den Behördenwegen, bei Haushaltsarbeiten etc bestmöglich unterstützen kann, und um den Zusammenhalt in der Familie von Anfang an zu stärken.“²⁷⁸ Impliziert wird in der Begründung der Familienzeit insofern auch, dass die Zeit des Mutterschutzes ebenfalls der Betreuung des neugeborenen Kindes und der Einrichtung auf die neue Elternrolle dient.

In der Begründung der Familienzeit lassen sich noch weitere Parallelen zum doppelten Zweck des Mutterschutzes beobachten. So zeigt sich, dass gerade das zur Rechtfertigung eines alleinigen Mutterschaftsurlaubs entwickelte Argument des Beziehungsschutzes bzw Beziehungsaufbaus nicht auf Mütter beschränkt ist. In den Erläuterungen zum Familienzeitbonusgesetz wird das Recht des zweiten Elternteils auf den Aufbau einer besonderen Beziehung zum Kind genannt: „Erwerbstätige Väter, die sich direkt nach der Geburt ihres Kindes intensiv und ausschließlich der Familie widmen, sollen eine finanzielle Unterstützung erhalten. Dies trägt dem Umstand Rechnung, dass *die Familiengründungszeit wichtig ist, damit das Neugeborene rasch eine sehr enge emotionale Bindung (auch) zum Vater aufbauen*“²⁷⁹ kann. Dieses Zitat erinnert unweigerlich an die *Hofmann-Formel*, nach der ein Mutterschaftsurlaub unter anderem zum „Schutz der Beziehung zwischen der Mutter und ihrem Kind während der Zeit, die sich an die Schwangerschaft und Entbindung anschließt“²⁸⁰ dient.

Ein Unterschied sticht dabei sofort ins Auge: Der EuGH fand in den 1980er Jahren allein die Beziehung zwischen Mutter und Kind schützenswert und ließ den Vater außen vor. Zudem fällt auf, dass der EuGH damals den Schutz einer Beziehung im Sinn zu haben schien, die er als gegeben – als in diesem Zeitraum bereits bestehend – imaginierte. Die Erläuterungen zum FamZeitbG hingegen sprechen vom *Aufbau* einer besonderen Bindung *auch* zum Vater.

²⁷⁴ Vgl Sagmeister in Lanser et al 2018, 125-160.

²⁷⁵ Elternurlaubs-RL 2010/18/EU, ErwGr 8.

²⁷⁶ § 75d Beamten-Dienstrechtsgesetz (BDG) 1979, § 290 Vertragsbedienstetengesetz (VBG), § 75f Richter- und Staatsanwaltsdienstgesetz (RStDG), § 58e Landeslehrer-Dienstrechtsgesetz 1984 (LDG) sowie § 65e Land- und forstwirtschaftliches Landeslehrer-Dienstrechtsgesetz 1985 (LLDG).

²⁷⁷ Bundesgesetz über die Gewährung eines Bonus für Väter während der Familienzeit (Familienzeitbonusgesetz – FamZeitbG), BGBl 53/2016.

²⁷⁸ ME FamZeitbG 2017, 181/ME 25. GP, Erläuterungen, 1.

²⁷⁹ ME FamZeitbG 2017, 181/ME 25. GP, Erläuterungen, 1.

²⁸⁰ EuGH 12.7.1984, Rs 184/83, *Hofmann*, ECLI:EU:C:1984:273, Rn 25.

Dieses „auch“ legt nahe, dass nicht nur die Beziehung zum Vater erst aufgebaut werden, sondern familiäre Beziehungen Zeit generell bedürfen, um sich zu entwickeln. Es wird doppelt mit dem verklärten Ideal der Mutter-Kind-Beziehung gebrochen, ihre Exklusivität wie auch ihr natürliches Gegeben-sein werden von der Idee verdrängt, dass eine Familie Zeit braucht, um (emotional) zusammenzuwachsen.

Ein Vaterschaftsurlaub dient dem engeren Kontakt mit dem Kind, was in Folge auch die Beteiligung an späterer Kinderbetreuung fördern kann, weil sich erste Betreuungsgewohnheiten in dieser Zeit bilden.²⁸¹ Wenn in den ersten Wochen und Monaten der Vater (womöglich voll)erwerbstätig, die Mutter hingegen beim Kind ist, wird sie eine ganz andere Routine entwickeln können als er. In der Begründung des bereits erwähnten Richtlinienvorschlags zur Vereinbarkeit von Familie und Beruf beklagt die Kommission die fehlende Möglichkeit eines bezahlten Vaterschaftsurlaubs in den meisten Mitgliedsstaaten, sowie das Fehlen von europarechtlichen Vorgaben in diesem Bereich, unter anderem mit Verweis auf gerade diese Überlegung: „Die für Frauen und Männer ungleichen Bestimmungen zur Vereinbarkeit von Beruf und Privatleben verstärken somit die geschlechtsspezifischen Unterschiede bei Erwerbstätigkeit und Betreuungspflichten. Umgekehrt sind positive Auswirkungen festzustellen, wenn Väter die Regelungen zur Vereinbarkeit von Beruf und Privatleben, etwa Urlaubsregelungen, in Anspruch nehmen: Diese Väter beteiligen sich auch später stärker an der Kindererziehung, der Anteil der unbezahlten Arbeit, die Frauen im Vergleich zu Männern leisten, verringert sich und den Frauen bleibt mehr Zeit, eine bezahlte Beschäftigung auszuüben.“²⁸² Auch empirisch erweist sich die Elternzeit bzw eine Vaterkarenz „als entscheidender ‚Türöffner‘ in ein langfristig egalitäres Care-Arrangement“.²⁸³

3.7. Zwischenfazit zu den Zwecken des Mutterschutzes

Zusammenfassend lässt sich feststellen, dass der Mutterschutz verschiedenen Zwecken dient, die teilweise untrennbar miteinander verwoben sind. So gehen soziale Sicherheit und Gesundheitsschutz Hand in Hand: „Bestimmungen über den Mutterschaftsurlaub [hätten] keine praktische Wirksamkeit, wenn nicht gleichzeitig die mit dem Arbeitsvertrag verbundenen Rechte gewährleistet wären.“²⁸⁴ Entsprechend dient auch die Fortzahlung eines Arbeitsentgelts und/oder der Anspruch auf eine angemessene Sozialleistung mittelbar dem Gesundheitsschutz, da gesundheitsschützende Tätigkeitsverbote andernfalls aus ökonomischen Zwängen heraus umgangen werden würden. Hinsichtlich ihrer wirtschaftlichen Vulnerabilität sind auch Adoptiv- und Pflegemütter sowie zweite Elternteile und Väter schützenswert.

Wiewohl der Zweck der Kinderbetreuung sich von dem des Gesundheitsschutzes gesondert betrachten lässt, ist hinsichtlich des Beschäftigungsverbots zu Recht von einem doppelten – im Sinne von gleichzeitigen – Schutzzweck die Rede. Die ersten Wochen nach der Entbindung dienen der Erholung von der Geburt, sie dienen aber zugleich auch der

²⁸¹ Düb, Mutterschutz und Elternkarenz 2011, 14.

²⁸² Kommission, Richtlinienvorschlag zur Vereinbarkeit von Beruf und Privatleben für Eltern und pflegende Angehörige und zur Aufhebung der Richtlinie 2010/18/EU des Rates, KOM (2017) 253 final, Begründung, 2.

²⁸³ Possinger in Heilmann et al 2015, 145.

²⁸⁴ EuGH, 27.10.1998, C-411/96, Boyle, ECLI:EU:C:1998:506, Rn 30.

Kinderbetreuung. Dass beides von Beginn an Zweck des Beschäftigungsverbots war, wurde auch in der historischen Betrachtung deutlich. Diese hat gezeigt, dass der Schutz der Schwangeren lange schwächer ausgeprägt war als derjenige der Wöchnerin. Der vorgeburtliche Schutz war zunächst auch nur auf Verlangen der Mutter zu gewähren, während der nachgeburtliche Schutz von Beginn an als Beschäftigungsverbot gestaltet war. Der Schwangerenschutz sowie die besonderen Beschäftigungsverbote im Zusammenhang mit gefährlichen Stoffen, die heute als zentrale gesundheitsschützende Aspekte des Mutterschutzes gelten können, wurden erst nach und nach Teil des Rechts.

Die Ermöglichung der Kinderbetreuung ist nicht nur Zweck des Mutterschutzes, sondern auch der Karenz für Mütter sowie der Karenzen und Familienzeit für Väter und zweite Elternteile. In diesem Zusammenhang wurde mehrfach die Entlastung der Mutter genannt, hierin kann ansatzweise auch eine Verbindung zum Gesundheitsschutz gesehen werden. Zudem wurden die Gleichbehandlung von Männern und Frauen sowie die Förderung von Frauen in der Erwerbswelt durch die Einbindung von Vätern in Familienaufgaben als Zwecke von Väterkarenzen angeführt.

Diese letztgenannten Zwecke ernst nehmend, stellt sich die Frage nach obligatorischen Schutzzeiten auch für Väter und zweite Elternteile. Dadurch verlöre der fixe Ausfall wegen Mutterschutzzeiten seine Eigenschaft als Geschlechtsspezifikum, auch bei der Einstellung eines Mannes wäre im Falle einer Elternschaft mit einer kurzen Auszeit zu rechnen. Zudem gilt im Gleichbehandlungsrecht, dass soweit damit dasselbe Ziel erreicht werden kann, Maßnahmen der Vorzug zu geben ist, die nicht nach Geschlecht differenzieren. Bevor eingehender auf diese Überlegungen eingegangen werden kann, erfolgt im nächsten Kapitel eine Darstellung der geltenden Rechtslage für Geburtsmütter gegenüber jener für anderer Elternteile mit Fokus auf deren Unterschiede, sowie eine Analyse der Rechtsprechung des EuGH zu Fragen der Gleichbehandlung im Kontext mutterspezifischer Schutzregelungen.

4. Österreichische Rechtslage: Mutterschutz, Väterfrühkarenz, Familienzeit und Entscheidungsmöglichkeiten

In diesem Kapitel wird die geltende Rechtslage in Österreich genauer dargestellt. Das Mutterschutzgesetz, das Familienzeitbonusgesetz und die Frühkarenzregelungen des öffentlichen Diensts werden jeweils näher beschrieben und schließlich – auch anhand der eben erfolgten Darstellung der Zwecke – miteinander verglichen. Der Maßstab meines Vergleichs ist dabei die Eröffnung bzw Schließung von Entscheidungs- und Handlungsspielräumen für (werdende) Eltern. Das Recht soll der Ermöglichung von Autonomie dienen und den Menschen adäquate Handlungsoptionen bereitstellen.²⁸⁵ Nur wenn eine Person arbeitsrechtlich und finanziell abgesichert ist, kann sie ihre Erwerbstätigkeit zu Gunsten der Kinderbetreuung unterbrechen, reduzieren und wenn gewünscht wieder aufnehmen. Der Fokus dieses Kapitels liegt auf den rechtlichen Angeboten für Mütter und Väter bzw zweite Elternteile im Zeitraum unmittelbar um die Geburt. Die wesentlichen sozialrechtlichen Normen insbesondere zum Wochengeldbezug werden ebenfalls kurz

²⁸⁵ Vgl zB Richards in Christman 1989, 246-259; Holzleithner, Dimensionen 2011, 374.

dargestellt. Die Karenzregelungen werden hingegen in Kapitel 8 näher besprochen und hier nur erwähnt, soweit es zum Verständnis der im Zentrum stehenden Normen wichtig ist.

Der Zeitraum unmittelbar um die Geburt ist derweil aus zwei Gründen von besonderem Interesse, erstens da das Recht hier nach dem Geschlecht differenziert und zweitens, weil in ihm die Weichen für die weitere Aufteilung der Kinderbetreuungsarbeit gestellt werden. Die ungleichen Regelungen für Männer und Frauen bestimmen welche Entscheidungen zur Aufteilung der Kinderbetreuung zwischen den Eltern im Zeitraum direkt um die Geburt überhaupt möglich sind.

Die rechtliche Ungleichbehandlung (werdender) Eltern im Zeitraum unmittelbar um die Geburt ist zunächst durch den Umstand von Schwangerschaft und Geburt gerechtfertigt und von einschlägigen Schutzüberlegungen getragen, die soeben dargestellt wurden. Bestimmte Schutzüberlegungen betreffen nur Schwangere bzw Wöchnerinnen und können daher zulässigerweise auf sie beschränkt werden. Das betrifft etwa die Vermeidung des Umgangs mit bestimmten Stoffen oder auch medizinische Leistungen. Eine Gleichbehandlung im Sinne des Fehlens von Mutterschutz wäre in diesen Bereichen ein Paradebeispiel für blinde Flecken eines formellen Gleichheitsdenkens und der darin implizierten Orientierung an einer männlichen Norm.²⁸⁶ Diese männliche Norm imaginiert einen idealen Arbeitnehmer ohne Betreuungsverpflichtung und ist damit nicht nur für Frauen – als Mütter, aber auch durch die Zuschreibungen potentieller Mutterschaft – schwierig, sondern kann auch Vätern zum Verhängnis werden.²⁸⁷

Doch die Streichung von Sonderrechten für Frauen ist nicht die einzig mögliche Alternative zu ihrer Ungleichbehandlung, ebenso gut ist eine Erweiterung der Rechte für Väter denkbar. Es wurde bereits dargestellt, dass die gesundheitlichen Schutzüberlegungen nur schwer von den Zwecken der Ermöglichung der Kinderbetreuung zu trennen sind, wo eine unterschiedliche Behandlung von Geburtsmüttern gegenüber anderen Elternteilen nicht gerechtfertigt ist.

4.1. Mutterschutzgesetz (MSchG)

Das Mutterschutzgesetz ist ein arbeitsrechtliches Spezialgesetz und schützt als bestimmte Personengruppe Schwangere sowie Wöchnerinnen bzw Mütter über einen bestimmten Zeitraum.²⁸⁸ Der Mutterschutz umfasst sowohl ein absolutes Beschäftigungsverbot („Schutzfrist“) für insgesamt 16 Wochen im Zeitraum um die Entbindung, wie auch das Verbot, Schwangere, Wöchnerinnen sowie stillende Mütter zu bestimmten gesundheitsgefährdenden Arbeiten heranzuziehen. Das MSchG enthält zudem einen besonderen Kündigungs- und Entlassungsschutz, sowie Regelungen über Nachtarbeit und Stillzeiten. Es regelt auch die Karenz und die Elternteilzeit für Mütter,²⁸⁹ die hier aber nicht behandelt werden.

²⁸⁶ Vgl zB *Stelkens*, juridikum 2016; *Hill Kay*, Berkeley Women's Law Journal 1985.

²⁸⁷ *McGinley*, Seattle University Law Review, 2011, 703-723.

²⁸⁸ *Rebhahn* in *Neumayr/Reissner*, ZellKomm³ § 1151 ABGB (Stand 1.1.2018, rdb.at), Rn 26.

²⁸⁹ Eine Ausnahme sind Mütter im Sinn zweiter Elternteile nach § 144 Abs 2, 3 ABGB, sie unterliegen nach § 1 Abs 1a dem VKG.

4.1.1. Geltungsbereich

Der Geltungsbereich des Mutterschutzgesetzes umfasst nach § 1 Abs 1 MSchG Dienstnehmerinnen und Heimarbeiterinnen. Er erstreckt sich auf alle privatrechtlichen Dienstverhältnisse sowie öffentlich-rechtliche Dienstverhältnisse zum Bund.²⁹⁰ Auch Lehrlinge unterliegen gemäß § 1 Abs 4 dem MSchG. Nur teilweise erfasst sind dienstnehmerähnliche freie Dienstnehmerinnen, auf sie sind nach § 1 Abs 5 MSchG nur die Beschäftigungsverbote nach §§ 3, 5 Abs 1, 3 MSchG anzuwenden, worauf ich weiter unten gesondert eingehen werde. Keine Anwendbarkeit hat das Gesetz auf Dienstverhältnisse nach dem Landarbeitsgesetz 1984 (LAG) sowie auf nichtbetriebliche Dienstverhältnisse mit Ländern oder Gemeinden. Landarbeiterinnen, Landesbedienstete und Landeslehrerinnen genießen dennoch den inhaltlich gleichen Schutz, er ist rein aus Kompetenzgründen andernorts geregelt.²⁹¹ Auch Leiharbeiterinnen iSd Arbeitskräfteüberlassungsgesetzes (AÜG) unterliegen dem Geltungsbereich des MSchG.²⁹² Hat eine Arbeitnehmerin mehrere Beschäftigungen, ist sie bei allen den MSchG-Regelungen unterstellt, das gilt auch für Arbeitsverhältnisse auf Probe.²⁹³

Das MSchG trifft keine Unterscheidung nach Staatsbürgerinnenschaft, Alter, Einkommen oder Familienstand. Es stellt ausschließlich auf die Eigenschaft als Geburtsmutter und das Vorhandensein eines Arbeitsverhältnisses ab. Diejenigen Regelungen, welche die Kinderbetreuung nach Ablauf der Mutterschutzfristen ermöglichen sollen (§ 15ff MSchG, Karenz) gelten auch für Adoptiv- und Pflegemütter, sofern das Kind zum Zeitpunkt der Annahme noch nicht zwei Jahre alt ist (§ 15c MSchG). Zweitmütter im Sinne zweiter Elternteile, also die Lebensgefährtin oder die eingetragene Partnerin der Geburtsmutter, können sich demgegenüber auf das Familienzeitbonusgesetz und das VKG stützen, wenn sie ihre Elternrechte beanspruchen wollen.

Die Anwendbarkeit des MSchG ist grundsätzlich unabhängig von der Dauer des Arbeitsverhältnisses und dem Ausmaß der Beschäftigung.²⁹⁴ Auch geringfügig Beschäftigte unterstehen dem MSchG, ihre Situation unterscheidet sich jedoch sozialrechtlich. Geringfügig Beschäftigte erhalten nur bei Vorliegen einer Selbstversicherung nach § 19a ASVG Wochengeld, ansonsten bleibt ihnen der Anspruch auf Kinderbetreuungsgeld.²⁹⁵ Die Dauer des Arbeitsverhältnisses spielt erst beim Anspruch auf Elternteilzeit eine Rolle, gemäß § 15h Abs 1 Z1 MSchG besteht dieser erst nach dreijähriger Tätigkeit im Betrieb.

4.1.2. Zum Begriff der Mutterschaft im Recht

Hinsichtlich des Gesundheitsschutzes wäre eine Unterscheidung zwischen gebärender Person und anderen Eltern zielführender als jene zwischen Vätern und Müttern. Nicht jede Mutter hat

²⁹⁰ Windisch-Graetz, Arbeitsrecht II¹⁰ 2017, 143.

²⁹¹ Thomasberger in Burger-Ehrnhofer/Schrittwieser/Thomasberger, Mutterschutzgesetz und Väter-Karenzgesetz, §§ 1, 2 MSchG, 42; §§ 96a-f LAG regeln den Mutterschutz, §§ 26f LAG Karenz und Teilzeit.

²⁹² Thomasberger in Burger-Ehrnhofer/Schrittwieser/Thomasberger, Mutterschutzgesetz und Väter-Karenzgesetz, §§ 1, 2 MSchG, 44.

²⁹³ Thomasberger in Burger-Ehrnhofer/Schrittwieser/Thomasberger, Mutterschutzgesetz und Väter-Karenzgesetz, §§ 1, 2 MSchG, 42.

²⁹⁴ Thomasberger in Burger-Ehrnhofer/Schrittwieser/Thomasberger, Mutterschutzgesetz und Väter-Karenzgesetz, §§ 1, 2 MSchG, 42.

²⁹⁵ §§ 157, 162 Abs 3 ASVG.

ihr Kind selbst geboren, und nicht jede gebärende Person ist eine Frau und nicht jede gebärende Person wird als soziale Mutter des Kindes fungieren. Dennoch unterscheidet das österreichische Recht weitgehend nach Geschlecht und regelt auch Karenz und Elternteilzeit für Väter und Mütter – obwohl diese inhaltlich gleich sind – in unterschiedlichen Gesetzen.

Das MSchG benutzt den Begriff Mutter und meint damit stets im Sinne von § 143 ABGB stets die Frau, die das Kind geboren hat. Dieser Begriff der Mutter wird allerdings durch verschiedene Phänomene vermehrt auf die Probe gestellt. Zum einen fallen bei fortpflanzungsmedizinisch unterstützter Elternschaft und Leihmutterschaft gegebenenfalls genetische Mutterschaft, Geburtsmutterschaft und soziale wie auch rechtliche Mutterschaft auseinander. Zum anderen kann ein (Trans-)Mann ein Kind gebären und die Frage aufwerfen, ob er nun Mutter oder Vater des Kindes ist. Ich greife den Fall von Leihmutterschaft sowie die rechtliche Kategorisierung eines gebärenden Transmannes heraus, um mich anhand zweier brisanter juristischer Fragen hinsichtlich der Rechtsposition der betroffenen Personen auch dem rechtlichen Verständnis von Mutterschaft besser annähern zu können.

4.1.2.1. Leihmutterschaft

Nach der Rechtsprechung des EuGH stellt es weder eine Diskriminierung nach dem Geschlecht noch wegen Behinderung da, dass im Fall von Leihmutterschaft der „Bestellmutter“, das heißt der Frau, die das Kind nicht gebiert, es aber erziehen möchte, kein Mutterschaftsurlaub zuerkannt wird.²⁹⁶ Auch die Mutterschutzrichtlinie gebietet nach Meinung des EuGH keine Ansprüche für Bestellmütter, selbst dann nicht, wenn sie ihr Kind stillen.²⁹⁷ Nach *Risak* sollten die Bestimmungen zum Schutz der stillenden Mütter hingegen auch für Adoptiv- oder Bestellmütter gelten, da sonst der Schutzzweck der Regelung vereitelt würde.²⁹⁸ Auch wer selbst nicht schwanger war, kann durch induzierte Laktation Milch erzeugen und ein Kind stillen.²⁹⁹ Selten, aber durchaus auch möglich ist dies übrigens auch bei Männern.³⁰⁰

Die Leihmutter, also die Schwangere bzw Geburtsmutter, kann indes Mutterschutzrechte geltend machen, sofern es um den Gesundheitsschutz in der Situation von Schwangerschaft und Geburt geht. Der Zweck des Gesundheitsschutzes gebietet die Anwendbarkeit auf Schwangere und Wöchnerinnen, unabhängig davon, ob das Kind später auch bei ihnen aufwächst.³⁰¹ Da in Österreich Leihmutterschaft nicht erlaubt ist, ist sie im MSchG nicht ausdrücklich geregelt. Die Überlegungen zum Gesundheitsschutz der Leihmutter ließen sich aber auch auf Österreich umlegen, für den Schutz der Schwangeren und Wöchnerin spielt die spätere Beziehung zum Kind keine Rolle. Wo Bestellmütter zu verorten wären, ist hingegen eine offene Frage, da auch Adoptiv- und Pflegemütter als soziale Mütter Karenz- und

²⁹⁶ EuGH 18.3.2014, C-363/12, *Z v A Government department and The Board of management of a community school*, ECLI:EU:C:2014:159, Rn 92.

²⁹⁷ EuGH 18.3.2014, C-363/12, *Z*, ECLI:EU:C:2014:159, Rn 57.

²⁹⁸ *Risak* in *Franzen/Gallner/Oetker*, Kommentar zum europäischen Arbeitsrecht², Art 2 RL 92/85/EWG 440, Rn 9, 12.

²⁹⁹ Interview mit *Martá Guóth-Gumberger*, Auch Adoptivmütter legen ihr Kind einfach an die Brust, *taz* v 9.10.1999, www.taz.de/!1267698/ (6.6.2019).

³⁰⁰ Vgl zB *Diamond*, *Father's Milk*. From goats to people, males can be mammary mammals, too, *discovermagazine.com* v 1.2.1995, <http://discovermagazine.com/1995/feb/fathersmilk468> (7.6.2019).

³⁰¹ *Risak* in *Franzen/Gallner/Oetker*, Kommentar zum europäischen Arbeitsrecht², Art 2 RL 92/85/EWG 440, Rn 10.

Teilzeitanprüche aus dem MSchG haben, wäre ein Anspruch für die Bestellmutter systematisch zu befürworten.

Es zeigt sich, dass unterschiedliche Formen von Mutterschaft rechtlich unterschiedlich behandelt werden. Die Verortung von Müttern iS zweiter Elternteile im FamZeitbG und im VKG legt nahe, dass nur eine Frau pro Kind die Rechte des MSchG genießen soll. Im Fall von Adoption und Pflege können sich allerdings sowohl die Geburtsmutter als auch die soziale Mutter zu unterschiedlichen Zeitpunkten auf das MSchG stützen. Die eine genießt den besonderen Schutz während der Schwangerschaft und nach der Entbindung, die andere hat Anspruch auf Karenz. Dadurch werden jeweils unterschiedliche Zwecke des MSchG erfüllt. Zu den Ansprüchen im Fall gleichgeschlechtlicher Elternschaft wird weiter unten in Zusammenschau mit den Regelungen für Väter genauer eingegangen.

4.1.2.2. Ein Mann als Mutter?

Brüchigkeiten bei der Zuordnung von Elternschaft gibt es auch, wenn Trans*Personen Kinder zeugen oder gebären. Sofern eine Änderung des Personenstands nicht von „genitalanpassenden“ und unfruchtbarmachenden Eingriffen abhängig ist, kann eine Person, die personenstandsrechtlich ein Mann ist, zugleich die körperliche Fähigkeit zu Schwangerschaft und Geburt haben. Es fragt sich, ob diese Person rechtlich als Vater oder Mutter ihres Kindes eingeordnet wird. Ein solcher Fall wurde im September 2017 vor dem deutschen Bundesgerichtshof (BGH) entschieden.³⁰² Die 1982 geborene Person änderte 2010 ihren (damals weiblichen) Vornamen in einen männlichen. 2011 wurde vom Amtsgerichts Berlin-Schöneberg festgestellt, dass die Person als dem männlichen Geschlecht zugehörig anzusehen ist.³⁰³

Durch Absetzen der männlichen Hormone, war es ihm dennoch möglich, mittels Samenspende schwanger zu werden und 2013 ein Kind zur Welt zu bringen. Der Samenspender verzichtete darauf, rechtlicher Vater des Kindes zu werden. Das Amtsgericht wies das Standesamt an, den Beteiligten entgegen seiner Wünsche mit seinem zuvor geführten weiblichen Vornamen als Mutter des Kindes einzutragen. Die dagegen gerichteten Beschwerden wurden zurückgewiesen. Schließlich wandten sich Vater und Kind an den Bundesgerichtshof: Der Beschwerdeführer sollte mit seinem männlichen Vornamen als Vater in das Geburtenregister eingetragen werden.³⁰⁴

Der BGH hatte sich folglich mit der Frage auseinanderzusetzen, ob ein Trans-Mann, der nach einer Geschlechtsänderung gemäß § 8 Abs 1 dTSG ein Kind geboren hat, als Mutter oder Vater des Kindes auf dessen Geburtsurkunde einzutragen ist.³⁰⁵ Das deutsche Recht geht ebenso wie das österreichische davon aus, dass die Mutter die Frau ist, die das Kind geboren hat (§ 1591 dBGB). Der BGH argumentierte, dass Kinder ihren Eltern rechtlich entsprechend der Abstammung zugewiesen werden sollten und der Beschwerdeführer daher richtig als Mutter eingetragen sei. Da die Fortpflanzungsfunktion „unbestreitbar biologisch mit dem Geschlecht verknüpft“ sei, müsse die gebärende Person Mutter sein und der

³⁰² Deutscher Bundesgerichtshof, Beschluss des XII. Zivilsenats vom 6.9.2017 - XII ZB 660/14.

³⁰³ Deutscher Bundesgerichtshof, Beschluss des XII. Zivilsenats vom 6.9.2017 - XII ZB 660/14, 3.

³⁰⁴ Schreiner, juridikum 2018, 456-457.

³⁰⁵ Schreiner, juridikum 2018, 456.

Beschwerdeführer entsprechend als solche eingetragen werden.³⁰⁶ Der BGH vernachlässigte damit allerdings die „sozialen und psychischen Dimensionen von Geschlecht, die das Recht längst anerkennt“.³⁰⁷

Auch der *Arbeitskreis Abstammung* verweist in seinem Abschlussbericht darauf, dass es ein berechtigtes Interesse von Kindern sei, dass ihre Abstammung „nicht im Widerspruch zu ihrer biologischen Zeugung auf zwei rechtliche Mütter oder Väter zurückgeführt wird“.³⁰⁸ Eine eigenartige Formulierung, denn die Abstammung von zwei rechtlichen Männern ist in einem solchen Fall schlicht die Realität und kein Widerspruch, andernfalls würde das rechtliche Identifikationsgeschlecht nicht wirklich anerkannt. In einem solchen Fall haben zwei Männer ein Kind gezeugt, und damit besteht kein Widerspruch zwischen Abstammung und Zeugung. Ein Widerspruch lässt sich höchstens zum biologischen Regelfall, nicht aber zum betreffenden Sachverhalt feststellen. Eine Verfassungsbeschwerde ist unbegründet nicht angenommen worden, der Beschwerdeführer hat zwei Beschwerden beim EGMR eingereicht.³⁰⁹

In Österreich ist es seit 2009 möglich, das Geschlecht ohne schwerwiegende genitalverändernde Operation und Unfruchtbarmachung zu ändern.³¹⁰ Dadurch ist es auch hier rechtlich möglich, dass ein Mann ein Kind gebiert und sich die Frage stellt, ob er Vater oder Mutter des Kindes ist. Diese Frage wäre in weiterer Folge auch für die Anwendbarkeit des MSchG relevant.

Auch der deutsche Gerichtshof argumentierte im besprochenen Urteil unter anderem mit dem Mutterschutz: Die Person, die das Kind geboren hat, müsse (auch entgegen der eigenen Identifikation) als Mutter eingetragen werden, um die Rechte aus dem Mutterschutz in Anspruch nehmen zu können. Da die deutsche Verfassung „der ‚Mutter‘ einen besonderen Anspruch auf den Schutz und die Fürsorge der Gemeinschaft gewährt“³¹¹ hängen arbeitsrechtliche Schutzbestimmungen, insbesondere die des (deutschen) Mutterschutzgesetzes, von der Zugehörigkeit zu dieser Gruppe ab.³¹² Hier ließe sich jedenfalls einwenden, dass Schutzbestimmungen für Schwangere bereits im geltenden Recht nicht an die Kategorie Mutter anknüpfen, sondern allein an den Umstand der Schwangerschaft. Darüber hinaus kann auch die Vermeidung des Rechtsverlustes betreffend des Wöchnerinnenschutzes nicht nur mittels Zuordnung als Mutter erreicht werden, indem dem gebärenden Elternteil unabhängig von der Kategorie Mutter die fraglichen Rechte zugesprochen werden. Dies kann für den Schutz betreffend Schwangerschaft, Geburt und Wochenbett schlicht durch eine Anknüpfung an diese Phänomene erreicht werden. In diesem Sinn schlagen *Althoff, Schabram und Follmar-Otto* in ihrem Gutachten zu Geschlechtervielfalt im Recht „die völlige Ablösung der geschlechtsspezifischen

³⁰⁶ Deutscher Bundesgerichtshof, Beschluss des XII. Zivilsenats vom 6.9.2017 - XII ZB 660/14, Rn 27.

³⁰⁷ *Wapler*, FamRZ 2017, 1861.

³⁰⁸ *Arbeitskreis Abstammung*, Abschlussbericht 2017, 74.

³⁰⁹ *Bundesvereinigung Trans* (BVT)*, Trans* Vater reicht Beschwerde beim Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte ein. Presseerklärung der Bundesvereinigung Trans* vom 19.12.2018, www.bv-trans.de/wp-content/uploads/2018/12/2018-12-19-PE-BVT-Trans-Vater-reicht-Beschwerde-beim-Europ%C3%A4ischen-Gerichtshof-f%C3%BCr-Menschenrechte-ein.pdf (20.1.2019); BVerfG, 15.5.2018, 1 BvR 2831/17 – Nichtannahmebeschluss ohne Begründung.

³¹⁰ VwGH 27.2.2009, 2008/17/0054, 11.

³¹¹ Deutscher Bundesgerichtshof, Beschluss des XII. Zivilsenats vom 6.9.2017 - XII ZB 660/14, Rn 25.

³¹² *Windthorst* in *Gröpl/Windthorst/von Coelln*, Grundgesetz: Studienkommentar³, Art 6, Rn 84.

Bezeichnungen und Voraussetzungen im Abstammungsrecht (Mutter/Frau, Vater/Mann) durch geschlechtsneutrale Bezeichnungen, die an die Fortpflanzungsfunktion anknüpfen“.³¹³ Im isländischen Eltern Recht ist dies bereits verwirklicht: „Fæðingarorlof“ kann mit Geburtsurlaub übersetzt werden.³¹⁴ Seit 2006 wird damit bewusst auf jegliche Bezugnahme auf Geschlecht verzichtet, um Ungleichbehandlung aufgrund von Geschlecht(sidentität) oder sexueller Orientierung zu vermeiden.³¹⁵ Unabhängig davon sind, in Übereinstimmung mit der Mutterschutz-RL, zwei Wochen Urlaub für die gebärende Person obligatorisch.

4.1.3. Mitteilungspflichten der Mutter gemäß MSchG

§ 3 Abs 4 MSchG normiert, dass Arbeitnehmerinnen, sobald ihnen ihre Schwangerschaft bekannt ist, dem oder der Arbeitgeber_in unter Bekanntgabe des voraussichtlichen Geburtstermins Mitteilung zu machen haben. Auch ein vorzeitiges Ende der Schwangerschaft ist mitzuteilen. Darüber hinaus sind schwangere Arbeitnehmerinnen verpflichtet, innerhalb der vierten Woche vor dem Beginn der Schutzfrist den oder die Arbeitgeber_in auf deren Beginn aufmerksam zu machen. Diese_r hat sodann unverzüglich das Arbeitsinspektorat zu informieren. Auf Verlangen haben werdende Mütter eine ärztliche Bescheinigung über das Bestehen der Schwangerschaft und den voraussichtlichen Zeitpunkt ihrer Entbindung vorzulegen. Die Mitteilung muss nicht an den oder die Arbeitgeber_in persönlich erfolgen; sondern kann auch an die üblicherweise zur Entgegennahme von Krankmeldungen bestimmte Person gemacht werden.³¹⁶

Stillende Mütter haben bei Wiederantritt des Dienstes Mitteilung darüber zu machen, dass sie stillen, und auf Verlangen eine ärztliche Bestätigung oder eine Bestätigung einer Mutterberatungsstelle vorzulegen. Dies dient der Einhaltung der Tätigkeitsverbote für stillende Mütter gemäß § 4a MSchG.

Sollte die Mitteilung nicht ergangen sein, ist eine Kündigung während der Schwangerschaft gemäß § 10 Abs 2 MSchG dennoch unwirksam, solange die Mitteilung innerhalb von fünf Tagen nachgeholt wird und der Arbeitnehmerin die mangelnde Kenntnis nicht angelastet werden kann, weil sie etwa Anzeichen einer Schwangerschaft nicht nachgegangen ist.³¹⁷

Bei Adoptiv- und Pflegemüttern tritt anstelle der Bekanntgabe der Schwangerschaft die Mitteilung von der Annahme an Kindes Statt oder von der Übernahme in Pflege.

Die Nichtbeachtung der Mitteilungspflicht nach § 3 Abs 4 MSchG hat lediglich zur Folge, dass die Arbeitnehmerin keine Befreiung von gewissen Arbeiten erwarten darf. Darüber hinaus sind keine Sanktionen vorgesehen.³¹⁸

4.1.4. Schutzfrist (absolutes Beschäftigungsverbot)

§ 3 Abs 1 MSchG umfasst ein absolutes Beschäftigungsverbot für die acht Wochen vor der (voraussichtlichen) Geburt. Wenn die Entbindung früher als erwartet erfolgt, was zu einer Verkürzung der Achtwochenfrist vor der Entbindung führt, so verlängert sich die Schutzfrist nach der Entbindung im Ausmaß dieser Verkürzung, höchstens jedoch auf 16 Wochen.

³¹³ Althoff/Schabram/Follmar-Otto 2017, 56.

³¹⁴ Eydal/Gislason in Blum et al 2018, 205.

³¹⁵ Eydal/Gislason in Blum et al 2018, 205.

³¹⁶ Mayr, Arbeitsrecht § 3 MSchG (Stand 1.2.2018, rdb.at), E8.

³¹⁷ Windisch-Graetz, Arbeitsrecht II¹⁰ 2017, 291-292.

³¹⁸ Mayr, Arbeitsrecht § 3 MSchG (Stand 1.2.2018, rdb.at), E7-E8, mVa VwGH 20.2.2002, 98/12/0238.

Auch nach der Entbindung dürfen Frauen gemäß § 5 Abs 1 MSchG acht Wochen nicht beschäftigt werden. Bei Frühgeburten, Mehrlingsgeburten oder einem Kaiserschnitt verlängert sich die nachgeburtliche Frist auf zwölf Wochen. In diesen Fällen darf auch die Gesamtdauer von 16 Wochen überschritten werden.³¹⁹ Darüber hinaus kann das Arbeitsinspektorat entsprechende Schutzmaßnahmen vorschreiben, sollte die Arbeitnehmerin nicht mehr bzw noch nicht wieder voll einsatzfähig sein.³²⁰

4.1.5. Individuelle/besondere Beschäftigungsverbote

Neben diesen absoluten Beschäftigungsverboten können auch individuelle Beschäftigungsverbote vor oder nach der Schutzfrist bestehen. Diese entsprechen in ihrer Art den Tätigkeitsverboten der Mutterschutz-RL bzw den Leitlinien der Kommission, die bereits besprochen wurden. Werdende Mütter dürfen gemäß § 4 MSchG keine schweren körperlichen Arbeiten ausführen oder solche Arbeiten verrichten oder mit solchen Stoffen in Berührungen kommen, die ihnen oder dem Embryo schaden könnten. Die genannte Bestimmung enthält eine demonstrative Aufzählung solcher Arbeiten und umfasst beispielsweise schweres Heben, langes Stehen, Akkordarbeit, Bergbauarbeiten unter Tage und Arbeiten mit hoher Unfallgefahr. Im Zweifel obliegt die Einschätzung, ob eine Beschäftigung eine solche Gefährdung darstellt der Schwangeren. Sie kann auch die Einschätzung des Arbeitsinspektorats verlangen.³²¹

Diese besonderen Beschäftigungsverbote erstrecken sich großteils auch auf den Zeitraum bis zwölf Wochen nach der Entbindung,³²² sowie auf stillende Mütter.³²³ Sie gelten unabhängig von der körperlichen Konstitution und dem Gesundheitszustand für alle (stillenden) Mütter in den betreffenden Zeiträumen.³²⁴ Da die meisten Mütter direkt an die Schutzfrist anschließend in Karenz gehen, kommen die besonderen Tätigkeitsverbote praktisch wenig zur Anwendung. Stillende Mütter haben daher bei Wiederantritt des Dienstes Mitteilung darüber zu machen, dass sie stillen, und auf Verlangen eine Bestätigung eines Arztes, einer Ärztin oder einer Mutterberatungsstelle vorzulegen. Da auch die Stillzeit meist zur Gänze in die Karenz fällt, sind diese Verbote ebenfalls wenig praxisrelevant.³²⁵

4.1.5.1. Nachtarbeit, Sonn- und Feiertagsarbeit und Überstundenverbot

Werdende sowie stillende Mütter dürfen zudem gemäß § 6 MSchG nicht in der Nacht beschäftigt werden. Entsprechend Art 7 der Mutterschutz-RL ist zwar eine Verpflichtung für Schwangere und Mütter zur Nachtarbeit ausgeschlossen, ein Verbot ist dort aber nicht vorgesehen. Das allgemeine Nachtarbeitsverbot für Frauen in Österreich hat der EuGH bereits 1991 als gleichheitswidrig erkannt.³²⁶ Im Fall des Mutterschutzes kann ein Verbot allerdings zulässig sein, soweit es für den Gesundheitsschutz notwendig ist, was eine differenzierte

³¹⁹ Windisch-Graetz, Arbeitsrecht II¹⁰ 2017, 144.

³²⁰ Windisch-Graetz, Arbeitsrecht II¹⁰ 2017, 144.

³²¹ ErlRV MSchG 1957, 197 BlgNR 8. GP (gescanntes Original), 26.2.1957, 11.

³²² § 5 Abs 3 mVa § 4 Abs 2 Z 1, 2, 3, 4, 8, 9, 12, 13 MSchG.

³²³ § 4a Abs 2 mVa § 4 Abs 2 Z 1, 3, 4, 9, 12, 13 MSchG.

³²⁴ Ercher/Stech, ASoK 2006, (oS, rdb.at).

³²⁵ Ercher/Stech, ASoK 2006, 217.

³²⁶ EuGH 25.7.1991, C-345/89, Stoeckel, ECLI:EU:C:1991:324, Rn 16.

Betrachtung erforderlich macht.³²⁷ Die zahlreichen branchenspezifischen Ausnahmen vom Nachtarbeitsverbot in der österreichischen Bestimmung stellen eine solche Differenzierung dar. Allerdings scheint die Aufzählung weniger auf gesundheitliche Aspekte, als auf Branchenüblichkeit ausgerichtet zu sein. Etwa dürfen Arbeitnehmerinnen nach dem Theaterarbeitsgesetz, sofern im Anschluss eine mindestens elfstündige Ruhepause vorgesehen ist, bis 24:00 Uhr beschäftigt werden. Im Verkehrswesen, bei Musikaufführungen, in Lichtspieltheatern oder als Krankenpflegepersonal in Kranken-, Heil-, Pflege- oder Wohlfahrtsanstalten sowie in mehrschichtigen Betrieben, dürfen sie bis 22:00 Uhr beschäftigt werden. Darüber hinaus kann auf Antrag des oder der Arbeitgeber_in das Arbeitsinspektorat die Beschäftigung in den genannten Bereichen bis 23:00 Uhr sowie im Gastgewerbe bis 22:00 Uhr bewilligen, wenn dies aus betrieblichen Gründen notwendig ist und es der Gesundheitszustand der Dienstnehmerin erlaubt. Diese Bewilligung darf nur erteilt werden, wenn der Arbeitnehmerin im Anschluss an die Nachtarbeit eine ununterbrochene Ruhezeit von mindestens elf Stunden gesichert ist. Auch in diesen Branchen darf jedenfalls entsprechend einer europarechtskonformen Interpretation keine Pflicht zur Nachtarbeit für Schwangere und Mütter bestehen.³²⁸

§ 7 MSchG verbietet weiter die Sonn- und Feiertagsarbeit für werdende und stillende Mütter. Wiederum gelten Ausnahmen für die eben genannten Branchen sowie für Dienstnehmerinnen, die vor der Meldung der Schwangerschaft ausschließlich an Samstagen, Sonntagen oder Feiertagen beschäftigt wurden, im bisherigen Ausmaß.

Zudem gilt gemäß § 8 MSchG für werdende und stillende Mütter ein Verbot der Leistung von Überstunden über eine tägliche Arbeitszeit von neun bzw eine wöchentliche Arbeitszeit von 40 Stunden hinaus.

4.1.5.2. Anspruch auf Entgeltfortzahlung während der besonderen Beschäftigungsverbote

Sofern die besonderen Beschäftigungsverbote eine Änderung der Beschäftigung im Betrieb notwendig machen, wenn es beispielsweise zu einer Dienstplanänderung kommt, weil eine schwangere Arbeitnehmerin nicht mehr während der Nacht beschäftigt werden darf, hat sie gemäß § 14 MSchG Anspruch auf gleichbleibendes Entgelt. Das bedeutet, sie hat Anspruch auf ein Entgelt, das ihrem Durchschnittsverdienst der letzten 13 Wochen entspricht. Ein etwaiger Entfall von Überstunden muss allerdings nicht abgegolten werden.³²⁹ Auch wenn sie aufgrund dieser Verbote gar nicht mehr beschäftigt werden kann, hat sie Anspruch auf Entgeltfortzahlung, bis sie Wochengeld bezieht. Gerade in Schwerarbeitsberufen können die besonderen Beschäftigungsverbote dazu führen, dass Schwangere schon lange vor dem Mutterschutz nicht mehr für ihre üblichen Tätigkeiten eingesetzt werden können. Für kleine Betriebe ist die Entgeltfortzahlung in solchen Fällen mitunter eine große Hürde und kann zu Zurückhaltung bei der Einstellung von Frauen führen. Erschwerend kommt hinzu, dass es sich gerade bei solchen Berufen typischerweise um Männerdomänen handelt. Vor diesem

³²⁷ Risak in Franzen/Gallner/Oetker, Kommentar zum europäischen Arbeitsrecht², Art 7 RL 92/85/EWG 440, Rn 7.

³²⁸ Risak in Franzen/Gallner/Oetker, Kommentar zum europäischen Arbeitsrecht², Art 7 RL 92/85/EWG 440, Rn 7.

³²⁹ Windisch-Graetz, Arbeitsrecht II¹⁰ 2017, 144.

Hintergrund wäre zu überlegen, ob eine Verlängerung des Wochengeldbezugs nicht sinnvoller sein könnte als die Entgeltfortzahlung zulasten der Arbeitgeber_innen.

Ist aufgrund eines Verbots für stillende Mütter nach § 4a Abs 2 MSchG die Änderung der Beschäftigung im Betrieb oder eine Freistellung erforderlich, kommen § 14 Abs 1, 2 MSchG über die Entgeltfortzahlung zum Tragen. Demnach ist bei der Ermittlung des Entgelts grundsätzlich der Durchschnittsverdienst der letzten 13 Wochen vor der Änderung heranzuzuziehen. Im Fall einer stillenden Mutter umfassen diese 13 Wochen allerdings keine Zeiten mit aktiver Beschäftigung. Da während der Karenz sowie während eines individuellen oder absoluten Beschäftigungsverbots kein Anspruch auf Entgelt besteht, ist bei der Ermittlung des Entgelts auf den Zeitraum vor dem Beschäftigungsverbot abzustellen. Andernfalls würde der Verweis auf § 4a im § 14 MSchG ins Leere laufen, da Beschäftigungsverbote für Stillende immer erst nach der Geburt eines Kindes zur Anwendung kommen können und mindestens eine 16-wöchige Schutzfrist mit Wochengeld- und ohne Entgeltbezug besteht.³³⁰

4.1.6. Stillen und Stillzeiten

Auf ihr Verlangen ist Müttern gemäß § 9 MSchG die zum Stillen ihrer Kinder erforderliche Zeit freizugeben. Diese Freizeit hat an Tagen, an denen die Dienstnehmerin mehr als 4,5 Stunden arbeitet, 45 Minuten zu betragen, bei einer Arbeitszeit von acht oder mehr Stunden zweimal 45 Minuten oder, wenn in der Nähe der Arbeitsstätte keine Stillgelegenheit vorhanden ist, einmal 90 Minuten. Durch die Gewährung der „Stillzeit darf kein Verdienstausschlag eintreten. Die Stillzeit darf nicht vor- oder nachgearbeitet und nicht auf andere, gesetzlich oder kollektivvertraglich vorgesehene Ruhepausen angerechnet werden. Auch bei einer Arbeitszeit von weniger als 4,5 Stunden sind Stillzeiten zu gewähren.“³³¹

Die Stillzeiten können auch zu Beginn oder am Ende der Arbeitszeit in Anspruch genommen werden und müssen nicht von Arbeitszeit umrahmt sein. Dies lässt sich nach *Ercher* und *Stech* aus dem Wortlaut ableiten, in dem „der Gesetzgeber den Begriff ‚Stillzeit‘ und nicht ‚Stillpause‘ verwendet“.³³² Die Zeitangaben des § 9 Abs 1 MSchG sind zudem als Mindestangaben zu verstehen.³³³ Der Gesetzgeber ermöglicht durch den unbestimmten Begriff „erforderliche Zeit“ die Berücksichtigung der individuellen Bedürfnisse von Mutter und Kind bei der Festlegung der Anzahl und der Dauer der Stillzeiten. Etwa das Stillen von Mehrlingen, aber auch der Umstand, dass sich Stillgewohnheiten mit zunehmendem Alter des Kindes verändern, machen die Möglichkeit individueller (möglicherweise über die Mindestzeit hinausgehender) Stillzeiten notwendig.³³⁴ Die Mutter hat zu diesem Zweck dem oder der Arbeitgeber_in eine Mitteilung über das Stillen sowie Abstillen zu machen und die Stillzeit nach § 9 MSchG einzufordern.

Wenn keine Stillmöglichkeit in der Nähe der Arbeitsstätte besteht, gebührt die Stillzeit für längere Zeit und umfasst auch die Wegzeit zu und von dem Ort, an dem sich das zu stillende Kind befindet.³³⁵ Gemäß § 9 Abs 4 MSchG kann das Arbeitsinspektorat zudem die

³³⁰ *Ercher/Stech*, ASoK 2006, 217 (oS, rdb.at).

³³¹ *Ercher/Stech*, ASoK 2006, 217 (oS, rdb.at).

³³² *Ercher/Stech*, ASoK 2006, 217 (oS, rdb.at).

³³³ *Wolfsgruber-Ecker* in *Neumayr/Reissner*, ZellKomm³ § 9 MSchG (Stand 1.1.2018, rdb.at) Rn 3.

³³⁴ *Ercher/Stech*, ASoK 6 / 2006, 217, (oS, rdb.at) .

³³⁵ *Wolfsgruber-Ecker* in *Neumayr/Reissner*, ZellKomm³ § 9 MSchG (Stand 1.1.2018, rdb.at) Rn 4.

Einrichtung von Stillräumen vorschreiben, wenn es die Umstände des Einzelfalls erforderlich machen. Der Gesetzgeber geht hier davon aus, dass der Säugling am Arbeitsplatz gestillt werden können sollte. Zu diesem Zweck müsste das Kind sich freilich dort befinden, was entweder durch eine (betriebliche) Kinder- und Säuglingsbetreuung vor Ort gewährleistet werden könnte oder dadurch, dass eine andere Betreuungsperson das Kind in den Stillpausen zur Mutter bringt.

Dies entspricht allerdings nicht der Realität des Großteils stillender Arbeitnehmer_innen. Die meisten Mütter nehmen direkt anschließend an das Beschäftigungsverbot des MSchG ihren Anspruch auf Karenzzeit wahr und sind dadurch in der Lebensphase des Kindes, in dem es gestillt wird, nicht erwerbstätig.³³⁶ Die Länge der Stillperiode, also über wie viele Monate hinweg Stillzeiten zu gewähren sind, ist gesetzlich nicht geregelt und hängt im Einzelfall von verschiedenen Umständen ab, „nicht zuletzt von kulturellen Gepflogenheiten, gesundheitlichen, aber auch weltanschaulichen Faktoren“.³³⁷ Die durchschnittliche Stilldauer lag in Österreich 2006 laut einer Studie des Bundesgesundheitsministeriums bei etwa fünf Monaten.³³⁸ Damit fällt der Durchschnitt etwas hinter die Empfehlung zur Vollstilldauer von sechs Monaten von internationalen Komitees wie WHO, American Academy of Pediatrics (AAP) und UNICEF zurück.³³⁹ Die ersten beiden Lebensmonate des Kindes befinden sich abhängig erwerbstätige Mütter ohnehin im Mutterschutz, die meisten schließen direkt daran eine Karenz an, die in den meisten Fällen länger als vier Monate andauert, sodass die meisten Arbeitnehmerinnen die durchschnittliche Vollstilldauer von sechs Monaten ab der Geburt nicht am Arbeitsplatz sind.³⁴⁰ Freie Dienstnehmerinnen, die keinen Karenzanspruch haben und daher mitunter früher an den Arbeitsplatz zurückkehren, haben auch keinen Anspruch auf Stillzeit. Aus diesen Gründen sind die Regelungen über die Stillzeit bislang wenig im Alltag etabliert.³⁴¹ Mit der zunehmenden Anzahl von Alleinerzieherinnen und Familien, die auf zwei Einkommen angewiesen sind, werden diese Normen allerdings wichtiger. In diesen Konstellationen ist ein möglichst rascher Wiederantritt der Erwerbsarbeit nach der Geburt notwendig und die Regelungen über die Stillzeit erleichtern diesen, indem sie es berufstätigen Frauen ermöglichen, das Stillen mit der Anwesenheit am Arbeitsplatz zu vereinbaren.³⁴² Vorausgesetzt ist allerdings, dass die Kinder zwischen den Stillzeiten angemessen betreut werden, die Mutter also Unterstützung durch andere Personen bekommt oder auf Kinderbetreuungsangebote am Arbeitsplatz oder in seiner unmittelbaren Nähe zugreifen kann.

³³⁶ Ercher/Steck, Stillzeiten und Beschäftigungsverbote für Stillende. §§ 4a und 9 MuttSchG in der Praxis, ASoK 6/2006, 217.

³³⁷ Ercher/Steck, ASoK 2006, 217.

³³⁸ Von den 93 % „jemals stillende[r]“ Mütter bei der Geburt des Säuglings, stillten nach drei Monaten noch insgesamt 72 %, davon 12 % zum Teil und 60 % voll. 27 % hatten bereits abgestillt. Nach sechs Monaten sinkt der Anteil an teil- und voll stillenden Müttern von 72% auf 55 % ab, wobei davon nur 10 % voll stillen. Nach zwölf Monaten stillen 16 % zum Teil, 80 % stillen nicht mehr. Der Anteil der voll stillenden Mütter sinkt auf 1 %. Bundesministerium für Gesundheit, Säuglingsernährung 2007, 91.

³³⁹ Bundesministerium für Gesundheit, Säuglingsernährung 2007, 2.

³⁴⁰ Zur Karenzdauer gibt es keine Statistik, laut Statistiken zum Bezug des Kinderbetreuungsgeldes ist aber die längste Bezugsvariante die verbreitetste: Ca 44.000 von ca 120.000 beziehenden Frauen wählen diese, www.statistik.at/web_de/statistiken/menschen_und_gesellschaft/soziales/sozialleistungen_auf_bundesebene/familienleistungen/058447.html (8.11.2018). Zudem unterschreitet keine der Kinderbetreuungsgeldvarianten auch bei 50:50 Aufteilung zwischen den Eltern 6 Monate für die Mutter.

³⁴¹ Ercher/Steck, ASoK 2006, 217.

³⁴² Ercher/Steck, ASoK 2006, 217.

4.1.6.1. Stillzeiten für Väter: Der Fall *Roca Álvarez*

Rechtlich ist es möglich, dass die Mutter bereits direkt im Anschluss an den Mutterschutz an den Arbeitsplatz zurückkehrt und der Vater bzw. zweite Elternteil in Karenz geht. In solchen Fällen könnten Vorkehrungen getroffen werden, die es der Mutter dennoch ermöglichen zu stillen, etwa indem der Säugling an ihren Arbeitsplatz gebracht wird. Ebenso ist es freilich denkbar, dass das Kind in Abwesenheit der Mutter mit abgepumpter Brustmilch oder einer Alternative ernährt wird. Daran anschließend könnte sich die Frage ergeben, ob ein zweiter Elternteil, der den Säugling ernährt, aber nicht stillt, gegebenenfalls Anspruch auf Stillzeit hätte. Der EuGH befürwortete einen solchen Anspruch in der Rechtssache *Roca Álvarez*. Es ging darin um eine spanische Regelung, die für Arbeitnehmerinnen einen Anspruch auf eine bestimmte Arbeitszeitverkürzung vorsah, um ein Kind im Alter von weniger als neun Monaten zu stillen. Diese konnte in Form von Pausen, einer Verkürzung der täglichen Arbeitszeit oder auch als Zeitraum von einer Woche am Stück genommen werden. Sie konnte zudem „sowohl von der Mutter als auch vom Vater in Anspruch genommen werden, sofern beide arbeiten“.³⁴³ Von seinem Arbeitgeber wurde Herrn *Roca Álvarez* ‘Antrag auf eine solche Stillzeit allerdings mit der Begründung abgewiesen, dass seine Frau keine Arbeitnehmerin im Sinne des Gesetzes, sondern selbstständig sei. Die unselbstständige Erwerbstätigkeit der Mutter sei aber Voraussetzung für die Inanspruchnahme des Urlaubs.³⁴⁴ Diese Abhängigkeit des väterlichen Anspruchs von der Erwerbstätigkeit der Mutter beurteilte der Gerichtshof als der Gleichbehandlungs-RL entgegenstehend.

Schon das vorlegende Gericht hatte argumentiert, „dass der nach dieser Regelung vorgesehene Urlaub von der biologischen Tatsache des Stillens losgelöst sei und als reine Zeit der Kinderbetreuung betrachtet werden könne“.³⁴⁵ Es stellte in diesem Sinne fest, dass der gegenständliche „Stillurlaub“ viel eher als „Elternurlaub“ und nicht als Mutterschutzmaßnahme verstanden werden könne.³⁴⁶ Er sei „nicht mehr an die biologische Tatsache des Stillens geknüpft, sondern werde als reine Zeit der Kinderbetreuung und als eine Maßnahme angesehen, um Berufs- und Familienleben nach dem Mutterschaftsurlaub miteinander in Einklang zu bringen“.³⁴⁷ Der EuGH stützte seine Argumentation weiters darauf, dass es in Portugal gängige Praxis gewesen sei, die Stillzeit auch bei Ernährung mit künstlicher Milch zu gewähren. Auch die Möglichkeit, die Stillzeit nicht nur in kurzen Einheiten, sondern auch geblockt als längere Freizeit zu konsumieren, wurde als Indiz dafür vorgebracht, dass die Regelung der allgemeinen Kinderbetreuung diene.³⁴⁸ Der EuGH beschränkte sich bei der Prüfung des „Stillurlaubs“ in *Roca Álvarez* auf den Schutzzweck der körperlichen Verfassung der Mutter und ging nicht weiter auf den Schutz der Beziehung vor Doppelbelastung ein. Aus dieser Abkoppelung der Ernährung generell und vom Stillen im Besonderen schloss der Gerichtshof, dass die Regelung nicht dazu diene, die körperliche Verfassung der Frau nach der Schwangerschaft zu schützen.

³⁴³ EuGH 30.9.2010, C-104/09, *Roca Álvarez*, ECLI:EU:C:2010:561, Rn 9.

³⁴⁴ EuGH 30.9.2010, C-104/09, *Roca Álvarez*, ECLI:EU:C:2010:561, Rn 11.

³⁴⁵ EuGH 30.9.2010, C-104/09, *Roca Álvarez*, ECLI:EU:C:2010:561, Rn 14.

³⁴⁶ EuGH 30.9.2010, C-104/09, *Roca Álvarez*, ECLI:EU:C:2010:561, Rn 16.

³⁴⁷ EuGH 30.9.2010, C-104/09, *Roca Álvarez*, ECLI:EU:C:2010:561, Rn 28.

³⁴⁸ GA Kokott, Schlussanträge zu EuGH 30.9.2010, C-104/09, *Roca Álvarez*, ECLI:EU:C:2010:561, Rn 37.

Vergleichbare Erfahrungen und Rechtsprechung fehlen in Österreich, weswegen ein Vergleich hier nicht angemessen vorgenommen werden kann. Jedenfalls hielt der EuGH damals fest, dass sich Eltern von Kleinkindern „im Hinblick auf die für sie möglicherweise bestehende Notwendigkeit, ihre tägliche Arbeitszeit zu verringern, um sich um dieses Kind kümmern zu können, in einer vergleichbaren Lage“³⁴⁹ befinden. Auch die österreichische Stillzeit verfolgt den Zweck, „der Mutter eine adäquate Möglichkeit zu geben, ihr Kind zu versorgen“.³⁵⁰ Wenn beide Elternteile nicht oder nur kurz in Karenz gehen und direkt oder bald im Anschluss an die Mutterschutzfrist erwerbstätig sind, stellt sich die Frage, ob nicht auch Väter oder zweite Elternteile ein legitimes Interesse an einer mit Stillzeiten vergleichbaren Möglichkeit zur kurzfristigen Unterbrechung der Erwerbsarbeit zur Pflege und Ernährung eines Kindes haben könnten. Da bislang eine vergleichbare Regelung im VKG fehlt, wäre entweder eine Analogie oder die Schaffung einer solchen Norm im VKG notwendig, um dies zu ermöglichen.

Über seine Funktion als rechtlicher Anknüpfungspunkt hinaus wird das Stillen auch als wesentliches Argument in der Ausverhandlung der Aufgabenteilung zwischen den Eltern gerade über den Zeitpunkt der jeweiligen Karenz herangezogen.³⁵¹ Auf seine Rolle in diesen Ausverhandlungsprozessen werde ich weiter unten eingehen, anhand der Betrachtung der Rechtslage und -sprechung zeigt sich allerdings bereits hier, dass körperliche Notwendigkeit und soziale Gewohnheit manchmal nur schwer auseinanderzuhalten sind.

4.1.7. Kündigungsschutz

Ein wesentlicher Aspekt für die Wirksamkeit von Mutterschutzmaßnahmen ist der Kündigungsschutz. Auf seine Bedeutung ist bereits bei der Darstellung der Rechtsentwicklung und der Zwecke eingegangen worden und es wurde gezeigt, dass insbesondere Beschäftigungsverbote ohne einen flankierenden Kündigungsschutz nichts taugen.

Das österreichische Arbeitsrecht kennt neben dem allgemeinen Kündigungsschutz, der die Anfechtbarkeit sittenwidriger Kündigungen vorsieht, für ausgewählte Arbeitnehmer_innengruppen, die typischerweise einer erhöhten Kündigungsgefahr ausgesetzt sind, ergänzend besonderen Kündigungsschutz.³⁵² Mütter (und während einer Elternkarenz auch Väter) bilden eine solche Gruppe. Sie sollen nicht aufgrund von Schwangerschaft und Kinderbetreuung um ihren Arbeitsplatz fürchten müssen; daher sehen sowohl MSchG als auch VKG einen besonderen Kündigungsschutz vor.³⁵³ Die Kündigung von Eltern ist innerhalb festgelegter Zeiträume nur bei Vorliegen bestimmter Kündigungsgründe und mit Zustimmung des Gerichts möglich. Das Kündigungsverbot ist vom Motiv der Kündigung durch den oder die Arbeitgeber_in unabhängig.³⁵⁴ Es kommt nicht darauf an, ob die Kündigung aufgrund der Schwangerschaft/Geburt erfolgt ist, sie ist im geschützten Zeitraum jedenfalls rechtsunwirksam. Ein wesentlicher Vorteil des besonderen gegenüber dem

³⁴⁹ EuGH 30.9.2010, C-104/09, *Roca Álvarez*, ECLI:EU:C:2010:561 Rz 24, mVa EuGH 12.7.1984, C-184/83, *Hofmann*, ECLI:EU:C:1984:273 Rz 25.

³⁵⁰ *Wolfsgruber-Ecker in Neumayr/Reissner, ZellKomm*³ § 9 MSchG (Stand 1.1.2018, rdb.at) Rn 3.

³⁵¹ *Peukert*, *Aushandlungen* 2015, 275; ausführlicher siehe Kapitel 8.

³⁵² *Windisch-Graetz, Arbeitsrecht II*¹⁰ 2017, 270.

³⁵³ *Windisch-Graetz, Arbeitsrecht II*¹⁰ 2017, 293.

³⁵⁴ ErlRV zum MSchG 1957, 197 BlgNR 8. GP (gescanntes Original), 26.2.1957, 13.

allgemeinen Kündigungsschutz ist die Lage der Prozessinitiative. Während beim allgemeinen Kündigungsschutz die Anfechtung dem oder der Arbeitnehmer_in obliegt, muss beim besonderen Kündigungsschutz der oder die Arbeitgeber_in ein Verfahren einleiten, um die Zustimmung des Gerichts einzuholen und eine rechtswirksame Kündigung zu erwirken.³⁵⁵ Gleichzeitig mit der Klagseinbringung hat der oder die Arbeitgeber_in den Betriebsrat über die geplante Kündigung zu informieren.³⁵⁶

Der oder die betroffene Arbeitnehmer_in hat ein Wahlrecht und kann die an sich unwirksame Kündigung auch gegen sich gelten lassen und Kündigungsentschädigung verlangen.

Der besondere Kündigungsschutz für Mütter besteht gemäß § 10 MSchG ab Eintritt der Schwangerschaft und endet frühestens vier Monate nach der Entbindung. Wird Karenz in Anspruch genommen, so erstreckt sich der Kündigungs- und Entlassungsschutz nach den §§ 10 und 12 MSchG bis zum Ablauf von vier Wochen nach Beendigung der Karenz.³⁵⁷ Grundsätzlich beginnt eine Schwangerschaft mit dem Zeitpunkt der Befruchtung des Eis, nicht erst ab der Nidation.³⁵⁸ Im Fall einer künstlichen Befruchtung wird allerdings wie erwähnt erst ab Einsetzen der befruchteten Eizelle von einer Schwangerschaft ausgegangen.³⁵⁹ Allerdings ist auch die Kündigung einer Frau verboten, von der seitens Arbeitgeber_in vermutet wird, dass sie bald schwanger werden könnte.³⁶⁰

Eine im geschützten Zeitraum erfolgte Kündigung ist rechtsunwirksam, es sei denn, es wurde im Vorfeld die Zustimmung des Gerichts eingeholt. Die Zustimmung des Gerichts ist gemäß § 10 Abs 3 MSchG nur aus dem Grund der Betriebsreduktion zulässig. Das heißt sie ist bei Einschränkung oder Stilllegung des Betriebs sowie bei Stilllegung von Betriebsteilen, die anders nicht ohne Schaden für das Unternehmen zu bewerkstelligen wäre, zu erteilen. Nimmt der Betrieb innerhalb von vier Monaten nach der Entbindung seine Tätigkeiten wieder auf, kann die Dienstnehmerin die Feststellung der Unwirksamkeit der Kündigung beantragen. Wenn die Arbeitnehmerin der Kündigung in der Streitverhandlung zustimmt, hat das Gericht ebenfalls zuzustimmen.³⁶¹

Nach Ablauf des ersten Lebensjahres des Kindes gilt der Schutz nur noch in abgeschwächter Form; es treten Gründe für eine gerichtliche Zustimmung zur Kündigung hinzu. So kann der Kündigung einer Mutter eines über einjährigen Kindes gemäß § 10 Abs 4 MSchG zugestimmt werden, wenn sie durch Umstände, die in der Person der Dienstnehmerin gelegen sind und die betrieblichen Interessen nachteilig berühren, oder durch betriebliche Erfordernisse, die einer Weiterbeschäftigung der Dienstnehmerin entgegenstehen, begründet und die Aufrechterhaltung des Dienstverhältnisses unzumutbar ist. Verhindert der oder die Arbeitgeber_in zunächst Verhandlungen zur Elternteilzeit, kann er oder sie sich allerdings

³⁵⁵ *Windisch-Graetz, Arbeitsrecht II*¹⁰ 2017, 288.

³⁵⁶ *Windisch-Graetz, Arbeitsrecht II*¹⁰ 2017, 292.

³⁵⁷ § 15 Abs 3 MSchG.

³⁵⁸ Vgl *Bernat, DRdA* 1996, 145.

³⁵⁹ Auf den Sonderfall der künstlichen Befruchtung wurde weiter oben bei den Zwecken des Kündigungsschutzes ausführlicher eingegangen.

³⁶⁰ OGH 27.2.2014, 8 ObA 81/13i.

³⁶¹ *Windisch-Graetz, Arbeitsrecht II*¹⁰ 2017, 292.

nicht auf die Unzumutbarkeit ihrer Weiterbeschäftigung aufgrund der Lage der Teilzeit berufen.³⁶²

Auch Adoptiv- und Pflegemütter sind gemäß § 15c Abs 4 MSchG während der Karenz vom Kündigungs- sowie vom Entlassungsschutz erfasst.

Für eine mit dem oder der Arbeitgeber_in über den gesetzlichen Rahmen hinausgehende vereinbarte Karenz ist kein Kündigungsschutz vorgesehen.

Seit 2015 ist eine Kündigung auch im Fall einer Fehlgeburt nach § 10 Abs 1a MSchG bis zum Ablauf von vier Wochen nach dem Vorfall rechtsunwirksam.³⁶³ Dadurch soll die psychische Belastung möglichst reduziert werden.³⁶⁴ Auf Verlangen hat die Dienstnehmerin eine ärztliche Bescheinigung über die Fehlgeburt vorzulegen.

Der Ausschluss von der Ausgabe von Heimarbeit ist gemäß § 31 Abs 3 MSchG einer Kündigung oder Entlassung gleichzuhalten, dabei darf eine schwangere Heimarbeiterin bis vier Monate nach der Entbindung nicht benachteiligt werden. Für Landarbeiterinnen ist nach § 102 LAG sogar ein absoluter Kündigungsschutz vorgesehen. Weitere Besonderheiten betreffen Arbeitnehmerinnen in privaten Haushalten sowie Vertragsbedienstete (§§ 24, 18 MSchG).

4.1.8. Entlassungsschutz

Unter Entlassung wird die arbeitgeber_innenseitig erklärte vorzeitige Auflösung eines Arbeitsverhältnisses infolge Vorliegens eines wichtigen Grundes verstanden. Die Gründe, müssen derart schwerwiegender Natur sein, dass die Weiterbeschäftigung auch nur für die Dauer der Kündigungsfrist unzumutbar ist. Der Ausspruch der Entlassung hat unverzüglich nach Bekanntwerden eines Entlassungsgrundes zu erfolgen.

Eine notwendige Ergänzung zum Kündigungsschutz für Mütter ist daher der Entlassungsschutz. Durch diesen soll verhindert werden, dass Entlassungen ausgesprochen werden, um den Kündigungsschutz zu umgehen.³⁶⁵ Grundsätzlich können nur sozialwidrige Entlassungen und solche aus verpönten Motiven angefochten werden, wenn kein Entlassungsgrund vorliegt. Die einfache Rechtswidrigkeit, also das Fehlen von Entlassungsgründen, löst indes nur Schadensersatzansprüche aus.

§ 12 MSchG regelt einen besonderen Entlassungsschutz für Mütter. Er schränkt die zulässigen Entlassungsgründe ein. Wie eine Kündigung ist eine Entlassung von Beginn der Schwangerschaft bis vier Monate nach der Entbindung nur mit vorhergehender Zustimmung des Gerichts wirksam. Die Arbeitnehmerin hat ebenso wie im Fall der Kündigung ein Wahlrecht, sie kann die Entlassung anfechten oder aber gegen sich gelten lassen und Ersatz fordern. Die Zustimmung des Gerichts darf nur bei bestimmten Entlassungsgründen gegeben werden; wenn die Arbeitnehmerin ihre Arbeitspflichten schuldhaft gröblich verletzt; sich sie von dritten Personen unberechtigt Vorteile zuwenden lässt; ein Geschäfts- oder

³⁶² Mayr, Arbeitsrecht § 10 MSchG (Stand 1.2.2018, rdb.at) mVa OGH 22.8.2012, 9 ObA 91/12s.

³⁶³ Bundesgesetz, mit dem das Mutterschutzgesetz 1979, das Väter-Karenzgesetz und das Angestelltengesetz geändert werden, 167/ME 25. GP.

³⁶⁴ 167/ME 25. GP - Ministerialentwurf - Erläuterungen, 1; vgl auch Sabara, Änderung von MSchG und VKG – BGBl, Rechtsnews Nr. 20847 vom 29.12.2015, [zus.lexisnexis.at/news/aenderung-von-mschg-und-vkg-bgbl/pvp/aktuelles/2015/53/lnat_news_020847.html](https://www.lexisnexis.at/news/aenderung-von-mschg-und-vkg-bgbl/pvp/aktuelles/2015/53/lnat_news_020847.html) (22.8.2018).

³⁶⁵ Windisch-Graetz, Arbeitsrecht II¹⁰ 2017, 297.

Betriebsgeheimnis verrät; ein abträgliches Nebengeschäft betreibt; sich Tötlichkeiten oder erhebliche Ehrverletzungen gegen den oder die Arbeitgeber_in, dessen im Betrieb tätige oder anwesende Familienangehörige oder Arbeitnehmer_innen zuschulden kommen lässt; oder sich bestimmter gerichtlich strafbarer Handlungen schuldig macht.

Wird eine schwangere Arbeitnehmerin „auf Grund von Fehlzeiten entlassen, die sich aus ihrer durch die Schwangerschaft bedingten Arbeitsunfähigkeit ergeben, so hängt diese Entlassung mit den Risiken zusammen, die mit einer Schwangerschaft verbunden sind“, ³⁶⁶ und eine Diskriminierung auf Grund des Geschlechts liegt vor. Zulässig sind hingegen Entlassungen auf Grund von Fehlzeiten wegen einer durch Schwangerschaft oder Entbindung verursachten Krankheit. ³⁶⁷

Entlassungen sind also grundsätzlich bei bestimmten Verfehlungen der Arbeitnehmerin trotz Schwangerschaft zulässig. § 12 Abs 3 MSchG mahnt allerdings bei Pflichtverletzungen sowie bei Ehrverletzungen gegen den oder die Dienstgeber_in, den „durch die Schwangerschaft bzw. durch die Entbindung oder Fehlgeburt der Dienstnehmerin bedingten außerordentlichen Gemütszustand“ zu berücksichtigen. Ein vergleichbarer Entlassungsschutz aufgrund eines etwaigen außerordentlichen Gemütszustandes für Väter ist nicht vorgesehen. Eine außerordentliche Gemütsregung wäre aber wohl auch beim Vater oder zweiten Elternteil beispielsweise aufgrund der Benachrichtigung von einer Fehlgeburt, die ihn dazu veranlasst den Arbeitsort abrupt zu verlassen und dadurch seine Arbeitspflicht zu verletzen, allgemein nachvollziehbar und meines Erachtens ebenso berücksichtigungswürdig.

4.1.9. Kindergeldfalle

Der Kündigungs- sowie der Entlassungsschutz erstrecken sich gemäß § 15 Abs 4 MSchG im Fall der Inanspruchnahme von Karenz bis zum Ablauf von vier Wochen nach Beendigung derselben, spätestens bis nach dem zweiten Geburtstag, also dem 24. Lebensmonat, des Kindes. Die Bezugsdauer des Kinderbetreuungsgeldes kann demgegenüber in der längsten Variante bis zu 28 Monate (851 Tage) betragen, also bis zum 30. Lebensmonat des Kindes. ³⁶⁸ Der Kündigungsschutz ist in diesem Fall am Ende der Bezugsdauer bereits fünf Monate abgelaufen. Wird eine über die Vorgaben des MSchG hinausgehende Karenz für den Zeitraum des Kindergeldbezugs, aber kein zusätzlicher Kündigungs- oder Entlassungsschutz vereinbart, so ist die Arbeitnehmerin in den letzten Monaten nicht geschützt. ³⁶⁹ Wenn eine Arbeitnehmerin darüber irrt und dem Arbeitsplatz bis zum Ende der Bezugsdauer fernbleibt, kann sie dennoch gekündigt werden. Man spricht hier von der Kindergeldfalle. Während des Zeitraums einer über die gesetzliche Dauer hinausgehenden, vereinbarten Karenzierung besteht kein besonderer gesetzlicher Kündigungsschutz über den Ablauf der in § 15 Abs 4 MSchG genannten Frist hinaus. Für den OGH ist auch „unzweifelhaft, dass die Regelung der unterschiedlichen Zeiträume des gesetzlichen Kündigungsschutzes nach dem MSchG

³⁶⁶ *Windisch-Graetz*, § 3 GIBG, Gleichbehandlungsgebot im Zusammenhang mit dem Arbeitsverhältnis, in *Neumayr/Reissner*, Zellkomm⁶ (Stand 1.1.2018, rdb.at) Rn 25 mVa EuGH 30.6.1998, C-394/96, *Brown*, ECLI:EU:C:1998:331.

³⁶⁷ *Windisch-Graetz*, § 3 GIBG, Gleichbehandlungsgebot im Zusammenhang mit dem Arbeitsverhältnis, in *Neumayr/Reissner*, Zellkomm⁶ (Stand 1.1.2018, rdb.at) Rn 33mVa EuGH 29.5.1997, C-400/95, *Larsson*, ECLI:EU:C:1997:259.

³⁶⁸ Zwei Monate Mutterschutz + 28 Monate Kindergeld = 30 Monate.

³⁶⁹ OGH 23.2.2009, 8 ObA 2/09s.

einerseits, und des Zeitraums, in dem Kinderbetreuungsgeld bezogen werden kann andererseits, eine bewusste und gewollte Entscheidung des Gesetzgebers war³⁷⁰ und daher keinen Raum für eine Analogie lässt. Streitig ist lediglich, ob der gesetzliche Kündigungsschutz für die Dauer einer vereinbarten Karenz zwischen den Parteien des Arbeitsvertrags vereinbart werden kann.

Bei etwaiger, vereinbarter Elternteilzeit besteht erneut besonderer Kündigungsschutz.

4.1.10. Fristhemmung bei befristeten Arbeitsverhältnissen

Befristete Arbeitsverhältnisse werden nach § 10a MSchG bis zum Beginn des Beschäftigungsverbots gehemmt. Sollte ein befristetes Verhältnis zB am 30.6. enden, beginnt aber das Beschäftigungsverbot aufgrund einer Schwangerschaft am 4.9., so bleibt das Arbeitsverhältnis bis zum 3.9. aufrecht.³⁷¹ Dadurch soll schwangeren Arbeitnehmerinnen der Anspruch auf Wochengeld gesichert werden.³⁷² Dieser ist von der Erwerbstätigkeit abhängig und richtet sich in der Höhe nach dem durchschnittlichen Entgelt der letzten 13 Wochen vor dem Versicherungsfall der Mutterschaft, der zeitlich mit dem Beschäftigungsverbot zusammenfällt. Der durch die Ablaufhemmung bestehende Schutz für befristete Arbeitsverhältnisse ist allerdings insofern beschränkt, als dass gesetzliche oder sachlich gerechtfertigte Befristungen davon ausgenommen sind. Bei Ferialpraktika, Saisonarbeit oder auch Vertretungsdienstverhältnissen wird eine sachliche Rechtfertigung angenommen, sie können daher ungeachtet des Bestehens einer Schwangerschaft ablaufen.³⁷³ Die Fristhemmung wurde in den 1990ern eingeführt, um der Tendenz zu begegnen, „mit jungen Frauen nur befristete Dienstverhältnisse zwecks Umgehung des Mutterschutzgesetzes abzuschließen“. ³⁷⁴ Es gilt zudem als Diskriminierung aufgrund des Geschlechts, „wenn ein befristeter Arbeitsvertrag wegen der Schwangerschaft nicht verlängert wird“. ³⁷⁵ Wenn jedoch nie die Absicht bestand, im Anschluss an das befristete ein unbefristetes Arbeitsverhältnis abzuschließen, kann nicht aufgrund der Schwangerschaft abgeleitet werden, dass diese das Motiv für die Nichtverlängerung war.³⁷⁶

Auch der Ablauf der Bewilligungen nach dem Ausländerbeschäftigungsgesetz wird gemäß § 11 MSchG gehemmt.

4.1.11. Anwendbarkeit des MSchG auf freie Dienstnehmerinnen

Freie Dienstnehmerinnen unterstehen dem MSchG nur teilweise. Grundsätzlich sind arbeitsrechtliche Bestimmungen, bis auf wenige Ausnahmen, auf freie Dienstnehmer_innen nicht anwendbar. Bei „arbeitnehmerähnlichen“ freien Dienstnehmer_innen ist der Kreis der anwendbaren Regelungen etwas größer, sie sind für einzelne Fragen den Arbeitnehmer_innen gleichgestellt.³⁷⁷ Das ASVG unterscheidet zudem zwischen dienstnehmerähnlichen und

³⁷⁰ OGH 23.2.2009, 8 ObA 2/09s, Rn 2.

³⁷¹ Windisch-Graetz, Arbeitsrecht II¹⁰ 2017, 243.

³⁷² Windisch-Graetz, Arbeitsrecht II¹⁰ 2017, 243.

³⁷³ Marat, MSchG Kommentar, § 10a, Rn 1.

³⁷⁴ Marat, MSchG Kommentar, § 10a, Rn 1.

³⁷⁵ Windisch-Graetz, § 3 GIBG, Gleichbehandlungsgebot im Zusammenhang mit dem Arbeitsverhältnis, in Neumayr/Reissner, Zellkomm⁶ (Stand 1.1.2018, rdb.at) Rn 15.

³⁷⁶ Windisch-Graetz, § 3 GIBG, Gleichbehandlungsgebot im Zusammenhang mit dem Arbeitsverhältnis, in Neumayr/Reissner, Zellkomm⁶ (Stand 1.1.2018, rdb.at) Rn 15.

³⁷⁷ Kietzbl, Arbeitsrecht I¹⁰ 2017, 40.

anderen freien Dienstnehmer_innen. Die Begriffe Arbeitnehmerähnlichkeit und Dienstnehmerähnlichkeit iSd § 4 Abs 4 ASVG sind voneinander zu unterscheiden. Zweiter umfasst freie Dienstnehmer_innen, die Dienstleistungen im Wesentlichen persönlich erbringen und über keine wesentlichen eigenen Betriebsmittel verfügen. Seit 2016 ist das MSchG in Teilen auf solche dienstnehmerähnlichen freien Dienstnehmerinnen anzuwenden. Der Anspruch auf Karenz oder Elternteilzeit, sowie der besondere Kündigungs- und Entlassungsschutz nach dem MSchG gelten auch weiterhin für sämtliche freie Dienstnehmerinnen nicht. Die Abgrenzung zwischen Arbeitnehmer_in und freier Dienstnehmer_in, sowie innerhalb der Gruppe der freien Dienstnehmer_innen ist daher folgeschwer, weshalb hier etwas ausführlicher auf sie eingegangen wird.

Unter dem Begriff Arbeitnehmer_in sind alle Personen zu verstehen, die Dienste unselbstständig, dh in persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit leisten.³⁷⁸ Der Begriff Dienstnehmer_in wird synonym verwendet. Das wesentliche Merkmal ist dabei die persönliche Abhängigkeit; nur wer in persönlicher Abhängigkeit tätig ist, ist Arbeitnehmer_in.³⁷⁹ Sie liegt in der Weisungsunterworfenheit gegenüber dem oder der Arbeitgeber_in sowie in der Eingliederung in die betrieblichen Ordnungsvorschriften, etwa bezüglich Arbeitszeit und -ort. Es kommt stets auf die konkreten Verhältnisse an, allein eine Gewerbeberechtigung oder die Berechtigung zur freiberuflichen Ausübung hindern die Arbeitnehmer_inneneigenschaft nicht.³⁸⁰ Mangelt es an der persönlichen Abhängigkeit, liegt zwar jedenfalls kein Arbeitsvertrag vor, zugleich ist die Selbstständigkeit nicht die einzige Alternative – die Vertragsfreiheit erlaubt es, von Arbeits- und Werkvertrag abweichende Verträge abzuschließen, als solcher hat sich der freie Dienstvertrag entwickelt.³⁸¹

Freie Dienstnehmer_innen erbringen ihre Arbeitsleistung zwar auch persönlich, nicht jedoch persönlich abhängig im Sinne des Arbeitsrechts. Darunter fallen grob gesprochen zwei Gruppen: typische Unternehmer_innen, die als Gewerbetreibende oder Freiberufler_innen dauerhaft ihre Leistungen auf dem Markt unterschiedlichen Vertragspartner_innen anbieten auf der einen, und atypische Selbstständige, die nicht permanent am Markt auftreten und/oder nur für einen oder eine Auftraggeber_in tätig sind, auf der anderen Seite.³⁸² Diese zweite Gruppe ist nur schwer von den Arbeitnehmer_innen zu unterscheiden, wobei auf das Vorliegen persönlicher Abhängigkeit im Einzelfall abzustellen ist. So wurde die Tätigkeit eines Sprachlehrers, der zwar an vorgegebenen Unterrichtsstoff gebunden war, jedoch frei bestimmen konnte, ob und welche Kurse er abhalten wollte, keiner laufenden Kontrolle unterlag und sich frei vertreten lassen konnte, als freies Dienstverhältnis bewertet.³⁸³ Demgegenüber wurde die Tätigkeit von Nachhilfelehrer_innen, die ein Semester lang zur Abhaltung von Lernhilfekursen beauftragt, an fixe Kurszeiten und -orte gebunden sowie zur Dokumentation des Lehrstoffs verpflichtet waren und sich nur in Absprache vertreten lassen durften, als soweit in die Organisation des Nachhilfeinstitutes eingegliedert beurteilt, dass ihre Tätigkeit insgesamt als Dienstverhältnis beurteilt wurde.³⁸⁴ Ein weiteres Beispiel für die

³⁷⁸ *Rebhahn* in *Neumayr/Reissner*, *ZellKomm*³ § 1151 ABGB (Stand 1.1.2018, rdb.at), Rn 2.

³⁷⁹ *Rebhahn* in *Neumayr/Reissner*, *ZellKomm* § 1151 ABGB, Rn 80.

³⁸⁰ *Rebhahn* in *Neumayr/Reissner*, *ZellKomm*³ § 1151 ABGB (Stand 1.1.2018, rdb.at), Rn 10.

³⁸¹ *Rebhahn* in *Neumayr/Reissner*, *ZellKomm*³ § 1151 ABGB (Stand 1.1.2018, rdb.at), Rn 2.

³⁸² *Rebhahn* in *Neumayr/Reissner*, *ZellKomm*³ § 1151 ABGB, Rn 127.

³⁸³ OLG Wien 24.3.2000, 9 Ra 292/99y, ähnlich OGH 23.3.2010, 8 ObA 57/09d.

³⁸⁴ OGH 26.6.1997, 8 Ob A 2158/96b.

unterschiedliche Beurteilung ähnlicher Tätigkeiten ist das Werbemittelverteilen, also das Verteilen von Flyern im öffentlichen Raum, was teilweise als Dienstverhältnis, teilweise als freies Dienstverhältnis eingestuft wurde.³⁸⁵

Nach *Rebhahn* ist die alleinige Orientierung an der persönlichen Abhängigkeit zur Unterscheidung zwischen Selbstständigkeit und Unselbstständigkeit zu kurz gegriffen. Neben den Idealtypen von Abhängigkeit (persönlich und wirtschaftlich abhängig) und Selbstständigkeit (persönlich unabhängig und wirtschaftlich selbstständig), besteht eine dritte Kategorie der persönlich unabhängigen aber wirtschaftlich unselbstständigen Tätigkeiten.³⁸⁶

In ihr fallen die scheinbaren Gegensätze von Abhängigkeit und Selbstständigkeit zusammen, man ist zwar persönlich frei, wirtschaftlich aber abhängig. Hier liegt mitunter Arbeitnehmerähnlichkeit vor. Dafür ist nach *Rebhahn* gerade die wirtschaftliche Abhängigkeit ausschlaggebend. Arbeitnehmerähnliche sind vertragsrechtlich zwar selbstständig, haben einen freien Dienstvertrag oder Werkvertrag³⁸⁷ abgeschlossen, sind wirtschaftlich aber von einem oder einer Vertragspartner_in abhängig.³⁸⁸

Dabei wird auf das typisch selbstständige oder unselbstständige Auftreten am Markt abgestellt. Maßgebliche Merkmale sind unter anderem das Nichtvorliegen einer eigenen unternehmerischen Organisation und die Abhängigkeit von einem oder einer Vertragspartner_in über längere Zeit. Nicht maßgeblich sind indessen die sozial- und versicherungsrechtliche Einordnung und ein etwaiger Gewerbeschein.³⁸⁹ Kraft ausdrücklicher Geltungsbereichserstreckung werden solche arbeitnehmerähnlichen Personen in manche arbeitsrechtlichen Schutzbereiche einbezogen, so etwa in das GIBG³⁹⁰ und das ASGG³⁹¹. Andere zentrale Schutzvorschriften, wie jene hinsichtlich der Arbeitszeit, werden auch auf sie nicht angewandt³⁹² und auch das MSchG findet auf sie keine Anwendung. Beispiele aus der Judikatur für arbeitnehmerähnliche Tätigkeiten sind etwa die Tankstellenpacht und Franchiseverträge, wenn sie den oder die Letzhändler_in im Vertrieb völlig an das Marketingkonzept des oder der Großhändlers_in bzw Herstellers_in binden.³⁹³ Auch hier ist stets die Ausgestaltung des Verhältnisses im Einzelfall zu prüfen. Entscheidend ist, ob man betreffend die Tätigkeit in der eigenen Entschlussfähigkeit auf ein Mindestmaß eingeschränkt ist.³⁹⁴

Zu unterscheiden ist die Arbeitnehmerähnlichkeit wie erwähnt von der Dienstnehmerähnlichkeit nach § 4 Abs 4 ASVG. Personen, die sich auf Grund freier Dienstverträge auf bestimmte oder unbestimmte Zeit zur Erbringung von Dienstleistungen

³⁸⁵ OGH 26.2.1998, 8 Ob A 46/98t Werbemittelverteiler_in als freier Dienstvertrag; VwGH 26.05.2004, 2001/08/0026 Werbemittelverteiler_in als Dienstvertrag.

³⁸⁶ *Rebhahn* in *Neumayr/Reissner*, ZellKomm³ § 1151 ABGB (Stand 1.1.2018, rdb.at), Rn 7.

³⁸⁷ Der Begriff umfasst daher mehr als die Dienstnehmerähnlichkeit iSd § 4 Abs 4 ASVG, die nur im Fall eines freien Dienstvertrags vorliegen kann.

³⁸⁸ *Kietzbl*, Arbeitsrecht I¹⁰ 2017, 39.

³⁸⁹ *Rebhahn* in *Neumayr/Reissner*, ZellKomm³ § 1151 ABGB (Stand 1.1.2018, rdb.at), Rn 4.

³⁹⁰ § 1 Abs 3 Z2 für Teil I; § 16 Abs 3 Z2 für Teil II GIBG.

³⁹¹ § 51 Abs 3 Z2 ASVG.

³⁹² *Kietzbl*, Arbeitsrecht I¹⁰ 2017, 40.

³⁹³ Vgl *Neumayr* in *Neumayr/Reissner*, ZellKomm³ § 51 ASGG (Stand 1.1.2018, rdb.at) Rn 20, mVa OGH 18.9.1962, 1 Ob 264/62; OGH 17.7.1963, 1 Ob 166/63; OGH 9.7.1980, 1 Ob 591/80; OGH 12.11.1979, 4 Ob 68/79 zur Tankstellenpacht; abweichend OGH 5.4.1989, 9 ObS 4/89, RS0077392 zu Franchise.

³⁹⁴ RS0050822.

verpflichten, stehen Dienstnehmer_innen gleich, wenn sie aus dieser Tätigkeit ein Entgelt beziehen, die Dienstleistungen im Wesentlichen persönlich erbringen und über keine wesentlichen eigenen Betriebsmittel verfügen. Es wird auf das kumulative Vorliegen eines freien Dienstvertrags, persönlicher Leistungserbringung und das Fehlen von Betriebsmitteln abgestellt.³⁹⁵ Bei den Betriebsmitteln sind vor allem Sachmittel, insbesondere eine unternehmerische Infrastruktur ausschlaggebend.³⁹⁶ Freie Dienstverträge können zudem gemäß § 4 Abs 4 ASVG nur im Geschäftsbereich des oder der Arbeitgeber_in entstehen, private freie Dienstverträge unterliegen unabhängig von der Ausgestaltung nicht dem ASVG sondern dem GSVG.³⁹⁷

Auf diese freien Dienstnehmerinnen iSd § 4 Abs 4 ASVG erstrecken sich gemäß § 1 Abs 5 MSchG seit 2016 ausgewählte Normen des Mutterschutzes ausdrücklich; namentlich § 3 und § 5 Abs 1 und 3 MSchG. Dies umfasst das absolute Beschäftigungsverbot vor und nach der Geburt sowie nach § 5 Abs 3 MSchG das Verbot bestimmter Tätigkeiten nach der Entbindung. Im Gegenzug kommt auch die Mitteilungspflicht über die Schwangerschaft gemäß § 3 Abs 4 MSchG zur Anwendung.

Den besonderen Kündigungsschutz genießen sie nicht, nach § 10 Abs 8 MSchG kann eine ab Kenntnis der Schwangerschaft bis vier Monate nach der Entbindung ausgesprochene Kündigung innerhalb von zwei Wochen bei Gericht angefochten werden.³⁹⁸ Gegebenenfalls muss die freie Dienstnehmerin den Kündigungsgrund der Schwangerschaft glaubhaft machen, sie kann die Kündigung auch gegen sich gelten lassen und Entschädigung nach § 1162b ABGB fordern, möglicherweise zusätzlich zu einem immateriellen Schaden wegen Diskriminierung nach dem GIBG.³⁹⁹

Während die Tätigkeitsverbote *nach* der Entbindung nun auch auf freie Dienstnehmerinnen anzuwenden sind, sind diejenigen *davor* nicht in der Erstreckung genannt. *Enzelsberger* meint gar, dass auch der Verweis auf die nachgeburtlichen besonderen Beschäftigungsverbote in § 3 MSchG logisch zu reduzieren wäre, da freie Dienstnehmer_innen nicht in den Aufgabenbereich der Arbeitsinspektorate, auf die in dieser Norm verwiesen wird, fallen. Daher wären die § 3 Abs 5-8 MSchG nicht anwendbar; „Ziel des Gesetzgebers war keine völlige Angleichung, er wollte vielmehr dieser Personengruppe, die Anspruch auf Wochengeld hat, nur einen entsprechenden Freistellungsanspruch gem §§ 3 Abs 1, 5 Abs 1 MSchG gewähren“. ⁴⁰⁰ So meint auch *Pöschl*, dass der Entgeltfortzahlungsanspruch für die Zeit von Vorsorgeuntersuchungen, die nicht außerhalb der Arbeitszeit stattfinden konnten, nicht dem Gesetzesziel entspreche. ⁴⁰¹ Der Wortlaut verweist allerdings auf den gesamten § 3 MSchG und es ist nicht einsichtig, warum eine deutliche Anordnung des Gesetzgebers zu Lasten der freien Dienstnehmerinnen ignoriert werden sollte. Vielmehr ist es nur schwer nachvollziehbar, warum die vorgeburtlichen Tätigkeitsverbote nicht miterstreckt wurden. Beide Bestimmungen schützen vor schweren körperlichen Arbeiten und dem Umgang mit

³⁹⁵ *Kietaibl*, Arbeitsrecht I¹⁰ 2017, 40.

³⁹⁶ *Brodil/Windisch-Graetz*, Sozialrecht⁸ 2017, 38.

³⁹⁷ *Brodil/Windisch-Graetz*, Sozialrecht⁸ 2017, 38.

³⁹⁸ *Enzelsberger*, ZAS 2016, 68.

³⁹⁹ *Pöschl*, *ecolex* 2006, 74.

⁴⁰⁰ *Enzelsberger*, ZAS 2016, 68.

⁴⁰¹ *Pöschl*, *ecolex* 2006, 74.

gefährlichen Stoffen, die ua eine Schwangerschaft gefährden könnten. Es ist ein grundsätzliches Problem des Arbeitsrecht bzw der Praxis freier Dienstverträge, dass Schutzbestimmungen nicht analog auf arbeitnehmerähnliche, also wirtschaftliche abhängige, freie Dienstnehmer_innen angewandt werden, obwohl der Schutzzweck vieler Vorschriften nicht die persönliche, sondern die wirtschaftliche Abhängigkeit ist, so etwa bei Urlaubsanspruch, Entgeltfortzahlung bei Dienstverhinderung und beim Kündigungsschutz.⁴⁰² Eine planwidrige Lücke ist darin allerdings angesichts der nur punktuellen gesetzlichen Einbeziehung, trotz Wissens um das bestehende Schutzbedürfnis, nicht zu sehen. Rechtspolitisch ist diese mangelnde Einbeziehung allerdings abzulehnen. *Thomasberger* argumentierte bereits 2013 mit Blick auf die inzwischen ergangene Ausweitung der absoluten Beschäftigungsverbote, dass wirtschaftlich abhängige freie Dienstnehmerinnen gerade während der Schwangerschaft (wirtschaftlich) besonders verletzlich sind.⁴⁰³ Nicht nur persönliche Weisungen können Dienstnehmerinnen dazu veranlassen, sich während der Arbeit einer Gefährdung der Schwangerschaft aussetzen zu müssen, vielmehr kann dies auch Folge ökonomischer Zwänge sein. Wäre eine schwangere Dienstnehmerin nicht wirtschaftlich abhängig, würde sie sich wohl kaum einer gesundheitlichen Gefährdung, etwa durch ein erhöhtes Arbeitspensum und den „Verzicht“ auf Ruhepausen, aussetzen. Eine Ausweitung der vorgeburtlichen Tätigkeitsverbote auf freie Dienstnehmerinnen wäre daher begrüßenswert. Europarechtlich ist die Geltung von Elternschutzrechten auch für andere Beschäftigungsformen als den Arbeitsvertrag vorgesehen. So heißt es etwa in den Erwägungen des kürzlich vom Rat der EU angenommenen Richtlinienvorschlags zur besseren Vereinbarkeit von Familie und Beruf: „Diese Richtlinie sollte für alle Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer mit Arbeitsverträgen oder anderen Formen von Beschäftigungsverhältnissen gelten.“⁴⁰⁴ Dort werden insbesondere Personen genannt, die in Teilzeit oder befristet beschäftigt sind oder mit einem Leiharbeitsunternehmen einen Arbeitsvertrag geschlossen haben oder ein Beschäftigungsverhältnis eingegangen sind, diese sind bereits vom MSchG geschützt. Die Aufzählung ist allerdings demonstrativ, weswegen auch andere atypische Beschäftigungsformen darunterfallen können. Der Arbeitnehmerinnenbegriff der Mutterschutz-RL kann zudem auch Mitglieder der Unternehmensleitung einer Kapitalgesellschaft umfassen, wenn diese in die Unternehmensorganisation eingegliedert sind, Entgelt erhalten, weisungsgebunden sind oder unter Aufsicht stehen und ihres Amtes enthoben werden können.⁴⁰⁵

Auch das ILO-Übereinkommen Nr 183⁴⁰⁶ zum Mutterschutz umfasst atypische Formen von Arbeit wie den freien Dienstvertrag.⁴⁰⁷ Österreich, wo das Übereinkommen seit 2002 in Kraft ist, kam den Anforderungen 2016 zumindest teilweise nach, wobei, wie eben dargestellt, freie

⁴⁰² *Kietzbl*, Arbeitsrecht¹⁰ 2017, 41.

⁴⁰³ *Thomasberger* in *Burger-Ehrnhofer/Schrittwieser/Thomasberger*, Mutterschutzgesetz und Väter-Karenzgesetz, §§ 1, 2 MSchG, 43.

⁴⁰⁴ Richtlinienvorschlag zur Vereinbarkeit von Beruf und Privatleben für Eltern und pflegende Angehörige und zur Aufhebung der Richtlinie 2010/18/EU des Rates, KOM (2017) 253 final, ErwGr 12.

⁴⁰⁵ *Risak* in *Franzen/Gallner/Oetker*, Kommentar zum europäischen Arbeitsrecht², Art 2 RL 92/85/EWG 440, Rn 3a mVa EuGH 11.11.2010, C-232/09, *Danosa*, ECLI:EU:C:2010:674, Rn 51.

⁴⁰⁶ ILO-Übereinkommen Nr 183, Übereinkommen über die Neufassung des Übereinkommens über den Mutterschutz 1952, am 7.2.2002 in Kraft getreten.

⁴⁰⁷ *Thomasberger* in *Burger-Ehrnhofer/Schrittwieser/Thomasberger*, Mutterschutzgesetz und Väter-Karenzgesetz, §§ 1, 2 MSchG, 23.

Dienstnehmerinnen noch immer nicht den vollen Schutz des MSchG genießen. Schutzlücken ergeben sich auf zwei Ebenen: Zum einen ist der Geltungsumfang für die einbezogenen nach § 4 Abs 4 ASVG dienstnehmerähnlichen freien Dienstnehmerinnen beschränkt, sie sind wie beschrieben von bestimmten wesentlichen Rechten des MSchG ausgeschlossen. Zum anderen umschließt auch dieser beschränkte Geltungsumfang nicht alle freien Dienstnehmerinnen. Private freie Dienstverträge sind nicht von § 4 Abs 4 ASVG erfasst. So hat beispielsweise eine bei einem privaten Hauseigentümer mittels freien Dienstvertrags beschäftigte Hausbetreuerin keinen Anspruch auf Mutterschutz. Sie ist, anders als wenn sie bei einer Eigentümergemeinschaft in deren Geschäftsbereich angestellt wäre, nicht nach § 4 Abs 4 ASVG, sondern als Selbständige nach GSVG versichert, selbst wenn die Tätigkeit unter gleichen organisatorischen Rahmenbedingungen stattfindet und „obwohl die sozialpolitische Schutzbedürftigkeit keine andere ist“.⁴⁰⁸

Darüber hinaus haben arbeitnehmerähnliche Personen, die keine freien Dienstnehmerinnen sind, keine Ansprüche aus dem MSchG, zu denken wäre hier etwa an eine Franchisenehmerin. Wenn keine persönliche Arbeitspflicht vorliegt, muss sich eine Frau zwar grundsätzlich etwaigen schwangerschaftsgefährdenden Tätigkeiten nicht aussetzen, aus wirtschaftlicher Abhängigkeit heraus kann sie aber darauf angewiesen sein. Die Verantwortung für den Gesundheitsschutz lastet damit auf der Schwangeren oder Mutter, die ihn mit ihren eigenen ökonomischen und beruflichen Interessen abwägen muss. In Deutschland sieht eine Neuregelung des Mutterschutzgesetzes die Anwendbarkeit auf arbeitnehmerähnliche Personen ab 1.1.2018 vor.⁴⁰⁹

4.1.12. Versicherungsfall der Mutterschaft und Wochengeld

Das Allgemeine Sozialversicherungsgesetz (ASVG) sieht in § 157 den Versicherungsfall der Mutterschaft vor. Er umfasst den nach seinem Eintritt (acht Wochen vor der Entbindung) liegenden Zeitraum der Schwangerschaft, die Entbindung und die sich daraus ergebenden Folgen, soweit diese nicht als Versicherungsfall der Krankheit oder Arbeitsunfähigkeit infolge Krankheit anzusehen sind. Als Sachleistungen gewährt die Krankenversicherung ärztlichen Beistand sowie jenen von Hebamme, Kranken- und Säuglingspfleger_in, Heilmittel und -behelfe sowie die Pflege in einer Krankenanstalt oder einem Entbindungsheim.⁴¹⁰

Unselbstständig beschäftigte versicherte Mütter erhalten zudem gemäß § 162 ASVG Wochengeld für den Zeitraum von im Regelfall 16 Wochen, nämlich den letzten acht Wochen vor sowie den ersten acht Wochen nach der Entbindung, um den Einkommensentfall zu kompensieren. Verlängert sich das Beschäftigungsverbot, zB bei Früh- oder Mehrlingsgeburten, so verlängert sich auch der Anspruch auf das Wochengeld. Es handelt sich dabei um eine Versicherungsleistung als Einkommensersatz, wobei aufgrund des familienpolitischen Zwecks 70 % des Aufwands aus dem Familienlastenausgleichsfonds getragen werden.⁴¹¹ Treffen Ansprüche aus Kranken- und Wochengeld zusammen, so gebührt gemäß § 165 ASVG nur das Wochengeld.⁴¹² Die Dauer des Wochengeldanspruches wird

⁴⁰⁸ Mosler, DRdA 2005, 487.

⁴⁰⁹ Risak in Franzen/Gallner/Oetker, *Kommentar zum europäischen Arbeitsrecht*², Art 2 RL 92/85/EWG 440, Rn 3c mVa dBGBl I 2017, Nr 30.

⁴¹⁰ Brodil/Windisch-Graetz, *Sozialrecht*⁸ 2017, 91.

⁴¹¹ Brodil/Windisch-Graetz, *Sozialrecht*⁸ 2017, 91.

⁴¹² Brodil/Windisch-Graetz, *Sozialrecht*⁸ 2017, 90.

nicht auf die Höchstdauer des Krankengeldanspruches angerechnet. Liegt über die Schutzfrist hinaus Arbeitsunfähigkeit vor, wenn auch als Folge einer abnorm verlaufenden Schwangerschaft, gelten die allgemeinen Regeln über Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall.⁴¹³ Das Wochengeld gebührt nach § 162 Abs 3 ASVG in Höhe des täglichen durchschnittlichen Nettoeinkommens der letzten 13 Wochen oder drei Kalendermonate vor Eintritt des Versicherungsfalls. Hinzu tritt ein Zuschlag für Sonderzahlungen, diese stehen für die Kalenderjahre mit Wochengeldbezug anteilig zu.⁴¹⁴ „Der Anspruch auf einen verhältnismäßigen Anteil an den einmaligen Bezügen (Weihnachtsremuneration, Urlaubszuschuß) ist nach § 15 Abs 2 Satz 1 MuttSchG nur für die Dauer des Karenzurlaubes ausgeschlossen, nicht aber auch für die Dauer der Schutzfrist.“⁴¹⁵

Auch vollversicherte freie Dienstnehmerinnen erhalten ein einkommensabhängiges Wochengeld. Geringfügig beschäftigte Selbstversicherte erhalten einen Fixbetrag in Höhe von 9,12 Euro pro Tag (ca 270 Euro monatlich, Wert für das Jahr 2018), wenn sie eine freiwillige Selbstversicherung nach § 19a ASVG haben. Bezieherinnen einer Leistung nach dem Arbeitslosenversicherungsgesetz (AIVG) oder dem KBGG erhalten das Wochengeld in der Höhe von 180 % der zuletzt bezogenen Leistung.⁴¹⁶ Wurde Kinderbetreuungsgeld nach § 24a Abs 1 KBGG als Ersatz des Einkommens (einkommensabhängiges Kinderbetreuungsgeld) bezogen, so gebührt das Wochengeld in Höhe von 125 % davon.⁴¹⁷

Selbstständig erwerbstätige Frauen, die ein Gewerbe ausüben, und Bäuerinnen erhalten neben der Deckung der medizinischen Betreuungskosten und jener des Krankenhausaufenthalts Betriebshilfe nach § 102a GSVG als Mutterschaftsleistung. Es handelt sich um eine Sachleistung in der Form, dass ein oder eine Betriebshelfer_in die unaufschiebbaren betrieblichen Arbeiten der Schwangeren bzw Wöchnerin übernimmt, damit der Betrieb ohne Unterbrechung weiterlaufen kann. Wird keine Betriebshilfe gewährt, besteht unter Umständen Anspruch auf Wochengeld in Höhe von 53,96 Euro pro Tag (Wert für das Jahr 2018). Dies gilt insbesondere für („neue“) Selbstständige, die kein Gewerbe ausüben. Seit 2013 kann der Betrieb/die Tätigkeit auch ruhend gemeldet werden.⁴¹⁸

4.2. Rechtsgrundlagen für Frühkarenzen für Väter und zweite Elternteile

Das Mutterschutzgesetz kommt wie dargestellt nur auf Mütter zur Anwendung. Dem immer weiter reichenden Verständnis für das Schutzbedürfnis von Vätern und zweiten Elternteilen, die ihre Erwerbstätigkeit anlässlich der Geburt ihres Kindes unterbrechen wollen, wird seit 2017 im Familienzeitbonusgesetz (FamZeitbG) Rechnung getragen. Im öffentlichen Dienst gibt es zudem bereits seit 2011 einen Rechtsanspruch auf Frühkarenzen für Väter,⁴¹⁹ seit 2015 auch für Adoptiv- und Pflegeväter sowie Zweitmütter.⁴²⁰ Am 2.7.2019 wurde schließlich im Nationalrat beschlossen, Vätern und zweiten Elternteilen ab 1.9.2019 einen Rechtsanspruch

⁴¹³ Windisch-Graetz, Arbeitsrecht II¹⁰ 2017, 145.

⁴¹⁴ Windisch-Graetz, Arbeitsrecht II¹⁰ 2017, 145 mVa OGH 17.1.1978, 4 OB 158/77.

⁴¹⁵ RIS-Justiz RS0070773 (OGH 4 Ob 48/64; OGH 4 Ob 158/77, OGH 9 Ob A 88/87).

⁴¹⁶ Brodil/Windisch-Graetz, Sozialrecht⁸ 2017, 91.

⁴¹⁷ Brodil/Windisch-Graetz, Sozialrecht⁸ 2017, 92.

⁴¹⁸ Marat, MSchG, 9.

⁴¹⁹ Budgetbegleitgesetz 2011, BGBl 111/2010, Art 121-134.

⁴²⁰ ErlRV, 585 BlgNR 25. GP, 2, zu § 75d BDG 1979, § 29o VBG, § 75f RStDG, § 58e LDG 1984 und § 65e LLDG 1985.

auf einen Papa- bzw Baby-Monat zuzuerkennen.⁴²¹ Bevor ein Vergleich zwischen diesen Gesetzen und dem MSchG angestellt und in diesem Sinn auf Unterschiede sowie Ähnlichkeiten in den Zwecken näher eingegangen werden kann, erfolgt hier eine kurze Darstellung der noch jungen bzw eben erst beschlossenen Regelungen für Väter und zweite Elternteile.

4.2.1. Familienzeitbonusgesetz (FamZeitbG)

Seit 2017 haben alle erwerbstätigen Väter die Möglichkeit, eine unbezahlte Freistellung anlässlich einer Geburt oder Kindesannahme (Familienzeit) zu beantragen, sie ist im Familienzeitbonusgesetz (FamZeitbG) geregelt. Zu unterscheiden ist die Familienzeit vom bereits seit 1.1.2011 bestehenden Anspruch öffentlich Bediensteter auf Väterfrühkarenz, besser bekannt unter dem Namen „Papa-Monat“ oder – auch begrifflich zweite Elternteile einschließend – „Baby-Monat“. Während die Frühkarenzen als Anspruch konzipiert sind, kann Familienzeit lediglich beantragt und vereinbart werden. § 2 Abs 1 FamZeitbG regelt die Voraussetzungen für einen Antrag. Vorausgesetzt ist der gemeinsame Haushalt beider Eltern und des Kindes, zudem muss der Mittelpunkt des Lebensinteresses im Bundesgebiet liegen und der Aufenthalt beider Elternteile sowie des Kindes rechtmäßig sein.

Die Erwerbstätigkeit kann derzeit gem § 2 Abs 4 FamZeitbG anlässlich der Geburt eines Kindes für 28-31 Tage unterbrochen werden, um sich in dieser Zeit der Familie zu widmen. Während dieser Zeit steht der Familienzeitbonus, eine Geldleistung von 22,60 € täglich, zu.

Für Geburten ab 1.9.2019 wird das FamZeitbG für viele nur noch hinsichtlich der Geldleistung relevant sein, für Freistellungen können sich Väter und zweite Elternteile künftig auf den geplanten § 1a VKG stützen, auf den ich anschließend eingehe. Für die Finanzierung sind weiterhin die Voraussetzungen des FamZeitbG ausschlaggebend. Zudem bleibt das FamZeitbG für freie Dienstnehmer_innen die einzige Rechtsgrundlage für die Vereinbarung einer Frühkarenz.

Gemäß § 3 Abs 2 FamZeitbG ist die Familienzeit innerhalb eines Zeitraumes von 91 Tagen ab dem Tag der Geburt des Kindes zu nehmen. Sie kann auch während des Mutterschutzes bzw während der Karenz der Mutter genommen werden und bietet somit neben § 15a Abs 3 MSchG, der einen überlappenden Karenzmonat beim erstmaligen Wechsel der Betreuungsperson zulässt, einen zweiten möglichen Zeitraum der gemeinsamen Kinderbetreuung.

Um Familienzeit beantragen zu können, muss der Vater bzw zweite Elternteil gemäß § 2 Abs 1 Z 5 FamZeitbG in den letzten 182 Tagen unmittelbar vor Bezugsbeginn durchgehend eine in Österreich kranken- und pensionsversicherungspflichtige Erwerbstätigkeit ausgeübt haben. Das Erwerbstätigkeitserfordernis entspricht im Grunde jenem nach § 24 Abs 1 Z 2 iVm § 24 Abs 2 KBGG (einkommensabhängiges KB). Dieses stellt seit der Novelle 2016 ebenfalls auf eine kranken- und pensionsversicherungspflichtige Erwerbstätigkeit ab, womit die Exklusion von geringfügig Beschäftigten verbunden ist.⁴²² Die Materialien zur Änderung des KBGG beschränken sich auf den Hinweis, dass eine

⁴²¹ Parlamentskorrespondenz Nr. 757 vom 2.7.2019, www.parlament.gv.at/PAKT/PR/JAHR_2019/PK0757/#XXVI_NRSITZ_00084 (3.7.2019).

⁴²² Sonntag, ASoK 2017, 3.

geringfügige Beschäftigung mit Unfallversicherungspflicht zur Erfüllung der Anspruchsvoraussetzungen nicht ausreicht.⁴²³

Die Erwerbstätigkeit muss im relevanten Zeitraum von 182 Tagen „tatsächlich (also Tag für Tag) und durchgehend ausgeübt werden, der Bezug von Leistungen aus der Arbeitslosenversicherung (zB Arbeitslosengeld, Notstandshilfe, Weiterbildungsgeld, Bildungsteilzeitgeld etc) vernichtet den Anspruch“.⁴²⁴ Ausgenommen sind Unterbrechungen der Erwerbstätigkeit für maximal 14 Tage. Wie in § 24 Abs 2 KBGG sind auch nach § 2 Abs 7 FamZeitbG bestimmte Unterbrechungen einer Erwerbsarbeitstätigkeit gleichgestellt. Als der Ausübung einer kranken- und pensionsversicherungspflichtigen Erwerbstätigkeit gleichgestellt gelten Zeiten der vorübergehenden Unterbrechung zum Zwecke der Kindererziehung während Inanspruchnahme einer Karenz nach dem VKG bis maximal zum Ablauf des zweiten Lebensjahres eines Kindes. Krankengeldbezug findet sich in dieser Aufzählung nicht, was nicht zuletzt aus unionsrechtlicher Perspektive zu kritisieren ist und weiter unten beim Kinderbetreuungsgeld, wo dasselbe Problem für beide Eltern auftaucht, ausführlicher besprochen wird.⁴²⁵

Die Erwerbstätigkeit muss einer Pflichtversicherung unterliegen. Dienstnehmerähnliche, freie Dienstnehmer_innen sind gemäß § 4 Abs 4 ASVG pflichtversichert. Andere freie Dienstnehmer_innen, also solche, die persönlich unabhängig und/oder in Zielschuldverhältnissen tätig sind, unterliegen nicht dem ASVG.⁴²⁶ Sie sind aber nunmehr als sogenannte neue Selbstständige nach § 2 Abs 1 Z4 GSVG pflichtversichert.⁴²⁷ Die genauere Abgrenzung zwischen „unabhängigen“ und dienstnehmerähnlichen Dienstnehmer_innen ist hier – anders als beim MSchG – nicht weiter von Bedeutung, beide können den Familienzeitbonus beantragen, sofern Familienzeit mit dem oder der Arbeitgeber_in vereinbart wurde. Auch nach GSVG und BSVG pflichtversicherte echte Selbstständige können den Familienzeitbonus beantragen.

Nach Ablauf der Familienzeit muss dieselbe Erwerbstätigkeit weitergeführt werden. Es ist nicht möglich, danach eine andere Erwerbstätigkeit zu beginnen. Der Familienzeitbonus wäre dann zurückzuzahlen, wobei die ungerechtfertigte Beendigung des Arbeitsverhältnisses bei Bezugsende durch den oder die Arbeitgeber_in eine Ausnahme bildet.⁴²⁸

Väter und zweite Elternteile haben zwar allein aufgrund des FamZeitbG keinen Anspruch auf Freistellung, wird eine solche aber vereinbart, steht jedenfalls der Familienzeitbonus zu, soweit für das Kind Familienbeihilfe bezogen wird. Gemäß § 3 Abs 1 FamZeitbG beträgt der Familienzeitbonus 22,60 € täglich, das sind insgesamt etwa 700 €. Wie erwähnt dürfen keine weiteren Leistungen aus der Arbeitslosenversicherung oder Entgeltfortzahlungen aufgrund von Krankheit erhalten werden. Der Bonus reduziert sich um den Anspruch auf vergleichbare Leistungen nach anderen in- oder ausländischen Rechtsvorschriften.⁴²⁹ Gemäß § 1 Abs 7 KBGG reduziert sich der Anspruch eines Elternteiles auf Kinderbetreuungsgeld für

⁴²³ dazu kritisch *Sonntag*, ASoK 2017, 3 mVa ErlRV 1110 BlgNR 25. GP, 10.

⁴²⁴ ErlRV FamZeitbG, 1110 BlgNR 25. GP, 2.

⁴²⁵ dazu ausführlich *Sonntag*, ASoK 2017, 2.

⁴²⁶ *Brodil/Windisch-Graetz*, Sozialrecht⁸ 2017, 32.

⁴²⁷ Siehe dazu weiter *Brodil/Windisch-Graetz*, Sozialrecht⁸ 2017, 38.

⁴²⁸ *Gerhartl*, iFamZ 2016, 281.

⁴²⁹ *Gerhartl*, iFamZ 2016, 281, kritisch dazu auch *Sonntag*, ASoK 2017, 2.

ein Kind um den Anspruch dieses Elternteiles auf den Familienzeitbonus für Väter nach dem Familienzeitbonusgesetz (FamZeitbG), insofern ist die Bezeichnung als Bonus irreführend.

Der Familienzeitbonus ist als pauschaler Tagesbetrag ausgestaltet, es besteht jedoch kein anteiliger (tageweiser) Anspruch auf den Bonus.⁴³⁰ Werden nicht an jedem einzelnen der 31 Tage alle Anspruchsvoraussetzungen erfüllt, so gebührt er gar nicht.⁴³¹ Die Anspruchsdauer von 31 Tagen „kann nicht verlängert, verkürzt, verschoben, aufgeteilt, vorzeitig beendet etc werden“.⁴³² Der Vater kann den Zeitraum daher auch nicht in mehrere kleine Zeitblöcke aufteilen. Diese sehr starre Konzeption ist angesichts empirischer Erkenntnisse zur Effektivität von Väterbeteiligungsregelungen bedauernswert. Flexibilität bei der Inanspruchnahme ist ein Faktor, der die Väterbeteiligung maßgeblich erhöht.⁴³³

Ein besonderer Kündigungsschutz ist in Bezug auf die Familienzeit nicht vorgesehen, allerdings besteht die Möglichkeit einer Kündigungsanfechtung nach § 12 Abs 7 GIBG. Eine Kündigung wegen eines Antrags auf oder die Inanspruchnahme von Familienzeit kann unter Umständen als Diskriminierung aufgrund des Geschlechts angesehen werden und wäre in einem solchen Fall anfechtbar.⁴³⁴ Maßnahmen, die auf Elternschaft Bezug nehmen, sind nur dann diskriminierend, „wenn sich dahinter eine Diskriminierung auf Grund des Geschlechts verbirgt“.⁴³⁵

In der Privatwirtschaft gibt es auf der Grundlage des FamZeitbG im Regelfall keinen Rechtsanspruch auf Familienzeit; sie bedarf einer Vereinbarung mit dem oder der Arbeitgeber_in. Diese_r kann den Antrag ohne Angabe von Gründen ablehnen. Manche Kollektivverträge sehen allerdings ergänzend einen Rechtsanspruch auf eine unbezahlte Dienstfreistellung vor.⁴³⁶ Andere weiten den Geltungsbereich des FamZeitbG aus und schließen damit auch geringfügig Beschäftigte ein.⁴³⁷ Manche dieser kollektivvertraglichen Regelungen bestanden auch schon vor Einführung des FamZeitbG.⁴³⁸ Beispielsweise sieht der Rahmenkollektivvertrag Forschung seit 2010 einen „Papa-Monat“ vor, auf dessen Grundlage

⁴³⁰ ME FamZeitbG 2017, 181/ME 25. GP - Erläuterungen, 3.

⁴³¹ ME FamZeitbG 2017, 181/ME 25. GP - Erläuterungen, 3.

⁴³² ME FamZeitbG 2017, 181/ME 25. GP - Erläuterungen, 3.

⁴³³ Schein in Gerlach 2017, 264.

⁴³⁴ Vgl. Mayr, Arbeitsrecht § 12 GIBG (Stand 1.4.2018, rdb.at), E29, Die Kündigung wegen des Ersuchens um Vereinbarung einer Elternteilzeit stellt eine Diskriminierung aufgrund des Geschlechts dar (OGH 25.10.2016, 8 ObA 63/16x).

⁴³⁵ Windisch-Graetz in Neumayr/Reissner, Zellkomm⁶, § 3 GIBG, Gleichbehandlungsgebot im Zusammenhang mit dem Arbeitsverhältnis, (Stand 1.1.2018, rdb.at) Rn 11.

⁴³⁶ Zum Beispiel: FSW-KV (abgeschlossen zwischen Fonds Soziales Wien und younion _ Die Daseinsgewerkschaft) 2018, 9a. 1. Frühkarenz; KV für die Arbeitnehmer/innen der Telekom Austria Aktiengesellschaft und der gemäß § 17 Abs. 1a PTSG angeschlossenen Tochterunternehmen 2018, § 28b Frühkarenzurlaub; KV für die Arbeitnehmer der Straßengesellschaften in Österreich 2016, VI Urlaub, F. Väterfrühkarenz; 3. § 19a; Kollektivvertrag für die Dienstnehmerinnen und Dienstnehmer der Bundesanstalt Statistik Österreich 2017, § 15 Abs 1 a Karenzurlaub; BARS-KV 2017, § 35 Abs 4 Papa-Monat; Kollektivvertrag für die ArbeitnehmerInnen der Universitäten 2017, Frühkarenz (solange keine wichtigen dienstlichen Interessen entgegenstehen).

⁴³⁷ BABE-KV, Kollektivvertrag für die Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer der privaten Bildungseinrichtungen 2018, § 10b Frühkarenz.

⁴³⁸ NN, „Papa-Monat“ in der Privatwirtschaft, derstandard.at v 28.6.2011, derstandard.at/1308679857713/Heinisch-Hosek-Papa-Monat-in-der-Privatwirtschaft (23.11.2018).

gibt es Betriebsvereinbarungen, wie etwa bei Salzburg Research oder Joanneum Research, die sogar einen bezahlten Sonderurlaub gewähren.⁴³⁹ Dies soll sich ab September 2019 ändern.

4.2.2. Reform des VKG 2019: Der Rechtsanspruch auf den „Baby-Monat“ kommt

Am 2.7.2019 wurde im Nationalrat ein branchenübergreifender Rechtsanspruch auf den sogenannten Baby-Monat beschlossen.⁴⁴⁰ Bereits am 30.1.2019 hatten NR Gabriele Heinisch-Hosek und weitere sozialdemokratische Abgeordnete einen Initiativantrag eingebracht, mit dem ein Rechtsanspruch auf eine Frühkarenz im VKG verankert werden sollte.⁴⁴¹

Entsprechend soll nunmehr ein neuer § 1a VKG eingeführt werden, der einen Anspruch auf Freistellung anlässlich der Geburt eines Kindes enthält. In der Dauer und betreffend die Finanzierung entspricht diese Frühkarenz der Familienzeit. Dem Vater oder zweiten Elternteil stehen somit vier Wochen Freistellung während des achtwöchigen Beschäftigungsverbots der Mutter nach der Geburt zu, diese werden nicht auf die Elternkarenz angerechnet. Als Voraussetzung sieht der Antrag einen gemeinsamen Haushalt mit dem Kind vor.

Neben dem Rechtsanspruch enthält der Entwurf noch eine weitere wesentliche Verbesserung: § 1a Abs 6 VKG sieht einen besonderen Kündigungs- und Entlassungsschutz vor. Dieser beginnt mit der Vorankündigung der Frühkarenz, die drei Monate vor der Geburt zu erfolgen hat. Bei Entfall der Vorankündigung auf Grund einer Frühgeburt beginnt er mit der Meldung des Antrittszeitpunktes. Der Kündigungs- und Entlassungsschutz endet vier Wochen nach dem Ende der Freistellung. Eine Entlassung kann nur nach Zustimmung des Gerichtes ausgesprochen werden. § 12 Abs 2 und 4 MSchG ist anzuwenden, Abs 3 wiederum ausgenommen. Regelung für den Fall einer Adoption enthält § 1a VKG nicht.

4.2.3. Der „Baby-Monat“ im öffentlichen Dienst

Im öffentlichen Dienst wurde bereits 2010 als Maßnahme zur „Stärkung der Väterbeteiligung bei der Kinderbetreuung nach der Geburt“⁴⁴² ein Rechtsanspruch auf Frühkarenzurlaub unter Entfall der Bezüge geschaffen. Es sollte für Väter die Möglichkeit geschaffen werden, einen Karenzurlaub bereits während des Beschäftigungsverbots der Mutter in Anspruch zu nehmen.⁴⁴³ Eine solche Frühkarenz ist in § 75d Beamten-Dienstrechtsgesetz (BDG) 1979, § 29o Vertragsbedienstetengesetz (VBG), § 75f Richter- und Staatsanwaltsdienstgesetz (RStDG), § 58e Landeslehrer-Dienstrechtsgesetz 1984 (LDG) sowie § 65e Land- und forstwirtschaftliches Landeslehrer-Dienstrechtsgesetz 1985 (LLDG) geregelt. Bundesbedienstete und Bedienstete einiger Bundesländer und Gemeinden (derzeit Burgenland, Niederösterreich, Oberösterreich, Steiermark, Tirol, Wien und Vorarlberg⁴⁴⁴)

⁴³⁹ *Freyenschlag*, Forschende Papas auf Babypause, Wiener Zeitung Online v 6.4.2010, www.wienerzeitung.at/themen_channel/wissen/forschung/227416_Forschende-Papas-auf-Babypause.html (23.11.2018).

⁴⁴⁰ Änderung des Väter-Karenzgesetzes und des Landarbeitsgesetzes 1984, BGBl 73/2019.

⁴⁴¹ 576/A 26.GP - Initiativantrag vom 30.1.2019 der Abgeordneten Gabriele Heinisch-Hosek Genossinnen und Genossen betreffend ein Bundesgesetz, mit dem das Väter-Karenzgesetz und das Landarbeitsgesetz 1984 geändert werden soll, https://www.parlament.gv.at/PAKT/VHG/XXVI/A/A_00576/fname_734884.pdf (3.7.2019).

⁴⁴² BKA, Sektion III, Rundschreiben, GZ 920.900/0012-III/5/2010.

⁴⁴³ ErlRV 981 BlgNR 24. GP.

⁴⁴⁴ siehe bspw § 42d Frühkarenz für Väter, Vorarlberger Landesbedienstetengesetz 2000, LGBL.Nr. 30/2012 (1-4 Wochen); § 31a Frühkarenz für Väter, Steiermärkisches Gemeinde-Vertragsbedienstetengesetz 1962, LGBL. Nr. 6/2015; § 56h Frühkarenz für Väter, Steirisches Gemeindebedienstetengesetz 1957, LGBL. Nr. 6/2015.

haben daher Anspruch auf unbezahlte Frühkarenz für maximal vier Wochen während des Mutterschutzes.

Beginn und Dauer des Karenzurlaubes können unter Berücksichtigung wichtiger dienstlicher Erfordernisse innerhalb einer bestimmten Frist frei gewählt werden; frühestens kann die Karenz ab Geburt bzw Kindesannahme angetreten werden und bis längstens zum Ende des Beschäftigungsverbotes der Mutter gemäß § 5 Abs 1 und 2 MSchG andauern. Man kann in diesem Zeitraum auch den Familienzeitbonus beantragen, sofern keine anderen Einkünfte vorliegen. Der Karenzurlaub ist nicht auf die Dauer der Karenz nach dem VKG anzurechnen und verkürzt diese daher nicht.⁴⁴⁵

Ich beschreibe im Folgenden pars pro toto die Regelung des Beamten-Dienstrechtsgesetzes (BDG) etwas ausführlicher, es ist allerdings zu beachten, dass – gerade auf Landesebene – nicht alle Frühkarenzregelungen gleich sind. Insbesondere berücksichtigen nicht alle Landesrechte gleichgeschlechtliche Elternschaft ausdrücklich, wie es im BDG der Fall ist.

Wie im FamZeitbG muss auch im BDG das Erfordernis des gemeinsamen Haushalts mit Mutter und Kind für den Zeitraum des Karenzurlaubes vorliegen. Der oder die beanspruchende Beamte_in muss allerdings nicht selbst Elternteil des Kindes sein, sondern gemäß § 75d Abs 1 BDG nur mit der Mutter des Kindes in einer Lebensgemeinschaft, Ehe oder eingetragenen Partnerschaft leben. § 75d Abs 3 BDG normiert zudem einen Anspruch auf Frühkarenz für Adoptivväter und -mütter. Ebenso ist nach § 75d Abs 2 BDG einem Beamten, der in einer eingetragenen Partnerschaft oder gleichgeschlechtlichen Lebensgemeinschaft lebt, auf sein Ansuchen für den Zeitraum von der Geburt seines Kindes oder des Kindes des Partners bis zur Vollendung des dritten Lebensmonats des Kindes Frühkarenzurlaub zu gewähren, wenn er mit dem Partner und dem Kind im gemeinsamen Haushalt lebt. Der Anspruch auf Frühkarenz für gleichgeschlechtliche Väter ist also gesondert geregelt.⁴⁴⁶ Es ist allerdings fraglich, an welche Konstellationen für gleichgeschlechtliche Väter der Gesetzgeber hier denkt, da eigentlich nur Leihmutterschaft in Frage kommt, diese in Österreich aber nicht erlaubt ist. Auch möglich wäre, dass sich der Vater etwa während der Schwangerschaft von der Mutter getrennt hat und nun das Kind in seiner neuen Beziehung mit einem Mann aufzieht. Da jedenfalls das Beschäftigungsverbot der Mutter als Anknüpfungspunkt für die Zeitspanne des Frühkarenzurlaubes nicht zielführend erschien, wurde, in ungefährender Anlehnung an ein Beschäftigungsverbot der Mutter, der Zeitrahmen von drei Monaten gewählt.⁴⁴⁷

Die Inanspruchnahme eines Frühkarenzurlaubes ist gemäß § 75d Abs 7 BDG pro Person und Kind nur einmal zulässig. Damit sollte ausgeschlossen werden, „dass man für das Kind des Partners einen Frühkarenzurlaub in Anspruch nimmt und dann im Falle der Adoption noch einmal ein Anspruch geltend gemacht werden kann“.⁴⁴⁸

4.2.4. Frühkarenzen bei gleichgeschlechtlicher Elternschaft und Adoption

Die Gleichstellung gleichgeschlechtlicher Elternschaft ist in den letzten Jahren rasant vorangeschritten und lässt sich als „rechtsprechungsinduzierte

⁴⁴⁵ ErlRV 981 BlgNR 24. GP.

⁴⁴⁶ BGBl I 2015/65; Abs 1: BGBl I 2015/164.

⁴⁴⁷ AB 604 BlgNR 25. GP.

⁴⁴⁸ Fellner, BDG § 75d BDG (Stand 1.3.2016, rdb.at).

Entdiskriminierungsdynamik⁴⁴⁹ beschreiben. So fielen etwa das Verbot der Stiefkindadoption für gleichgeschlechtliche Paare,⁴⁵⁰ der Ausschluss lesbischer Paare von medizinisch unterstützter Fortpflanzung,⁴⁵¹ das Verbot der gemeinsamen Adoption für eingetragene Partner_innen⁴⁵² und schließlich das Eheverbot für gleichgeschlechtliche Paare⁴⁵³ allesamt durch höchstgerichtliche Entscheidungen. Zuvor war es den gleichgeschlechtlichen Partner_innen leiblicher Elternteile nur auf Umwegen möglich, als Eltern ihrer sozialen Kinder aufzutreten; sie konnten etwa als Pflegeelternteil Kinderbetreuungsgeld beziehen, soweit die übrigen Voraussetzungen iSd § 184 ABGB vorlagen.⁴⁵⁴ Die Rechtsetzung musste den gesellschaftlichen wie rechtsprechungsindizierten Veränderungen entsprechend nachkommen. So wurde etwa, um „jegliche Diskriminierung gleichgeschlechtlicher Paare zu vermeiden“, der Anspruch auf den „sogenannten ‚Papamonat‘ in einen – den neuen Familienformen entsprechenden – Anspruch auf einen ‚Babymonat‘ umgewandelt“. ⁴⁵⁵

Wie schon beschrieben ist im Bundesdienst seit 2015 die Frühkarenz ausdrücklich auch für gleichgeschlechtliche Eltern geregelt.⁴⁵⁶ Das Familienzeitbonusgesetz gilt selbstverständlich auch für gleichgeschlechtliche Eltern. Die geplante Frühkarenz nach § 1a VKG schließt wie sämtliche Regelungen des VKG gemäß § 1 Abs 1a auch zweite Elternteile ein.

Gleichgeschlechtliche sowie heterosexuelle Adoptiv- und Pflegeeltern sind teilweise zur Beantragung bzw zum Anspruch auf Frühkarenzen berechtigt. Da diese aber häufig an den Mutterschutz anknüpfen, stellen sich in den Fällen, wo kein Elternteil Geburtsmutter ist, einige zusätzliche Fragen, auf die hier eingegangen werden soll. Im Folgenden wird kurz besprochen, wie im Fall gleichgeschlechtlicher Elternschaft MSchG und FamZeitbG bzw Baby-Monat zueinanderstehen und wie FamZeitbG bzw Baby-Monat und VKG anzuwenden sind, wenn zwei Männer gemeinsam ein Kind adoptieren.

Für lesbische Paare, von denen eine die Geburtsmutter ist, unterscheidet sich die Rechtslage für die zweite Mutter nicht von der eines heterosexuellen Vaters. Seit 2015 haben auch gleichgeschlechtliche Paare legal Zugang zu Fortpflanzungsmedizin.⁴⁵⁷ Zweiter Elternteil iSd § 144 Abs 2 ABGB ist seitdem die Frau, die zum Zeitpunkt der Geburt eingetragene Partnerin (oder Ehefrau)⁴⁵⁸ der Mutter des Kindes ist oder die Elternschaft anerkennt. Gemäß § 2 Abs 5 FamZeitbG gilt eine Frau, die gemäß § 144 ABGB Elternteil ist, wortwörtlich *als Vater im Sinne dieses Gesetzes*. Ich benutze der Klarheit halber aber weiterhin den Begriff zweiter Elternteil, obwohl das Mitgemeintsein als Vater eine der schönsten – und auf eine verquere Art auch queersten – Blüten des Mitmeinens ist und die Zurückhaltung des Gesetzgebers anschaulich macht, wenn es darum geht, von einer zweiten Mutter zu sprechen. Für gleichgeschlechtliche Männerpaare gibt es keine vergleichbare Konstellation, da es keine

⁴⁴⁹ Doll/Rössl/Sagmeister, juridikum 2019, 8.

⁴⁵⁰ EGMR 9.2.2013, 19010/07, *X ua/Österreich*; § 197 Abs 4 ABGB idF AdRÄG 2013.

⁴⁵¹ VfGH 10.12.2013, G 16/2013, G 44/2013; Fischer-Czermak, EF-Z 2014, 61.

⁴⁵² VfGH 11.12.2014, G 119-120/2014.

⁴⁵³ VfGH 4.12.2017, G 258-259/2017.

⁴⁵⁴ OGH 21.10.2014, 10 Ob S 68/14v, Steiner, ZAS 2015, 274.

⁴⁵⁵ ErlRV 585 BlgNR 25.GP, 2.

⁴⁵⁶ ErlRV, 585 BlgNR 25. GP, 2.

⁴⁵⁷ VfGH 10.12.2013, G 16/2013, G 44/2013.

⁴⁵⁸ VfGH 4.12.2017, G 258-259/2017.

legale Möglichkeit der fortpflanzungsmedizinisch unterstützten Elternschaft für Männer gibt.⁴⁵⁹

Durch die gemeinsame Fremdkind- sowie die Stiefkindadoption bestehen aber zwei weitere legale Möglichkeiten gleichgeschlechtlicher und insbesondere auch schwuler Elternschaft. Im öffentlichen Dienst wurde dem wie bereits erwähnt entsprochen. Gemäß § 75d BDG besteht ein Rechtsanspruch auf einen unbezahlten Karenzurlaub in der Dauer von bis zu vier Wochen auch für Personen, die in einer gleichgeschlechtlichen Lebensgemeinschaft leben und sich Zeit für Baby und Familie nehmen wollen. Im Zuge der Dienstrechtsreform 2015 wurde der Anspruch auf Adoptivelterne eines bis zu zweijährigen Kindes erstreckt. Die Inanspruchnahme eines Frühkarenzurlaubs nach BDG durch eine Person ist für dasselbe Kind (im Fall von Mehrlingen für dieselben Kinder) nur einmal zulässig. Daraus ergibt sich, wiewohl die Erläuterungen dazu schweigen,⁴⁶⁰ dass im Fall einer Adoption beide Elternteile einen eigenen Anspruch auf Frühkarenz haben.

Auch Familienzeit können Adoptiv- oder Dauerpflegeväter unabhängig vom Geschlecht des anderen Elternteils beantragen, allerdings nur für neugeborene Kinder. Zwar nennt das FamZeitbG die Adoptivmutter nicht ausdrücklich, in den Erläuterungen wird aber klargestellt, dass „gleichgeschlechtliche Adoptiv- oder Dauerpflegemütter, die sich in der Situation eines Adoptiv- oder Dauerpflegevaters befinden“, ⁴⁶¹ diesen gleichgestellt sind.

Zwar wird in den Erläuterungen auch auf die Unterstützung der „unter den Auswirkungen der gerade erfolgten Geburt stehende[n] Partnerin“ ⁴⁶² verwiesen, dieser Zweck steht allerdings als einer neben vielen und ist im Fall einer gemeinsamen Adoption durch ein heterosexuelles Paar ebenso wenig gegeben wie im Fall eines gleichgeschlechtlichen Paares. Warum die Adoptiv- und Pflegemütter nicht im Gesetz genannt werden, ist nicht nachvollziehbar und kann als weiteres Indiz für die doch noch im Werden begriffene Akzeptanz gleichgeschlechtlicher Elternschaft und insbesondere der Möglichkeit zweier Mütter gesehen werden.

Der Familienzeitbonus kann gemäß § 2 Abs 2 FamZeitbG pro Geburt nur einmal bezogen werden. In einer heterosexuellen Partnerschaft zwischen familienzeitberechtigtem Vater und Geburtsmutter befindet sich die Mutter während der Familienzeit im Mutterschutz und bezieht in diesem Zeitraum Wochengeld bzw, falls sie die Erwerbstätigkeitserfordernisse nicht erfüllt, Kinderbetreuungsgeld. Im Fall eines lesbischen Paares, bei dem eine der Frauen die Geburtsmutter ist, ist die Situation dieselbe. Anders sieht es allerdings bei einer Adoption aus, da hier kein Anspruch auf Mutterschutzurlaub und Wochengeld besteht.

Adoptivelterne haben allerdings ab dem Zeitpunkt der Annahme Anspruch auf Karenz nach MSchG oder VKG, sofern sie dem jeweiligen Gesetz unterliegen. Adoptivmütter haben diesen Anspruch nach § 15c MSchG, Adoptiv- oder Pflegeväter nach § 5 VKG. Der Anspruch beginnt mit dem Tag der Kindesannahme, der Übernahme in die Pflege oder im Anschluss an eine Karenz des anderen Elternteils. Die gleichzeitige Karenz beider Eltern ist bis auf einen einmaligen Überlappungsmonat anlässlich des erstmaligen Wechsels der Betreuungsperson

⁴⁵⁹ Flatscher-Thöni/Voithofer/Werner-Felmayer, *juridikum* 2015, 26.

⁴⁶⁰ ErlRV, 585 BlgNR 25. GP.

⁴⁶¹ ME FamZeitbG 2017, 181/ME 25. GP, Erläuterungen, 2.

⁴⁶² ME FamZeitbG 2017, 181/ME 25. GP, Erläuterungen, 1.

nicht zulässig. Folglich könnte jeweils der Adoptivelternteil, der seinen Anspruch auf Karenz nicht unmittelbar ab Annahme des Kindes geltend macht, eine Frühkarenz beantragen. Dadurch kann das Ziel des Gesetzes, nämlich rund um den Zeitpunkt der Aufnahme des Kindes in die Familie gemeinsame Zeit zu ermöglichen, erfüllt werden. Nach dem FamZeitbG sind Adoptiveltern allerdings nur im Fall der Adoption eines neugeborenen Kindes antragsberechtigt.

Ob grundsätzlich *beide* Adoptiveltern Familienzeit beantragen könnten, ist daher vor allem dann relevant, wenn kein Anspruch nach MSchG oder VKG besteht, insbesondere also für freie Dienstnehmer_innen. Zwar stellt sich diese Frage für alle Adoptiveltern, mittelbar hat sie aber für schwule Paare besondere Brisanz, da Adoption für sie der einzig legale Weg der Familiengründung ist. Es ist ausdrücklich geregelt, dass der Familienzeitbonus nur einmal bezogen werden kann. In den Erläuterungen wird dies für gleichgeschlechtliche Väter eigens klargelegt.⁴⁶³ In Zweifelsfällen hat das Vorrecht nach § 2 Abs 5 FamZeitbG derjenige Elternteil, der den Antrag zuerst gestellt hat, sonst derjenige Elternteil, der das Kind im Anspruchszeitraum nicht überwiegend betreut. Ausgeschlossen wird in den Materialien, „dass miteinander verpartnerte Pflegeväter sich den Anspruchszeitraum untereinander aufteilen“.⁴⁶⁴

Ob aber unabhängig vom Bezug des Familienbonus beiden Adoptiveltern die Möglichkeit zur Beantragung einer Freistellung offenstehen würde, lässt sich daraus meines Erachtens nicht vollständig klären. Dass die Familienzeit nicht als individueller Rechtsanspruch jedes (nicht nach MSchG geschützten) Elternteils ausgestaltet wurde, ist auch in dieser Hinsicht bedauerlich. Auch der neue § 1a VKG nimmt nicht auf den Fall einer Adoption, sondern nur auf die Geburt eines Kindes Bezug. Daraus lässt sich schließen, dass bei Adoption kein Rechtsanspruch auf Frühkarenz besteht. Nachdem die Frühkarenz ausdrücklich nicht auf die Elternkarenz angerechnet wird, entgeht Adoptiveltern somit im Vergleich zu Eltern, von denen eine Person das Kind geboren hat, ein Monat Karenzanspruch.

Zusammenfassend kommen im Fall einer Adoption sowohl Ansprüche auf Karenz nach MSchG bzw VKG als auch solche auf Frühkarenz im öffentlichen Dienst und Familienzeit in Betracht. Karenzen stehen bei der gemeinsamen Adoption eines bis zu zweijährigen Kindes beiden Elternteilen zu, jedoch nicht zeitgleich. Anspruch auf Frühkarenz haben nach dem BDG im Fall einer gemeinsamen Adoption beide Eltern. Das ist auch insofern günstig, als die Frühkarenz nicht auf die Dauer der Karenz nach VKG angerechnet wird und eine gleichzeitige Kinderbetreuungszeit beider Eltern ermöglicht. Anders bei der Familienzeit, der Bonus kann unabhängig von der Rechtsgrundlage der Freistellung nur einmal pro Kind beantragt werden, allerdings nur im Fall der Adoption eines Neugeborenen.

Da Kinder aufgrund der langen Verfahrensdauer bei Adoptionen regelmäßig erst dann in der Annahmefamilie ankommen, wenn sie älter als neugeboren sind, wird das Familienzeitbonusgesetz voraussichtlich nur selten auf Adoptionen zur Anwendung kommen.⁴⁶⁵ Insofern sind Adoptiveltern und mittelbar besonders gleichgeschlechtliche Männerpaare, die zur Familiengründung auf Adoption oder Pflegeelternschaft angewiesen sind, benachteiligt, da sie durch die Voraussetzung des Neugeborensseins regelmäßig keine

⁴⁶³ ME FamZeitbG 2017, 181/ME 25. GP, Erläuterungen, 2; Gerhartl, iFamZ 2016, 281.

⁴⁶⁴ ME FamZeitbG 2017, 181/ME 25. GP, Erläuterungen, 3.

⁴⁶⁵ ME FamZeitbG 2017, 181/ME 25. GP, Erläuterungen, 2.

Familienzeit und dadurch nicht diese rechtlich anerkannte gemeinsame Eingewöhnungsphase mit ihrem Kind haben werden. Der geplante § 1a VKG umfasst hingegen Adoptiveltern gar nicht und fällt betreffend die Gleichbehandlung gleichgeschlechtlicher Paare somit hinter die Familienzeit zurück.

4.3. Vergleich der Rechtslage für Geburtsmütter gegenüber anderen Elternteilen: Ausblick in die Theoriekapitel

Anschließend an die Darstellung der geltenden Rechtslage für abhängig beschäftigte Eltern im Zeitraum um die Geburt eines Kindes soll diese nun auf ihre geschlechtsspezifischen Unterschiede hin befragt und verglichen werden. Ein Unterschied ist augenscheinlich der, dass das MSchG nur für Mütter zur Anwendung kommt. Bestimmte Regelungen kommen nur der Geburtsmutter zugute, die Bestimmungen über die Karenz umfassen hingegen auch Adoptiv- und Pflegemütter. Ihr Ausschluss von den Beschäftigungsverboten erklärt sich durch deren Fokus auf den Gesundheitsschutz. Die Karenz dient demgegenüber allein dem Zweck der Kinderbetreuung bzw der Vereinbarkeit von Beruf und Familie, weswegen hier die Einbeziehung sozialer Mütter geboten ist. Das MSchG ist grundsätzlich nur für Frauen relevant, wobei mit Spannung zu erwarten ist, wie hier auf Veränderungen durch Liberalisierungen des Personenstandsgesetzes reagiert werden wird, die es rechtlich möglich machen, dass Trans*Männer Kinder gebären. Die Definition des § 143 ABGB, dass Mutter diejenige *Frau* ist, die ein Kind gebiert, wird dadurch in Frage gestellt. Wie bereits beim Geltungsbereich ausführlicher dargestellt, hatte sich der deutsche Bundesgerichtshof 2017 bereits mit einem solchen Sachverhalt zu befassen, im Ergebnis wurde ein gebärender Trans*Mann entgegen seines Wunsches als Mutter und nicht als Vater seines Kindes eingetragen. Der Bundesgerichtshof argumentierte unter anderem mit der Anwendbarkeit des Mutterschutzes, für die er eine Eintragung als Mutter für notwendig erachtete.⁴⁶⁶ Vor diesem Hintergrund wird deutlich, dass diese Anknüpfung an die Eigenschaft als Mutter Probleme mit sich bringt, die mittels Anknüpfung an die Eigenschaft als schwangere bzw gebärende Person vermieden werden könnten.

Familienzeit und Baby-Monat, sowohl im öffentlichen Dienst als auch in der 2019 beschlossenen Fassung des VKG, sind hingegen vom Geschlecht unabhängig und je nach Familienkonstellation auf Vater oder zweite Mutter anwendbar. Familienzeit und Baby-Monat im öffentlichen Dienst können auch bei Adoption oder Pflegekindschaft vereinbart bzw beansprucht werden, wobei die Familienzeit nur bei der Annahme oder In-Pflege-Nahme neugeborener Kinder zusteht. Der geplante § 1a VKG nimmt hingegen keinen Bezug auf Adoption, was gerade mit Blick auf die Gleichbehandlung gleichgeschlechtlicher Paare bedenklich ist.

Schließlich sind das MSchG sowie das VKG nur auf Arbeitnehmer_innen und dienstnehmerähnliche freie Dienstnehmer_innen anzuwenden, während diese Unterscheidung für das FamZeitbG nicht relevant ist, dort wird auf eine 182-tägige versicherungspflichtige Erwerbstätigkeit abgestellt. Die Baby-Monate des öffentlichen Dienstes gelten entsprechend des jeweiligen Geltungsbereichs. Darüber hinaus besteht in bestimmten Branchen kollektivvertraglich ein Anspruch auf Freistellung.

⁴⁶⁶ Beschluss des XII. Zivilsenats vom 6.9.2017 - XII ZB 660/14, Rn 27.

4.3.1. Obligatorische Zeitvorgaben, Vereinbarung oder Anspruch

Während für (werdende) Geburtsmütter bestimmte Zeitvorgaben obligatorisch sind, steht es Vätern, zweiten Elternteilen sowie Adoptiveltern frei, ob und wie lange sie ihre Erwerbstätigkeit anlässlich einer Geburt oder Kindesannahme und zugunsten der Kinderbetreuung unterbrechen. Im öffentlichen Dienst hat der Vater bzw zweite Elternteil einen Anspruch auf den „Baby-Monat“, in der Privatwirtschaft muss eine etwaige Familienzeit bislang mit dem oder der Arbeitgeber_in vereinbart werden, ab September 2019 ist auch hier ein Rechtsanspruch vorgesehen.

Bei der Familienzeit steht Arbeitnehmer_innen eine Unterbrechung bislang zwar insofern frei, als dass die Freistellung nicht obligatorisch, sondern auf ihr Betreiben hin besteht, sie sich also für oder gegen die Beanspruchung entscheiden können, sie sind aber auf eine Vereinbarung mit dem oder der Arbeitgeber_in angewiesen, um diese Entscheidung in die Tat umzusetzen. Der mangelnde Anspruch auf Familienzeit beschränkt insofern die tatsächliche Wahlfreiheit zweiter Elternteile und Väter, sie ist abhängig von der Zustimmung des oder der Arbeitgeber_in.

Hier wird die neue Frühkarenz als Rechtsanspruch gemäß § 1a VKG eine wesentliche Verbesserung bringen. Was allerdings bleibt, ist die Freiwilligkeit der Geltendmachung des Anspruchs im Vergleich zum obligatorischen Beschäftigungsverbot der Mutter. Ökonomische und soziale Zwänge, gerade hinsichtlich ihrer Geschlechterrolle, können Väter davon abhalten, ihren Anspruch geltend zu machen. Wie wirkmächtig solche Zwänge sind, wird in Kapitel 8 hinsichtlich der im Vergleich zu Müttern äußerst geringen Inanspruchnahme des bereits seit Jahren rechtlich gesicherten Karenzanspruchs durch Väter eingehend diskutiert.

Das MSchG mit seinen obligatorischen Schutzfristen bietet Müttern insofern eine bessere Grundlage zur Vereinbarkeit von Beruf und Familie, lässt ihnen aber auch keine andere Wahl – dennoch sehe ich darin eine Regelung, die Handlungsräume eröffnet, mag sie sie auf den ersten Blick auch verringern: Zwar ist der Mutterschutz nicht disponierbar, die absoluten Beschäftigungsverbote vor und nach der Geburt gelten unabhängig vom Willen der Mutter, sie können aber auch weder von dem oder der Arbeitgeber_in verweigert noch kann der Verzicht auf das Recht aus ökonomischen oder anderen Gründen nahegelegt werden. Insofern bringt der starke Schutzcharakter des MSchG auf den ersten Blick eine Beschränkung der Handlungsmöglichkeiten von Arbeitnehmerinnen mit sich, auf den zweiten Blick erweitert er jedoch die Handlungsmöglichkeiten von Frauen. Auf die Bedeutung zwingenden Arbeitsrechts als Beschränkung oder Erweiterung der Handlungsräume von Arbeitnehmer_innen werde ich im Autonomiekapitel (7) genauer eingehen. Jedenfalls steht fest, dass ohne einen effizienten arbeitsrechtlichen Schutz die Wahl zwischen Kindern und Karriere schnell zur Entweder-oder-Frage wird, was gerade im Vergleich zu Staaten, wo solche Regelungen fehlen, etwa den USA, deutlich wird.⁴⁶⁷ Die überwiegende Zuständigkeit im Hinblick auf die Kinderbetreuung hat auch nach über 100 Jahren Mutterschutz noch massive Auswirkungen auf die Erwerbsbiografien von Frauen.⁴⁶⁸ Mangelt es am arbeitsrechtlichen Schutz von Müttern, führt dies zu einer geringeren Frauenerwerbsarbeitsquote, da es erst Regelungen über die Vereinbarkeit von Mutterschaft

⁴⁶⁷ Vgl. Williams, Work-Family Debate 2010.

⁴⁶⁸ Stelkens, juridikum 2016, 390-392.

und Erwerbsarbeit ermöglichen, beides zu vereinen.⁴⁶⁹ Das MSchG ermöglicht es, die Erwerbsarbeit ohne Angst vor Entlassung oder Kündigung während der letzten Wochen der Schwangerschaft und der ersten Wochen danach zu unterbrechen, Befürchtungen, ob die Geburt einen Karriereknick bedeuten könnte, sind dadurch allerdings längst nicht ausgeräumt. Maßnahmen zur Erhöhung der Frauenerwerbstätigkeit haben mitunter auch den Nebeneffekt, dass Frauen innerhalb der Erwerbsarbeitsphäre auf einem bestimmten Niveau, unter dem der Männer, gehalten werden.⁴⁷⁰ Wird nicht nur auf die Erwerbstätigkeitsquote geblickt, sondern auch auf Aufstiegsmöglichkeiten und Einkommensunterschiede, zeigt sich, dass sich Vereinbarkeitsmaßnahmen auch negativ auf bestimmte Gruppen von Frauen auswirken können.⁴⁷¹ Hier ist ein genauer Blick erforderlich, so sind etwa die negativen Effekte durch die sogenannte gläserne Decke vor allem für hochqualifizierte Frauen spürbar.⁴⁷² Für geringer oder nicht qualifizierte Frauen sind diese Effekte nicht nur weniger erheblich, sie sind teils auch insofern gegensätzlich, als es der Mangel an Maßnahmen gerade diesen Frauen massiv erschweren würde, überhaupt einer Erwerbsarbeit nachzugehen.⁴⁷³ Dabei spielt es vor allem eine Rolle, ob über die Mittel oder Netzwerke verfügt wird, mangelnde rechtliche und staatliche Unterstützung privat ersetzen zu können. Zugespißt heißt das: Während manche wegen stereotyper Vorstellungen von Mutterschaft an die gläserne Decke stoßen, verdanken es andere dem Mutterschutz, dass sie überhaupt erwerbstätig sein können.⁴⁷⁴

Hadas Mandel unterstreicht, dass dies kein Paradox oder Dilemma sei, sondern einander zwei unterschiedliche Indikatoren für Geschlechtergleichheit gegenüberstehen, die nicht nur in unterschiedlichem Zusammenhang zu familienpolitischen Maßnahmen stehen, sondern für unterschiedliche Gruppen von Frauen unterschiedlich relevant sind.⁴⁷⁵ Diese Erkenntnis ist für die Diskussion um das sogenannte „Dilemma der Differenz“⁴⁷⁶ – das in Kapitel 6 ausgeführt wird – äußerst aufschlussreich. Was auf den ersten Blick als Dilemma im Umgang mit Differenzen erscheint, wird durch den genauen Blick auf ebendiese Differenzen entwirrbarer. Der Mutterschutz ist ein typisches Beispiel für ein gruppenspezifisches Recht, dem auch vorgeworfen wird, durch die alleinige Adressierung von Frauen stereotypische Differenzen zu reproduzieren. Dieser Gedanke wird weiter unten noch einmal aufgegriffen und stärker theoretisiert, um schließlich auch Alternativen vorzuschlagen. Hier soll zunächst nur festgestellt werden, dass ein intersektional reflektierter Blick auf die Effekte von Gleichbehandlungsmaßnahmen geboten ist. Die Einbußen an Entscheidungsmöglichkeiten durch den obligatorischen Mutterschutz sind jedenfalls im Verhältnis dazu zu beurteilen, wie sich die Handlungs- und Entscheidungskompetenzen ohne diesen gestalten würden, und hier sind Frauen je nach ihrer sozioökonomischen Position unterschiedlich aufgestellt.

Während es sich beim Mutterschutz in Österreich um zwingende Normen handelt, sind die Frühkarenzregelungen für zweite Elternteile freiwillig. Im öffentlichen Dienst ist der „Baby-Monat“ als Anspruch ausgestaltet, das FamZeitbG bot hingegen bis 2019, soweit nicht

⁴⁶⁹ Vgl. *Mandel, Community, Work & Family* 2011.

⁴⁷⁰ *Mandel, Community, Work & Family* 2011, 170.

⁴⁷¹ *Mandel, European Sociological Review* 2012, 242.

⁴⁷² *Mandel, Community, Work & Family* 2011, 160.

⁴⁷³ *Mandel, Community, Work & Family* 2011, 160.

⁴⁷⁴ *Mandel, Community, Work & Family* 2011, 162.

⁴⁷⁵ *Mandel, Community, Work & Family* 2011, 170.

⁴⁷⁶ Vgl. *Minow, Harvard Law Review* 1987, 12.

kollektivvertraglich anders geregelt, nur eine Grundlage für Verhandlungen. Dies bedeutet zweierlei. Zum einen ist der Schutz schwächer ausgeprägt: Arbeitgeber_innen sind nicht verpflichtet, zweite Elternteile und Väter im Zeitraum um die Geburt freizustellen. Dem ist mit der kürzlich beschlossenen Verankerung eines Anspruchs auf Freistellung im VKG Abhilfe geboten.⁴⁷⁷ Zum anderen ist aber eben auch für den Elternteil die Unterbrechung der Erwerbsarbeit nicht obligatorisch, er entscheidet sich dafür oder auch dagegen.

Selbstverständlich besteht diese Freiwilligkeit nur eingeschränkt, was bei der alten Regelung des FamZeitbG besonders drastisch war: Bei Vereinbarungen zwischen Arbeitgeber_in und Arbeitnehmer_in spielt das Machtverhältnis, in dem sie sich befinden, immer eine Rolle.

Mitunter kann es schwer sein, eine solche Vereinbarung zu erzielen. Diese Form der Freiwilligkeit wird insofern durch die Neuregelung als Anspruch erweitert.

Dabei erscheint der als Anspruch ausgestaltete Baby-Monat für den oder die Arbeitnehmer_in auf den ersten Blick ideal: Die Entscheidung steht frei, gegebenenfalls ist die Freistellung aber zu gewähren. Allerdings müssen auch hier Bedenken eingeräumt werden, dass sich ökonomische Zwänge, Unternehmenskultur und Geschlechternormen ganz wesentlich auf die Inanspruchnahme auswirken. Die Tatsache, dass die Väterfrühkarenz bzw Familienzeit weiterhin freiwillig ist, zeigt zudem, dass der Gesetzgeber es für das Wohl des Kindes nicht für gleichermaßen notwendig erachtet, dass der Vater seine Berufstätigkeit zurückstellt, um Zeit mit dem Kind zu verbringen, wie das bei der Mutter der Fall ist.⁴⁷⁸ Solange das MSchG dafür sorgt, dass die (anspruchsberechtigte) Mutter in den ersten Monaten beim Kind ist, ist dessen Betreuung auch tatsächlich ohne Freistellung des Vaters gewährleistet.

4.3.2. Finanzierung

Sowohl bei der Familienzeit als auch beim Baby-Monat bleibt es eine finanzielle Frage, ob es sich die Eltern leisten können, auf das Gehalt des zweiten Elternteils zu verzichten. Ein weiterer Unterschied zwischen Mutterschutz und Frühkarenz betrifft die finanzielle Unterstützung für Eltern in diesen Zeiten. Das Wochengeld steht der Mutter in Höhe des Einkommens der letzten 13 Wochen vor dem Beschäftigungsverbot zu. Diese Gestaltung als Einkommensersatz erlaubt es der Mutter, ihren gewohnten Lebensstandard aufrechtzuhalten. Während die Mutter ein einkommensabhängiges Wochengeld als Versicherungsleistung erhält, kann der zweite Elternteil nur den Familienbonus in Höhe von rund 700 € beantragen. Ist kein Vermögen vorhanden und/oder das Wochengeld der Mutter nicht ausreichend hoch, so kann der Einkommensentfall während des Baby-Monats eine finanzielle Hürde darstellen. Dies ist gerade dann der Fall, wenn die Mutter vor der Geburt nicht (ausreichend) erwerbstätig war bzw nicht ausreichend verdient hat, also entweder kein oder nur ein geringes Wochengeld bezieht. Zwar steht ihr in einem solchen Fall anstelle des Wochengeldes Kindergeld zu, dieses kann aber das Einkommen des zweiten Elternteils nicht ersetzen. Wenn etwa der Vater 2000 € im Monat verdient, die Mutter in Teilzeit beschäftigt war und 1000 € monatliches Wochengeld bezieht, so wäre das Monatseinkommen während der Familienzeit von 3000 € auf 1700 € reduziert. So entsteht mitunter ein Teufelskreis: Gerade weil die Frau bisher weniger verdient hat als der Mann, rentiert es sich nicht oder ist es im

⁴⁷⁷ 576/A 26.GP - Initiativantrag vom 30.01.2019 der Abgeordneten Gabriele Heinisch-Hosek Genossinnen und Genossen betreffend ein Bundesgesetz, mit dem das Väter-Karenzgesetz und das Landarbeitsgesetz 1984 geändert werden soll, www.parlament.gv.at/PAKT/VHG/XXVI/A/A_00576/fname_734884.pdf (3.7.2019).

⁴⁷⁸ Ich danke Jutta Rozinski für diesen Denkanstoß.

schlimmsten Fall nicht leistbar, dass der Vater Familienzeit nimmt. Bei Alleinverdienerhaushalten ist die Abhängigkeit vom Einkommen des Vaters logisch noch höher. Der Anreiz, sich in der Folge mehr in die Kinderbetreuung einzubringen, den die Familienzeit für Väter bilden soll, kann sich also gerade da, wo die Aufgabenteilung schon vor der Geburt „traditionell“ war, nicht entfalten. Freilich spielt aber auch das Vermögen der Familie dabei eine große Rolle.

4.3.3. Kündigungs- und Entlassungsschutz

Wesentlich für die Frage der Entscheidungsmöglichkeiten ist auch der Schutz des Arbeitsplatzes. Wenn aufgrund der Beanspruchung von Elternrechten um den Arbeitsplatz geangst werden muss, beschränkt dies die Entscheidungsfreiheit. Für den Mutterschutz ist es unerlässlich, dass die Beschäftigungsverbote von einem Kündigungsschutz flankiert sind, dies hat auch die historische Betrachtung gezeigt. In Österreich erstreckt sich der Kündigungsschutz vom Beginn der Schwangerschaft bis vier Monate nach der Entbindung. Für die Familienzeit ist demgegenüber kein besonderer Kündigungsschutz vorgesehen. Eine Kündigungsanfechtung ist wie erwähnt unter Umständen möglich, allerdings liegt die Prozessinitiative bei dem oder der anfechtenden Arbeitnehmer_in. Hier stellt die Verankerung der Frühkarenz im VKG in der 2019 beschlossenen Fassung einen ganz wesentlichen Fortschritt dar, indem sie auch Vätern bzw zweiten Elternteilen einen besonderen Kündigungsschutz gewährt.

4.3.4. Zeitraum und Dauer

Weiter unterscheiden sich Mutterschutz und Frühkarenzen in der zeitlichen Ausgestaltung. Der offensichtlichste Unterschied ist, dass der Mutterschutz bereits vor der Geburt beginnt, während die Frühkarenz ab der Geburt genommen werden kann. Dieser Unterschied rechtfertigt sich aus dem Umstand der Schwangerschaft. Für werdende Mütter ist das Beschäftigungsverbot aufgrund möglicher Gefährdungen für das Leben und/oder die Gesundheit von Mutter oder Kind geboten.⁴⁷⁹ Im Gegensatz zur Geburtsmutter liegen für zweite Elternteile und Väter keine körperlichen Gründe für Frühkarenz oder Familienzeit vor. Die Erläuterungen zum FamZeitbG nennen allerdings die Unterstützung der Mutter als einen der Gesetzeszwecke.⁴⁸⁰ In diesem Sinne wäre zumindest Flexibilität bei der Wahl des Zeitraums zielführend, um diese Unterstützung auch (in den Tagen unmittelbar) vor der Geburt zu ermöglichen.

Nach der Niederkunft erstreckt sich der Mutterschutz auf acht bis zwölf Wochen, das entspricht 56–84 Tagen. Die Familienzeit bzw die Frühkarenz umfasst 28-31 Tage. Auch hier unterscheiden sich die beiden Institute, der nachgeburtliche Mutterschutz ist doppelt so lang wie die Familienzeit. Auch für den Zeitraum nach der Entbindung stehen laut Erläuterungen zum MSchG körperliche Überlegungen im Vordergrund, es wird auf etwaige Arbeitsunfähigkeit sowie geminderte Leistungsfähigkeit nach der Geburt hingewiesen.⁴⁸¹ Die Betreuung des Säuglings wird nicht ausdrücklich genannt, ist aber, wie gezeigt, jedenfalls auch Zweck hinter dem Beschäftigungsverbot.

⁴⁷⁹ ErlRV zum MSchG 1957, 197 BlgNR 8. GP (gescanntes Original), 26.2.1957, 11.

⁴⁸⁰ ME FamZeitbG 2017, 181/ME 25. GP, Erläuterungen, 1.

⁴⁸¹ ErlRV zum MSchG 1957, 197 BlgNR 8. GP (gescanntes Original), 26.2.1957, 12.

Die Frage nach dem ausreichenden Maß an Sorge für das Kind betrifft grundsätzlich zweite Elternteile bzw Väter ebenso wie Mütter. Durch die geltende Rechtslage ist die Versorgung des Kindes freilich durch das Beschäftigungsverbot der Mutter gewährleistet. Zugleich ist diese eben nicht vorrangiger Zweck des Beschäftigungsverbots und die gesundheitliche Schonung der Mutter könnte durch die zusätzliche Anwesenheit des zweiten Elternteils sogar gefördert werden. Die Freistellung von der Erwerbsarbeitstätigkeit als ausreichende Schonung anzusehen, vernachlässigt zudem, dass die Pflege eines neugeborenen Kindes Arbeit bedeutet.

4.3.5. Fazit des Vergleichs

Zusammenfassend lässt sich feststellen, dass es die Gestaltung des Mutterschutzes als obligatorisches Beschäftigungsverbot bei einkommensabhängigem Wochengeld und mit besonderem Kündigungsschutz Frauen weitestgehend ermöglicht, die Geburt eines Kindes mit ihrer Erwerbsarbeit zu vereinbaren. In diesen drei wesentlichen Punkten unterscheidet sich diese Regelung bislang aber auch von jenen für Väter bzw zweite Elternteile. Die Ausgestaltung als unbezahlte Freistellung unter Gewährung eines geringen pauschalen Entgelts rückt die Familienzeit eher in Richtung einer besonderen Annehmlichkeit als einer Notwendigkeit. Im ersten Jahr nach seiner Einführung haben 6.070 Personen einen Antrag auf Familienzeitbonus gestellt, 163 Anträge wurden abgelehnt, das heißt 5.907 Personen haben den Baby-Monat tatsächlich in Anspruch genommen. Darunter waren 20 Frauen, unter den abgelehnten Anträgen befanden sich keine von Frauen.⁴⁸² In diesem ersten Jahr wurden allerdings rund 94.500 Kinder geboren.⁴⁸³ Das heißt, in nur 6,25 % der Fälle war der Vater oder zweite Elternteil in Familienzeit. Damit ist die Beteiligungsrate ähnlich niedrig wie beim Kinderbetreuungsgeldbezug.⁴⁸⁴ Ausschlaggebend für eine höhere Beteiligung von Männern an der Kinderbetreuungsarbeit sind laut vergleichenden Studien Lohnersatz, flexible Inanspruchnahmemöglichkeiten und das Bestehen individueller Rechtsansprüche für Väter.⁴⁸⁵ Die Familienzeit kommt gerade diesen Anforderungen nicht nach, weswegen die geringe Inanspruchnahme wenig überrascht. Die Neuregelung der Väterfrühkarenzen in § 1a VKG bringt einen Rechtsanspruch auf Freistellung, was bereits eine wesentliche Verbesserung bedeutete, nicht zuletzt in Kombination mit dem vorgesehenen Kündigungsschutz. Die schwache Finanzierung bleibt allerdings ein Hindernis, auch die geringe Flexibilität wurde in der beschließenden Nationalratssitzung bemängelt.⁴⁸⁶

Die Erwerbsunterbrechung der Mutter in Gestalt des 16-wöchigen, einkommensabhängig vergüteten Beschäftigungsverbots sorgt hingegen verlässlich dafür, dass die Mutter in den ersten Monaten der Kinderbetreuung nachkommen kann, und wirkt insofern auch

⁴⁸² 921/AB Anfragebeantwortung vom 18.7.2018 zu 933/J vom 18.5.2018, 26. GP, Anfrage der Abgeordneten Michael Bernhard, Kolleginnen und Kollegen an die Bundesministerin für Frauen, Familien und Jugend betreffend Familienzeitbonus (NEOS),

www.parlament.gv.at/PAKT/VHG/XXVI/AB/AB_00921/imfname_704926.pdf (23.11.2018).

⁴⁸³ 921/AB Anfragebeantwortung vom 18.7.2018 zu 933/J vom 18.5.2018, 26. GP, Anfrage der Abgeordneten Michael Bernhard, Kolleginnen und Kollegen an die Bundesministerin für Frauen, Familien und Jugend betreffend Familienzeitbonus (NEOS),

www.parlament.gv.at/PAKT/VHG/XXVI/AB/AB_00921/imfname_704926.pdf (23.11.2018).

⁴⁸⁴ ErlRV, 585 BlgNR 25. GP, 2, zu § 75d BDG 1979, § 29o VBG, § 75f RStDG, § 58e LDG 1984 und § 65e LLDG 1985.

⁴⁸⁵ Vgl Schein in Gerlach 2017.

⁴⁸⁶ Parlamentskorrespondenz Nr. 757 vom 2.7.2019,

www.parlament.gv.at/PAKT/PR/JAHR_2019/PK0757/index.shtml (4.7.2019).

unabkömmlich für das Wohl des Kindes; die Anwesenheit des Vaters erscheint dagegen als eine Art besondere Zusatzleistung. Sie ist durch ihre schwächere rechtliche Form auf der individuellen Ebene auch tatsächlich eine schlechtere Grundlage für eine Entscheidung zur Erwerbsarbeitsunterbrechung.

Den hier nur angedeuteten Überlegungen darüber, welche Rechtsform im Kontext des von einem Machtungleichgewicht charakterisierten Arbeitsverhältnis die geeignetste ist, um Eltern bei Entscheidungen über die Unterbrechung der Erwerbsarbeit zu Kinderbetreuungszwecken und über die Aufteilung solcher Zeiten zu unterstützen, werden an späterer Stelle mehr Platz eingeräumt. Zunächst sollten hier nur die Unterschiede, die MSchG, VKG und die Frühkarenzen in diesem Bereich, teilweise geschlechtsspezifisch, aufweisen, aufgezeigt werden. Bevor ich mich der Frage nach der Ermöglichung von Autonomie in Kapitel 7 näher widmen und für eine Angleichung der Rechtslage von Männern und Frauen, Geburtsmüttern und sozialen Eltern argumentieren kann, muss zunächst noch Fragen von Gleichheit und Differenz genügend Platz eingeräumt werden. Dieser Komplex bietet wichtige Anstöße, sowohl dahingehend, was die rechtliche Differenzierung zwischen genannten Personen angeht, als auch hinsichtlich ihrer Gleichbehandlung.

5. Mutter- und Elternschutz im Lichte der Gleichbehandlung

Wie gezeigt werden Mütter und Väter bzw Geburtsmütter und andere Elternteile im österreichischen Recht unterschiedlich behandelt. Diese Ungleichbehandlung rechtfertigt sich teilweise durch die in den vorangegangenen Kapiteln dargestellten Zwecke des Mutterschutzes. Der Blick auf die historische Geburtsstunde des Mutterschutzes im Kontext der desaströsen Arbeitsbedingungen um die Jahrhundertwende hat gezeigt, wie wichtig der Schutz von Schwangeren und Wöchnerinnen ist. Auf dem starken Fundament dieser erkämpften Rechte aufbauend, geht es in der jüngeren Vergangenheit vermehrt um die Erweiterung von Elternrechten über den Kreis der Geburtsmütter hinaus. Dabei steht nun weniger der Gesundheitsschutz als die Vereinbarung von Erwerbs- und Familienleben und die Förderung von Geschlechtergleichheit im Zentrum. Ein verändertes, materielles, Verständnis von Gleichheit hat Fragen des Umgangs mit Differenz im Recht komplizierter gemacht: Dürfen wir Frauen als Mütter anders behandeln als Männer als Väter? Ist eine solche Ungleichbehandlung als Förderungsmaßnahme sogar geboten? Oder gilt es, Männer gezielt als Eltern zu adressieren, um die ungleiche Verteilung von Arbeit aufzubrechen?

Anhand der Rechtsprechung des EuGH lässt sich die zunehmende Erstreckung von Elternschutzrechten auf Väter nachzeichnen. Um diese nachvollziehbar zu machen, werde ich in diesem Kapitel zunächst den europarechtlichen Rahmen darstellen und anschließend in theoretische Überlegungen zu Gleichheit und Differenz überleiten. Entsprechend liegt auch bei der folgenden Darstellung der Rechtsprechung der Fokus auf Fragen der Gleichheit. Die ausgewählten Verfahren betreffen die Vereinbarkeit besonderer Regelungen für Frauen im Kontext von Kindererziehung mit der Gleichbehandlungs- sowie mit der Elternurlaubsrichtlinie.⁴⁸⁷ Die Kläger_innen sind in den meisten Fällen Väter, die gerne eine

⁴⁸⁷ Richtlinie 2006/54/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 5.7.2006 zur Verwirklichung des Grundsatzes der Chancengleichheit und Gleichbehandlung von Männern und Frauen in Arbeits- und Beschäftigungsfragen, ABl L 204/23 (Neufassung der Richtlinie des Rates vom 9.2.1976, ABl L 39/40, im

Maßnahme in Anspruch nehmen wollten, die zum betreffenden Zeitpunkt Müttern vorbehalten war. Das Augenmerk liegt hier auf der Beurteilung von Regelungen als Maßnahmen zum „Schutz der Frau insbesondere bei Schwangerschaft und Mutterschaft“ oder als „positive Maßnahmen“ und dem zugrundeliegenden Verständnis von Gleichheit. Es soll einerseits durchaus eine historische Entwicklung nachvollziehbar werden, zentral ist andererseits aber auch das Herausschälen von Argumentationen, die für Überlegungen zu Fragen von Gleichheit und Autonomie anschlussfähig sind. Sowohl das Rechtsinstitut des Mutterschutzes wie auch positive Maßnahmen ermöglichen die Vereinbarkeit bestimmter Ungleichbehandlungen mit der Gleichbehandlungs-RL; aus unterschiedlichen, doch beidseitig an ein substantielles Verständnis von Gleichheit anknüpfenden Überlegungen heraus.

Die Ausweitung von ursprünglich an Mutterschaft anknüpfenden Rechten auf Väter kann dem Ziel der Gleichstellung in zweierlei Hinsicht dienen; sie ist im Lichte der Gleichbehandlung von Männern und Frauen in ihrer Elterneigenschaft, aber auch als mögliche Entlastung von Frauen durch die Übernahme von Elternaufgaben durch Männer zu betrachten. Sie kann zu einem Umdenken bezüglich typischer Männer- und Frauenarbeiten und Geschlechterstereotypen sowie im besten Fall zu einer tatsächlichen Umverteilung vergeschlechtlichter Arbeit führen.

Einige zentrale Urteile des EuGH zu Mutterschutzmaßnahmen – *Hofmann*, *Boyle*, *Montull* und *Roca Álvarez* – wurden bereits in Kapitel 3 besprochen, um die Zwecke des Mutterschutzes zu erarbeiten. Auf manche dieser Fälle wird an dieser Stelle noch einmal verwiesen werden, wobei sie aus einer anderen Perspektive, nämlich als Stationen einer nicht immer linearen Entwicklung hin zu stärkeren Elternrechten für Väter, beleuchtet werden.

5.1. Mutterschutz und positive Maßnahmen – (Keine) Ausnahmen vom Gleichbehandlungsgebot?

Das Gebot der Gleichbehandlung sowie Diskriminierungsverbote haben im europäischen Recht eine zentrale Stellung. Schon in Art 2 EUV werden sie als zentrale Werte proklamiert, die Grundrechtecharta enthält in Art 20, 21 sowie 23 Bestimmung zur Bekämpfung sozialer Ausgrenzung und Diskriminierung sowie zur Gleichstellung von Mann und Frau.⁴⁸⁸

Art 8 AEUV verpflichtet die Union zur Förderung der Gleichstellung, Art 10 enthält ein Diskriminierungsverbot. Art 157 AEUV stellt auf die Lohngleichheit ab und enthält in Abs 4 die Grundlage für positive Maßnahmen, indem er es erlaubt, Maßnahmen zur „effektive[n] Gewährleistung der vollen Gleichstellung von Männern und Frauen im Arbeitsleben“ zu beschließen. Auf die Genese der speziellen Richtlinien im Zusammenhang mit Mutterschaft sowie Elternschaft wurde bereits oben eingegangen. Im Zuge der Besprechung der Geschichte und der Zwecke wurde auch deren wesentlicher Inhalt skizziert. An dieser Stelle geht es nun um die besonderen Rechte von Frauen bei Schwangerschaft, Geburt und Mutterschaft im Kontext der Gleichbehandlung.

Ausnahmen vom Gleichbehandlungsgebot sind im europäischen Recht unter verschiedenen Umständen rechtfertigbar, etwa wenn sie mit bestimmten beruflichen Anforderungen im

Beitrag wird tw auch auf die Altfassung verwiesen); Richtlinie 2010/18/EU des Rates vom 8.3.2010 zur Durchführung der von BUSINESSEUROPE, UEAPME, CEEP und EGB geschlossenen überarbeiteten Rahmenvereinbarung über den Elternurlaub und zur Aufhebung der Richtlinie 96/34/EG, ABl L 68/13.

⁴⁸⁸ Holzleithner in Scherr et al 2017, 212.

Einklang sind⁴⁸⁹ oder aufgrund der Generalklausel der Rahmenrichtlinie zur Beschäftigung zum Schutz der Gesundheit, der öffentlichen Sicherheit und der Rechte anderer.⁴⁹⁰ Für die Frage der Elternschaft sind vor allem Maßnahmen zum „Schutz der Frau, insbesondere bei Schwangerschaft und Mutterschaft“ (Art 28 Gleichbehandlungs-RL) und „positive Maßnahmen“ zur Bekämpfung faktischer Ungleichheit (Art 3 Gleichbehandlungs-RL) relevant. Ähnlich unterscheidet auch die CEDAW-Konvention in Art 4 zwischen positiven Maßnahmen und Mutterschutzmaßnahmen, beide stellen zwar eine Ungleichbehandlung, aber keine Diskriminierung dar.⁴⁹¹

Art 28 Gleichbehandlungs-RL kann einerseits als „Ausnahmetatbestand“ angesehen werden, der zugunsten von Frauen besondere Maßnahmen erlaubt, „auch wenn hierdurch Männer unmittelbar diskriminiert werden“.⁴⁹² Frauen befinden sich während der Schwangerschaft und der Wöchnerinnenschaft in „einer besonderen Situation, die verlangt, dass ihnen besondere[r] Schutz gewährt wird“.⁴⁹³ Diese besondere Situation stellt eine Rechtfertigung für die Einräumung von Sonderpositionen dar.⁴⁹⁴ Allerdings ist darin nicht unbedingt eine Ausnahme vom Gleichbehandlungsgebot zu sehen. Ich möchte hier auf die Ausführungen von *Pöschl* verweisen, die zwar auf den österreichischen Gleichheitssatz bezogen sind, aber an dieser Stelle ganz grundsätzliche Überlegungen zum Gleichheitsverständnis europäischer Prägung enthalten. Der Gleichheitssatz ordne nicht an, alle Menschen gleich *zu behandeln*, sondern legt fest, dass alle Staatsbürger_innen vor dem Gesetz *gleich sind*.⁴⁹⁵ *Pöschl* räumt ein, dass diese Aussage „unübersehbar in einem Gegensatz zu der Tatsache, dass sich die Menschen in der Realität in unendlich vielen Gesichtspunkten voneinander unterscheiden“, ⁴⁹⁶ steht. Das Postulat ihrer Gleichheit kann insofern nur bedeuten, dass sie „als Person gleichwertig sind – trotz oder gerade aufgrund der Unterschiede, die im Tatsächlichen zwischen ihnen bestehen“.⁴⁹⁷ Ist diese Gleichwertigkeit trotz Unterschiedlichkeit „die zentrale Aussage und innere Begründung des Gleichheitssatzes, dann zwingt nichts mehr zur Annahme, dass dieser Anspruch nur durch eine Gleichbehandlung erfüllt werden könnte, im Gegenteil: Auch eine schematische Gleichbehandlung kann [...] dazu führen, dass Rechtsunterworfenen aufgrund ihrer speziellen Ausgangslage im Ergebnis von den Vorteilen einer Norm ausgeschlossen bleiben oder dass sie die durch diese Norm angedrohten Nachteile anders als alle anderen

⁴⁸⁹ Holzleithner in Scherr et al 2017, 224-226.

⁴⁹⁰ Holzleithner in Scherr et al 2017, 226 mVa Art 2 Abs 5 Richtlinie 2000/78/EG des Rates vom 27.11.2000 zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf, L 303/16.

⁴⁹¹ CEDAW Art 4. 1. Vorübergehende Sondermaßnahmen der Vertragsstaaten zur beschleunigten Herbeiführung der De-facto-Gleichberechtigung von Mann und Frau gelten nicht als Diskriminierung im Sinne dieser Konvention, dürfen aber keinesfalls die Beibehaltung ungleicher oder gesonderter Maßstäbe zur Folge haben; diese Maßnahmen sind aufzuheben, sobald die Ziele der Chancengleichheit und Gleichbehandlung erreicht sind. 2. Sondermaßnahmen der Vertragsstaaten zum Schutz der Mutterschaft, einschließlich der in dieser Konvention angeführten Maßnahmen, gelten nicht als Diskriminierung.

⁴⁹² Mohr in Franzen/Gallner/Oetker, Kommentar zum europäischen Arbeitsrecht², Art 28 RL 2006/54/EG 600, Rn 2.

⁴⁹³ EuGH 13.2.1996, C-342/93, Gillespie, Rn 17.

⁴⁹⁴ Mohr in Franzen/Gallner/Oetker, Kommentar zum europäischen Arbeitsrecht², Art 28 RL 2006/54/EG 600, Rn 2-3; Risak in Franzen/Gallner/Oetker, Kommentar zum europäischen Arbeitsrecht², Art 1 RL 92/85/EWG 440, Rn 3 mVa EuGH 12.7.1984, Rs 184/83, Hofmann ECLI:EU:C:1984:273, Rn 25.

⁴⁹⁵ Pöschl, Gleichheit 2008, 162.

⁴⁹⁶ Pöschl, Gleichheit 2008, 162.

⁴⁹⁷ Pöschl, Gleichheit 2008, 162.

Rechtsunterworfenen nicht oder nur unter unzumutbaren Anstrengungen abwenden können.“⁴⁹⁸

In diesem Sinn ist die Berücksichtigung besonderer Umstände keine Ausnahme vom Gleichheitsgebot, sondern ganz im Gegenteil sogar durch dieses geboten. Im Fall rein formaler Gleichbehandlung würden Menschen „in ihrer Eigenheit ignoriert und damit gerade nicht als Gleichwertige behandelt, sondern so, als gäbe es sie nicht“. ⁴⁹⁹ Besondere Rechte für Frauen in ihrer Eigenschaft als Schwangere und Wöchnerinnen können als exemplarisch dafür gelten, dass rein formelle Gleichbehandlung manchmal eben nicht ausreicht, um Menschen in ihrer gleichwertigen Unterschiedlichkeit anzuerkennen und im demokratischen Gleichheitsdenken daher von Grund auf Raum für die Einräumung solcher besonderen Rechte ist. Mutterschutzmaßnahmen können daher „nicht als Ausnahme vom Grundsatz der Gleichbehandlung bezeichnet werden, da sie vielmehr dazu dienen, die materielle Wirksamkeit des Grundsatzes der Gleichbehandlung zu gewährleisten, indem sie die zu seiner Verwirklichung erforderliche ‚Ungleichheit‘ zulassen. Es handelt sich letztlich um Fälle, in denen zum Schutz der Arbeitnehmerinnen eine andere Behandlung zulässig oder geboten ist, um eine materielle Gleichbehandlung zu erreichen und keine formale, die das Gegenteil von Gleichheit darstellen würde.“⁵⁰⁰

Aus diesem Zweck ergibt sich auch, dass „mit Rücksicht auf die Mutterschaft, also zum Schutz der Frauen erlaubte ‚Diskriminierungen‘ nicht in einer Weise durchgeführt werden dürfen, die sie vom Arbeitsmarkt ausschließen“. ⁵⁰¹ Insbesondere dürfen die Schutzrechte aus dem Mutterschutz zu keinen Nachteilen für Frauen führen. ⁵⁰² „Die materielle Gleichheit von Mann und Frau in der Arbeitswelt erfordert nämlich, daß eine Tatsache, die – definitionsgemäß – nur die Frauen betrifft, nicht berücksichtigt wird, auch nicht im Hinblick auf den Zeitpunkt des Zugangs zur Arbeit. Und, es sei nochmals gesagt, es wäre paradox, wenn die Anerkennung der sozialen Funktion der Mutterschaft und der daraus folgende Schutz der Schwangeren umgekehrt zu deren Ausschluß vom Arbeitsmarkt führen würde.“⁵⁰³ Heute ist die Beschränkung des Gesundheitsschutzes im Kontext von Schwangerschaft und Geburt auf Frauen nicht mehr gar so „definitionsgemäß“, wie am Beispiel von Trans*Elternschaft bereits diskutiert wurde, der Appell, dass durch Schutzrechte keine neuerlichen Nachteile für die Geschützten erwachsen mögen, bleibt freilich aktuell.

Auch für positive Maßnahmen wird in der Literatur betont, dass es sich nicht um Ausnahmen vom Gleichbehandlungsgebot handelt, sondern sie ganz fundamental für dessen Gewährleistung sind. ⁵⁰⁴ In den Erwägungen zur Gleichbehandlungs-RL heißt es, dass positive Maßnahmen vor allem darauf zielen sollen, die Lage der Frauen im Arbeitsleben zu verbessern. ⁵⁰⁵ Sie reagieren auf die Problematik, dass „formal gleiche Rechte in einer

⁴⁹⁸ Pöschl, Gleichheit 2008, 162-163.

⁴⁹⁹ Pöschl, Gleichheit 2008, 163.

⁵⁰⁰ GA Tesauro, Schlussanträge zu EuGH, 5.5.1994, *Habermann-Beltermann*, C-421/92, I-01657, Rn 11.

⁵⁰¹ GA Tesauro, Schlussanträge zu EuGH, 5.5.1994, *Habermann-Beltermann*, C-421/92, I-01657, Rn 11.

⁵⁰² Mohr in Franzen/Gallner/Oetker, Kommentar zum europäischen Arbeitsrecht², Art 29 RL 2006/54/EG 600, Rn 3.

⁵⁰³ GA Tesauro, Schlussanträge zu EuGH, 5.5.1994, *Habermann-Beltermann*, C-421/92, I-01657, Rn 11.

⁵⁰⁴ Holzleithner in Scherr et al 2017, 230.

⁵⁰⁵ RL 2006/54/EG, ErwGr 22.

inegalitären Gesellschaft eben nicht alle in real gleicher Weise berechtigen“.⁵⁰⁶ Im Sinne eines materiellen Verständnisses von Gleichheit bedarf die Bekämpfung faktischer Ungleichheiten mitunter Maßnahmen, wie etwa Quotenregelungen, die über formelle Gleichbehandlung hinausgehen, um unterschiedliche Ausgangslagen aufzuwägen und so das Ziel wirklicher Gleichheit zu erreichen.

5.2. Diskriminierung als Schwangere und Mutter oder als Frau?

Jede Diskriminierung aufgrund von Schwangerschaft oder Mutterschutzurlaub gilt gemäß Art 2 Abs 2 lit c und Art 9 lit g Gleichbehandlungs-RL als unmittelbare Diskriminierung aufgrund des Geschlechts. Dies umfasst Diskriminierungen aufgrund von Schwangerschaft, Wöchnerinnenschaft oder des Stillens, „da diese Kriterien nur Frauen betreffen können“.⁵⁰⁷ Wiewohl ein solcher Diskriminierungsschutz in der Praxis wichtig ist, erscheint die Qualifikation als unmittelbare Geschlechterdiskriminierung für *Holzleithner* „insofern anachronistisch, als heute nicht mehr vom Schutz ‚der Frau‘ die Rede sein sollte als vielmehr von einem geschlechtsspezifischen Schutz, der auch spezifische Vulnerabilitäten von Männern erfassen kann“.⁵⁰⁸ Pauschal auf den „Schutz der Frau“ verweisenden Vorschriften habe der EuGH entsprechend eher restriktiv gehandhabt, so etwa das generelle Nachtarbeitsverbot für Frauen oder deren Ausschluss vom Dienst an der Waffe.⁵⁰⁹ Auch betreffend des generellen Schutzes bei Schwangerschaft beurteilt *Holzleithner* die Auslegung des EuGH als restriktiv, da dieser Schwangerschaft und Geburt durch die Mutter selbst voraussetzt und zB Leihmütter ausschließt.⁵¹⁰ So stellt es etwa keine Diskriminierung aufgrund des Geschlechts dar, „wenn einer Bestellmutter, die im Rahmen einer Ersatzmuttervereinbarung ein Kind austragen lässt, der Mutterschaftsurlaub verweigert wird“.⁵¹¹ Diese kritische Beobachtung ist insbesondere deswegen wichtig, weil der Schutz der Mutterschutz-RL anders als der österreichische Mutterschutz auch dort, wo es nicht rein um den Gesundheitsschutz geht, keine Anwendung auf andere als die Geburtsmutter findet, wie *Risak* etwa hinsichtlich des mangelnden Schutzes für stillende Bestell- und Adoptivmütter kritisiert.⁵¹² Die von *Holzleithner* beschriebene Engführung von Schwangerschaft und Mutterschaft wird meines Erachtens dort zum Problem, wo der Mutterschutz nicht nur auf die mit den körperlichen Vorgängen im Rahmen von Schwangerschaft und Geburt verbundenen Risiken zielt. Der Ausschluss einer Bestellmutter von Verboten schwangerschaftsschädigender Tätigkeiten ist nachvollziehbar, nicht aber, warum ihr, wenn sie ihr Kind stillt, dabei nicht derselbe Schutz zukommen sollte, wie das der Fall wäre, wenn sie es selbst ausgetragen hätte. Ausschlüsse sozialer Eltern sind da kritikwürdig, wo Rechte aus dem Mutterschutz der Kinderbetreuung dienen oder die Mutter in ihrer sozialen Eigenschaft als Elternteil schützen, dies sowohl mit Blick auf Bestell- und andere soziale Mütter als auch auf Väter.

⁵⁰⁶ *Holzleithner* in Scherr et al 2017, 231.

⁵⁰⁷ *Risak* in Franzen/Gallner/Oetker, Kommentar zum europäischen Arbeitsrecht², Art 1 RL 92/85/EWG 440, Rn 3 mVa EuGH 8.11.1990, C-177/88, *Dekker*, CLI:EU:C:1990:383, Rn 12.

⁵⁰⁸ *Holzleithner* in Scherr et al 2017, 218.

⁵⁰⁹ *Holzleithner* in Scherr et al 2017, 219, mVa EuGH 25.7.1991, C-345/89 *Stoeckel*, ECLI:EU:C:1991:324.

⁵¹⁰ *Holzleithner* in Scherr et al 2017, 219.

⁵¹¹ *Windisch-Graetz* in Neumayr/Reissner, Zellkomm⁶ (Stand 1.1.2018, rdb.at), Rn 8.

⁵¹² *Risak* in Franzen/Gallner/Oetker, Kommentar zum europäischen Arbeitsrecht², Art 2 RL 92/85/EWG 440, Rn 9, 12.

Holzleithner beschreibt an anderer Stelle weiter auch die problematische Implikation der Qualifikation der Diskriminierung aufgrund eines Mutterschutzurlaubs als unmittelbare Diskriminierung aufgrund des Geschlechts: Diese führe weg vom Körper, „hinaus in das Feld der Vorstellung dahingehend, was einer Frau als Mutter zuträglich scheint“, was als „Teil eines (noch) weniger körperlichen als (noch viel mehr) normativen Konzepts von Geschlecht“ problematisch erscheint.⁵¹³ Tatsächlich drohen die Begriffe Frau und Mutter dadurch zu einem zu verschmelzen. Es sei noch einmal an die kritischen Beobachtungen von *Hausen* und *Neyer* zur Rechtsentwicklung erinnert; Mutterschutz ging dabei mit der Etablierung der Vorstellung einer grundsätzlicheren Schutzbedürftigkeit von Frauen einher.⁵¹⁴

5.3. Diskriminierung von Vätern

Während Diskriminierungen wegen Schwangerschaft und Mutterschaft jedenfalls Geschlechterdiskriminierungen sind, kann die Inanspruchnahme von Väterkarenz nach dem VKG nur unter Umständen eine Diskriminierung iSd § 3 Abs 6 Z 7 GlBG darstellen, wonach niemand aufgrund des Geschlechts, insbesondere unter Bezugnahme auf den Ehe- oder Familienstand, diskriminiert werden darf.⁵¹⁵ In Umsetzung des Art 2 Abs 1 Gleichbehandlungs-RL⁵¹⁶ wurde mit der Novelle 2004 zum GlBG auch in Österreich ausdrücklich dieses Verbot der Bezugnahme auf den Ehe- oder Familienstand verankert. Danach dürfen beispielsweise „das Bestehen oder Nichtbestehen einer Ehe bzw der Umstand, ob man Kinder hat“,⁵¹⁷ im Anwendungsbereich des Gesetzes, zB bei der Begründung oder Beendigung eines Arbeitsverhältnisses, nicht zum Anlass für eine Benachteiligung genommen werden. Dabei sind wiederum vor allem Frauen gemeint: Die Ablehnung einer jungen Frau durch den oder die Arbeitgeber_in aufgrund der Vermutung, sie könnte schwanger werden, ist jedenfalls unzulässig. Nach *Windisch-Graetz* liegt das „diskriminierende Element“ hier gerade in der Ungleichbehandlung gegenüber Männern; bei einem jungen Mann wird gar nicht erst überlegt, ob er wohl wegen der Übernahme von Familienpflichten entfallen könnte.⁵¹⁸ Ob dieser Schutz auch Vätern zugutekommen kann, ist davon abhängig, ob sich hinter der Bezugnahme auf Elternschaft eine Diskriminierung aufgrund des Geschlechts verbirgt.⁵¹⁹ *Windisch-Graetz* führt dazu unter Verweis auf die große Bedeutung von Stereotypen für Geschlechterdiskriminierung aus, dass ergänzend zu Unterscheidungen nach dem biologischen Geschlecht, die jedenfalls unzulässig sind, auch „das differenzierende Anknüpfen an der sozial und kulturell bestimmten Geschlechterrolle“ vom Diskriminierungsverbot erfasst sein muss.⁵²⁰ Dies jedenfalls, wenn das biologische und das soziokulturelle Geschlecht zusammenfallen, etwa bei stereotypen Zuschreibungen an Frauen im Zusammenhang mit Mutterschaft, wenn zB automatisch davon ausgegangen wird, eine junge Mutter würde ihren Beruf – anders als ein Vater in vergleichbarer Lage – zurückstellen,

⁵¹³ *Holzleithner* in *Arioli et al* 2008, 316.

⁵¹⁴ *Neyer* in *Gerhard* 1997, 758, Schlussbemerkung; *Hausen* in *Gerhard* 1997, 721.

⁵¹⁵ *Windisch-Graetz*, *ecolex* 2012/69: OGH 25.10.2011, 9 Ob A 78/11b, 162-164; das Problem war hier aber die Frage der Nichterneuerung eines befristeten Arbeitsverhältnisses, was keine Diskriminierung darstellte.

⁵¹⁶ In der Fassung Richtlinie 2002/73/EG.

⁵¹⁷ *Windisch-Graetz* in *Neumayr/Reissner*, *Zellkomm*⁶ (Stand 1.1.2018, rdb.at), Rn 9 mVa ErlRV 307 BlgNR 22. GP 10.

⁵¹⁸ *Windisch-Graetz* in *Neumayr/Reissner*, *Zellkomm*⁶ (Stand 1.1.2018, rdb.at), Rn 10.

⁵¹⁹ *Windisch-Graetz* in *Neumayr/Reissner*, *Zellkomm*⁶ (Stand 1.1.2018, rdb.at), Rn 11.

⁵²⁰ *Windisch-Graetz* in *Neumayr/Reissner*, *Zellkomm*⁶ (Stand 1.1.2018, rdb.at), Rn 6.

um sich ganz der Kindererziehung zu widmen. Darf in diesem Sinn nicht an die Geschlechterrolle angeknüpft werden, so müsste das GIBG auch bei „Auseinanderfallen des biologischen und des soziokulturell bestimmten Geschlechts“ anwendbar sein. Entsprechen hat ein Mann, der entgegen männlicher Stereotype und in Übereinstimmung mit noch wenig etablierten Vorstellungen männlicher Elternschaft Väterkarenz in Anspruch nimmt und deswegen von Arbeitgeber_innenseite benachteiligt oder durch Kolleg_innen belästigt wird, Ansprüche aus dem GIBG.⁵²¹

5.3.1. Diskriminierte Väter und feministisches Unwohlsein

Das Nachdenken über Diskriminierungen aufgrund des Geschlechts gegenüber Vätern ist auch für die Auseinandersetzung mit der Rechtsprechung des EuGH zu Fragen der Vereinbarkeit bedeutsam. Im Feminismus stand und steht die Frage, ob und welche Rolle Männern in ihm zukommen soll, immer wieder im Unklaren.⁵²² Zunehmend öffnet sich allerdings der Raum für eine Neuverhandlung, in der die Betonung jener Aspekte einer geschlechtergerechten Gesellschaft, die auch Männern zum Vorteil gereichen, eine wichtige Rolle spielt.⁵²³ Dies betrifft unter anderem auch die Umverteilung von Arbeit, wodurch nicht nur die Doppelbelastung von Frauen verringert würde, sondern wovon auch Männer – zB als Väter – profitieren würden.⁵²⁴ Sie können in diesem Kontext als „mitstreitende[s]“ Gegenüber feministischer Forderungen⁵²⁵ betrachtet werden, die Mitverantwortung an der Verwirklichung von Geschlechtergerechtigkeit tragen und sich zu diesem Zweck unter anderem an der Kinderbetreuung beteiligen sollen.

Dennoch läuten bei Feminist_innen mitunter – teilweise zu Recht – die Alarmglocken, wenn es um *Rechte für Väter* geht, unter anderem weil diese Wortfolge stark von sogenannten Väterrechtlern vereinnahmt ist.⁵²⁶ Die österreichische Väterrechtsbewegung ist klar im rechten Lager zu verorten, „personelle Überschneidungen und Links auf Homepages führen sehr schnell zur FPÖ, zur Männerpartei oder zum rechtspopulistischen Onlinemagazin Wien-Konkret“⁵²⁷. Die in der Väterrechtsbewegung aktiven Vereine vertreten antifeministische Inhalte und bringen sich in erster Linie rund um das Thema der Obsorge nach einer Trennung in Stellung.⁵²⁸ In Österreich wurde die alleinige Obsorge der Mutter nach einer Scheidung erst 1977⁵²⁹ überhaupt möglich, zuvor blieb nach einer Trennung die „väterliche Gewalt“ beim Mann. Ab 2001 konnte die gemeinsame Obsorge vereinbart werden,⁵³⁰ seit 2013 bleibt die gemeinsame Obsorge beider Elternteile grundsätzlich auch nach einer Scheidung aufrecht, unter Umständen auch gegen den Willen eines Elternteils.⁵³¹ In der Auseinandersetzung rund

⁵²¹ Windisch-Graetz in Neumayr/Reissner, Zellkomm⁶ (Stand 1.1.2018, rdb.at), Rn 6.

⁵²² Doll/Rössl/Sagmeister, juridikum 2019, 1-17; Eckstein, juridikum 2011, 270-272; Guerrero, juridikum 2011, 534-536.

⁵²³ Vgl Rössl, juridikum 2014, 533-536.

⁵²⁴ Vgl Appiano Kugler, juridikum 2009, 55.

⁵²⁵ Doll/Rössl/Sagmeister, juridikum 2019, 16.

⁵²⁶ Vgl zur feministischen Kritik an Väterrechtlern den Blog „Mütter ohne Rechte“, der Name ist eine kritische Bezugnahme auf den Verein „Väter ohne Rechte“, muetterohnerechte.noblogs.org/warum-dieser-blog-muetter-ohne-rechte (11.3.2019).

⁵²⁷ Schwarzenbacher, Um die Rechte der Kinder geht es nicht, progress.at v 29.9.2019, progress-online.at/artikel/%E2%80%9Eum-die-rechte-der-kinder-geht-es-nicht (12.3.2019).

⁵²⁸ Vgl zB vaeter-ohne-rechte.at; humanesrecht.com und trennungsofopfer.at (11.3.2019).

⁵²⁹ Bundesgesetz über die Neuordnung des Kindschaftsrechts, BGBl 1977/403.

⁵³⁰ Kindschaftsrechts-Änderungsgesetz 2001, BGBl I 2000/135.

⁵³¹ Kindschafts- und Namensrechts-Änderungsgesetz 2013, BGBl I 2013/15.

um das Thema der gemeinsamen Obsorge zeigen sich unter Feminist_innen Ambivalenzen gegenüber der Einbeziehung von Vätern, die meines Erachtens allerdings ganz wesentlich mit dem Insitut der Obsorge *nach* einer Trennung zusammenhängen und nicht ohne Weiteres auf (Früh-)Karenzen umgelegt werden können. Wiewohl väterliches Engagement erwünscht ist, steht die Eignung der Obsorge-Regelung, dieses zu befördern, in Frage, manche sehen in ihr vielmehr ein Machtinstrument in den Händen kontrollierender Ex-Partner.⁵³² Der rechtspolitische Fokus auf die Obsorge nach einer Trennung erscheint gerade insofern kritikwürdig, als er „zu spät“ ansetzt, dann nämlich, wenn zwischen den Eltern längst eine bestimmte Arbeitsteilung besteht und man sich, womöglich im Streit, trennt. Halbironisch schlug *Iris Kugler* im Zuge der Debatte in den 1990er Jahren einen Test für Väter vor: Nur wer aus der Ehe ein bestimmtes Wissen über die Gewohnheiten und Vorlieben des Kindes mitbringt, dem empfiehlt sie, sich überhaupt um die gemeinsame Obsorge zu bemühen.⁵³³ Die Kritik an der Obsorge ist, wie diese Intervention zeigt, keineswegs im Widerspruch zum Wunsch nach mehr Väterbeteiligung zu sehen. Heute ist die gemeinsame Obsorge der Regelfall, umso wichtiger ist es, die gemeinsame Kinderbetreuung von Geburt an zu ermöglichen und die Vereinbarkeit von Beruf und Familie für Väter wie für Mütter zu verbessern. Solche Maßnahmen stehen daher im Folgenden im Zentrum.

5.4. EuGH-Rechtsprechung zu Frauen vorbehaltenen Regelungen im Kontext von Vereinbarkeit von Familien- und Erwerbsarbeit⁵³⁴

Der Europäische Gerichtshof hatte sich im Lichte der Gleichbehandlung immer wieder mit Maßnahmen auseinanderzusetzen, die Müttern besondere Rechte zusprachen. Vor nicht allzu langer Zeit wurde er dabei dafür kritisiert, stereotype Vorstellungen von Elternschaft, insbesondere von Mutterschaft, zu reproduzieren und damit das Potential des europäischen Gleichbehandlungsrechts zu limitieren. So argumentierte *Clare McGlynn* im Jahr 2000, dass den Urteilen des EuGH im Bereich Kinderbetreuung eine „dominant ideology of motherhood“ zu Grunde liege.⁵³⁵ Angesichts der Argumente, die der Gerichtshof in der Rechtssache *Hofmann* vorgebracht hatte, ist diese vehemente Kritik durchaus nachvollziehbar, doch seitdem hat sich viel getan. Die Rechtsprechung unterlag einem bemerkenswerten Wandel und in der Rechtssetzung wurden, nicht zuletzt mit der Elternurlaubsrichtlinie, wichtige Schritte gesetzt.

Auch jenseits des Rechts sind Vorstellungen von Mutterschaft heute im Wandel begriffen, so widerspricht etwa *Sarah Diehls* Bestseller „Die Uhr, die nicht tickt“⁵³⁶ der Vorstellung eines natürlich weiblichen Kinderwunsches und *Orna Donaths* „Regretting motherhood“⁵³⁷ erzählt von Frauen, denen die Mutterrolle nicht die versprochene Erfüllung brachte. Diese Werke sind wichtige Diskursinterventionen und doch erweist sich die „alltagsweltliche Semantik, in der Mutterschaft immer noch als biologisches Programm, naturgegebene Aufgabe und Fähigkeit verstanden wird und in die der Topos einer naturhaften, instinktiven Mutterliebe

⁵³² Vgl. *Kolbitsch*, *juridikum* 1996, 12; *Thomasberger*, *juridikum* 1995, 18-20.

⁵³³ Vgl. *Kugler*, *juridikum* 1997, 48 mVa STREIT 15/1, wo ein ähnlicher Test abgedruckt war.

⁵³⁴ Dieses Kapitel ist in ähnlicher Form im Tagungsband *Social Europe? Tagung junger Europarechtler*innen 2018* erschienen: *Sagmeister* in *Lanser et al* 2018, 125-160.

⁵³⁵ *McGlynn*, *European Law Journal* 2000, 33.

⁵³⁶ *Diehl*, *Die Uhr* 2014.

⁵³⁷ *Donath*, *Signs* 2015, 343.

eingeschrieben ist“ als „erstaunlich stabil“. ⁵³⁸ Große Veränderungen sind bei der Erwerbsarbeitstätigkeit von Frauen zu verzeichnen, die allerdings zur hauptsächlichen Verantwortung für Sorge- und Haushaltsarbeit hinzutritt und so zu Doppelbelastungen führt, insbesondere auch weil keine vergleichbare Veränderung hinsichtlich der Rolle von Männern als Vätern stattfand. ⁵³⁹

Diese faktische Ungleichheit zwischen Männern und Frauen hinsichtlich der Übernahme unbezahlter Arbeit im Privaten und der damit einhergehenden Doppelbelastung spießt sich mit dem Ideal des neueren Gemeinschaftsrechts. Der EuGH versucht in seiner Rechtsprechung darauf zu reagieren, wobei auch die damit verbundene Gefahr, Ungleichheit durch ihre Anerkennung zu perpetuieren, immer wieder Thema ist.

Der EuGH war einige Male mit dem Dilemma konfrontiert, dass eine Maßnahme, „mit der eine faktische Ungleichheit [zwischen Männern und Frauen] beseitigt werden soll, gleichwohl die Gefahr mit sich bringen könnte, zur Verfestigung einer herkömmlichen Rollenverteilung zwischen Männern und Frauen beizutragen“. ⁵⁴⁰ Damit umschreibt er in etwa, was in den Legal Gender Studies mit *Martha Minow* unter dem Schlagwort „Dilemma der Differenz“ ⁵⁴¹ verhandelt wird. Dieses zeigt sich gerade im Bereich der Vereinbarkeit von Kinderbetreuung und Erwerbsarbeit immer wieder, wenn Regelungen einerseits explizit Frauen diesen Spagat erlauben sollen, andererseits aber die vergeschlechtlichte Arbeitsteilung zu reproduzieren drohen. ⁵⁴² Die Zuschreibung von stereotypen Vorstellungen an Frauen und Männer hat als solche immer auch reale Auswirkungen auf die Lebensrealität von Menschen. Regelungen, die Mütter anders behandeln als Väter, haben aber auch über die Zuschreibung von Rollenbildern hinausgehende eigenständig lebensrealitätsformende Wirkung: Sie begrenzen faktisch – konkreter *rechtlich* – die Möglichkeit, es sich anders einzurichten. Wenn nur die Mutter Anspruch auf Arbeitsbefreiung zur Kinderbetreuung hat, dann kann bzw darf sich der Vater diese Zeit nicht nehmen. Hier wird die Rolle des Rechts bei der Bereitstellung von Handlungsmöglichkeiten, die für eine autonome Lebensführung zur Wahl stehen müssen, sehr deutlich. Ohne den entsprechenden rechtlichen Rahmen können sich Eltern die mit der Kinderbetreuung zusammenhängenden Aufgaben nur sehr schwer gerecht aufteilen. Die Elternurlaubs-RL hat hier bereits eine wesentliche Verbesserung gebracht. Weiterhin fehlte allerdings die Möglichkeit eines bezahlten Vaterschaftsurlaub unmittelbar im Zeitraum um die Geburt eines Kindes, was auch die Kommission in der Begründung zum jüngst angenommenen Richtlinienvorschlag zur Vereinbarkeit von Familie und Beruf aus dem Jahr 2017 beklagt. ⁵⁴³ Die neue Richtlinie inklusive Anspruch auf bezahlten Vaterschaftsurlaub ergänzend zum Elternurlaub wird noch im Jahr 2019 in Kraft treten. ⁵⁴⁴

⁵³⁸ Thiessen in Kortendiek et al 2019, 1142.

⁵³⁹ Dowd, Suffolk University Law Review 2012, 1048.

⁵⁴⁰ EuGH 19.3.2002, C-476/99, Lommers, ECLI:EU:C:2002:183, Rn 41.

⁵⁴¹ Minow, Harvard Law Review 1987, 12.

⁵⁴² Vgl Holzleithner in Arioli et al 2008, 8.

⁵⁴³ Richtlinienvorschlag der Europäischen Kommission zur Vereinbarkeit von Beruf und Privatleben für Eltern und pflegende Angehörige und zur Aufhebung der Richtlinie 2010/18/EU des Rates, KOM (2017) 253 endg, 13.

⁵⁴⁴ Rat der EU, Pressemitteilung v 13.6.2019, Bessere Vereinbarkeit von Beruf und Privatleben in der EU für Eltern und pflegende Angehörige: Rat erlässt neue Vorschriften, www.consilium.europa.eu/de/press/press-releases/2019/06/13/better-work-life-balance-for-parents-and-carers-in-the-eu-council-adopts-new-rules/ (20.7.2019).

Zu unterscheiden ist in den folgend dargestellten Fällen stets, ob Frauen in der besonderen Situation im Zeitraum um Schwangerschaft und Geburt adressiert werden oder eine positive Maßnahme faktische Ungleichheiten in Zusammenhang mit Mutterschaft beseitigen soll. In beiden Konstellationen ist eine Ungleichbehandlung gegenüber Vätern zulässig, doch unterscheiden sich die Argumentationen. Ist eine Maßnahme nicht als Mutterschutzmaßnahme zu qualifizieren, kann sie unter Umständen dennoch gerechtfertigterweise auf Mütter beschränkt sein, obwohl Väter sich als Eltern in einer vergleichbaren Lage befinden, nämlich wenn sie als positive Maßnahme der Beseitigung faktischer Ungleichheit dient. Ein Beispiel hierfür ist die vorrangige Zuteilung von Plätzen in einem Betriebskindergarten an Mütter, wie sogleich im Fall *Lommers* näher ausgeführt wird, da die Erwerbstätigkeit von Müttern stärker unter dem Mangel an solchen Plätzen leidet als die von Vätern.

5.4.1. Kommission gegen Italien 1983: Die natürlich rechtliche Situation der Geburt

Um den Gedanken der Schaffung von Handlungsoptionen durch Recht in diesem Zusammenhang zu erläutern, möchte ich eingangs kurz auf einen italienischen Fall zur Adoption eingehen. Der Gerichtshof hatte 1983 in einem Vertragsverletzungsverfahren über eine Regelung abzusprechen, laut der Adoptivmütter Anspruch auf einen Mutterschutzurlaub von drei Monaten für ein Kind unter sechs Jahren hatten, Adoptivväter hingegen nicht.⁵⁴⁵ Erst nach dieser dreimonatigen Anfangszeit standen dem Adoptivvater die gleichen Rechte zu wie der Adoptivmutter. Dadurch sollte im Interesse der Mutter sowie im Interesse des Kindes⁵⁴⁶ den beiden die Möglichkeit zum „Aufbau einer emotionalen Beziehung“ gegeben werden.⁵⁴⁷ Für *Risak* erscheint die Bezugnahme auf die besondere Bindung zwischen Mutter und Kind gerade in einem Adoptionsfall als „gänzlich in sich widersprüchlich“, da hier auf „kein durch Schwangerschaft und Entbindung hergestelltes Band zwischen Mutter und Kind“ Bezug genommen werden kann.⁵⁴⁸ Er verweist auch darauf, dass dieser Ansatz angesichts der rechtlichen Möglichkeit von gleichgeschlechtlichen Adoptiveltern jedenfalls als überholt angesehen werden muss, „da hier entgegen dem biologischen Geschlecht wohl eine Rollenzuordnung in Vater und Mutter erfolgen müsste“. ⁵⁴⁹

Der Startschuss für die Rechtsprechungslinie zur besonderen Beziehung zwischen Mutter und Kind, die kurz darauf in *Hofmann* ausführlicher entwickelt wird, war gegeben. Der Gerichtshof hätte im Fall *Kommission gegen Italien* der Kommission folgen und diese eindeutig auf traditionellen Geschlechterrollen bauende Regelung als Verletzung des Gleichbehandlungsgrundsatzes auslegen und ablehnen können. Doch sah er keinen Widerspruch zur Richtlinie gegeben: „Diese Unterscheidung ist [...] gerechtfertigt, denn sie geht auf das legitime Bestreben zurück, die Umstände, unter denen das Kind in die Adoptivfamilie aufgenommen wird, für diesen sehr schwierigen Zeitraum soweit wie möglich

⁵⁴⁵ EuGH 16.10.1983, C-163/82, *Kommission v Italien*, ECLI:EU:C:1983:295, 3273.

⁵⁴⁶ Diese Interessen sah auch der EGMR zu dieser Zeit als ausdrücklich miteinander verwoben, „mother’s interests usually coincided with those of the child“ EGMR 28.11.1984, *Rasmussen v Denmark*, 8777/79, Rn 4.

⁵⁴⁷ EuGH 16.10.1983, C-163/82, *Kommission v Italien*, ECLI:EU:C:1983:295, 3281.

⁵⁴⁸ *Risak* in *Franzen/Gallner/Oetker*, Kommentar zum europäischen Arbeitsrecht², Art 8 RL 92/85/EWG 440, Rn 4a.

⁵⁴⁹ *Risak* in *Franzen/Gallner/Oetker*, Kommentar zum europäischen Arbeitsrecht², Art 8 RL 92/85/EWG 440, Rn 4a.

denjenigen anzugleichen, unter denen das Neugeborene Aufnahme in die Familie findet.“⁵⁵⁰ Der Gerichtshof beschwört die besondere Bindung der Mutter zum Kind, die er durchaus allen – das heißt nicht nur gebärenden – Müttern zuspricht und deren Erleben er ihnen ermöglichen möchte.

McGlynn zufolge strebt der EuGH die Angleichung an die *natürliche Situation* nach der Geburt an, die in seinen Augen von der besonderen Nähe zwischen Mutter und Kind charakterisiert ist und deren Narrativ sie zu Recht als maßgeblichen Bestandteil der Ideologie von Mutterschaft beschreibt. Sie vernachlässigt meines Erachtens aber, dass es sich (auch im Fall einer Geburt) um eine *rechtlich geschaffene Situation* handelt. Der Adoptivmutter soll derselbe Rechtsanspruch zuerkannt werden wie der Geburtsmutter, nämlich jener auf Mutterschaftsurlaub von drei Monaten für ein Kind unter sechs Jahren. Wenn der Gerichtshof hier von einer Angleichung der Umstände spricht, kann damit sowohl der Umstand gemeint sein, *dass eine Frau gerade geboren hat*, als auch der, *dass eine Frau Anspruch auf Mutterschutzurlaub hat*. Es handelt sich dementsprechend auch um die Angleichung an die *rechtliche Situation* nach einer Geburt. Dem Vater stand im Italien der 1980er Jahre ein solcher Urlaub bei Geburt wie auch bei Adoption nur subsidiär „anstelle der berufstätigen Mutter oder für den Fall zu, daß er die Kinder allein in Pflege erhalten hat“.⁵⁵¹

Die nachzubildende Situation ist keine *natürliche*, sie ist eine *rechtliche*. Diese Schaffung familiärer Verantwortlichkeit und Arbeitsteilung durch Recht ist ein zentraler Gegenstand dieser Arbeit und ein wesentlicher Aspekt der Rechtsprechungsanalyse dieses konkreten Kapitels.

5.4.2. Hofmann 1984: Ideologie von Mutterschaft

Eine der bekanntesten und einflussreichsten Entscheidungen in Sachen Mutterschutz ist der Fall *Hofmann*. Die darin entwickelte Formel des Schutzes der besonderen Beziehung zwischen Mutter und Kind vor Doppelbelastung wurde bereits im Kapitel zu den Zwecken des Mutterschutzes ausführlich besprochen.

Ein Aspekt, der dort noch nicht zur Sprache kam, der aber im Lichte der Rechtsprechungsentwicklung durchaus erwähnenswert ist, ist die Einschätzung des EuGH zu seiner Rolle bezüglich familienpolitischer Agenden der Mitgliedstaaten. Der Gerichtshof betonte damals die Unzulässigkeit von Einmischungen aus dem europäischen Recht dahingehend, wie Familie organisiert oder die Aufteilung von Verantwortung zwischen Eltern gestaltet werden solle.⁵⁵² Seine Entscheidung hatte freilich dennoch eine konservierende Wirkung auf die familienpolitischen Gegebenheiten. Die Betonung der besonderen Mutter-Kind-Beziehung wiederholt und verstärkt die Aufteilung in vergeschlechtlichte Sphären, indem die Familie deutlich der Frau zugerechnet wird.⁵⁵³ *McGlynn* argumentiert, dass in der Rechtsprechung des EuGH der Schutz der Frau, insbesondere bei Schwangerschaft und Mutterschaft, in den Schutz der dominanten Ideologie von Mutterschaft umgedeutet wurde.⁵⁵⁴ Es ist eine wesentliche Funktionsweise von Ideologie, ebenso wie ein Merkmal hegemonialer

⁵⁵⁰ EuGH 16.10.1983, C-163/82, *Kommission v Italien*, ECLI:EU:C:1983:295, Rn 16.

⁵⁵¹ EuGH 16.10.1983, C-163/82, *Kommission v Italien*, ECLI:EU:C:1983:295, Rn 15.

⁵⁵² EuGH 12.7.1984, C-184/83, *Hofmann*, ECLI:EU:C:1984:273, Rn 24.

⁵⁵³ *Moller Okin* in *Held* 1991, 77-78.

⁵⁵⁴ *McGlynn*, *European Law Journal* 2000, 35.

Anschauungen, sich selbst als neutral zu verstehen und dafür Sorge zu tragen, auch so verstanden zu werden. Mit den Worten *Louis Althusser*s ist es „eine Wirkung der Ideologie, dass sie sich selbst verleugnet“.⁵⁵⁵ *Minow* ergänzte später: „Ideological success is achieved when only dissenting views are regarded as ideologies, the prevailing view is the truth.“⁵⁵⁶

Während eine Abweichung von einer Norm ganz offensichtlich als Entscheidung verstanden wird, erscheint das Festhalten an der Norm nicht als solche. Scheinbar neutrales Agieren bedeutet demnach am Status quo orientiertes Agieren. *Susan Moller Okin* machte hinsichtlich der vergeschlechtlichten Dichotomie von Öffentlichkeit und Privatheit auch ganz explizit darauf aufmerksam, dass der Staat immer in die Familie interveniert und auch die Nichteinmischung in das Private eine politische Handlung darstellt.⁵⁵⁷ Im Fall *Hofmann* war diese Handlung von der Auffassung getragen, dass Kindererziehung primär Aufgabe der Mutter ist, deren Ausübung für sie rechtlich ermöglicht werden soll, nicht aber für den Vater. *McGlynn* kritisierte daher völlig zu Recht, dass diese Auffassung „clearly assumes that the mother has a privileged role over that of the father. There is no desire to protect (or encourage) fathers.“⁵⁵⁸ Die Formel des Schutzes der besonderen Bindung zwischen Mutter und Kind blieb bis heute als ungeschriebener Schutzzweck des Mutterschutzurlaubs erhalten, zugleich unterschied der EuGH aber andernorts bereits zeitgleich in den 1980er Jahren genauer zwischen solchen Rechten, die Frauen aufgrund von Mutterschaft, und solchen, die ihnen – und auch Vätern – aufgrund von Elternschaft zukommen können. Unter diesem Gesichtspunkt wird nun der Fall *Kommission v Frankreich 1988* besprochen.

5.4.3. Kommission gegen Frankreich 1988: Zur Vergleichbarkeit der Situation von Vätern und Müttern

Im Fall *Kommission gegen Frankreich* wurde über eine Klausel im Gesetz zur Umsetzung der Gleichbehandlungs-RL abgesprochen, durch welche Regelungen, „die besondere Rechte für Frauen begründen“, ⁵⁵⁹ pauschal aufrechterhalten werden sollten. Beispielhaft genannt wurden darin folgende Punkte: „Verlängerung des Mutterschaftsurlaubs; Herabsetzung der Arbeitszeit, z. B. für Frauen über 59 Jahre; Vorziehen des Ruhestandsalters; Urlaub bei Krankheit von Kindern; Gewährung zusätzlicher Jahresurlaubstage je Kind; Gewährung eines freien Tages zum Schulbeginn; Gewährung von Freistunden aus Anlaß des Muttertags; tägliche Arbeitspausen für Frauen, die mit Lochkartengeräten oder als Schreibkräfte oder Telefonistinnen arbeiten; Gutschriften bei der Berechnung der Rente vom zweiten Kind an; Zulagen für Mütter, die Kosten für Kinderkrippen oder Kinderbetreuung zu tragen haben“.⁵⁶⁰ Die Kommission war der Ansicht, dass einige dieser Regelungen zwar positive Maßnahmen oder Mutterschutzregelungen darstellten, die Wendung in ihrer Allgemeinheit aber der Richtlinie entgegenstünde, was auch der Gerichtshof bestätigte.

Der EuGH ging hier auf die Differenzierung zwischen Regelungen zum Schutz der Mutterschaft und solchen zum Schutz der Elternschaft ein. Der Schutz als Eltern könne ganz explizit auch Männer betreffen, da sich diese bezüglich ihrer Elternrolle in einer

⁵⁵⁵ *Althusser*, Ideologie und ideologische Staatsapparate 1970/2010, 89.

⁵⁵⁶ *Minow*, Harvard Law Review 1987, 67.

⁵⁵⁷ *Moller Okin* in *Held* 1991, 77.

⁵⁵⁸ *McGlynn*, European Law Journal 2000, 38.

⁵⁵⁹ EuGH 25.10.1988, C-312/86, *Kommission v Frankreich*, EU:C:1988:485, Rn 14.

⁵⁶⁰ EuGH 25.10.1988, C-312/86, *Kommission v Frankreich*, EU:C:1988:485, Rn 8.

vergleichbaren Situation wie Mütter befänden. Einige der genannten Rechte bezweckten gerade „den Schutz von Frauen in ihrer Eigenschaft als ältere Arbeitnehmer [sic] oder als Elternteil; diese Eigenschaften können aber männliche wie weibliche Arbeitnehmer [sic] haben“. ⁵⁶¹ In einem solchen Fall wäre wenn, dann nach einer Rechtfertigung als positive Maßnahme zu fragen. Darauf wurde im Urteil nur kurz eingegangen; Frankreich hätte nicht ausreichend erklärt, wie die genannten Maßnahmen faktische Ungleichheiten beseitigen oder verringern sollten. Vielmehr wurde nur generell darauf verwiesen, dass die „besonderen Rechte weiblicher Arbeitnehmer [sic], wie sie in den Tarifverträgen vorgesehen seien, gerade den tatsächlichen Verhältnissen Rechnung tragen [sollten], die in den meisten Haushalten in Frankreich herrschten“. ⁵⁶²

Während die Kommission also auf die grundsätzlich gleiche Elterneigenschaft von Vätern und Müttern verwies, entgegnete Frankreich, dass die faktische Ungleichheit bei mit der Elternrolle verbundenen tatsächlich übernommenen Verpflichtungen von Frauen besondere Regelungen notwendig mache. Ergänzend wurde vorgebracht, dass „weder die Richtlinie noch der Grundsatz der Gleichbehandlung von Mann und Frau auf eine Änderung der internen Verhältnisse der Familie und der tatsächlichen Aufgabenteilung zwischen den Ehegatten abzielten“. ⁵⁶³ Daraus kann geschlossen werden, dass Frankreich die Etablierung von beiden Elternteilen zustehenden Rechten als eine auf die Änderung der Aufgabenteilung zielende Maßnahme verstand, dies aber ablehnte. Es wird deutlich, dass positive Maßnahmen mitunter einen konservierenden Effekt auf ebenjene faktischen Ungleichheiten haben können, denen sie begegnen sollen: Frauen übernehmen den Großteil der unbezahlten Arbeit, also wird ihnen diese Arbeitsübernahme rechtlich ermöglicht, also übernehmen sie diese Arbeiten weiterhin.

Das in *Kommission gegen Frankreich* vom EuGH vertretene Verständnis, dass auch Väter in ihrer Elterneigenschaft schützenswert sind, wird im Laufe der Jahre immer selbstverständlicher. Die Erkenntnis, „dass die Lage eines Arbeitnehmers in seiner Eigenschaft als Elternteil und die einer Arbeitnehmerin in derselben Eigenschaft miteinander vergleichbar sind, soweit es um die Erziehung der Kinder geht“, ⁵⁶⁴ steht überdies der Etablierung besonderer Rechte für Frauen nicht entgegen. Als positive Maßnahmen können sie durchaus mit der Gleichbehandlungs-RL vereinbar sein, so wie es in den Rechtssachen *Lommers* und *Roca Álvarez* der Fall ist. In Frankreich allerdings führte das Argument der Gleichheit bzw Vergleichbarkeit von Vätern und Müttern zur Aufhebung der Sonderregelung für Frauen. Diese im Ergebnis unbefriedigende Lösung führte berechtigterweise zu feministischer Skepsis und Kritik. Eine Ausweitung von Elternrechten auf Männer hätte dem Gedanken der Gleichheit ebenso Rechnung tragen können, allerdings hätte eine solche die Kompetenz des Gerichtshofs überschritten. Die Etablierung der Vergleichbarkeit der Elternsituation weiblicher und männlicher Arbeitnehmer_innen ist allerdings bereits wegweisend dafür, auch Männern die Möglichkeit eines Elternurlaubs einzurichten. So stützte

⁵⁶¹ EuGH 25.10.1988, C-312/86, *Kommission v Frankreich*, EU:C:1988:485, Rn 14 (Hervorhebung MS).

⁵⁶² EuGH 25.10.1988, C-312/86, *Kommission v Frankreich*, EU:C:1988:485, Rn 11.

⁵⁶³ EuGH 25.10.1988, C-312/86, *Kommission v Frankreich*, EU:C:1988:485, Rn 11.

⁵⁶⁴ EuGH 16.7.2015, C-222/14, *Maistrellis*, ECLI:EU:C:2015:473, Rn 47, mV auf EuGH 25.10.1988, C-312/86, *Kommission v Frankreich*, EU:C:1988:485 Rn 14 (Hervorhebung MS).

sich der EuGH etwa in *Maistrellis* unter anderem auf *Kommission gegen Frankreich*, als er das individuelle Recht eines Vaters auf Elternurlaub aus der Elternurlaubs-RL bestätigte.

5.4.4. Hill and Stapleton 1998: Vergeschlechtlicht verschiedene Familienpflichten?

In 1990er Jahren erkannte der EuGH das Bedürfnis nach Vereinbarkeit von familiären Verpflichtungen mit dem Erwerbsarbeitsleben zwar für beide Elternteile an, beurteilte die Verpflichtungen von Frauen und Männern allerdings unterschiedlich. In *Hill and Stapleton* beschwerten sich die Klägerinnen über Einkommensunterschiede zwischen Voll- und Teilzeitarbeitnehmer_innen vor dem Hintergrund, dass die meisten Teilzeitkräfte Frauen sind.⁵⁶⁵ Wichtig war dieses Urteil insbesondere als Meilenstein für die Etablierung der Rechtsfigur der mittelbaren Diskriminierung. Es ging darin nicht, wie in den restlichen besprochenen Fällen, um Mutter- oder Elternschutzregelungen, dennoch spielte die zugrundeliegende Vorstellung von Mutterschaft eine Rolle, nämlich in der Zurückweisung der möglichen Rechtfertigungsgründe für die Andersbehandlung von Teilzeitkräften. Der Gerichtshof stellte fest, dass es das Ziel des Gemeinschaftsrechts ist, die Abstimmbarkeit von Arbeitsbedingungen und familiären Pflichten zu gewährleisten. Obwohl der Gerichtshof explizit auch die familiären Pflichten von Männern nannte, sieht *McGlynn* darin vor allem jene von Frauen angesprochen. Sie argumentiert, dass der Gerichtshof von familiären Pflichten in ihrer bestehenden Organisation ausginge. Es ginge ihm nicht um die Veränderung der Verteilung familiärer Verpflichtungen im Sinne der Gleichberechtigung, sondern lediglich um die Vereinbarkeitsfrage für Frauen innerhalb der bestehenden vergeschlechtlichten Arbeitsteilung.⁵⁶⁶ In dieser Interpretation deckt sich sein Verständnis des Normzwecks mit jenem der französischen Regierung im Fall *Kommission gegen Frankreich*, den bestehenden Verhältnissen Rechnung zu tragen.

Der Wortlaut der Urteilsbegründung unterscheidet allerdings nicht zwischen verschiedenen väterlichen und mütterlichen Pflichten: „Die Gemeinschaftspolitik in diesem Bereich soll eine Stütze sein und wenn möglich die Arbeitsbedingungen auf die familiären Pflichten abstimmen. Der Schutz der Frau in Familie und Beruf ist ebenso wie der des Mannes ein Grundsatz, der als natürliche Folge der Gleichheit von Mann und Frau in den Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten der Gemeinschaft in großem Umfang berücksichtigt wird und der vom Gemeinschaftsrecht anerkannt ist.“⁵⁶⁷ Innerhalb der bestehenden Ideologie von Familie komme Vätern *McGlynn* zufolge zwar eine bestimmte Rolle zu, diese unterscheide sich aber von der Mutterrolle. Der Schutz der Frau in Beruf und Familie meine demnach etwas anderes als der Schutz des Mannes in diesen Bereichen, Letzterer zielen auf die Rolle des Ernährer-Vaters. Meines Erachtens kann dieses Zitat aber auch ganz anders, nämlich wörtlich, gelesen und so das Postulat der gleichen Pflichten ernst genommen werden. *McGlynn* hielt selbst in einer Fußnote fest, dass es möglich ist, dass der Gerichtshof eine andere Intention hatte.⁵⁶⁸ Sie schreibt aber auch, dass er dies klarer hätte machen müssen, was im Zeitkontext und angesichts der vorhergehenden Rechtsprechung nachvollziehbar erscheint. Aus heutiger Sicht, insbesondere mit dem Wissen um die Weiterentwicklung der Rechtsprechung, fällt es leichter, diesen Satz normativ im Sinne des Wunsches nach gleichen

⁵⁶⁵ EuGH 17.6.1998, C-243/95, *Hill and Stapleton*, ECLI:EU:C:1998:298, Rn 25.

⁵⁶⁶ *McGlynn*, European Law Journal 2000, 41.

⁵⁶⁷ EuGH 17.6.1998, C-243/95, *Hill and Stapleton*, ECLI:EU:C:1998:298, Rn 42.

⁵⁶⁸ *McGlynn*, European Law Journal 2000, 42 Fn 86.

familiären Pflichten für Männer und Frauen zu lesen, worauf auch die Wendung „als natürliche Folge der Gleichheit“⁵⁶⁹ hindeutet. So bespricht die Generalanwältin *Kokott* in ihren Schlussanträgen zur Rechtssache ÖGB das Vorbringen der Kommission, dass der Gerichtshof „den Schutz der Frau in Familie und Beruf ebenso wie den des Mannes in den Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten und im Gemeinschaftsrecht anerkannt sehe und die Notwendigkeit der Abstimmung der Arbeitsbedingungen auf die familiären Pflichten betone“.⁵⁷⁰ Dabei wurde vergeblich versucht, in Frage zu stellen, ob „Elternschaft wirklich nur durch ein privates Interesse geleitet sei oder ob ihr nicht vielmehr eine überragende gesellschaftliche Bedeutung zukomme“.⁵⁷¹

5.4.5. Lommers 2002: Die Gefahr der Reproduktion von Rollenbildern

Im Fall *Lommers* klagte ein Vater darüber, dass ihm kein Zugang zum betrieblich geförderten Kinderbetreuungssystem seines Arbeitgebers gewährt worden war. Die Kinderbetreuungsplätze waren per Betriebsverordnung grundsätzlich weiblichen Mitarbeiterinnen vorbehalten.⁵⁷² Der Gerichtshof befand, dass diese Regelung als positive Maßnahme gerechtfertigt war, ob es sich um eine Mutterschutzmaßnahme handeln könnte, war nicht Gegenstand der Verhandlung.

Schon in der Ablehnung des Gleichbehandlungsausschusses, bei dem sich *Lommers* zunächst beschwerte, hieß es, dass es „allgemein bekannt [ist], dass Frauen häufiger als Männer auf die (weitere) Ausübung eines Berufes aus mit der Betreuung ihrer Kinder zusammenhängenden Gründen verzichteten und dass angenommen werden könne, dass die erwiesenermaßen unzureichenden Kinderbetreuungskapazitäten somit entscheidend dafür sein könnten, dass Frauen ihre Beschäftigung aufgäben“.⁵⁷³ Es handle sich daher um eine positive Maßnahme im Sinne des Art 2 Abs 4 Gleichbehandlungs-RL, die dieser Ungleichheit bei der Hinderung einer Berufsausübung für Frauen entgegenwirken sollte.

Für die Qualifikation als positive Maßnahme ist insbesondere die Verhältnismäßigkeit zu prüfen. Dafür ist ausschlaggebend, ob das Ziel der Beschränkung der Kinderbetreuungsplätze auf Mütter, nämlich die Chancengleichheit von Männern und Frauen zu fördern, „auch dadurch erreicht werden kann, dass der Rechtsvorteil dieser Maßnahme auf Arbeitnehmer, die Väter sind, erstreckt wird“.⁵⁷⁴ Der EuGH befand, dass die Maßnahme im betreffenden Fall angesichts der schlechten Angebotslage von Kinderbetreuungsplätzen und der Unterrepräsentation von Frauen im betreffenden Ministerium sowie durch die Härteklausele für alleinerziehende Väter, verhältnismäßig war. Wenn die Kinder der Männer in gleichem Maße Zugang zu den Krippenplätzen erhielten, würden angesichts des Mangels an Betreuungsplätzen weniger Frauen diese Möglichkeit nutzen können. Der Generalwalt *Alber* identifizierte dies als „einen typischen Fall, in dem Rechtsgleichheit bzw. eine formale Gleichheit eine Ungleichheit zum Nachteil der Frauen bewirkt“.⁵⁷⁵ Zugleich wurde in diesem

⁵⁶⁹ EuGH 17.6.1998, C-243/95, *Hill and Stapleton*, ECLI:EU:C:1998:298, Rn 42.

⁵⁷⁰ GA *Kokott*, Schlussanträge zu EuGH 8.6.2004, C-220/02, *Österreichischer Gewerkschaftsbund*, ECLI:EU:C:2014:2197, Rn 62.

⁵⁷¹ GA *Kokott*, Schlussanträge zu EuGH 8.6.2004, C-220/02, *Österreichischer Gewerkschaftsbund*, ECLI:EU:C:2014:2197, Rn 62.

⁵⁷² EuGH 19.3.2002, C-476/99, *Lommers*, ECLI:EU:C:2002:183, Rn 11.

⁵⁷³ EuGH 19.3.2002, C-476/99, *Lommers*, ECLI:EU:C:2002:183, Rn 16.

⁵⁷⁴ EuGH 19.3.2002, C-476/99, *Lommers*, ECLI:EU:C:2002:183, Rn 42.

⁵⁷⁵ GA *Alber*, Schlussanträge zu EuGH 19.3.2002, C-476/99, *Lommers*, ECLI:EU:C:2001:593, Rn 81.

Fall aber auch der Umstand bedacht, dass eine gruppenspezifische Maßnahme für Mütter „gleichwohl die Gefahr mit sich bringen könnte, zur Verfestigung einer herkömmlichen Rollenverteilung zwischen Männern und Frauen beizutragen“. ⁵⁷⁶ Darin kommt das Dilemma der Differenz geradezu idealtypisch zum Ausdruck: Sowohl durch formelle Gleichbehandlung als auch durch die Einrichtung von besonderen Rechten drohen Frauen hier Nachteile. ⁵⁷⁷

Auf den Einwand der Reproduktion von Stereotypen bzw die Konservierung vergeschlechtlichter Arbeitsteilung durch die Beschränkung auf Frauen ging insbesondere Generalanwalt *Alber* in seinen Schlussanträgen ein. Seiner Ansicht nach könnten Kinderbetreuungsregelungen für Frauen nicht als positive Maßnahmen angesehen werden, wenn sie dasselbe Ziel auch durch eine geschlechtsneutrale Regelung erreichen könnten, ohne rollenverfestigend zu wirken. ⁵⁷⁸ Er verweist auf die Kategorisierung positiver Maßnahmen aus *Kalanke*, die unter anderem solche Maßnahmen umfasst, „die bezwecken, das Gleichgewicht zwischen familiären und beruflichen Aufgaben und eine bessere Verteilung dieser Aufgaben auf die beiden Geschlechter zu fördern“. ⁵⁷⁹ Allerdings sei die Regelung im Fall *Lommers*, anders als die in *Kalanke* gegenständlichen Quotenregelungen, gerade kein Gegengewicht zu stereotypen Vorstellungen von Geschlecht. Ganz im Gegenteil wäre sie nach Ansicht der Kommission sogar „geeignet, die traditionellen Einstellungen gegenüber Müttern zu verstärken“, weshalb sie „im Widerspruch zu der gemeinschaftsrechtlichen Rechtfertigung positiver Maßnahmen für Frauen“ stehe. ⁵⁸⁰

Ein Aspekt der Förderung der Chancengleichheit zwischen Männern und Frauen, der durch die alleinige Adressierung von Frauen als Kinderbetreuerinnen vernachlässigt wird, ist die Übernahme von Sorgearbeit durch Väter. Männer können dadurch einen wesentlichen Teil zur Förderung der Geschlechtergleichheit leisten, sowohl durch die Entlastung konkreter Frauen als auch durch die Verschiebung der gesamtgesellschaftlichen Verteilung von Erwerbs- und Reproduktionsarbeit zwischen den Geschlechtern.

Bereits im Fall *Hofmann* hatte der Kläger vergeblich versucht zu argumentieren, dass ein über die Mutterschutzfrist hinausgehender Mutterschaftsurlaub vorrangig den Schutz vor Mehrfachbelastung bezwecke und dieser „gleichermaßen erreicht [werden könne], wenn Haushaltsführung und Kindesbetreuung durch den Vater wahrgenommen würden“. ⁵⁸¹ Die Doppelbelastung würde auch durch die Übernahme der elterlichen Verpflichtungen durch den Vater entfallen. Ob die konkrete Maßnahme im Fall *Lommers* allerdings diese Umverteilung der Sorgearbeit ermöglichen würde, ist äußerst fraglich, denn die Kinderbetreuung findet in diesem Szenario im Rahmen des betrieblichen Kinderbetreuungsangebots und nicht durch den Kläger statt. Was, wenn Herr *Lommers* den Anspruch auf den Platz wahrnimmt und seine Frau in der Zeit, in der das Kind nicht dort betreut wird, sämtliche Aufgaben in diesem Bereich übernimmt? Dem Ziel, auch Männern mehr Verantwortung für die Kinderbetreuung zu übertragen, wäre damit nicht gedient. Vor diesem Hintergrund scheint es, als wäre das

⁵⁷⁶ EuGH 19.3.2002, C-476/99, *Lommers*, ECLI:EU:C:2002:183, Rn 41.

⁵⁷⁷ Vgl *Minow*, Harvard Law Review 1987, 12.

⁵⁷⁸ GA *Alber*, Schlussanträge zu EuGH 19.3.2002, C-476/99, *Lommers*, ECLI:EU:C:2001:593, Rn 10.

⁵⁷⁹ GA *Alber*, Schlussanträge zu EuGH 19.3.2002, C-476/99, *Lommers*, ECLI:EU:C:2001:593, Rn 60 mVa GA *Tesaro*, Schlussanträge zu EuGH 17.10.1995, C-450/93, *Kalanke*, ECLI:EU:C:1995:105, Rn 9.

⁵⁸⁰ GA *Alber*, Schlussanträge zu EuGH 19.03.2002, C-476/99, *Lommers*, ECLI:EU:C:2001:593, Rn 36.

⁵⁸¹ EuGH 12.7.1984, C-184/83, *Hofmann*, ECLI:EU:C:1984:273, 3066.

Recht auf einen Kinderbetreuungsplatz keine geeignete Maßnahme, um Männer zu mehr Beteiligung an der Kinderbetreuungsarbeit zu ermutigen. Dafür spricht nach der Darstellung des Generalanwalts auch das Vorbringen des Klägers selbst: Er hat „nicht geltend gemacht, er müsse unter Umständen seine Erwerbstätigkeit einschränken, um die Betreuung seines Sohnes sicherzustellen, *sondern seine Ehefrau*, die einer Teilzeitbeschäftigung nachgehe, wolle nach der Geburt des Kindes ihre Erwerbstätigkeit fortsetzen“. ⁵⁸² Insofern stützt sein eigenes Vorbringen die Tatsache, dass der Mangel an Kinderbetreuungsplätzen ein akutes Frauenproblem ist und hier eine faktische Ungleichheit vorliegt, der mit der Bevorzugung von Frauen bei deren Zuteilung begegnet werden soll. ⁵⁸³

„Ob und in welchem Umfang die Schonung der Mutter auch durch die Freistellung des Vaters erreicht werden könnte“, ⁵⁸⁴ war dem Gerichtshof bereits im Fall *Hofmann* fraglich erschienen. Der Kläger hatte damals argumentiert, dass die Doppelbelastung für die Mutter durch die Übernahme der Kinderbetreuung durch den Vater entfiele, der Gerichtshof stimmte dem aber nicht zu. Damit es zu einer solchen Entlastung kommt, müsste gewährleistet sein, dass der Vater der Mutter die Belastungen durch Haushalt sowie Pflege und Betreuung des Kindes tatsächlich abnimmt, was ein Anspruch auf einen Kindergartenplatz freilich nicht leisten kann. ⁵⁸⁵ Nicht jede Maßnahme ist geeignet, die Beteiligung von Vätern an Kinderbetreuungs- und Haushaltsarbeit zu fördern. Selbst der Elternurlaub, der klar dem Zweck der Kinderbetreuung dient, führt nicht automatisch zu einer gleicheren Aufgabenteilung zwischen den Eltern. Viele Mütter sind auch während des Elternurlaubs des Vaters nicht (voll) erwerbstätig, sodass sie auch in dieser Zeit viele Aufgaben im Haus übernehmen. ⁵⁸⁶ Zudem haben Mütter durch den Mutterschutzurlaub und die gängige Aufteilung von Karenz, die der Frau die Anfangszeit zuweist, zu dem Zeitpunkt, zu dem der Vater Karenz nimmt, bereits Routine und viele Aufgaben werden trotz Karenzwechsels nicht übergeben. ⁵⁸⁷ Nichtsdestotrotz verbessert der Elternurlaub die Ausgangslage für die Übernahme von Kinderbetreuungsaufgaben durch Männer, wie in Kapitel 8 besprochen werden wird.

Der beschränkte Zugang zu Kinderbetreuungsplätzen im Fall *Lommers* wirft indes noch eine weitere Frage auf, nämlich jene, wie vermieden werden kann, dass durch den Ausschluss eines Anspruchs für Männer das Betreuungsproblem wiederum auf Frauen abgewälzt wird. Im gegenständlichen Fall geht es um die Ehefrau des Klägers, wie erwähnt wäre sie es, die mangels Kinderbetreuungsplatz ihre Erwerbstätigkeit einschränken müsste. Für eine Arbeitnehmerin, die Mutter ist, bedeutet der Verlust eines Kinderbetreuungsplatzes wahrscheinlich, die Erwerbsarbeitszeit reduzieren zu müssen. Für einen männlichen Arbeitnehmer ist diese Wahrscheinlichkeit geringer, solange er nicht alleinerziehend ist, springt wahrscheinlich die Mutter des Kindes ein. Nun wird als logische Folge dieses Arrangements dieser einspringenden Frau die Erwerbstätigkeit erschwert. Im Fall *Lommers* sah der Gerichtshof allerdings keine Verantwortung des Arbeitgebers gegenüber der Ehefrau seines Arbeitnehmers gegeben, da diese nicht dort angestellt war. Die etwaigen Nachteile in

⁵⁸² GA Alber, Schlussanträge zu EuGH 19.3.2002, C-476/99, *Lommers*, ECLI:EU:C:2001:593 (Hervorhebung MS).

⁵⁸³ EuGH 19.3.2002, C-476/99, *Lommers*, ECLI:EU:C:2001:593, Rn 51.

⁵⁸⁴ EuGH 12.7.1984, C-184/83, *Hofmann*, ECLI:EU:C:1984:273, 3066.

⁵⁸⁵ EuGH 12.7.1984, C-184/83, *Hofmann*, ECLI:EU:C:1984:273, 3066.

⁵⁸⁶ *Mauerer*, Alltagshandeln und Männlichkeitsentwürfe Onlinepublikation 2016, 2.

⁵⁸⁷ *Mauerer*, Alltagshandeln und Männlichkeitsentwürfe Onlinepublikation 2016, 2.

der Laufbahn der Ehefrau sah der Gerichtshof als unbedeutend für die Vorlagefrage an, da die Frage der Gleichheit bei den Arbeitsbedingungen nur auf Angestellte des Arbeitgebers bezogen werden kann.⁵⁸⁸ Die Doppelbelastung der andernorts angestellten Ehefrau von Herrn *Lommers* wurde ausdrücklich als ohne Bedeutung beurteilt.⁵⁸⁹ Dafür ist die Rechtsform der Maßnahme als Betriebsvereinbarung ausschlaggebend. Dem Arbeitgeber wurde nicht die Verantwortung zugesprochen, sich um die Gleichstellung von anderen als den bei ihm tätigen Frauen zu kümmern.

Im Fall *Roca Álvarez* sollten hingegen in der Überprüfung eines für alle Arbeitnehmer_innen gültigen Gesetzes genau solche Auswirkungen auf die – in diesem Fall nicht andernorts beschäftigte, sondern – selbstständig erwerbstätige Frau des Klägers zum ausschlaggebenden Argument werden: Der „Umstand, dass abhängig beschäftigten Vätern der im Ausgangsverfahren in Rede stehende Urlaub allein deshalb verweigert wird, weil die Mutter des Kindes nicht abhängig beschäftigt ist, [könnte] zur Folge haben, dass eine Frau wie die Mutter des Kindes von Herrn *Roca Álvarez*, die selbstständig tätig ist, gezwungen wäre, ihre berufliche Tätigkeit einzuschränken und die sich aus der Geburt ihres Kindes ergebende Belastung allein zu tragen, ohne dass der Vater des Kindes sie entlasten könnte“. ⁵⁹⁰ Meines Erachtens hätte dieser Gedanke auch im Fall *Lommers* stärker berücksichtigt werden können. Die Verantwortung des Arbeitgebers für Gleichbehandlungsmaßnahmen mit de facto überbetrieblicher Wirkung hätten bei einem Bundesministerium als öffentlichem Arbeitgeber möglicherweise strenger beurteilt werden können als bei einem privaten Unternehmen. Dies verneinte der Generalanwalt *Albers* jedoch, die Fürsorgepflicht eines wenn auch öffentlichen Arbeitgebers erstreckt sich in erster Linie auf seine Angestellten.⁵⁹¹ Während im Fall *Lommers* eine betriebliche Vereinbarung mit dem Ziel, die Repräsentation von Frauen im Betrieb zu verbessern und ihnen die Vereinbarkeit von beruflichen und familiären Pflichten zu ermöglichen, Gegenstand des Verfahrens war, ging es im Fall *Roca Álvarez* um ein Gesetz. Hinzu tritt die Tatsache, dass es sich bei den Kinderbetreuungsplätzen im Fall *Lommers* um eine begrenzte Ressource handelte, weswegen entschieden werden musste, welchen Arbeitnehmer_innen die Plätze zugutekommen können, während der Stillurlaub sämtlichen Arbeitnehmer_innen zur Verfügung gestellt werden konnte.

5.4.6. *Roca Álvarez* 2010: Ein Vater im „Stillurlaub“

Ein wichtiger Schritt „zur Anerkennung der Rechte und Verantwortung von Vätern“ wurde im Fall *Roca Álvarez* gesetzt.⁵⁹² Darin wurde ein sogenannter Stillurlaub, auf den nur Geburtsmütter Anspruch hatten, sowohl als mögliche Maßnahme zum Mutterschutz als auch als mögliche positive Maßnahme auf ihre Vereinbarkeit mit der Gleichbehandlungs-RL hin

⁵⁸⁸ EuGH 19.3.2002, C-476/99, *Lommers*, ECLI:EU:C:2001:593, Rn 49.

⁵⁸⁹ EuGH 19.3.2002, C-476/99, *Lommers*, ECLI:EU:C:2001:593, Rn 49.

⁵⁹⁰ EuGH 30.9.2010, C-104/09, *Roca Álvarez*, ECLI:EU:C:2010:561, Rn 37.

⁵⁹¹ „Diese Konstellation führt zu der weitergehenden Frage, ob ein öffentlicher Arbeitgeber wie das Landwirtschaftsministerium dazu verpflichtet sein kann, die Erwerbstätigkeit der Ehefrau eines Bediensteten zu fördern, die bei einem anderen Arbeitgeber beschäftigt ist. Diese Frage ist meines Erachtens zu verneinen, da der Arbeitgeber nur die Gleichbehandlung seiner Bediensteten sicherstellen muss. Außerdem erstreckt sich die Fürsorgepflicht des öffentlichen Arbeitgebers in erster Linie auf seine Bediensteten. Wenn er also eine Maßnahme zur Förderung der Erwerbstätigkeit von Frauen erlässt, darf er sich auf die bei ihm beschäftigten Arbeitnehmerinnen konzentrieren.“ GA *Alber*, Schlussanträge zu EuGH 19.3.2002, C-476/99, *Lommers*, ECLI:EU:C:2001:593, Rn 85.

⁵⁹² *Holzleithner in Scherr et al* 2017, 220.

überprüft. Auf die Charakterisierung dieser Stillzeit als Zeit der Kinderbetreuung bin ich bereits weiter oben eingegangen, an dieser Stelle möchte ich die Frage der Abhängigkeit des väterlichen Anspruchs vom Anspruch der Mutter ins Zentrum rücken. Ein eigenständiger Anspruch auf Elternrechte für Väter ist wesentlich, um sie als gleichberechtigte, aber auch gleichermaßen verantwortliche Elternteile anzuerkennen.

Die spanische Regelung sah für Arbeitnehmerinnen einen Anspruch auf eine bestimmte Arbeitszeitverkürzung vor, um ein Kind im Alter von unter neun Monaten zu stillen. Sofern beide Eltern unselbstständig erwerbstätig waren, konnte auch der Vater diesen Anspruch geltend machen.⁵⁹³ Dem Kläger *Roca Álvarez*, selbst Arbeitnehmer und Vater, wurde ein solcher Urlaub mit Verweis auf die selbstständige Tätigkeit seiner Frau verwehrt.

In der Folge hatte der Gerichtshof darüber zu entscheiden, ob der Anspruch auf Stillzeit nicht auch abhängig beschäftigten Vätern originär zukommen sollte und die Abhängigkeit ihres Anspruchs von dem der Mutter eine gegen den Grundsatz der Gleichbehandlung verstoßende diskriminierende Maßnahme sei.⁵⁹⁴ Tatsächlich beurteilte der EuGH diese Regelung als der Gleichbehandlungs-RL entgegenstehend. Wie in *Kommission gegen Frankreich* bereits angelegt, stellte er fest, dass sich Eltern von Kleinkindern „im Hinblick auf die für sie möglicherweise bestehende Notwendigkeit, ihre tägliche Arbeitszeit zu verringern, um sich um dieses Kind kümmern zu können, in einer vergleichbaren Lage“⁵⁹⁵ befinden und daher gleich zu behandeln sind, es sei denn, eine Ungleichbehandlung wäre als Mutterschutz- oder positive Maßnahme ausnahmsweise gerechtfertigt.

Entsprechend prüfte der Gerichtshof zunächst, ob die Regelung als Maßnahme zum Schutz der Frau bei Schwangerschaft und Mutterschaft gerechtfertigt war, was er verneinte.⁵⁹⁶ Er wiederholte die *Hofmann-Formel*, in der er „anerkennt, dass es im Hinblick auf den Grundsatz der Gleichbehandlung der Geschlechter gerechtfertigt ist, zum einen die körperliche Verfassung der Frau während und nach der Schwangerschaft und zum anderen die besondere Beziehung zwischen der Mutter und ihrem Kind während der Zeit nach der Entbindung zu schützen“.⁵⁹⁷ Er geht in der Folge aber fast ausschließlich auf den Punkt der körperlichen Verfassung ein und lässt die besondere Beziehung zwischen der Mutter und ihrem Kind hier fast ebenso unbegründet fallen, wie er sie dazumal aufbrachte.

Generalanwältin *Kokott* hingegen geht in ihren Schlussanträgen stärker auf diese besondere Beziehung und ihr Verschwinden ein: „Teilweise wird dieser Schutzaspekt als überholt angesehen, da die notwendige Zuwendung auch vom Vater des Kindes gewährt werden könne. Jedenfalls eine Doppelbelastung der Mutter dürfte gerade auch dadurch zu verhindern sein, dass der Vater die Betreuung des Kindes übernimmt.“⁵⁹⁸ Freilich ist dazu vorausgesetzt, dass der Vater tatsächlich die Betreuung übernimmt, was nicht durch jede Maßnahme gewährleistet ist, wie eben bereits in der Besprechung des Falls *Lommers* diskutiert wurde.

⁵⁹³ EuGH 30.9.2010, C-104/09, *Roca Álvarez*, ECLI:EU:C:2010:561, Rn 11.

⁵⁹⁴ EuGH 30.9.2010, C-104/09, *Roca Álvarez*, ECLI:EU:C:2010:561, Rn 15.

⁵⁹⁵ EuGH 30.9.2010, C-104/09, *Roca Álvarez*, ECLI:EU:C:2010:561, mVa EuGH 12.7.1984, C-184/83, *Hofmann*, ECLI:EU:C:1984:273, Rn 25.

⁵⁹⁶ EuGH 30.9.2010, C-104/09, *Roca Álvarez*, ECLI:EU:C:2010:561, Rn 27-31.

⁵⁹⁷ EuGH 30.9.2010, C-104/09, *Roca Álvarez*, ECLI:EU:C:2010:561, Rn 27.

⁵⁹⁸ GA *Kokott*, Schlussanträge zu EuGH 30.9.2010, C-104/09, *Roca Álvarez*, ECLI:EU:C:2010:561, Rn 42.

5.4.6.1. *Subsidiarität des Anspruchs: Ein Fuß in der Tür für Väter*

Zudem wurde argumentiert, dass die bestehende subsidiäre Möglichkeit der Inanspruchnahme durch den Vater darauf hindeute, dass die Arbeitszeitbefreiung nicht auf den körperlichen Schutz der Mutter gerichtet sei. Es „ist nicht ersichtlich, worin der Schutz der körperlichen Verfassung der Frau liegen soll, wenn sie persönlich keine Arbeitszeitverkürzung beansprucht und voll weiterarbeitet, während ihr Ehemann in den Genuss einer Arbeitszeitverkürzung kommt“.⁵⁹⁹ Es scheint für den Gerichtshof offensichtlich zu sein, dass hier allein der Schutz vor Doppelbelastung das Ziel der Regelung ist und diese auch durch die Übernahme der Betreuung durch den Vater erreicht werden kann. Der Schutz vor Doppelbelastung dient freilich auch der Gesundheit der Mutter, indem sie sich nicht der belastenden Arbeit zuhause und am Arbeitsplatz aussetzen muss – allerdings kann dies eben nicht nur durch die Vermeidung von Erwerbs-, sondern auch durch die Befreiung von Haus- und Kinderbetreuungsarbeit erreicht werden.

Im Vorhandensein eines zumindest subsidiären Anspruchs des Vaters liegt auch ein Unterschied zum Mutterschaftsurlaub des *Hofmann-Falles*. Es ist den Mitgliedstaaten überlassen, welche Mutterschutzmaßnahmen sie setzen. Spanien hatte zumindest die subsidiäre Möglichkeit der Arbeitsbefreiung für Männer vorgesehen, während Deutschland dies von vornherein gänzlich ausgeschlossen hatte.⁶⁰⁰ Dieser subsidiäre Anspruch, den Partner von unselbstständig erwerbstätigen Frauen bereits hatten, wurde nun ausschlaggebend für die Ausweitung des Stillurlaubs auf alle Väter: „Die Tatsache, dass der im Ausgangsverfahren in Rede stehende Urlaub sowohl von einem abhängig beschäftigten Vater als auch von einer abhängig beschäftigten Mutter genommen werden kann, bedeutet, dass sowohl der Vater als auch die Mutter für die Ernährung und die Kinderbetreuung sorgen *können*. Dieser Urlaub wird somit offenbar Arbeitnehmern in ihrer Eigenschaft als Eltern des Kindes gewährt.“⁶⁰¹

Bemerkenswert ist hier die Formulierung des Gerichtshofs, der aus der Tatsache, dass die Regelung Müttern und Vätern unter Umständen Kinderbetreuungszeiten gewährt, zu schließen scheint, dass beide Geschlechter diese Aufgabe erfüllen *können*. *Konnten* Männer in Deutschland keine Kinderbetreuungsaufgaben erfüllen, als eine Regelung zum Mutterschaftsurlaub diese Zeit ausschließlich Frauen zusprach? *Rechtlich* konnten sie es nicht! Diese Formulierung führt wieder zum anfangs in *Kommission gegen Italien* ausgeführten Gedanken der Begrenzung oder Ermöglichung von Lebensrealitäten durch das Recht zurück. Denn selbstverständlich *konnten* sich Männer auch im Deutschland der 1980er Jahre um ihre Kinder kümmern, sonst hätte Herr *Hofmann* wohl kaum darauf geklagt, es auch rechtlich anerkannt tun zu dürfen.

Da der Stillurlaub nicht als Mutterschutzmaßnahme gerechtfertigt war, wurde in einem zweiten Schritt geprüft, ob es sich um eine positive Maßnahme handelte.⁶⁰² Die spanische Regierung hatte vorgebracht, dass der Anspruch Müttern vorbehalten sei, um die effektiven

⁵⁹⁹ GA Kokott, Schlussanträge zu EuGH 30.9.2010, C-104/09, *Roca Álvarez*, ECLI:EU:C:2010:561, Rn 38.

⁶⁰⁰ GA Kokott, Schlussanträge zu EuGH 30.9.2010, C-104/09, *Roca Álvarez*, ECLI:EU:C:2010:561, Rn 41.

⁶⁰¹ EuGH 30.9.2010, C-104/09, *Roca Álvarez*, ECLI:EU:C:2010:561, Rn 31.

⁶⁰² EuGH 30.9.2010, C-104/09, *Roca Álvarez*, ECLI:EU:C:2010:561, Rn 32-38.

Benachteiligungen auszugleichen, denen Frauen gegenüber Männern in Bezug auf den Erhalt ihres Arbeitsplatzes nach der Geburt eines Kindes unterlägen.⁶⁰³

Die Generalanwältin *Kokott* argumentierte, dass eine Maßnahme wie der „Stillurlaub“ dadurch, dass sie es einer Mutter ermöglicht, ihren Arbeitsplatz zu behalten und dennoch Zeit zur Kinderbetreuung zu haben, offensichtlich der Begünstigung von Frauen dienen kann. Diese Wirkung vermindere sich aber nicht, sondern verstärke sich sogar durch die Möglichkeit, dass der Vater den Urlaub anstelle der Mutter in Anspruch nehmen kann, die „dank der ihrem Kind gewährten Pflege und Aufmerksamkeit keine nachteiligen Folgen für ihr Beschäftigungsverhältnis zu befürchten hätte“.⁶⁰⁴ Allerdings – und hier wird der Gedanke der Weichenstellung für unterschiedliche Lebensrealitäten sehr deutlich – „*begrenzt*“ die *Gestaltung dieser Möglichkeit* als abhängiger Anspruch die Möglichkeit von Vätern, die Kinderbetreuung zu übernehmen: „Nur dann, wenn beide Elternteile abhängig beschäftigt sind, können diese frei entscheiden, wer die Arbeitszeitbefreiung zur Kinderbetreuung nutzt.“⁶⁰⁵ Hat der abhängig beschäftigte Vater keinen Anspruch, muss die zusätzliche Betreuungszeit, die andernfalls der Stillurlaub gewährt, von der Mutter erbracht werden, sie muss entweder ihre selbstständige Tätigkeit einschränken und dadurch möglicherweise wirtschaftliche Nachteile erleiden oder aber die entsprechende Mehrbelastung tragen. Die „Entlastung durch den abhängig beschäftigten Vater des Kindes kann aber gerade nicht erfolgen“.⁶⁰⁶ Im Effekt werden die Möglichkeiten von Frauen sozusagen mit jenen der Väter ihrer Kinder mitbegrenzt.

Die Beschränkung der Stillzeit auf Frauen und die damit einhergehende Subsidiarität der Ansprüche von Vätern hat insofern negative Effekte auf Frauen. Diese Effekte betreffen gerade nicht die Frauen, die als Arbeitnehmerinnen ihren Anspruch mit abhängig beschäftigten Vätern „teilen“ müssten, sondern selbstständige Frauen, deren Partner sie mangels abgeleiteten Anspruchs nicht entlasten können. Es zeigt sich, dass gerade die Auswirkungen auf Angehörige von betroffenen Arbeitnehmern, die im Fall *Lommers* nicht relevant werden konnten, hier den Ausschlag geben, was allerdings wie bereits besprochen wesentlich mit der jeweiligen Rechtsform zusammenhängt.

Der Umstand, dass nur weiblichen Arbeitnehmerinnen ein individueller Anspruch auf Arbeitszeitbefreiung zusteht, während Männer nur einen von jenem der Mutter des Kindes abgeleiteten Anspruch haben, führt zu einer Fortschreibung der „herkömmlichen Rollenverteilung in die Zukunft“.⁶⁰⁷ Bedenken über diese negativen Folgen der Beschränkung der Stillzeit auf Frauen beziehen sich dabei nicht nur auf die im Fall betroffene Mutter, sondern auch auf Frauen als soziale Gruppe. Das spanische Gericht schrieb der Regelung einen „Bumerang-Effekt“ zu, denn aus Arbeitgeber_innensicht sporne sie dazu an, bei Einstellungen männliche Bewerber einer Bewerberin vorzuziehen: „Muss ein Arbeitgeber nämlich bei der Einstellung einer Frau bereits mit der Möglichkeit einer späteren Schwanger- und Mutterschaft und den damit zusammenhängenden Rechten der Arbeitnehmerin rechnen,

⁶⁰³ EuGH 30.9.2010, C-104/09, *Roca Álvarez*, ECLI:EU:C:2010:561, Rn 32.

⁶⁰⁴ EuGH 30.9.2010, C-104/09, *Roca Álvarez*, ECLI:EU:C:2010:561, Rn 35.

⁶⁰⁵ GA *Kokott*, Schlussanträge zu EuGH 30.9.2010, C-104/09, *Roca Álvarez*, ECLI:EU:C:2010:561, Rn 47.

⁶⁰⁶ GA *Kokott*, Schlussanträge zu EuGH 30.9.2010, C-104/09, *Roca Álvarez*, ECLI:EU:C:2010:561, Rn 47.

⁶⁰⁷ GA *Kokott*, Schlussanträge zu EuGH 30.9.2010, C-104/09, *Roca Álvarez*, ECLI:EU:C:2010:561, Rn 47 mVa EuGH 19.3.2002, C-476/99, *Lommers*, ECLI:EU:C:2001:593, Rn 101.

steht ihr zudem in jedem Fall auch ein Anspruch auf Gewährung der streitgegenständlichen Arbeitszeitbefreiung zu. Bei der Einstellung des männlichen Bewerbers ist der Arbeitgeber hingegen nicht nur ohnehin faktisch einem geringeren Risiko ausgesetzt, dass dieser überhaupt von der Arbeitszeitbefreiung Gebrauch macht. Vielmehr besteht in den Fällen, in denen die Mutter des Kindes selbständig ist, erst gar kein Anspruch des Arbeitnehmers auf die streitgegenständliche Arbeitszeitbefreiung.“⁶⁰⁸

5.4.7. Maistrellis 2015: Väterurlaub als Mittel zur Gleichberechtigung

Auch im Fall *Maistrellis* wurde die Frage der Abhängigkeit des Anspruchs eines Vaters auf Elternurlaub von der Erwerbstätigkeit der Mutter verhandelt. Diese stand sowohl den Bestimmungen der Gleichbehandlungs-RL als auch jenen der Elternurlaubs-RL entgegen.

Bereits in *Roca Álvarez* hatten die Generalanwältin *Kokott* und der Gerichtshof auf das Entgegenstehen eines nur subsidiären Anspruchs zur Elternurlaubs-RL hingewiesen, diese war damals aber noch nicht anwendbar. Es „geht sowohl aus dem Wortlaut der Rahmenvereinbarung als auch ihren Zielen und ihrem Regelungszusammenhang hervor, dass jeder Elternteil über das Recht auf Elternurlaub verfügt“, ⁶⁰⁹ folglich dürfen Mitgliedstaaten keine Regelung erlassen, nach der einem Vater das Recht auf Elternurlaub vorenthalten wird, wenn seine Ehegattin nicht erwerbstätig ist. Der EuGH verwies auf die allgemeinen Erwägungen der Rahmenvereinbarung im Anhang der Elternurlaubs-RL, denen zufolge Familienpolitik im Rahmen der „Förderung einer Beteiligung von Frauen am Erwerbsleben“⁶¹⁰ gesehen werden muss und explizit auch Männer ermutigt werden sollen, „in gleichem Maße familiäre Verantwortung“⁶¹¹ zu übernehmen, insbesondere durch Elternurlaub.

In seiner Prüfung nach der Gleichbehandlungs-RL verwies der Gerichtshof auf *Roca Álvarez* und bemängelte, dass die gegenständliche Regelung an die „Eigenschaft als Elternteil“⁶¹² für Männer und Frauen unterschiedliche Rechtsfolgen knüpft. Für Frauen reicht die Eigenschaft als Mutter aus, damit ein Anspruch auf Elternurlaub entsteht, bei Männern hingegen muss eine weitere Voraussetzung, nämlich die Anspruchsberechtigung der Mutter, hinzutreten. Diese „Einschränkung hinsichtlich der Gewährung des Elternurlaubs ausdrücklich nur für den Kindsvater“⁶¹³ stelle eine unmittelbare Diskriminierung aufgrund des Geschlechts im Sinne von Art 2 Abs 1 lit a der Gleichbehandlungs-RL dar.⁶¹⁴ Der Gerichtshof betonte, dass diese Bestimmung „eher zu einer Verfestigung der herkömmlichen Rollenverteilung zwischen Mann und Frau [führt], indem den Männern weiterhin eine im Hinblick auf die Wahrnehmung ihrer Elternschaft subsidiäre Rolle gegenüber den Frauen zugewiesen wird“. ⁶¹⁵ Er hob zudem hervor, dass die Bestimmung nicht dem Mutterschutz diene und entsprechend nicht unter den

⁶⁰⁸ GA *Kokott*, Schlussanträge zu EuGH 30.9.2010, C-104/09, *Roca Álvarez*, ECLI:EU:C:2010:561, Rn 48.

⁶⁰⁹ EuGH 16.7.2015, C-222/14, *Maistrellis*, ECLI:EU:C:2015:473, Rn 41.

⁶¹⁰ Rahmenvereinbarung im Anhang zur Elternurlaubs-RL, Anhang RL 2010/18/EU, ErwGr 7.

⁶¹¹ Rahmenvereinbarung im Anhang zur Elternurlaubs-RL, Anhang RL 2010/18/EU, ErwGr 8.

⁶¹² EuGH 16.7.2015, C-222/14, *Maistrellis*, ECLI:EU:C:2015:473, Rn 49 mVa EuGH 30.9.2010, C-104/09, *Roca Álvarez*, ECLI:EU:C:2010:561, Rn 23.

⁶¹³ GA *Kokott*, Schlussanträge zu EuGH 16.7.2015, C-222/14, *Maistrellis*, ECLI:EU:C:2015:473, Rn 49.

⁶¹⁴ EuGH 16.7.2015, C-222/14, *Maistrellis*, ECLI:EU:C:2015:473, Rn 52.

⁶¹⁵ EuGH 16.7.2015, C-222/14, *Maistrellis*, ECLI:EU:C:2015:473, Rn 50 mVa EuGH 19.3.2002, C-476/99, *Lommers*, ECLI:EU:C:2001:593, Rn 41; EuGH 30.9.2010, C-104/09, *Roca Álvarez*, ECLI:EU:C:2010:561, Rn 36.

Schutz der Richtlinie 92/85 fallen konnte. Eine Ausnahme im Sinne des Art 28 Abs 2 Gleichbehandlungs-RL war daher nicht gegeben. Diesbezüglich fand der Gerichtshof sehr klare Worte: Es „stellt [...] keineswegs eine Maßnahme zur Verbesserung der Sicherheit und des Gesundheitsschutzes von schwangeren Arbeitnehmerinnen, Wöchnerinnen und stillenden Arbeitnehmerinnen am Arbeitsplatz dar, wenn dem Vater des Kindes wegen der beruflichen Situation seiner Ehegattin das Recht auf Elternurlaub vorenthalten wird“.⁶¹⁶ Er konnte sich dabei auf die Schlussanträge der Generalanwältin *Kokott* beziehen, auch sie formuliert die Nicht-Subsumierbarkeit unter Art 28 Abs 2 Gleichbehandlungs-RL drastisch: „Die fragliche griechische Regelung fällt nicht unter diese Norm, da sie der Frau nicht besonderen Schutz wegen Schwangerschaft und Mutterschaft vermittelt, sondern *im Gegenteil* ihrem Ehegatten einen Anspruch auf Elternurlaub vorenthält.“⁶¹⁷

Diese starke Opposition zum Schutz der Mutter legt bereits nahe, dass der EuGH die Maßnahme auch nicht für zur Frauenförderung geeignet halten würde. „Vielmehr besteht sogar die Gefahr, dass sich durch eine derartige Regelung eine tradierte familiäre Rollenverteilung verfestigt und der nicht erwerbstätigen Ehefrau der Eintritt oder die Wiedereingliederung ins Berufsleben erschwert wird.“⁶¹⁸ In diesem Zusammenhang wurde auf die Erwägungen zur Gleichbehandlungs-RL verwiesen, die die Mitgliedstaaten in ihrem elften Erwägungsgrund gerade dazu auffordert, „Regelungen zur Vereinbarkeit von Familie und Beruf in Form von Elternurlaub für *beide* Elternteile zu schaffen, wobei keinerlei Differenzierung hinsichtlich des Geschlechts vorgesehen ist“.⁶¹⁹

5.4.8. Zwischenfazit zur Rechtsprechung des EuGH

Während der EuGH noch in den 1980er Jahren eine Beschränkung des Anspruchs auf Elternurlaub für Mütter mit Verweis auf deren besondere Beziehung zum Kind für gerechtfertigt erachtete, gelten heute auch Väter in ihrer Elternrolle als schützenswert. Die Beteiligung von Männern an der Kinderbetreuungsarbeit wird zudem als maßgeblich für die Erreichung des Ziels der Geschlechtergerechtigkeit anerkannt und gefördert.

Diese Entwicklung lässt sich in einige Punkte aufgliedern. *Erstens* erscheint das Verständnis von Mutterschutz enger. Während im Fall *Hofmann* noch ein sechsmonatiger Urlaub, der nur der Mutter, nicht aber dem Vater zustand, als Mutterschutzmaßnahme gerechtfertigt wurde, erkannte der EuGH im Fall *Roca Álvarez* einen ursprünglich direkt an den körperlichen Vorgang des Stillens gekoppelten Urlaub als dem Zweck der Kinderbetreuung entsprechenden und folglich beiden Eltern zustehenden Elternurlaub an. Der infolge der Fälle *Hofmann* und *Kommission gegen Italien* erweiterte Zweck des Mutterschutzes, die besondere Beziehung zwischen Mutter und Kind zu schützen, findet sich zwar als Formulierung noch häufig in der neueren Rechtsprechung, er wird allerdings nicht mehr auf dieselbe Art und Weise gewichtet. Insbesondere wächst das Verständnis dafür, dass Elternschaft eine schützenswerte Eigenschaft ist, „die sowohl männliche als auch weibliche Arbeitnehmer besitzen können“.⁶²⁰ Hier zeigt sich, wie wichtig ein genaues Auge auf die Zwecke des

⁶¹⁶ EuGH 16.7.2015, C-222/14, *Maistrellis*, ECLI:EU:C:2015:473, Rn 51.

⁶¹⁷ GA *Kokott*, Schlussanträge zu EuGH 16.7.2015, C-222/14, *Maistrellis*, ECLI:EU:C:2015:473, Rn 50.

⁶¹⁸ GA *Kokott*, Schlussanträge zu EuGH 16.7.2015, C-222/14, *Maistrellis*, ECLI:EU:C:2015:473, Rn 51.

⁶¹⁹ GA *Kokott*, Schlussanträge zu EuGH 16.7.2015, C-222/14, *Maistrellis*, ECLI:EU:C:2015:473, Rn 51.

⁶²⁰ EuGH 29.11.2001, C-366/99, *Griesmar*, ECLI:EU:C:2001:648, Rn 44; EuGH 25.10.1988, Rs 312/86, *Kommission/Frankreich*, ECLI:EU:C:1988:485, Rn 14.

Mutterschutzes ist, wo es nicht der Gesundheitsschutz rechtfertigt, erscheint der Ausschluss von Vätern und zweiten Elternteilen nicht nur nicht geboten, sondern diskriminierend und der Chancengleichheit von Männern und Frauen entgegenwirkend.

Zweitens geht das in der Rechtsprechung wieder enger werdende Verständnis von Mutterschutz, nämlich als nur dort greifend, wo die körperlichen Umstände von Mutterschaft eine Andersbehandlung verlangen, einher mit einem wachsenden Verständnis für die Wichtigkeit von Elternschutz, der auf die sozialen Aspekte von Elternschaft zielt. Die wesentlichen sozialen Schutzzwecke des Mutterschutzes dürfen keinesfalls vernachlässigt werden, doch ist es im Lichte der Gleichbehandlung geboten, sie auch auf Väter und soziale Mütter zu beziehen. Dies wiederum in mehrerlei Hinsicht, nämlich um Väter als Eltern gleich zu behandeln, aber auch zugunsten einer Umverteilung von unbezahlter Arbeit und damit zur Förderung von Frauen.

Seit 1996 gewährt die Elternurlaubs-RL beiden Elternteilen einen individuellen Anspruch auf einen solchen Urlaub und empfiehlt, diesen unübertragbar zu gestalten. Die Erwägungsgründe dieser Richtlinie bringen die „Förderung einer Beteiligung von Frauen am Erwerbsleben“⁶²¹ ganz explizit mit der Notwendigkeit in Zusammenhang, dass Männer „in gleichem Maße familiäre Verantwortung“⁶²² übernehmen wie Frauen, wozu Elternurlaub als geeignetes Mittel angesehen wird. Gerade bezüglich dieses Zusammenhanges zeigte sich in der Rechtsprechungsentwicklung eine Verschiebung, die Möglichkeit der Entlastung von Frauen durch die Übernahme familiärer Verantwortung durch Männer war im Fall *Hofmann* nur cursorisch besprochen worden, in den späteren Fällen *Roca Álvarez* und *Maistrellis*, zuletzt auch unter Bezugnahme auf die Elternurlaubs-RL, gewann dieses Argument an Gewicht.

Neben einer Entwicklung hinsichtlich der Beurteilung der Elternrollen von Männern und Frauen zeigten sich *drittens* auch unterschiedliche Herangehensweisen an die differenzkonservierenden Effekte positiver Maßnahmen. Auf Frauen beschränkte Maßnahmen können als Mutterschutz- oder als positive Maßnahmen zur Förderung der Chancengleichheit vom Diskriminierungsbegriff ausgenommen sein. Solche frauenspezifischen Maßnahmen bringen allerdings – gerade im Bereich der Kinderbetreuung – die Gefahr mit sich, mit der ausschließlichen Adressierung von Müttern tradierte Vorstellung von Geschlecht und Arbeitsteilung zu zementieren. Im Fall *Lommers* war eine solche positive Maßnahme, nämlich eine betriebliche Vereinbarung, die bei der Vergabe von Kinderbetreuungsplätzen Frauen gegenüber Männern bevorzugte, nach ausführlicher Abwägung dieser Gefahr als mit der Gleichbehandlungs-RL vereinbar anerkannt worden. Die rollenverfestigende Wirkung durch die Adressierung von Frauen als vorrangige Betreuerinnen von Kindern trat dabei hinter die Eignung zur Bekämpfung einer faktischen Ungleichheit, namentlich, dass Frauen tatsächlich stärker von Doppelbelastungen betroffen sind, zurück. Die Repräsentation von Frauen im Betrieb sollte dadurch verbessert werden. Die Auswirkungen auf Frauen außerhalb des Betriebs, in diesem Fall die Ehefrau des Klägers, waren aufgrund der Rechtsnatur als betriebliche Regelung nicht beachtlich gewesen. Ganz wesentlich war zudem die Knappheit der Kinderbetreuungsplätze, die Verteilung begrenzter Güter macht es notwendig, nach bestimmten Kriterien zu unterscheiden, um entsprechend verteilen zu können, im Fall eines

⁶²¹ Rahmenvereinbarung im Anhang zur Elternurlaubs-RL, Anhang RL 2010/18/EU, ErwGr 7.

⁶²² Rahmenvereinbarung im Anhang zur Elternurlaubs-RL, Anhang RL 2010/18/EU, ErwGr 8.

Urlaubsanspruchs besteht diese Notwendigkeit hingegen nicht. Es zeigte sich hier *viertens*, dass die Rechtsnatur einer Maßnahme und die Umstände des Einzelfalles jedenfalls beachtlich sind, weshalb nicht pauschal für oder gegen frauenspezifische Maßnahmen argumentiert werden kann.

In *Roca Álvarez* stand schließlich ein Gesetz zur Debatte, das den Anspruch auf Elternurlaub eines abhängig beschäftigten Vaters vom Arbeitsverhältnis der Kindsmutter abhängig machte. Diese gesetzliche Regelung wurde vom EuGH in ihrer gesamtgesellschaftlichen Auswirkung betrachtet und als Kinderbetreuungsaufgaben vornehmlich Frauen zuschreibend abgelehnt. Anders als im Fall *Lommers* wurden hier die negativen Auswirkungen einer nach Geschlecht differenzierenden Maßnahme ausschlaggebend; dass Vätern die Betreuung erschwert wurde, wurde dabei ausdrücklich auch als Nachteil für die Erwerbstätigkeit von Frauen kritisiert. Der rechtliche Umgang mit Elternschaft muss so gestaltet werden, dass er weder den besonderen Schutz von Müttern im Zusammenhang mit Schwangerschaft und Geburt vernachlässigt noch die vergeschlechtlichte Aufteilung von Sorgearbeit reproduziert. Der Schlüssel für eine solche Gestaltung ist es, Männer als Elternteile ernst zu nehmen und in die Verantwortung zu ziehen. Die besprochene Rechtsprechungsentwicklung zeigt, dass ein solches Verständnis wächst und die Ausweitung von Elternrechten auf Väter europarechtlich bereits begonnen hat.

Ergänzend zu den vorgebrachten Argumenten der Gleichbehandlung und Frauenförderung ist in den Schlussanträgen sowohl zu *Roca Álvarez* als auch zu *Maistrellis* explizit die Ermöglichung der Selbstbestimmung beider Elternteile zum Thema gemacht worden. Es stelle sich nicht nur die Frage, ob die Betreuung des Kindes durch den Anspruch auf Elternurlaub eines zweiten Elternteils gesichert sein könnte, vielmehr sollte das Recht „jedem Elternteil die Möglichkeit eröffnen, selbst zu entscheiden, ob er oder sie sich – unabhängig von seiner oder ihrer beruflichen Stellung – an der familiären Verantwortung durch die Betreuung des Kindes beteiligen will“.⁶²³ Diese Frage führt wiederum auf die juristische Gestaltung von Elternrechten zurück, während der Mutterschutz mit seinen Beschäftigungsverboten bestimmte Entscheidungen vorgibt, kennt die Elternurlaubs-RL keine obligatorischen Zeitbestimmungen. Diese Frage wird in Kapitel 7 im Mittelpunkt stehen, wo es um die Ermöglichung autonomer Entscheidungen durch Elternrechte geht, zunächst sollen aber – dafür grundlegend – die in der Rechtsprechung bereits aufgeworfenen Fragen hinsichtlich Gleichbehandlung und Differenzierung stärker theoretisiert werden.

6. Überlegungen zu Gleichheit und Differenz

„We may create difference either by noticing it or by ignoring it.“⁶²⁴

Die eben dargestellte Rechtsprechung bietet einen idealen Einstieg in einige theoretische Überlegungen zum Verhältnis von Gleichheit und Differenz. Darin zeigten sich bereits unterschiedliche Herangehensweisen an die konstatierten differenzkonservierenden Effekte frauenspezifischer Maßnahmen. Gerade im Bereich der Kinderbetreuung wurde in Bezug auf positive Maßnahmen mehrfach die Befürchtung geäußert, stereotype Vorstellungen von Geschlecht, Elternschaft und Arbeitsteilung zu reproduzieren. Bleiben solche Maßnahmen

⁶²³ GA Kokott, Schlussanträge zu EuGH 16.7.2015, C-222/14, *Maistrellis*, ECLI:EU:C:2015:241, Rn 39 mVa Rahmenvereinbarung über Elternurlaub, Anhang RL 2010/18/EU, ErwGr 5 (Hervorhebung MS).

⁶²⁴ Minow, Harvard Law Review 1987, 12.

hingegen aus, bestehen unter Umständen trotz formeller Gleichbehandlung faktische Ungleichheiten weiter. Denn wenn auf Differenzen zwischen Männern und Frauen (bzw. zwischen gebärfähigen und anderen Personen) kein Bedacht genommen wird, erfolgt möglicherweise eine Orientierung an der männlichen Norm, die die besonderen Bedürfnisse von Frauen vernachlässigt.⁶²⁵ Aus diesen Überlegungen resultieren Instrumente des Gleichbehandlungsrechts, die über bloß formelle Gleichbehandlung hinausgehen, wie etwa der Mutterschutz oder auch Frauenförderungsmaßnahmen, zugleich tritt in diesem Zusammenhang aber auch auf, was in den Legal Gender Studies im Anschluss an *Martha Minow* als „Dilemma der Differenz“⁶²⁶ verhandelt wird.

Dieses Dilemma besteht darin, dass sowohl durch die Gleichbehandlung als auch durch die Schaffung von Sonderregelungen die Differenz zwischen Männern und Frauen reproduziert werden kann.⁶²⁷ Insbesondere wird dabei der Effekt gruppenbezogener Rechte, sozial hergestellte Differenzen zu essentialisieren und verschiedene Lebensweisen innerhalb der geschützten Gruppen zu homogenisieren, problematisiert.⁶²⁸ Besondere Rechte für Frauen tragen insofern dazu bei, dass „die Kategorie ‚Frau‘ einen bestimmten Inhalt bekommt, der dann auf alle Frauen umgelegt wird“.⁶²⁹ Die im Grunde gleiche Beobachtung benennt *Wendy Brown* als Paradox, das im Umgang mit Rechten liege: „[T]he more highly specified rights are as rights for women, the more likely they are to build that fence insofar as they are more likely to encode a definition of women premised upon our subordination in the transhistorical discourse of liberal jurisprudence. Yet the opposite is also true, [...] the more gender-neutral or gender-blind a right (or any law or public policy) is, the more likely it is to enhance the privilege of men and eclipse the needs of women as their subordinates.“⁶³⁰ Den ersten Punkt beschreibt *Brown* in Berufung auf *Foucault* als Problem der regulierenden Zuschreibung; gruppenspezifische Rechte wiederholen stets die Zuweisung in Gruppen und machen die geschützte Position dadurch regulierbar.⁶³¹ An die (post)marxistische Tradition der Kritik liberalen Rechts anschließend konkretisiert sie den zweiten Punkt als Resultat ungleicher Machtverhältnisse in einer Gesellschaft, durch die Personen scheinbar neutrale Regelungen unterschiedlich für sich nutzbar machen können oder auch gegen sich gelten lassen müssen. Dadurch stabilisiere das scheinbar neutrale Recht stets die bestehende Ordnung.⁶³²

Ich möchte dieses Verständnis als Dilemma oder Paradox in mehrerlei Hinsicht herausfordern.

Erstens werde ich zu diesem Zweck den zentralen Text *Minows* einer genauen Lektüre unterziehen, in dem sie bereits selbst mehrere Auswege aus dem Dilemma vorschlägt, das ihres Erachtens nur in Zusammenschau mit bestimmten Vorannahmen zum Thema Differenz überhaupt als Dilemma beschrieben werden kann. Diese Vorannahmen sind ihr zufolge

⁶²⁵ *Holzleithner* in *Arioli et al* 2008, 6-7.

⁶²⁶ *Minow*, *Harvard Law Review* 1987, 12.

⁶²⁷ *Minow*, *Harvard Law Review* 1987, 12.

⁶²⁸ *Lembke/Liebscher* in *Apostolovski et al* 2014, 261.

⁶²⁹ *Holzleithner*, *KJ* 2008, 252.

⁶³⁰ *Brown*, *Constellation* 2000, 231, für den zweiten Punkt m.V.a. *MacKinnon*, *Feminism Unmodified* 1987, 73.

⁶³¹ *Brown*, *Constellation* 2000, 232.

⁶³² *Brown*, *Constellation* 2000, 232; vgl. zur marxistischen Rechtskritik auch einführend *AG Rechtskritik*, *Rechts- und Staatskritik* 2017.

allerdings so stark verwurzelt, dass die Probleme im Umgang mit Differenz unauflösbar erscheinen. *Minow* fordert dazu auf, diese zu dekonstruieren, um einen sinnvollen Umgang mit Differenz zu finden. Gut 30 Jahre nach Erscheinen des Texts ist es an der Zeit zu fragen, inwiefern die geforderte Dekonstruktion einiger dieser Vorannahmen stattgefunden hat. Unter anderem kann hierbei auf Erkenntnisse der Intersektionalitätsforschung und insbesondere *Kimberlé Crenshaws* aufgebaut werden.

Aus den an *Minow* und *Crenshaw* anschließenden Überlegungen heraus ergibt sich eine Perspektive der *Berechtigung* für alle Eltern. Ausgehend von den besonderen Bedürfnissen von Geburtsmüttern und der Setzung von derzeit vornehmlich weiblich konnotierten Lebensrealitäten als Norm können allgemeine Elternrechte entworfen werden.

Zweitens – und das wurde bereits bei der Analyse der geltenden Rechtslage und ihrer Effekte auf die Handlungsspielräume von Frauen und Männern angesprochen – verkompliziert sich das Dilemma der Differenz, je genauer wir auf Differenzen blicken und je ernster wir sie nehmen. Wirken sich Schutzmaßnahmen für Frauen auch negativ auf Frauen aus – oder aber wirken sich Schutzmaßnahmen unterschiedlich auf unterschiedliche Frauen aus? Auf den ersten Blick scheint sich der gordische Knoten noch enger zu schnüren, wenn die unterschiedlichen Lebensrealitäten, Gruppenzugehörigkeiten und Interessen von Frauen miteinbezogen werden. Ich möchte jedoch behaupten, dass er sich durch eine Auffächerung des Blicks besser in den Griff bekommen lässt. Die scheinbare Verkomplizierung erlaubt es, Dinge klarer zu sehen. Ergänzt man die Analyse der negativen Konsequenzen von Elternschutzregelungen um eine intersektionale Perspektive und bezieht insbesondere die soziokulturellen Positionierungen von Frauen mit ein, lässt sich das Dilemma relativieren. Im Ergebnis kristallisiert sich aus der Betrachtung der unterschiedlichen Nachteile, mit denen unterschiedliche Frauen im Zusammenhang mit Mutterschaft und Mutterschutz konfrontiert sind, die vergeschlechtlichte Arbeitsteilung zwischen Männern und Frauen als Anknüpfungspunkt für Elternrechte heraus.

Die Betrachtung der unterschiedlichen Effekte von Maßnahmen und der unterschiedlich starken Belastung bestimmter Gruppen mit unbezahlter Arbeit führt mich ergänzend zur Perspektive einer allseitigen Berechtigung, zu einer Perspektive der *Verpflichtung* durch Elternrechte, wobei ich mich zunächst auf die empirischen Befunde von *Hadas Mandel* und *Joan Williams* sowie darauf aufbauend auf theoretische sowie rechtspolitische Überlegungen von *Nancy Fraser* und *Frigga Haug* stützen werde, um zu argumentieren, warum obligatorische Schutzrechte auch für Väter und zweite Elternteile Sinn machen.

6.1. Martha Minows (Einwände zum) „Dilemma der Differenz“

„*Difference is only meaningful as comparison. [...] [W]omen are compared to the unstated norm of men [...].*“⁶³³

Martha Minow widmete sich 1987 verschiedenen Schwierigkeiten, mit denen Rechtsanwender_innen regelmäßig konfrontiert sind, wenn es um die – für das Recht ganz fundamentalen – Fragen von Gleichheit und Differenz geht. Sie beschreibt, dass es dabei zu Momenten kommt, die wie Dilemmata erscheinen, die in verschiedenen Versionen zutage treten. Die erste Version des Differenzdilemmas beschreibt den Umstand, dass wir Differenz

⁶³³ *Minow*, Harvard Law Review 1987, 13

sowohl dann reproduzieren, wenn wir sie wahrnehmen, als auch dann, wenn wir sie ignorieren.

In der Kritik eines formellen Gleichheitsversprechens gilt Mutterschaft als Paradebeispiel für dessen Auslassungen und Scheitern.⁶³⁴ Auch *Minow* erläutert ihre Überlegung am Beispiel von Schwangerschaft in der Arbeitswelt; wenn die biologischen Unterschiede von Frauen gegenüber Männern zu besonderen Maßnahmen in der Arbeitswelt führen, ist den betroffenen Frauen damit geholfen oder schadet es ihnen? Werden dadurch negative Stereotype gestärkt und wenn ja, ist das wesentlich?⁶³⁵ Diese erste Version des Dilemmas kreist damit gerade um diejenigen Fragen des (Arbeits-)Rechts, die in den vorangegangenen Kapiteln behandelt wurden.

Die zweite Version des Differenzdilemmas benennt *Minow* als Rätsel der Neutralität („riddle of neutrality“).⁶³⁶ Dieses Rätsel umschreibt im Wesentlichen die Probleme eines formellen Gleichheitsbegriffs. Indem das Recht neutral gegenüber jeglichen Merkmalen agiert, vernachlässigt es, dass bestimmte Merkmale eine immense Bedeutung für das Leben der Menschen haben können, die sich dadurch in unterschiedlichen Ausgangslagen befinden und unterschiedliche Bedürfnisse an das Recht richten. Neutralität im Sinne formeller Gleichbehandlung „may freeze in place the past consequences of differences“.⁶³⁷ Auch hier erscheint aber die Alternative nicht minder prekär; jedes Abgehen von dieser Neutralität, das heißt jede Anerkennung von Differenz, bekräftigt die angerufene Differenz auf einer symbolischen Ebene.⁶³⁸ Auch diese Version des Dilemmas betrifft Fragen, die in dieser Arbeit zentral sind.

Die dritte Version des Dilemmas der Differenz betrifft den Ermessensspielraum, der Organen bei ihrer Entscheidungsfindung zugestanden wird; sollen formelle Entscheidungsregelungen die Berücksichtigung von Differenz vorschreiben oder überlässt man dies den rechtsanwendenden Organen?⁶³⁹ Diese Frage des Ermessens und der Entscheidungsfindung spielt für die (gesetzliche) Regelung von Elternzeiten eine geringere Rolle und wird daher nur flüchtig besprochen.

Freilich stellt *Minow* in ihrem Text auch fest, dass sich in vielen Fällen mehrere Versionen des Dilemmas zugleich zeigen.⁶⁴⁰ In Bezug auf alle drei Versionen bzw ihr Zusammenspiel beschreibt sie weiter, dass sie mit bestimmten Vorannahmen und Denkweisen in Bezug auf Differenz einhergehen. Diese Vorannahmen, fünf an der Zahl, sind ausschlaggebend dafür, dass uns diese Dilemmata so unauflöslich erscheinen.⁶⁴¹ Es ist daher wesentlich, sie zu benennen:

Erstens würde Differenz weitgehend intrinsisch verstanden, tatsächlich aber ist sie stets relativ, immer abhängig von einem Vergleich. Zweitens folgt aus erstens, dass es einen Referenzrahmen gibt. Differenz wird im Vergleich zu einer unausgesprochenen Norm

⁶³⁴ *Dolderer et al* in *Dolderer et al* 2016, 9-10; *Hill Kay*, *Berkeley Women's Law Journal* 1985.

⁶³⁵ *Minow*, *Harvard Law Review* 1987, 12.

⁶³⁶ *Minow*, *Harvard Law Review* 1987, 12.

⁶³⁷ *Minow*, *Harvard Law Review* 1987, 12.

⁶³⁸ *Minow*, *Harvard Law Review* 1987, 12.

⁶³⁹ *Minow*, *Harvard Law Review* 1987, 13.

⁶⁴⁰ *Minow*, *Harvard Law Review* 1987, 30.

⁶⁴¹ *Minow*, *Harvard Law Review* 1987, 31.

verstanden, daher erscheint Gleichheit als Anpassung an diese Norm. Die dritte und die vierte Vorannahme betreffen die Rechtsanwendung und das Prinzip der Objektivität, das damit einhergeht, das Selbstverständnis und die Perspektive von Rechtssubjekten als irrelevant oder als durch das richterliche Ermessen mitabgegolten zu verstehen.⁶⁴² Schließlich werde fünftens die bestehende Weltordnung als neutral und natürlich verstanden.⁶⁴³ Diesen fünften Punkt konkretisiert sie auf das Verständnis, in einer Welt freier und gleicher Menschen zu leben, weswegen sich jede Abweichung vom Status quo als Bedrohung von Freiheit und Gleichheit darzustellen scheint.⁶⁴⁴

Minow schlägt sogleich alternative Ausgangspunkte vor. Differenz sollte nicht als Frage von Eigenschaften, sondern von Verhältnissen diskutiert werden. Wem oder was gegenüber Differenz gemessen wird, ist verhandelbar.⁶⁴⁵ Die Erkenntnis, dass Differenz eine Frage des Vergleichs ist, löst das Dilemma jedoch nicht auf, es verknüpft die Frage der Differenz lediglich mit jener der Perspektive; von wessen Standpunkt aus wird bestimmt, was Norm ist und was Abweichung? *Minow* kündigt bereits in der Einleitung an, keine Lösung zu bieten, keine Schablone, die über das Recht gelegt werden kann, um zu sehen, ob es denn mit Differenz sinnvoll umgeht. Vielmehr fordert sie dazu auf, sich in einen Streit über die Beschreibung der Realität zu begeben.⁶⁴⁶ Insbesondere hält sie es dabei für wesentlich zu erkennen, dass der Status quo und das Daranfesthalten nicht neutral sind, sondern eine von vielen Möglichkeiten darstellen, um die gerungen wird.⁶⁴⁷ Die Zurückhaltung bei der Regulierung von Vaterschaft kann in diesem Sinn auch als Zurückhaltung betreffend einer Veränderung des Status quo angesehen werden. Während es weitgehend etabliert ist, Müttern Vorgaben über ihre Zeitverwendung zu machen, herrscht Skepsis, wo Väter adressiert werden: „Women have thus become used to the allocation of their time being manipulated through targeted public policy, be it through welfare provision or employment policy. Men’s engagement with paid work and unpaid care has not had the same history and attempts by policymakers to instrumentalize men’s behaviour in relation to their work and wider social arrangements must overcome hostility fuelled by accusations of state interference with the ‘private’ lives of individuals.“⁶⁴⁸ Diese Beobachtung führt wiederum zur Frage, wessen Normalität den Maßstab für Gleichheit bildet, der bei der Gestaltung von Rechten angelegt wird.

Ungleichbehandlung kann in der Auseinandersetzung um die Beschreibung der Normalität sowohl Ausdruck von Unterdrückung sein, die dazu dient, die bestehende Normalität mit ihren Differenzen zu stützen, als auch zur Behebung vergangener Unterdrückung gedacht sein.⁶⁴⁹ Dieser Gedanke hat in den Instrumenten des Gleichbehandlungsrechts, in seinen Ausnahmen vom Gebot der formellen Gleichbehandlung, Niederschlag gefunden. Wie bereits besprochen sind bestimmte Ungleichbehandlungen in Art 3 und Art 28 der Gleichbehandlungsrichtlinie verankert und werden als mit dem Gebot der Gleichbehandlung

⁶⁴² *Minow*, Harvard Law Review 1987, 32-33.

⁶⁴³ *Minow*, Harvard Law Review 1987, 33.

⁶⁴⁴ *Minow*, Harvard Law Review 1987, 33.

⁶⁴⁵ *Minow*, Harvard Law Review 1987, 33.

⁶⁴⁶ *Minow*, Harvard Law Review 1987, 16.

⁶⁴⁷ *Minow*, Harvard Law Review 1987, 33.

⁶⁴⁸ *Busby*, International Journal of Discrimination and the Law 2018, 108.

⁶⁴⁹ *Minow*, Harvard Law Review 1987, 14.

vereinbar anerkannt. Diese Unterscheidung zwischen legitimen und nicht-legitimen Ungleichbehandlungen soll vermeiden, in die Bearbeitung vergangener Unterdrückung erneut Ungleichheiten einzuschreiben.⁶⁵⁰ Eine solche Bearbeitung verlangt mitunter die (temporäre) Bevorzugung von bislang unterdrückten Gruppen sowie die Anerkennung besonderer Bedürfnisse, die eine besondere Behandlung notwendig machen.

Denn Recht wird von Menschen gemacht, „who live in a world already made“.⁶⁵¹ Wir leben in einer Welt, die bereits besteht. Dieser scheinbar offensichtliche Satz ist wichtig, in ihm steckt die Erkenntnis, sich mit der Welt, wie sie ist, auseinandersetzen zu müssen und eine Theorie von Gleichheit und Gerechtigkeit zu entwerfen, die mit dieser Welt umgehen kann. Wir leben eben nicht hinter einem Schleier des Nichtwissens,⁶⁵² in keinem gedachten Naturzustand. Insofern ist ein wesentliches Anliegen *Minow*s Textes auch eine Kritik eines formellen Verständnisses von Gleichheit: Scheinbar neutrale Maßnahmen formeller Gleichbehandlung haben regelmäßig keinen neutralen Effekt, da sie nicht auf unberührten Boden fallen, sondern soziale Verhältnisse unterschiedliche Ausgangslagen für unterschiedliche Gruppen geschaffen haben und aufrechterhalten.⁶⁵³ Ein ähnlicher Gedanke begegnet uns auch in der Vulnerabilitätstheorie, wo eine Anforderung an Rechtsnormen lautet, in der Reaktion auf Vulnerabilitäten, die aus ungerechten Strukturen erwachsen, nicht erneut Vulnerabilität herzustellen.⁶⁵⁴

Seit den späten 1980er Jahren, in denen *Minow* ihren Text verfasste, wurden das Prinzip der Objektivität und die Problematik von Ermessensspielräumen viel verhandelt. Mit Blick auf diese Vorannahmen kann man heute sagen, dass sie jedenfalls teilweise einer Dekonstruktion unterzogen werden.⁶⁵⁵ Dass Objektivität in einem strengen Sinn in der juristischen Entscheidungsfindung kaum je möglich sein wird, sondern vielmehr als „Intersubjektivität“ verstanden werden kann, ist in den Rechtswissenschaften weitgehend anerkannt.⁶⁵⁶ In diesem Sinn ist der Begriff stark an die intersubjektive Nachvollziehbarkeit und Begründung von Entscheidungen gebunden.

Zudem hat auch die Intersektionalitätsforschung Vorannahmen über Gleichheit und Differenz herausgefordert, hier sei auf *Kimberlé Crenshaw* verwiesen, in deren Intersektionalitätstheorie das Dilemma der Differenz als grundsätzliches Problem eindimensionalen Gleichheitsdenkens erscheint. Sie beschreibt mit Blick auf Schwarze Frauen die Problematik der Kategorisierung als gleich oder ungleich: „It seems that I have to say that Black women are the same and harmed by being treated differently, or that they are different and harmed by being treated the same – But I cannot say both. This apparent contradiction is but another manifestation of the conceptual limitations of the single-issue analyses that intersectionality challenges.“⁶⁵⁷ Das Gebot, Gleiches gleich und Ungleiches ungleich zu behandeln, gebietet eine ständige

⁶⁵⁰ *Minow*, Harvard Law Review 1987, 14.

⁶⁵¹ *Minow*, Harvard Law Review 1987, 15.

⁶⁵² *Rawls*, A Theory of Justice 1999, 15-18.

⁶⁵³ *Minow*, Harvard Law Review 1987, 22.

⁶⁵⁴ Vgl. *Mackenzie* in *Mackenzie/Rogers/Dodds* 2013.

⁶⁵⁵ Vgl. zB *Westerman* in *Husa/Van Hoecke* 2013; *Hage* in *Husa/Van Hoecke* 2013; *Zilberszac*, *juridikum* 2018; *Bäcker/Baufeld*, *Objektivität und Flexibilität im Recht* 2005; historisch-kritisch zur Genese des Ideals vgl. *Ogorek* in *Ogorek/Barnert/Simon* 2008.

⁶⁵⁶ *Van Hoecke* in *Husa/Van Hoecke* 2013, 7.

⁶⁵⁷ *Crenshaw*, The University of Chicago Legal Forum 1989, 149.

Kategorisierung. Dies konstatiert auch *Minow*, indem sie schreibt, dass das Kategoriendenken des Antidiskriminierungsrechts bereits im juristischen Denken als solchem angelegt ist.⁶⁵⁸ Sie beschreibt dies mit Blick auf das Case Law, wo die Frage der Ähnlichkeit eines Falles zu einem Präjudiz ausschlaggebend ist. Aber auch die Subsumtion des Gesetzesrechts ist eine Form des kategorialen Denkens. So beschreibt etwa *Sonja Buckel* die juristische Eigenlogik als System, bestehend aus Gesetzen, richterlichen Entscheidungen usw., das „gesellschaftliche Sachverhalte unter juristische Kategorien“ subsumiert.⁶⁵⁹ Passt ein bestimmter Sachverhalt unter eine bestimmte Norm, in eine bestimmte Kategorie oder nicht? Die Anwendung des Rechts setzt die Übersetzung in Kategorien voraus, die voneinander abgegrenzt werden. Differenz erscheint dabei als etwas, das nur festgestellt („discovered“)⁶⁶⁰ werden muss und nicht durch die regulierende Anrufung re/produziert wird.

6.1.1. Vorannahmen herausfordern: „Weibliche“ Lebensrealitäten als Maßstab

Um diese Überlegungen nun auf die Frage der Un-/Gleichbehandlung von Geburtsmüttern und anderen Elternteilen zu beziehen, möchte ich in erster Linie auf die ersten beiden Vorannahmen bei *Minow* eingehen, namentlich, dass Differenz erstens intrinsisch und zweitens stets im Vergleich zu einer unausgesprochenen Norm verstanden wird.⁶⁶¹ Gleichheit erscheine folglich stets als Anpassung an diese Norm, die im Kontext des Geschlechterverhältnisses als männliche Norm benannt werden kann. Nicht zufällig wählt *Minow* Schwangerschaft als zentrale Frauen gegenüber Männern zugeschriebene Differenz als Beispiel für das Bestehen einer unausgesprochenen männlichen Norm als Voraussetzung des Differenzdilemmas.⁶⁶²

Die Benachteiligung von schwangeren Frauen am Arbeitsmarkt resultiert nach *Minow* aus einer Vorstellung von Gleichheit, die Männer zur unhinterfragten Norm erhebt. Es ist nicht die Schwangerschaft als solche, die Frauen zum Nachteil gereicht, sondern dieses Verständnis von Gleichheit. Benachteiligungen erwachsen insofern nicht aus dem körperlichen Vorgang an sich, sondern aus dem (zB arbeitsrechtlichen, betriebskulturellen etc) Umgang damit. *Minow* schließt daraus, dass das sich Dilemma der Differenz nicht durch die Frage auflösen lässt, ob nun besondere Regelungen für schwangere Frauen sinnvoll sind oder nicht, sondern durch die Kritik des zugrundeliegenden Gleichheitsverständnisses.

Minow beschreibt anhand des Supreme-Court-Falls *California Federal Savings and Loan Association v Guerra*,⁶⁶³ wie Schwangerschaft als Differenz gesetzt werde und sich die Frage des rechtlichen Umgangs damit auf ein Entweder-oder von Gleichheit und Differenz zuspitze. Im dem Fall war es um die Vereinbarkeit einer kalifornischen Regelung des California Fair Housing and Employment Act (FEHA),⁶⁶⁴ die Schwangeren bzw Müttern einen Freistellungsanspruch und ein Rückkehrrecht an den Arbeitsplatz zuerkannte, mit dem Pregnancy Discrimination Act (PDA) gegangen. Der PDA normiert, dass „women affected by pregnancy, child-birth, or related medical conditions shall be treated the same for all

⁶⁵⁸ *Minow*, Harvard Law Review 1987, 35.

⁶⁵⁹ *Buckel in Demirovic* 2008, 110.

⁶⁶⁰ *Minow*, Harvard Law Review 1987, 35.

⁶⁶¹ *Minow*, Harvard Law Review 1987, 32.

⁶⁶² *Minow*, Harvard Law Review 1987, 41.

⁶⁶³ *California Federal Savings and Loan Association v Guerra* 479 US 272 (1987).

⁶⁶⁴ California Fair Employment and Housing Act §12945(b)(2).

employment-related purposes, including receipt of benefits under fringe benefit programs, as other persons not so affected but similar in their ability or inability to work“.⁶⁶⁵ Es darf demnach keine Ungleichbehandlung gegenüber Arbeitnehmer_innen erfolgen, die vergleichbar in ihrer Arbeitsfähigkeit eingeschränkt sind. Der Arbeitgeber Cal Fed gewährte seinen Arbeitnehmer_innen nach mindestens dreimonatiger Tätigkeit „unpaid leaves of absence for a variety of reasons, including disability and pregnancy“.⁶⁶⁶ Der FEHA normierte nun darüber hinaus ein Rückkehrrecht für Mütter nach dem Mutterschutzurlaub.⁶⁶⁷ Als eine Arbeitnehmerin dieses Recht in Anspruch nehmen wollte und von Cal Fed zurückgewiesen wurde, klagte sie aufgrund eines Verstoßes gegen den FEHA. Ihr Arbeitgeber hielt allerdings dagegen, indem er ein Feststellungsurteil verlangte, dass der FEHA nicht mit dem PDA vereinbar sei, da er eine Ungleichbehandlung darstelle. Man befürchte, „subject to reverse discrimination suits [...] by temporarily disabled males who do not receive the same treatment as female employees disabled by pregnancy“ zu werden.⁶⁶⁸ In der Folge ging es darum, ob frauenfördernde Regelungen vom Diskriminierungsverbot erfasst oder durch den PDA als eine Art positive Maßnahme gedeckt wären. Der Supreme Court stellte fest, dass das Rückkehrrecht des FEHA dem PDA nicht entgegenstand, beide teilten dasselbe Ziel, die Benachteiligung von Frauen am Arbeitsmarkt zu beseitigen und die Vereinbarkeit von Familie und Beruf zu fördern.⁶⁶⁹ Das Rückkehrrecht nach einer schwangerschaftsbedingten Freistellung wurde als gerechtfertigte Ungleichbehandlung gegenüber anderen in Freistellung befindlichen Arbeitnehmer_innen anerkannt, da es der Bekämpfung von Hindernissen für Frauen in der Arbeitswelt dient. Die Anerkennung einer Besserstellung von Schwangeren nicht als Diskriminierung, sondern als Gebot der Geschlechtergleichheit macht dieses Urteil zu einem Meilenstein für die Gleichbehandlung von Männern und Frauen in den USA.⁶⁷⁰

Im Kontext des Dilemmas der Differenz stellte *Minow* allerdings noch einen weiteren Aspekt heraus; die Urteilsbegründung setzte sich mit der Möglichkeit auseinander, wie allenfalls eine Unvereinbarkeit der Regelungen zu umgehen wäre, und brachte dabei Überlegungen aus dem *Oral Argument* vor, in denen angeregt wurde, das Rückkehrrecht des FEHA auf vergleichbare Freistellungen von Männern auszuweiten: FEHA „does not compel California employers to treat pregnant workers better than other disabled employees; it merely establishes benefits that employers must, at a minimum, provide to pregnant workers. Employers are free to give comparable benefits to other disabled employees, thereby treating ‚women affected by pregnancy‘ no better than ‚other persons not so affected but similar in their ability or inability to work‘.“⁶⁷¹

Minow hebt nun hervor, dass darin der Appell zum Ausdruck kommt, die Lebensrealität von Frauen zum Maßstab („women’s experience as the benchmark“) für die Etablierung von Rechten zu machen.⁶⁷² Arbeitgeber_innen könnten sowohl der Anforderung eines Rückkehrrechts für Mütter als auch der Forderung nach Gleichbehandlung nachkommen,

⁶⁶⁵ Pregnancy Discrimination Act (PDA) of 1978 (Pubic Law 95–555).

⁶⁶⁶ *California Federal Savings and Loan Association v Guerra* 479 US 272 (1987), II, 6.

⁶⁶⁷ California Fair Employment and Housing Act §12945(b)(2).

⁶⁶⁸ *California Federal Savings and Loan Association v Guerra* 479 US 272 (1987), II, 10.

⁶⁶⁹ *California Federal Savings and Loan Association v Guerra* 479 US 272 (1987), 25–26.

⁶⁷⁰ So etwa *MacKinnon*, Yale Journal of Law and Feminism 1991, 14–15.

⁶⁷¹ *California Federal Savings and Loan Association v. Guerra*, 479 U.S. 272 (1987), III, C, 30.

⁶⁷² *Minow*, Harvard Law Review 1987, 41.

wenn sie die Rechte für Schwangere zum Mindeststandard machten. „Using the minimum benefits for women as the starting point, the Court held that the state law and the federal law [das Diskriminierungsverbot des PDA und das Rückkehrrecht des FEHA] were compatible because employers could comply with both by providing to men reinstatement benefits comparable to those available to women following leaves for pregnancy.“⁶⁷³

Die geforderte Gleichbehandlung bezog sich hier zwar nicht auf Männer und Frauen in ihrer Elterneigenschaft, sondern auf gesundheitlich temporär beeinträchtigte Arbeitnehmer_innen, der für den weiteren Verlauf der Argumentation wesentliche Punkt bleibt allerdings der, dass die Rechte schwangerer Frauen als Ausgangspunkt für eine über diese Gruppe hinausgehende Berechtigung vorgeschlagen wurden.

Diese Setzung der Geburtsmutter als ‚benchmark‘ birgt großes Potential für die Adressierung des Differenzdilemmas. Zentral in der Auseinandersetzung mit diesem Dilemma ist die Befürchtung, dass die Alternative zu Sonderrechten für Frauen deren ersatzloser Entfall wäre. So führte etwa im Fall *Kommission v Frankreich* das Verständnis, dass Väter in ihrer Elterneigenschaft gleichermaßen schützenswert sind wie Mütter, zur Aufhebung von mutterschutzbezogenen Sonderregelungen für Frauen.⁶⁷⁴ Diese Lösung stößt berechtigterweise auf Kritik, doch was, wenn die Alternative zu gruppenspezifischen Rechten nicht deren Streichung, sondern ihre Ausdehnung wäre? Freilich lässt sich diese Überlegung nicht auf jede Maßnahme übertragen, eine Quotenregelung, die die Stellenvergabe zwischen zwei ebenbürtigen Kandidat_innen entscheiden soll, lebt gerade von ihrer Anwendbarkeit auf nur eine oder einen der beiden. Ähnlich auch die bevorzugte Vergabe begrenzter Kinderbetreuungsplätze an Frauen im Fall *Lommers*, wo angesichts der Knappheit der zu vergebenden Plätze zu befürchten war, dass männliche Arbeitnehmer diese ihren Kolleginnen „wegschnappen“. Entsprechend war die Beschränkung auf Frauen trotz der Feststellung, dass diese Maßnahme „gleichwohl die Gefahr mit sich bringen könnte, zur Verfestigung einer herkömmlichen Rollenverteilung zwischen Männern und Frauen beizutragen“, ⁶⁷⁵ für gerechtfertigt angesehen worden. Dies griff auch *Holzleithner* auf und führte aus, „dass der EuGH den Fall richtig (auch im Einklang mit seiner sonstigen Judikatur zu quotierten Vorrangregeln) entschieden hat. Andernfalls wären alle frauenfördernden Maßnahmen gefährdet, die auf die Realität weiblicher Mehrfachbelastung reagieren.“⁶⁷⁶ Dieser Beurteilung für den konkreten Fall ist jedenfalls zuzustimmen, darüber hinaus liegt dem Nachsatz zur Gefährdung frauenfördernder Maßnahmen ebenjene Warnung zugrunde, nicht „unter den Fahnen der Gleichheit [...] eine Anpassung an eine implizite männliche Norm zu forcieren“. ⁶⁷⁷ Hierin ist die Kritik jenes unzureichenden Verständnisses von Gleichheit angelegt, das auch *Minow* als eine der zentralen Vorannahmen in Bezug auf das Differenzdilemma benannt hat. Vielmehr müsse, so auch *Holzleithner* weiter, die Rechtsordnung von Anfang an auch weibliche Lebensrealitäten miteinbeziehen.⁶⁷⁸ Aufgrund der derzeitigen vergeschlechtlichten Organisation von Arbeit inner- und außerhalb der

⁶⁷³ *Minow*, Harvard Law Review 1987, 41.

⁶⁷⁴ EuGH 16.7.2015, C-222/14, *Maistrellis*, ECLI:EU:C:2015:473 Rz 47 mVa EuGH 25.10.1988, C-312/86, *Kommission v Frankreich*, EU:C:1988:485, Rz 14 (Hervorhebung MS).

⁶⁷⁵ EuGH 19.3.2002, C-476/99, *Lommers*, ECLI:EU:C:2001:593, Rn 41.

⁶⁷⁶ *Holzleithner* in *Arioli et al* 2008, 9.

⁶⁷⁷ *Holzleithner* in *Arioli et al* 2008, 6-7.

⁶⁷⁸ *Holzleithner* in *Arioli et al* 2008, 7.

Familie bedeutet dies gerade im Kontext der Vermeidung von Mehrfachbelastung, auch Betreuungsverpflichtungen miteinzubeziehen.

Um diese Überlegungen noch einmal auf *Minows* Kategorisierung von differenzbezogenen Vorannahmen zu beziehen, kann auch die fünfte Annahme betreffend die Neutralsetzung des Status quo herangezogen werden: Derzeit werden Schwangerschaft und Kinderbetreuungspflichten als differente Abweichungen im Vergleich zu einer „normalen“ ununterbrochenen Erwerbsbiografie verstanden. Dadurch wird eine typisch männlich gedachte Biografie ohne Schwangerschaft und Betreuungsverpflichtungen zur Vergleichsnorm. (Nur) wer von der Norm abweicht, wer schwanger ist und gebiert, wird anders behandelt. Dass Väter und zweite Elternteile vor diesem Hintergrund keinen mit dem Mutterschutz vergleichbaren Urlaub haben, erscheint normal und richtig. Die Organisation von Erwerbsarbeit, die kaum deren Vereinbarung mit familiären Verpflichtungen und einem erfüllten Privatleben erlaubt, erscheint als neutraler Status quo. Ob die Struktur und Praxis der Erwerbsarbeit, des Markts und des Rechts hingegen anders aussehen, „if they had developed with the assumption that their participants had to accommodate to the needs of child-bearing, child-rearing, and the responsibilities of domestic life“?⁶⁷⁹ Wäre unsere Arbeitswelt anders organisiert, wenn die Fähigkeiten zu Schwangerschaft und Geburt sowie Verantwortungen im Bereich der Kinderbetreuung und des Haushalts in ihrer Gestaltung stärker berücksichtigt würden? Hierin zeigt sich noch einmal in aller Deutlichkeit die Bedeutung der Frage, wessen Lebensrealität zum Maßstab für die Gestaltung der Welt herangezogen wird.

Kinderbetreuungspflichten sind derzeit zwar vornehmlich Teil weiblicher Lebensrealitäten, die Unterbrechbarkeit von Erwerbsarbeit zu ihren Gunsten kommt dennoch allen Eltern zugute. Diese vermeintlich weibliche Norm ist im Grunde lebensnäher als die vermeintlich männliche Norm einer möglichst ununterbrochenen Erwerbsbiografie. Auch Männer arbeiten nicht natürlicherweise acht oder mehr Stunden am Tag viele Jahre am Stück. Es handelt sich nicht nur um eine männliche, sondern um eine den Gesetzen des kapitalistischen Marktes gehorchende Norm. Das Konzept der Normalarbeitszeit, welches sich in der Nachkriegszeit herausgebildet hat, beschreibt die 40 Wochenstunden Vollzeit umfassende, dauerhafte Integration in den Arbeitsmarkt in Arbeitsverhältnissen, die Kollektivverträgen unterliegen. Dadurch wurde „eine Erwerbsform institutionalisiert, die keine Beteiligung an der Reproduktionsarbeit in der Privatsphäre vorsieht“.⁶⁸⁰ Heute arbeiten viele Menschen in sogenannten „atypischen“ Arbeitsverhältnissen, gerade unter Müttern ist Teilzeiterwerbstätigkeit weit verbreitet,⁶⁸¹ doch hat dies an der Zuschreibung von Fürsorgearbeit an Frauen bislang wenig geändert. Die Frage der Vereinbarkeit von Sorge- und Erwerbsarbeit stellt sich derzeit als Frauenfrage, obwohl sie sich ebenso als grundsätzliche Frage der Organisation von Arbeit in einer Gesellschaft stellen könnte. Eine gut finanzierte Auszeit von der Erwerbsarbeit zur Kinderbetreuung sollte eine Selbstverständlichkeit für alle Arbeitnehmer_innen sein. Dadurch würde auch anerkannt, dass Sorgebeziehungen Teil menschlichen Lebens sind und Erwerbsarbeit damit vereinbar sein muss. Entsprechend schließt auch *Minow* mit dem Appel, dass Schwangerschaft und Familienverpflichtungen nicht als störende Abweichungen, sondern als Teil der Normalität angesehen werden sollten:

⁶⁷⁹ Moller Okin in Held 1991, 83.

⁶⁸⁰ Achatz in Abraham/Hinz 2008, 274.

⁶⁸¹ Gerlach in Gerlach 2017, 11.

„Employers do not have to treat pregnancy and parenthood as a disability, but instead as a part of the lives of valued workers.“⁶⁸²

6.1.2. Mütter als alternativer Ausgangspunkt: Eine berechtigte Perspektive

Insofern lassen sich allgemeine Elternrechte formulieren, die die Lebensrealität von Müttern zum Ausgangspunkt nehmen. Dadurch würde eine ausgesprochene – derzeit de facto vor allem weibliche Lebensrealitäten umfassende – Norm anstelle der unausgesprochenen männlichen Norm gesetzt. Solange die besonders schutzbedürftige Position der Geburtsmutter als Ausgangspunkt dient, können allgemeine Regelungen vorgeschlagen werden, die im Größenschluss auch solche Positionen schützen, die in schwächerer Weise von ähnlichen Gefährdungen, etwa der Doppelbelastung durch Kinderbetreuung und Erwerb, bedroht sind. Dies bedeutet nicht, die körperliche Dimension von Schwangerschaft und Geburt zu negieren oder zu vernachlässigen, sondern den Schutz, den diese Besonderheiten erforderlich machen, zum Ausgangspunkt für allgemeine Regelungen für Arbeitnehmer_innen, die Eltern werden, zu machen.

In diesem Zusammenhang möchte ich auf Überlegungen von *Crenshaw* eingehen.⁶⁸³ Sie schlägt vor, sich bei der Gestaltung von Maßnahmen an der am stärksten marginalisierten Gruppe zu orientieren, da davon ausgegangen werden darf: „When they enter, we all enter.“⁶⁸⁴ Sie kritisiert, dass demgegenüber derzeit vielfach von der privilegiertesten Position innerhalb einer gefährdeten Gruppe ausgegangen würde. Insbesondere gelte dies für Antidiskriminierungsmaßnahmen; diese würden erstens auf hierarchisierenden und ausschließenden Kategorien beruhen und zweitens dazu neigen, auf die privilegierteste Schicht einer diskriminierten Gruppe zu zielen. Diese These fußt auf einer grundsätzlichen Kritik an der Funktionsweise des Antidiskriminierungsrechts als Korrektiv für ein an und für sich funktionierendes System. *Crenshaw* beschreibt dies als „bis auf“-Analyse („but-for“) der Zugangsmechanismen zu gesellschaftlichen Ressourcen, die eben diejenigen zum Ausgangspunkt nimmt, die „bis auf“ ihre Zugehörigkeit zu einer bestimmten Gruppe alle notwendigen Voraussetzungen zur Teilhabe mitbringen: „Underlying this conception of discrimination is a view that the wrong which antidiscrimination law addresses is the use of race or gender factors to interfere with decisions that would otherwise be fair or neutral. [...] Because the scope of antidiscrimination law is so limited, sex and race discrimination have come to be defined in terms of the experiences of those who are privileged but for their racial or sexual characteristics.“⁶⁸⁵ Auch *Susanne Baer* benennt in ihrer Kritik von gruppenspezifischen Antidiskriminierungsmaßnahmen die Begünstigung elitärer Repräsentationspolitik. Für sie ist allerdings das Kategoriale des Antidiskriminierungsrechts und weniger der Inklusionsgedanke zentral: „Wer sich an Gruppen orientiert, tendiert dazu, kollektive Identitätskonzepte als Identitätspolitik zu verfestigen. Das begünstigt elitäre Repräsentationspolitiken, denn in Gruppen sprechen dann leaders für andere, mit denen nicht selbst gesprochen werden muss.“⁶⁸⁶

⁶⁸² *Minow*, Harvard Law Review 1987, 72.

⁶⁸³ *Crenshaw*, The University of Chicago Legal Forum 1989, 166.

⁶⁸⁴ *Crenshaw*, The University of Chicago Legal Forum 1989, 167.

⁶⁸⁵ *Crenshaw*, The University of Chicago Legal Forum 1989, 151.

⁶⁸⁶ *Baer* in *Heinrich Böll Stiftung* 2010, 11.

Demgegenüber birgt *Crenshaws* Ansatz das Potential, durch die Adressierung der marginalisiertesten Position auch weniger stark Betroffene mit zu umfassen: „If their efforts instead began with addressing the needs and problems of those who are most disadvantaged and with restructuring and remaking the world where necessary, then others who are singularly disadvantaged would also benefit.“⁶⁸⁷ Auch wenn ein solches Umdenken nicht von heute auf morgen zu erwarten sei, wäre ein erster Schritt damit getan, das vorherrschende Verständnis von Diskriminierung sowie die etablierten Mechanismen zu deren Bekämpfung zu hinterfragen. *Crenshaw* glaubt, darin auch eine Basis für die Ermöglichung kollektiven Handelns – anstelle von Zersplitterung entlang der typischen Kategorien des Antidiskriminierungsrechts – legen zu können.

Durch das Abstellen auf die (potentiell) am stärksten betroffene Position vermag eine Maßnahme einen möglichst großen Kreis an Betroffenen abzudecken, ohne die typischerweise vernachlässigte Gruppe außen vor zu lassen. *Crenshaws* Forderung lautet, die besonders und mehrfach Marginalisierten ins Zentrum zu rücken, um viele miteinzuschließen. Nun mag es auf den ersten Blick paradox erscheinen, diesen Gedanken auf die Gruppe Mütter anzuwenden, die als solche wiederum divers ist und intersektional betrachtet werden muss. Insofern wären jedenfalls beispielsweise die Umstände von Alleinerzieherinnen oder von Frauen/Kindern mit besonderen Bedürfnissen einzubeziehen. Vor allen Dingen aber ist darin ein Gedanke angelegt, der für die Schaffung und Prüfung von Rechten herangezogen werden kann; nämlich jener, besondere Bedürfnisse einzubeziehen, anstatt sie abzusondern.

Derjenige Zeitraum, der für die Geburtsmutter durch ihre besondere körperliche Situation jedenfalls notwendig ist, sollte allen Eltern zur Verfügung stehen. Bei dessen Festlegung könnte das Mindestmaß der Mutterschutz-RL als Ausgangspunkt dienen, dieses umfasst 14 Wochen ununterbrochenen Urlaubs, obligatorisch sind davon zwei Wochen vor und/oder nach der Geburt. Das Übereinkommen zur Beseitigung jeglicher Diskriminierung von Frauen (CEDAW) sieht hingegen keine bestimmte Zeitspanne vor, sondern normiert in Art 11 Abs 3, dass in regelmäßigen Abständen anhand wissenschaftlicher und technischer Erkenntnisse überprüft werden sollte, welche Zeitspanne notwendig ist. In der Kommentierung wird dargelegt, dass diese Formulierung der Überlegung geschuldet ist, dass nicht unter dem Vorwand des Gesundheitsschutzes übermäßige Beschäftigungsverbote erlassen und dadurch Frauen auf dem Arbeitsmarkt benachteiligt werden.⁶⁸⁸

Durch eine Ausweitung des Beschäftigungsverbots auf alle Eltern würde indes die besondere Situation rund um die Geburt anerkannt, doch anstatt Sonderregelungen zu schaffen, die bekanntermaßen auch Nachteile mit sich bringen können – etwa Hemmungen, Frauen eines bestimmten Alters anzustellen, oder allgemeiner die Reproduktion von Stereotypen –, wird diese Situation zur Basis für Regelungen für alle Eltern. Unabhängig davon, wie ein Elternteil zum Kind kommt, durch Adoption oder durch Geburt (durch die Partnerin), sollte ein dem Mutterschutz in Dauer und Schutzniveau gleichstehender Anspruch entstehen. Eine solche Elternzeitregelung käme insbesondere auch solchen Familienkonstellationen zugute, in denen kein Elternteil das Kind gebiert und daher kein Anspruch auf Mutterschutz besteht.

⁶⁸⁷ *Crenshaw*, The University of Chicago Legal Forum 1989, 167.

⁶⁸⁸ *Binder/Lempen* in *Schläppi/Ulrich/Wyttenbach*, CEDAW Kommentar, Art 11, Allgemein, Rn 11, 72.

6.2. Wessen Dilemma? Verkomplizierungen innerhalb der Gruppe „Frauen“

Die eben dargestellte Kritik am Antidiskriminierungsrecht leitet dazu über, die Effekte verschiedener Gleichbehandlungsmaßnahmen auf verschiedene Gruppen von Frauen zu beleuchten. Denn ein weiterer wesentlicher Aspekt des Dilemmas der Differenz ist die Befürchtung, durch die Adressierung spezifischer Gruppen negative Folgen für dieselben auszulösen. Mit *Minow* gesprochen, geht es dabei um die Variante des Differenzdilemmas, demzufolge nicht nur im Ignorieren, sondern auch im Wahrnehmen von Differenz deren Reproduktion liegen kann. In diesem Sinn folgt eine Befassung mit der Frage, welche negativen Effekte bei besonderen Schutzmaßnahmen für Frauen im Kontext von Elternschaft auftreten können.

In der Rechtsprechung wurden die negativen Folgen von Mutterschutzmaßnahmen vor allem als „Reproduktion von Stereotypen“ problematisiert, tatsächlich lohnt es sich, etwas genauer zu erörtern, was damit gemeint ist. Zunächst möchte ich daher explizit auf diese Gefahr der Stereotypisierung hinsichtlich Geschlechts und Elternschaft eingehen.

Daran anschließend komme ich zur zweiten angekündigten Herausforderung an das Theorem des Differenzdilemmas: die Verkomplizierung durch die Einbeziehung von Differenzen innerhalb der Gruppe „Frauen“. Hierbei möchte ich dem Befund paradoxer Wirkungen von Maßnahmen entgegenhalten, dass es sich dabei (teilweise) um unterschiedliche Effekte auf unterschiedliche Gruppen handelt. Wiewohl sich Unterschiede aufzeigen und erklären lassen, komme ich dennoch zu dem Schluss, dass ein Grundproblem in der Zuschreibung der Verantwortlichkeit für Fürsorge an Frauen liegt. Die gerechtere Verteilung unbezahlter Arbeit zwischen Männern und Frauen bietet daher einen wichtigen Anknüpfungspunkt für feministische Politiken.

Vor diesem Hintergrund werde ich anschließend an die Forderung nach gleichen Rechten für alle Eltern eine Perspektive der Verpflichtung formulieren und Regelungen vorschlagen, die Väter im selben Umfang wie Mütter dazu verpflichten, ihre Erwerbstätigkeit anlässlich einer Geburt oder Kindesannahme zu unterbrechen. Die Gestaltung von Elternrechten als obligatorische Freistellung ist nicht nur zum Machtausgleich innerhalb eines ungleichen Geschlechterverhältnisses wesentlich, sondern auch im Verhältnis zwischen Arbeitnehmer_in und Arbeitgeber_in.

6.2.1. Creating difference by noticing it: Reproduktion von Rollenbildern

Ganz zentral in der Debatte um die negativen Effekte von gruppenbezogenen Rechten ist die Reproduktion von Rollenbildern. In der Bezugnahme auf Gruppen sei stets deren Essentialisierung angelegt, weswegen diese „keine Lösung, sondern ein zentrales Problem von Recht gegen Diskriminierung“⁶⁸⁹ darstelle. „Wer Menschen in Gruppen einteilt, reduziert sie auf ein Merkmal oder eine Eigenschaft, die eine Gruppe definieren, homogenisiert also Menschen, die einiges, aber nie alles gemeinsam haben.“⁶⁹⁰ Die Reduktion von Individuen auf ihre Zugehörigkeit zu einer bestimmten Gruppe ist kennzeichnend für diskriminierende Haltungen wie Sexismus; dieses „Problem des Gruppismus“ verschwindet nun auch nicht,

⁶⁸⁹ Baer in Heinrich Böll Stiftung 2010, 11.

⁶⁹⁰ Baer in Heinrich Böll Stiftung 2010, 11.

wenn er gut gemeint ist“.⁶⁹¹ Besondere Rechte für Frauen können eine solche Essentialisierung mit sich bringen, wie weiter oben beispielsweise in Bezug auf die Qualifikation der Diskriminierung aufgrund eines Mutterschutzurlaubs als unmittelbare Diskriminierung aufgrund des Geschlechts diskutiert wurde.⁶⁹²

Auch in der dargestellten Rechtsprechung wurde mehrfach auf die „Gefahr“ verwiesen, dass besondere Maßnahmen für Frauen, gerade im Bereich von Vereinbarkeit von Familie und Beruf, „zur Verfestigung einer herkömmlichen Rollenverteilung zwischen Männern und Frauen“ beitragen können.⁶⁹³ Der Europäische Gerichtshof beurteilte diese Gefahr zwar von Fall zu Fall unterschiedlich, ließ ihr aber durchwegs Gewicht zukommen.⁶⁹⁴ Positive Maßnahmen sollten grundsätzlich einen Gegenpol zu stereotypen Vorstellungen von Geschlecht bieten. Für Regelungen im Kontext von Mutterschaft wurde dies im Verfahren zum Fall *Lommers* in Zweifel gestellt, sie seien vielmehr sogar „geeignet, die traditionellen Einstellungen gegenüber Müttern zu verstärken [und stünden] daher im Widerspruch zu der gemeinschaftsrechtlichen Rechtfertigung positiver Maßnahmen für Frauen“.⁶⁹⁵

Dennoch entschied der Gerichtshof bekanntermaßen für die Rechtfertigung als positive Maßnahme. Wurde hier die faktische Ungleichheit höher gewertet als die Gefahr der Stereotypisierung? Es könnte generell in Zweifel gezogen werden, ob nicht der symbolische Gehalt des Rechts überstrapaziert wird, wenn Maßnahmen, die sich auf die Realitäten vieler Frauen positiv auswirken, dadurch delegitimiert werden, dass sie auf einer symbolischen Ebene Stereotype reproduzieren. Dem wäre allerdings entschieden entgegenzuhalten, dass eine solche Trennung zwischen Realität und Symbolik weder sinnvoll noch möglich ist. Das CEDAW Committee beschreibt, dass Geschlechterdiskriminierung jedenfalls eine Anknüpfung an problematische Geschlechterrollen umfasst, diese sogar einer der zentralsten und hartnäckigsten Faktoren von Geschlechterungleichheit darstellen. Geschlechterrollen lassen sich als sozial konstruierte Identitäten, Eigenschaften und Rollen für Männer und Frauen verstehen, die mit einer ungleichen Verteilung von Macht einhergehen.⁶⁹⁶ Kulturelle und soziale Erwartungen an und Vorstellungen von Geschlecht sind in der Auffassung des Committees maßgeblich für die Festschreibung von Frauen in die private Sphäre und damit einhergehende Benachteiligungen in Bereichen des Öffentlichen und des Erwerbs.⁶⁹⁷

In der Analyse der Rechtsprechung wurde gezeigt, dass sich die Frage der Beschränkung von Normen auf Mütter nicht nur auf die Vorstellungen von Elternschaft, sondern auf deren konkrete, gelebte Ausgestaltung auswirkt. Darf nur die Mutter bestimmte Freistellungen beantragen, so stellt sich die Frage, ob der Vater diese beansprucht, schlichtweg nicht.

Die vergeschlechtlichte Arbeitsteilung hat zudem völlig reale Auswirkungen auf die Verteilung von Ressourcen zwischen Männern und Frauen. Ein wesentlicher Punkt, der sämtliche Branchen durchzieht, sind Einkommenseinbußen, die Frauen nach der Geburt eines

⁶⁹¹ Baer in *Heinrich Böll Stiftung* 2010, 13.

⁶⁹² Siehe Kapitel 5, vgl auch *Holzleithner* in *Arioli et al* 2008, 316.

⁶⁹³ EuGH 19.03.2002, C-476/99, *Lommers*, ECLI:EU:C:2001:593, Rn 41.

⁶⁹⁴ EuGH 30.9.2010, C-104/09, *Roca Álvarez*, ECLI:EU:C:2010:561, Rn 36.

⁶⁹⁵ GA Alber, Schlussanträge zu EuGH 19.3.2002, C-476/99, *Lommers*, ECLI:EU:C:2001:593, Rn 36.

⁶⁹⁶ CEDAW Committee, General Recommendation Nr 28 (2010), CEDAW/C/GC/28, Rn 5, vgl auch *Wytenbach* in *Schläppi/Ulrich/Wytenbach*, CEDAW Kommentar, Art 5, Allgemein, Rn 17f.

⁶⁹⁷ *Wytenbach* in *Schläppi/Ulrich/Wytenbach*, CEDAW Kommentar, Art 5, Allgemein, Rz 17f.

Kindes zu verzeichnen haben. 2019 erschien beispielsweise eine Studie zu „child penalties“ eines Teams um *Henrik Kleven*, die sich mit Lohneinbußen für Mütter als weitverbreitetes und nachhaltiges Problem auseinandersetzt. Die Studie erhob die Auswirkungen der Geburt des ersten Kindes auf die Einkommen von Frauen und Männern in sechs Ländern (USA, UK, Österreich, Deutschland, Dänemark, Schweden) und stellte Zusammenhänge zwischen Mutterschaft und Gender Pay Gap fest.⁶⁹⁸ Allorts zeigten sich für Frauen stärkere Einbußen als für Männer, genauer gesagt zeigten sich einzig in Schweden kurzzeitige Folgen für Väter, ansonsten bleiben die Erwerbsbiografien von Männern weitgehend unbeeinflusst von der Geburt ihrer Kinder.⁶⁹⁹ In Österreich sind die Effekte auf das Gehalt von Frauen auch zehn Jahre nach der Geburt des ersten Kindes noch spürbar;⁷⁰⁰ das Einkommen einer Frau liegt zu diesem Zeitpunkt im Schnitt um 51 % unter dem Wert von einem Jahr vor der Geburt. In Deutschland beträgt die Differenz 61 %. Damit sind diese beiden Länder die traurigen Spitzenreiter. Die Hauptursache ist weniger die kurzfristige Unterbrechung der Arbeitszeit als deren langfristige Reduktion, was wiederum stark mit Rollenbildern und der ungleichen Verteilung von Verantwortung für die Arbeiten im Privaten zusammenhängt. Die Dauer der Unterbrechung spielt nach *Kleven et al* keine wesentliche Rolle; Frauen erleiden langfristig massive Lohnverluste durch ihre Mutterschaft und die häufig dadurch bedingte Teilzeiterwerbstätigkeit, unabhängig davon, ob sie lange oder kurz ganz zuhause waren.

Anders *Helene Dearing*, für sie spielt die Dauer der gesamtverfügbaren Elternzeit eine wesentliche Rolle für den Effekt auf die Geschlechtergleichheit. Sie führt in ihrer Analyse von 27 europäischen Elternzeitregelungen aus, dass sich die Länge der verfügbaren Zeit in zweierlei Hinsicht auf die Erwerbstätigkeit von Frauen auswirken kann. Sowohl zu kurze Betreuungszeiten als auch zu lange wirken sich demnach negativ auf die Vereinbarkeit von Beruf und Familie für Frauen aus. Ihre Analyse führte sie zu dem klaren Ergebnis, dass jeweils sieben Monate pro Elternteil ideal wären, vollen Lohnausgleich vorausgesetzt.⁷⁰¹

Eine schwedische Studie aus dem Jahr 2010 zeigte ergänzend, dass sich weniger die kürzere Dauer der Karenz einer Frau als die Frage, ob auch Vater in Karenz war, positiv auf das Erwerbseinkommen von Frauen auswirkt: „In fact, each month the father stays on parental leave has a larger positive effect on maternal earnings than a similar reduction in the mother’s own leave.“⁷⁰²

Dass Frauen häufiger zugunsten der Kinder pausieren oder nur Teilzeit arbeiten, wirkt sich nicht nur auf das aktuelle Einkommen aus, sie erwerben durchschnittlich geringere Pensionsansprüche als Männer und sind stärker von Altersarmut betroffen.⁷⁰³ Bei der Elternzeit im Sinne einer Unterbrechung der Erwerbstätigkeit anzusetzen und diese im

⁶⁹⁸ *Kleven et al* 2019, www.henrikkleven.com/uploads/3/7/3/1/37310663/klevenetal_aea-pp_2019.pdf (20.3.2019).

⁶⁹⁹ *Kleven et al* 2019, 3; „Sweden is also the only country where child birth is associated with a small short-run effect on men, although there are no long-run consequences.“

⁷⁰⁰ *Szigetvari*, Gehaltseinbußen für Mütter in Österreich besonders stark, *derstandard.at* v 25.1.2019, derstandard.at/2000096990974/Gehaltseinbussen-fuer-Muetter-in-Oesterreich-besonders-stark (20.3.2019).

⁷⁰¹ *Dearing*, *Journal of European Social Policy* 2016, 234.

⁷⁰² *Johansson*, *Institute for Labour Market Policy Evaluation* 2010.

⁷⁰³ Zur Verteilung und Gründen von Teilzeitarbeit in Österreich: *Statistik Austria*, statistik.at/web_de/statistiken/menschen_und_gesellschaft/soziales/gender-statistik/erwerbstaetigkeit/index.html (12.3.2019); *Eurostat*, Quote der von Armut bedrohten Personen nach Armutsgefährdungsgrenze, Alter und Geschlecht - EU-SILC Erhebung, <https://bit.ly/2rVYrRM> (14.3.2019).

gleichen Ausmaß für Väter und Mütter vorzusehen, ist auch deshalb sinnvoll, weil dies dauerhafte Effekte auf Rollenbilder und die entsprechende Arbeitsverteilung haben kann.

Stereotype wirken sich nach *Kleven et al* auf geschlechtsspezifische Einkommensunterschiede nach der Geburt eines Kindes ebenso wesentlich aus wie die Gestaltung von Elternzeitregelungen.⁷⁰⁴ *Williams* spricht in diesem Zusammenhang von „maternal stereotyping“⁷⁰⁵, das schon weit unter der gläsernen Decke das berufliche Fortkommen von Frauen nach der Geburt eines Kindes hindert, indem ihnen zugeschrieben wird, von nun an ihre Prioritäten im Privaten zu setzen und als Arbeitskraft weniger verlässlich und engagiert zu sein. Auch das Konzept der „statistischen Diskriminierung“ erklärt den Gender Pay Gap mit der „Zuweisung von Frauen auf weniger produktive und geringer entlohnte Arbeitsplätze“⁷⁰⁶ aufgrund stereotyper Vorstellungen. Einschätzungen der Produktivität beruhen häufig „auf verallgemeinernden Annahmen über die Rollen der Familienernährer und der Zuverdienerinnen“.⁷⁰⁷ Häufig sind dabei „leistungsbezogene Merkmale wie Ehrgeiz und Unabhängigkeit männlich und Eigenschaften wie Sensibilität und Fürsorglichkeit hingegen weiblich konnotiert“.⁷⁰⁸ Auch das Veränderungspotential durch Bildung stößt dabei an Grenzen, *Wöhl* beschreibt eine „Dominanz von Geschlecht über Qualifikation auf verschiedenen Ebenen der berufsförmig organisierten Arbeit“, weshalb Qualifikation „nicht die Schlüsselfunktion für die Verteilung beruflicher Chancen“ werden kann, solange Geschlecht als Zu- und Unterkategorie fungiert.⁷⁰⁹

Geschlechternormen führen auch dazu, dass überwiegend Frauen in Teilzeit arbeiten, da ihnen die Hauptverantwortung für die unbezahlte Arbeit zugesprochen wird und diese anders kaum mit dem Erwerb vereinbar ist. Wer es sich leisten kann, lagert Reproduktionsarbeit aus, häufig unter schlechten Arbeitsbedingungen an andere Frauen.⁷¹⁰ Diese Beobachtung leitet bereits auf eine weitere Problematik in Bezug auf Stereotype hin, nämlich ihre Bedeutung bei der geschlechtsspezifischen (sowie ethnisierten) Segregation des Arbeitsmarkts. Frauen sind häufig von vornherein in Berufen tätig, in denen sie schlechter verdienen als Männer. Der beliebteste Lehrberuf unter Mädchen ist Einzelhandelskauffrau, bei Burschen sind es Metall- und Elektrotechniker; der Einkommensunterschied zwischen den durchschnittlichen Einstiegsgehältern liegt bei ca 500 €.⁷¹¹ In frauendominierten Branchen ist zudem der Pay Gap besonders groß; weibliche Beschäftigte im Bereich „sonstige Dienstleistungen“, zu

⁷⁰⁴ *Kleven et al* 2019, 5-6.

⁷⁰⁵ *Williams*, Harvard Business Review 2004, web.

⁷⁰⁶ *Achatz in Abraham/Hinz* 2008, 269.

⁷⁰⁷ *Achatz in Abraham/Hinz* 2008, 270.

⁷⁰⁸ *Achatz in Abraham/Hinz* 2008, 270.

⁷⁰⁹ *Wöhl in Kortendiek/Riegraf/Sabisch* 2019, 81 mVa *Teubner*, Neue Berufe für Frauen 1989.

⁷¹⁰ Vgl *Lutz in Klinger/Knapp/Sauer* 2007.

⁷¹¹ *Putz/Stockhammer/Sturm* Geschlecht, Berufswahl und Arbeitsmarkt 2015, 12: Lehrberufe: Mädchen 25,5 % Einzelhandel; Burschen 13,7 % Metalltechnik, 10,7 % Elektrotechnik; Einstiegsgehälter laut Gehaltskompass des AMS: Einzelhandel 1.640–1.740 €, Metalltechnik 2.130–2.170 €, Elektrotechnik 2.130–2.480 € abrufbar unter www.gehaltskompass.at/suche/ (1.6.2019).

denen beispielsweise die Friseur- und Kosmetikbranche gehört, verdienen gut ein Drittel weniger als Männer.⁷¹² Der Frauenanteil liegt dort bei 68 %.⁷¹³

Bezahlte häusliche Arbeit wird nicht nur vergeschlechtlicht, sondern auch ethnisiert und rechtlich prekariert.⁷¹⁴ Auf diese komme ich sogleich bei der Frage der Umverteilung von Reproduktionsarbeit unter Frauen zu sprechen.

Es gibt verschiedene Erklärungsansätze für die ungleiche Verteilung von Männern und Frauen am Arbeitsmarkt. Die meisten dieser Ansätze sehen nach *Achatz* einen Zusammenhang mit der „traditionellen familiären Arbeitsteilung, die es für Frauen rational erscheinen lässt, Berufe mit spezifischen Lohnstrukturen zu bevorzugen“.⁷¹⁵ Dies gilt sowohl für Arbeitsselektionstheorien, denen zufolge Männer und Frauen ihre Prioritäten entsprechend stereotyper Vorstellungen unterschiedlich ordnen, als auch für Sozialisationstheorien. Erstere meinen, Frauen würden solche Tätigkeiten bevorzugen, die „mit den familiären Aufgaben kompatibler sind. Im Arbeitsmarkt führt dies zu einer der beschriebenen Spaltung in männer- und frauendominierte Bereiche und zum anderen zu einem durchschnittlich geringeren Lohnniveau von Frauen.“⁷¹⁶ Solche Überlegungen zur „beruflichen Selbstselektion“ blenden allerdings die „Herkunft der Präferenzen“ aus.⁷¹⁷ Die unterschiedlichen Berufsentscheidungen müssen als „Ergebnis eines geschlechtsspezifischen Sozialisationsprozesses“⁷¹⁸ betrachtet werden. Hinzu kommen soziale Schließungen – etwa männerbündische Strukturen in bestimmten Berufsgruppen wie der Polizei⁷¹⁹ – und geschlechtsspezifische Fremdselektion, die Frauen den Zutritt zu bestimmten Branchen und darin zu bestimmten Positionen erschwert.⁷²⁰

Aufgrund dieser ungleichen Ausgangslage am Arbeitsmarkt kann es in einer heterosexuellen Paarbeziehung „rational“ erscheinen, dass eher die Frau ihre Erwerbstätigkeit unterbricht, da auf sein Gehalt schlechter verzichtet werden kann. Insofern stehen die Verteilung von Arbeit und Ressourcen in einem beidseitigen Kausalverhältnis zu Stereotypen.

Zusammenfassend zeigt sich die Reproduktion von Differenz durch ihre Anrufung als zentrale Version des Dilemmas; erstens schaffen gruppenspezifische Rechte gruppenspezifische Handlungsräume, das heißt, dass, wo nur Frauen ein Recht (zB auf Stillpausen) haben, Männer schlicht nicht berechtigt sind (zB die tägliche Arbeitszeit zur Ernährung eines Säuglings zu unterbrechen). Freilich wirken Stereotype auch bei der Inanspruchnahme von Rechten. Auch wenn beide das Recht haben, kurze Betreuungspausen zu nehmen, beeinflussen Rollenbilder die tatsächliche Aufteilung dieser Aufgabe. Der

⁷¹² NN, In welchen Branchen Frauen besonders diskriminiert werden, *derstandard.at* v 26.2.2019, *derstandard.at/2000098575773/In-welchen-Branchen-Frauen-besonders-diskriminiert-werden* (21.3.2019).

⁷¹³ NN, In welchen Branchen Frauen besonders diskriminiert werden, *derstandard.at* v 26.2.2019, *derstandard.at/2000098575773/In-welchen-Branchen-Frauen-besonders-diskriminiert-werden* (21.3.2019).

⁷¹⁴ Kretschmann in Scheiwe/Krawietz 2010, 209.

⁷¹⁵ Achatz in Abraham/Hinz 2008, 264.

⁷¹⁶ Achatz in Abraham/Hinz 2008, 265 mVa Becker, *Journal of Labor Economics* 1985, 33-58.

⁷¹⁷ Achatz in Abraham/Hinz 2008, 266.

⁷¹⁸ Achatz in Abraham/Hinz 2008, 266.

⁷¹⁹ Vgl Behr, *juridikum* 2017; Zum Fehlen „weiblicher“ Gegenentwürfe des Polizierens: Behr in Loick 2018, 168.

⁷²⁰ Buchmann/Kriesi, *Kölner Zeitschrift für Soziologie und Sozialpsychologie* 2012, 257.

symbolische Gehalt des Rechts⁷²¹ ist insofern nicht zu unterschätzen, sowohl hinsichtlich der Gefahr der Reproduktion von Stereotypen als auch bei Regelungen, die geeignet sein können, Rollenbildern entgegenzuwirken. Den im Fall *Lommers* vorgebrachten Zweifeln des Generalanwalts *Alber* darüber, „inwieweit Veränderungen auf der normativen Ebene geeignet sind, die gewünschten Veränderungen der Einstellung, Verhaltensmuster und Strukturen zu bewirken“, ⁷²² kann in diesem Sinn seine eigene Beobachtung entgegengehalten werden. Er stellt fest, dass frauenspezifischen Maßnahmen „die Gefahr der Perpetuierung von Geschlechtsrollen latent [...] anhaftet“ – es wäre doch eigenartig zu behaupten, das Recht habe die Macht, auf Einstellungen perpetuierend zu wirken, nicht aber verändernd.

In diesem Sinn lässt sich auch eine Entwicklung des Gestaltungswillens des Gemeinschaftsrechts hinsichtlich der Organisation von Familie nachverfolgen. Während im Fall *Hofmann* noch festgestellt wurde, dass es die Mutterschutz-RL nicht zum Gegenstand hat, „die internen Verhältnisse der Familie zu regeln oder die Aufgabenteilung zwischen den Eltern zu ändern“, ⁷²³ soll heute durch den Elternurlaub für Väter ganz explizit „die herkömmliche Rollenverteilung bei der Kindererziehung aufgebrochen werden“. ⁷²⁴

Von einer Überzeugung der Unzulässigkeit von Einmischungen aus dem europäischen Recht dahingehend, wie Familie organisiert oder die Aufteilung von Verantwortung zwischen Eltern gestaltet werden soll, hat eine Verschiebung hin zu einem klaren Auftrag zur Veränderung der geschlechtsspezifischen Rollenaufteilung und der daran anknüpfenden Arbeitsteilung stattgefunden.

Auch die CEDAW-Konvention verpflichtet die Vertragsstaaten in Art 5 dazu, Maßnahmen zu treffen, um „einen Wandel in den sozialen und kulturellen Verhaltensmustern von Mann und Frau zu bewirken, um so zur Beseitigung von Vorurteilen sowie von herkömmlichen und allen sonstigen auf der Vorstellung von der Unterlegenheit oder Überlegenheit des einen oder anderen Geschlechts oder der stereotypen Rollenverteilung von Mann und Frau beruhenden Praktiken zu gelangen“. ⁷²⁵ Explizit herausgegriffen wird dabei die Sphäre der Familie; es ist sicherzustellen, „dass die Erziehung in der Familie zu einem wirklichen Verständnis der Mutterschaft als einer sozialen Aufgabe und zur Anerkennung der gemeinsamen Verantwortung von Mann und Frau für die Erziehung und Entwicklung ihrer Kinder beiträgt“. ⁷²⁶ Die CEDAW-Konvention anerkennt dabei auch den Zusammenhang zwischen der stärkeren Einbeziehung von Vätern in die Familien- und Haushaltsarbeit und der Chancengleichheit von Frauen auf dem Arbeitsmarkt. ⁷²⁷

6.2.2. Unterschiedliche Maßnahmen, Frauen und Effekte

Ergänzend zur Darstellung negativer Effekte von stereotypen Zuschreibungen unbezahlter Arbeit an Frauen lohnt ein genauerer Blick auf die gruppenspezifisch unterschiedlichen

⁷²¹ Vgl. *Hiebaum*, *juridikum* 2012; sowie den gesamten Themenschwerpunkt: Die Symbolische Qualität des Rechts des *juridikum* 4/2012.

⁷²² GA *Alber*, EuGH 19.3.2002, C-476/99, *Lommers*, ECLI:EU:C:2001:593, Rn 82.

⁷²³ EuGH 12.7.1984, Rs 184/83, *Hofmann*, ECLI:EU:C:1984:273, Rn 24.

⁷²⁴ GA *Kokott*, Schlussanträge zu EuGH 16.7.2015, C-222/14, *Maistrellis*, ECLI:EU:C:2015:473, Rn 39 mVa ErwGGr 4, 5, 7 Rahmenvereinbarung im Anhang zur Elternurlaubs-RL, Anhang RL 2010/18/EU sowie EuGH 30.9.2010, C-104/09, *Roca Álvarez*, ECLI:EU:C:2010:561, Rn 34.

⁷²⁵ Art 5 lit a CEDAW.

⁷²⁶ Art 5 lit b CEDAW.

⁷²⁷ *Binder/Lempen* in *Schläppi/Ulrich/Wytenbach*, CEDAW Kommentar, Art 11, Allgemein, Rn 66.

Effekte familienpolitischer Maßnahmen auf die Erwerbstätigkeit von Frauen. Dies wird bereits deutlich, wenn nicht nur auf die Erwerbstätigkeitsquote, sondern auch auf Aufstiegsmöglichkeiten und Einkommensunterschiede geblickt wird.⁷²⁸ So haben Maßnahmen, die allgemein zur Erhöhung der Frauenerwerbstätigkeit beitragen, mitunter den Nebeneffekt, Frauen innerhalb der Erwerbsarbeitsphäre auf einem bestimmten Niveau, unter dem der Männer, zu halten.⁷²⁹ Dieses Phänomen mag auf den ersten Blick paradox erscheinen,⁷³⁰ lässt sich aber aus einer Analyse der soziokulturellen Positionierung von Frauen heraus relativieren: Unterschiedliche Maßnahmen betreffen unterschiedliche Frauen auf unterschiedliche Weise. Während Nachteile in Bezug auf Aufstiegsmöglichkeiten in Spitzenpositionen eher hochqualifizierte Frauen betreffen, sind Schutzmaßnahmen rund um Schwangerschaft und Geburt sowie Freistellungsansprüche zur Kinderbetreuung gerade für Arbeitnehmerinnen wichtig, die in der betrieblichen Hierarchie untergeordnet sind.

Joan Williams hat für den US-amerikanischen Vereinbarkeitsdiskurs, in dem die Lage freilich mangels arbeits- und sozialrechtlicher Standards noch zugespitzt ist, gezeigt, dass dieser nicht nur auf hochqualifizierte, sondern zugleich auf Weiße Frauen konzentriert ist.⁷³¹ Wie sich das Geschlecht auf die Lebensrealität von Menschen auswirkt, ist stets auch in Verkettung mit Rassismus und Klassenverhältnissen zu verstehen. *Williams* beschreibt, dass Schwarze Frauen seltener, Latinas hingegen häufiger als Weiße Frauen ihre Erwerbsarbeit zugunsten der Kinderbetreuung aufgeben, dennoch die Erfahrungen hochqualifizierter Weißer Frauen die öffentliche Debatte dominieren.⁷³² Auch *Crenshaw* kritisierte die Vereinbarkeitsdebatte in den USA als auf typischerweise an der Lebensrealität Weißer Familien anknüpfend.⁷³³ Spezifische Probleme Schwarzer Frauen und Arbeiterinnen werden im Zuge dessen vernachlässigt.

Zentraler Gegenstand dieser Kritiken ist die „Opting Out“-Erzählung des US-amerikanischen Mediendiskurses, die in etwa lautet, dass sich viele hochqualifizierte Frauen nach der Geburt eines Kindes dazu entscheiden, zuhause zu bleiben oder ihre Erwerbstätigkeit stark zu reduzieren, weil sie erkennen, dass die Mutterrolle doch erfüllender sei als ihre bisherige Karriere.⁷³⁴ Dabei würde zum einen vernachlässigt, dass weniger von einem „Opting“ als von einem „Pushing Out“ gesprochen werden kann, da die männliche Normierung und Strukturierung des Arbeitsmarkts gut qualifizierte Frauen zum Ausstieg drängt, sobald sie Mütter werden. Die „Opting Out“-Erzählung ist eng mit einer liberalen Vorstellung freier Entscheidung verknüpft, die ebenjene Zwänge, die Frauen diese Entscheidungen nahelegen, vernachlässigt.⁷³⁵ Normen der Arbeitswelt und die dazugehörigen Vorstellungen von Männlichkeit hindern die weitere Erwerbstätigkeit von Müttern – ebenso wie die Übernahme

⁷²⁸ *Mandel*, *European Sociological Review* 2012, 242.

⁷²⁹ *Mandel*, *Community, Work & Family* 2011, 170.

⁷³⁰ Vgl. bezugnehmend auf dieses Framing als Paradox: *Mandel/Semyonov*, *A welfare state paradox: State interventions and women's employment opportunities in 22 countries*, *American Journal of Sociology* 2006.

⁷³¹ *Williams*, *Reshaping the Work-Family Debate* 2010, 19.

⁷³² *Williams*, *Reshaping the Work-Family Debate* 2010, 19.

⁷³³ *Crenshaw*, *The University of Chicago Legal Forum* 1989, 156.

⁷³⁴ *Williams*, *Reshaping the Work-Family Debate* 2010, 1-10; auch im deutschsprachigen Raum wird diese Erzählung immer wieder laut: vgl. zB *Schaschek*, *Mutterschaft: "Ich zerreiße mich nicht gern"*, *zeit.de* v. 29.7.2019, www.zeit.de/zeit-magazin/leben/2019-07/mutterschaft-emanzipation-karriere-hausfrau-kindererziehung (30.7.2019).

⁷³⁵ Vgl. *Williams*, *NYU Law Review* 1991.

von Fürsorgeaufgaben durch Männer.⁷³⁶ Männer und Männlichkeit sollten daher stärker in den Fokus der Vereinbarkeitsdiskussion gerückt werden, so *Williams* erster Punkt.

Ihr zweiter Punkt betrifft Klasse und den Umstand, dass diese beschriebene „Opting Out“-Erzählung Vereinbarkeit als Problem qualifizierter, gebildeter Frauen begreift bzw sich auf die Auswirkungen vergeschlechtlichter Arbeitsteilung auf diese konzentriert. Aus dem Blick geraten indes „the many women who do not have the choice to exit the workforce who must create a balance, with little societal (or private) help“.⁷³⁷ Für den Großteil der erwerbstätigen Frauen stellt sich die Entscheidung zwischen Kindern und Karriere schon allein deswegen nicht, weil entweder kein zweiter Elternteil vorhanden ist oder dessen Gehalt nicht ausreicht, um eine Familie zu ernähren. Diese stehen aber eben nicht im Fokus einer Debatte über Frauenerwerbstätigkeit: „After all, the two thirds of American women who are single, divorced, or married to men who earn less than \$15.000 a year clearly cannot ‚choose‘ not to work; these women are not at the center of society’s vision of women and work.“⁷³⁸

Die Annahme der Erwerbslosigkeit der Mutter war und ist ein klassenspezifisches Ideal,⁷³⁹ das heute allerdings weitgehend als überholt angesehen werden kann: *Die Frau von heute* soll beides tun – Produktions- und Reproduktionsarbeit leisten.⁷⁴⁰ Frauenerwerbstätigkeit ist dabei sowohl als feministisches Anliegen auf die ökonomische Unabhängigkeit von Frauen gerichtet, allerdings auch bestens mit der neoliberalen Idee der Selbstoptimierung vereinbar. Zudem ist sie für die meisten schlicht ökonomische Notwendigkeit. Aber bereits bei der Umsetzung dieser Anforderung, *beides zu haben*, ist die sozioökonomische Position ausschlaggebend; hochqualifizierte Frauen verfügen in der Regel über vergleichsweise große Ressourcen, um Kinderbetreuung und Haushaltsaufgaben auszulagern. Die Auswirkungen sowohl von Mutterschaft als auch von Vereinbarkeitsmaßnahmen auf das Erwerbsleben von Frauen sind stets im Verhältnis dazu zu beurteilen, wie sich ihre Handlungs- und Entscheidungskompetenzen abseits des Rechts gestalten.

Der Entfall von mutterspezifischen Arbeitsrechten würde *Hadas Mandel* zufolge besonders Frauen in unteren Lohnsegmenten schaden. Im Umkehrschluss könnte nun festgestellt werden, dass ihnen die negativen Effekte solcher frauenspezifischer Maßnahmen vergleichsweise zumutbarer erscheinen. Wiewohl alle lohnabhängigen Frauen von der Streichung von Mutterschutzregelungen betroffen wären, verfügen sie über unterschiedliche Ressourcen, um Nachteile auszugleichen. Hier sind beispielsweise die Möglichkeiten der privaten Kinderbetreuung sowie die Verhandlungsstärke einzelner Frauen im Hinblick auf betriebliche oder individuelle Vereinbarkeitslösungen von Bedeutung.⁷⁴¹ So zeigt sich am Beispiel der USA, dass das Fehlen eines allgemeinen Mutterschutzes vor allem Frauen im Niedriglohnssektor schmerzt. An deren für das Arbeitsverhältnis typisch geringen Verhandlungsmacht gegenüber dem oder der Arbeitgeber_in orientieren sich indes zwingende arbeitsrechtliche Regelungen,⁷⁴² wie etwa der österreichische Mutterschutz. Je flexibler das

⁷³⁶ *Williams*, Reshaping the Work-Family Debate 2010, 3.

⁷³⁷ *Cahn/Selmi*, Maryland Law Review 2006, 437.

⁷³⁸ *Williams*, NYU Law Review 1991, 1610.

⁷³⁹ *Speck in Dolderer et al* 2016, 31.

⁷⁴⁰ *Speck in Dolderer et al* 2016, 37.

⁷⁴¹ *Mandel*, European Sociological Review 2012, 255.

⁷⁴² Vgl *Kietaibl in Kietaibl/Schörghofer/Schrammel* 2014, 35-43.

Recht, umso mehr verschieben sich Entscheidungen ins Private – sowohl im Sinne von in die Privatwirtschaft als auch im Sinne von in die Familie.⁷⁴³ Gut ausgebildete Frauen und solche mit privaten Ressourcen finden eher auch in freien Marktwirtschaften betriebliche oder individuelle Lösungen für die Vereinbarkeit von Familie und Beruf.⁷⁴⁴ Sie profitieren von einem schlecht regulierten Arbeitsmarkt und der prekären Arbeit ihrer Kindermädchen und Putzfrauen.⁷⁴⁵ Dieselben schlechten Arbeitsbedingungen und mangelnden Elternschutzrechte, die Arbeiterinnen besonders zu schaffen machen, nutzen den Frauen, die sich ihrer billigen Arbeitskraft bedienen. Diese sind im Gegensatz dazu eher von den negativen Effekten sozialstaatlicher Vereinbarkeitsmaßnahmen in Bezug auf Aufstiegschancen betroffen.

Mandel versucht, die unterschiedliche Betroffenheit von Frauen von den negativen Effekten durch Vereinbarkeitsmaßnahmen anhand zweier Beispiele zu veranschaulichen. Erstens nimmt sie das Argument der Diskriminierung von Frauen wegen möglichen Mutterschaftsausfällen bei der Einstellung in den Blick. Die Grundannahme lautet dabei, dass Arbeitgeber_innen für Stellen, bei denen Einschulung und Einarbeitung kostenintensiv sind, lieber Arbeitnehmer_innen einstellen, die lange im Betrieb bleiben. Die Investition in eine Person soll sich langfristig rentieren, wer bald aufgrund von Mutterschaft entfallen könnte, rentiert sich nicht. Wenn die Arbeitnehmerin Mutterschutz genießt, also nicht gekündigt werden kann und ein Rückkehrrecht zum Arbeitsplatz hat, folglich die Einschulung für eine Vertretungskraft gestemmt werden muss, wäre dies für den oder die Arbeitgeber_in in diesem Gedankenexperiment freilich auch wenig wünschenswert. Diese Annahme betrifft allerdings nicht alle Jobs und somit nicht alle Frauen gleichermaßen.⁷⁴⁶ Für Stellen, die keiner Einarbeitung bedürfen, für Beschäftigte, die jederzeit ersetzt werden können, sei dieses Argument nach *Mandel* nicht relevant, damit auch nicht für Frauen, die sich nur um solche Stellen bewerben (können).⁷⁴⁷ *Mandel* ist hier meines Erachtens entgegenzuhalten, was bereits weiter oben in Bezug auf Stereotype ausgeführt wurde: Sie unterschätzt die Wirkung von stereotypen Zuschreibungen an Frauen, die deren Einstellung beeinflussen oder hindern können. Ihr Erklärungsansatz unterstellt, dass Diskriminierung einer Art betriebswissenschaftlichen Ratio folge und Arbeitgeber_innen sich bewusst gegen Frauen entscheiden, weil sie Betreuungspflichten haben und entfallen könnten. Vielfach werden sich Arbeitgeber_innen aber nicht begründet gegen Frauen entscheiden, sondern sogar eher abstreiten, Geschlecht zu einem Einstellungsfaktor zu machen. Der Einfluss stereotyper Vorstellungen auf die Entscheidung für oder gegen eine Arbeitnehmerin ist gerade nicht von ihrer tatsächlichen Betreuungsverpflichtung, sondern von geschlechtsspezifischen Zuschreibungen abhängig.

Das zweite Beispiel *Mandels* betrifft die Geschlechtersegregation des Arbeitsmarkts. Frauen sind in bestimmten Branchen überrepräsentiert, während andere Branchen männerdominiert sind und bleiben. Eine ländervergleichende Studie führt *Mandel* zu dem Schluss, dass viele typische Frauenberufe im öffentlichen Sektor angesiedelt sind, wo es mehr Stabilität gibt.⁷⁴⁸

⁷⁴³ Zur Ambiguität des Privatheitsbegriffs in doppelter Abgrenzung zum Staatlichen siehe *Moller Okin* in *Held* 1991, 68.

⁷⁴⁴ *Mandel*, *European Sociological Review* 2012, 255.

⁷⁴⁵ *Mandel*, *European Sociological Review* 2012, 255.

⁷⁴⁶ *Mandel*, *European Sociological Review* 2012, 243.

⁷⁴⁷ *Mandel*, *European Sociological Review* 2012, 243.

⁷⁴⁸ Vgl. *Mandel*, *European Sociological Review* 2012.

In den skandinavischen Ländern sind Frauen in Spitzenpositionen typischerweise an öffentlichen Stellen und in öffentlichen Betrieben zu finden, wo die Einkommen allerdings nicht so hoch sind wie in der Privatwirtschaft.⁷⁴⁹ Fixe Arbeitszeiten und kollektive Löhne führen zu mehr Gleichheit, zu weniger Niedriglöhnen, aber auch zu weniger Spitzengehältern.⁷⁵⁰ Indem sich bestimmte Branchen als „familienfreundlich“ etablieren und Frauen auf diese festgelegt werden, entgehen ihnen hochbezahlte Stellen in anderen Branchen, insbesondere in der Privatwirtschaft. Ein österreichisches Beispiel hierfür ist das Geschlechter- und Gehaltsgefälle zwischen Richter_innen und Anwält_innen.⁷⁵¹ Hier muss *Mandel* allerdings ihre eigene Kritik entgegengehalten werden, es scheint, als hätte sie vor allem qualifizierte Berufe im Blick und würde geschlechtersegregierte prekäre Branchen außen vor lassen. Beispielsweise arbeiten auch in der Pflege überwiegend Frauen, wo Arbeitszeiten und -orte oft nur sehr schwer mit eigenen familiären Pflichten vereinbar sind.⁷⁵²

Wiewohl *Mandel* also manche Schnellsch(l)üsse vorgeworfen werden können, bleibt die zentrale Erkenntnis, dass sich Vereinbarkeitsmaßnahmen nicht gleichmäßig auf Frauen auswirken, sondern die Vielfalt innerhalb der Gruppe „Frauen“ berücksichtigt werden muss.⁷⁵³ Eine höhere Frauenerwerbsarbeitsquote kann Effekt *derselben* familienpolitischen Maßnahmen sein, die auch die Aufstiegsmöglichkeiten von Frauen limitieren.⁷⁵⁴ Studien übersehen häufig die „socio-economic division between women“,⁷⁵⁵ weswegen ihnen diese Effekte paradox erscheinen. Tatsächlich sind diese widersprüchlichen Effekte aber eben nicht paradox, sondern der Tatsache geschuldet, dass Frauen ganz unterschiedliche Positionen und Interessen innerhalb einer Gesellschaft verkörpern und vertreten.

Die Unterbrechbarkeit von Erwerbsarbeitsbiografien zum Zweck der Kinderbetreuung sowie Teilzeitarbeit ermöglichen es Frauen, grundsätzlich erwerbstätig zu sein, hindern aber häufig auch ihren Aufstieg oder führen dazu, dass sie sich an bestimmten Stellen, in bestimmten Branchen häufen.⁷⁵⁶ Dieser Effekt ist aber eben vor allem für eine bestimmte Gruppe von Frauen relevant, nämlich die mit grundsätzlich guten Chancen (und Ambitionen) aufzusteigen. Diesen Frauen ist mit antidiskriminierungsrechtlichen Instrumenten wie einer Quotenregelung geholfen, was einerseits für Quotenregelungen spricht, andererseits aber auch die Kritik an denselben als elitäres Projekt als berechtigt ausweist. Frauen, die „bis auf“ ihre Eigenschaft als Frau⁷⁵⁷ gute Chancen auf einen Vorstandsposten hätten, brauchen eine Quote, die allermeisten Frauen (und Männer) kommen allerdings nie in die Nähe einer solchen Stelle.

Mandels genaue Betrachtung verschiedener Maßnahmen im Bereich Gleichberechtigung und Vereinbarkeit unterstützt zunächst *Crenshaws* Punkt, dass Antidiskriminierungsmaßnahmen oft gerade der privilegiertesten Schicht einer diskriminierten Gruppe nutzen. Sie macht aber ergänzend deutlich, dass andere frauenpolitische Maßnahmen besonders starke Effekte auf speziell benachteiligte Gruppen haben können.

⁷⁴⁹ *Mandel*, European Sociological Review 2012, 244.

⁷⁵⁰ *Mandel*, European Sociological Review 2012, 244.

⁷⁵¹ Vgl. *Dullnig/Eckert/Limberger*, Juridikum 2019, 19-30.

⁷⁵² Vgl. *Lutz* in *Klinger/Knapp/Sauer* 2007, 216.

⁷⁵³ *Mandel*, European Sociological Review 2012, 241.

⁷⁵⁴ *Mandel*, European Sociological Review 2012, 254.

⁷⁵⁵ *Mandel*, European Sociological Review 2012, 241.

⁷⁵⁶ *Mandel*, European Sociological Review 2012, 242.

⁷⁵⁷ Vgl. „but for“ bei *Crenshaw*, The University of Chicago Legal Forum 1989, 151.

6.2.3. Ungleiche Umverteilung von Arbeit unter Frauen

In diesem Zusammenhang muss auch die derzeit stattfindende Umverteilung von Reproduktionsarbeit unter Frauen angesprochen werden. Vereinbarkeitsmaßnahmen, die es versäumen, explizit auch Männer in die Pflicht zu nehmen, drohen die vergeschlechtlichte Arbeitsteilung zu reproduzieren; dies führt zu einer Doppelbelastung und – anstatt zu einer Umverteilung an Männer – zu einer Umverteilung „zwischen Frauen entlang von Klasse und staatsbürgerlicher Zugehörigkeit“. ⁷⁵⁸ Die ungleiche Aufteilung unbezahlter Arbeit hat Auswirkungen auf die Verteilung ökonomischer Ressourcen und individuell verfügbarer Lebensgestaltungsmöglichkeiten für Frauen. Zugleich hängt es mit der Verteilung von Ressourcen zusammen, wie stark diese Auswirkungen individuelle Frauen betreffen, etwa ob Arbeit privat (meist an andere Frauen) ausgelagert werden kann. Wohlhabende Frauen (und Männer) delegieren Haushalts- und Fürsorgearbeit häufig an andere Frauen.

So wird etwa der Großteil der bezahlten Pflegearbeit von Frauen verrichtet, deren Arbeitsorte und -zeiten oft nur schwer mit eigenen familiären Pflichten vereinbar sind. ⁷⁵⁹ Besonders zugespitzt zeigt sich dieses Problem in der 24-Stunden-Pflege, die bis 2007 oft in illegalen und noch heute oft in halblegalen Arbeitsverhältnissen von Arbeitsmigrantinnen geleistet wird. ⁷⁶⁰ Diese Form häuslicher Care-Arbeit „muss vor dem Hintergrund ihrer Feminisierung und Ethnisierung“ ⁷⁶¹ betrachtet werden. 2007 wurde die 24-Stunden-Betreuung zwar legalisiert, ⁷⁶² heute ist allerdings die Scheinselbstständigkeit der Frauen und ihre Abhängigkeit von Vermittlungsagenturen ein großes Problem. ⁷⁶³ Die Pflegerinnen befinden sich sowohl bezüglich ihres Arbeitsverhältnisses als auch ihres Aufenthalts häufig in prekären rechtlichen Situationen, auch hinsichtlich ihrer etwaigen Eigenschaft als Mütter. Wer „schwarzarbeitet“ hat mangels Sozialversicherung keine Ansprüche aus dem Mutterschutzgesetz. Auch die „Selbstständigkeit“ ist bekanntermaßen gegenüber einem Anstellungsverhältnis in dieser Hinsicht benachteiligend, bei einer Scheinselbstständigkeit kommen gerade diejenigen Aspekte, die den geringeren Schutz der Selbstständigen rechtfertigen – dass sie über ihre eigene Zeit und den Einsatz ihrer Arbeitskraft selbst bestimmen – nicht zum Tragen.

Ausländische Pflegerinnen sind zudem die am stärksten betroffene Gruppe der Indexierung der Familienbeihilfe. ⁷⁶⁴ Ab 1.1.2019 werden die Familienbeihilfebeträge für Kinder, die sich ständig in einem anderen EU- oder EWR-Mitgliedstaat aufhalten, an die

⁷⁵⁸ Speck in Dolderer et al 2016, 38.

⁷⁵⁹ Lutz in Klinger/Knapp/Sauer 2007, 216.

⁷⁶⁰ Kretschmann in Scheiwe/Krawietz 2010, 209.

⁷⁶¹ Kretschmann in Scheiwe/Krawietz 2010, 209.

⁷⁶² Bundesgesetz, mit dem Bestimmungen über die Betreuung von Personen in privaten Haushalten erlassen werden (Hausbetreuungsgesetz – HBeG) und mit dem die Gewerbeordnung 1994 geändert wird, BGBl 33/2007.

⁷⁶³ Pramer/Scherndl/Tomaselli, Pflegerin Elena und ihre stille Armee, Reportage, derstandard.at v 21.7.2018, derstandard.at/2000083855872/Pflegerin-Elena-und-ihre-stille-Armee (6.6.2019); in Deutschland waren auch noch 2017 90 % der Pflegerinnen in Schwarzarbeit tätig, Petermann/Ebbing/Paul, Das Tätigkeitsprofil von Betreuungspersonen in häuslicher Gemeinschaft, herausgegeben von der Berufsakademie für Gesundheits- und Sozialwesen Saarland (BAGSS) im Auftrag des Verbandes für häusliche Betreuung und Pflege e.V. und der Hausengel Pflege Allianz e.V., Saarbrücken 2017.

⁷⁶⁴ Kontrast Redaktion, Jede 3. ausländische Pflegerin wird ihre Arbeit in Österreich beenden. Folgen der Familienbeihilfe-„Indexierung“, kontrast.at v 13.6.2018, kontrast.at/jede-3-auslaendische-pflegerin-wird-sich-arbeit-in-oesterreich-nicht-mehr-leisten-koennen/ (19.4.2019).

Lebenserhaltungskosten des Wohnorts der Kinder angepasst.⁷⁶⁵ Ein Vertragsverletzungsverfahren gegen Österreich wurde im Januar 2019 eröffnet.⁷⁶⁶ Pflegerinnen befinden sich oft monate- oder jahrelang im Ausland und können sich währenddessen nicht um ihre eigenen Familien kümmern.⁷⁶⁷ „Global care chains“ entstehen, an deren unteren Ende Migrantinnen und ihre Kinder stehen.⁷⁶⁸ *Arlie Hochschild* prägte diesen Begriff in erster Linie in Bezug auf Kindermädchen in den USA und beschreibt dabei einen „Third World supply of mothering“, dem eine entsprechende Nachfrage im globalen Norden gegenübersteht.⁷⁶⁹ Globale sowie ökonomische Ungleichheiten im Allgemeinen spielen somit eine wesentliche Rolle bei der „ungleichen Umverteilung von Reproduktionsarbeit“. ⁷⁷⁰ Sie ermöglichen die Auslagerung von Arbeiten unter Frauen entlang diverser Ungleichheitsachsen. Für individuelle Frauen, die über die nötigen Ressourcen verfügen, hat dies durchaus emanzipatorisches Potential, sie selbst entgegen der Doppelbelastung durch unbezahlte Arbeit, indem sie diese an andere delegieren. Nichtsdestotrotz bleibt auch ihnen die Verantwortung für das „Management“ dieser Aufgaben zugeschrieben.

Die marxistische Feministin *Tithi Bhattacharya* formulierte in diesem Zusammenhang scharfe Kritik an gegenwärtigen feministischen Diskursen, die sich auf den Durchbruch durch die gläserne Decke konzentrieren, „while the vast majority of women are in the basement cleaning up the glass“. ⁷⁷¹ Die Durchbrechung der gläsernen Decke ist ein Problem, das zu Recht seinen Platz in den feministischen Agenden einnimmt, doch ist nicht zu bestreiten, dass es vor allem für hochqualifizierte Frauen mit vergleichsweise hohen Einkommen spürbar ist. ⁷⁷² Wenn es dennoch einen überproportionalen Stellenwert innerhalb des feministischen Diskurses um Vereinbarkeit einnimmt, muss dem selbst- und hegemoniekritisch entgegengehalten werden, dass dabei spezifische Interessen (hochqualifizierter Frauen) als Allgemeininteressen (aller Frauen) gesetzt werden. Nach *Brown* stellt die Setzung der Erfahrungen bestimmter Frauen als Erfahrungen sämtlicher Frauen bei der Formulierung von Forderungen und Rechten sogar eine eigene Variante des Dilemmas im Umgang mit Differenz und gruppenspezifischen Rechten dar. ⁷⁷³ Diese Selbstkritik soll jedoch nicht zu einer Ausfransung diverser Feminismen führen, sondern – so *Brown* im Kontext von *race* – zu einem „feminism that does not require an analytic or political distinction between feminism and the experiences of women of color“. ⁷⁷⁴ Mit den Worten *MacKinnons*: „[I]f a

⁷⁶⁵ BGBl 83/2018; Familienbeihilfe-Kinderabsetzbetrag-EU-Anpassungsverordnung, BGBl II 318/2018.

⁷⁶⁶ Europäische Kommission, Indexierung von Familienleistungen: Kommission eröffnet Vertragsverletzungsverfahren gegen Österreich, Pressemitteilung v 24.1.2019, http://europa.eu/rapid/press-release_IP-19-463_de.htm (1.6.2019).

⁷⁶⁷ Lutz in *Klinger/Knapp/Sauer* 2007, 216; Zugleich stellen diese Arbeitsmigrantinnen in ihren Herkunftsländern (in Lutz' Beispiel in den Philippinen) einen wesentlichen wirtschaftlichen Faktor dar und sind oft die Familienernährerinnen.

⁷⁶⁸ *Hochschild* in *Hutton*, 2001, 140.

⁷⁶⁹ *Hochschild* in *Hutton* 2001, 140.

⁷⁷⁰ Lutz in *Klinger/Knapp/Sauer* 2007, 216.

⁷⁷¹ *Goodman*, On International Women's Day, Women Declare: Emancipation Comes Through the Rejection of Capitalism, Interview mit *Tithi Bhattacharya*, *alternet.org* v 8.3.2018, www.alternet.org/2018/03/international-womens-day-women-declare-emancipation-comes-through-rejection-capitalism/ (14.3.2019).

⁷⁷² *Mandel*, *Community, Work & Family* 2011, 160.

⁷⁷³ *Brown*, *Constellations* 2000, 232-233.

⁷⁷⁴ *Brown*, *Constellations* 2000, 235.

theory is not true of, and does not work for, women of color, it is not really true of, and will not work for, any women, and that it is not really about gender at all.“⁷⁷⁵ Ansatzpunkt für einen solchen Feminismus – der nicht als von den Anliegen bestimmter Frauen verschieden gelten muss – ist meines Erachtens die vergeschlechtlichte Arbeitsteilung. So auch *Williams*, der zufolge der Vereinbarkeitskonflikt das Potential hat, Allianzen zwischen einer Bandbreite an Frauen zu ermöglichen, deren Lebensrealitäten ganz unterschiedlich durch diesen Konflikt beschränkt werden.⁷⁷⁶

6.2.4. Vergeschlechtlichte Arbeitsteilung als gemeinsamer Nenner: Umverteilung unbezahlter Arbeit an Männer statt unter Frauen

Wiewohl die unterschiedlichen Positionen, Kämpfe und Interessen von Frauen beachtlich sind, möchte ich die vergeschlechtlichte Arbeitsteilung und die mangelnde Beteiligung von Männern an der unbezahlten Sorgearbeit als ein gemeinsames Problem hervorheben. Es erscheint mir zentral, dabei nicht nur auf die unterschiedlichen Effekte auf Frauen entlang von Klasse und ethnisierte Zuschreibung zu blicken, sondern die Arbeitsteilung als Ergebnis und Teil eines ungleichen Geschlechterverhältnisses zu kritisieren. Frauen verfügen über unterschiedliche Ressourcen, um mit der daraus entstehenden Mehrbelastung umzugehen. Es macht offensichtlich einen Unterschied für die konkrete Lebenssituation, ob frau die „zweite Schicht“⁷⁷⁷ selbst schiebt oder eine andere dafür bezahlt. Doch darf die vergeschlechtlichte Arbeitsteilung, wiewohl sie ganz unterschiedliche Probleme mit sich bringt, nicht als Gegenstand der Kritik aus dem Blick geraten.⁷⁷⁸ Die einzige „choice“, die Frauen in diesem Zusammenhang bleibe, ist *Williams* zufolge, ob sie „ihre“ Care-Verantwortung selbst tragen oder an andere marginalisierte Frauen delegieren.⁷⁷⁹ Auch sie folgert, dass eine bessere Aufteilung von Sorgearbeit zwischen den Geschlechtern ein maßgeblicher Ansatzpunkt dafür wäre, die Belastungen von Frauen in diesem Bereich zu reduzieren.⁷⁸⁰ Ungleichheit besteht immer in Verhältnissen, in Bezug auf das Geschlechterverhältnis lässt sich die überproportionale Belastung von Frauen durch unbezahlte Arbeit auch als Entlastung von Männern von diesen Aufgaben betrachten, die ihnen zum Vorteil gereicht.⁷⁸¹ Daher ist es eine wesentliche Aufgabe feministischer Politik, eine gerechtere Verteilung von Sorgearbeit unter den Geschlechtern zu forcieren. Vernachlässigen Regelungen über die Vereinbarkeit von Erwerb und Familie die Förderung der Beteiligung von Männern an der unbezahlten Arbeit, führt dies zu einer heute allzu alltäglichen Doppelbelastung für Frauen, während Männer weiterhin die Sphäre des Erwerbs dominieren.⁷⁸²

Die vergeschlechtlichte Arbeitsteilung manifestiert sich nicht nur in der erschwerten oder marginalisierten Beteiligung von Frauen im Erwerb, sie ist auf der anderen Seite auch in der mangelnden Beteiligung von Männern an der Kinderbetreuungs- und Reproduktionsarbeit zu sehen. *Nancy Dowd* beklagte es als eines der zentralen Versäumnisse in der Auseinandersetzung mit der Umverteilung von Arbeit, dass der Fokus zu stark auf der

⁷⁷⁵ *MacKinnon*, YJLF 1991, 18.

⁷⁷⁶ *Williams*, NYU Law Review 1991, 1605.

⁷⁷⁷ Vgl *Hochschild*, Second Shift 1989.

⁷⁷⁸ Vgl *MacKinnon*, YJLF 1991, 13-22.

⁷⁷⁹ *Williams*, NYU Law Review 1991, 1597.

⁷⁸⁰ *Williams*, NYU Law Review 1991, 1595.

⁷⁸¹ Vgl zB zur patriarchalen Dividende, *Connell*, Masculinities 2005, 79.

⁷⁸² Vgl *Dowd*, Suffolk University Law Review 2012, 1047-1081.

Erwerbsbeteiligung von Frauen liege (oder vielmehr lag) und Männer sozusagen vergessen wurden. Auch nach *Anderson* darf nicht nur auf die Kompensation von Nachteilen gezielt werden, die Frauen durch die Übernahme der unbezahlten Arbeit erleiden. Durch den alleinigen Fokus auf Kompensation wird übersehen, dass diese Nachteile und das Angewiesensein auf Unterstützung aus Verhältnissen resultieren, die als solche bereits ungleich sind.⁷⁸³ Eine auf Geschlechtergerechtigkeit zielende Regelung kann daher nicht darauf beschränkt sein, Frauen für ihre durch Kinderbetreuungsarbeit entstandenen Nachteile zu entschädigen, sondern das zugrundeliegende (Geschlechter-)Verhältnis, konkret den Umstand, dass diese Arbeit fast ausschließlich von Frauen getragen wird, zu adressieren.⁷⁸⁴

Im Zentrum der Debatten um die Transformation von Familie stand im letzten Drittel des 20. Jahrhunderts vornehmlich die Frage der Erwerbsarbeit der Mutter.⁷⁸⁵ Deren Zunahme ist jedenfalls als Erfolg der Frauenbewegungen zu sehen, gründet allerdings auch in der Umstrukturierung kapitalistischer Produktion und den Strategien der Bewältigung ökonomischer Krisen ab den 1970ern. In diesem Zeitraum wurde deutlich, dass das „fordistische Ernährermodell [im Sinne eines Familienlohns mit hohen Sozialausgaben] für die Kapitalverwertung mit zu hohen Kosten verbunden war“. ⁷⁸⁶ Im erneuerten, „neoliberalen, ‚flexiblen‘ Kapitalismus“ sind nun Männer wie Frauen gefordert, einer Erwerbstätigkeit nachzugehen.⁷⁸⁷ *Nancy Fraser* sprach bereits in den 1990ern von einem „Zusammenbruch der Welt des Familieneinkommens und ihrer zentralen Vorstellung von Arbeitsmärkten und Familien“. ⁷⁸⁸ Freilich war diese Welt nie allen verfügbar gewesen, doch hatte der Aufschwung der Nachkriegszeit dieses Ideal gefördert. Inzwischen wandelt sich Arbeit wieder, Einkommen reichen nicht mehr aus, um Familien zu ernähren, Befristungen und Teilzeit sind Normalität, Frauenerwerbstätigkeit ebenso, wenngleich sie oft schlechter bezahlt ist als diejenige der Männer. Zudem befindet sich auch der Begriff von Familie im Wandel, Heirat wird seltener, Scheidung häufiger, gleichgeschlechtliche Partnerschaften sowie Elternschaft werden zunehmend von Rechtsordnungen akzeptiert.⁷⁸⁹ „Kurzum, es entsteht eine neue Welt der wirtschaftlichen Produktion und der sozialen Reproduktion – eine Welt mit weniger stabilen Arbeitsplätzen und einer größeren Vielfalt an Familienformen.“⁷⁹⁰

Fraser schließt daraus, dass sich auch die Gestalt des Wohlfahrtsstaates den neuen Bedingungen anpassen müssen. Der klassische Wohlfahrtsstaat war eng mit dem Familienernährer-Modell verbunden und für Frauen tendenziell nachteilig ausgestaltet, ein neuer postindustrieller Wohlfahrtsstaat sollte jedenfalls den Anforderungen von Geschlechtergleichheit entsprechend konzipiert werden.⁷⁹¹ *Irene Gerlach* führt vor diesem Hintergrund aus, dass väterliche Vollzeitenerwerbstätigkeit in Kombination mit mütterlicher Teilzeiterwerbstätigkeit derzeit als häufigste „gelebte Form der Vereinbarkeit“⁷⁹² angesehen werden kann, die vor allem in einer Zunahme von Arbeit für die Mütter besteht,

⁷⁸³ *Anderson*, *Ethics* 1999, 287-288

⁷⁸⁴ *Anderson*, *Ethics* 1999, 309.

⁷⁸⁵ *Speck* in *Dolderer et al* 2016, 37.

⁷⁸⁶ *Speck* in *Dolderer et al* 2016, 37.

⁷⁸⁷ *Speck* in *Dolderer et al* 2016, 37.

⁷⁸⁸ *Fraser* in *Nagl-Docekal/Pauer-Studer* 1996, 469-470.

⁷⁸⁹ *Fraser* in *Nagl-Docekal/Pauer-Studer* 1996, 470.

⁷⁹⁰ *Fraser* in *Nagl-Docekal/Pauer-Studer* 1996, 470.

⁷⁹¹ *Fraser* in *Nagl-Docekal/Pauer-Studer* 1996, 471.

⁷⁹² *Gerlach* in *Gerlach* 2017, 11.

soweit nicht zugleich mehr Betreuungsarbeit durch Männer übernommen wird.⁷⁹³ Sollen Frauen nicht nur an Erwerbsarbeit, sondern auch an anderen – sowohl privaten als auch öffentlichen – Lebensbereichen wie Freizeit oder Politik gleiche Teilhabe haben, ist die Umverteilung von unbezahlter Arbeit an Männer erforderlich. In Österreich verrichteten Frauen 2008 – leider wurde die Zeitverwendung seitdem nicht nochmals erhoben⁷⁹⁴ – „täglich 3 Stunden 42 Minuten Arbeiten im Haushalt, während sich Männer im Schnitt nur knapp zwei Stunden mit Hausarbeit aufhalten. Frauen investieren auch 22 Minuten mehr als Männer in ‚Soziale Kontakte, Kinderbetreuung, Freiwilligenarbeit‘, was in erster Linie auf den höheren Zeitaufwand der Frauen bei der Kinderbetreuung zurückzuführen ist. Für Freizeitaktivitäten bleibt dagegen Männern über eine halbe Stunde mehr Zeit als Frauen.“⁷⁹⁵

In diesem Zusammenhang entwarf *Fraser* einen Begriff „komplexer Geschlechtergleichheit“, bestehend aus sieben verschiedenen normativen Prinzipien: Armutsbekämpfung, Bekämpfung von Ausbeutung, Einkommensgleichheit, gleiche Freizeit, gleiche Achtung, Bekämpfung von Marginalisierung, Bekämpfung von Androzentrismus.⁷⁹⁶ Entsprechend dem Vorhaben, ein neues, postfordistisches Modell von Wohlfahrtsstaatlichkeit entlang dieser Prinzipien zu entwerfen, beschreibt sie zunächst, dass derzeit zwei Visionen künftiger Arbeitsorganisation auf dem Tisch lägen, die als feministisch ausgerichtet gelten können: das Modell der allgemeinen Erwerbstätigkeit und das Modell der Gleichstellung der Betreuungsarbeit.⁷⁹⁷ Während das erste Modell Frauen vor allem durch die Bereitstellung von Kinderbetreuungseinrichtungen auf dem Erwerbsarbeitsmarkt fördern soll, zielt das zweite auf staatliche Unterstützung informeller Betreuungsarbeit. *Fraser* spielt beide Modelle hinsichtlich ihrer Gleichheitserfordernisse durch und beide schneiden nur unzureichend ab. Dies insbesondere dadurch, dass Sorgearbeit weiterhin Frauen zugeschrieben wird, weswegen sie im ersten Modell hinsichtlich der verfügbaren Freizeit nicht gleichberechtigt mit Männern erscheinen. Im zweiten erfolgt eine starke Marginalisierung von Frauen auf den Bereich des Häuslichen.

Fraser entwickelt im Zuge dessen eine neue, dritte Vision, die sie das Modell der universellen Betreuungsarbeit nennt und in der die Übernahme von Arbeit durch Männer zentral ist.⁷⁹⁸ Sie beschreibt als entscheidenden Punkt, dass „die Männer dazu gebracht werden sollen, in einem stärkeren Maße so zu werden, wie die Frauen heute sind“.⁷⁹⁹ Diese etwas überspitzte Formulierung führt zurück zu den oben in Bezug auf *Minow* ausgeführten Überlegungen zur Kritik der Anpassung an männliche Normen und zur Forderung, weibliche Lebensrealitäten miteinzubeziehen. *Fraser* führt ganz in diesem Sinn aus, dass die „gegenwärtigen Lebensmuster von Frauen zum Standard und zur Norm für alle“⁸⁰⁰ gemacht werden sollen. Das darf nun nicht so verstanden werden, dass Doppelbelastung und Prekariat ausgedehnt

⁷⁹³ Dowd, Suffolk University Law Review 2012, 1047.

⁷⁹⁴ Kritisch dazu *Freudenschuß*, Hausarbeit ist unsichtbar – und das soll so bleiben, awblog v 30.11.2018, <https://awblog.at/hausarbeit-ist-und-bleibt-unsichtbar/> (6.6.2019).

⁷⁹⁵ *Ghassemi/Kronsteiner-Mann*, Zeitverwendung 2008/09 (GZ: BKA-F140.300/0003-II/1/2008), www.statistik.at/web_de/static/zeitverwendung_200809__ein_ueberblick_ueber_geschlechtsspezifische_untersc_052108.pdf (2.7.2019), 15.

⁷⁹⁶ *Fraser* in *Nagl-Docekal/Pauer-Studer* 1996, 474-479.

⁷⁹⁷ *Fraser* in *Nagl-Docekal/Pauer-Studer* 1996, 472.

⁷⁹⁸ *Fraser* in *Nagl-Docekal/Pauer-Studer* 1996, 473.

⁷⁹⁹ *Fraser* in *Nagl-Docekal/Pauer-Studer* 1996, 492.

⁸⁰⁰ *Fraser* in *Nagl-Docekal/Pauer-Studer* 1996, 492.

werden sollen, sondern dass Sorgearbeit als unumgänglicher Teil des Lebens anerkannt werden soll, dem sich jeder Mensch unter würdigen Umständen widmen können muss. Diese Orientierung an den gegenwärtig weiblichen Lebensmustern ist für sie der „Schlüssel zur Verwirklichung der vollen Gleichheit der Geschlechter in einem postindustriellen Wohlfahrtsstaat“.⁸⁰¹

Einen ähnlichen Ansatz vertritt auch *Frigga Haug*, die mit der *Vier-in-einem-Perspektive* eine gerechtere Aufteilung von Arbeit und Zeit unter allen Menschen einfordert.⁸⁰² Sie schlägt eine neue „Anordnung der vier Tätigkeitsbereiche – Erwerbsarbeit, Reproduktionsbereich, Kultur, Politik – auf zeitlich gleicher Ebene“⁸⁰³ vor. Statt den „profitgetriebenen Erwerbsbereich [und] den ‚verweiblichten‘ Reproduktionsbereich jenseits der Lohnform“⁸⁰⁴ einander über- und unterzuordnen, sollen sie neu verknüpft werden. Sie schlägt vor, dass jeder Mensch je vier Stunden täglich mit Freizeit, Erwerbs-, Sorge- sowie politischer Arbeit verbringen können sollte. Ihr Ansatz fordert eine generelle Umverteilung der gesamtgesellschaftlichen Arbeit, damit ginge auch eine massive Umorganisation des Arbeitsmarkts einher, die weit über die bessere Inklusion von Frauen in denselben hinausgeht. Für *Haug* ist dabei die Verknüpfung unterschiedlicher Lebens- und Politikbereiche zentral: „Solange Erwerbsarbeit, Reproduktions- oder besser Zuwendungsarbeit, kulturelle Selbstentwicklung und Politik je getrennt verfolgt werden, geraten sie in eine Sackgasse. Ihre Verknüpfung setzt eine andere politische Dynamik frei. Sie braucht den utopischen Atem, nicht einfach um Arbeitszeitverkürzung zu streiten, sondern um eine Umverteilung der gesamten Lebenszeit und aller Tätigkeiten.“⁸⁰⁵ In diesem Sinn meint auch *Williams*, dass Mutterschaft neu zu denken, bedeuten muss, auch die Struktur der Arbeitswelt neu zu denken.⁸⁰⁶ So ist etwa auch eine der zentralen Forderungen des 2018 abgehaltenen Frauenvolksbegehrens die „schrittweise Arbeitszeitverkürzung auf 30 Stunden pro Woche bei variablem Lohn- und Personalausgleich“.⁸⁰⁷ Mit *Rössler* kann schließlich noch ergänzt werden, „dass eine Theorie über die Gerechtigkeit von Arbeit sinnvolle Arbeit mit umfassen muss“.⁸⁰⁸ Das heißt, dass die Erwerbsarbeit auf eine Art gestaltet sein soll, die es erlaubt, die eigenen Fähigkeiten einzubringen, die möglichst große Freiräume lässt und die nicht frustrierend, entwürdigend oder schlicht sinnlos ist.⁸⁰⁹

6.2.5. Elternrechte als zwingendes Arbeitsrecht: Eine verpflichtende Perspektive

Wie kann das Recht nun dazu beitragen, eine ausgewogenere Verteilung von Sorgearbeit, sprich eine höhere Beteiligung von Männern daran, zu erreichen? Weiter oben wurde ausgeführt, dass eine berechtigende Perspektive auf Elternrechte dazu anleitet, Vätern und zweiten Elternteilen die gleichen Rechte zuzuerkennen wie Geburtsmüttern. Damit könnten die negativen Effekte gruppenspezifischer Schutzrechte für Frauen reduziert werden, zudem gilt die Einräumung individueller Rechte für Väter auch empirisch als wesentlicher Indikator

⁸⁰¹ Fraser in Nagl-Docekal/Pauer-Studer 1996, 492.

⁸⁰² Haug, Das Argument 2011, 241-250.

⁸⁰³ Haug, Das Argument 2011, 242.

⁸⁰⁴ Haug, Das Argument 2011, 243.

⁸⁰⁵ Haug, Das Argument 2011, 244.

⁸⁰⁶ Williams, NYU Law Review 1991, 1634.

⁸⁰⁷ Frauenvolksbegehren 2018, Forderungen, frauenvolksbegehren.at/forderung-arbeit-verteilen/ (13.7.2019).

⁸⁰⁸ Rössler, Deutsche Zeitschrift Für Philosophie 2012, 514.

⁸⁰⁹ Rössler, Deutsche Zeitschrift Für Philosophie 2012, 526-528.

für ihre Inanspruchnahme von Elternzeiten.⁸¹⁰ An dieser Stelle wird nun dargelegt, warum es wesentlich ist, diese Forderung auch auf die obligatorischen Aspekte von Elternrechten zu beziehen. Hier kann wiederum auf *Fraser* verwiesen werden; die es für ein entscheidendes Element für die Förderung gleicher Beteiligung an der Sorgearbeit hält, dass Maßnahmen geschaffen werden, „die Menschen davon abhalten, sich vor bestimmten Aufgaben zu drücken“.⁸¹¹

Die Ausgestaltung von Väterzeiten als Anspruch, gegenüber einem bloßen Antragsrecht, ermächtigt Väter und zweite Elternteile gegenüber dem oder der Arbeitgeber_in auf eigenes Betreiben hin, die Erwerbsarbeit anlässlich einer Geburt oder Kindesannahme zu unterbrechen. Es kommt in der Folge allerdings auf die Verhandlungsprozesse innerhalb der Beziehung an, ob dieses Recht tatsächlich umgesetzt wird. Hier ist zu beachten, dass, solange das MSchG dafür sorgt, dass die (anspruchsberechtigte) Mutter in den ersten Monaten jedenfalls beim Kind ist, dessen Betreuung auch ohne Freistellung des Vaters gewährleistet ist. Die Obligation der Mutter, ihre Erwerbsarbeit zu unterbrechen, trägt somit wesentlich dazu bei, dass die Entscheidung des zweiten Elternteils relativ frei getroffen werden kann. Anders im Fall des Mutterschutzanspruchs nach europäischem Recht, der zwar ebenfalls für den Zeitraum über die zwei obligatorischen Wochen hinaus als Anspruch und nicht als Pflicht gestaltet ist, der Mutter mangels parallelen Anspruchs für den zweiten Elternteil aber kaum eine andere Wahl lässt, als ihn wahrzunehmen. Die Versorgung des Säuglings ist anders als im Fall eines parallel zum Mutterschutz zustehenden Baby-Monats nicht bereits durch den anderen Elternteil gewährleistet. Nimmt die Mutter den Mutterschutzanspruch nicht wahr, muss eine andere Form der Kinderbetreuung organisiert werden. Die Ansprüche der Eltern sind insofern im Verhältnis zueinander zu sehen.

Selbst wenn formal Rechtsgleichheit besteht und beide zur gleichen Zeit denselben Anspruch haben, obliegt die Entscheidung über die konkreten Elternzeitarangements ihrer Ausverhandlung. So etwa im Fall der österreichischen Karenz. Hier ist jedenfalls einzuwenden, dass sich durch innerfamiliäre Machtverhältnisse in diesen Verhandlungsprozessen wiederum Handlungsoptionen er- und verschließen können.⁸¹² Heteronormative Vorgaben machen bestimmte Aufteilungen wahrscheinlicher als andere, wobei geschlechtsspezifische Deutungen von Kindererziehung und Hausarbeit eine große Rolle spielen.⁸¹³ Auf die Probleme der ungleichen Inanspruchnahme bei Rechtsgleichheit werde ich im Kapitel 8 näher eingehen. In Bezug auf den Zeitraum unmittelbar um die Geburt ist jedoch, selbst wenn dem Vater ein Anspruch auf Urlaub zukommt, nicht von Rechtsgleichheit zu sprechen, solange der Mutterschutzurlaub obligatorisch ist. Während also bei der Ausverhandlung von Karenzzeiten unter den Eltern außerrechtliche Normen zum Zug kommen, gibt das Recht im Zeitraum unmittelbar um die Geburt bereits bestimmte Entscheidungen vor. Auf die Ermöglichung autonomer Entscheidungen hin befragt, setzt die Beschränkung hier auf einer anderen Ebene ein; es stehen nicht dieselben Handlungsoptionen zur Verfügung.

Die Ermöglichung der Selbstbestimmung beider Elternteile ist, ergänzend zu den Argumenten

⁸¹⁰ Vgl. *Schein* in *Gerlach* 2017, 263-284.

⁸¹¹ *Fraser* in *Nagl-Docekal/Pauer-Studer* 1996, 493.

⁸¹² *Peukert*, *Aushandlungen* 2015, 273.

⁸¹³ *Rüling* in *Rehberg* 2008, 4779.

der Gleichbehandlung und Frauenförderung, auch in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs zentral, so wie in den Schlussanträgen zu den bereits besprochenen Rechtssachen *Roca Álvarez* und *Maistrellis*. Darin wurde nebst der Frage, ob die Betreuung des Kindes gesichert wird, auch auf die Möglichkeiten der Eltern abgestellt: Die Elternurlaubs-RL solle insofern „jedem Elternteil die Möglichkeit eröffnen, selbst zu entscheiden, ob er oder sie sich [...] an der familiären Verantwortung durch die Betreuung des Kindes beteiligen will“. ⁸¹⁴ Das hier für den Elternurlaub vorgebrachte Argument trifft auf den Mutterschaftsurlaub nicht zu. Eine Rechtsordnung, die einen obligatorischen Mutterschutz für Mütter, aber keine vergleichbare Regelung für Väter vorsieht, eröffnet nicht beiden Elternteilen gleichermaßen die Möglichkeit, selbst zu entscheiden, ob man Verantwortung für die Betreuung übernimmt. Müttern wird diese Entscheidung für bestimmte Zeiträume vorgeschrieben. Während ein Recht auf Elternkarenz normiert, dass jeder Elternteil seinen Urlaub nehmen darf, regeln Mutterschutzvorschriften, dass Mütter diesen (wenn auch in unterschiedlichem Ausmaß) nehmen müssen.

Neben den positiven Effekten des Schutzes hat diese obligatorische Regelung eben auch die Beschränkung der Wahlfreiheit zur Folge. In der ersten Zeit nach der Geburt ist jedenfalls die Mutter zuständig, zumal viele Rechtsordnungen, darunter die österreichische, überschneidende Betreuungszeiten beider Elternteile nur begrenzt vorsehen. ⁸¹⁵ Während die Mutterschutzrichtlinie einen obligatorischen Urlaub von nur zwei Wochen im Zeitraum um die Geburt vorschreibt, geht die österreichische Schutzfrist weit darüber hinaus. Wie oben gezeigt, wird selbst bei der kurzen Frist nicht nur der Gesundheitsschutz, sondern auch die Ermöglichung der Kinderbetreuung bezweckt. Insofern steht diese ungleiche Flexibilität der Regelungen doch in einem Spannungsverhältnis zum Postulat der selbstbestimmten Verantwortungsübernahme. Dieses Spannungsverhältnis relativiert sich freilich, wenn die außerrechtlichen Zwänge, die sich ohne Beschäftigungsverbot voll entfalten und Menschen zur Arbeit zwingen können, mitbedacht werden. Mutterschutz bestimmt schließlich auch, dass Arbeitgeber_innen diesen Urlaub gewähren müssen.

Das ungleiche Machtverhältnis innerhalb des Arbeitsverhältnisses verlangt in verschiedenen Zusammenhängen nach einem pauschalen Schutz für Arbeitnehmer_innen. ⁸¹⁶ Beispielsweise wird die Gestaltung des Arbeitszeitrechts als Pauschalschutz mit der für das Arbeitsverhältnis charakteristischen wirtschaftlichen Abhängigkeit begründet. ⁸¹⁷ Der vom Arbeitszeitrecht angestrebte Gesundheitsschutz darf nicht primär als Bevormundung der Arbeitnehmer_innen oder als deren Schutz „vor sich selbst“ missverstanden werden. ⁸¹⁸ Durch verbindliche Höchstgrenzen der täglichen und wöchentlichen Arbeitszeit, Zuschlagspflichten für Über- bzw. Mehrarbeitsleistungen, Mindestruhezeiten usw. werden Arbeitnehmer_innen davor geschützt, ihre Gesundheit und Arbeitskraft zu stark abzunutzen. ⁸¹⁹ Solche Begrenzungen

⁸¹⁴ GA Kokott, Schlussanträge zu EuGH 16.7.2015, C-222/14, *Maistrellis*, ECLI:EU:C:2015:241, Rz 39, mVa Rahmenvereinbarung über Elternurlaub, Anhang RL 2010/18/EU, ErwGr 5 (Hervorhebung MS).

⁸¹⁵ Während der 16-wöchigen Mutterschutzfrist in Österreich ist für den Vater oder zweiten Elternteil maximal eine einmonatige Freistellung vorgesehen, ein weiterer Monat steht im Fall des erstmaligen Wechsels des Kindergeldbezugs gemäß §15a Abs 2 MSchG zu.

⁸¹⁶ Vgl allg zum Arbeitszeitrecht Schöffmann, *juridikum* 2019, 131-146.

⁸¹⁷ Schöffmann, *juridikum* 2019, 131.

⁸¹⁸ Kietaihl in Kietaihl/Schörghofer/Schrammel 2014, 35-36.

⁸¹⁹ Schöffmann, *juridikum* 2019, 131.

können mitunter auch Personen negativ betreffen, die gerne länger arbeiten würden, sei es, weil sie selbst bei Vollzeitarbeit kein ausreichendes Einkommen erzielen, oder aus beliebigen privaten Gründen. Arbeitszeitregulierung schützt insofern nicht immer den oder die individuelle_n Arbeitnehmer_in, sondern Arbeitnehmer_innen als Gruppe.⁸²⁰ Das Arbeitszeitrecht geht dabei, wie das zwingende Arbeitsrecht insgesamt, davon aus, dass Arbeitnehmer_innen typischerweise „keine ausreichend starke Marktmacht zum Selbstaushandeln angemessener Arbeitsbedingungen“⁸²¹ besitzen und der Arbeitgeber_innenseite unterliegen, „die überlange Arbeitszeiten einfordert und wegen ihrer Überlegenheit auch durchsetzt“.⁸²² In erster Linie dient zwingendes Arbeitsrecht folglich dem Schutz der Arbeitnehmer_innen vor übermäßiger Inanspruchnahme durch die Arbeitgeber_innen.⁸²³

Risak beschreibt, ebenfalls anhand des Arbeitszeitrechts, dass zwingende Regelungen im Arbeitsrecht emanzipatorisch wirken können: „Dies ist freilich paradox, da diese Freiheit ja durch ein Verbot bewirkt werden soll und damit durch hoheitlichen Zwang erfolgt: Den Arbeitenden steht es gerade nicht völlig frei, wie sie über ihre Zeit verfügen, da es ihnen ja verboten ist, die Zeit im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses zu verkaufen. Diese Argumentation berücksichtigt aber nicht, dass die Verwertung der Arbeitskraft sehr selten auf freien Stücken beruht, sondern darauf, dass die Arbeitenden eben nichts anderes zu verwerten haben, um ihren Lebensunterhalt zu bestreiten.“⁸²⁴ Wenig paradox erscheint dieses Verhältnis zudem auch unter Verweis auf die doppelte Negation des Zwangs nach *Kant*. Denn „wenn ein gewisser Gebrauch der Freiheit selbst ein Hinderniß der Freiheit nach allgemeinen Gesetzen (d. i. unrecht) ist, so ist der Zwang, der diesem entgegengesetzt wird, als Verhinderung eines Hindernisses der Freiheit mit der Freiheit nach allgemeinen Gesetzen zusammen stimmend, d. i. recht“.⁸²⁵ In anderen Worten darf dort Zwang zur Beschränkung der Freiheit eingesetzt werden, wo diese Freiheit ausgenutzt wird, um jemand anderes Freiheit zu beschränken.⁸²⁶

Die Argumente für einen pauschalen Schutz vor überlanger Arbeit können auch für obligatorische Elternzeiten fruchtbar gemacht werden. Der Mutterschutz ist Teil des zwingenden Arbeitsrechts und die vorgetragenen Argumente gelten somit auch für diesen Bereich: Die zwingenden Mindeststandards des Arbeitsrechts bewirken für die typischerweise unterlegenen Arbeitnehmer_innen „keine Beschränkung der Erwerbsmöglichkeiten, sondern sie schaffen Erwerbsmöglichkeiten zu angemessenen Arbeitsbedingungen“.⁸²⁷ Würden diese entfallen oder wären sie nicht zwingend ausgestaltet, so wären Arbeitnehmer_innen „dem einseitigen Diktat unangemessener Erwerbsbedingungen“⁸²⁸ durch Arbeitgeber_innen ausgesetzt. Auch für Unterbrechungen der Arbeitszeit zugunsten der Kinderbetreuung gilt, dass das ungleiche Machtverhältnis zwischen Arbeitgeber_in und Arbeitnehmer_in dazu führen kann, dass freiwillige Elternzeiten nicht genommen werden. Die Gestaltung des

⁸²⁰ *Schöffmann*, *juridikum* 2019, 131.

⁸²¹ *Kietaibl* in *Kietaibl/Schörghofer/Schrammel* 2014, 35.

⁸²² *Kietaibl* in *Kietaibl/Schörghofer/Schrammel* 2014, 36.

⁸²³ *Kietaibl* in *Kietaibl/Schörghofer/Schrammel* 2014, 36.

⁸²⁴ *Risak*, *momentum quarterly* 2016, 76.

⁸²⁵ *Kant*, *Metaphysik der Sitten* 1797, XXXV.

⁸²⁶ Vgl. zB *Höffe* in *Höffe* 1999, 56.

⁸²⁷ *Kietaibl* in *Kietaibl/Schörghofer/Schrammel* 2014, 36.

⁸²⁸ *Kietaibl* in *Kietaibl/Schörghofer/Schrammel* 2014, 36.

Mutterschutzes als obligatorisches Beschäftigungsverbot unter Ersatz des Einkommens und mit besonderem Kündigungsschutz ermöglicht es Frauen hingegen weitestgehend, die Geburt eines Kindes mit ihrer Erwerbsarbeit zu vereinbaren.

Dass manche Elternteile lieber weiterarbeiten würden, kann unter Verweis auf den pauschalen Schutzcharakter einer obligatorischen Regelung vernachlässigt werden.

Folglich ist es wesentlich, auch die für den Mutterschutz charakteristische Gestaltung als Beschäftigungsverbot auf Väter und zweite Elternteile auszudehnen und dies nicht als Beschränkung der Willensfreiheit abzulehnen. Vielmehr würde die Ungleichheit der Entscheidungsspielräume, die verpflichtende gegenüber berechtigenden Elternurlaube zwischen Elternteilen derzeit darstellen, ausgeräumt. Die alleinige Zuständigkeit der Mutter im Zeitraum um die Geburt würde durch einen obligatorischen Vaterschutzurlaub bzw eine Schutzzeit für zweite Elternteile ergänzt. Diese entfielen ebenso wie Mütter dem Erwerbsarbeitsmarkt für eine bestimmte Zeit, ihre Zuständigkeit für die Kindererziehung würde normalisiert und damit ihre Bereitschaft, auch spätere freiwillige Elternzeiten zu nehmen, erhöht. So begründet auch die Europäische Kommission die Einführung eines freiwilligen Vaterschaftsurlaub.⁸²⁹ Meines Erachtens reicht eine freiwillige Vaterzeit allerdings nicht aus, um Männer im gleichen Maße wie Frauen als Eltern anzuerkennen und entsprechend ihrer daraus resultierenden Verantwortung auch in die Pflicht zu nehmen.

6.3. Zwischenfazit

Beide dargestellten Perspektiven zusammenfassend kann daher geschlossen werden, dass der Weg zu einer gerechteren Aufteilung von Sorgearbeit über die Stärkung der Position von Vätern und zweiten Elternteilen führt, die aber eben auch einen obligatorischen Zeitraum, vergleichbar mit jenem der Mütter, umfassen muss. Die in Anschluss an *Minow* und *Crenshaw* entwickelte Perspektive der Berechtigung betont dabei die besonderen Rechte von Müttern als Ausgangspunkt für eine möglichst weitreichende Berechtigung aller Menschen mit Betreuungsverantwortung. Wesentlich ist es, bei deren Formulierung von den Bedürfnissen der Geburtsmutter auszugehen, um eine substanziell und nicht nur formell gleiche Lösung entwerfen zu können. Diese zielt auch auf ein Umdenken hinsichtlich dessen, welche Lebensläufe als Norm gesetzt werden und welchen Wert welche Art von Arbeit in unserer Gesellschaft zugesprochen bekommt. Angesichts der mit der vergeschlechtlichten Arbeitsteilung einhergehenden gegenwärtigen Geringschätzung von Betreuungsarbeit und den damit verbundenen Nachteilen für Frauen, die diese Arbeit leisten, ist es wesentlich, in Anschluss an *Fraser* und *Haug* eine Verpflichtung für zweite Elternteile vorzusehen. Der ermächtigende Charakter, den das zwingende Arbeitsrecht innerhalb des definitionsmäßig ungleichen Arbeitsverhältnisses für Arbeitnehmer_innen hat, führt diese Perspektive der Verpflichtung mit derjenigen der Berechtigung zusammen: Erst ein obligatorischer Elternurlaub bietet die gleiche starke Rechtsgrundlage für die Entscheidung für die Kinderbetreuung für beide Eltern.

⁸²⁹ Kommission, Richtlinienvorschlag zur Vereinbarkeit von Beruf und Privatleben für Eltern und pflegende Angehörige und zur Aufhebung der Richtlinie 2010/18/EU des Rates, KOM (2017) 253 final, Begründung, 2.

7. Elternrechte im Lichte von Autonomie

Sowohl die dargestellte Perspektive der Berechtigung als auch jene der Verpflichtung durch obligatorische Elternzeiten für beide Eltern fußt auf der Überzeugung, dass Recht der Autonomieförderung dienen soll und dem durch formelle Freiheits- und Gleichheitsversprechen nicht Genüge getan ist. Das Recht soll in diesem Sinn den Menschen Handlungsmöglichkeiten zur Verfügung zu stellen und bestehende Ungleichheiten bei deren Verteilung ausgleichen. Was also heißt es, im Kontext der Vereinbarkeit von Beruf und Kinderbetreuung Autonomie zu fördern?

Ich möchte an die Autonomiebegriffe von *Holzleithner*, *Raz*, *Rössler* und *Wapler* anschließen, deren zentrales Gemeinsames darin liegt, Autonomie als von verschiedenen inneren wie äußeren Bedingungen abhängig zu begreifen. Autonomie wird nicht nur als Eigenschaft oder Fähigkeit, sondern als von sozialen Umständen abhängig verstanden. Damit einher geht auch, Autonomie nicht als etwas zu verstehen, was eine Person hat oder nicht hat, sondern als graduellen Begriff, mit dem weniger eine Person als ihre Entscheidungen und Handlungen jeweils situationsabhängig beschrieben werden. Die Bedingungen autonomer Entscheidungen umfassen nach *Holzleithner* „erstens, das Vorhandensein eines adäquaten Bereichs von Lebensmöglichkeiten; zweitens, die emotionalen und intellektuellen Fähigkeiten, um Möglichkeiten wahrzunehmen, zu reflektieren und sich dafür oder dagegen zu entscheiden; drittens, die relative Abwesenheit von Zwang und Manipulation“. ⁸³⁰ Diesen Bedingungen werde ich mich im Folgenden Schritt für Schritt nähern.

Hinsichtlich der ersten Bedingung werde ich insbesondere auf die Bedeutung des Prinzips der Gleichheit für die Frage der Adäquanz von Handlungsoptionen eingehen und eine Brücke zu den eben dargelegten Überlegungen zum Dilemma der Differenz schlagen. Vor diesem Hintergrund halte ich es für problematisch, dass die rechtlichen Regelungen für Mütter und Väter bzw zweite Elternteile unterschiedlich gestaltet sind. Bestimmte Entscheidungen über die Verteilung von Elternzeiten sind dadurch rechtlich vorgegeben, insbesondere wird die alleinige Zuständigkeit der Mutter in den ersten Lebenswochen des Kindes für dessen Betreuung nahegelegt.

Gleichheit ist nach *Holzleithner* eines der wesentlichen Kriterien, „an welchen die Adäquatheit von Lebensmöglichkeiten gemessen werden muss“. ⁸³¹ Es wurde bereits in den Kapiteln 5 und 6 ausgeführt, dass das Prinzip der Gleichheit nicht immer durch Gleichbehandlung verwirklicht werden muss, sondern besondere Rechte wie Mutterschutz und Frauenförderungsmaßnahmen ebenso gleichheitsverwirklichende Mittel darstellen. Diese können allerdings, soweit es sich um gruppenspezifische Rechte handelt, negative Effekte mit sich bringen, indem sie Differenzen re/produzieren. Um dem zu entgehen, habe ich vorgeschlagen, von derjenigen Position auszugehen, die mit einer gruppenspezifischen Maßnahme adressiert werden soll und eine inhaltlich nach ihren Bedürfnissen ausgerichtete Maßnahme zu entwerfen, deren Wirkung aber nicht gruppenspezifisch beschränkt ist. Dadurch kommt die betroffene Position in den Genuss des Rechts, ohne als Gruppe exponiert zu werden. Darüber hinaus denke ich, dass durch die Setzung dieser Position als Maßstab ein

⁸³⁰ *Holzleithner*, Dimensionen 2011, 374.

⁸³¹ *Holzleithner*, Dimensionen 2011, 375.

substanzielleres Verständnis von Gleichheit verwirklicht werden kann, welches sich nicht in der Anpassung an herrschende Normen erschöpft. Dies bedeutet konkret für die Vereinbarkeitsfrage, sie nicht als Frage von Inklusion von Frauen in den Arbeitsmarkt, sondern als Frage materieller Gleichheit und der Verteilung von Arbeit zu verstehen. Die Betonung von Gleichheit erweist sich gerade in ihrem Zusammenhang mit Autonomie als wesentlich: Materielle Gleichheit soll als Kriterium adäquater Handlungsoptionen in ihrem ermöglichenden Zusammenhang mit materieller Freiheit im Sinne von Handlungsfähigkeit begriffen werden.⁸³² Hinsichtlich der Entscheidungen über die Aufteilung von Betreuungsaufgaben rund um die Geburt eines Kindes wäre es demnach wesentlich, beiden Eltern rechtlich die gleichen Möglichkeiten zur Unterbrechung einer Erwerbstätigkeit zu gewähren. Da außerrechtliche, insbesondere ökonomische, Zwänge die Inanspruchnahme solcher Rechte hindern können, bestimmte Schutzzeiten aber von den körperlichen Dimensionen von Geburt ausgehend unerlässlich sind, sollten diese Rechte in Form obligatorischer Elternzeiten gestaltet sein.

Damit wären die Ausgangsbedingungen rechtlich gleich – doch dort, wo das Recht gleiche Bedingungen schafft, in seiner Anwendung aber flexibel bleibt, greifen außerrechtliche Normen und die beiden anderen Bedingungen autonomen Handelns geraten in den Blick. Die Frage nach der Fähigkeit zur Reflexion und Wahrnehmung der rechtlich bereitgestellten Möglichkeiten sowie nach der Abwesenheit von Zwang und Manipulation werden daher in einem zweiten Schritt näher behandelt. Dieser zweite Schritt leitet über in das anschließende Kapitel 8, in dem ich konkreter auf heteronormative Geschlechternormen als symbolische Zwänge, welche die Entscheidungsprozesse von Menschen beeinflussen, eingehe. Während die bisher dargestellte Rechtslage vor allem als Teil der ersten Bedingung autonomen Handelns besprochen wurde und weiter wird, werde ich dort auf die Regelungen zur Elternkarenz eingehen, deren Inanspruchnahme der Entscheidung der Eltern obliegt und die daher dazu einlädt, auch die inneren Bedingungen von Autonomie verstärkt zu diskutieren.

7.1. Heranführung an einen bedingten Autonomiebegriff

Autonomie beschreibt sowohl die eigenen Fähigkeiten als auch die äußeren Befähigungen zur selbstbestimmten Lebensführung. Der Begriff ist nach *Rössler* eine „Konkretisierung eines richtig verstandenen Freiheitsbegriffs“,⁸³³ innerhalb dessen negative und positive Aspekte von Freiheit einander immer schon bedingen. Wir bedürfen negativer Freiheit, der Abwesenheit von Hindernissen, nicht rein um ihrer selbst willen, sondern „weil wir frei sein wollen, bestimmte Dinge zu tun, eine bestimmte Person zu sein“.⁸³⁴ Dabei spielen die Optionen, zwischen denen man wählen kann, ebenso eine Rolle wie unterschiedliche innere und äußere Faktoren, die diese Wahl beeinflussen. Autonomie ist mit den Worten *Rösslers* eine „abhängige Freiheit“: Sie ist abhängig von „anderen, von persönlichen Fähigkeiten und auch von gesellschaftlichen Bedingungen“.⁸³⁵ Und doch ist ihr Kern die Selbstbestimmung; sich

⁸³² *Maihofer* in *Baer/Sacksofsky* 2018, 44.

⁸³³ *Rössler*, *Autonomie* 2017, 36-43, einführend zum Begriff.

⁸³⁴ *Rössler*, *Autonomie* 2017, 38-39.

⁸³⁵ *Beate Rössler* im Interview, 2011, www.tagesspiegel.de/wissen/philosophin-beate-roessler-autonomie-ist-eine-abhaengige-freiheit-seite-2/5733014-2.html (26.4.2019).

immer wieder zu „fragen oder doch wenigstens fragen zu können, ob dieses Leben, das ich lebe, wirklich das Leben ist, das ich selbst leben will“. ⁸³⁶

Bestimmte gesellschaftliche Umstände, unter ihnen das Recht, ermöglichen das und ermutigen zu einem selbstbestimmten Leben, andere verhindern es. So erfasst *Holzleithner* Autonomie über „jene sozial geschaffenen Bedingungen [...], welche die Handlungsmöglichkeiten von Menschen ermöglichen bzw. einschränken“. ⁸³⁷ Autonomes Handeln bedeutet eben nicht „bindungslose Selbstermächtigung“, ⁸³⁸ sondern ist im sozialen Kontext menschlicher Leben zu betrachten. Recht soll im besten Fall autonomes Leben ermöglichen, das heißt den bestmöglichen Rahmen für autonome Entscheidungen bieten, etwa auch darüber, wie Kinderbetreuung unter den Eltern aufgeteilt werden kann.

Mit *Friederike Wapler* – auch in Übereinstimmung mit *Rössler* und *Holzleithner* – sind „innere und äußere Bedingungen von Autonomie abzugrenzen“, ⁸³⁹ die einerseits persönliche und andererseits soziale Aspekte umfassen. Auch Beziehungen spielen dabei eine Rolle, wie insbesondere der Begriff relationaler Autonomie zu verdeutlichen sucht. *Catriona Mackenzie* betont, die Notwendigkeit eines Gerüsts an sozialen, interpersonellen und gesellschaftlichen Beziehungen zur Entwicklung und Erhaltung von Autonomie als Fähigkeit. ⁸⁴⁰ Um Entscheidungen treffen zu können, braucht das Subjekt bestimmte Kompetenzen, es muss lernen und reflektieren können, muss Alternativen denken können etc – um diese Kompetenzen auszubilden, ist es auf die Beziehungen zu anderen angewiesen. Freilich können Beziehungen aber, insbesondere wenn sie hierarchisch sind, der Entwicklung der beschriebenen Kompetenzen auch im Weg stehen. ⁸⁴¹ Auch *Mackenzie* begründet durch diese Analyse wiederum, dass Autonomie durch soziale Organisation, auch durch das Recht, entweder gefördert oder behindert werden kann. ⁸⁴²

Bereits bei *Joseph Raz* findet sich ein Begriff von Autonomie, der nicht gänzlich in der Person, sondern auch in ihrem sozialen Umfeld gelegen ist. Er beschreibt das Ideal der persönlichen Autonomie als jenes, das eigene Leben zu gestalten und mit Erfolg selbstgewählte Ziele und Beziehungen zu verfolgen. ⁸⁴³ Er grenzt diese Beschreibung allerdings sogleich dadurch ein, dass der Umstand, dass unser Wohlergehen zu großen Teilen von unseren eigenen Handlungen abhängt, nicht mit der Annahme, es gebe gänzlich freie Wahlmöglichkeiten, gleichzusetzen ist. ⁸⁴⁴ Man dürfe allerdings durchaus vernünftigerweise danach streben, zumindest „part author of his life“ ⁸⁴⁵ zu sein. Autonomie wird insofern *auch* als Fähigkeit verstanden, als „the power to choose and the power to bring about what one has chosen“. ⁸⁴⁶ *Raz* versteht diese Fähigkeiten weit und schlägt vor, besser von Bedingungen zu sprechen.

⁸³⁶ *Rössler*, Autonomie 2017, 44.

⁸³⁷ *Holzleithner*, Querelles 2009, 41.

⁸³⁸ *Holzleithner*, Querelles 2009, 41.

⁸³⁹ *Wapler* in *Baer/Sacksofsky* 2018, 193.

⁸⁴⁰ *Mackenzie* in *Mackenzie/Rogers/Dodds* 2013, 42.

⁸⁴¹ *Mackenzie* in *Mackenzie/Rogers/Dodds* 2013, 43.

⁸⁴² *Mackenzie* in *Mackenzie/Rogers/Dodds* 2013, 42.

⁸⁴³ *Raz*, *Morality of Freedom* 1986, 370.

⁸⁴⁴ *Raz*, *Morality of Freedom* 1986, 369.

⁸⁴⁵ *Raz*, *Morality of Freedom* 1986, 370.

⁸⁴⁶ *Raz*, *Morality of Freedom* 1986, 371.

Grundlegende Bedingungen oder Voraussetzungen eines autonomen Lebens sind ihm zufolge: ausreichende mentale Fähigkeiten, das Vorhandensein adäquater Wahlmöglichkeiten sowie Unabhängigkeit.⁸⁴⁷ Zunächst muss man mental dazu fähig sein, sich eine Vorstellung davon zu machen, was man will und wie man circa dorthin gelangen könnte.⁸⁴⁸ Man muss demnach zu einem gewissen Grad rational denken und vorrausschauend planen können. Zweitens muss man diese Fähigkeiten auch tatsächlich anwenden können, es müssen adäquate Handlungsmöglichkeiten verfügbar sein.⁸⁴⁹ Diese Voraussetzung ist, im Gegensatz zur ersten, nicht in der Person gelegen, sondern von äußeren Faktoren abhängig. Und schließlich muss die Entscheidung zwischen diesen Optionen unabhängig, das heißt frei von Manipulation oder Zwang durch andere, getroffen werden können.⁸⁵⁰

Holzleithners bereits genannte Bedingungen verschieben den Fokus, indem sie „das Vorhandensein eines adäquaten Bereichs von Lebensmöglichkeiten“ an die erste Stelle rücken.⁸⁵¹ Die „intellektuell-emotionale[n] Kapazitäten“ sind in ihrer Aufzählung zweitgenannt, drittens kommt die „relative Abwesenheit von Zwang und Manipulation“⁸⁵² hinzu. Ohne die individuellen Aspekte zu vernachlässigen, wird somit die soziale Bedingtheit von Autonomie betont, die eben auch Ansatzpunkt für rechtliche Politiken sein kann.

Diese Bedingungen können mehr oder weniger ausgeprägt vorliegen. Autonomes Leben ist keine Ganz-oder-gar-nicht-Angelegenheit, sondern vielmehr „matter of degree“.⁸⁵³ So auch *Rössler*, die darauf besteht, dass auch Ziele und Projekte, die man sich innerhalb seiner beschränkten Möglichkeiten setzt, autonom gesetzt sein können und Autonomie daher als gradueller Begriff zu verstehen ist.⁸⁵⁴ Auch *Wapler* stellt fest, dass autonomiefähige Personen in unterschiedlichstem Maß und auf unterschiedlichste Weise „frei oder unfrei“ sein können.⁸⁵⁵ Sie weist darauf hin, dass Autonomie erst dann zu einem „Alles oder Nichts Begriff“ werde, wenn er auf die Frage beschränkt wird, ob jemand paternalistisch behandelt wird oder selbst entscheiden darf.⁸⁵⁶ Sind „nur freier Wille oder Zwang denkbar“, wird also das Graduelle des Autonomiebegriffs vernachlässigt, auch die Frage des Rechts spitzt sich dann schnell auf die der An- oder Abwesenheit von Zwang zu.⁸⁵⁷ Ein differenzierter Autonomiebegriff hingegen „nimmt das Recht in die Pflicht, konkrete Handlungsspielräume zu eröffnen“, ⁸⁵⁸ gerade indem er die Bedeutung äußerer Bedingungen – sowie ihr Zusammenspiel mit den inneren Bedingungen – für autonomes Handeln anerkennt.

Die äußeren Bedingungen sind in erster Linie als Bereitstellung von Handlungsoptionen zu verstehen, wobei das Recht eine wesentliche Rolle spielt. Bei *Raz* sowie *Holzleithner* findet sich eine Bedingung, die sich klar in diesen äußeren Bereich einordnen lässt, nämlich die

⁸⁴⁷ *Raz*, *Morality of Freedom* 1986, 372 (appropriate mental abilities, an adequate range of options, and independence).

⁸⁴⁸ *Raz*, *Morality of Freedom* 1986, 372.

⁸⁴⁹ *Raz*, *Morality of Freedom* 1986, 373.

⁸⁵⁰ *Raz*, *Morality of Freedom* 1986, 373.

⁸⁵¹ *Holzleithner*, *Dimensionen* 2011, 374.

⁸⁵² *Holzleithner*, *Querelles* 2009, 41.

⁸⁵³ *Raz*, *Morality of Freedom* 1986, 373.

⁸⁵⁴ *Rössler* in *Pauer-Studer/Nagl-Dozekal* 2003, 356.

⁸⁵⁵ *Wapler*, *Kinderrechte und Kindeswohl* 2015, 354.

⁸⁵⁶ *Wapler*, *Kinderrechte und Kindeswohl* 2015, 354.

⁸⁵⁷ *Doll/Rössl/Sagmeister*, *juridikum* 2019, 11.

⁸⁵⁸ *Doll/Rössl/Sagmeister*, *juridikum* 2019, 11.

Verfügbarkeit adäquater Lebensmöglichkeiten. Von beiden werden jeweils zwei weitere Bedingungen beschrieben, einerseits die persönliche Fähigkeit zur Reflexion, andererseits die (relative) Abwesenheit von Zwang und Manipulation.⁸⁵⁹ Während die Reflexionsfähigkeit deutlich in den Bereich innerer Bedingungen fällt, der gerade persönliche Fähigkeiten umfasst, lässt sich die letzte Bedingung meines Erachtens nur schwer als innere oder äußere Bedingung kategorisieren, da die Abwesenheit von äußerlichen Zwängen auch für die Frage der inneren Reflexionsfähigkeit zentral ist. Für wesentlich halte ich insofern die Einsicht, dass nicht „trennscharf“⁸⁶⁰ zwischen inneren und äußeren Bedingungen unterschieden werden kann – und muss. Die Verinnerlichung von (äußerlichen?) Zwängen ist gerade aus feministischer Perspektive zentral.⁸⁶¹ *Holzleithner* bindet zudem die dritte Bedingung (die relative Abwesenheit von Zwang) wieder zurück an das Recht, welches sowohl durch Verbot als auch durch strenge Anforderungen an die Lebensführung Zwang ausüben kann und somit bei den inneren wie den äußeren Bedingungen eine Rolle spielt.⁸⁶²

7.2. Äußere Bedingtheit von Autonomie: Das Recht und die Verfügbarkeit adäquater Handlungsmöglichkeiten

Kommen wir also zur ersten Bedingung autonomen Handelns, zur Verfügbarkeit adäquater Handlungsmöglichkeiten.⁸⁶³ *Raz* zufolge müssen sowohl in Lebensbereichen, wo sie ernste Konsequenzen haben, als auch dort, wo sie langfristig nur geringe Auswirkungen zeitigen, verschiedene Optionen verfügbar sein. Das heißt, es müssen sowohl Entscheidungen über wesentliche Aspekte des Lebens, wie etwa die Berufswahl oder die Wahl der persönlichen Beziehungen, als auch triviale Alltagsentscheidungen, etwa darüber, wann ich mir die Zähne putze, getroffen werden können.⁸⁶⁴

Holzleithner unterscheidet hier Optionen, die „großangelegte Lebensentwürfe“ betreffen, und einzelne Handlungen, die allerdings „zusammengenommen wiederum Teil eines Lebensentwurfs“ sein können.⁸⁶⁵ Die Entscheidung darüber, ob und mit wem man Kinder bekommen möchte, ist jedenfalls als solche zu betrachten – sie wird auch unter dem Begriff der reproduktiven Autonomie verhandelt.⁸⁶⁶

Wenn sowohl Berufswahl als auch Familienplanung als wesentliche Teilbereiche menschlichen Lebens angesehen werden, so ist es jedenfalls nicht adäquat, sich zwischen Beruf und Familie entscheiden zu müssen, es muss möglich sein, in beiden Bereichen Optionen zu ergreifen – was wiederum auch umfasst, sich auf einen dieser Bereiche zu konzentrieren, soweit dies eben nicht die einzig verfügbare und damit nicht adäquate Option ist. Dass sich Frauen eher zwischen Familie und Karriere entscheiden müssen, Männer

⁸⁵⁹ *Raz*, *Morality of Freedom* 1986, 372 (1. appropriate mental abilities, 2. an adequate range of options, 3. independence); *Holzleithner*, *Dimensionen* 2011, 374 (1. Vorhandensein eines adäquaten Bereichs von Lebensmöglichkeiten, 2. emotionale und intellektuelle Fähigkeiten, 3. relative Abwesenheit von Zwang und Manipulation)

⁸⁶⁰ *Wapler* in *Baer/Sacksofsky* 2018, 200.

⁸⁶¹ *Holzleithner* in *Berghahn/Rostock* 2009, 353.

⁸⁶² *Holzleithner*, *Querelles* 2009, 43.

⁸⁶³ *Holzleithner*, *Dimensionen* 2011, 374; *Holzleithner*, *Querelles* 2009, 41; *Raz*, *Morality of Freedom* 1986, 372.

⁸⁶⁴ *Raz*, *Morality of Freedom* 1986, 374.

⁸⁶⁵ *Holzleithner*, *Querelles* 2009, 41.

⁸⁶⁶ Vgl. *Wapler* in *Baer/Sacksofsky* 2018, siehe auch die Ausführungen zum Mutterschutz und insbesondere zum Kündigungsschutz im Kontext reproduktiver Autonomie in Kapitel 4.

hingegen eher beides vereinbaren können, ist für *Williams* eine der drastischsten Illustration der unterschiedlichen Wahlfreiheiten, die Männer und Frauen haben.⁸⁶⁷ Ob und wie ein etwaiger Kinderwunsch mit Erwerbsarbeit vereinbar ist, ist folglich für eine autonome Lebensgestaltung bedeutsam, da dies Voraussetzung dafür ist, sich nicht zwischen Familie und Beruf entscheiden zu müssen. Tatsächlich wird die Vereinbarkeitsfrage gerade für Frauen oft zum ausschlaggebenden Argument für oder gegen Kinder.⁸⁶⁸ Solange Frauen überproportional mit unbezahlter Sorgearbeit belastet sind, sind ihre Lebensgestaltungsmöglichkeiten dadurch eingeschränkt.

Vice versa sind die Möglichkeiten von Männern stark auf den Bereich des Erwerbs fokussiert,⁸⁶⁹ was ebenfalls als Beschränkung von Entscheidungsräumen angesehen werden kann: „[...] [W]hile male privilege gives men the right to perform as ideal workers, it also creates a duty for them to perform as ideal workers.“⁸⁷⁰ Allerdings kann – ohne damit eine Wertung vorzunehmen – nicht von der Hand gewiesen werden, dass die Beschränkung auf den Erwerb gegenüber einer Beschränkung auf familiäre Sorgearbeit den Vorteil der Entlohnung mit sich bringt. Ein eigenes Einkommen ist schließlich wiederum wesentlich für die Verfügbarkeit von Lebensgestaltungsmöglichkeiten, gerade auch in Bezug auf die Un-/Abhängigkeit innerhalb einer Beziehung. Nicht zuletzt aus diesem Grund wurden in feministischen Kontexten auch immer wieder Forderungen nach einem Lohn für Hausarbeit laut.⁸⁷¹ Dieser Vorteil der Entlohnung ist freilich zugleich ein Zwang; wiewohl es für unterschiedliche Arbeiten unterschiedlichste Motivationen geben kann, ist die „am häufigsten anzutreffende Motivation [...] ganz einfach: Personen müssen arbeiten wegen des Geldes.“⁸⁷²

Nach *Raz* sollte keine Entscheidung vom Bedürfnis, das eigene Leben zu erhalten, getragen sein.⁸⁷³ Gerade im Kontext der Vereinbarkeit von Erwerbsarbeit und Familie scheint es geboten zu fragen, wie sich diese Anforderung zu der Tatsache verhält, dass die meisten Menschen auf ein Einkommen aus Arbeit angewiesen sind, um ihr täglich Brot zu verdienen, das heißt, um das eigene Leben zu erhalten. *Rössler* führt aus, dass es „keineswegs leicht [ist], die Behauptung zu begründen, entfremdete Arbeit sei mit der Autonomie und praktischen Identität von Subjekten in einer gerechten und freien Gesellschaft problemlos vereinbar“.⁸⁷⁴ Sie hält es daher im Kontext von Autonomie für wesentlich, sich über die Gestaltung von und den Zugang zu Erwerbsarbeit Gedanken zu machen. Problematisch sei insbesondere entfremdete, fremdbestimmte Arbeit, was freilich jeder Arbeit entspricht, die allein des Geldes wegen verrichtet wird. Während der Begriff *Entfremdung* im Kontext von Lohnarbeit

⁸⁶⁷ *Williams*, NYU Law Review 1991, 1598.

⁸⁶⁸ *Wipperman*, Was junge Frauen wollen 2016, library.fes.de/pdf-files/dialog/12633.pdf (15.6.2019); Zusammenfassung von *Thurm*, Gute Gründe gegen Kinder, DieZeit.de v 7.7.2016, www.zeit.de/gesellschaft/familie/2016-07/kinderwunsch-studie-frauen-sinus-milieus-elterngeld-kinderbetreuung (15.4.2019).

⁸⁶⁹ Vgl zB *Behnke/Lengersdorf/Meuser* in *Kortendiek/Riegraf/Sabisch* 2019, 1131-1139; *Meuser*, gender literatur kultur 2005, 91-106.

⁸⁷⁰ *McGinley*, Seattle University Law Review 2011, 709-710 mVa *Williams*, Reshaping the Work-Family Debate, 32.

⁸⁷¹ Vgl mit weiteren Verweisen *Meyer*, juridikum 1995, 17-19.

⁸⁷² *Rössler*, Deutsche Zeitschrift Für Philosophie 2012, 518.

⁸⁷³ *Raz*, Morality of Freedom 1986, 376.

⁸⁷⁴ *Rössler*, Deutsche Zeitschrift Für Philosophie 2012, 525.

klar auf *Marx* zurückgeht, bietet *Rössler* auch an, durch die „Übersetzung von ‚entfremdet‘ in ‚fremdbestimmt‘“, „denselben Punkt innerhalb eines rein liberalen Rahmens [zu] machen“. ⁸⁷⁵

Entfremdung im Kontext von Arbeit als philosophisch-soziologischer Begriff meint einen gesellschaftlichen Prozess, der dadurch gekennzeichnet ist, „daß die Tätigkeit des einzelnen im Produktionsprozeß, seine Arbeit und die Ergebnisse seiner Arbeit sich verselbstständigt und Herrschaft über den Menschen gewonnen haben“. ⁸⁷⁶ Als psychologischer Begriff meint Entfremdung die Erfahrung des oder der Einzelnen von Machtlosigkeit, Sinnlosigkeit oder Isolation. ⁸⁷⁷ In der Verwobenheit dieser Dimensionen liegt die „doppelte Bedeutung des Begriffs Entfremdung“, ⁸⁷⁸ unter der Menschen im Kontext von Erwerbsarbeit leiden.

Solcher entfremdeten Arbeit stellt *Rössler* den Begriff der sinnvollen Arbeit gegenüber, der allerdings innerhalb bestimmter Grenzen als Maßstab dienen soll; soweit der Zwang zu Arbeit besteht, hat diese immerhin einem Mindeststandard zu genügen: „Wenn die Menschen arbeiten *müssen*, dann muss sinnvolle Arbeit verfügbar sein.“ ⁸⁷⁹ Sinnvoll sind Arbeiten ihr zufolge dann, wenn sie „auf eine Weise ausgeführt werden können, die ein Minimum an Selbstbestimmung, Komplexität und Fähigkeiten möglich und notwendig macht“. ⁸⁸⁰ Für *Rössler* ist an dieser Stelle ganz zentral, dass sich daraus bestimmte Anforderungen an die Gestaltungen und Qualität von Arbeit ergeben. Meines Erachtens lässt sich daraus auch auf die Notwendigkeit der Vereinbarkeit von familiären Verpflichtungen mit Arbeit schließen, da der Staat für die *Verfügbarkeit* solcher Arbeiten verantwortlich zeichnet. *Rössler* argumentiert sogar, dass der *gleiche Zugang* zu sinnvoller Arbeit ein Minimum darstelle und besser *ein Recht darauf* zu bestehen hätte. ⁸⁸¹ Während nach *Rössler* „der gerechte Staat wohlgerne nicht für *alle* Dimensionen des (guten) Lebens verantwortlich ist“, ⁸⁸² kommt ihm aufgrund der massiven sozialen und politischen Bedeutung von Erwerbsarbeit bei deren Regulierung eine große Verantwortung zu.

Zugleich betont *Rössler* auch die Bedeutung von Autonomie und diese ermöglichender Regelungen für das Private. Die Unterscheidung zwischen privater und öffentlicher Sphäre geht einher mit der Zuweisung von Frauen an das Private und ihre Unterdrückung in dieser Sphäre. ⁸⁸³ Sie bezieht sich wesentlich auf eine „maßgebliche Organisationsform unserer Gesellschaft als ganzer: auf die geschlechtsspezifische Arbeitsteilung. Sie betrifft deshalb die Autonomie von Personen noch einmal in einer anderen, fundamentalen Weise.“ ⁸⁸⁴ Die mit dieser Arbeitsteilung einhergehenden Zuschreibungen und die bestehende Ungleichheit zwischen Männern und Frauen wirken sich auch auf deren Autonomie aus. ⁸⁸⁵

Privatheit und Autonomie hängen auf verzwickte Weise verschiedene Arten zusammen; der Schutz der Privatsphäre hat einerseits ermächtigende Effekte, indem er als Schutz *im* Privaten dient –

⁸⁷⁵ *Rössler*, Deutsche Zeitschrift Für Philosophie 2012, 525.

⁸⁷⁶ *Israel*, Entfremdung 1972, 17.

⁸⁷⁷ *Israel*, Entfremdung 1972, 18.

⁸⁷⁸ *Israel*, Entfremdung 1972, 18.

⁸⁷⁹ *Rössler*, Deutsche Zeitschrift Für Philosophie 2012, 532.

⁸⁸⁰ *Rössler*, Deutsche Zeitschrift Für Philosophie 2012, 533.

⁸⁸¹ *Rössler*, Deutsche Zeitschrift Für Philosophie 2012, 532-533.

⁸⁸² *Rössler*, Deutsche Zeitschrift Für Philosophie 2012, 532.

⁸⁸³ Vgl zB *Moller Okin* in *Held* 1991; *Pateman*, The Disorder of Women 1990.

⁸⁸⁴ *Rössler*, Autonomie 2017, 305.

⁸⁸⁵ *Rössler*, Autonomie 2017, 307.

auch gegenüber Frauen, man denke wiederum an reproduktive Autonomie –, andererseits aber auch problematische Effekte, indem er das Private dem Zugriff des Politischen entzieht.⁸⁸⁶ Rössler entgegnet Letzterem aber, dass es gerade aus der Perspektive der Gerechtigkeit insofern keine Sphärentrennung geben kann, als Prinzipien der Gerechtigkeit auch im Privaten Geltung finden müssen.⁸⁸⁷ Ihr geht es beim „Schutz des Privaten nicht nur schlicht um die Ermöglichung von Autonomie [...], sondern auch um die Ermöglichung des gleichen Werts von Autonomie und Freiheit für Frauen und Männer“.⁸⁸⁸ In diesem Sinn erscheinen die Schaffung gleicher Möglichkeiten für Männer und Frauen hinsichtlich der Lebensgestaltung im Privaten, in der Familie, sowie die Durchbrechung der vergeschlechtlichten Arbeitsteilung aus einer Autonomieperspektive dringend geboten.

7.2.1. Gleichheit als Kriterium für die Adäquanz von Handlungsmöglichkeiten

Zum einen sind also Bereiche abzustecken, in denen Optionen verfügbar sein müssen, diese erstrecken sich auf das private ebenso wie das öffentliche Leben. Des Weiteren ist innerhalb dieser Bereiche nach der Adäquanz der Optionen zu fragen. Ganz grundsätzlich reicht es nicht aus, *eine* Option zu haben, es muss zwischen verschiedenen adäquaten Möglichkeiten innerhalb eines Bereichs gewählt werden können.⁸⁸⁹

Für Raz und Holzleithner ist jedenfalls nicht nur die Quantität, sondern auch die Qualität der Alternativen ausschlaggebend. Zur Beurteilung der Adäquanz von Optionen im Bereich Vereinbarkeit und Aufgabenteilung in der Familie ist – wie meines Erachtens grundsätzlich in der Beurteilung der Adäquanz rechtlicher Optionen – deren konkrete juristische Ausgestaltung zu beachten. Eine rechtliche Absicherung für Eltern ist notwendig, um die Option „Elternschaft und Beruf“ tatsächlich zu ermöglichen; führt Schwangerschaft zu einer Entlassung, so ist es zwar möglich, sich zwischen Beruf und Familie zu entscheiden, nicht aber für beides. Insofern spielt in diesem Beispiel die Gestaltung des Bestandschutzes eine Rolle für die Beurteilung der Adäquanz. Insofern bezieht sich die Frage der Adäquanz auf jede Option an sich, sie muss aufgrund ihrer Gestalt und Qualität jedenfalls zumutbar sein. Darüber hinaus ist aber immer auch die tatsächliche Verfügbarkeit einer Option ausschlaggebend; ist sie zwar wunderbar ausgestaltet, aber nur für einen beschränkten Personenkreis erreichbar, kann sie kaum als adäquat gelten. Deswegen ist das Prinzip der Gleichheit hier so zentral. Bezogen auf die Frage der Vereinbarkeit zeigt sich die Relevanz der Verfügbarkeit etwa, wenn manche Optionen nur einem der Elternteile zur Verfügung stehen: Entscheidet sich ein Paar für ein Kind und stellt sich in der Folge die Frage, wie diese neue Aufgabe mit den Berufen beider Eltern vereinbar ist, so findet an dieser Stelle eine Beschränkung von Autonomie statt, sofern nicht beiden dieselben Möglichkeiten zur Verfügung stehen.

Holzleithner gibt zu bedenken, dass die Frage nach der Adäquanz eine „normative und im Einzelfall immer wieder umstrittene“⁸⁹⁰ ist. Dies trifft sicherlich auch auf den Bereich der Elternzeitregelungen zu. Wie in der Darstellung der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs gezeigt, erschien es in den 1980er Jahren noch rechtskonform – und somit in den

⁸⁸⁶ Rössler, Autonomie 2017, 308-310.

⁸⁸⁷ Rössler, Autonomie 2017, 306.

⁸⁸⁸ Rössler, Autonomie 2017, 312.

⁸⁸⁹ Raz, *Morality of Freedom* 1986, 373; vgl auch Hassoun, *European Journal of Philosophy* 2014, 98.

⁸⁹⁰ Holzleithner, *Querelles* 2009, 42.

Augen des Gerichtshofs wohl adäquat –, dass nur der Mutter die Möglichkeit zur Unterbrechung der Erwerbstätigkeit zugunsten der Kinderbetreuung zur Verfügung stand.⁸⁹¹ Ob Möglichkeiten adäquat erscheinen, ist immer vom gesellschaftlichen Kontext und Wandel abhängig; die Entwicklung der Elternkarenz ist hierfür ein gutes Beispiel, es erschien vielen lange Zeit unproblematisch, dass Männer keine Möglichkeit hatten, die Erwerbsarbeit anlässlich der Kinderbetreuung zu unterbrechen. Heute sehen wir das anders.

Ein Prinzip, das jedenfalls als Kriterium für die Adäquanz von Möglichkeiten herangezogen werden kann, ist laut *Holzeithner* das Prinzip der Gleichheit:⁸⁹² „Wenn das Recht die Bedingungen von Autonomie für alle gleichermaßen herstellen soll, dann muss es die Tatsache ernst nehmen, dass die Gesellschaft von strukturellen Ungleichheiten durchzogen ist, welche die Lebenschancen der Angehörigen verschiedener Gruppen in signifikanter Weise verschlechtern.“⁸⁹³ Das Recht hat entsprechend ausgleichend auf Ungleichheiten zu wirken, um Autonomie zu fördern.

Pauer-Studer konkretisiert, dass Gleichheit als Voraussetzung von Freiheit angesehen werden kann.⁸⁹⁴ Freiheit stellt demnach einen Wert an sich dar, während distributive Gleichheit in einer instrumentellen Relation zu Freiheit steht.⁸⁹⁵ Soziale, rechtliche und politische Gleichheit garantieren, dass Menschen „grundlegende soziale Freiheit leben können“.⁸⁹⁶ Diskriminierungen und Ungleichheit verhindern hingegen, dass Menschen ihre Vorstellungen eines guten Lebens verfolgen können.⁸⁹⁷ Dadurch soll der Wert von Gleichheit nicht gemindert werden, er besteht nur eben auch in seinem Verhältnis zum Wert der Freiheit.⁸⁹⁸ Tatsächlich erscheint mir, dass durch die Erkenntnis der instrumentellen Beziehung von Gleichheit und Freiheit der Gleichheit als *instrumentellem* Ort sogar besondere Bedeutung zukommt, nämlich als dem Ort, an dem Veränderung ansetzen kann. Als Beispiel nennt *Pauer-Studer* die Verteilung von Wohlstand, worin „ökonomischen Mitteln eine instrumentelle Funktion“⁸⁹⁹ zukomme, nichtsdestotrotz ist Gleichheit in diesem Bereich eine fundamentale politische Forderung.

Um möglichst große Handlungsfreiheit für einen möglichst großen Kreis an Personen zu generieren, muss möglichst große Gleichheit in diesem Kreis gewährleistet werden. Stehen bestimmte Optionen nur manchen Personen zu, so ist die Freiheit der restlichen dahingehend beschränkt, dass es ihnen nicht möglich ist, diese Optionen zu ergreifen. Erst wenn eine Option allen offen steht und es ihnen tatsächlich möglich ist, danach zu handeln, kann unter diesen Menschen frei entschieden werden, wer sie ergreift und wer nicht.

Hinzu kommt, wie bereits mit *Holzeithner* eingeführt, dass bestehende Ungleichheiten aufgegriffen und bekämpft werden müssen, um gleiche Möglichkeiten erst herzustellen. In

⁸⁹¹ EuGH 12.7.1984, C-184/83, *Hofmann*, ECLI:EU:C:1984:273.

⁸⁹² *Holzeithner*, Querelles 2009, 42.

⁸⁹³ *Holzeithner*, Dimensionen 2011, 375.

⁸⁹⁴ *Pauer-Studer* in *Pauer-Studer/Nagl-Docekal* 2003, 261-263.

⁸⁹⁵ *Pauer-Studer* in *Pauer-Studer/Nagl-Docekal* 2003, 234.

⁸⁹⁶ *Pauer-Studer* in *Pauer-Studer/Nagl-Docekal* 2003, 264.

⁸⁹⁷ *Pauer-Studer* in *Pauer-Studer/Nagl-Docekal* 2003, 264.

⁸⁹⁸ *Pauer-Studer* ergänzt allerdings, dass beide dem Prinzip der Anerkennung untergeordnet sind, dessen Teil auch die Achtung aller Menschen als gleich an Würde ist. Das Prinzip gleicher Anerkennung ist allerdings kein Gleichheitsprinzip, da es nicht relational gedacht werden dürfe, sondern aus der „singulären Tatsache des Menschseins“ (267) erwächst (*Pauer-Studer* in *Pauer-Studer/Nagl-Docekal* 2003, 263-267).

⁸⁹⁹ *Pauer-Studer* in *Pauer-Studer/Nagl-Docekal* 2003, 266.

diesem Sinn ist die autonomiebedingende Gleichheit jedenfalls als substanzielle und nicht als rein formelle zu denken.

Hier kann auch auf *Maihofers* Kritik an einem formellen Gleichheitsbegriff verwiesen werden, der das bedingende Verhältnis übersehe, in dem materielle Gleichheit zu materieller Freiheit im Sinne von Handlungsfähigkeit steht.⁹⁰⁰ Auch *Mackenzie* führt im Kontext relationaler Autonomie aus: „[I]f we are interested in promoting autonomy we need to be concerned not with the mere proliferation of choice but with how opportunities are socially distributed and with whether people have an adequate range of genuine and significant options available to them. Autonomy, on this view, thus requires *substantive, not merely formal, equality* of opportunity.“⁹⁰¹

7.2.2. Gleichheit, Adäquanz und Mutterschutz

Kommen wir in diesem Kontext noch einmal auf Mutterschutz bzw auf gruppenspezifische Rechte im Kontext von Vereinbarkeit zu sprechen. Der für das Gleichstellungsrecht so zentrale Gedanke, dass bestimmte Ungleichbehandlungen zur Bekämpfung faktischer Ungleichheiten erlaubt sind, ließe sich mit *Pauer-Studer* als freiheitsbegünstigende Beschränkung von Gleichheit definieren:⁹⁰² (Formelle) Gleichheit dürfe zugunsten der Handlungsfreiheit marginalisierter Gruppen beschränkt werden. Freiheit hingegen dürfe nie zugunsten von Gleichheit beschränkt werden, es mache schlicht keinen Sinn, „gleiche Freiheit“ zu fordern, wenn Freiheit nicht als vorgelagerter Wert anerkannt werde.⁹⁰³ Insofern lässt sich die Aussage, dass „Freiheit im Sinne der Selbstbestimmung des eigenen Lebensplanes [...] abhängig von der Garantie grundlegender Rechte und auch gewisser sozialer und materieller Voraussetzungen“⁹⁰⁴ ist, geradezu gleichsetzen mit der Voraussetzung von Gleichheit. Maßnahmen im Bereich des Gleichbehandlungsrechts, etwa positive Maßnahmen, sind insofern „rückgebunden an die Freiheitssicherung“.⁹⁰⁵

Auch der Mutterschutz kann insofern als legitime Beschränkung formeller Gleichbehandlung zugunsten der Handlungsfreiheit von Müttern angesehen werden. Eigene Optionen für Mütter sollen bestehende Ungleichheiten aufwägen und somit im Ergebnis erst zu tatsächlicher Gleichheit führen. Insofern sind, wie bereits ausführlich besprochen, besondere Optionen für besonders schutzbedürftige Gruppen mit der Anforderung an Gleichheit vereinbar. Allerdings treten in der Folge die bereits diskutierten Probleme im Sinne des Dilemmas der Differenz zutage, etwa indem Mütter auf diese Rolle reduziert werden. Diese Probleme lassen sich auch als Probleme im Zusammenhang mit Autonomie begreifen: Dadurch, dass bestimmte Optionen, wie eben der Mutterschutz, nur Frauen zur Verfügung stehen, werden diese Optionen nur von ihnen beansprucht. Dies beschränkt offensichtlich sowohl die Autonomie des zweiten Elternteils, dem eine Option fehlt, als auch die der Mutter, die gezwungen ist, eine Option zu ergreifen. Es beschränkt darüber hinaus die Autonomie beider Elternteile insofern, als dass ihnen die gemeinsame Entscheidung über die Verteilung der Aufgaben entzogen wird.

⁹⁰⁰ *Maihofer* in *Baer/Sacksofsky* 2018, 44.

⁹⁰¹ *Mackenzie* in *Mackenzie/Rogers/Dodds* 2013, 44 (Hervorhebung MS).

⁹⁰² *Pauer-Studer* in *Pauer-Studer/Nagl-Docekal* 2003, 265.

⁹⁰³ *Pauer-Studer* in *Pauer-Studer/Nagl-Docekal* 2003, 265.

⁹⁰⁴ *Pauer-Studer* in *Pauer-Studer/Nagl-Docekal* 2003, 266.

⁹⁰⁵ *Pauer-Studer* in *Pauer-Studer/Nagl-Docekal* 2003, 267.

Ergänzend kann man meines Erachtens hier einwerfen, dass Freiheit sehr wohl beschränkt werden darf, nämlich soweit sie die Freiheit anderer beschränkt. So ist im liberalen Rechtsdenken – wie auch in Bezug auf das zwingende Arbeitsrecht in Kapitel 6 bereits angemerkt – schon anschließend an *Kant* Zwang „dort erlaubt, wo es ohnehin schon Zwang gibt, wo nämlich ein anderer in meinen legitimen Freiheitsraum eindringt“.⁹⁰⁶

Wenn nun Gleichheit eine Voraussetzung von Freiheit ist, wird durch die Beschränkung von Gleichheit indirekt auch die Freiheit beschränkt. Folglich kann sich aber auch eine Freiheitsbeschränkung zugunsten der Gleichheit (in ihrer Funktion als Instrument der Freiheit) durch den Schutz der Freiheit rechtfertigen. Diese Überlegung bietet ein weiteres Argument für die Ausdehnung obligatorischer Elternzeiten auf zweite Elternteile. Vätern ebenfalls eine obligatorische Auszeit vorzuschreiben, beschränkt zunächst deren Freiheit zugunsten der Gleichheit, beide Elternteile haben dann dieselben (teilweise vorgegebenen) Möglichkeiten. Zugleich steht diese Gleichheit aber wiederum in einem bedingenden Verhältnis zur Freiheit; die handlungsfreiheitsermöglichende Funktion des Mutterschutzes bleibt erhalten, hinzu treten gleiche Ausgangsbedingungen bei der Ausverhandlung von Elternaufgaben zwischen Vätern bzw zweiten Elternteilen und Müttern.

Obligatorische Regelungen stellen formal immer Zwang und damit eine Beschränkung der Autonomie dar. Im Zusammenspiel der Autonomiebedingungen, die die Bedeutung außerrechtlicher Zwänge anerkennen, zeigt sich aber, dass zwingendes Recht manchmal geboten ist, um außerrechtlichen, beispielsweise ökonomischen, Zwängen zu begegnen. So sind, wie bereits dargelegt, zwingende Arbeitsrechte stets im Verhältnis zum Zwang des Arbeitsverhältnisses zu sehen, den sie ausgleichen sollen. Die (Erwerbs-)Freiheit des Großteils der Arbeiter_innen wird durch das zwingende Arbeitsrecht somit „faktisch ohne Zweifel eher erweitert als beschränkt“.⁹⁰⁷

Die Rechtsnatur einer Maßnahme hat große Auswirkungen auf deren tatsächliche Verfügbarkeit, wie im Verhältnis der „freiwilligen“ Familienzeit gegenüber dem „obligatorischen“ Mutterschutz gezeigt wurde. In der Frage der tatsächlichen Verfügbarkeit der adäquaten Lebensmöglichkeiten ist bereits eine Verbindung zu den anderen Bedingungen von Autonomie gelegen: Sowohl die eigenen Fähigkeiten als auch äußere Zwänge spielen eine Rolle dabei, ob grundsätzlich bestehende Möglichkeiten ergriffen werden können oder nicht. *Raz* nennt die Wohnungswahl, um zu illustrieren, dass eine Mehrzahl an Möglichkeiten verfügbar sein muss; wenn nur ein bestimmter Stadtteil zur Wahl steht, ist die Entscheidung weniger autonom, als wenn ich etwa zwischen Stadt und Land, Wohnung und Haus wählen kann.⁹⁰⁸ Rein formal betrachtet gibt es keine Beschränkungen, welche Wohnung oder welches Haus im ganzen Land (das Staatsbürger_innenschafts- und Aufenthaltsrecht zieht schon hier die erste Grenze) ich beziehen könnte, doch leisten kann ich mir bei weitem nicht jede Immobilie. Hier muss meines Erachtens eine Brücke zur Bedingung der Unabhängigkeit geschlagen werden. Der Zwang der ökonomischen Verhältnisse schränkt Handlungsoptionen in einer kapitalistischen Gesellschaft immer ein. Auch Geschlechternormen begrenzen Möglichkeiten insofern, als dass sie bestimmten Personen bestimmte Lebensentwürfe

⁹⁰⁶ Vgl *Höffe* in *Höffe* 1999, 56.

⁹⁰⁷ *Rebhahn*, wbl 1996, 56-58, 58.

⁹⁰⁸ *Raz*, *Morality of Freedom* 1986, 375.

nahelegen, andere hingegen nicht. Armut, sozialer Druck oder rechtliche Schranken können unabhängig von der Fähigkeit zur Autonomie die Möglichkeit der freien Entscheidung hindern.⁹⁰⁹

7.3. Innere Autonomiebedingungen: Personale Autonomie und die (relative) Abwesenheit von Zwang

Selbst wenn adäquate Möglichkeiten bereitstehen, ergehen Entscheidungen nicht automatisch autonom – in der Person und in ihrer Umwelt gelegene Gründe können das Ergreifen bestimmter Möglichkeiten hindern, fördern oder gar verunmöglichen. En gros befähigen die inneren Bedingungen ein Individuum, selbstbestimmt zu entscheiden, während die äußeren Bedingungen die Optionen beschreiben, die „eine soziale oder politische Gemeinschaft ihren Mitgliedern eröffnet“. ⁹¹⁰ Nun lassen sich diese Sphären aber nicht gänzlich trennen: „Wünsche, Ziele und Präferenzen, die eine Person im Laufe ihres Lebens entwickelt, sind in hohem Maße von den Bedingungen abhängig, unter denen diese Person lebt. Damit wird auch der Spielraum, der einem Individuum für die eigene Reflexion zur Verfügung steht, von seinem sozialen, wirtschaftlichen, politischen, kulturellen und rechtlichen Kontext beeinflusst.“⁹¹¹

Teil der inneren Bedingungen ist jedenfalls die Frage von Autonomie als Fähigkeit oder als Summe von Eigenschaften, die eine Person haben muss, um als verantwortlich für ihre Entscheidungen gelten zu können. Diese Dimension von Autonomie geht mit dem ethischen Konzept der „personalen Autonomie“ sowie den rechtlichen Begriffen der Mündigkeit oder Einsichtsfähigkeit einher.⁹¹² Eine Entscheidung muss weder vernünftig noch moralisch oder politisch richtig sein, um als autonom zu gelten.⁹¹³ Menschen können sich auch für unvernünftiges oder moralisch verwerfliches Verhalten entscheiden.

Zudem ist Autonomie nach *Rössler* keine Garantie für ein gelungenes, glückliches Leben;⁹¹⁴ auch autonom getroffene Entscheidungen können Menschen unglücklich machen.

An ihrem Inhalt lässt sich die Autonomie einer Entscheidung somit nicht messen, diese Erkenntnis ist auch wesentlich, um nicht solche Entscheidungen als „unfrei“ abzutun, mit denen man moralisch nicht übereinstimmt. Einige feministische Debatten sind von einem Spannungsverhältnis gekennzeichnet, in dem die Entscheidungen mancher Frauen anderen aufgrund ihrer politischen oder moralischen Überzeugungen als unmöglich autonom erscheinen; etwa im Fall von Sexarbeit oder auch bei der Frage, ob sich Frauen aus religiösen Gründen verschleiern.⁹¹⁵

Ist aber der Inhalt einer Entscheidung für die Beurteilung einer Entscheidung als autonom irrelevant, so müssen andere Bedingungen gefunden werden, um die „personale Autonomie eines Individuums“ zu bewerten.⁹¹⁶

⁹⁰⁹ Wapler in Baer/Sacksofsky 2018, 198.

⁹¹⁰ Wapler in Baer/Sacksofsky 2018, 193.

⁹¹¹ Wapler in Baer/Sacksofsky 2018, 200.

⁹¹² Wapler in Baer/Sacksofsky 2018, 194.

⁹¹³ Wapler in Baer/Sacksofsky 2018, 194.

⁹¹⁴ Rössler in Pauer-Studer/Nagl-Docekal 2003, 356.

⁹¹⁵ Vgl Doll/Rössl/Sagmeister, *juridikum* 2019, 9-10 mit weiteren Verweisen.

⁹¹⁶ Wapler in Baer/Sacksofsky 2018, 194.

Wapler konkretisiert die personale Autonomie anhand dreier basaler Fähigkeiten: intellektuelle Einsichtsfähigkeit, emotionale Steuerungsfähigkeit sowie Authentizität oder Unabhängigkeit, was bedeutet, dass eine Entscheidung die *eigene* sein muss.⁹¹⁷ Dieser letzte Punkt ist vergleichbar mit der jeweils dritten Autonomiebedingung bei *Holzleithner* und *Raz*: der (relativen) Abwesenheit von Zwang und Manipulation.⁹¹⁸ Insofern lassen sich die drei Aspekte innerer Autonomie bei *Wapler* unterschiedlichen Autonomiebedingungen bei *Holzleithner* sowie bei *Raz* zuordnen. Die Einsichts- sowie Steuerungsfähigkeit entspricht bei *Holzleithner* der zweiten Bedingung, den „emotionalen und intellektuellen Fähigkeiten, um Möglichkeiten wahrzunehmen, zu reflektieren und sich dafür oder dagegen zu entscheiden“, ⁹¹⁹ *Raz* spricht schlicht von den „appropriate mental abilities“. ⁹²⁰

Intellektuelle Einsichtsfähigkeit heißt, dass ein Individuum kognitiv dazu in der Lage sein muss, Entscheidungen und Handlungen zu reflektieren. Es muss unterschiedliche Sachverhalte und Optionen unterscheiden und abwägen können, das heißt, es muss über ein „Minimum an Rationalität“ verfügen.⁹²¹ Dies betrifft wiederum nicht den Inhalt, sondern das Zustandekommen der Entscheidung. Das Entscheiden als Ablauf muss reflektiert und begründet vonstattengehen.⁹²² Entscheidungen können zwar durchaus spontan und impulsiv getroffen werden, doch darf die grundsätzliche Fähigkeit, eine Folgenabschätzung zu treffen, nicht fehlen.⁹²³

Weiters muss emotionale Steuerungsfähigkeit vorliegen, das heißt, man muss in der Lage sein, entsprechend einer Entscheidung zu handeln. Der gebildete Wille muss auch in die Tat umgesetzt werden können, was wiederum nicht heißt, dass es nicht auch Momente von Schwäche oder gebrochene Vorsätze geben kann.⁹²⁴ Autonomes Leben ist insofern nicht nur einem Leben ohne Entscheidungsmöglichkeiten, sondern ebenso einem Leben ohne die Inanspruchnahme von Entscheidungsmöglichkeiten entgegengesetzt.⁹²⁵

Die dritte Bedingung, Authentizität oder Unabhängigkeit, meint schließlich, dass das Individuum auch „überzeugt sein [muss], die Entscheidung selbst getroffen zu haben“. ⁹²⁶ Diese Bedingung wird auch als Identifikation mit der eigenen Entscheidung beschrieben.⁹²⁷ *Wapler* betont an dieser Stelle, dass dazu keine Kohärenz der Entscheidungen eines Individuums über seinen Lebensweg gefordert ist, man kann sich durchaus auch mit untypischen Entscheidungen identifizieren.⁹²⁸ Wesentlich ist aber, dass die Entscheidung nicht das Ergebnis von Zwängen oder Manipulationen ist. Dieser letzte Teilaspekt innerer Autonomie macht sie zu einem explizit relationalen Konzept und überschreitet somit ein Stück weit die Beschreibung als Inneres. Ihr Vorliegen ist abhängig davon, dass keine

⁹¹⁷ Wapler in Baer/Sacksofsky 2018, 194-195, ausführlicher Wapler, Kinderrechte und Kindeswohl 2015, 348-349.

⁹¹⁸ Raz, *Morality of Freedom* 1986, 372; Holzleithner, *Dimensionen* 2011, 374.

⁹¹⁹ Holzleithner, *Dimensionen* 2011, 374.

⁹²⁰ Raz, *Morality of Freedom* 1986, 372.

⁹²¹ Wapler, *Kinderrechte und Kindeswohl* 2015, 348.

⁹²² Wapler, *Kinderrechte und Kindeswohl* 2015, 349.

⁹²³ Wapler, *Kinderrechte und Kindeswohl* 2015, 349.

⁹²⁴ Wapler, *Kinderrechte und Kindeswohl* 2015, 349.

⁹²⁵ Raz, *Morality of Freedom* 1986, 371.

⁹²⁶ Wapler in Baer/Sacksofsky 2018, 194.

⁹²⁷ Wapler, *Kinderrechte und Kindeswohl* 2015, 349.

⁹²⁸ Wapler, *Kinderrechte und Kindeswohl* 2015, 349-350.

Manipulationen von außen vorliegen.⁹²⁹ Ein Zusammenhang zwischen inneren und äußeren Bedingungen von Autonomie ist bei sämtlichen der genannten Aspekte personaler Autonomie zu berücksichtigen, so ist auch die Ausbildung emotionaler und intellektueller Fähigkeiten von gesellschaftlichen Faktoren und Institutionen abhängig.⁹³⁰ Etwa der Zugang zu Bildungseinrichtungen oder noch basaler die Frage, ob Kleinkinder ausreichend Nahrung bekommen, um ihr Hirn voll ausbilden zu können, spielen dabei eine Rolle. *Holzleithner* betont, dass „jeder Person die Möglichkeit gegeben werden soll, sich optimal zu entfalten“.⁹³¹ Dafür ist aber nicht nur Bildung im klassischen Sinne erforderlich, sondern auch die „Ausbildung eines hinreichenden Selbstvertrauens als Voraussetzung dafür, eigene Bedürfnisse und Empfindungen zu entwickeln, sie ernst zu nehmen, zu artikulieren und daraufhin zu handeln“.⁹³² Diese Ausbildung von genügend Selbstvertrauen erscheint mir, gerade wenn es darum geht, Lebensentwürfe zu verfolgen, die nicht den Erwartungen entsprechen, die andere mir entgegenbringen, wesentlich, mitunter braucht es „Mut zum Rollentausch“.⁹³³

7.3.1. Zwischen (relativer) Unabhängigkeit und falschem Bewusstsein

Besonders deutlich wird die Verwobenheit innerer und äußerer Autonomiebedingungen meines Erachtens beim Erfordernis der (relativen) Unabhängigkeit von Entscheidungen. Dieser möchte ich mich daher etwas ausführlicher widmen.

Bei *Raz* erscheint diese Bedingung, die Unabhängigkeit von Zwang und Manipulation, geradezu als Idealzustand, der mit Blick auf strukturelle Ungleichheiten innerhalb der bestehenden Gesellschaft wohl kaum je zu erreichen sein wird.⁹³⁴ Der Grad der Annäherung daran ist zudem abhängig von der Positionierung einer Person innerhalb der Gesellschaft und für Angehörige marginalisierter Gruppen weitaus schwerer denkbar als für diejenigen, die geringere Abhängigkeiten in ihrem Leben aushalten müssen. *Holzleithner* grenzt diese Voraussetzung daher ein, indem sie von der *relativen* Abwesenheit von Manipulation und Zwang spricht: „Autonomes Handeln kann nur dann vorliegen, wenn eine Person eine Entscheidung jedenfalls *weitgehend* frei von Zwang und Manipulation trifft. Diese Einschränkung ist wichtig: So etwas wie absolute Freiheit im Sinne einer völligen Zwanglosigkeit kann es nicht geben. Das Leben in Gesellschaft ist immer schon von normativen Erwartungen durchzogen, die mehr oder weniger subtil Druck ausüben.“⁹³⁵ Folglich stellt sich die Frage, wo der illegitime Zwang beginnt, oder anders gefragt, bis wohin eine Entscheidung als autonom gelten kann. Denn schon Konventionen schränken den Rahmen des Entscheidbaren ein, indem sie „mit einer ganzen Batterie an sozialen Sanktionen abgesichert sind“.⁹³⁶

Im Lichte der Forderung nach relativer Abwesenheit von Zwang und Manipulation muss bedacht werden, dass Zwang auch symbolisch wirkt, etwa in „Bildern von

⁹²⁹ *Wapler in Baer/Sacksofsky* 2018, 194.

⁹³⁰ *Raz, Morality of Freedom* 1986, 376.

⁹³¹ *Holzleithner, Dimensionen* 2011, 376.

⁹³² *Holzleithner, Dimensionen* 2011, 376.

⁹³³ *Florian, Mut zum Rollentausch* 2019.

⁹³⁴ *Raz, Morality of Freedom* 1986, 373.

⁹³⁵ *Holzleithner in Berghahn/Rostock* 2009, 353.

⁹³⁶ *Holzleithner in Berghahn/Rostock* 2009, 353.

geschlechtsspezifischen „Zuständigkeiten“.⁹³⁷ Geschlechternormen können insofern als symbolischer Zwang angesehen werden. Zwar wäre es falsch, jede Entscheidung von Menschen, die mit den gesellschaftlichen Erwartungen an ihr zugeschriebenes Geschlecht einhergeht, als unfrei abzutun. Dennoch darf die soziale Bedingtheit von Bedürfnissen nicht vernachlässigt werden. Gerade die Bedingung der Identifikation mit den eigenen Entscheidungen muss vor diesem Hintergrund kritisch befragt werden. Was heißt es, dass eine Entscheidung die *eigene* sein muss?⁹³⁸ Diese Frage spitzt sich besonders dort zu, wo Menschen sich mit unfreien, ungleichen Verhältnissen identifizieren. Dabei geht es nicht darum, Personen Autonomie abzusprechen, sondern darum, ungleiche Bedingungen als autonomiefeindlich zu kritisieren. Soll der Bereich, der allein vom Willen einer Person abhängt, möglichst vergrößert werden, so muss zunächst anerkannt werden, dass das Ausmaß dieses Bereichs von sozialen Umständen abhängig ist. Wie *Anderson* sehr deutlich schreibt: „Free choice within a set of options does not justify the set of options itself.“⁹³⁹

Raz schreibt, dass stets solche Optionen verfügbar sein müssen, die dem gewählten Lebensprojekt einer Person angemessen sind.⁹⁴⁰ Ähnlich meint *Pauer-Studer*, dass „[a]utonóm sein bedeutet, aus einer Menge von Optionen jene zu wählen, für die aus der Sicht des eigenen Lebensplanes gute Gründe sprechen“.⁹⁴¹ Für *Onora O’Neill* hingegen ist gerade dieser Fokus auf Präferenzen ein wesentlicher Ansatzpunkt für ihre Kritik an liberalen Vorstellungen von Autonomie: „If preferences reflect action, and preference satisfaction is taken as the source of ethical legitimation, all sorts of oppression and domination may be made to seem legitimate. More specifically, once preferences are taken as the basis for action, and their satisfaction (subject to constraints) as just, it will be hard to criticize the range of social phenomena we call patriarchy. For the victims of patriarchy have preferences that are highly adapted to their circumstances.“⁹⁴² Autonomie ist stets Ergebnis einer Genese: „[W]hether or not a person is autonomous (or whether her desires are) turns crucially on her past, on how and under what conditions her desires and values were formed.“⁹⁴³ Individuelle Präferenzen sind daher immer sozial mitgestaltet, unsere Geschichten, unser Umfeld, unsere Familien spielen eine wesentliche Rolle dabei, wie wir unsere Wünsche und Ziele setzen – und welche Lebensmöglichkeiten für uns in Frage kommen. Insofern kann mit *Holzleithner* eben nur *relative* Abwesenheit von Zwang eingefordert werden. Sie gibt beispielhaft zu bedenken, dass in religiösen Gemeinschaften, wo Bereiche oft stark geschlechtlich segregiert sind, dennoch viele Frauen ihre Rolle darin „grundsätzlich als bereichernd bejahen“.⁹⁴⁴ Sie warnt davor, diesen Frauen ein „falsches Bewusstsein“ zu unterstellen,⁹⁴⁵ und doch müssen diese Strukturen kritisiert werden. Wir befinden uns hier in der unbefriedigenden Situation, eine Entscheidung, mit der eine Person sich identifiziert, entweder entgegen deren

⁹³⁷ *Holzleithner* in *Berghahn/Rostock* 2009, 353 mVa *Sauer* in *Sauer/Strasser* 2008, 56.

⁹³⁸ *Wapler* in *Baer/Sacksofsky* 2018, 194-195, ausführlicher *Wapler*, *Kinderrechte und Kindeswohl* 2015, 348-349.

⁹³⁹ *Anderson*, *Ethics* 1999, 309.

⁹⁴⁰ *Raz*, *Morality of Freedom* 1986, 376.

⁹⁴¹ *Pauer-Studer* in *Pauer-Studer/Nagl-Docekal* 2003, 238.

⁹⁴² *O’Neill* in *Nussbaum/Glover* 1995, 143.

⁹⁴³ *Christman* in *Christman* 1989, 9.

⁹⁴⁴ *Holzleithner*, *Dimensionen* 2011, 305.

⁹⁴⁵ *Holzleithner*, *Dimensionen* 2011, 305.

Selbstverständnis nicht als autonom anzuerkennen, oder aber Autonomie zuzuerkennen, wo die Identifikation aus unfreien Verhältnissen resultiert.

Dieses Problem wird unter der eben schon genannten Beschlagwortung „falsches Bewusstsein“ oder auch unter Zuhilfenahme des Begriffs „adaptive Präferenzen“ diskutiert: „Gemeint ist ein Zustand, in dem eine Person glaubt, eine eigene, reflektierte und freie Entscheidung zu treffen, sich ihre Wahl aber aus einer Außenperspektive als von den äußeren Umständen geprägt, wenn nicht gar determiniert darstellt.“⁹⁴⁶ Ob eine „stark von außen induzierte Präferenz“ noch als autonom gelten kann, wird kontrovers diskutiert.⁹⁴⁷ Gerade in feministischen Kontexten ergibt sich diese Kontroverse daraus, dass die Entscheidungsmöglichkeiten von Frauen in vielen Gesellschaften aus der Außenperspektive stärker begrenzt erscheinen als die von Männern.⁹⁴⁸ So nennt *Rössler* Geschlechternormen als Beispiel dafür, dass „nicht nur verzerrende individuelle, sondern auch gesellschaftliche Strukturen“ die Wahrnehmung von Optionen beeinflussen.⁹⁴⁹ *Wapler* führt sogar ganz konkret die freiwillige Übernahme des Großteils der unbezahlten Sorge- und Haushaltsarbeit durch Frauen als Beispiel an.⁹⁵⁰ Diese dient auch *Williams* als Anknüpfungspunkt für eine kritische Auseinandersetzung mit der Vorstellung freier Wahlmöglichkeiten in diesem Bereich:⁹⁵¹ Eine „ideology of domesticity“ bringe Frauen in eine Position, in der es naheliegt, sich für die eigene ökonomische Marginalisierung zu entscheiden und diese Entscheidung als tugendhaft hochzuhalten.⁹⁵² Sie greift dabei auch die Kritik auf, damit würde Frauen nicht nur vorgeworfen, zu ihrer eigenen Unterdrückung beizutragen, sondern sich noch nicht einmal über die Konsequenzen ihrer eigenen Entscheidungen im Klaren zu sein.⁹⁵³ Solche Kritik warnt vor der Aberkennung von Handlungsmacht und dem Vorwurf eines falschen Bewusstseins, das Menschen dazu anleite, stumpf gegen ihre eigenen Interessen zu arbeiten: „Any claim that the much-vaunted ‚choices‘ reflect deep patterns of inequality seems to deny women of agency.“⁹⁵⁴

Doch muss dieser Kritik wiederum entgegengehalten werden, dass sie Ansätze, die auf die Beschränkungen der Handlungs- und Entscheidungsräume von Frauen innerhalb des herrschenden Geschlechterverhältnisses hinweisen, als respektlos gegenüber denjenigen Frauen diffamiert, die eben innerhalb bestehender Verhältnisse handeln und entscheiden müssen.⁹⁵⁵ Dabei ist es sehr wohl möglich, Frauen als denk- und handlungsfähig, als mit Würde ausgestattet anzuerkennen und dennoch aufzuzeigen, dass ihre Situation und die Reichweite ihrer Denk- und Handlungsfähigkeit vergrößert und verbessert werden könnten.⁹⁵⁶

Zudem relativiert sich diese Problematik bereits durch einen graduellen Begriff von Autonomie. So meint auch *Williams*, dass hier eine falsche Dichotomie zugrunde liegt:

⁹⁴⁶ *Wapler* in *Baer/Sacksofsky* 2018, 200.

⁹⁴⁷ *Wapler* in *Baer/Sacksofsky* 2018, 200.

⁹⁴⁸ *Wapler* in *Baer/Sacksofsky* 2018, 200.

⁹⁴⁹ *Rössler*, *Autonomie* 2017, 42.

⁹⁵⁰ *Wapler* in *Baer/Sacksofsky* 2018, 200.

⁹⁵¹ *Williams*, *NYU Law Review* 1991, 1612.

⁹⁵² *Williams*, *NYU Law Review* 1991, 1612.

⁹⁵³ *Williams*, *NYU Law Review* 1991, 1612, sie verweist dabei auf die ihr von *Kathryn Abrams* entgegebene Kritik, mVa *Abrams*, *Georgia Law Review* 1990, 765.

⁹⁵⁴ *Williams*, *NYU Law Review* 1991, 1613.

⁹⁵⁵ *Williams*, *NYU Law Review* 1991, 1614.

⁹⁵⁶ *Williams*, *NYU Law Review* 1991, 1614.

Entscheidungen sind nicht entweder frei oder unfrei, jede Entscheidung ist zugleich begrenzt und Ausdruck persönlicher Kontrolle.⁹⁵⁷ Dies ist meines Verständnisses nach auch, was *Holzleithners* Erfordernis der *relativen* Abwesenheit von Zwang zum Ausdruck bringt; trotz bestehender Zwänge kann den darin agierenden Personen ihre Handlungsmacht zugestanden werden. Doch möchte ich ergänzen, dass auch die Feststellung eines Mangels an Autonomie kein Werturteil über eine Person ist, sondern Ergebnis einer Analyse ihrer Umstände – und daher nicht vermieden werden muss.

Auch *Wapler* geht meines Erachtens mit der Trennung innerer und äußerer Bedingungen in eine ähnliche Richtung, wobei auch sie bemüht ist, es zu vermeiden, Personen ihre Autonomie abzusprechen: Während eine Person beim Fehlen der inneren Fähigkeiten zur Autonomie keine autonomen Entscheidungen fällen kann, kann sie das unter mangelnden äußeren Bedingungen sehr wohl – allerdings kann diese Entscheidung sodann als ungerecht kritisiert werden.⁹⁵⁸

Wapler vermeidet es dadurch, Personen, die Entscheidungen unter äußeren Zwängen treffen (müssen), ihre Autonomie(fähigkeit) abzusprechen.⁹⁵⁹ Mit der Trennung von Innen und Außen geht ein Verständnis von Autonomie nicht (nur) als Eigenschaft, sondern als abhängig von veränderbaren Umständen einher. Doch trifft dies, wie *Wapler* selbst zeigt, zu einem gewissen Grad auch auf die inneren Bedingungen zu, hängen diese doch auch mit sozialen Begebenheiten zusammen – insofern kann sich auch die Kritik eines Mangels an personaler Autonomie auf die Ungerechtigkeit der sie bedingenden Umstände beziehen. Es geht nicht darum, Frauen (oder auch Männer) als autonomieunfähig abzuwerten, sondern darum, die leidvollen Optionen, die sich ihnen in der Vereinbarkeitsproblematik bieten, nicht als freie Entscheidungen zu beschönigen, sondern als Limitierung von Handlungsmöglichkeiten anzugreifen.

7.4. Österreich – a republic of choice?⁹⁶⁰ Die Fälle *Gruber* und *ÖGB* als Überleitung zur Frage der Freiwilligkeit

Wie relevant dieses Spannungsverhältnis zwischen der Anerkennung freier Entscheidungen und der Kritik an zwingenden und manipulativen Verhältnissen sein kann, zeigt sich letztlich auch darin, wie mit aus der fraglichen Entscheidung resultierenden nachteiligen Effekten umgegangen wird. Die persönliche Entscheidung von Frauen für die Unterbrechung der Erwerbsarbeit durch eine Elternkarenz ist in diesem Kontext um das Jahr 2000 zweimal vor dem EuGH verhandelt worden.⁹⁶¹ In beiden Fällen spielte die Auffassung der Entscheidung über eine Erwerbsarbeitsunterbrechung zugunsten der Kinderbetreuung als freiwillig oder als Ergebnis von Zwang eine zentrale Rolle. Erwartungen und Konventionen einer normativen Geschlechterordnung können wie erwähnt als Zwang und Manipulation im Sinn der dritten Bedingung autonomer Entscheidungen gelten. Doch nicht zuletzt dadurch, dass der Bereich der familiären Arbeit der Sphäre des Privaten zugeordnet wird, wurden und werden diese

⁹⁵⁷ *Williams*, NYU Law Review 1991, 1613.

⁹⁵⁸ *Wapler* in *Baer/Sacksofsky* 2018, 199.

⁹⁵⁹ *Wapler* in *Baer/Sacksofsky* 2018, 199.

⁹⁶⁰ Diese Unterüberschrift nimmt Anleihe bei: *Williams*, Gender War: Selfless Women in the Republic of Choice, NYU Law Review 1991.

⁹⁶¹ EuGH 8.6.2004, C-220/02, *Österreichischer Gewerkschaftsbund*, ECLI:EU:C:2014:2197; EuGH 14.9.1999, C-249/97, *Gruber*, ECLI:EU:C:1999:405.

Zwänge nicht immer als solche ernst genommen. Hier zeigt sich deutlich, wie diese Zuordnung in das Private Machtverhältnisse dem Zugriff des Politischen zu entziehen droht.⁹⁶² Für Williams hängt diese Zuordnung ganz wesentlich mit der Betonung von Wahlfreiheit – „the choice rhetoric“ – im Kontext von Vereinbarkeit zusammen. Sie ist Teil eines Geschlechterverhältnisses, in dem Frauen von vornherein andere, und zwar schlechtere, Wahlmöglichkeiten haben als Männer, ihnen ihre Entscheidungen aber dennoch als freie zugerechnet und insofern vorgeworfen werden.⁹⁶³ Diese Rhetorik übersetzt das Machtungleichgewicht zwischen Männern und Frauen in Konflikte individueller Frauen mit sich selbst oder untereinander.⁹⁶⁴ Es wird als freie Entscheidung von Frauen gerahmt, dass ihre Karrieren hinter denen der Männer zurückbleiben, dass sie (länger) in Karenz gehen oder in Teilzeit arbeiten, Männer hingegen selten.⁹⁶⁵ Vor diesem Hintergrund sind auch die beiden Fälle *Gruber* und *ÖGB* zu sehen, in denen die Freiwilligkeit der Entscheidung für die Kinderbetreuung verhandelt wurde und der Zwang, diese mangels Beteiligung durch den Vater und Kinderbetreuungsplätze übernehmen zu müssen, nicht als relevant durchdringen konnte.⁹⁶⁶

In beiden Fällen wurden die österreichischen Regelungen zur „Abfertigung alt“ verhandelt, dabei handelt es sich um eine bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses einmalig zustehende Geldleistung durch den oder die Arbeitgeber_in an den oder die Arbeitnehmer_in. Das bis 2002 ausschließlich geltende Abfertigungssystem war sowohl von der Dienstzeit als auch von der Art der Beendigung abhängig.⁹⁶⁷ Dies brachte und bringt unter anderem im Kontext von Kinderbetreuung Nachteile mit sich, da Betreuungspflichten als Anlass für die Beendigung eines Arbeitsverhältnisses keinen vollen Abfertigungsanspruch auslösen und auch nicht (über die obligatorische Mutterschutzzeit hinaus) auf die Dienstzeit angerechnet werden. Ein Anspruch auf „Abfertigung alt“ besteht bei Auflösung des Arbeitsverhältnisses seitens dem oder der Arbeitnehmer_in nur bei Vorliegen bestimmter wichtiger Gründe.⁹⁶⁸ Der sogenannte Mutterschafts Austritt nach § 23a AngG fällt nicht darunter, er löst nur einen Anspruch auf die Hälfte der in § 23 AngG normierten Abfertigung zu.⁹⁶⁹ Da die „Abfertigung alt“ für alle Arbeitsverhältnisse gilt, die vor dem 1.1.2003 abgeschlossen wurden, hat diese Regelung weiterhin praktische Bedeutung.⁹⁷⁰ Die „Abfertigung neu“ ist hingegen von Beendigungsart und Dienstdauer unabhängig.⁹⁷¹ Zudem werden während des Kinderbetreuungsgeldbezugs ca 1,5 % des Kinderbetreuungsgeldes aus Mitteln des Familienlastenausgleichsfonds in die Betriebliche Mitarbeiter_innenvorsorgekasse (§ 7 BMSVG) eingezahlt.⁹⁷²

⁹⁶² Rössler, *Autonomie* 2017, 308-310.

⁹⁶³ Williams, *NYU Law Review* 1991, 1559.

⁹⁶⁴ Williams, *NYU Law Review* 1991, 1561.

⁹⁶⁵ Williams, *NYU Law Review* 1991, 1609.

⁹⁶⁶ EuGH 8.6.2004, C-220/02, *Österreichischer Gewerkschaftsbund*, ECLI:EU:C:2014:2197; EuGH 14.9.1999, C-249/97, *Gruber*, ECLI:EU:C:1999:405.

⁹⁶⁷ Windisch-Graetz, *Arbeitsrecht II*¹⁰ 2017, 305.

⁹⁶⁸ § 26 Angestelltengesetz (AngG); § 82a Gewerbeordnung (GewO); diese Gründe umfassen den Gesundheitsschutz, ungebührliche Entgeltkürzungen, Ausbleiben des Entgelts sowie bestimmte unerwünschte Verhaltensweisen sowie Vertragsverletzungen durch den oder die Arbeitgeber_in.

⁹⁶⁹ Windisch-Graetz, *Arbeitsrecht II*¹⁰ 2017, 310.

⁹⁷⁰ Windisch-Graetz, *Arbeitsrecht II*¹⁰ 2017, 306; in bestimmten Fällen kann die „Abfertigung alt“ auch für später geschlossene Arbeitsverhältnisse gelten, etwa aufgrund einer Wiedereinstellungszusage.

⁹⁷¹ Windisch-Graetz, *Arbeitsrecht II*¹⁰ 2017, 305.

⁹⁷² Wolfsgrubner-Ecker in Neumayr/Reissner, *Zellkomm*³ § 15f MSchG (Stand 1.1.2018, rdb.at), Rn 4-5.

Dieser geringere Abfertigungsanspruch beim Mutterschafts Austritt stand im Fall *Gruber*⁹⁷³ zur Debatte, von der Klägerin wurde vorgebracht, dass dieser nicht mit dem Gebot der Entgeltgleichheit vereinbar sei. Die Unterscheidung zwischen Ausscheiden wegen Elternschaft und wichtigem Grund stelle eine mittelbare Diskriminierung gegenüber Frauen dar.⁹⁷⁴ Es sei vielmehr als wichtiger Grund anzusehen, wenn eine Arbeitnehmerin mangels Kinderbetreuungsplatz zur Kündigung gezwungen war. Die zentrale Frage für die Beurteilung als wichtiger Grund kreiste gerade darum, ob die Kündigung eine „freiwillige Willensentscheidung“ oder „Ergebnis eines durch zwingende Gründe ausgeübten Druckes“ darstellte.⁹⁷⁵ Der Generalanwalt Léger anerkannte die Zwangslage der Klägerin, indem er feststellte, die Kündigung sei „nicht durch eine persönliche, freiwillige Entscheidung bestimmt worden, sondern sie sei das Ergebnis einer zwingenden Notwendigkeit“.⁹⁷⁶ Zur Veranschaulichung dieser Zwangslage nannte er die Verpflichtung zur Gewährleistung der Gesundheit und Sicherheit von Kindern durch ihre Eltern sowie die Alternativlosigkeit der Klägerin, die auf äußere Umstände zurückzuführen war, nämlich auf völliges Fehlen einer Alternative zur Betreuung ihrer Kinder.⁹⁷⁷ Der EuGH hingegen beurteilte ihr Ausscheiden trotz dem Vorbringen, dass sich der Klägerin mangels Kinderbetreuungsplätzen in Oberösterreich keine Alternative geboten hatte, als freiwillig. Im Ergebnis sah er keine Diskriminierung gegeben.

Im Fall *ÖGB*⁹⁷⁸ stand die Frage der Anrechenbarkeit von Kinderbetreuungszeiten auf die Dauer des Arbeitsverhältnisses im Mittelpunkt, die sowohl für den Anspruch als auch die Höhe der „Abfertigung alt“ ausschlaggebend ist. Es wurde gefragt, ob der elterliche Erziehungsurlaub in gleicher Weise bei der Berechnung von Abfertigungsansprüchen zu berücksichtigen sei wie der Präsenzdienst, was der EuGH verneinte. Dabei ging es zum einen erneut um die Frage der Freiwilligkeit des Arbeitsentfalls, zum anderen wurde das dahinterliegende Interesse verhandelt: Während der Präsenzdienst einem öffentlichen Interesse diene, liege der Karenzurlaub im privaten Interesse der Eltern. Zwar ist der obligatorische Mutterschutzurlaub zur Berechnung der Abfertigung auf die Dienstzeit anzurechnen, nicht aber die *freiwillige* Karenzzeit.⁹⁷⁹ Der Präsenz- oder Zivildienst sowie bis zu zwölf Monate als (freiwillige_r!) Zeitsoldat_in sind hingegen nach § 8 Arbeitsplatzsicherungsgesetz (ASPG) auf die Dienstzeit anrechenbar.

Der ÖGB brachte vor, dass es sich beim Ausschluss von Elternkarenzen von der Anrechenbarkeit um eine mittelbare Diskriminierung aufgrund des Geschlechts handle, da die Karenz mehrheitlich von Frauen beansprucht wurde und wird.⁹⁸⁰ Wegen eines Mangels an Betreuungsmöglichkeiten für Kinder bis zum dritten Lebensjahr hätten viele Frauen überdies keine Alternative zur Eigenbetreuung ihrer Kinder unter Inanspruchnahme von

⁹⁷³ EuGH 14.9.1999, C-249/97, *Gruber*, ECLI:EU:C:1999:405.

⁹⁷⁴ EuGH 14.9.1999, C-249/97, *Gruber*, ECLI:EU:C:1999:405, Rn 15.

⁹⁷⁵ GA Léger, Schlussanträge zu EuGH 14.9.1999, C-249/97, *Gruber*, ECLI:EU:C:1999:83, Rn 42.

⁹⁷⁶ GA Léger, Schlussanträge zu EuGH 14.9.1999, C-249/97, *Gruber*, ECLI:EU:C:1999:83, Rn 43.

⁹⁷⁷ GA Léger, Schlussanträge zu EuGH 14.9.1999, C-249/97, *Gruber*, ECLI:EU:C:1999:83, Rn 43.

⁹⁷⁸ EuGH 8.6.2004, C-220/02, *Österreichischer Gewerkschaftsbund*, ECLI:EU:C:2014:2197.

⁹⁷⁹ Die Nichtanrechenbarkeit für Väter ist in § 7c VKG mittels Verweis auf § 15f MschG geregelt. In § 7c EKUG, der Vorgängerbestimmung, waren Männer nicht enthalten – das war aber wohl ein redaktionelles Versehen und ist nie so ausgelegt worden, GA Kokott, Schlussanträge zu EuGH 8.6.2004, C-220/02, *Österreichischer Gewerkschaftsbund*, ECLI:EU:C:2014:909, Rn 77.

⁹⁸⁰ 2004 waren es 57.030 Frauen (98,25 %) und 1.014 Männer, ÖGB 2004, Rs C-220/02, Rn 22.

Erziehungsurlaub.⁹⁸¹ Es müsse als Zwang für Frauen anerkannt werden, Karenz zu beanspruchen, wenn „Plätze in Kinderbetreuungseinrichtungen rar seien, Männer einen solchen Urlaub wenig interessant fänden und Verstöße gegen die Verpflichtung zur Kinderbetreuung unter Strafsanktion gestellt seien“.⁹⁸² Der Gerichtshof beurteilte diese Situation allerdings wiederum nicht als Zwang, sondern betonte die Freiwilligkeit der Kinderbetreuung: Anders als beim Präsenzdienst sei es „*allein der Wahl der Arbeitnehmer (sic) überlassen*“,⁹⁸³ ob sie Karenzurlaub zur Betreuung eines Kindes nehmen.

Das Verkennen des dahinterliegenden Zwanges sowie des öffentlichen Interesses an der Kinderbetreuung spiegelt die vergeschlechtlichte Dichotomie von Öffentlichkeit und Privatheit wider, die so oft Gegenstand feministischer Kritik war und ist.⁹⁸⁴ Es zeigt sich, wie in dieser Dichotomie das Private als Rückzugsraum aus dem Öffentlichen gedacht ist und Arbeit, die in diesem privaten Raum verrichtet wird, nicht als Arbeit zählt. In diesem Sinn zeugt auch die Vorstellung, dass es *allein der Wahl des oder der Arbeitnehmers_in* überlassen sei, familiäre Verantwortung zu übernehmen, von einem verkürzten Autonomiebegriff, der die Beziehungsdimension von menschlichen Handlungen und Entscheidungen vernachlässigt.⁹⁸⁵

Immerhin erschien es der Kommission „fraglich, ob die Elternschaft wirklich nur durch ein privates Interesse geleitet sei oder ob ihr nicht vielmehr eine überragende gesellschaftliche Bedeutung zukomme“.⁹⁸⁶ Sie verwies auf die Rechtssache *Hill und Stapleton*, in der der Gerichtshof den Schutz der Frau in Familie und Beruf ebenso wie den des Mannes anerkannt hat und daher auch die Notwendigkeit der Abstimmung der Arbeitsbedingungen auf die familiären Pflichten betonte.

In beiden Fälle hat sich gezeigt, wie die Rahmung der Entscheidung von Frauen für eine Karenz als private und freiwillige Entscheidung damit einhergeht, auch die Konsequenzen, die für die jeweiligen Frauen damit verbunden sind, als privates Problem abzutun. Zwänge, die nicht in der Sphäre des Politischen in ihrer offensichtlichsten Form als juristischer Zwang zutage treten, sondern etwa in der Form von Alternativlosigkeit, werden dabei nicht als solche anerkannt. Diese Frage der Freiwilligkeit der Entscheidung ist auch im Verhältnis zum Vater bzw zweiten Elternteil zu sehen, dessen oder deren Nichtbeteiligung dadurch als individuelles Problem oder schlicht als Teil einer freien Vereinbarung zwischen den Eltern erscheint. Bislang wurden in dieser Arbeit vor allem Mutterschutz- und Väterfrühkarenzen als Teil der ersten Bedingung autonomer Entscheidungen verhandelt, wodurch insbesondere die Frage der Ungleichheit im Kontext der Adäquanz der Optionen, die das Recht Eltern hier bietet, im Vordergrund stand. Einer eingehenden Befassung mit dem Begriff der Autonomie, dem Zusammenspiel der verschiedenen inneren und äußeren Bedingungen sowie dem Dilemma der Differenz gerecht werdend, muss abschließend den Problemen bei der Vereinbarkeit von Beruf und Familie genügend Platz eingeräumt werden, die sich auch bei Rechtsgleichheit

⁹⁸¹ GA Kokott, Schlussanträge zu EuGH 8.6.2004, C-220/02, *Österreichischer Gewerkschaftsbund*, ECLI:EU:C:2014:909, Rn 16.

⁹⁸² EuGH 8.6.2004, C-220/02, *Österreichischer Gewerkschaftsbund*, ECLI:EU:C:2014:2197, Rn 44.

⁹⁸³ EuGH 8.6.2004, C-220/02, *Österreichischer Gewerkschaftsbund*, ECLI:EU:C:2014:2197, Rn 32.

⁹⁸⁴ Vgl zB Moller Okin in Held 1991, 74-75; Scheele in Kortendiek/Riegraf/Sabisch 2019, 754-755.

⁹⁸⁵ Minow/Shanley, Hypatia 1996, 20.

⁹⁸⁶ GA Kokott, Schlussanträge zu EuGH 8.6.2004, C-220/02, *Österreichischer Gewerkschaftsbund*, ECLI:EU:C:2014:909, Rn 62.

zwischen Männern und Frauen ergeben. Zu diesem Zweck widme ich mich im anschließenden letzten Kapitel 8 der Elternkarenz und ihrer überproportionalen Inanspruchnahme durch Frauen im Lichte der zweiten und dritten Bedingungen autonomen Handelns.

8. Grenzen der Freiwilligkeit: Elternkarenz & Heteronormativität

Während Eltern unmittelbar um den Zeitpunkt der Geburt eines Kindes geschlechtsspezifisch unterschiedliche rechtliche Optionen verfügbar sind, werden Väter bzw zweite Elternteile und Mütter bei der Elternkarenz weitestgehend gleichbehandelt. Ihnen ist auf ihr Verlangen im Anschluss an den Mutterschutz bis zum Ablauf des zweiten Lebensjahres ihres Kindes Karenz zu gewähren.⁹⁸⁷ Jeder Elternteil hat einen individuellen Anspruch auf eine solche Freistellung, dennoch wird die Karenz überwiegend von Frauen in Anspruch genommen.⁹⁸⁸

Wiederum sind wir an das Dilemma der Differenz erinnert; diese kann nach *Minow* eben nicht nur durch ihre Anrufung, sondern auch durch ihre Nichtwahrnehmung reproduziert werden.⁹⁸⁹

Dass eine geschlechtsneutrale Regelung faktisch zur höheren Inanspruchnahme von Frauen führt, zeigt, wie formale Gleichheit außerrechtlichen Normen, etwa heteronormativen Vorstellungen von Geschlecht und Familie, das Feld überlässt. Soziale Verhältnisse führen dazu, dass sich die gleichen Rechte auf unterschiedliche Personen unterschiedlich auswirken und ihnen unterschiedlich verfügbar sind.⁹⁹⁰ Es scheint, dass durch die Möglichkeit der Karenzteilung Handlungsspielräume für Eltern geschaffen werden, angesichts der unterschiedlichen kollektiven Erwartungen an Männer und Frauen erwachsen daraus jedoch, wie ich im Folgenden zeigen werde, ungleich größere Wahlfreiheiten für Männer.

In Bezug auf die Frage der Autonomie geraten hier die inneren Bedingungen autonomer Entscheidungen in den Blick, denn die intellektuelle und emotionale Verfasstheit einer Person, ihr Selbstverständnis, ihre Ziele und Wünsche sind bei der Frage, ob sie ein ihr zustehendes Recht geltend macht, ebenso ausschlaggebend wie außerrechtliche Zwänge, die die Wahrnehmung der bereitgestellten Optionen beeinflussen. Diskurse, in diesem Kontext solche über Geschlecht und Elternschaft, gestalten „jene Situation, innerhalb derer autonomes Handeln in gewissen Grenzen stattfinden kann“⁹⁹¹ – das heißt nicht, dass sie gänzlich vorgeben, wie Menschen handeln, aber eben doch eine Rolle dabei spielen.

Geschlechtsspezifische Normen haben insofern mit der höheren Inanspruchnahme von Karenzzeiten durch Frauen ebenso zu tun wie mit der geringeren durch Männer.⁹⁹²

Hinzu kommen die mit der vergeschlechtlichten Arbeitsteilung einhergehenden ökonomischen Ungleichheiten zwischen Männern und Frauen, die bestimmte Arrangements *rationaler* erscheinen lassen als andere. Diese Aspekte schlagen sich auch in innerfamiliären Machtbeziehungen nieder, die bei den Ausverhandlungsprozessen von Paaren über die Aufgabenteilung bedeutsam sind.

⁹⁸⁷ § 15 MSchG, § 2 VKG.

⁹⁸⁸ Vgl aktuelle Bezugs- und Inanspruchnahmezahlen im Zwischenfazit.

⁹⁸⁹ Vgl *Minow*, Harvard Law Review 1987, 12.

⁹⁹⁰ Vgl *Minow*, Harvard Law Review 1987, 22.

⁹⁹¹ *Holzleithner*, Querelles 2009, 40.

⁹⁹² Vgl etwa *McGlynn*, European Law Journal 2000, 29-44; *Dowd*, Suffolk University Law Review 2012, 1047-1081; *Polatnick*, Berkeley Journal of Sociology 1973-74, 45-86.

Soweit – wie im Fall von Karenz – die konkrete Ausgestaltung von Elternzeitregelungen den Paaren überlassen bleibt, finden letztlich dort die relevanten Aushandlungen statt.⁹⁹³ Diese Ausverhandlungsprozesse können mit *Almut Peukert* als eine Art Vermittlungsinstanz zwischen der individuellen Entscheidung und den Strukturgegebenheiten angesehen werden.⁹⁹⁴ Dabei spielen nicht nur die individuellen Erwartungen und Zuschreibungen jedes Elternteils eine Rolle; die Entscheidungen finden zwischen mehreren Personen statt. Aufgrund dieser Mehrpersonalität ist es notwendig, bei der Analyse nicht nur Mütterlichkeit/Weiblichkeit oder Väterlichkeit/Männlichkeit, sondern beides zugleich im Blick zu behalten.⁹⁹⁵ Wesentlich ist auch, die Vorstellungen dieser vergeschlechtlichten Elternrollen in ihrer gegenseitigen Bedingtheit zu betrachten, wozu meines Erachtens das Konzept der Heteronormativität herangezogen werden kann. Die paarinternen Aushandlungen sind als Teil eines „fortlaufenden Beziehungsgesprächs und der Herstellung, Bestätigung und Modifizierung der Paarwirklichkeit“ zu verstehen.⁹⁹⁶ Potentiell kann in diesen Ausverhandlungsprozessen eine egalitäre Aufteilung von familiärer Verantwortung und Aufgaben diskutiert und umgesetzt werden. Eltern verharren aber allzu oft in heteronormativen Mustern, welche bestimmte Karenzarrangements näher legen als andere.⁹⁹⁷ Abschließend werde ich argumentieren, dass die derzeitige Gestaltung der Karenzteilung als freiwillig und damit als in der Sphäre des Paares gelegen nicht geeignet ist, um eine höhere Beteiligung von Männern zu erlangen, ich werde daher vor dem Hintergrund eines Rechtsvergleichs eine Quotierung der Elternkarenz vorschlagen.

8.1. Österreichische Rechtslage: Karenzregelungen, Kinderbetreuungsgeld und Anreize zur Partnerschaftlichkeit

Bevor ich mich eingehender der Frage der Ausverhandlung der Inanspruchnahme von Karenzzeiten zwischen den Eltern und dem Für und Wider einer Quotierung widme, stelle ich nun kurz die geltende Rechtslage in Österreich vor.

Das Mutterschutzgesetz enthielt bereits in der Stammfassung 1957 Karenzregelungen, diese bezogen sich nur auf Mütter und sahen einen unbezahlten Karenzurlaub mit Kündigungsschutz von einem halben Jahr vor.⁹⁹⁸ Bereits Anfang der 1960er Jahre wurde der Urlaub auf ein Jahr erweitert und das Karenzurlaubsgeld eingeführt.⁹⁹⁹ Anders als das heutige Kinderbetreuungsgeld war dieses als Versicherungsleistung von der Erwerbstätigkeit der Mutter abhängig.¹⁰⁰⁰ Im Jahr 2002 trat an dessen Stelle das Kinderbetreuungsgeld als Versorgungsleistung, die zwar den Kreis der Bezugsberechtigten erweiterte, aber aus feministischer Perspektive dafür kritisiert wurde, die Berufstätigkeit von Frauen nicht zu

⁹⁹³ Vgl. *Peukert*, Aushandlungen 2015, 273.

⁹⁹⁴ *Peukert*, Aushandlungen 2015, 97-98.

⁹⁹⁵ *Peukert*, Aushandlungen 2015, 98.

⁹⁹⁶ *Peukert*, Aushandlungen 2015, 98.

⁹⁹⁷ Vgl. *Rüling* in *Rehberg* 2008, 4779.

⁹⁹⁸ § 15 MSchG idF BGBl 76/1957.

⁹⁹⁹ Bundesgesetz vom 28.11.1960 mit dem das Arbeitslosenversicherungsgesetz abgeändert wird, BGBl 1960/242, 2166.

¹⁰⁰⁰ Bundesgesetz vom 28.11.1960 mit dem das Arbeitslosenversicherungsgesetz abgeändert wird, BGBl 1960/242, 2166; *Dirschmied*, Karenzgeldgesetz, 4; Ausführlicher zur Entwicklung des Karenzgelds sowie des Kinderbetreuungsgelds siehe zB *Neyer*, Karenzurlaub in Österreich 1996.

fördern, sondern durch die langen Bezugszeiten sogar zu hindern.¹⁰⁰¹ Erst 1990 wurde die Möglichkeit der Elternkarenz für Väter geschaffen,¹⁰⁰² diese war zunächst im Eltern-Karenzurlaubsgesetz (EKUG) und ist heute im Väter-Karenzgesetz (VKG) geregelt.

Vor dem Hintergrund dieser in Kapitel 2 bereits ausführlicher dargestellten Entstehungsgeschichte ist auch zu sehen, dass die regelungsgleichen Bestimmungen für Mütter und Väter auch heute noch in verschiedenen Gesetzen zu finden sind.

Für Mütter ist grundsätzlich das MSchG relevant: Die §§ 15-15g MSchG regeln die Karenz für Geburts-, Adoptiv- und Pflegemütter. § 15c MSchG normiert seit 2016 auch einen Karenzanspruch für Pflegeeltern ohne Adoptionsabsicht, sofern diese kein arbeitsrechtliches Entgelt für die Pflegeübernahme beziehen.¹⁰⁰³ Für Co-Mütter im Sinne zweiter Elternteile gemäß § 144 Abs 2 ABGB gilt hingegen das VKG.¹⁰⁰⁴ Dieses räumt Vätern (§ 2 VKG), Adoptiv- und Pflegevätern (§ 5 VKG) sowie bereits erwähnten zweiten Elternteilen (§ 1 Abs 1a VKG) das Recht auf Karenz ein.

8.1.1. Der gleiche eigenständige Anspruch für beide Elternteile

Im Sinne der Elternurlaubsrichtlinie handelt es sich beim Karenzanspruch um einen eigenständigen Anspruch jedes Elternteils, das heißt, auch der Anspruch des Vaters besteht unabhängig von einem etwaigen Karenzanspruch oder der Erwerbsarbeitstätigkeit der Mutter.¹⁰⁰⁵ In Österreich ist die Väterkarenz seit 2000 entsprechend gestaltet, zuvor handelte es sich um einen abgeleiteten Anspruch.¹⁰⁰⁶ In der bis dahin geltenden Fassung des EKUG war „lediglich ein von der Mutter abgeleiteter Anspruch des männlichen Arbeitnehmers auf Karenzurlaub normiert“. ¹⁰⁰⁷ Aufgrund des nunmehr gleichen Anspruchs sollten Eltern schließlich „frei darüber entscheiden, wer von ihnen wann und wie lange Karenzurlaub in Anspruch nimmt“. ¹⁰⁰⁸

Der Gesetzgeber formuliert hier ausdrücklich die Absicht, mit dem Recht eine Grundlage für „freie“ Entscheidungen gewährleisten zu wollen. Inwiefern die betreffenden Normen dies leisten, wird Gegenstand des folgenden Kapitels sein. Einige Einschränkungen dieser Entscheidungsfreiheit sind bereits an dieser Stelle zu vermerken: Die gleichzeitige Karenz beider Eltern ist gesetzlich, bis auf einen Monat anlässlich des erstmaligen Wechsels, ausgeschlossen. Die Möglichkeit einer gleichzeitigen, gemeinsamen Karenz steht Eltern somit, anders als etwa in Deutschland,¹⁰⁰⁹ nicht offen. Damit ist auch die Frage verbunden, wessen Anspruch im Streitfall – wohl insbesondere bei getrennten Eltern – vorgeht.¹⁰¹⁰ In der Novelle des EKUG, die den eigenständigen Anspruch für Väter brachte, war bestimmt, dass

¹⁰⁰¹ Vgl zB Schmidjell in Aichhorn 2003, 67-78.

¹⁰⁰² Bundesgesetz, mit dem Karenz für Väter geschaffen wird (Väter-Karenzgesetz – VKG), BGBl 651/1989.

¹⁰⁰³ Enzelsberger, ZAS 2016, 69.

¹⁰⁰⁴ § 1 Abs 1a VKG, Bundesgesetz, mit dem das Mutterschutzgesetz 1979 und das Väter-Karenzgesetz geändert werden, BGBl 149/2015; VfGH 10.12.2013, G 16/2013.

¹⁰⁰⁵ Windisch-Graetz, Arbeitsrecht II¹⁰ 2017, 149.

¹⁰⁰⁶ Bundesgesetz, mit dem das Mutterschutzgesetz 1979, das Eltern-Karenzurlaubsgesetz, das Karenzgeldgesetz, das Arbeitslosenversicherungsgesetz 1977 und das Karenzurlaubsgeldgesetz geändert werden, BGBl 153/1999.

¹⁰⁰⁷ ErlRV Änderung des MSchG und EKUG 1999, 1768 BlgNR 20. GP, 23.

¹⁰⁰⁸ ErlRV Änderung des MSchG und EKUG 1999, 1768 BlgNR 20. GP, 23.

¹⁰⁰⁹ § 15 Abs 3 deutsches Bundeselterngeld- und Elternzeitgesetz (BEEG) Anspruch auf Elternzeit, die Elternzeit kann, auch anteilig, von jedem Elternteil allein oder von beiden Elternteilen gemeinsam genommen werden.

¹⁰¹⁰ Vgl dazu auch Scambor/Faßhauer 2006, 6.

der Vater „keinen Karenzurlaub für Zeiten in Anspruch nehmen [kann], für die die Mutter Karenzurlaub in Anspruch nimmt“. ¹⁰¹¹ Insofern ging der Karenzanspruch der Mutter dem des Vaters vor; er konnte nur dann Karenz beantragen, wenn die Mutter dies nicht tat. ¹⁰¹²

Erst 2004 wurde infolge eines Vertragsverletzungsverfahrens § 15 Abs 1a MSchG eingeführt, der nunmehr wortgleich zum VKG die gleichzeitige Inanspruchnahme beider Eltern verbietet. ¹⁰¹³ Das Vertragsverletzungsverfahren gegen Österreich Nr 1999/2197 betreffend die Umsetzung der Richtlinie 96/34/EG ist nicht öffentlich. ¹⁰¹⁴ Im Bericht des Gesundheitsausschusses, im Rahmen dessen der entsprechende Abänderungsantrag eingebracht worden war, heißt es begründend, dass durch das Zurücktreten des Anspruchs des Vaters hinter den der Mutter kein individueller Anspruch im Sinne der Elternurlaubs-RL sichergestellt wurde. ¹⁰¹⁵ Durch die Schaffung des neuen § 15 Abs 1a MSchG erfolgte die inhaltliche Angleichung von § 2 (ehemals EKUG, nunmehr) VKG und § 15 MSchG. Meines Erachtens ist nach der geltenden Rechtslage daher unklar, wessen Anspruch bei Uneinigkeit der Eltern über die Karenzteilung vorgeht. *Windisch-Graetz* zufolge wäre es weiterhin der Anspruch der Mutter. ¹⁰¹⁶ Eine solche Uneinigkeit zwischen den Eltern über die Teilung der Karenz ist wohl vor allem im Fall getrenntlebender Eltern zu erwarten, sodass Fragen hinsichtlich der Obsorge und des Wohnortes des Kindes vorgelagert wären. ¹⁰¹⁷

Eine zentrale Begrenzung der Karenzregelungen ist darüber hinaus die grundsätzliche Beschränkung auf zwei Elternteile gegenüber der Möglichkeit von Mehrelternschaft. ¹⁰¹⁸

Ebenso wenig sind in Österreich Ansprüche für andere Betreuungspersonen bzw die Übertragbarkeit des Anspruchs an Dritte, beispielsweise die Großeltern, vorgesehen. ¹⁰¹⁹

Zudem sind freie Dienstnehmer_innen weder nach MSchG noch nach VKG zum Anspruch auf Karenz berechtigt. ¹⁰²⁰

8.1.2. Karenzregelungen nach MSchG und VKG

Einer Dienstnehmerin ist gemäß § 15 MSchG in Anschluss an die Mutterschutzfrist, einen daran anschließenden Urlaub oder Krankenstand unbezahlter Urlaub (Karenz) bis zum Ablauf des zweiten Lebensjahres ihres Kindes zu gewähren. Vorausgesetzt ist dazu in § 15 MSchG

¹⁰¹¹ ErlRV Änderung des MSchG und EKUG 1999, 1768 BlgNR 20. GP, 23.

¹⁰¹² *Windisch-Graetz*, Arbeitsrecht II¹⁰ 2017, 149.

¹⁰¹³ Bundesgesetz, mit dem die als Bundesgesetz geltende Verordnung über den Schutz des Lebens und der Gesundheit der Arbeitnehmer bei Arbeiten in Druckluft sowie bei Taucherarbeiten und das Mutterschutzgesetz 1979 geändert werden, BGBl 123/2004.

¹⁰¹⁴ Rahmenvereinbarung über Elternurlaub/Vertragsverletzungsverfahren gegen Österreich Nr. 1999/2197 (53464/EU 22. GP), Schreiben der Kommission an den Ständigen Vertreter Österreichs bei der EU Woschnagg, eingelangt am 14.6.2005, Bundeskanzleramt (BKA-VV.99/2197/0001-V/A/8/2005), www.parlament.gv.at/PAKT/EU/XXII/EU/05/34/EU_53464/index.shtml (15.6.2019).

¹⁰¹⁵ AB 632 BlgNR 22. GP, 1.

¹⁰¹⁶ Vgl *Windisch-Graetz*, Arbeitsrecht II¹⁰ 2017, 149.

¹⁰¹⁷ Auf die Frage der Doppelresidenz einzugehen, würde hier den Rahmen sprengen; der Fokus der Arbeit liegt nicht auf getrenntlebenden Paaren.

¹⁰¹⁸ Vgl zB *Sanders*, Mehrelternschaft 2018.

¹⁰¹⁹ Solche Regelungen kennt bspw Norwegen für Alleinerziehende, *Brandth/Kvande* in *Blum et al* 2018, 313-322.

¹⁰²⁰ § 1 Abs 5 MSchG (ex contrario); § 1 Abs 1 VKG, *Wolfsgruber-Ecker* in *Neumayr/Reissner*, Zellkomm³ § 2 VKG, (Stand 1.1.2018, rdb.at) Rn 4.

und § 2 VKG der gemeinsame Haushalt mit dem Kind sowie dessen überwiegende Pflege durch den oder die Anspruchsberechtigte_n.¹⁰²¹

Eine Einwilligung des oder der Arbeitgebers_in ist nicht erforderlich. Es handelt sich um einen einseitigen Rechtsgestaltungsanspruch der Arbeitnehmerin.¹⁰²² Sie hat dem oder der Arbeitgeber_in lediglich fristgerecht, das heißt vor Ablauf der Mutterschutzfrist oder eines daran anschließenden Urlaubs oder Krankenstands, den Zeitpunkt des Karenzantritts und die Dauer bekanntzugeben.¹⁰²³ Die Karenz des Vaters oder zweiten Elternteils beginnt gemäß § 2 VKG ebenfalls frühestens mit Ablauf der Mutterschutzfrist oder, falls die Mutter nicht unter das MSchG fällt, mit Ablauf einer achtwöchigen Frist nach der Geburt. Während dieser acht Wochen besteht somit weder für die Mutter noch für den Vater Anspruch auf Karenz. Die mangelnde MSchG-Unterworfenheit der Mutter lässt allerdings entweder auf deren Erwerbslosigkeit oder Selbstständigkeit und somit zumindest unterstellte freie Zeiteinteilung schließen.

Grundsätzlich besteht der Karenzanspruch bis zum Ende des zweiten Lebensjahres des Kindes, drei Karenzmonate können gemäß § 15b MSchG bzw § 4 VKG bis zum Ablauf des siebten Lebensjahres des Kindes aufgeschoben werden. Diese Möglichkeit dient vor allem der Erleichterung des Schuleintritts. Bei der aufgeschobenen Karenz sind die Erfordernisse des Betriebs zu berücksichtigen, ein Anspruch darauf besteht nicht.

Die Karenz bzw jeder Karenzteil muss gemäß §15 Abs 2 MSchG bzw § 2 Abs 4 VKG mindestens zwei Monate betragen. Kürzere Karenzen müssen mit dem oder der Arbeitgeber_in vereinbart werden.¹⁰²⁴ Spätestens drei Monate vor dem Ende der Karenz kann eine Verlängerung im Rahmen der gesetzlich zustehenden Dauer bekanntgegeben werden, eine solche bedarf keiner Zustimmung durch den oder die Arbeitgeber_in.

Auch über die gesetzlich zustehende Elternkarenz hinaus kann eine längere Karenzierung vereinbart werden, allerdings entfällt sodann die Privilegierung nach MSchG bzw VKG, insbesondere der besondere Kündigungsschutz.¹⁰²⁵

Auf den besonderen Kündigungsschutz für Mütter wurde bereits in Kapitel 4 beim Mutterschutz genauer eingegangen. Im Fall einer Karenz erstreckt sich dieser gemäß § 15 Abs 4 MSchG vom Beginn der Schwangerschaft bis auf vier Wochen nach dem Ende der Karenz. Anders als bei der Familienzeit besteht bei Inanspruchnahme der Elternkarenz oder Elternteilzeit auch für den Vater bzw zweiten Elternteil ein besonderer Kündigungsschutz nach §§ 7, 8f VKG. Dieser beginnt mit der Erklärung der Inanspruchnahme, frühestens jedoch mit der Geburt des Kindes, und endet vier Wochen nach dem Ende des Karenzurlaubs. § 7 Abs 3 VKG bestimmt zudem, dass eine Entlassung während der Karenz nur bei Vorliegen der in § 12 Abs 2 MSchG genannten Gründe und nach Zustimmung des Gerichts ausgesprochen werden kann.¹⁰²⁶ Nicht anzuwenden ist auf Väter und zweite Elternteile allerdings § 12 Abs 3 MSchG, wonach der besondere Gemütszustand aufgrund von

¹⁰²¹ Windisch-Graetz, Arbeitsrecht II¹⁰ 2017, 149.

¹⁰²² Windisch-Graetz, Arbeitsrecht II¹⁰ 2017, 145.

¹⁰²³ Windisch-Graetz, Arbeitsrecht II¹⁰ 2017, 145.

¹⁰²⁴ Wolfgruber-Ecker in Neumayr/Reissner, Zellkomm³ § 15 MSchG, (Stand 1.1.2018, rdb.at) Rn 9.

¹⁰²⁵ Windisch-Graetz, Arbeitsrecht II¹⁰ 2017, 145.

¹⁰²⁶ Dort sind folgende Entlassungsgründe angeführt: gröbliche und schuldhafte Pflichtverletzungen, Tätlichkeiten und Ehrverletzungen, strafbare Handlungen.

Schwangerschaft und Entbindung bei der Beurteilung des Vorliegens von Entlassungsgründen bei Müttern iSd MSchG zu berücksichtigen ist. Dieser Ausschluss wurde bereits oben beim Mutterschutz kritisch diskutiert.

Nach Ablauf der Karenz besteht ein Anspruch darauf, in der gleichen Verwendung beschäftigt zu werden, für die man aufgenommen und eingesetzt wurde.¹⁰²⁷ Ob das ein Rückkehrrecht an denselben Arbeitsplatz bedeutet, war lange strittig, der OGH hat dies 2018 schließlich verneint. Er hat festgestellt, dass nicht die gleiche Tätigkeit zugewiesen werden muss, sondern im Einzelfall auf den Vertrag abzustellen ist.¹⁰²⁸

8.1.2.1. Teilbarkeit und Flexibilität der Karenz

Die Karenz kann zweimal zwischen den Eltern aufgeteilt werden, wobei die Karenzteile je mindestens zwei Monate betragen und aneinander anschließen müssen. Ist nur ein Elternteil anspruchsberechtigt oder beabsichtigt nur ein Elternteil in Karenz zu gehen, kann er seine Karenz nicht in mehrere Blöcke teilen.

Die gleichzeitige Inanspruchnahme durch beide Elternteile ist grundsätzlich nicht möglich, eine Ausnahme bildet § 15a Abs 2 MSchG, der einen Monat gemeinsame Karenzzeit anlässlich des erstmaligen Wechsels der Betreuungsperson zulässt. Dieser verkürzt den Gesamtanspruch entsprechend. Gemäß § 5d KBGG können in diesem Monat auch beide Eltern gleichzeitig Kinderbetreuungsgeld in der Dauer von bis zu 31 Tagen in Anspruch nehmen.

Im Gegensatz zur Bezugsdauer des Kinderbetreuungsgelds erhöhen sich die Karenzmonate bei einer Teilung zwischen den Eltern zwar nicht, die Möglichkeit des „Überlappungsmonats“¹⁰²⁹ beim erstmaligen Wechsel zwischen den Eltern kann allerdings als Erleichterung und somit durchaus auch als Anreiz zur Teilung angesehen werden. Diese Möglichkeit wurde 2000 geschaffen, um „dem Kind die Umstellung auf die andere Betreuungsperson und, da in der Regel zunächst die Mutter Karenzurlaub in Anspruch nimmt, dem Vater die Übernahme der alleinigen Betreuung des Kindes [zu] erleichtern“.¹⁰³⁰

Im Zuge dieser Novellierung kam es auch zu einer Flexibilisierung der Meldefristen, die ebenfalls die Inanspruchnahme von Männern vorantreiben sollte: Wird die Karenz geteilt, ist dem bzw der Arbeitgeber_in der entsprechende Antrittszeitpunkt im Anschluss an die Karenz des anderen Elternteils mitzuteilen. Auch für den Fall, dass der andere Elternteil keinen Karenzanspruch hat, zB wegen Selbstständigkeit, kann die Karenz gemäß § 15 Abs 3 MSchG bzw § 2 Abs 5 VKG zu einem späteren Zeitpunkt angetreten werden.¹⁰³¹ Dies erlaubt eine etwas flexiblere Inanspruchnahme, da grundsätzlich gilt, dass Karenzen nur anschließend an die Achtwochenfrist des MSchG oder an die Karenz des jeweils anderen Elternteils anschließend angetreten werden können. Im Fall eines späteren Karenzantritts ist dies dem oder der Arbeitgeber_in drei Monate vor Antritt mitzuteilen. Diese „Möglichkeit der späteren Meldung soll vor allem jenen Vätern, die zunächst noch zögern, die Betreuung eines

¹⁰²⁷ OGH 22.8.1970, 4 Ob 71/70; 25.6.2014, 9 ObA 50/14j.

¹⁰²⁸ OGH 27.2.2018, 9 ObA 6/18z; *Mitschka/Tinhofer*, Kein Recht auf gleichen Job nach Karenz, derStandard v 4.6.2018, 9.

¹⁰²⁹ ErlRV Änderung des MSchG und EKUG 1999, 1768 BlgNR 20. GP, 24.

¹⁰³⁰ ErlRV Änderung des MSchG und EKUG 1999, 1768 BlgNR 20. GP, 24.

¹⁰³¹ *Wolfsgruber-Ecker in Neumayr/Reissner*, Zellkomm³ § 15 MSchG, (Stand 1.1.2018, rdb.at) Rn 8.

Säuglings zu übernehmen, die Entscheidung zur Wahrnehmung familiärer Pflichten erleichtern“.¹⁰³²

Im Zeitraum der Karenz darf nur einer geringfügigen Beschäftigung nachgegangen werden. Eine Vollzeitbeschäftigung im Ausmaß von 13 Wochen ist in Absprache mit dem oder der Arbeitgeber_in möglich, zu beachten sind allerdings die Zuverdienstgrenzen des Kinderbetreuungsgeldgesetzes. Anders etwa wie erwähnt in Island, aber auch in Deutschland, wo während der Elternzeit (möglicherweise beider Eltern gleichzeitig) einer Teilzeitbeschäftigung im Ausmaß von bis zu 30 Stunden nachgegangen werden kann.¹⁰³³ Alternativ zur sowie anschließend an die Karenz besteht in Österreich allerdings nach § 15h MSchG bzw § 8 VKG Anspruch auf Elternteilzeit. Diese können die Eltern auch gleichzeitig beanspruchen, allerdings nicht parallel zur Karenz des anderen Elternteils.

Die österreichische Karenz bleibt im Vergleich zu den skandinavischen Modellen dennoch eher unflexibel. In Island ist die gleichzeitige Karenz beider Eltern für die gesamte Zeit oder Teile möglich, zudem sind unabhängig von der Teilung kürzere Blöcke und eine parallele Erwerbstätigkeit möglich.¹⁰³⁴

8.1.2.2. Anrechenbarkeit und Pensionsansprüche

Für die Entstehung und die Bemessung von Ansprüchen, die von der Dienstzeit abhängen, wurden Karenzzeiten gemäß § 15f Abs 1 MSchG bis 2019 ausdrücklich nicht mitgezählt. Ausnahmen davon bildeten die Bemessung der Kündigungsfrist, die Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall und der Urlaub, wofür die erste Karenz im Dienstverhältnis im Ausmaß von zehn Monaten anrechenbar war. Diese Regelung wirkte sich vor allem negativ auf die „Abfertigung alt“ aus, wie bereits in Zusammenschau mit zwei EuGH-Fällen diskutiert wurde. Bei der „Abfertigung neu“ werden ca 1,5 % des Kinderbetreuungsgeldes aus Mitteln des Familienlastenausgleichsfonds in die Betriebliche Mitarbeiter_innenvorsorgekasse (§ 7 BMSVG) eingezahlt.¹⁰³⁵

Am 2.7.2019 wurde schließlich im Nationalrat ein Initiativantrag der SPÖ angenommen, der die Anrechnung von Karenzzeiten auf von der Dienstzeit abhängige Rechtsansprüche „in vollem Umfang“ vorsieht.¹⁰³⁶ Die Neufassung trat am 1.8. 2019 in Kraft. Zeiten der Karenz werden nunmehr bei Rechtsansprüchen, die sich nach der Dauer der Dienstzeit richten, für jedes Kind in vollem in Anspruch genommenen Umfang bis zur maximalen Dauer gemäß den §§ 15 Abs 1 und 15c Abs 2 Z 3 und Abs 3 angerechnet.¹⁰³⁷ Eine parallele Änderung des VKG erging nicht.

Kinderbetreuungszeiten im Ausmaß von 48 Monaten pro Kind führen zudem zu einer Teilversicherung nach § 8 Abs 1 Z2 lit g ASVG.¹⁰³⁸ Sie werden als Beitragszeiten im

¹⁰³² ErlRV Änderung des MSchG und EKUG 1999, 1768 BlgNR 20. GP, 24; § 15a Abs 3 MSchG bzw § 3 Abs 3 EKUG.

¹⁰³³ § 15 Abs 4 deutsches Bundeselterngeld- und Elternzeitgesetz (BEEG).

¹⁰³⁴ Eydal/Gislason in Blum et al 2018, 205-211.

¹⁰³⁵ Wolfgruber-Ecker in Neumayr/Reissner, Zellkomm³ § 15f MSchG, (Stand 1.1.2018, rdb.at) Rn 4-5.

¹⁰³⁶ 338/A 26. GP - Initiativantrag der Abgeordneten Mag. Andreas Schieder, Kolleginnen und Kollegen betreffend ein Bundesgesetz, mit dem das Mutterschutzgesetz 1979 geändert wird.

¹⁰³⁷ Bundesgesetz, mit dem das Mutterschutzgesetz 1979 geändert wird, BGBl 68/2019.

¹⁰³⁸ Brodil/Windisch-Graetz, Sozialrecht⁸ 2017, 129.

Pensionskonto eingetragen, deren Bewertung liegt 2019 bei monatlich 1.864,78 €. ¹⁰³⁹ Diese Beiträge werden zu 75 % aus dem Familienlastenausgleichsfonds und zu 25 % vom Bund getragen. ¹⁰⁴⁰

Mit dem Allgemeinen Pensionsgesetzes (APG) 2003 wurde zusätzlich die Möglichkeit des freiwilligen Pensionssplittings für Zeiten der Kinderbetreuung eingeführt. ¹⁰⁴¹ Der erwerbstätige Elternteil kann gemäß § 14 APG bis zu 50 % seiner Teilgutschrift nach § 11 Z 4 APG, soweit sich diese auf eine Erwerbstätigkeit gründet, an den erziehenden Elternteil übertragen. Damit soll der „Absicht des Gesetzgebers nach [dem] Aufbau einer eigenständigen Pensionsversorgung für Frauen zum Durchbruch“ verholfen werden. ¹⁰⁴² Diese Möglichkeit wird bislang kaum wahrgenommen, seit der Einführung 2003 bis ins Jahr 2016 wurde das Pensionssplitting erst 300 Mal beantragt. ¹⁰⁴³ 2018 gab es mit 412 Anträgen einen deutlichen Anstieg, dennoch bleibt das Pensionssplitting eine kaum genutzte Möglichkeit. ¹⁰⁴⁴ Gerade mit Blick auf eine Trennung wäre diese Absicherung für den betreuenden Elternteil sinnvoll, da das Splitting nicht einseitig widerrufen werden kann. Dennoch ist im Pensionssplitting „eher eine Krücke für die bestehenden Probleme, aber kein echter Lösungsansatz“ ¹⁰⁴⁵ zu sehen, birgt es doch die Gefahr, die bestehende Aufgabenteilung zu zementieren.

8.1.3. Kinderbetreuungsgeld und Anreize zur partnerschaftlichen Aufteilung

Während der Karenz entfällt der Entgeltanspruch aus dem Arbeitsverhältnis, es besteht aber Anspruch auf Kinderbetreuungsgeld. Wie bereits erwähnt war bei der Einführung im Jahr 1957 kein Entgelt für die Zeit der Karenz vorgesehen, schon Anfang der 1960er Jahre wurde allerdings ergänzend das Karenzurlaubsgeld, damals als Versicherungsleistung, eingeführt. ¹⁰⁴⁶ Erst im Jahr 2002 wurde wie bereits erwähnt das Förderungssystem für Eltern mit Kleinkindern umgestellt und die „Versorgungsleistung Kinderbetreuungsgeld“ eingeführt. ¹⁰⁴⁷ Dadurch erweiterte sich der Kreis der Bezugsberechtigten, da die Leistung nunmehr unabhängig von vorangegangenen Versicherungszeiten und der Erwerbstätigkeit besteht.

¹⁰³⁹ Österreich.gv.at, Bewertung der Kinderbetreuungszeiten, abrufbar unter www.oesterreich.gv.at/themen/arbeit_und_pension/pension/Seite.270215.html (20.4.2019).

¹⁰⁴⁰ Brodil/Windisch-Graetz, Sozialrecht⁸ 2017, 129.

¹⁰⁴¹ Bundesgesetz vom 15.12.2004, mit dem ein Allgemeines Pensionsgesetz erlassen wird sowie das Allgemeine Sozialversicherungsgesetz, das Gewerbliche Sozialversicherungsgesetz, das Bundesgesetz über die Sozialversicherung freiberuflich selbständig Erwerbstätiger, das Bauern-Sozialversicherungsgesetz, das Arbeitslosenversicherungsgesetz 1977, das Überbrückungshilfengesetz, das Beamten-Dienstrechtsgesetz 1979, das Gehaltsgesetz 1956, das Richterdienstgesetz, das Landeslehrer-Dienstrechtsgesetz 1984, das Land- und forstwirtschaftliche Landeslehrer-Dienstrechtsgesetz 1985, das Vertragsbedienstetengesetz 1948, das Pensionsgesetz 1965, das Bundestheaterpensionsgesetz, das Teilpensionsgesetz, das Bundesbahn-Pensionsgesetz, das Bundesbahngesetz, das Bezügegesetz, das Bundesbezügegesetz, das Verfassungsgerichtshofgesetz 1953, das Familienlastenausgleichsgesetz 1967 und das Dienstgeberabgabengesetz geändert werden (Pensionsharmonisierungsgesetz), BGBl 142/2004.

¹⁰⁴² ErlRV Pensionsharmonisierungsgesetz 2004, 653 BglnR 22. GP, 14.

¹⁰⁴³ ErlRV SVÄG 2016, 1330 BglnR 25. GP, 6; vgl auch Brodil/Windisch-Graetz, Sozialrecht⁸, 131.

¹⁰⁴⁴ Hausbichler, Pensionssplitting – Warum es das gibt und was es bringen kann, derstandard.at v 9.4.2019, derstandard.at/2000101030770/Pensionssplitting-Warum-es-das-gibt-und-was-es-bringen-kann (25.4.2019).

¹⁰⁴⁵ Hausbichler, Pensionssplitting – Warum es das gibt und was es bringen kann, derstandard.at v 9.4.2019, derstandard.at/2000101030770/Pensionssplitting-Warum-es-das-gibt-und-was-es-bringen-kann (25.4.2019).

¹⁰⁴⁶ BGBl 242/1960, 2166; Dirschmied, Karenzgeldgesetz, 4.

¹⁰⁴⁷ Brodil/Windisch-Graetz, Sozialrecht⁸ 2017, 171.

Zunächst war nur eine einzige Bezugsvariante des Kinderbetreuungsgelds vorgesehen; 30+6 Monate. 2008 kamen zwei Modelle mit kürzerer Bezugsdauer und höheren Tagesbeträgen (20+4 und 15+3 Monate) hinzu.¹⁰⁴⁸ Diese „Plus-Varianten“ beschreiben jeweils die jedenfalls zustehenden „plus“ die bei geteilter Inanspruchnahme zustehenden Monate. Dies wird landläufig so verstanden, dass diese zusätzlichen Monate dem Vater bzw zweiten Elternteil zustehen, worauf ich weiter unten ausführlicher zu sprechen komme.

2010 erfolgte die Ergänzung des bis dahin allein bestehenden Pauschalsystems durch ein Einkommensersatzsystem. Die Einführung des „einkommensabhängigen KBG zielte darauf ab, den mit einer Geburt verbundenen Verdienstentfall für die Eltern möglichst gering zu halten und eine rasche Rückkehr ins Berufsleben zu ermöglichen. Im Fokus dieser Modellvariante standen vor allem Männer und gut verdienende Frauen. Neben dem einkommensabhängigen KBG wurde überdies eine ebenso lange Pauschalvariante (12+2) eingeführt.“¹⁰⁴⁹

Während in den früheren Fassungen mehrere verschiedene Pauschalvarianten des Kinderbetreuungsgeldbezugs parallel bestanden, existieren seit 2017 nur noch zwei Varianten: das einkommensabhängige Kinderbetreuungsgeld (ea KBG) und die Pauschalvariante mit Kinderbetreuungsgeld-Konto (KBGK), wobei diese Variante unterschiedliche Bezugsdauern umfasst. In der Problemanalyse der Gesetzesmaterien wird an der vorangegangenen Rechtslage bemängelt, dass die längeren Bezugsvarianten besser dotiert waren als die kürzeren und somit der Wiedereinstieg von Frauen nicht gefördert wurde, zudem wären zu wenig Anreize für partnerschaftliche Aufteilung geboten gewesen.¹⁰⁵⁰ Die Erläuterungen zu den Neuerungen 2017 nennen die „Verbesserung der Vereinbarkeit von Familie und Beruf durch flexible Inanspruchnahme des pauschalen Kinderbetreuungsgeldes und [die] Erhöhung der Väterbeteiligung beim Kinderbetreuungsgeld“¹⁰⁵¹ als Ziele.

Anspruchsberechtigt ist gemäß § 2 Abs1 KBGG grundsätzlich immer ein Elternteil, vorausgesetzt er bezieht Familienhilfe für sein Kind, lebt mit ihm im gleichen Haushalt und hat maximal jährliche Einkünfte von 16.200 € (Zuverdienstgrenze). Der gleichzeitige Bezug beider Eltern ist grundsätzlich nicht vorgesehen, allerdings seit 2017 während eines gemeinsamen Karenzmonats anlässlich des erstmaligen Wechsels der Betreuungsperson einmalig möglich.¹⁰⁵²

Als Anreiz für die partnerschaftliche Aufteilung der Kinderbetreuung ist insbesondere die Verlängerung der Bezugsdauer bei geteilter Inanspruchnahme gedacht. Die Bezugsdauer kann bei alleiniger Inanspruchnahme durch einen Elternteil 365–851 Tage betragen, teilen sich die Eltern die Zeiten auf, so stehen ihnen 456–1063 Tage zu.¹⁰⁵³

In der Pauschalvariante beträgt das Kinderbetreuungsgeld bei Inanspruchnahme durch nur einen Elternteil 12.366,20 €, nehmen es beide Elternteile in Anspruch, erhöht es sich auf 15.449,28 €. Die Anspruchsdauer bestimmt die Höhe der Tagessätze von ca 14,50 € in der

¹⁰⁴⁸ Rille-Pfeiffer/Kapella, Evaluierungsstudie Kinderbetreuungsgeld 2012, 4.

¹⁰⁴⁹ Rille-Pfeiffer/Kapella, Evaluierungsstudie Kinderbetreuungsgeld 2012, 4.

¹⁰⁵⁰ ME FamZeitbG 2017, 181/ME 25. GP, Vorblatt und Wirkungsorientierte Folgenabschätzung, 3.

¹⁰⁵¹ ME FamZeitbG 2017, 181/ME 25. GP, Vorblatt und Wirkungsorientierte Folgenabschätzung, 1.

¹⁰⁵² §§ 5d, 24b Abs 3 KBGG.

¹⁰⁵³ § 24b Abs 2 KBGG.

längsten bis ca 34 € in der kürzesten Variante. Wird die Karenz geteilt, erhöht sich der Betrag entsprechend, da vom erhöhten Grundbetrag ausgehend gerechnet wird.

Bestimmten Leistungsbezieher_innen gebührt nach § 9f KBGG ein Zuschuss von 6,06 € täglich für die Bezugsdauer des pauschalen Kinderbetreuungsgeldes. Darunter fallen Alleinerzieher_innen sowie verheiratete und in Lebensgemeinschaft lebende Elternteile, soweit sie keinen Unterhalt für das Kind beziehen oder das Einkommen des oder der Partner_in die Freigrenze von 16.200 € nicht übersteigt.

Das einkommensabhängige Kinderbetreuungsgeld nach § 24 KBGG beträgt 80 % des (beim Vater bzw zweiten Elternteil fiktiven) Wochengeldes und ist mit maximal 66 € täglich begrenzt. Es kann von einem Elternteil längstens 365 Tage bezogen werden, teilen sich die Eltern das Kinderbetreuungsgeld, 426 Tage. Das entspricht mit ca 24.000 bzw 28.000 € im Jahr etwa dem Doppelten des Kinderbetreuungsgeldkontos. Voraussetzungen sind ein aufrechtes Arbeitsverhältnis bei der Geburt des Kindes sowie während der letzten 182 Tage vor dem Mutterschutz bzw der Geburt. Ausdrücklich einer Beschäftigung gleichgestellt ist dabei die gesetzliche Karenz. Nach der Rechtsprechung gilt auch eine freiwillige Karenz als Beschäftigung und berechtigt zum Bezug des einkommensabhängigen Kindergeldes nach § 24 KBGG.¹⁰⁵⁴ Ein längerer Krankenstand hindert hingegen das Erwerbstätigkeitserfordernis des einkommensabhängigen Kinderbetreuungsgeldes. Dieser Ausschluss ist nach *Sonntag* allerdings unionsrechtswidrig, da für die Dauer des Bezugs von Krankengeld von einer Fortwirkung des Beschäftigungsstatus ausgegangen werden sollte.¹⁰⁵⁵

Der Anspruch auf Kinderbetreuungsgeld endet gemäß § 2 Abs 6 KBGG spätestens mit Ablauf jenes Tages, welcher der Geburt bzw der Adoption (In-Pflege-Nahme) eines weiteren Kindes vorangeht. Der noch nicht verbrauchte Anteil der Gesamtsumme für das erste Kind verfällt in diesem Fall.

Die Eltern können den KBG-Bezug zweimal wechseln, sodass insgesamt drei Blöcke entstehen, davon muss jeder mindestens 61 Tage dauern. Der Bezug ist somit parallel zur Karenz geregelt. Anlässlich des ersten Wechsels dürfen sie 31 Tage lang überlappend beziehen, die Gesamtbezugsdauer verringert sich entsprechend.¹⁰⁵⁶

Die Wahl der Bezugsvariante gilt jedenfalls für beide Eltern. Erfüllt nur ein Elternteil die Voraussetzungen für das einkommensabhängige Kinderbetreuungsgeld, muss es jedenfalls (trotzdem) vom erstantragstellenden Elternteil beantragt werden. Derjenige, der die Voraussetzungen nicht erfüllt, kann gemäß § 24d KBGG eine Sonderleistung von pauschal 33,88 € täglich beantragen. Bei der Pauschalvariante wird der Tagesbetrag bei der Erstantragstellung durch die Wahl der Anspruchsdauer fixiert und ist für beide Eltern gleich.

Seit 2017 sieht § 5b KBGG einen Partnerschaftsbonus von 500 € für jeden Elternteil vor, wenn die Aufteilung in etwa 50:50 beträgt.¹⁰⁵⁷ Dies wird ab einer Aufteilung von 40:60

¹⁰⁵⁴ *Sonntag*, ASoK 2017, 5; in der Entscheidung 10 Ob S 117/14z stützt der OGH die Gleichstellung des freiwillig verlängerten Karenzteils darauf, dass nach nationalem Recht in dieser Phase eine Teilversicherung besteht.

¹⁰⁵⁵ *Sonntag*, ASoK 2017, 5 mVa OGH 24.3.2015, 10 Ob S 117/14z und Art 11 Abs 2 der Verordnung (EG) Nr 883/2004.

¹⁰⁵⁶ *Brodil/Windisch-Graetz*, Sozialrecht⁸ 2017, 172.

¹⁰⁵⁷ Bundesgesetz, mit dem ein Gesetz über die Gewährung eines Bonus für Väter während der Familienzeit (Familienzeitbonusgesetz – FamZeitbG) erlassen wird sowie das Kinderbetreuungsgeldgesetz, das Allgemeine

angenommen, soweit jede_r mindestens 124 Tage (vier Monate) KBG bezogen hat. Die Tage mit Wochengeldbezug werden nicht eingerechnet, das heißt 112 Tage Mutterschutz, wovon 55 nach der Geburt liegen, zählen nicht zur Beurteilung dieser 50:50-Aufteilung.

Die Zuverdienstgrenze beträgt gemäß § 2 Abs 1 Z 3 KBBG in der Pauschalvariante jährlich 16.200 €. Neben der Pauschalvariante des KBG kann Arbeitslosengeld oder Notstandshilfe bezogen werden, solange man neben der nachgewiesenen Kinderbetreuung 16 Stunden dem Arbeitsmarkt zur Verfügung steht. Bei der einkommensabhängigen Variante beträgt die Zuverdienstgrenze gemäß § 24 Abs 1 Z 3 KBBG jährlich 6.800 €, das erlaubt eine monatliche Beschäftigung bis zur Geringfügigkeitsgrenze iSd § 5 Abs 2 ASVG. Eine Erhöhung auf 7.300 € wurde am 2.7.2019 im Nationalrat beschlossen, um weiterhin eine geringfügige Beschäftigung zu ermöglichen.¹⁰⁵⁸ Der Bezug von Arbeitslosengeld ist beim ea KBG ausgeschlossen.

8.2. Empirie zur Inanspruchnahme von Elternkarenzen durch Männer und Frauen

Eltern sind unabhängig vom Geschlecht bei der Elternkarenz sowie beim Kinderbetreuungsgeldbezug rechtlich gleichgestellt. Wie gezeigt, hat es einiger Stationen bedurft, um diese Rechtslage herbeizuführen. Väter haben erst seit 1990 überhaupt die Möglichkeit, in Elternkarenz zu gehen, seit 2000 einen eigenständigen Anspruch darauf, und seit 2004 geht der Anspruch der Mutter dem des Vaters grundsätzlich nicht mehr vor. Seit 2015 haben zweite Elternteile dieselben Rechte wie Väter. Ungleich behandelt werden beide im Vergleich zur Geburtsmutter nur bei der Dauer des besonderen Kündigungsschutzes sowie hinsichtlich der Berücksichtigung „des besonderen Gemütszustandes“ bei den Entlassungsgründen. Inzwischen bestehen zudem Regelungen, die explizit der Motivation von Vätern dienen sollen, ihre Ansprüche in diesem Bereich vermehrt geltend zu machen. Dennoch zeigt sich empirisch, dass die Elternkarenz völlig überproportional von Frauen beansprucht wird.

Der Anteil der männlichen Kinderbetreuungsgeldbezieher lag laut *Statistik Austria* zwischen 2008 und 2017 konstant unter 5 %, ¹⁰⁵⁹ diese Zahl ist erschreckend gering. Eine etwas höhere Beteiligung von durchschnittlich etwa 8 % im Zeitraum 2009–2012 stellte *Dremsek* (Synthesis Forschung) im Auftrag des Sozialministeriums fest.¹⁰⁶⁰ Das Familienministerium spricht sogar von 19,02 %.¹⁰⁶¹ Die Diskrepanzen zwischen diesen Zahlen lassen sich teilweise

Sozialversicherungsgesetz, das Gewerbliche Sozialversicherungsgesetz, das Bauern-Sozialversicherungsgesetz, das Beamten-Kranken- und Unfallversicherungsgesetz, das Arbeitslosenversicherungsgesetz, das Familienlastenausgleichsgesetz 1967, das Einkommensteuergesetz 1988 und das Allgemeine Pensionsgesetz geändert werden, BGBl Nr 53/2016.

¹⁰⁵⁸ Parlamentskorrespondenz Nr 757 vom 2.7.2019,

www.parlament.gv.at/PAKT/PR/JAHR_2019/PK0757/#XXVI_NRSITZ_00084 (3.7.2019); 816/A vom 16.5.2019 (26. GP) Antrag der Abgeordneten Norbert Sieber, Edith Mühlberghuber, Kolleginnen und Kollegen betreffend ein Bundesgesetz, mit dem das Kinderbetreuungsgeldgesetz geändert wird und ein Gesetz über die Errichtung eines Jungfamilienfonds (Jungfamilienfondsgesetz) erlassen wird.

¹⁰⁵⁹ *Statistik Austria*, Kinderbetreuungsgeldbezieherinnen und -bezieher nach Geschlecht 2008 bis 2017, www.statistik.at/web_de/statistiken/menschen_und_gesellschaft/soziales/sozialleistungen_auf_bundesebene/familienleistungen/index.html (2.5.2019).

¹⁰⁶⁰ *Dremsek*, Väter in Elternkarenz 2014, broschuerenservice.sozialministerium.at/Home/Download?publicationId=268 (2.5.2019), 10.

¹⁰⁶¹ *Bundesministerium für Frauen Familie und Jugend*, Auswertung zur Väterbeteiligung 2018, www.frauen-familien-jugend.bka.gv.at/familie/finanzielle-unterstuetzungen/kinderbetreuungsgeld-bis-28.2.2017/statistik-vaeterbeteiligung--auswertung.html (2.5.2019).

methodisch erklären; es ist zwischen Zugängen zum Kinderbetreuungsgeld und dem Jahresdurchschnitt der Beziehenden zu unterscheiden. Während im ersten Fall jede_r Antragsteller_in einmal aufscheint, spielt beim zweiten die Bezugsdauer mit hinein.

Bei den Zugängen zum Kinderbetreuungsgeldbezug liegt der Männeranteil in den 2010er Jahren durchschnittlich bei rund 15 %, ¹⁰⁶² ihr Anteil an der Summe der Beziehenden ist allerdings deutlich geringer, da sie durchschnittlich kürzer beziehen als Frauen. Daher ist der Anteil der Männer an allen Kinderbetreuungsgeldbeziehenden im Laufe eines Jahres niedriger als der Anteil der Männer an den jährlichen Zugängen. ¹⁰⁶³

Darüber hinaus gehen die genannten Studien aber auch jeweils von unterschiedlichen Zahlen bei der Gesamtanzahl von Kinderbetreuungsgeldbezieher_innen aus: Laut *Statistik Austria* bezogen 2017 124.249 Menschen Kinderbetreuungsgeld, ¹⁰⁶⁴ davon waren 66,4 % (82.484) unselbstständig erwerbstätig und daher mit hoher Wahrscheinlichkeit zugleich in Karenz. Von den restlichen 41.764 sind etwa die Hälfte Hausfrauen (18.732 und 358 Hausmänner), des Weiteren sind darunter Selbstständige, Arbeitslose, Bezieher_innen der Notstandshilfe, Bauern und Bäuerinnen, Studierende sowie Schüler_innen. 2017 waren unter all diesen Kinderbetreuungsgeldbezieher_innen 4.773 Männer, ¹⁰⁶⁵ das entspricht 3,84 %. Entsprechend waren 96,16 % der Kindergeldbezieher_innen Frauen.

Dremsek geht von anderen Bezugswerten aus, sie spricht von 232.205

Kinderbetreuungsgeldbeziehenden im Jahr 2012, wobei sie sich auf den Hauptverband der Sozialversicherungsträger bezieht, davon 8,9 % Männer. ¹⁰⁶⁶ Warum die Zahl der Beziehenden dabei fast doppelt so hoch ist wie laut *Statistik Austria*, konnte ich nicht eruieren. Nicht alle Unterschiede lassen sich insofern aus der Unterscheidung erklären, ob nur der Zugang oder der jahresdurchschnittliche Bestand berücksichtigt wird. Es kann aber jedenfalls festgehalten werden, dass die unterschiedliche Bezugsdauer eine wesentliche Rolle für die unterschiedliche Höhe der Männeranteile spielt.

Werden die jährlichen Zugänge zum Kinderbetreuungsgeldbezug gezählt, scheint jede Person einmal auf und der Männeranteil liegt bei rund 15 %, dies belegen sowohl *Dremsek* als auch eine weitere Studie des *Joanneum Research Instituts*. Diese spricht für das Jahr 2011 von insgesamt 82.694 Personen, die in diesem Jahr eine Karenz begonnen haben, ¹⁰⁶⁷ davon 14.071 bzw 17 % Männer. ¹⁰⁶⁸ Die Autor_innen der Studie, *Reidl und Schiffbänker*, führen an dieser Stelle aus, dass „aus der Perspektive einer gleichberechtigten Aufteilung der Kinderbetreuung

¹⁰⁶² *Dremsek*, Väter in Elternkarenz 2014, broschuerenservice.sozialministerium.at/Home/Download?publicationId=268 (2.5.2019), 9.

¹⁰⁶³ *Dremsek*, Väter in Elternkarenz 2014, broschuerenservice.sozialministerium.at/Home/Download?publicationId=268 (2.5.2019), 9.

¹⁰⁶⁴ *Statistik Austria*, Kinderbetreuungsgeldbezieherinnen und -bezieher nach Erwerbsstatus und Geschlecht 2017, www.statistik.at/web_de/statistiken/menschen_und_gesellschaft/soziales/sozialleistungen_auf_bundesebene/familienleistungen/index.html (2.5.2019).

¹⁰⁶⁵ *Statistik Austria*, Kinderbetreuungsgeldbezieherinnen und -bezieher nach Geschlecht 2008 bis 2017, www.statistik.at/web_de/statistiken/menschen_und_gesellschaft/soziales/sozialleistungen_auf_bundesebene/familienleistungen/index.html (2.5.2019).

¹⁰⁶⁶ *Dremsek*, Väter in Elternkarenz 2014, broschuerenservice.sozialministerium.at/Home/Download?publicationId=268 (2.5.2019), 10.

¹⁰⁶⁷ Diese Zahl stimmt in etwa mit der Zahl der unselbstständig erwerbstätigen Kinderbetreuungsgeldbezieher_innen nach der *Statistik Austria* überein.

¹⁰⁶⁸ *Reidl/Schiffbänker*, Karenzväter in Zahlen 2014, 9.

zwischen Frauen und Männern [...] berücksichtigt werden [muss], wie lange sie in Karenz gehen. Dazu wird der jahresdurchschnittliche Bestand herangezogen. Es zeigt sich, dass auf Männer 2011 nur 4,2% aller in Anspruch genommenen Karenztage entfallen.“¹⁰⁶⁹

Das Familienministerium spricht von insgesamt 91.389 Kinderbetreuungsgeldbeziehenden im Jahr 2015 und kommt auf einen vergleichsweise hohen Männeranteil von 19,02 %.¹⁰⁷⁰ Dass gerade die Studie einen höheren Männeranteil zeigt, die vom für dessen Erhöhung zuständigen Ministerium beauftragt wurde, und keine Quelle für die Zahlen genannt wird, macht jedenfalls etwas stutzig. Wie die Abweichung der zugrunde gelegten Anzahl an Beziehenden zu erklären ist, ist mir nicht ersichtlich, auch eine Anfrage beim Ministerium vom 2.5.2019 konnte keinen Aufschluss darüber geben. Zur Frage des Männeranteils wird in der Erhebung angeführt, dass jeweils für den Zeitraum eines Jahres „jeder einzelne, abgeschlossene KBG-Fall dahingehend untersucht [wurde], ob sich der Vater daran beteiligt hat“.¹⁰⁷¹ Die Dauer des Karenzbezugs scheint hier nicht eruiert worden zu sein.

Die Datenlage zur Beteiligung von Männern an der Karenz bzw am Kinderbetreuungsgeldbezug zeichnet zwar kein gänzlich einheitliches Bild, was sich aber jedenfalls deutlich zeigt, ist, dass der Frauenanteil unter den Kinderbetreuungsgeldbezieher_innen mit 81–96 % in den besprochenen Studien immens hoch ist. Männer sind bereits bei den Zugängen unterrepräsentiert, wird die Beanspruchungsdauer berücksichtigt, fällt ihr Anteil sogar unter 10 %.

Gerlinde Mauerers empirische Studien zum Alltagshandeln von Männern in Elternkarenz in Österreich zeigen zudem, „dass Väterkarenzen selten mit Mütterkarenzen vergleichbar sind. Erstens übernehmen Mütter zumeist die Anfangsphase mit dem Baby, die mit unregelmäßigen Rhythmen und einer hohen körperlichen Nähe zum Kind verbunden ist. Zweitens sind viele Mütter während der Väterkarenz und oftmals auch danach nicht in vollem Zeitausmaß erwerbstätig [...]. Die meisten Karenzväter erhielten schon rein zeitlich mehr Unterstützung durch ihre Partnerinnen. Aufteilungen in der Haushalts- und Familienarbeit, die sich bereits in der Karenzzeit der Mutter etabliert hatten, wurden zu Beginn der Väterkarenzen oft nicht gänzlich neu vergeben und strukturiert. Überblicks- und Organisationsarbeiten wie Management von Bekleidung(sgrößen) der Kinder, Haushaltsführung, Besorgung und Verwahrung von Alltagsgegenständen blieben oftmals Aufgaben der Partnerin auch wenn diese bereits wieder berufstätig war.“¹⁰⁷²

Wo die Inanspruchnahme von Elternzeiten den Berechtigten freigestellt ist, so zeigt sich im Kontext der Karenz, werden diese vorrangig von Frauen beansprucht. Dies gilt selbst für die Vorreiterstaaten in Sachen Väterbeteiligung bei der Elternkarenz: Norwegen, Schweden und Island sehen Väterquoten vor, einen Zeitraum innerhalb der Elternzeit, der für den Vater reserviert ist und verfällt, wenn dieser ihn nicht in Anspruch nimmt.¹⁰⁷³ Sie schränken damit

¹⁰⁶⁹ *Reidl/Schiffbänker*, Karenzväter in Zahlen 2014, 9.

¹⁰⁷⁰ *Bundesministerium für Frauen Familie und Jugend*, Auswertung zur Väterbeteiligung 2018, www.frauen-familien-jugend.bka.gv.at/familie/finanzielle-unterstuetzungen/kinderbetreuungsgeld-bis-28.2.2017/statistik-vaeterbeteiligung--auswertung.html (2.5.2019).

¹⁰⁷¹ *Bundesministerium für Frauen Familie und Jugend*, Auswertung zur Väterbeteiligung 2018, www.frauen-familien-jugend.bka.gv.at/familie/finanzielle-unterstuetzungen/kinderbetreuungsgeld-bis-28.2.2017/statistik-vaeterbeteiligung--auswertung.html (2.5.2019).

¹⁰⁷² *Mauerer*, Alltagshandeln und Männlichkeitsentwürfe Onlinepublikation 2016, 2.

¹⁰⁷³ Vgl *Schein* in *Gerlach* 2017, 266.

den Verfügungsraum der Elternpaare ein und geben ihnen die Entscheidung über die Aufteilung ein Stück weit vor. Diese Quoten erweisen sich als effektives Mittel zur Beteiligung von Vätern – allerdings nur mit Blick auf die ihnen zugeordnete Zeit. Der freiaufzuteilende Teil wird auch dort überwiegend von Müttern genommen.¹⁰⁷⁴ In Norwegen wird er zu 85 % von Frauen beansprucht.¹⁰⁷⁵ Schwedische Väter nehmen durchschnittlich 91, Müttern 342 Tage, zu gleichen Teilen nehmen auch dort nur 12,7 % der Paare ihre Elternzeit in Anspruch.¹⁰⁷⁶

8.3. Heteronormativität als außerrechtliche Beschränkung innerer Autonomie

Geschlechternormen und heteronormative Denkmuster können als symbolische Zwänge die Handlungsmöglichkeiten von Menschen auf einer nichtrechtlichen Ebene beschränken und tragen so dazu bei, dass die Inanspruchnahme neutraler Elternrechte stark nach Geschlecht variiert. Weiter oben wurde bereits eingeführt, dass Geschlechternormen vielen Autor_innen geradezu als Paradebeispiel dafür dienen, wie soziale Normen die Wahrnehmung von Lebensmöglichkeiten beschränken bzw in bestimmte Bahnen lenken können.¹⁰⁷⁷ Ich möchte diese Beobachtung nun anhand der unterschiedlichen Inanspruchnahme bzw Aufteilung von Elternkarenzen zwischen Männern und Frauen auf ein konkretes Beispiel beziehen. Im Zentrum stehen dabei die Ausverhandlungsprozesse von Paaren über die Aufteilung familiärer Aufgaben im Kontext der inneren Bedingungen autonomen Entscheidens.

Vom Regelungsinhalt her stünde die Entscheidung über die Inanspruchnahme von Karenz Frauen ebenso frei wie Männern, doch greifen hier unterschiedliche, auch unterschiedlich strenge, gesellschaftliche Erwartungen an Mütter und Väter. Die Vorstellung einer *guten* Mutter ist nach wie vor enger konzipiert als die eines *guten* Vaters.¹⁰⁷⁸ Dies trifft, wie *Klinth* und *Johansson* konkretisieren, vor allem auf die Vorstellung dessen zu, was als „good enough parenthood“ gilt.¹⁰⁷⁹ Die Minimalanforderungen für Mütter sind strenger als jene für Väter. Während *gute* Elternschaft in beiden Fällen eine liebevolle Nahebeziehung umfasst, wird Vätern mehr verziehen, bevor sie als *schlechte* Väter gelten. Eine Mutter sollte im Grunde doch „selflessly available to her children“, jedenfalls anwesend und in der Folge auch primär für sie verantwortlich sein.¹⁰⁸⁰ Auch der Beziehung zum Vater wird heute mehr Gewicht zugesprochen, dies muss aber erstens als Ergänzung zur überwiegenden Verantwortungszuschreibung an Mütter gesehen werden¹⁰⁸¹ und resultiert zweitens häufig in einer zusätzlichen Verantwortlichkeit der Mutter, nämlich diese gute Vaterbeziehung zu ermöglichen und zu fördern.¹⁰⁸²

Die Unterschiedlichkeit der Normierung von Mutterschaft gegenüber Vaterschaft zeigt sich insbesondere in der Vielzahl an Bildern idealer Vaterschaft, die nebeneinander bestehen können – Vorstellungen eines aktiv an Betreuungsarbeiten beteiligten Vaters existieren neben

¹⁰⁷⁴ Schein in Gerlach 2017, 281.

¹⁰⁷⁵ Schein in Gerlach 2017, 275.

¹⁰⁷⁶ Schein in Gerlach 2017, 279.

¹⁰⁷⁷ Vgl zB Holzleithner in Berghahn/Rostock 2009, 353; Rössler, Autonomie 2017, 42; Wapler in Baer/Sacksofsky 2018, 200.

¹⁰⁷⁸ Boyd in Davies/Munro 2013, 3.

¹⁰⁷⁹ Johansson/Klinth, Men and Masculinities 2008, 60.

¹⁰⁸⁰ Boyd in Davis/Munro 2013, 3.

¹⁰⁸¹ Boyd in Davis/Munro 2013, 7-8.

¹⁰⁸² Boyd in Davis/Munro 2013, 12.

jenen eines Vaters, der das Geld nach Hause bringt und damit seinen Teil erledigt hat: „Maybe men’s possibility to pick and choose a suitable parental role is the most significant expression of their power position. [...] Men’s power positions are to a great extent formed around their abilities and possibilities to choose – and to form their parenthood in any way they wish.“¹⁰⁸³ Zudem ist Vaterschaft nicht gleichermaßen sinnstiftend für ein Ideal von Männlichkeit, wie es Mütterlichkeit für Vorstellungen von Weiblichkeit ist: „[F]atherhood only plays a subordinate role in hegemonic constructions of masculinity, [while] motherhood and motherliness are dominant in modern constructions of femininity.“¹⁰⁸⁴

Die Möglichkeit der Elternkarenz erweitert den Horizont an Handlungsmöglichkeiten, der Männern verfügbar ist. Darin ist zwar einerseits eine Annäherung der Rechtslage für Väter an jene für Mütter zu sehen, doch vergrößern sich ihre Handlungsräume dadurch vergleichsweise stärker. Dies betrifft an dieser Stelle weniger die durch das Recht bereitgestellten Optionen als deren reale Verfügbarkeit. Das Privileg, über welches Männer hier im Gegensatz zu Frauen verfügen, ist das der größeren Wahlfreiheit. *MacKinnon* beschreibt im Kontext von Gewalt gegen Frauen, dass männliche Macht nicht nur darin zum Ausdruck kommt, dass Männer Frauen schlecht behandeln, sondern bereits darin, dass es ihnen zu einem gewissen Grad obliegt zu entscheiden, wie gut oder schlecht sie Frauen behandeln: „It is not only that men treat women badly, although often they do, but that it is their *choice* whether or not to do so.“¹⁰⁸⁵ Ähnlich liegt der Kern des Problems meines Erachtens auch bei der Karenz nicht erst in der Nichtbeteiligung, sondern bereits in der relativ sanktionslosen Möglichkeit der Nichtbeteiligung. Im Default-Modus von Elternschaft bleibt die Hauptverantwortung für die Fürsorge bei der Mutter, jene für den Erwerb beim Vater.

Die schlussendlichen Entscheidungen über die Inanspruchnahme und etwaige Teilung von Karenzzeiten werden von den Eltern getroffen, ein Blick auf die Ebene ihrer Ausverhandlungsprozesse lohnt daher. Sie folgen darin oftmals heteronormativen Mustern, „vergeschlechtlichen und naturalisieren“¹⁰⁸⁶ ihre eigene Elternschaft, wodurch die Inanspruchnahme mancher rechtlicher Möglichkeiten wahrscheinlicher wird als die anderer.

Peukert beschreibt, dass die Aushandlungen zur Aufteilung der Karenzzeiten relativ ergebnisoffen, der Aushandlungsgegenstand aber auch von vornherein stark beschränkt sein kann. Sie entwickelt vier Idealtypen von Begründungsfiguren für die Inanspruchnahme unterschiedlicher Karenzmodelle.¹⁰⁸⁷ Auf der einen Seite steht das Ideal des „Equally Shared Parenting“, in dem die gesamte Zeit verhandelbar und eine Aufteilung von sieben Monaten für die Mutter und sieben Monaten für den Vater denkbar ist.¹⁰⁸⁸ Auf der anderen Seite findet sich die Figur des „Hegemonic Mothering“, bei der nur zur Debatte steht, ob der Vater bzw. die zweite Mutter überhaupt auch eine Auszeit nimmt. In *Peukerts* Fall betrifft das die in

¹⁰⁸³ *Johansson/Klinth*, *Men and Masculinities* 2008, 60.

¹⁰⁸⁴ *Ruby/Scholz*, *Österreichische Zeitschrift für Soziologie* 2018, 78.

¹⁰⁸⁵ *MacKinnon*, *Toward a Feminist Theory* 1989, 94 (Hervorhebung MS).

¹⁰⁸⁶ *Peukert*, *Aushandlungen* 2015, 82.

¹⁰⁸⁷ *Peukert*, *Aushandlungen* 2015, 167-168; *Equally Shared Parenting*, *Hegemonic Mothering*, *Sameness Taboo*, *Maternal Gatekeeping*.

¹⁰⁸⁸ *Peukerts* Arbeit geht von der deutschen Elternzeitregelung aus, in Österreich wären es beim einkommensabhängigen sowie in der kürzesten Kontovariante bei gleichem Bezug beider Eltern ebenfalls jeweils sieben Monate.

Deutschland möglichen zwei Partner_innenmonate parallel zur Elternzeit der Mutter.¹⁰⁸⁹ In Österreich gibt es die Möglichkeit der Überlappung nur anlässlich des erstmaligen Wechsels der Bezugsperson, die Figur ist folglich nicht eins zu eins übertragbar; die geringstmögliche Väterbeteiligung entspräche hier der Inanspruchnahme der zusätzlich zustehenden zwei Monate Kinderbetreuungsgeldbezug bei Teilung. Diese Konstellation ist dennoch insofern gut mit der Figur des „Hegemonic Mothering“ vergleichbar, als die Mutter auch hier keine Zeit „abtreten“ muss, sondern die Monate des Vaters bzw zweiten Elternteils zusätzlich zustehen. Diese Typenbildung führt vor Augen, dass nicht sämtliche Optionen des Rechts automatisch Gegenstand der Aushandlung in den Familien sind.¹⁰⁹⁰ Dies tritt zu dem Umstand hinzu, dass bereits das Recht bestimmte Zeiten, wie den Mutterschutz, der Verhandlung der Paare entzieht. Der bei *Peukert* zentrale Punkt, dass nicht jede rechtlich geschaffene Option auch tatsächlich von Eltern in Betracht gezogen wird, fügt sich gut in die Auseinandersetzung um die Bedingungen autonomen Entscheidens und Handelns. Eine Verortung innerhalb der Autonomiebedingungen hilft zudem dabei, die Gedanken zu ordnen und nicht aufgrund der Bedeutung des individuellen Ausverhandlungskontextes die strukturelle Ebene zu vergessen: Wiewohl nicht jede rechtliche Möglichkeit in Anspruch genommen wird, ist ihr Bestehen doch Voraussetzung für ihre Inanspruchnahme. Die Entscheidungsräume, die das Recht den Eltern bietet, sind also sowohl durch das Recht als auch durch die Entscheidenden selbst begrenzt; das Recht bestimmt ihre theoretische Größe, die im Einzelfall tatsächlich mögliche Größe bestimmt sich aber erst im Ausverhandlungskontext des jeweiligen Paares.

8.3.1. Zum Begriff der Heteronormativität im Kontext von Familie¹⁰⁹¹

Kulturelle Leitbilder von Familie haben sich im Laufe des 20. Jahrhunderts stark verändert und die Diversität an Familienformen – Patchwork-, Regenbogen-, Einelternfamilien – stellt die „konstitutive Verbindung von biologischer Verwandtschaft, Heterosexualität und Familie“¹⁰⁹² nachhaltig in Frage.¹⁰⁹³ Und doch bestimmen heteronormative Mechanismen Familie weiterhin mit. So bleibt insbesondere trotz „flexibilisierter Geschlechternormen und eines mittlerweile auch von staatlichen Institutionen geführten Gleichberechtigungsdiskurses“¹⁰⁹⁴ die gesellschaftliche Organisation von Sorgearbeit hartnäckig an eine Geschlechterdifferenz gebunden. Frauen tragen nach wie vor die hauptsächliche Verantwortung für den Bereich der Reproduktion. Vielfach wird für unser heutiges Beziehungsleben eine „Spannung zwischen diskursivem Gleichheitsideal und gelebtem Paaralltag“ herausgestellt,¹⁰⁹⁵ wobei das Alltagshandeln von „Spuren tradierter Männlichkeit und Weiblichkeit“¹⁰⁹⁶ geprägt bleibe. Zwar gilt eine biologisch indizierte Arbeitsteilung als Begründungsmotiv für die Aufteilung von Arbeiten zwischen Eltern vielen als überholt,¹⁰⁹⁷ doch gerade im Zeitraum unmittelbar um die Geburt eines Kindes spielen

¹⁰⁸⁹ *Peukert*, Aushandlungen 2015, 286.

¹⁰⁹⁰ *Peukert*, Aushandlungen 2015, 286.

¹⁰⁹¹ Vgl auch *Sagmeister*, Zeitschrift GENDER 2019, iE.

¹⁰⁹² *Maihofer* in *Pühl/Sauer* 2018, 128.

¹⁰⁹³ Vgl auch *Popp* in *Thiessen/Villa* 2009, 91-105.

¹⁰⁹⁴ *Dolderer et al* in *Dolderer et al* 2016, 9.

¹⁰⁹⁵ *Wimbauer/Motakef* in *Kortendiek/Riegraf/Sabisch* 2019, 1106.

¹⁰⁹⁶ *Wimbauer/Motakef* in *Kortendiek/Riegraf/Sabisch* 2019, 1106.

¹⁰⁹⁷ *Maihofer* in *Pühl/Sauer* 2018, 128.

naturalisierende Diskurse weiterhin eine Rolle,¹⁰⁹⁸ wie ich am Beispiel der frühkindlichen Pflege und des Stillens zeigen werde. Eine heteronormativitätskritische Perspektive auf die rechtliche Regulierung von Elternschaft bietet in diesem Zusammenhang einen guten Rahmen, um gegenseitige Bezugnahmen von Recht und Natur sowie etwaige Kausalverkehren in den Blick zu bekommen.

Heteronormativität beschreibt die Setzung von Heterosexualität als einziges Natürliches sowie diejenigen Mechanismen, die diese „Naturalisierung, Institutionalisierung, Verkörperung und Regulierung“¹⁰⁹⁹ befördern. Dabei spielen soziale Institutionen wie die Familie eine zentrale Rolle.¹¹⁰⁰ Heteronormative Familienorganisation umfasst mehr als nur die idealisierte Besetzung einer Familie durch Vater, Mutter und Kind(er). Sie beschreibt auch die innerfamiliären Beziehungen, Hierarchien und die Verteilung der Aufgaben. Familie ist somit ein zentraler Ort für die Ausverhandlung von Geschlechterbeziehungen.¹¹⁰¹

Als geschlechtliche und sexuelle Ordnung umfasst Heteronormativität auch die mit dieser Ordnung verbundene Organisation von Gesellschaft und die Verteilung von Arbeit. Sie fungiert „als Zuweisungsmodus in der Arbeitsteilung“,¹¹⁰² der die „Menschen in die exklusive Form eines von zwei Geschlechtern [drängt] und ihnen komplementär hierarchisierte Aufgaben“¹¹⁰³ zuschreibt. Wesentlich ist diese „Vorstellung der Komplementarität zweier Geschlechter, die als in körperlicher wie psychischer und sozialer Hinsicht eindeutig voneinander unterscheidbar“¹¹⁰⁴ gelten, auch für den Bereich der innerfamiliären Aufgabenteilung: Heterosexuelle Elternschaft erscheint geradezu als Paradebeispiel für eine nicht nur binäre, sondern komplementäre Vorstellung von Geschlecht, in der unterschiedlichen Subjekten unterschiedliche Aufgaben zugeschrieben werden, für die sie *natürlich* kompetent erscheinen.

In dieser Vorstellung gibt es „essentiell männliche und weibliche“ Elternschaft, Kinder brauchen beides.¹¹⁰⁵ Damit einher geht auch die Beurteilung von gleichgeschlechtlicher Elternschaft als „kategorial anderes“ und als unzureichend.¹¹⁰⁶ Wie bereits erwähnt wird Mutterschaft jedenfalls mit Fürsorge assoziiert, während Vaterschaft (zusätzliche) Fürsorge umfasst, aber durchaus auch vornehmlich über den für den Familienerhalt notwendigen Erwerb definiert werden kann. Diese Zuordnung erlebt derzeit eine Delegitimierung, die vor allem damit einhergeht, dass sich die Erwerbstätigkeit von Frauen stark normalisiert. Aber auch die sich verändernden Anforderungen an Vaterschaft spielen eine nicht zu vernachlässigende Rolle.¹¹⁰⁷ Viele Männer haben heute den Anspruch, als Väter aktiv am Leben ihrer Kinder und auch umfassend an deren Betreuung beteiligt zu sein.¹¹⁰⁸ Die sich etablierenden Diskurse über „neue/aktive“ Vaterschaft schlagen sich allerdings bislang noch

¹⁰⁹⁸ Vgl. Peukert, Aushandlungen 2015; Rüling in Rehberg 2008.

¹⁰⁹⁹ Wagenknecht in Hartmann et al 2007, 26.

¹¹⁰⁰ Vgl. Warner, Social Text 1991, 3-17.

¹¹⁰¹ Possinger in Kortendiek/Riegraf/Sabisch 2019, 1282.

¹¹⁰² Wagenknecht in Hartmann et al 2007, 17.

¹¹⁰³ Wagenknecht in Hartmann et al 2007, 27.

¹¹⁰⁴ Woltersdorff in Kortendiek/Riegraf/Sabisch 2019, 325.

¹¹⁰⁵ Wapler in Baer/Saksofsky 2018, 212.

¹¹⁰⁶ Wapler in Baer/Saksofsky 2018, 212.

¹¹⁰⁷ Vgl. zB McDonald/Jeanes, Men, Wage Work and Family 2012.

¹¹⁰⁸ Possinger in Heilmann et al 2015, 149.

nicht wesentlich in den Erwerbsbiografien von Männern nieder.¹¹⁰⁹ Vielmehr findet in heterosexuellen Paarbeziehungen nach der Geburt des ersten Kindes regelmäßig eine „Traditionalisierung der Arbeitsteilung“¹¹¹⁰ statt. Aber auch in Familien mit gleichgeschlechtlichen Eltern zeigen empirische Studien, dass die Aufgabenteilung ab dem ersten Kind spezifiziert wird und (soweit sie Teil der Familie ist) die biologische Mutter meist den größeren Teil der Hausarbeit und Kindererziehung übernimmt. Fehlt diese Figur, übernimmt laut *Kruppa* derjenige Elternteil, der eine rechtliche Beziehung zum Kind hat, den Großteil der Fürsorge.¹¹¹¹

Bei heteronormativer Familienorganisation geht es folglich nicht nur darum, ob *die Frau* die eine und *der Mann* die andere Aufgabe übernimmt, sondern wie Aufgaben (voneinander) abgegrenzt und bewertet und welche Begründungsmuster für ihre Zuweisung herangezogen werden. Sie spielt über die generelle Frage einer Karenzteilung hinaus auch bei Dauer und Zeitpunkt der Karenzen eine wesentliche Rolle. Väter sind selten allein mit ihren Kindern, insbesondere in der Anfangszeit.¹¹¹² Mütter sind demgegenüber dank des Mutterschutzes gerade in dieser Zeit jedenfalls zuhause. Sie können folglich andere Fähigkeiten – und ein anderes Selbstbewusstsein – im Umgang mit dem Säugling entwickeln.

Bereits hier anzusetzen und Vätern und zweiten Elternteilen parallel zur Mutter eine obligatorisch erwerbsarbeitsfreie Zeit zuzustehen, wäre, wie ich bereits ausgeführt habe, eine wesentliche Verbesserung. Gerade in Zusammenschau mit der Karenz zeigt sich nämlich, dass dieser Vorsprung als Betreuerin kaum aufzuholen ist. „Männer finden mit den Babys ihren eigenen Weg und können sie genauso gut versorgen. Allerdings hängen ihre Kompetenzen stark davon ab, ob sie von Anfang an die Betreuungsarbeit beim Säugling mit übernehmen durften.“¹¹¹³ Es ist zwar durchaus auch nachvollziehbar, dass Paare ihre in den ersten Monaten mühsam erarbeitete Routine nicht aufgeben möchten. Problematisch ist allerdings, dass die Entwicklung solcher Routinen vergeschlechtlicht vorstrukturiert ist und der erworbene Betreuungsvorsprung naturalisiert wird. Der „Mythos von ihrer Natürlichkeit und Unabdingbarkeit“¹¹¹⁴ mag nicht mehr den gesamten Begriff von Familie umspannen, haftet aber weiterhin bestimmten Vorstellungen, insbesondere von Mutterschaft, an: Naturalisierungsdiskurse halten sich im Kontext von Geburt, Schwangerschaft und Stillen erstaunlich konstant, was freilich damit zusammenhängt, dass es sich eben um körperliche Vorgänge handelt. Bei der Inanspruchnahme und Aufteilung von Elternkarenzen zeigt sich allerdings, dass diese körperlichen Dimensionen von Mutterschaft kulturell aufgeladen sind und zur Legitimierung traditioneller Aufgabenverteilung herangezogen werden.

¹¹⁰⁹ Vgl. *Heddendorp/Laß* in *Gerlach* 2017.

¹¹¹⁰ *Rüling* in *Rehberg* 2008, 4772.

¹¹¹¹ *Kruppa* in *Thiessen/Villa* 2009, 144; fehlt der biologische Elternteil im Eltern-Arrangement, so tritt nach *Kruppas* Beobachtung die rechtliche Beziehung an Stelle der biologischen. Zu dem Zeitpunkt ihrer Studie war eine gemeinsame Adoption für gleichgeschlechtliche Paare rechtlich noch nicht möglich, weshalb stets nur ein Adoptivelternteil in der Beziehung vorhanden war.

¹¹¹² *Mauerer*, *Alltagshandeln und Männlichkeitsentwürfe* Onlinepublikation 2016, 2.

¹¹¹³ *Tragler*, *Die Angst der Väter vor der Karenz* (Interview mit *Arno Hraschan*) *derstandard.at* v 27.9.2018, <https://derstandard.at/2000088119796/Die-Angst-der-Vaeter-vor-der-Karenz> (20.6.2019).

¹¹¹⁴ *Maihofer* in *Pühl/Sauer* 2018, 114.

8.3.2. Mutterschaft: Körperlichkeit und Traditionalisierung

Boyd und *Young* gehen bereits bei der Frage der verfügbaren Optionen, der Unterschiedlichkeit von Handlungsmöglichkeiten für Männer und Frauen, auf die Körperlichkeit von Mutterschaft ein. *Young* beginnt ihre Auseinandersetzung mit dem schwangeren Körper – der für sie zwischen Subjektivität und Entfremdung changiert – mit der Erinnerung daran, dass Frauen in der Genese gesellschaftlich bestimmender Diskurse unterrepräsentiert waren (und teilweise noch sind) und dass es allein deswegen nicht zu überraschen braucht, dass Diskurse über Schwangerschaft selten die Subjektivität der Schwangeren ins Zentrum rücken.¹¹¹⁵ Vielmehr waren und sind Schwangerschaft und Mutterschaft zentrale Anknüpfungspunkte für rechtliche Regulierungen weiblicher Körper.¹¹¹⁶

„Maternalization“ ist nach *Mary Joe Frug* einer der zentralen Zuschreibungsprozesse, die hartnäckig Bedeutung in den weiblichen Körper einschreiben und ihn auf einen „body that is ‚for‘ maternity“ reduzieren.¹¹¹⁷ Sie stellt im *Postmodern Feminist Legal Manifesto* heraus, welche Rolle dem Recht „in the production of sex differences that seem ‚natural‘“¹¹¹⁸ zukommt, und nennt dabei unter anderem auch solche Regelungen, die Betreuungsaufgaben Müttern vorrangig vor Vätern einräumen.¹¹¹⁹ So wesentlich in Kontext der vorliegenden Arbeit diese Erkenntnisse zur Anteilnahme des Rechts an der Konstruktion scheinbar natürlicher Umstände ist, soll nicht übergangen werden, dass sich eine Frau von der eigenen Schwangerschaft nicht auf dieselbe Art und Weise abwenden kann wie Dritte, da sie ganz einfach körperlich involviert ist. Es steht ihr zwar frei – innerhalb oder außerhalb rechtlicher Grenzen –, die Schwangerschaft abubrechen oder ihr Kind zur Adoption freizugeben, doch sind solche endgültigen Entscheidungen nicht mit der Möglichkeit gleichzusetzen – vielleicht auch nur für eine Weile –, den Koffer zu packen und die Schwangerschaft (die eben immer auch die Schwangere ist) hinter sich zu lassen.

Boyd deutet eine darüberhinausgehende Beschränkung der Handlungsfreiheit durch die Körperlichkeit von Mutterschaft an: „Women’s ‚pregnant embodiment‘ – their more continuous physical experience in relation to children as a result of pregnancy, breastfeeding, and care responsibility – prevents them from being able to opt in and out of involvement with children as men can choose to do.“¹¹²⁰ Die grundsätzliche Frage nach der Verwobenheit körperlicher, emotionaler und kognitiver Erfahrung, die freilich für die personale Autonomie bedeutsam ist, bin ich nicht in der Lage zu beantworten. Ich möchte allerdings bemerken, dass das, was *Boyd* hier unter „pregnant embodiment“ fasst, nur teilweise körperlich determiniert ist. Sobald das Kind auf der Welt ist, kann auch ein zweiter Elternteil eine intensive, liebevolle und körperliche Beziehung zu ihm aufbauen. Damit komme ich zurück zum Recht, dessen Aufgabe es sein muss, dies zu ermöglichen. Es ist insofern wesentlich, dass auch der zweite Elternteil oder Vater direkt nach der Geburt Zeit mit dem Kind verbringen kann und

¹¹¹⁵ *Young*, On Female Body Experience 2005, 46.

¹¹¹⁶ Vgl. *Elsuni* in *Buckel/Christensen/Fischer-Lescano* 2006, 175.

¹¹¹⁷ *Frug*, Harvard Law Review 1992, 1045-1050.

¹¹¹⁸ *Frug*, Harvard Law Review 1992, 1045.

¹¹¹⁹ *Frug*, Harvard Law Review 1992, 1059-1062.

¹¹²⁰ *Boyd* in *Davis/Munro* 2013, 16 mVa auf *Iris Marion Youngs* Begriff „pregnant embodiment“ in *Young*, On Female Body Experience 2005.

rechtlich darf. Die unterschiedlichen Vorstellungen von Mutterschaft und Vaterschaft, die so unterschiedlich stark mit körperlicher Bindung assoziiert sind, beeinflussen indes auch die Aufteilung der Karenzen. Ein zentraler Bezugspunkt ist dabei, gerade auch bei den Verhandlungen unter den Eltern selbst, das Stillen.

8.3.2.1. Das Stillen

Indem „der Mutter – etwa durch ihre Fähigkeit zum Stillen – eine ‚natürliche‘ Kompetenz und Verantwortung für die Kinderbetreuung zugeschrieben wird“, kommt es nach *Rüling* im Zeitraum um die Geburt des ersten Kindes in vielen Beziehungen zu einer Traditionalisierung.¹¹²¹ Die Auseinandersetzung um das Stillen und die damit verbundenen Kompetenzen lassen sich als „vergeschlechtlichte Subjektivierungsweisen“ beschreiben, mit denen „spezifische Gefühls-, Denk- und Handlungsweisen“ einhergehen.¹¹²² Das Stillen wird als ausschlaggebendes Argument für eine Aufteilung der Karenzzeiten herangezogen, bei der die Anwesenheit der Mutter in den ersten Lebensmonaten als notwendig, die des Vaters hingegen als entbehrlich erachtet wird. Sowohl *Rüling* als auch *Peukert* zeigten in ihren Studien auf, dass sich in Verbindung mit dem Stillen innerhalb von Paarbeziehungen Erzählungen etablieren, denen zufolge sich das Kind schlicht wünscht, von der Mutter getröstet zu werden, während der Vater dazu nicht taugt.¹¹²³ „Aus der ursprünglichen Verantwortung für das Stillen“¹¹²⁴ resultiert, dass die Mutter in den ersten Monaten – oft allein – die nötigen Kompetenzen zur Kleinkindbetreuung und auch eine intensive Beziehung zum Kind aufbaut. Damit einher geht eine gewisse „Ausgrenzung des Vaters aus der Mutter-Kind-Dyade“.¹¹²⁵ Väter fühlen sich in der Folge weniger mit dem Kind verbunden und für bestimmte Aufgaben weniger geeignet.

Das Stillen bzw die Ernährung mit Muttermilch muss aber nicht gezwungenermaßen diese Wirkung auf die Zuweisung von Kompetenzen haben. In den Studien von *Rüling* und *Peukert* finden sich auch Paare, die das Stillen schlicht als Ernährungsaufgabe betrachten, die mittels Abpumpen auch delegiert werden kann.¹¹²⁶ *Rüling* betont in diesem Kontext, dass es mit der Möglichkeit, das Stillen bzw die Ernährung mit Muttermilch an eine andere Betreuungsperson abzugeben, einhergeht, dass die Mutter nicht überhöht, sondern, „als grundsätzlich ersetzbar“ angesehen wird.¹¹²⁷

Soweit biologische Vorgänge zur Legitimierung vergeschlechtlichter Arbeitsteilung herangezogen werden, erfolgt dies stets mittels sozialer Interpretation. Die vergleichsweise geringen biologischen Merkmale, durch die Menschen als Männer oder Frauen kategorisiert werden, bedürfen eines mächtigen sozialen Gerüsts, um Geschlecht zu dem wesentlichen Strukturierungsmerkmal einer Gesellschaft zu machen, das es ist.¹¹²⁸ Die Fähigkeit zu stillen ist ein zentrales Beispiel dafür, wie „zeitlich-begrenzte, biologisch begründete ‚Zwänge‘“¹¹²⁹

¹¹²¹ *Rüling* in *Rehberg* 2008, 4779.

¹¹²² *Maihofer* in *Pühl/Sauer* 2018, 117.

¹¹²³ *Rüling* in *Rehberg* 2008, 4782; *Peukert*, *Aushandlungen* 2015, 185-186.

¹¹²⁴ *Rüling* in *Rehberg* 2008, 4779-4780.

¹¹²⁵ *Behnke/Lengersdorf/Meuser* in *Kortendiek/Riegraf/Sabisch* 2019, 1131-1139.

¹¹²⁶ *Rüling* in *Rehberg* 2008, 4783; *Peukert*, *Aushandlungen* 2015, 275.

¹¹²⁷ *Rüling* in *Rehberg* 2008, 4783.

¹¹²⁸ *Goffman*, *Theory and Society* 1977, 302.

¹¹²⁹ *Peukert*, *Aushandlungen* 2015, 82-83.

als Begründung für die weit darüber hinausgehende geschlechterdifferenzierende Verteilung von Arbeit herangezogen werden. Ganz so wie es *Judith Butlers* „heterosexuelle Matrix“ beschreibt; ein Raster, in dem das anatomische Geschlecht mit dem soziokulturellen Geschlecht sowie heterosexuellem Begehren korrespondiert.¹¹³⁰ Die Verkettung und die Kausalsetzung von Biologie und sozialer Rolle scheinen in der Korrelation von Stillfähigkeit und Erwartungen an die Mutterrolle ideal exemplifiziert.

Grundsätzlich kann die Mutter das Kind stillen und der Vater nicht.¹¹³¹ Allerdings muss, abgesehen davon, dass nicht alle Mütter stillen können oder wollen und die Möglichkeit des Abpumpens besteht, aus der Stillfähigkeit nicht gezwungenermaßen eine traditionelle Aufgabenteilung erwachsen. Stillen bedeuten nicht automatisch, dass die Mutter in dieser Zeit zuhause bleiben muss. Gesellschaftliche Diskurse, die die weibliche Brust hypersexualisieren und das Stillen im öffentlichen Raum mit Scham belasten, erschweren es Frauen freilich, als stillende Mütter am öffentlichen Leben teilzuhaben. 1990, im selben Jahr, in dem die Väterkarenz eingeführt wurde, kam es in Österreich zu einem Skandal mittlerer Größe, als die Nationalratsabgeordnete *Christine Heindl* während des Plenums ihr Kind stillte.¹¹³² Auch als Neuseelands Premierministerin *Jacinda Arden* 2018 in der UN-Generalversammlung ihr Kind stillte, machte dies in aller Welt Schlagzeilen, wenn auch mit positiverem Grundtenor.¹¹³³

Es wurde bereits im dogmatischen Teil in Kapitel 4 darauf eingegangen, dass im österreichischen Arbeitsrecht gewährleistet ist, dass es einer Mutter auch am Arbeitsplatz ermöglicht werden muss, ihr Kind zu stillen. Gemäß § 9 MSchG ist täglich die zum Stillen erforderliche Zeit freizugeben, wenn erforderlich ist auch die Einrichtung von Stillräumen vorgesehen. Diese Regelungen kommen allerdings selten zur Anwendung.

Die meisten Frauen nehmen direkt anschließend an das Beschäftigungsverbot des MSchG ihren Karenzanspruch wahr und sind daher in der Lebensphase des Kindes, in dem es gestillt wird, typischerweise nicht erwerbstätig.¹¹³⁴ Rechtlich ist es aber ebenso gut möglich, dass direkt im Anschluss an den Mutterschutz der Vater bzw zweite Elternteil in Karenz geht.

In einem solchen Fall wäre es denkbar, dass das Kind in Abwesenheit der Mutter mit abgepumpter Muttermilch oder einer Alternative dazu ernährt wird, ebenso wie, dass es an ihren Arbeitsplatz gebracht wird, um gestillt zu werden. Solche Arrangements müssen aber nicht nur gewollt, sondern auch organisiert werden. Wiewohl Praktikabilitätsüberlegungen hier eine Rolle spielen, zeigt die geringe Inanspruchnahme der Stillzeitenregelungen des MSchG und der Väterfrühkarenzen auch, dass heteronormative Vorstellungen – insbesondere in Bezug auf das Stillen – rechtlich geschaffene Möglichkeitsräume begrenzen.

Am Beispiel der Stillzeitenregelung wird zudem erneut ersichtlich, dass der stillenden Mutter ausgehend von einer körperlichen Differenz ein Recht eingeräumt wird, das anderen

¹¹³⁰ *Butler*, Das Unbehagen der Geschlechter 1991, 68.

¹¹³¹ Auch hier ist wieder an die Ausnahme zu denken, dass ein personenstandsrechtlicher (Trans*)Mann sehr wohl über die Fähigkeit zu stillen verfügen kann. Zudem wurde bereits erwähnt, dass auch für Männer Fälle induzierter Laktation bekannt sind, vgl *Diamond*, Father's Milk. discovermagazine.com v 1.2.1995.

¹¹³² NN, „Dass er dann Hunger kriegt, war nicht geplant“ (Interview mit *Christine* und *Michael Heindl*), der Standard.at v 3.12.2010, <https://bit.ly/2QrWaj3> (25.5.2019).

¹¹³³ *O'Grady*, New Zealand's prime minister faces criticism for adjusting her official schedule to breast-feed, Washington Post v 4.9.2018, <https://wapo.st/2MatGMc> (20.5.2019).

¹¹³⁴ Vgl zu den Stillzeiten in Kapitel 4; *Ercher/Sterch* 2006, 217.

Elternteilen fehlt. Wenn kein Elternteil in Karenz geht, sondern beide direkt im Anschluss an die Mutterschutzfrist erwerbstätig sind, hätten Väter und zweite Elternteile ein ebenso legitimes Interesse an kurzfristigen Unterbrechungsmöglichkeiten der Erwerbsarbeit zur Pflege und Ernährung ihres Kindes. Andere Rechtsordnungen kennen einen solchen Anspruch bereits, wie weiter oben anhand des Falles *Roca Álvarez* besprochen wurde.¹¹³⁵

8.3.3. Bewertung von Arbeit und Präferenzbildung

Bei der Karenzteilung stehen immer zwei Fragen zur Debatte, nämlich wer in welchem Umfang erwerbstätig sein und wer zuhause bleiben und das Kind betreuen darf oder muss.¹¹³⁶ Wie Betreuungs- und Erwerbsarbeit bewertet werden, ist wesentlich dafür, wer für welches Arrangement argumentiert. Dabei spielen sowohl die individuelle Präferenz als auch das gesellschaftliche Ansehen nicht nur von Betreuungsarbeit, sondern auch von der zur Debatte stehenden Erwerbstätigkeit eine Rolle. Es macht einen Unterschied, ob die zu unterbrechende Erwerbstätigkeit als Selbstverwirklichung oder als notwendiges Übel empfunden wird. Eine bezahlte Auszeit von der Erwerbstätigkeit kann aber selbstverständlich auch für Eltern, die ihren Beruf lieben, erstrebenswert sein.

Dass hier Geschlechterstereotype die persönliche Gewichtung beeinflussen können, ist nicht von der Hand zu weisen. Erwerbstätigkeit und Erfolg sind in unserer Gesellschaft ganz maßgebliche Komponenten hegemonialer Männlichkeit.¹¹³⁷ Fürsorge ist hingegen stark mit Weiblichkeit konnotiert.¹¹³⁸ Zudem wirkt sich die Geringschätzung von (unbezahlter wie auch bezahlter) Kinderbetreuungsarbeit negativ auf die Bereitschaft von Männern aus, diese zu übernehmen.¹¹³⁹ *Haug* geht bei der Begründung ihrer Vier-in-einem-Perspektive auch auf die Geringschätzung von Sorgearbeit innerhalb einer kapitalistisch organisierten Arbeitswelt ein: „Der Bereich, in dem Leben erzeugt, gepflegt und erhalten wird, rückt dagegen [gegenüber der entlohten Erwerbsarbeit] an den Rand. Er wird Frauen übergeben, die damit als Trägerinnen der Lebensfürsorge selbst marginalisiert werden. Diese hierarchische Anordnung bildet die Grundlage für die gesellschaftliche Unterdrückung der Frauen, die sämtliche Sphären der Gesellschaft prägt: Kultur und Sprache, Ideologie und Sozialtheorie, Moral und Recht und die entsprechenden Institutionen.“¹¹⁴⁰

Damit hängt meines Erachtens auch zusammen, dass Aussagen und Selbsteinschätzungen von Paaren nicht immer mit deren gelebter Praxis übereinstimmen. Eine Studie von *Williams*, basierend auf gewerkschaftsunterstützten arbeitsrechtlichen Verfahren, hat beispielsweise gezeigt, dass sich Arbeiter häufig an der Betreuungsarbeit beteiligen, aber wenig darüber sprechen und dies auch nicht in ihr Selbstbild oder ihre Vorstellung von Männlichkeit integrieren.¹¹⁴¹ In den erhobenen Verfahren weigerten sich erwerbstätige Väter sogar anzugeben, warum sie keine Überstunden leisten können. Sie würden nicht zugeben wollen, dass sie ihre Familien nicht allein mit ihrem Lohn erhalten können, und sie daher Erwerbs-

¹¹³⁵ EuGH 30.9.2010, C-104/09, *Roca Álvarez*, ECLI:EU:C:2010:561.

¹¹³⁶ *Peukert*, Aushandlungen 2015, 287.

¹¹³⁷ Vgl. *McGinley*, Oregon Law Review 2004, 359-434.

¹¹³⁸ Vgl. *Holzleithner* in *Kaufmann/Renzikowski* 2012, 63-77.

¹¹³⁹ *Fraser* in *Nagl-Docekal/Pauer-Studer* 1995, 490.

¹¹⁴⁰ *Haug*, Das Argument 2011, 241.

¹¹⁴¹ Vgl. *Williams*, Reshaping the Work-Family Debate 2010, insbesondere Kapitel 2 „One Sick Child Away from Being Fired“.

wie auch Betreuungsarbeiten mit ihrer Frau teilen. Dadurch, so stellt *McGinley* in einer Besprechung von *Williams* heraus, werden diese Väter, ihre Care-Arbeit sowie die Nachteile, die sie in diesem Kontext erleiden, unsichtbar.¹¹⁴²

Auch bei *Heddendorp* und *Laß*, die anhand der Daten aus zwei Studien des deutschen Forschungszentrums *Familienbewusste Personalpolitik* eine Vätertypologie als Messinstrument für aktive Vaterschaft entwerfen, berichten von solchen Vätern.¹¹⁴³ Sie bezeichnen sie in ihrer Typenbildung als „Pragmatiker“, die Arbeiten nicht aus Überzeugung übernehmen, sondern weil sie getan werden müssen.¹¹⁴⁴ Bedauerlicherweise nehmen sich die Autor_innen in der Besprechung der Daten dieser Gruppe nicht näher an, sondern bearbeiten vornehmlich die Frage, was Männer mit egalitären Idealen daran hindert, ihre Einstellung umzusetzen.¹¹⁴⁵ Hier zeigt sich eine gewissen Überbetonung der Einstellungs- gegenüber der praktischen Ebene, was gerade hinsichtlich des Themas *aktiver* Vaterschaft überrascht, bei der es doch nicht zuletzt um die Aufteilung der realen Arbeitszeit unter Eltern geht. Bei näherer Betrachtung der zugrunde gelegten Daten zeigt sich zudem, dass unter den „egalitär eingestellten“ Vätern solche mit hohem Bildungsabschluss überrepräsentiert sind. Es könnte unterstellt werden, dass diese wissen, welche Einstellung zur Aufteilung von Familienarbeit aktuell – in ihrem Milieu – als „richtig“ gilt. Sie trotz nur halb so vieler Stunden geleisteter Familienarbeit eher als *aktive* Väter in Betracht zu ziehen als die „Pragmatiker“, deren Gruppe den größten Anteil an Männern mit geringem Bildungsabschluss aufweist, erscheint geradezu klassistisch.¹¹⁴⁶ Arbeiterväter, die unabhängig von ihrer abgefragten Einstellung mitanpacken, werden somit gegenüber gebildeten Vätern, die zwar Gleichberechtigung als Ideal befürworten, aber nicht danach handeln, abgewertet. Zudem gerät ins Hintertreffen, was mit *Peukert* als „handlungspraktische Veränderungen“ bezeichnet werden könnte.¹¹⁴⁷

8.3.4. Rationale Entscheidung und ökonomischer Zwang

Daran anschließend müssen auch ökonomische Überlegungen der Paare als Teil ihrer Ausverhandlungsprozesse verstanden werden. Am Beispiel des Geldes zeigt *Peukert*, dass es nicht ausreicht, objektiv auf die finanzielle Situation eines Paares zu blicken, sondern es immer auch einer Interpretation dieser Lage durch die Akteur_innen bedarf. Sie entscheiden, welche Faktoren wie relevant gesetzt, welche hingegen nicht Teil ihrer Abwägungen werden. Die Paare aus *Peukerts* Studie entstammen alle einem mittelständischen Milieu, in dem Ende des Monats nicht auf das Geld geschaut werden muss. Entsprechend überrascht es nicht übermäßig, dass sich in ihren Interviews keine Anhaltspunkte dafür fanden, dass die ökonomische Situation ausschlaggebend für die Aufteilung gewesen wäre,¹¹⁴⁸ da sich für die Befragten keine existenziellen Fragen daran knüpften. Beachtlich ist aber, dass die befragten Paare trotz ähnlicher finanzieller Situation ihre (potentiellen) Einkommen(sverluste)

¹¹⁴² *McGinley*, Seattle University Law Review 2011, 715.

¹¹⁴³ *Heddendorp/Laß* in *Gerlach* 2017, 77, mwN.

¹¹⁴⁴ *Heddendorp/Laß* in *Gerlach* 2017, 79; sie bilden vier Vätertypen: Traditionelle (traditionelle Einstellung, geringe Beteiligung), Pragmatiker (traditionelle Einstellung, hohe Beteiligung), Aufgeschlossene (egalitäre Einstellung, geringe Beteiligung) und Überzeugte (hohe Beteiligung, egalitäre Einstellung).

¹¹⁴⁵ *Heddendorp/Laß* in *Gerlach* 2017, 81.

¹¹⁴⁶ Ich danke *Paola Lopez* für ihre genaue und kritische Analyse der Daten im Rahmen meiner Lehrveranstaltung „Caring Subjects“ im Wintersemester 2018/19 an der Universität Wien.

¹¹⁴⁷ *Rüling* in *Rehberg* 2008, 4785.

¹¹⁴⁸ *Peukert*, Aushandlungen 2015, 284.

unterschiedlich beurteilten und in der Folge auch unterschiedliche Elternzeitarrangements als „ökonomisch sinnvoll bzw. notwendig“ erachteten.¹¹⁴⁹

So kann ein höheres Einkommen sowohl als Begründung dafür dienen, die entsprechende Erwerbstätigkeit nicht zu unterbrechen, um so das Familieneinkommen zu maximieren, als auch im Gegenteil gerade dafür, dieses Einkommen zur Grundlage der Berechnung des einkommensabhängigen Kindergeldes zu machen. Hier muss allerdings für Österreich darauf hingewiesen werden, dass sich diese zweite Logik durch die Begrenzung des einkommensabhängigen Kinderbetreuungsgeldes auf 66 € am Tag (ca 1.980 € im Monat) nicht vollständig entfalten kann. Auch in Gesprächen, die ich im Rahmen der Dissertation und Lehre mit Müttern geführt habe, zeigten sich sehr unterschiedliche Vorstellungen davon, welche Lösungen ökonomisch rational sind. Während der Grundtenor lautet, auf das höhere Einkommen des Vaters kann nicht verzichtet werden, weswegen der Kinderbetreuungsgeldbezug der Mutter geboten sei, erklärte mir eine Mutter, dass sie und ihr Partner bewusst einen kurzfristigen Einkommensverlust durch seinen Kinderbetreuungsgeldbezug in Kauf nahmen, damit die Mutter in dieser Zeit erwerbstätig bleiben und sich dadurch beide Einkommen mit der (längeren Dienst-)Zeit aneinander anpassen konnten.

Wie unterschiedlich die ökonomische Situation begründend mobilisiert werden kann, zeigt sich auch darin, dass sich ein höherer Bildungsabschluss und ein höheres Einkommen bei Männern eher positiv auf die Entscheidung für die Familiengründung auswirken, bei Frauen ein hohes Einkommen eher negative Auswirkungen auf diese Entscheidung hat.¹¹⁵⁰ Dies hängt damit zusammen, dass Mutterschaft Erwerbstätigkeit oft ablöst oder reduziert, während Vaterschaft und Erwerbsarbeit unverändert nebeneinander weiterbestehen.¹¹⁵¹

Häufig sehen Paare die Kosten im Kontext der Kinderbetreuung als in die Sphäre der Mutter gehörig. Kinderbetreuungskosten werden eher mit dem Einkommen der Mutter gegengerechnet; man fragt sich, ob ihre Berufstätigkeit sich trotz hoher Betreuungskosten *rentiert*, auf die Berufstätigkeit des Vaters wird eine solche Frage selten bezogen. Ausgaben für Kinderbetreuungsangebote etwa „werten die Eltern meist als Einkommensminderung der Mutter, und somit entsteht der Eindruck, ihr Wiedereinstieg ‚lohne‘ sich nicht oder nur in geringerem Umfang“.¹¹⁵²

Auffallend ist jedenfalls, dass ökonomischer Zwang nicht als solcher kritisiert und die Entscheidung dadurch als unfrei empfunden wird, sondern vielmehr eine Entscheidung in Einklang mit den ökonomischen Zwängen als rational und damit als gute Entscheidung angesehen wird.

8.3.5. Innerfamiliäre Machtbeziehungen

Vor diesen Hintergrund ist letztlich auch die Verteilung von Entscheidungsmacht innerhalb von Beziehungen zu beachten. *Williams* beschreibt, wie ökonomische Unabhängigkeit mit Macht innerhalb des Haushalts und innerhalb der Beziehung korreliert. Die übermäßige Belastung mit Care-Work und die Verdrängung aus der Erwerbsarbeit gehen mit einer

¹¹⁴⁹ *Peukert*, Aushandlungen 2015, 283.

¹¹⁵⁰ *Sander*, Das akademische Prekariat 2017, 82-83.

¹¹⁵¹ *Sander*, Das akademische Prekariat 2017, 82-83.

¹¹⁵² *Rüling in Rehberg* 2008, 4780.

zusätzlichen Entmachtung von Frauen innerhalb der Paarbeziehung einher: „[M]arginalized mothers are disempowered within the heterosexual household.“¹¹⁵³ Entscheidungen, gerade solche die mit Geld zusammenhängen, würden oft stärker von der Person beeinflusst, die über das höhere Einkommen verfügt.¹¹⁵⁴ Wiederum besteht ein Zusammenhang mit unbezahlter Arbeit; eine „ökonomische These lautet: Menschen, die weniger Einkommen in den Haushalt einbringen, haben eine schlechtere Verhandlungsbasis und machen deswegen mehr unbezahlte Arbeit“.¹¹⁵⁵ *Gillespie* argumentierte in den 1970ern ähnlich, wobei ihres Erachtens weniger die Ressourcen einzelner Frauen und Männer als deren Stellung als Gruppen ausschlaggebend sei: „Data points to the conclusion that the differences in marital power are not due to individual resources or personal competence of the partners, but to the discrimination against women in the larger society. Husbands gain power in marriage as a class, not as individuals, and women are blocked as a class, not as individuals.“¹¹⁵⁶

So konstatieren auch *Wimbauer* und *Motakef*, dass in Paarbeziehungen nicht nur „wesentlich Ungleichheiten zwischen den Partner_innen konstituiert werden. Handelt es sich um heterosexuelle Paare, werden im Paar zugleich Ungleichheiten zwischen den Geschlechtern hergestellt.“¹¹⁵⁷ Geschlecht und Heteronormativität sind nicht schlicht ordnende, sondern hierarchisierende Strukturen, deren Wirkmächtigkeit sich gerade auch im intimen Raum der Paarbeziehung entfaltet. *Wimbauer* und *Motakef* bezeichnen Paare als „Schaltstelle für die (Re-)Produktion von Geschlechterungleichheiten“, da sich hier „Machtrelationen und Ungleichheitsverhältnisse auf der Mikroebene“ zeigen.¹¹⁵⁸ Sie führen weiter aus, dass vor diesem Hintergrund auch ein eigenes ausreichendes Einkommen der Frau nicht unbedingt zu einem Machtgleichgewicht führt.¹¹⁵⁹ Selbst „wenn der Mann kein Ernährer mehr ist“ und Frauen mindestens 60 % des Haushaltseinkommens erwirtschaften, so die Ergebnisse einer Studie von *Speck* und *Koppetsch*, ist kaum Machtzuwachs bei den Frauen zu verzeichnen.¹¹⁶⁰ Erneut erscheint die Übernahme von Sorgearbeit für Männer als vernachlässigter Faktor und möglicher ergänzender Anknüpfungspunkt. Neben das Einkommen der Partner_innen treten hier wiederum soziologische und psychologische Muster „wie die Rollenüberkompensation: Wenn ich die zugeschriebene weibliche Rolle nicht erfülle, mache ich auch viel unbezahlte Arbeit. Oder: Wenn der Mann seine ihm zugeschriebene Rolle nicht erfüllt, weil er weniger verdient, dann macht er auch weniger unbezahlte Arbeit, um hier seine männliche Rolle zu erfüllen.“¹¹⁶¹ Auch hier zeigt sich die Notwendigkeit, rechtlich stärker zu intervenieren und

¹¹⁵³ *Williams*, NYU Law Review 1991, 1603.

¹¹⁵⁴ *Williams*, NYU Law Review 1991, 1603; *Polatnik*, Berkeley Journal of Sociology 1973-74, 24-25.

¹¹⁵⁵ *Adenberger*, Ökonomin: „Auf Verhandlungsmacht im Haushalt kommt es an“ (*Katharina Mader* im Interview), derstandard.at v 9.3.2019, <https://mobil.derstandard.at/2000099187572/Oekonomin-Auf-Verhandlungsmacht-im-Haushalt-kommt-es-an?fbclid=IwAR3CHAtkvPKobt6tdO16POliVAorIkL9Riq-c3RvrK3MLXNl0uBKLDJbk> (20.6.2019).

¹¹⁵⁶ *Gillespie*, Journal of Marriage and Family 1971, 445.

¹¹⁵⁷ *Wimbauer/Motakef* in *Kortendiek/Riegraf/Sabisch* 2019, 1104.

¹¹⁵⁸ *Wimbauer/Motakef* in *Kortendiek/Riegraf/Sabisch* 2019, 1108.

¹¹⁵⁹ *Wimbauer/Motakef* in *Kortendiek/Riegraf/Sabisch* 2019, 1107.

¹¹⁶⁰ Vgl. *Koppetsch/Speck*, Wenn der Mann kein Ernährer mehr ist 2015.

¹¹⁶¹ *Adenberger*, Ökonomin: „Auf Verhandlungsmacht im Haushalt kommt es an“ (*Katharina Mader* im Interview), derstandard.at v 9.3.2019, <https://mobil.derstandard.at/2000099187572/Oekonomin-Auf-Verhandlungsmacht-im-Haushalt-kommt-es-an?fbclid=IwAR3CHAtkvPKobt6tdO16POliVAorIkL9Riq-c3RvrK3MLXNl0uBKLDJbk> (20.6.2019).

eine gerechtere Verteilung von Arbeit nicht als Privatsache der Entscheidung der Paare zu überlassen.

8.4. Zwei Ansätze zur Väterbeteiligung: Anreizsystem oder Quote?

Wie kann das Recht nun eine höhere Beteiligung von Männern an der Elternkarenz fördern? Hier sind meines Erachtens zwei Ansätze zu unterscheiden. Zum einen können Maßnahmen gesetzt werden, die Väter ermutigen sollen, ihr bestehendes Recht auf Karenz häufiger, bestenfalls ebenso häufig wie Mütter, in Anspruch zu nehmen. Dieser Ansatz versucht, Einfluss auf die Entscheidung von Männern bzw von Paaren zu nehmen, überlässt aber die Aufteilung schlussendlich ihrer Verfügung. Ein anderer Ansatz ist es, den Entscheidungsraum von vornherein zu beschränken und die Aufteilung stärker vorzugeben, etwa durch eine Quotierung der zustehenden Zeit. Für Letzteres möchte ich vor dem Hintergrund der dargestellten Probleme mit der freiwilligen Inanspruchnahme von Elternrechten argumentieren.

8.4.1. Anreizsysteme

Dem ersten Ansatz sind meines Erachtens Interventionen auf der Diskursebene zuzuordnen, die Vaterschaft öffentlich thematisieren, Männer explizit als Elternteile ansprechen und sie auffordern, in Karenz zu gehen. Ein Beispiel hierfür sind Imagekampagnen, wie „Echte Männer gehen in Karenz“.¹¹⁶² Doch auch die konkrete Ausgestaltung der Karenzregelungen, etwa deren Flexibilität und Finanzierung, spielen empirisch eine große Rolle für die Väterbeteiligung.¹¹⁶³ Auch in den Erwägungen zur Elternurlaubs-RL heißt es, dass „die Höhe der Vergütung während des Elternurlaubs einer der Faktoren ist, der die Inanspruchnahme von Elternurlaub, *vor allem durch Väter*, beeinflusst“.¹¹⁶⁴

Nun ist die Finanzierbarkeit der Karenz wesentliche Voraussetzung für ihre Inanspruchnahme durch beide Elternteile, auch würden Frauen von flexiblen Inanspruchnahmemöglichkeiten ebenso profitieren wie Männer. Die Frage drängt sich auf, warum an die Gestaltung von Elternrechten für Väter ein anderer Maßstab angelegt werden sollte als für Mütter. Diese Aspekte sind meines Erachtens der ersten Autonomiebedingung, namentlich der Frage der Adäquanz, zuzuordnen. Ist aus der höheren Inanspruchnahme von Frauen zu schließen, dass die bislang bestehenden Karenzregelungen zwar ihnen adäquat erscheinen, nicht aber Männern?

Die gesellschaftliche Marginalisierung von Frauen führt dazu, dass sie sich eher mit den mit Elternschaft verknüpften Karriereeinbußen arrangieren, während Männer diese als unzumutbar ablehnen. Die ungleiche Verteilung von Einkommen und Vermögen zwischen Männern und Frauen gibt der daraus folgenden vergeschlechtlichten Arbeitsverteilung den Anschein ökonomischer Rationalität. Traditionelle Aufteilungen werden durch diese ungleichen Geschlechterverhältnisse gefördert, erscheinen aber zugleich als freiwillige

¹¹⁶² APA, Heinisch-Hosek: Echte Männer gehen in Karenz, OTS v 11.11.2010 www.ots.at/presseaussendung/OTS_20101111_OTS0222/heinisch-hosek-echte-maenner-gehen-in-karenz (24.4.2018).

¹¹⁶³ Schein in Gerlach 2017; ihr Vergleich umfasst Dänemark, Deutschland, Island, Norwegen, Schweden und Portugal.

¹¹⁶⁴ Elternurlaubs-RL 2010/18/EU, Erwägungen, 20 (Hervorhebung MS).

Entscheidung der einzelnen Familien.¹¹⁶⁵ Zwar ist es begrüßenswert, wenn Anreize für Väter zu Verbesserungen bei der Gestaltung der Karenz führen, doch gerät dabei ins Hintertreffen, dass eine Teilung der Verantwortung für die Sorgearbeit weiterhin vom Gutdünken des Mannes abhängt. Die mangelnde Inanspruchnahme von Männern wird somit als Problem in der Einstellung einzelner Männer missverstanden anstatt als Resultat und Teil von Machtverhältnissen:¹¹⁶⁶ „Based on such logic, the problem is located in men’s brains, and the role of the state thus becomes to set men straight, to inform them of the social, psychological, and labor-market-related gains they can make through active fatherhood.“¹¹⁶⁷

Dabei werden vornehmlich die lohnenden Aspekte von Kinderbetreuungsarbeit in den Vordergrund gestellt. Väterkarenz wird als Geschenk gerahmt:¹¹⁶⁸ *Johansson und Klinth* beziehen diese Formulierung darauf, dass die Zeit mit dem Kind dem Vater wie ein Geschenk präsentiert werde, meines Erachtens lässt sie sich darüber hinaus so verstehen, dass die Beteiligung an der Betreuung als Geschenk des Vaters an die Mutter (und Kinder) erscheint, nicht als seine Aufgabe.

Der Fokus auf Anreizsysteme für Männer verdeckt, dass Männer als soziale Gruppe von den derzeit herrschenden Geschlechterverhältnissen profitieren, das heißt auch von der unbezahlten Kinderbetreuungsarbeit durch Frauen: „Fathers would not be so productive in the market if the non-wage-earning or part-time working mothers of their children did not relieve them of so much of their responsibility to engage in direct caretaking.“¹¹⁶⁹ Dieser Ansatz unterschlägt folglich auch, dass es in der Debatte um eine gleichere Aufteilung von Kinderbetreuungsaufgaben maßgeblich um die Entlastung und Stärkung von Frauen geht. Damit werden auch die Konsequenzen der Nichtbeteiligung ausgeblendet: „namely diminished chances for women to have influence in society, to have a career, and to achieve wage equality“.¹¹⁷⁰

8.4.2. Väterquote/Elternquote: Norwegen und Island

Daher sind solche Ansätze vorzuziehen, die Entscheidungen über die Aufteilung der Karenz stärker vorgeben. Dies kann etwa durch eine Quotierung der Karenzzeit geschehen, die jedem Elternteil einen individuellen, unübertragbaren Anspruch auf einen Teil der Karenz zuspricht und diese so zu einem gewissen Grad deren Verfügung entzieht. Dadurch wird insbesondere nicht gefördert, dass die gesamte Zeit durch einen Elternteil beansprucht wird, nimmt der andere Elternteil seine Zeit nicht in Anspruch, so verfällt sie.¹¹⁷¹

Ein wesentlicher Unterschied zum Mutterschutz ist, dass jedem Elternteil ein solcher unübertragbarer Anspruch zukommt. Das Erfordernis gleicher Verfügbarkeit für die Adäquanzbedingung autonomer Entscheidungen ist somit gegeben. Die Inanspruchnahme der Karenz bleibt zudem von der Entscheidung des jeweiligen Elternteils abhängig, allerdings wird die Beanspruchung der gesamtverfügbaren Zeit durch nur einen Elternteil verunmöglicht.

¹¹⁶⁵ *Brandth/Kvande*, ANNALS 2009, 180.

¹¹⁶⁶ *Johansson/Klinth*, Men and Masculinities 2008, 45.

¹¹⁶⁷ *Johansson/Klinth*, Men and Masculinities 2008, 45.

¹¹⁶⁸ *Johansson/Klinth*, Men and Masculinities 2008, „rhetoric of the gift“ 45.

¹¹⁶⁹ *Anderson*, Ethics 1999, 323.

¹¹⁷⁰ *Johansson/Klinth*, Men and Masculinities 2008, 45.

¹¹⁷¹ *Schein in Gerlach* 2017, 266.

Die Elternurlaubs-RL empfiehlt in § 2 Abs 2 grundsätzlich und mit ausdrücklichem Verweis auf die Förderung der Geschlechtergleichheit die Übertragbarkeit der Ansprüche, dies könne als „positiver Anreiz wirken, damit Väter diesen in Anspruch nehmen“.¹¹⁷² Es steht den Mitgliedstaaten allerdings frei, die Übertragbarkeit zu bestimmen. Der Großteil der geltenden Karenzregelungen überlässt die Aufteilung der Zeiträume den Eltern, wie es auch die österreichische Karenz weitgehend tut.¹¹⁷³

Anders in Skandinavien, wo bereits einige Länder eine Väterquote bzw eine Quotierung der Karenz vorsehen. *Brandth* und *Kvande* haben sich anhand des norwegischen Elternzeitsystems eingehend mit den Vorteilen einer Väterquote gegenüber einer geschlechtsneutralen Regelung befasst. Die beiden Autorinnen verglichen dabei zwei Maßnahmen zur Väterbeteiligung, die sich gerade dadurch unterschieden, dass eine Regelung genderspezifisch auf Männer ausgerichtet, die andere geschlechtsneutral war.¹¹⁷⁴ Die neutrale Regelung „Cash for care“ sah eine von der Erwerbstätigkeit unabhängige Geldleistung vor, vergleichbar mit dem österreichischen Kinderbetreuungsgeld. Diesem Ansatz lag die Aufwertung von unbezahlter Betreuungsarbeit und die Stärkung von Familien zugrunde.¹¹⁷⁵ Er erinnert damit auch an das von *Fraser* im Zuge der Erarbeitung des Modells „universeller Betreuungsarbeit“ verworfene Modell der „Gleichstellung der Betreuungsarbeit“.¹¹⁷⁶ Dieses zielt auf die staatliche Unterstützung informeller Betreuungsarbeit und die Aufwertung traditionell weiblicher Arbeit, zynisch fügt *Fraser* allerdings hinzu, dass es wohl die „Betreuungsarbeit nicht hoch genug [bewerte], um sie auch von Männern zu verlangen“.¹¹⁷⁷ Auch in der norwegischen Untersuchung hat sich gezeigt, dass „Cash for care“ eher eine traditionelle Arbeitsteilung förderte, die aber zugleich als freie Entscheidung der einzelnen Familien gekennzeichnet und dadurch legitimiert wurde.¹¹⁷⁸

Die Väterquote hingegen erwies sich als effektives Mittel zur Steigerung der Männerbeteiligung an der Karenz, zumindest mit Blick auf die den Männern zugeordnete Zeit. Sie bietet nicht nur einen guten Verhandlungsgrund gegenüber dem oder der Arbeitgeber_in, sondern auch bei Verhandlungen über die Aufteilung der Karenz innerhalb einer Paarbeziehung.¹¹⁷⁹ In der Literatur wird hier vornehmlich auf die gestärkte Verhandlungsposition des Vaters gegenüber der Mutter verwiesen,¹¹⁸⁰ doch möchte ich sie auch als Argument für eine Mutter verstehen, die ihren Partner dazu motivieren möchte, seinen Anteil zu übernehmen.

Norwegen hatte 1993 als erstes Land eine Väterquote eingeführt.¹¹⁸¹ In der aktuellen Gestaltung sind jeweils zehn Wochen der Elternzeit für jeden Elternteil reserviert, sechs Wochen nach der Geburt sind davon aus gesundheitlichen Gründen für die Mutter

¹¹⁷² Elternurlaubs-RL 2010/18/EU, Erwägungen, 16.

¹¹⁷³ *Schein* in *Gerlach* 2017, 263.

¹¹⁷⁴ *Brandth/Kvande*, *ANNALS* 2009, 177-189.

¹¹⁷⁵ *Brandth/Kvande*, *ANNALS* 2009, 180.

¹¹⁷⁶ *Fraser* in *Nagl-Docekal/Pauer-Studer* 1996, 472, siehe dazu Kapitel 6.

¹¹⁷⁷ *Fraser* in *Nagl-Docekal/Pauer-Studer* 1996, 490.

¹¹⁷⁸ *Brandth/Kvande*, *ANNALS* 2009, 180.

¹¹⁷⁹ *Brandth/Kvande*, *ANNALS* (2009), 188.

¹¹⁸⁰ *Schein* in *Gerlach* 2017, 282; *Brandth/Kvande*, *ANNALS* 2009, 188.

¹¹⁸¹ *Schein* in *Gerlach* 2017, 265.

obligatorisch.¹¹⁸² Zusätzlich stehen zwei Wochen „daddy days“ nach der Geburt sowie drei Wochen für die Mutter vor der Geburt zu.¹¹⁸³ Bei getrenntlebenden Eltern fällt die Väterquote automatisch an die Mutter, nur mit ihrer Zustimmung kann der Vater seinen Anteil geltend machen.¹¹⁸⁴ Zudem können Alleinerzieherinnen den Anspruch des Vaters auch auf Dritte, zB die Großeltern, übertragen.¹¹⁸⁵ Insgesamt haben Eltern in Norwegen 49 Wochen bei vollem Lohnausgleich oder 59 Wochen bei 80 % Lohnausgleich zur Verfügung, gedeckelt ist dieses einkommensabhängige Elterngeld mit ca 5.000 € monatlich. Viele Männer nehmen Teile ihrer Quotenzeit in Anspruch, die frei aufteilbare Zeit hingegen wird auch hier zu 85 % von Frauen übernommen.¹¹⁸⁶ Da der frei verfügbare Teil doch 29–39 Wochen umfasst, führt dies im Ergebnis dazu, dass zwar drei Viertel aller Väter Elternzeit in Anspruch nehmen, sie anteilmäßig aber weit hinter den Müttern zurückbleiben.

Hier liegt ein Unterschied zur isländischen Regelung, die als Best-Practice-Beispiel gelten kann. Hier nehmen 85 % der berechtigten Väter den reservierten Zeitraum in Anspruch, vom gemeinsam zustehenden Teil nehmen zwar auch sie nur 15 %, ¹¹⁸⁷ mit etwa einem Drittel der verfügbaren Zeit nehmen sie nichtsdestotrotz den größten Teil der Elternzeit im europäischen Vergleich in Anspruch. Dies hängt mit dem Verhältnis der quotierten zur nichtquotierten Zeit zusammen, nur ein Drittel der gesamten Karenzzeit ist in Island frei verfügbar.

Seit 2000 haben Mütter und Väter jeweils einen eigenständigen, unübertragbaren Anspruch auf drei Monate, drei weitere Monate können beliebig aufgeteilt werden. Das Recht spricht explizit nur von Eltern, seit 2006 wird bewusst auf jegliche Bezugnahme auf Geschlecht verzichtet, um Ungleichbehandlung aufgrund von Geschlecht(sidentität) oder sexueller Orientierung zu vermeiden.¹¹⁸⁸ Nur zwei Wochen nach der Geburt sind obligatorisch für die Geburtsmutter reserviert. Umgesetzt wurde diese Regelung schrittweise, im ersten Jahr hatten Väter Anspruch auf einen Monat, dieser Zeitraum wurde jährlich erweitert.

Die Regelung ist zudem eine der flexibelsten in Europa, bis zum dritten Lebensjahr des Kindes kann die Elternzeit in verschiedenen Blöcken beansprucht werden, sie kann zudem mit Teilzeitarbeit kombiniert und von beiden Eltern gleichzeitig beansprucht werden. War ein Elternteil vor der Elternzeit 182 Tage erwerbstätig, stehen 80 % Lohnersatz (bei einer Obergrenze von circa 2.500 € im Monat) zu, ansonsten ein eher niedriger Pauschalbetrag.¹¹⁸⁹

Hervorheben möchte ich am isländischen Quotenmodell auch, dass es explizit nicht von einer Väter-, sondern von einer Elternquote spricht: Nicht nur dem Vater, sondern auch der Mutter bzw beiden Elternteilen kommt ein eigener reservierter Teil zu. Nur ein Drittel der Zeit bleibt sozusagen unmarkiert. Dies ist insofern wichtig, als dass sich gezeigt hat, dass der unmarkierte, frei verfügbare Teil in der Regel der Mutter zugeschrieben wird. Dies zeigt sich auch in Österreich, wo die Grundvarianten des Kinderbetreuungsgelds von der alleinigen

¹¹⁸² Brandth/Kvande in Blum et al 2018, 313. Der reservierte bzw oblatorische Teil des Elternurlaubs für die Mutter ersetzt den Mutterschutz, es wird begrifflich nicht zwischen Mutter-, Vater- oder Elternzeit unterschieden.

¹¹⁸³ Brandth/Kvande in Blum et al 2018, 315.

¹¹⁸⁴ Brandth/Kvande in Blum et al 2018, 315, 317.

¹¹⁸⁵ Brandth/Kvande in Blum et al 2018, 315, 317.

¹¹⁸⁶ Schein in Gerlach 2017, 275.

¹¹⁸⁷ Schein in Gerlach 2017, 272.

¹¹⁸⁸ Eydal/Gislason in Blum et al 2018, 205.

¹¹⁸⁹ Schein in Gerlach 2017, 271.

Inanspruchnahme eines Elternteils, meist der Mutter, ausgehen. Die reservierten Zeiten des zweiten Elternteils werden als Bonusmonate angeführt. Dadurch erscheint erstens die Inanspruchnahme des zweiten Elternteils, empirisch meistens der Vater, als *Geschenk* – um noch einmal die Formulierung von *Johansson* und *Klinth* aufzugreifen.¹¹⁹⁰ Zweitens wird damit die gesamte restliche Zeit der Mutter zugeschrieben. Von 12+2 auf 7+7 zu kommen, bedarf ganz anderer Auseinandersetzungen, als wenn von vorherein 7+7 (oder auch 4+4+6) als normale Aufteilung gesetzt würde. Das Framing als Bonusmonate hat meines Erachtens daher eher den Effekt, dass Väterbeteiligung als Ausnahme und freiwillige Mehrleistung erscheint.¹¹⁹¹

8.5. Zwischenfazit: Freiwilligkeit, Autonomie und Väterquoten

Derzeit sehen sämtliche Länder mit quotierten Elternzeiten über die reservierten Teile hinaus auch einen frei verfügbaren Familienanspruch vor, der in allen Fällen überragend von Müttern beansprucht wird.¹¹⁹² „Gender-neutrale Regelungen mit der Möglichkeit zur freien Aufteilung der Elternzeit zwischen den Eltern führen demnach nicht zu einer egalitären Aufteilung.“¹¹⁹³

Erneut gerät das Ideal der Wahlfreiheit in die Kritik. Nachdem ich bereits im Anschluss an *Williams* bemüht war zu zeigen, dass die Rede von der freiwilligen Übernahme des Großteils der Kinderbetreuungsaufgaben durch Frauen die Zwänge verdeckt, die diese Aufteilung befeuern, kann nun ergänzt werden, dass diese Rhetorik auch die mangelnde Verantwortungsübernahme durch Männer beschönigt. *Johansson* und *Klinth* schreiben in diesem Kontext, dass das Prinzip der „Familienentscheidung“ hinterfragt werden müsse, wenn man die mangelnde Beteiligung von Vätern ernst nehmen und etwas daran verändern möchte.¹¹⁹⁴

Dies führt zurück zur anfangs vorgebrachten Kritik an freiwilligen Elternkarenzen als Erweiterung männlicher Entscheidungsräume unter dem Banner der Erweiterung allgemeiner Handlungsfreiheit. Ähnlich wie *Williams* machen *Johansson* und *Klinth* den Punkt, dass diese Betonung von Wahlfreiheit die zugrundeliegenden Machtverhältnisse vernachlässigt. Sie betonen im Gegensatz zu ihr allerdings gerade nicht die Mehrarbeit von Müttern, sondern das mangelnde Engagement von Vätern.

Die Erkenntnis, dass die Entscheidung darüber, wer in Karenz geht und wer nicht, für beide Elternteile von ihrer vergeschlechtlichten Sozialisation beeinflusst ist, führt dazu, dass nicht nur die personale Autonomie von Frauen begrenzt erscheint. Die kritische Männlichkeitsforschung und andere neuere feministische Projekte betonen, dass auch Männer von Veränderungen der Geschlechterordnung, gerade bezüglich der Beziehungen zu ihren

¹¹⁹⁰ *Johansson/Klinth*, *Men and Masculinities* 2008, 45.

¹¹⁹¹ Anders *Scheins* Einschätzung, der zufolge die deutschen Partnerschaftsmonate „nicht zuletzt durch das Framing als ‚Vätermonate‘“ eine ähnliche Funktion wie eine Väterquote erfüllen. Diese sind ähnlich wie in Österreich als Bonus konzipiert, *Schein* in *Gerlach* 2017, 280.

¹¹⁹² *Schein* in *Gerlach* 2017, 281.

¹¹⁹³ *Schein* in *Gerlach* 2017, 281-282.

¹¹⁹⁴ *Johansson/Klinth*, *Men and Masculinities* 2008, 45: „One example of such a principle is that concerning the family’s freedom of choice. Those wishing to bring about a sharpening of men’s individual responsibility have been forced to question or radically redefine this principle. This has not been possible as a rule. Moreover, most public opinion surveys have shown broad support for the family’s right to choose.“

Kindern, profitieren können.¹¹⁹⁵ Männer werden stereotyp eher weniger als Kinderbetreuer gesehen, sie wurden daher im Recht lange kaum als solche adressiert und in der Praxis nicht als solche ernst genommen,¹¹⁹⁶ dies spielt auch im Hinblick auf ihre Zurückhaltung bei der Beanspruchung ihrer in diesem Kontext noch jungen Rechte eine Rolle. Zugleich bedeutet die Anerkennung männlicher Stereotype als Begrenzung der Entscheidungsräume von Eltern nicht, dass die strukturelle Nichtbeteiligung von Männern an der Kinderbetreuungsarbeit individualisiert werden kann. Die alleinige Betonung der Vorteile, die Männer aus ihren Väterkarenzen ziehen können, nimmt der Debatte ihre Dringlichkeit: Es geht nicht (nur) darum, die Work-Life-Balance individueller Väter ausgewogener zu gestalten, sondern maßgeblich darum, dass Frauen nicht die gesamte Verantwortung für unbezahlte Arbeiten im Privaten und insbesondere die finanziellen Konsequenzen davon tragen müssen.

Die Quotierung der Karenz lässt Eltern weniger Entscheidungsraum: „Entweder die Väter gehen in Elternzeit oder die Familie verliert den Anspruch.“¹¹⁹⁷ Die Aufteilung ist zu einem gewissen Grad „prenegotiated by the state“.¹¹⁹⁸ Eine solche Vorgabe bei der Aufteilung der Karenz ist aber angesichts dessen, dass bei formaler Gleichbehandlung eine überproportionale Inanspruchnahme von Frauen erfolgt, geboten.

Nicht nur führen theoretische Reflexionen über die Verengung formaler Entscheidungsräume durch Geschlechternormen und vergeschlechtlichte Arbeitsteilung zu diesem Schluss, auch die dargestellte Empirie hat gezeigt, dass reservierte Zeiten für Väter ein effektives Mittel darstellen. *Schein* sieht spezielle Rechte für Väter, wie etwa eine Väterquote, gar als die „entscheidende Stellschraube – sie können das Zünglein an der Waage sein, damit Väter sich überhaupt für die Inanspruchnahme der Elternzeit entscheiden“.¹¹⁹⁹ Über die vorgestellten skandinavischen Modelle hinaus wäre auch eine vollständige Quotierung der Elternzeit denkbar. So kommt etwa *Dearing* infolge einer Analyse von 27 europäischen Elternzeitregelungen zu dem Schluss, dass „an ideal leave model [...] foresees the provision of 14 months of well-paid leave, where half of the leave is reserved for fathers“.¹²⁰⁰

Brandth und *Kvande* schreiben der Quotierung der Elternzeit durch die Unübertragbarkeit der Teile sogar einen verpflichtenden Charakter zu, der sich auf die Entscheidungen von Vätern auswirke: „That the fathers’ quota is compulsory in the sense that it is forfeited if not used introduces several aspects into fathers’ decisions.“¹²⁰¹ Sie nennen hier die Verhandlungsposition gegenüber der Partnerin, gegenüber dem Arbeitsplatz sowie – im übertragenen Sinn – gegenüber ihren Kindern, denen Wochen oder Monate elterlicher Betreuung entgehen, wenn der Vater seinen Anteil nicht beansprucht. Diesen letzten Aspekt bezeichnen sie als *moralischen* Anreiz, das Bild eines *guten Vaters* würde sich so durch die Quotierung der Elternzeit verändern.¹²⁰²

¹¹⁹⁵ Vgl zB #heforshe; *Michael Flood* spricht von einem „turn to men in feminism“ und bespricht Vor- und Nachteile kritisch, in *Flood/Howson*, *Engaging Men in Building Gender Equality* 2015, 1-31.

¹¹⁹⁶ *Caracciolo di Torella*, *Journal of Social Welfare and Family Law* 2015, 335.

¹¹⁹⁷ *Schein* in *Gerlach* 2017, 282.

¹¹⁹⁸ *Brandth/Kvande*, *ANNALS* 2009, 188.

¹¹⁹⁹ *Schein* in *Gerlach* 2017, 282.

¹²⁰⁰ *Dearing*, *Journal of European Social Policy* 2016, 234.

¹²⁰¹ *Brandth/Kvande*, *ANNALS* 2009, 188.

¹²⁰² *Brandth/Kvande*, *ANNALS* 2009, 188.

Trotz aller vorgebrachter Kritik an der *alleinigen* Betonung der Vorteile, die Männer aus ihrer stärkeren Beteiligung an der Kinderbetreuung ziehen können, sind diese freilich ein wichtiges Resultat guter Karenzregelungen. Wiewohl die herrschende Geschlechterordnung Männer privilegiert, wirken sich gängige Vorstellungen von Männlichkeit auch einschränkend auf individuelle Männer aus. Dies wird gerade im Kontext von Familie, Fürsorglichkeit und den Beziehungen von Vätern zu ihren Kindern immer wieder thematisiert: Geschlechternormen „trap men into believing that men do and should act in particular ways that are antithetical to caregiving“. ¹²⁰³ Die vergeschlechtlichte Arbeitsteilung hindert Männer daran, Zeit mit ihren Familien zu verbringen, darin besteht ein schmerzvoller Nachteil für Männer aus den herrschenden Geschlechterverhältnissen. ¹²⁰⁴ Wenn typischerweise emotionale Distanziertheit und schwache soziale Beziehungen als Kosten männlicher Dominanz genannt werden, könnten umgekehrt tiefergehende Beziehungen zu ihren Kindern als Gewinn durch die Aufgabe von Dominanz verstanden werden.

9. Fazit und Ausblick

Im Zentrum der vorliegenden Arbeit stand und steht die vergeschlechtlichte Arbeitsteilung zwischen Männern und Frauen im Verhältnis zum Recht. Die Verteilung von Arbeit – bezahlter wie unbezahlter – ist für die Organisation einer Gesellschaft maßgeblich, wodurch sich diese Fragestellung nicht nur geschlechtertheoretisch als bedeutsam erweist. Aufgrund der massiven sozialen und politischen Bedeutung von Erwerbsarbeit für die Lebensrealitäten von Menschen, kommt dem Recht bei ihrer Regulierung große Verantwortung zu. ¹²⁰⁵ Der Zugang zu sowie die Abhängigkeit von Erwerbsarbeit sind dabei stets im Verhältnis dazu zu betrachten, wie unbezahlte Arbeit organisiert wird.

Rechtliche Regelungen über die Vereinbarkeit von Beruf und Familie stehen an dieser Schnittstelle zwischen Erwerbs- und Privatleben, ihre Gestaltung trifft somit ins Herz einer Debatte über die Ermöglichung von Autonomie durch Recht. Recht, das „in a world already made“ ¹²⁰⁶ möglichst autonome Lebensgestaltung fördern soll, muss dabei bestehende Ungleichheiten anerkennen, um entsprechend mit ihnen umgehen zu können. ¹²⁰⁷ Im Kontext von Vereinbarkeit von Familie und Beruf bestehen solche Ungleichheiten nicht nur angesichts der körperlichen Dimensionen von Schwangerschaft und Geburt, sondern auch hinsichtlich der faktischen Differenz zwischen Männern und Frauen bei der Übernahme unbezahlter Arbeit. Im geltenden österreichischen Recht gibt es verschiedene Maßnahmen, mit denen auf diese Umstände reagiert werden soll. Sowohl der frauenspezifische Mutterschutz als auch der gleiche Rechtsanspruch auf Karenz für beide Eltern und die freiwilligen „Baby-Monate“ wurden in der vorliegenden Arbeit besprochen und auf ihre Vor- sowie Nachteile hinsichtlich der Ermöglichung autonomer Entscheidungen über die Verteilung von Aufgaben unter den Eltern hin befragt. Im Ergebnis ist es ein Anliegen dieser Arbeit, auch Väter dezidiert rechtlich zu adressieren und mittel obligatorischer Väterurlaube sowie einer Quotierung der Karenz eine Umverteilung unbezahlter Arbeit an Männer zu forcieren.

¹²⁰³ McGinley, Seattle University Law Review 2011, 723.

¹²⁰⁴ McGinley, Seattle University Law Review 2011, 709.

¹²⁰⁵ Rössler, Deutsche Zeitschrift Für Philosophie 2012, 532.

¹²⁰⁶ Minow, Harvard Law Review 1987, 15.

¹²⁰⁷ Holzleithner, Dimensionen 2011, 374.

Die vergeschlechtlichte Arbeitsteilung wurde als maßgeblicher Aspekt eines ungleichen Geschlechterverhältnisses diskutiert, der Frauen die überwiegende Verantwortung für unbezahlte Kinderbetreuungs- und Haushaltsarbeiten im Privaten zuteilt und sie dadurch sowohl im Verhältnis zur männlich dominierten Erwerbssphäre als auch innerhalb derselben Männern unterordnet.¹²⁰⁸ Zugleich konnte gezeigt werden, dass die vergeschlechtlichte Arbeitsteilung durch ihre zentrale Funktion innerhalb der Geschlechterordnung und -hierarchisierung auch einen wesentlichen Ansatzpunkt für deren Veränderung bietet. Wiewohl sie sich je nach sozioökonomischer Position sowie ethnisierenden und staatsbürger_innenschaftlichen Zuschreibungen ganz unterschiedlich auf individuelle und Gruppen von Frauen auswirkt, sind diese unterschiedlichen Auswirkungen Effekt desselben Unterordnungssystems gegenüber Männern.

Ökonomische Ungleichheiten zwischen Frauen erlauben es manchen, mit der Doppelbelastung durch bezahlte und unbezahlte Arbeit dadurch umzugehen, dass sie „ihre“ Sorge- und Reproduktionsarbeit auf andere Frauen auslagern, die Vergeschlechtlichung dieser Arbeit und der Verantwortung für deren Organisation wird dadurch allerdings kaum angetastet.¹²⁰⁹

Um diese Arbeitsteilung aufzubrechen, müssen Maßnahmen gesetzt werden, die Frauen nicht wiederum die Verantwortung für Arbeiten im Privaten zuschreiben, das heißt solche, die auch Männer in die Pflicht nehmen. Aus diesem Ansatz ergeben sich verschiedene rechtstheoretische Herausforderungen, insbesondere betreffend die Begriffe von Gleichheit und Gleichbehandlung im Verhältnis zur Autonomieförderung, aber auch hinsichtlich des Zwangscharakters des Rechts in diesem Kontext. Das Prinzip der Gleichheit ist maßgeblich dafür, ob die Optionen, die das Recht zur Vereinbarkeit von Beruf und Familie bereithält, als adäquat angesehen werden können.¹²¹⁰ In diesem Zusammenhang dient Gleichheit der Ermöglichung gleicher Handlungsmöglichkeiten – wofür jedenfalls ein substantieller Begriff von Gleichheit notwendig ist, der Differenzierungen erlaubt, um Menschen in ihrer gleichwertigen Unterschiedlichkeit anzuerkennen.¹²¹¹

Folglich war eine eingehende Befassung mit dem Dilemma der Differenz geboten. Mittels dieser Denkfigur wird problematisiert, dass Differenz sowohl durch ihre Anrufung als auch durch ihre Vernachlässigung, die mit der Orientierung an einer impliziten männlichen Norm verbunden ist, reproduziert werden kann. Es konnte allerdings gezeigt werden, dass sich dieses Problem durchaus nicht als unlösbar darstellen muss. Bereits *Martha Minow* hat in ihrer grundlegenden Beschreibung des scheinbaren Dilemmas festgestellt, dass dieses von bestimmten Vorannahmen über Differenz und Norm in einer Gesellschaft abhängt.¹²¹² Indem eine – heute kaum haltbare – Normvorstellung von Erwerbstätigen als Vollzeitbeschäftigten ohne Betreuungsverpflichtung besteht, die mindestens implizit von einem männlichen Arbeitnehmer ausgeht, erscheint eine Arbeitnehmerin mit Betreuungsverpflichtung als different und besondere Regelungen geboten, um mit dieser Abweichung umzugehen. Diese besonderen Regelungen weisen im nächsten Schritt allerdings regelmäßig eben die Probleme

¹²⁰⁸ Vgl zB auch *Becker-Schmidt* in *Becker/Kortendiek* 2010, 72.

¹²⁰⁹ *Nowak*, Geschlechterpolitik 2009, 184.

¹²¹⁰ *Holzleithner*, Dimensionen 2011, 374.

¹²¹¹ *Pöschl*, Gleichheit 2008, 162.

¹²¹² *Minow*, *Harvard Law Review* 1987, 32.

gruppenspezifischer Rechte auf, die in den Legal Gender Studies so heftig diskutiert werden.¹²¹³ Doch bietet sich ein Ausweg, den bereits *Minow* vorbereitet und den ich in Anschluss an *Crenshaws* Intersektionalitätstheorie weiterdenken konnte, in der Setzung der scheinbaren Abweichung als Norm. Nimmt das Recht in der Formulierung allgemeiner Rechte diejenige Position zum Ausgangspunkt, die in der Sache besonders schutzbedürftig ist, so kann es gelingen, adäquat auf diese zu reagieren, ohne die Betroffenen als das andere zu exponieren. Zudem profitieren auch weniger stark Betroffene von diesen Rechten.

Im Kontext von Arbeitnehmer_innen mit Betreuungsverpflichtung bedeutet dies, von den Bedürfnissen der Geburtsmutter auszugehen und die Rechte, die jedenfalls für ihren Schutz erforderlich sind, sämtlichen Eltern zuzusprechen. Bezüglich des Mutterschutzes ist dieser Gedanke meines Erachtens insbesondere auch auf die obligatorischen Freistellungen zu beziehen, was sich sowohl aus autonomietheoretischen Überlegungen als auch aus empirischen Befunden ergibt. Dass der Mutterschutz als zwingendes Arbeitsrecht gestaltet ist und mit einem besonderen Kündigungsschutz sowie dem Wochengeld als Einkommensersatzleistung einhergeht, ist für dessen effektive Wirkung unerlässlich.

Dies konnte in den einleitenden Kapiteln nicht nur aus der Geschichte des Mutterschutzes seit 1884 eruiert werden, sondern zeigte sich auch in der Erarbeitung der Zwecke des Mutterschutzes anhand internationaler und europäischer Vorgaben. Sowohl in der Rechtsprechung als auch in der Literatur wird betont, dass arbeitsorganisatorische Maßnahmen zum Schutz der Gesundheit von schwangeren Arbeitnehmerinnen und Wöchnerinnen keine praktische Wirksamkeit entfalten, „wenn nicht gleichzeitig die mit dem Arbeitsvertrag verbundenen Rechte, einschließlich der Fortzahlung eines Arbeitsentgelts und/oder des Anspruchs auf eine angemessene Sozialleistung“ weiter bestehen.¹²¹⁴ Der doppelte Schutzzweck des Mutterschutzes – die Gesundheit von Mutter und Kind sowie die Betreuung des Kindes gewährleisten zu wollen – ist im Ergebnis auch dadurch charakterisiert, dass sich diese Zwecke nur schwer trennen lassen. Soweit eine Regelung aber nicht (nur) auf den Gesundheitsschutz, sondern auf den Schutz von Arbeitnehmer_innen in ihrer Eigenschaft als Eltern zielt, sind auch Väter bzw. zweite Elternteile einzubeziehen. Eine stärkere Beteiligung von Männern an der unbezahlten Kinderbetreuungsarbeit kann maßgeblich zu einer Entlastung von Frauen beitragen, zugleich bringt sie den betroffenen Vätern und Kindern den Vorteil gemeinsamer Zeit.

Bezüglich einer Ausdehnung auch obligatorischer Freistellungen auf diese Gruppe mag zunächst insofern zurückhaltend reagiert werden, als darin auch eine Beschränkung deren Autonomie gesehen werden könnte. Allerdings verkennt eine solche Zurückhaltung einen ganz wesentlichen Zug des zwingenden Arbeitsrechts – es stellt weniger eine Beschränkung der Freiheit der Arbeitnehmer_innen bei der Verfügung über ihre Arbeitskraft dar als eine Beschränkung der Arbeitgeber_innen bei ihrer Ausbeutung.¹²¹⁵ Soweit ein Vaterschaftsurlaub „freiwillig“ ist, insbesondere wenn er wie die noch in Geltung stehende Familienzeit vereinbart werden muss, aber auch dann, wenn wie geplant ein Rechtsanspruch darauf

¹²¹³ Vgl. Baer in *Heinrich Böll Stiftung* 2010.

¹²¹⁴ Risak in *Franzen/Gallner/Oetker*, Kommentar zum europäischen Arbeitsrecht², Art 1 RL 92/85/EWG 440, Rn 2.

¹²¹⁵ *Rebhahn*, wbl 1996, 56.

besteht,¹²¹⁶ können die Zwänge des Arbeitsverhältnisses diese Beanspruchung hindern. Der Zwangscharakter des Rechts rechtfertigt sich schon nach *Kant* aus der Ermöglichung von Freiheit durch die Beseitigung von Hindernissen der Freiheit,¹²¹⁷ das ungleiche Machtverhältnis des Arbeitsvertrags stellt ganz eindeutig ein solches Hindernis dar.

Entsprechend relativiert sich der Einwand gegen obligatorische Elternzeiten für Väter aufgrund deren Autonomie aus ihrer Position im Arbeitsverhältnis. Sie scheint aber auch im Geschlechterverhältnis geboten, um der überwiegenden Zuschreibung von Kinderbetreuungsaufgaben an Frauen entgegenzuwirken. Soweit das Recht geschlechtsspezifisch unterschiedliche Optionen zur Unterbrechbarkeit der Erwerbsarbeit bereithält, soweit hindert es eine von diesen Optionen abweichende Aufgabenteilung zwischen Eltern.

Im internationalen Vergleich lässt sich bereits eine entsprechende, sich vom geschlechtsspezifischen Mutterschutz abwendende, Trendbewegung beobachten. An dessen Stelle tritt entweder ein Geburtsurlaub für die Mutter, den diese aber häufig zumindest teilweise an den Vater oder andere Betreuungspersonen übertragen kann,¹²¹⁸ oder ein allgemeiner Elternschutz mit reservierten Anteilen für die Mutter oder für beide Elternteile.¹²¹⁹ Ein wesentlicher Vorteil liegt dabei auch darin, dass Diskriminierungen aufgrund der sexuellen Orientierung oder der Geschlechtsidentität vermieden werden. Der Anspruch auf Elternzeit ergibt sich aus der Eigenschaft als Elternteil, unabhängig vom Geschlecht bzw. der Geschlechtsidentität.

Island, wo Eltern neun Monate Elternurlaub bestehend aus je drei Monaten unübertragbarer Mutter- und Vaterzeit sowie drei Monaten frei aufzuteilender Zeit zustehen, kann hier als Best-Practice-Beispiel genannt werden. Die einzige Bezugnahme auf den Geburtsvorgang ist die Obligation für die gebärende Person, zwei Wochen des Urlaubs an die Geburt anschließend zu nehmen. Auch in Portugal wurde, wie in Kapitel 4 zur Übertragbarkeit des Anspruchs ausgeführt, der größere Teil des Mutterschutzurlaubs in einen beiden Eltern verfügbaren Elternurlaub umgewandelt: Die ersten sechs Wochen sind für die Mutter reserviert, sieben weitere können die Eltern untereinander aufteilen.¹²²⁰ Die optimale Ausgestaltung der Elternzeitregelungen kann bessere Ausgangsbedingungen für eine egalitäre Aufteilung der Sorgearbeit in den ersten Lebensmonaten eines Kindes schaffen,¹²²¹ freilich ist damit nicht alles getan. Dass auch bei formaler Rechtsgleichheit Männer ihren (nicht explizit für sie reservierten) Karenzanspruch in viel geringerem Ausmaß wahrnehmen als Frauen,

¹²¹⁶ Teil des Vorläufigen Stenogr. Protokolls der 80. Sitzung der 26. GP des Nationalrates, Abstimmung über Fristsetzungsanträge, www.parlament.gv.at/SUCH/viewsources.shtml?docid=5b06e7d388fbaeeef55089bd29cb01d0_both&qtf_teaser:query=bcalcontent.bidxcontentlv1:%22fristsetzungsantrage%22#match0 820.6.2019) mVa 576/A 26.GP - Initiativantrag vom 30.1.2019 der Abgeordneten Gabriele Heinisch-Hosek Genossinnen und Genossen betreffend ein Bundesgesetz, mit dem das Väter-Karenzgesetz und das Landarbeitsgesetz 1984 geändert werden soll, www.parlament.gv.at/PAKT/VHG/XXVI/A/A_00576/fname_734884.pdf (20.6.2019).

¹²¹⁷ *Kant*, *Metaphysik* 1797, XXXV.

¹²¹⁸ So in Israel, Spanien, UK, Bulgarien, Kroatien und Tschechien, *Blum et al*, 14th International Review on Leave Policies and Related Research 2018, 8-11.

¹²¹⁹ So in Norwegen, Schweden, Island, Portugal, Neuseeland und Australien, *Blum et al*, 14th International Review on Leave Policies and Related Research 2018, 8-11.

¹²²⁰ *Blum et al*, 14th International Review on Leave Policies and Related Research 2018, 9.

¹²²¹ *Schein in Gerlach* 2017, 282.

wurde im letzten Kapitel ausführlich diskutiert. Entsprechend enthält *Dearings* Modell einer möglichst geschlechtergerechtigkeitsfördernden Elternregelung keine frei aufzuteilenden Zeiten, sondern ist zur Gänze quotiert: „[A]n ideal leave model [...] foresees the provision of 14 months of well-paid leave, where half of the leave is reserved for fathers.“¹²²²

Was ich diesen Vorschlägen und Regelungen allerdings dringend hinzufügen möchte, ist eine obligatorische Auszeit auch für Väter und zweite Elternteile. Eine solche besteht derzeit nur in Italien, wo es vier obligatorische Vaterschaftstage gibt. Wenige Vorstöße zeigen sich zudem in der Privatwirtschaft, Medien berichten von einem US-amerikanischen Unternehmen namens *Humanyze*, das sowohl für Väter als auch für Mütter zwölf Wochen obligatorischen, bezahlten Elternurlaub vorsieht.¹²²³ Dieses ist das einzige Beispiel eines gleichen verpflichtenden Elternurlaubs, das mir in der Recherche dieser Arbeit untergekommen ist. Die wichtige Aufgabe, Vereinbarkeitsregelungen für Väter und Mütter zu schaffen, die nicht zugleich Geschlechterstereotype fördern, sollte aber keinesfalls in die Privatwirtschaft ausgelagert werden.

Zusammenfassend kann festgestellt werden, dass die Schaffung bloßer Möglichkeiten zur Väterbeteiligung (auch empirisch) nicht ausreicht, um die vergeschlechtlichte Arbeitsteilung aufzubrechen. Vor diesem Hintergrund ist der für Herbst 2019 geplante Rechtsanspruch auf den „Baby-Monat“ zwar zu begrüßen, jedoch reicht diese Maßnahme nicht aus. Vielmehr sind obligatorische Regelungen für Väter rund um die Geburt notwendig und auch mit Blick auf die Karenzzeiten ist in Österreich Handlungsbedarf gegeben. Mag eine quotierte Elternzeit auf den ersten Blick Entscheidungsräume schließen, wurde gezeigt, dass obligatorische Rechte mitunter besser geeignet sind, gerade solche Räume zu eröffnen, als bloße Ansprüche: Zwar ist der Mutterschutz nicht disponierbar, die absoluten Beschäftigungsverbote gelten unabhängig vom Willen der Mutter, sie können aber auch nicht von dem oder der Arbeitgeber_in verweigert werden. Dieser starke Schutzcharakter erweitert die Handlungsmöglichkeiten von Arbeitnehmerinnen, indem er die Vereinbarkeit von Beruf und Familie fördert. Sämtlichen Arbeitnehmer_innen mit Elternpflichten sollten solche starken Rechte zukommen, damit wird nicht zuletzt auch die Bedeutung von Kinderbetreuungsarbeit anerkannt und Vätern explizit auch das Glück zugestanden, ein aktives Familienleben zu führen und für ihre Kinder da sein zu können. Somit lässt sich aus einer Perspektive der Berechtigung für obligatorische Elternrechte für Väter argumentieren, mehrfach wurde allerdings in dieser Arbeit eingemahnt, nicht den Kontext der derzeitigen Abwertung von unbezahlter Sorgearbeit und die damit zusammenhängenden Nachteile zu vernachlässigen. Ein entscheidender Gedanke ist und bleibt daher auch jener der Verpflichtung und an *Fraser's* Modell der universellen Betreuungsarbeit anknüpfend, obligatorische Elternrechte auch als „Maßnahmen, die Menschen davon abhalten, sich vor bestimmten Aufgaben zu drücken“,¹²²⁴ zu verstehen.

¹²²² *Dearing*, Journal of European Social Policy 2016, 234.

¹²²³ *Fedor*, Time off for new fathers raises bias awareness, Financial Times v 8.3.2019, www.ft.com/content/b3955388-189b-11e9-b191-175523b59d1d (25.6.2019); *Hagelüken*, Wenn alles an ihr hängt, Sueddeutsche.de v 16.5.2019, www.sueddeutsche.de/wirtschaft/beruf-und-familie-wenn-alles-an-ihr-haengt-1.4444055?fbclid=IwAR1vsHNHs5k3JW75Eb0I3CQffjtQaMHC0yPfnRf3nxHJn_DnJ_GMXvcBJc (21.5.2019).

¹²²⁴ *Fraser* in *Nagl-Docekal/Pauer-Studer* 1996, 493.

10. Literaturverzeichnis

- Abrams, Kathryn*, Ideology and Women's Choices, *Georgia Law Review* 24 (1990), 761-801.
- Achatz, Juliane*, Geschlechtersegregation im Arbeitsmarkt, in *Abraham, Martin; Hinz Thomas* (Hrsg.), *Arbeitsmarktsoziologie. Probleme, Theorien, empirische Befunde*, Wiesbaden 2008, 263-301.
- Addabbo, Tindara; Cardinali, Valentina; Giovanni, Dino; Mazzuchelli, Sara*, Italy, in *Blum, Sonja; Koslowski, Alison; Macht, Alexandra; Moss, Peter* (Hrsg.) *14th International Review of Leave Policies and Related Research* 2018, 223-240, www.leavenetwork.org/fileadmin/user_upload/k_leavenetwork/annual_reviews/Leave_Review_2018.pdf (20.6.2019).
- Adenberger, Marietta*, Ökonomin: „Auf Verhandlungsmacht im Haushalt kommt es an“ (*Katharina Mader* im Interview), *derstandard.at* v 9.3.2019, <https://mobil.derstandard.at/2000099187572/Oekonomin-Auf-Verhandlungsmacht-im-Haushalt-kommt-es-an?fbclid=IwAR3CHAtkvPKobt6tdO16POIiVAorIkLkLT9Riq-c3RvrK3MLXNl0uBKLdJbk> (20.6.2019).
- AG Rechtskritik* (Hrsg.), *Rechts- und Staatskritik nach Marx und Paschukanis. Recht – Staat – Kritik*, Berlin 2017.
- Althoff, Nina; Schabram, Greta; Follmar-Otto, Petra* (Deutsches Institut für Menschenrechte), *Gutachten: Geschlechtervielfalt im Recht. Status quo und Entwicklung von Regelungsmodellen zur Anerkennung und zum Schutz von Geschlechtervielfalt. Begleitmaterial zur Interministeriellen Arbeitsgruppe Inter- & Transsexualität*, Band 8, Berlin 2017.
- Althusser, Louis*, *Ideologie und ideologische Staatsapparate*, 1. Halbband *Gesammelte Schriften* (Hrsg. *Frieder Otto Wolf*), Hamburg (1970) 2010.
- Altwicker, Tilmann*, Sozio-ökonomische Ungleichheit und konventionsrechtliche Diskriminierungsverbote, *juridikum* 2 (2019), 236-246.
- Altzinger, Wilfried; Humer, Stefan; Moser, Mathias*, Entwicklung und Verteilung von Einkommen, in *Sozialministerium* (Hrsg.), *Sozialbericht 2015-2016*, 227-268, www.armutskonferenz.at/files/altzinger-ua_verteilung_einkommen_sozialbericht-2017.pdf (23.4.2019).
- Anderson, Elizabeth*, What is the point of Equality?, *Ethics* 109/2 (1999), 287-337.
- Arbeitsstab „Reproduktive Rechte“ des Deutschen Juristinnenbundes e.V.*, *Reproduktive Rechte und Geschlechtergerechtigkeit*, *djbZ* 1 (2017), 1-4.
- Arbeitskreis Abstammung*, *Abschlussbericht. Empfehlungen für eine Reform des Abstammungsrechts*. Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz, 2017, www.bmjv.de/SharedDocs/Downloads/DE/News/Artikel/07042017_AK_Abstimmung_Abschlussbericht.pdf?__blob=publicationFile&v=4 (21.1.2019).

Ascher, Manuela, Die Anwendung nationalsozialistischen Arbeitsrechts in der amerikanischen Besatzungszone am Beispiel bayerischer und hessischer erstinstanzlicher Arbeitsgerichte im Zeitraum von 1945-1949, Rechtskultur Wissenschaft, Regensburg 2018.

Baer, Susanne, Chancen und Risiken Positiver Maßnahmen, in Heinrich Böll Stiftung (Hrsg.) Positive Maßnahmen – Von Antidiskriminierung zu Diversity, Berlin 2010, 11-20, https://heimatkunde.boell.de/sites/default/files/dossier_positive_massnahmen.pdf (2.4.2019).

Bäcker, Carsten; Baufeld Stephan (Hrsg.), Objektivität und Flexibilität im Recht. Tagungen des Jungen Forums Rechtsphilosophie (JFR) in der Internationalen Vereinigung für Rechts- und Sozialphilosophie (IVR), Stuttgart 2005.

Becker, Gary, Human capital, effort, and the sexual division of labor, *Journal of Labor Economics* 1985, 33-58.

Becker-Schmidt, Regina, Doppelte Vergesellschaftung von Frauen: Divergenzen und Brückenschläge zwischen Privat- und Erwerbsleben, in *Becker, Ruth; Kortendiek, Beate* (Hrsg.), Handbuch Frauen- und Geschlechterforschung, Wiesbaden 2010, 65-74.

Behnke, Cornelia; Lengersdorf, Diana; Meuser, Michael, Vaterschaft: familiäre Geschlechterordnung im Fokus, in *Kortendiek, Beate; Riegraf, Birgit; Sabisch, Katja*, Handbuch Interdisziplinäre Geschlechterforschung, Wiesbaden 2019, 1131-1139.

Behr, Rafael, Maskulinität in der Polizei: Was Cop Culture mit Männlichkeit zu tun hat. Ein Essay, *juridikum* 4 (2017), 541-552.

Behr, Rafael, „Die Polizei muss ... an Robustheit deutlich zulegen“: Zur Renaissance aggressiver Maskulinität in der Polizei, in *Loick, Daniel* (Hrsg.), Kritik der Polizei, Frankfurt 2018, 165-180.

Bereswil, Mechthild; Ehlert, Gudrun, Diskriminierung aufgrund des Geschlechts und der sexuellen Orientierung, in *Scherr, Albert; Yüksel, Gökçen; El-Mafaalani, Aladin*, Handbuch Diskriminierung, Wiesbaden 2017, 499-509.

Bernat, Erwin, Beginn des Kündigungsschutzes gem MSchG, DRdA 46/2 (1996), 145-148.

Blum, Sonja; Koslowski, Alison; Macht, Alexandra; Moss, Peter, (Hrsg.), 14. International Review of Leave Policies and Related Research 2018, www.leavenetwork.org/fileadmin/user_upload/k_leavenetwork/annual_reviews/Leave_Review_2018.pdf (18.1.2019).

Bock-Schappelwein, Julia; Famira-Mühlberger, Ulrike; Horvath, Thomas; Huemer, Ulrike; Schappelwein, Elisabeth, Der „Gleichstellungsindex Arbeitsmarkt“: Eine Analyse des Geschlechterverhältnisses in der österreichischen Arbeitswelt. Zentrale Ergebnisse einer Studie im Auftrag des AMS Österreich, in *Putz, Sabine; Stockhammer, Hilde; Sturm, René* (Hrsg.), Geschlecht, Berufswahl und Arbeitsmarkt. Eine aktuelle Projektschau der Abt. Arbeitsmarktforschung und Berufsinformation und der Abt. Arbeitsmarktpolitik für Frauen des AMS Österreich, Wien 2015, 47-53.

Böllert, Karin; Heite, Catrin (Hrsg.), Sozialpolitik als Geschlechterpolitik, Wiesbaden 2011.

Brandth, Berit; Kvande, Elin, Norway, in *Blum, Sonja; Koslowski, Alison; Macht, Alexandra; Moss, Peter* (Hrsg.), International network on leave policies and related research, 14. International Review of leave policies and related research 2018, 313-322.

Brodil, Wolfgang; Windisch-Graetz, Michaela, Sozialrecht in Grundzügen⁸, Wien 2017.

Brown, Wendy, Suffering Rights as Paradoxes, Constellation 2000, 230-241.

Boyd, Susan, Motherhood, in *Davies, Margaret; Munro, Vanessa* (Hrsg.), A Research Companion to Feminist Legal Theory, 2013, (267-283) web, 3.

Buchmann, Marlis; Kriesi, Irene, Geschlechtstypische Berufswahl: Begabungszuschreibungen, Aspirationen und Institutionen, Kölner Zeitschrift für Soziologie und Sozialpsychologie 52 (2012), 256-280.

Bundesministerium für Gesundheit, Säuglingsernährung Heute 2006. Struktur- und Beratungsqualität an den Geburtenkliniken in Österreich Ernährung von Säuglingen im ersten Lebensjahr, Wien 2007, www.bmgf.gv.at/cms/home/attachments/2/8/5/CH1101/CMS1384785444563/langfassung_-_saeuglingsernaehrung_heute_-_endbericht_-_220707.pdf (8.11.2018).

Bundesministerium für Frauen Familie und Jugend, Auswertung zur Väterbeteiligung beim Kinderbetreuungsgeld / Stand Februar 2018, www.frauen-familien-jugend.bka.gv.at/familie/finanzielle-unterstuetzungen/kinderbetreuungsgeld-bis-28.2.2017/statistik-vaeterbeteiligung--auswertung.html (2.5.2019).

Bundesvereinigung Trans (BVT)*, Trans*Vater reicht Beschwerde beim Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte ein. Presseerklärung der Bundesvereinigung Trans* vom 19.12.2018, www.bv-trans.de/wp-content/uploads/2018/12/2018-12-19-PE-BVT-Trans-Vater-reicht-Beschwerde-beim-Europ%C3%A4ischen-Gerichtshof-f%C3%BCr-Menschenrechte-ein.pdf (20.1.2019).

Buckel, Sonja, Zwischen Schutz und Maskerade – Kritik(en) des Rechts in *Demirovic, Alex* (Hrsg.), Kritik und Materialität, Münster 2008, 110-131.

Busby, Nicole, The evolution of gender equality and related employment policies: The case of work–family reconciliation, International Journal of Discrimination and the Law 18/2-3 (2018), 104-123.

Butler, Judith, Das Unbehagen der Geschlechter, Frankfurt 1991.

Cahn, Naomi; Selmi, Michael, The Class Ceiling, Maryland Law Review Vol 65 Iss 2 (2006), 435-464.

Caracciolo di Torella, Eugenia, Men in the work/family discourse: the swallows that did not make the summer, Journal of Social Welfare and Family Law 37/3 (2015), 334-343.

Chibber, Vivek, Developments Marxist Class Analysis, in *Bidet, Jacques; Kouvelakis, Stathis* (Hrsg.), Critical Companion to Contemporary Marxism, Leiden 2008, 353-367.

Christman, John, Introduction, in *Christman, John*, The Inner Citadel, New York 1989, 3-27.

Cvitkovich, Nicole, Väterkarenz: der Weg zu gleichen Löhnen? Eine Möglichkeit zur Reduktion der Lohndiskriminierung, Hamburg 2012.

Correll, Shelley; Benard, Stephen; Paik, In, Getting a Job: Is There a Motherhood Penalty? *American Journal of Sociology*, Vol 112 Nr 5 (2007), 1297-1338.

Diamond, Jared, Father's Milk. From goats to people, males can be mammary mammals, too, *discovermagazine.com* v 1.2.1995, <http://discovermagazine.com/1995/feb/fathersmilk468> (7.6.2019).

Dib, Ilia, Mutterschutz und Elternkarenz, Beitrag Momentum 09 (2011), http://momentum-kongress.org/cms/uploads/documents/Beitrag_Dib16_5_2011_5851.pdf (10.2.2019).

Diehl, Sarah, Die Uhr, die nicht tickt. Kinderlos glücklich. Eine Streitschrift, Zürich 2014.

Dirschmied, Karl, Karenzgeldgesetz. Band 13 von Manzsche Kurzkommentare zum Arbeits- und Sozialrecht, Wien 2000.

Dolderer, Maya; Holme, Hannah; Jerzak, Claudia; Tietge, Ann-Madeleine, O mother, where art thou? Vorwort, in *Dolderer, Maya; Holme, Hannah; Jerzak, Claudia; Tietge, Ann-Madeleine* (Hrsg.), O mother, where art thou? (Queer-)Feministische Perspektiven auf Mutterschaft und Mütterlichkeit, Münster 2016, 7-23.

Donath, Orna, Regretting Motherhood. A Sociopolitical Analysis, *Signs* 2015 Vol 40 Nr 2, 343-367.

Doll, Isabell; Rössl, Ines; Sagmeister, Maria, 30 Jahre Genderwahnsinn. Brüche und Kontinuitäten in den Legal Gender Studies, *juridikum* 1/2019, 7-18.

Dremsek, Anna, Väter in Elternkarenz, Die Folgen des Bezugs von Kinderbetreuungsgeld für den Erwerbsverlauf von Männern, Sozialministerium (Hrsg.), Wien 2014, broschuerenservice.sozialministerium.at/Home/Download?publicationId=268 (2.5.2019).

Dörfler, Sonja, Elterliche Arbeitsteilung in Österreich und Schweden. Die Entwicklung institutioneller und kultureller Rahmenbedingungen von 1990 bis heute, Wiesbaden 2019.

Dowd, Nancy, Fatherhood and Equality: Reconfiguring Masculinities, *Suffolk U. L. Rev.* 45 (2012) 1047-1081.

Dullnig, Iris; Eckert, Julia; Limberger, Petra, Ene mene muh und raus bist du! – Trotz Mutterschaft noch mitspielen? Zur Vereinbarkeit von Anwältinnenschaft und Familie, *juridikum* 2019, 19-30.

Eckstein, Nina, Mit oder ohne Männer – eine anhaltende Kontroverse, *juridikum* 2 (2011), 270-272.

Elsuni, Sarah, Feministische Rechtstheorie, in *Buckel, Sonja; Christensen, Ralph; Fischer-Lescano, Andreas*, Neue Theorien des Rechts, Stuttgart 2006, 163-185.

Ennsmann, Brigitte, Frauenpolitik und Frauenarbeit im Austrofaschismus, unveröff. Dipl. phil, Universität Wien, 1993.

Enzelsberger, Julia, Gesetzliche Neuerungen im arbeitsrechtlichen Elternschutz. Änderungen im MSchG, VKG und AngG seit 1.1.2016 in Kraft, ZAS 2016, 67-72.

Ercher, Gerda; Stech, Edda, Stillzeiten und Beschäftigungsverbote für Stillende. §§ 4a und 9 MuttSchG in der Praxis, ASoK 6 (2006), 217 (web, rdb.at).

Europäische Kommission, Indexierung von Familienleistungen: Kommission eröffnet Vertragsverletzungsverfahren gegen Österreich, Pressemitteilung v 24.1.2019, http://europa.eu/rapid/press-release_IP-19-463_de.htm (1.6.2019).

Eurostat, Quote der von Armut bedrohten Personen nach Armutsgefährdungsgrenze, Alter und Geschlecht – EU-SILC Erhebung, <https://bit.ly/2rVYrrM> (14.3.2019).

Eydal, Björk Guony; Gislason, Ingolfur, Iceland, in *Blum, Sonja; Koslowski, Alison; Macht, Alexandra; Moss, Peter* (Hrsg.), International network on leave policies and related research, 14. Review of leave policies and related research 2018, 205-211.

Fedor, Lauren, Time off for new fathers raises bias awareness, Financial Times v 8.3.2019, www.ft.com/content/b3955388-189b-11e9-b191-175523b59d1d (25.6.2019).

Fineman, Martha Albertson, The Vulnerable Subject: Anchoring Equality in the Human Condition, Yale Journal of Law & Feminism 2008, 1-23.

Finley, Lucinda, Transcending Equality Theory: A Way out of the Maternity and Workplace Debate, Columbia Law Review 86 (1986) 1118-1182.

Fischer-Czermak, Constanze, Medizinisch unterstützte Fortpflanzung für lesbische Paare, EF-Z 2014, 61-63.

Flood, Michael, Men and Gender Equality, in *Flood, Michael; Howson, Richard* (Hrsg.), Engaging Men in Building Gender Equality, Cambridge 2015, 1-31.

Florian, Verena, Mut zum Rollentausch. 50 beruflich erfolgreiche Frauen und Männer in Väterkarenz erzählen, Wien 2019.

Floßmann, Ursula, Die beschränkte Grundrechtssubjektivität der Frau. Ein Beitrag zum österreichischen Gleichheitsdiskurs, in *Gerhard, Ute* (Hrsg.), Frauen in der Geschichte des Rechts: von der Frühen Neuzeit bis zur Gegenwart, München 1997, 293-324, 303.

Freudenschuß, Ina, Hausarbeit ist unsichtbar – und das soll so bleiben, awblog v 30.11.2018, <https://awblog.at/hausarbeit-ist-und-bleibt-unsichtbar/> (6.6.2019).

Freytag, Stefan, Ist die Diskriminierung sachlich zu rechtfertigen? juridikum 1 (1989), 16-17.

Freyenschlag, Sophia, Forschende Papas auf Babypause, Wiener Zeitung Online v 6.4.2010, www.wienerzeitung.at/themen_channel/wissen/forschung/227416_Forschende-Papas-auf-Babypause.html (23.11.2018).

Frug, Mary Joe, A Postmodern Feminist Legal Manifesto (An Unfinished Draft), Harvard Law Review 105/5 (1992), 1045-1075.

Gerhartl, Andreas, Familienzeitbonus und Änderungen beim Kinderbetreuungsgeld. Finanzielle Unterstützung für erwerbstätige Väter – Umstellung auf ein Kinderbetreuungsgeld-Konto, iFamZ 5 (2016), 281-283.

Gerlach, Irene (Hrsg.), Einleitung: Wandel von Elternschaft als Herausforderung für familienpolitische Akteure und Eltern, in *Gerlach, Irene* (Hrsg.), Elternschaft. Zwischen Autonomie und Unterstützung, Familie und Familienwissenschaft, Wiesbaden 2017, 9-19.

Ghassemi, Sonja; Kronsteiner-Mann, Christa (Statistik Austria), Zeitverwendung 2008/09 Ein Überblick über geschlechtsspezifische Unterschiede. Endbericht der Bundesanstalt Statistik Österreich an die Bundesministerin für Frauen und Öffentlichen Dienst (GZ: BKA-F140.300/0003-II/1/2008), www.statistik.at/web_de/static/zeitverwendung_200809__ein_ueberblick_ueber_geschlechtsspezifische_untersc_052108.pdf (2.5.2019).

Gillespie, Dair, Who has the power? The Marital Struggle, Journal of Marriage and Family 33/3 (1971) 445-458.

Goffman, Erving, The Arrangement between the Sexes, Theory and Society 4/3 (1977), 301-331.

Goodman, Amy, On International Women's Day, Women Declare: Emancipation Comes Through the Rejection of Capitalism, Interview mit *Tithi Bhattacharya*, altnet.org v 8.3.2018, www.altnet.org/2018/03/international-womens-day-women-declare-emancipation-comes-through-rejection-capitalism/ (14.3.2019).

Gruber, Bernhard, Die neue „Familienzeit“ – ein unbezahlter Urlaub mit Überraschungen? ecolex 6 (2017), 547-550.

Guerrero, Marion, Who may I dance with at the revolution? Männer als Feministen, juridikum 4 (2011), 534-536.

Guóth-Gumberger, Martá im Interview, Auch Adoptivmütter legen ihr Kind einfach an die Brust, taz v 9.10.1999, www.taz.de/!1267698/ (6.6.2019).

Hage, Jaap, Can Legal Theory be objective?, in *Husa, Jaakko; Van Hoecke, Mark* (Hrsg.), Objectivity in Law and Legal Reasoning, Oxford 2013, 23-44.

Hagelüken, Alexander, Wenn alles an ihr hängt, Sueddeutsche.de v 16.5.2019, www.sueddeutsche.de/wirtschaft/beruf-und-familie-wenn-alles-an-ihr-haengt-1.4444055?fbclid=IwAR1vsHNHs5k3JW75Eb0I3CQffjtQaMHC0yPfnRf3nxHJn_DnJ_GMXvcBJc (21.5.2019).

Hassoun, Nicole, Raz on the Right to Autonomy, European Journal of Philosophy 22/1 (2014), 96-109.

Haug, Frigga, Die Vier-in-einem-Perspektive als Leitfaden für Politik, Das Argument 291 (2011), 241-250.

Hausbichler, Beate, Pensionssplitting – Warum es das gibt und was es bringen kann, *derstandard.at* v 9.4.2019, *derstandard.at/2000101030770/Pensionssplitting-Warum-es-das-gibt-und-was-es-bringen-kann* (25.4.2019).

Hausen, Karin, Arbeiterinnenschutz, Mutterschutz und gesetzliche Krankenversicherung im Deutschen Kaiserreich und in der Weimarer Republik. Zur Funktion von Arbeits- und Sozialrecht für die Normierung und Stabilisierung der Geschlechterverhältnisse, in *Gerhard, Ute* (Hrsg.), *Frauen in der Geschichte des Rechts*, München 1997, 713-743.

Hauser, Karin, Die Anfänge der Mutterschaftsversicherung. Deutschland und Schweiz im Vergleich, Diss. Universität Zürich 2002.

Hecken, Anna Etta, Bildungsexpansion und Frauenerwerbstätigkeit, in *Hadjar, Andreas; Becker, Rolf* (Hrsg.), *Die Bildungsexpansion. Erwartete und unerwartete Folgen*, Wiesbaden 2006, 123-155.

Heddendorp, Henning; Laß, Inga, Nur aufgeschlossen oder wirklich überzeugt? Konzeption und Rahmenbedingungen aktiver Vaterschaft, in *Gerlach, Irene* (Hrsg.), *Elternschaft. Zwischen Autonomie und Unterstützung, Familie und Familienwissenschaft*, Wiesbaden 2017, 71-103.

Heilmann, Andreas; Jähnert, Gabriele; Schnicke, Falko; Schönwetter, Charlott; Vollhardt, Mascha (Hrsg.), *Männlichkeit und Reproduktion. Zum gesellschaftlichen Ort historischer und aktueller Männlichkeitsproduktionen*, Wiesbaden 2015.

Hiebaum, Christian, Symbolische (Rechts-)Politik. Eine Begriffs- und Problemanalyse, *juridikum* 4 (2012) 455-465.

Hill Kay, Herma, Equality and Difference: The Case of Pregnancy, *Berkeley Women's Law Journal* 1 (1985), 1-38.

Hochschild, Arlie Russel, *Second Shift: Working Parents and the Revolution at Home*, New York 1989.

Hochschild, Arlie Russel, Global Care Chains and Emotional Surplus Value, in *Hutton, Will* (Hrsg.), *On the edge: living with global capitalism*, London 2001, 130-146.

Holzleithner, Elisabeth, Wandel der Geschlechterverhältnisse durch Recht? Ein Streifzug durch feministische Rechtswissenschaften und Legal Gender Studies, in *Arioli, Kathrin; Cottier, Michelle; Farahmand, Patricia; Küng, Zita* (Hrsg.), *Wandel der Geschlechterverhältnisse durch Recht?* Zürich/St. Gallen 2008, 3-19.

Holzleithner, Elisabeth, Emanzipation durch Recht?, *Kritische Justiz* 3 (2008), 250-256.

Holzleithner, Elisabeth, Der Kopftuchstreit zwischen Feminismus und Multikulturalismus, in *Berghahn, Sabine; Rostock, Petra*, *Der Stoff, aus dem Konflikte sind*, Bielefeld 2009, 341-360.

Holzleithner, Elisabeth, Geschlecht und Identität im Rechtsdiskurs, in *Querelles. Jahrbuch für Frauen- und Geschlechterforschung*, Bd 14 (2009), 37-62.

Holzeithner, Elisabeth, Dimensionen gleicher Freiheit. Recht und Politik zwischen Toleranz und Multikulturalismus, unveröff. Habilitationsschrift, Wien 2011.

Holzeithner, Elisabeth, Geschlechterrolle und Fürsorge, in *Kaufmann, Matthias; Renzikowski, Joachim* (Hrsg.), Zurechnung und Verantwortung. Tagung der Deutschen Sektion der Internationalen Vereinigung für Rechts- und Sozialphilosophie vom 22.–24. September 2012 in Halle, Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie Beiheft 134, Stuttgart 2012, 63-77.

Holzeithner, Elisabeth, EU-rechtliche Bestimmungen zum Antidiskriminierungsverbot. Grundlagen und Anwendung, in *Scherr, Albert; Yüksel, Gökçen; El-Mafaalani, Aladin* (Hrsg.), Handbuch Diskriminierung, Wiesbaden 2017, 211-239.

Höffe, Otfried, Der kategorische Rechtsimperativ. „Einleitung in die Rechtslehre“, in *Höffe, Otfried* (Hrsg.), Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre. Immanuel Kant, Berlin 1999, 41-62, 56.

Israel, Joachim, Der Begriff der Entfremdung. Makrosoziologische Untersuchung von Marx bis zur Soziologie der Gegenwart, Hamburg 1972.

Johansson, Thomas; Klinth, Roger, Caring Fathers: The Ideology of Gender Equality and Masculine Positions, Men and Masculinities, 11/1 (2008), 42–62.

Johansson, Elly-Ann, The effect of own and spousal parental leave on earnings, Institute for Labour Market Policy Evaluation Working Paper 4, Uppsala 2010.

Kant, Immanuel, Metaphysik der Sitten, Erster Teil. Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre, Königsberg 1797, <https://bit.ly/2SM0M4L> (20.7.2019).

Kemper, Andreas; Weinbach, Heike, Klassismus. Eine Einführung, Münster 2010.

Kietzbl, Christoph, Zur Ausnahme der „leitenden Angestellten“ aus dem Arbeitszeitrecht, in *Kietzbl, Christoph; Schörghofer, Felix; Schrammel, Walter* (Hrsg.), Rechtswissenschaft und Rechtskunde: liber amicorum für Robert Rebhahn, Wien 2014, 35-43, 35-36.

Kirchhoff, Auguste, „Mensch sein, heißt Kämpfer sein!“. Schriften für Mutterschutz, Frauenrechte, Frieden und Freiheit 1914-1933, herausgegeben von *Henriette Kirchhoff-Wottrich*, Bremen 2004.

Kleven, Henrik; Landais, Camille; Posch, Johanna; Zweimüller, Josef, Child Penalties Across Countries: Evidence and Explanations, Princeton 2019, www.henrikkleven.com/uploads/3/7/3/1/37310663/klevenetal_aea-pp_2019.pdf (20.3.2019).

Koffmahn, Elisabeth, Die ersten Frauen an den rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultäten und die gegenwärtige Situation, in *Forkl, Martha; Koffmahn, Elisabeth*, Frauenstudium und akademische Frauenarbeit in Österreich, Wien 1968, 29-36.

Kogler, Nina, Religiös fundierte Geschlechterverhältnisse im austrofaschistischen Österreich, Femina Politica 1 (2012), 29-40.

Kolbitsch, Christine, Aus dem Instrumentenkoffer der Männerrechtler. Gemeinsame Obsorge nach Scheidung und das Gerede der VerfechterInnen, *juridikum* 4 (1996), 11-12.

Kontrast Redaktion, Jede 3. ausländische Pflegerin wird ihre Arbeit in Österreich beenden. Folgen der Familienbeihilfe-„Indexierung“, *kontrast.at* v 13.6.2018, *kontrast.at/jede-3-auslaendische-pflegerin-wird-sich-arbeit-in-oesterreich-nicht-mehr-leisten-koennen/* (19.4.2019).

Kretschmann, Andrea, Mit Recht regieren? Zur Verrechtlichung transmigrantischer 24-Stunden-Carearbeit in österreichischen Privathaushalten, in *Scheiwe, Kirsten; Krawietz, Johanna* (Hrsg.), *Transnationale Sorgearbeit. Rechtliche Rahmenbedingungen und gesellschaftliche Praxis*, Wiesbaden 2010, 199-226.

Kruppa, Doreen, „... dass ich durchaus hin- und hergerissen bin, ob nicht 'n anderes Modell her sollte, mit einer Lebensgemeinschaft mit 'nem Mann und 'ner Frau ...“ – Heteronormativität am Beispiel gleichgeschlechtlicher Paare, in *Thiessen, Barbara; Villa, Paula-Irene* (Hrsg.), *Mütter und Väter: Diskurse – Medien – Praxen*, Münster 2009, 143-162.

Kugler, Iris, Gemeinsame Obsorge – der Test. Was der Gatte nicht lernt, lernt der Ex-Gatte nimmermehr, *juridikum* 2 (1997), 48.

Appiano Kugler, Iris, Koordinaten männlicher und weiblicher Diskriminierung, *juridikum* 1 (2009), 55-56.

Lehner, Erich, Die Vorteile aktiver Vaterschaft. Kommentar der anderen, *derstandard.at* v 30.11.2018, https://derstandard.at/2000092834348/Die-Vorteile-aktiver-Vaterschaft?fbclid=IwAR2zftp2K8Mc_HVheyTUzZJI_8kN9ozZZ61iOxpWJcyCKBhFLfcB5HNYUMs (20.6.2019).

Lembke, Ulrike; Liebscher, Doris, Postkategoriales Antidiskriminierungsrecht? – Oder: Wie kommen Konzepte der Intersektionalität in die Rechtsdogmatik? in *Apostolovski, Veronika; Meier, Isabella; Philipp, Simone; Schmidlechner, Karin Maria; Starl, Klaus* (Hrsg.), *Intersektionelle Benachteiligung und Diskriminierung*, Baden-Baden 2014, 261-290.

Leitner, Erwin, Aus der Geschichte des Arbeits- und Sozialrechts. Was vor 50 Jahren geschah, *DRdA* 42/3 (1992) 253-254.

Littleton, Christine, Reconstructing Sexual Equality, *California Law Review*, Vol 75 Nr 4 (1987), 1279-1337.

Lutz, Helma, „Die 24-Stunden-Polin“ – eine intersektionelle Analyse transnationaler Dienstleistungen, in *Klinger, Cornelia; Knapp, Gudrun-Axeli; Sauer, Birgit* (Hrsg.), *Achsen der Ungleichheit. Zum Verhältnis von Klasse, Geschlecht und Ethnizität*, Frankfurt am Main 2007, 210-234.

Mackenzie, Catriona, The importance of Relational Autonomy and Capabilities for an Ethics of Vulnerability, in *Mackenzie, Catriona; Rogers, Wendy; Dodds, Susan* (Hrsg.), *Vulnerability. New Essays in Ethics and Feminist Philosophy*, Oxford 2013, 33-56.

MacKinnon, Catharine, *Feminism Unmodified*, Cambridge 1987.

MacKinnon, Catharine, Toward a Feminist Theory of the State, Cambridge 1989.

MacKinnon, Catharine, From Practice to Theory, or What is a White Woman Anyway? Yale Journal of Law and Feminism, Vol 4 Issue 1 (1991), 13-22.

Maihofer, Andrea, Freiheit – Selbstbestimmung – Autonomie, in *Baer, Susanne; Sacksofsky, Ute* (Hrsg.), Autonomie im Recht – geschlechtertheoretisch vermessen, Baden-Baden 2018, 31-60, 44.

Maihofer, Andrea, Pluralisierung von Familienformen – Zerfall der Gesellschaft oder neoliberal passgerecht? in *Pühl, Katharina; Sauer, Birgit* (Hrsg.), *Kapitalismuskritische Gesellschaftsanalyse*, Münster 2018, 113-138.

Mandel, Hadas, Rethinking the paradox: tradeoffs in work-family policy and patterns of gender inequality, Community, Work & Family 14/2 (2011), 159-176.

Mandel, Hadas, Winners and losers: The impact of welfare policies on gender inequality across classes, European Sociological Review, 28/2 (2012), 241-262, 242.

Mandel, Hadas; Semyonov, Moshe, A welfare state paradox: State interventions and women's employment opportunities in 22 countries, American Journal of Sociology, 111/6 (2006), 1910-1949.

Marat, Eva Maria, Mutterschutzgesetz Kommentar, Wien 2016.

Mauerer, Gerlinde, Paternal Leave and Part-Time Work in Austria: Rearranging Family Life, in *Musumeci, Rosy; Santero, Arianna* (Hrsg.), Fathers, Childcare and Work: Cultures, Practices and Policies, Contemporary Perspectives in Family Research 12, Yorkshire 2018, 183-207.

Mauerer, Gerlinde, Alltagshandeln und Männlichkeitsentwürfe von Vätern in Elternkarenz – Postpatriarchale Betrachtungen? Ergebnisse aus zwei qualitativen soziologischen Analysen in feministischer Reflexion. Online-Publikation in der Reihe „feminismen diskutieren“: www.vfw.or.at/wp-content/uploads/2016/03/Mauerer_V%C3%A4terkarenz-und-feministische-Diskussion_2016.pdf (28.2.2019).

Mayr, Klaus, Arbeitsrecht Kommentar, Onlineausgabe (rdb.at Stand 1.6.2019).

McDonald, Paula; Jeanes, Emma (Hrsg.), Men, Wage Work and Family, New York 2012.

McGlynn, Clare, Ideologies of Motherhood in European Community Sex Equality Law, European Law Journal 6/1 (2000), 29-44.

McGinley, Ann, Masculinites at Work, Oregon Law Review 83/2 (2004), 359-434.

McGinley, Ann, Work, Caregiving and Masculinities, Seattle University Law Review 34 (2011), 703-723.

Meuser, Michael, Vom Ernährer der Familie zum ‚involvierten‘ Vater. Zur ambivalenten Modernisierung von Männlichkeitsfigurationen. gender literatur kultur 6/2 (2005), 91-106.

Meyer, Marlies, Gedanken einer Ketzerin? Zur Entlohnung der Hausarbeit, *juridikum* 4 (1995), 17-19.

Minow, Martha, Justice Engendered, Foreword, *The Supreme Court Term 1986*, 101 *Harvard Law Review*, 10, November 1987.

Minow, Martha; Shanley, Mary Lyndon, Relational Rights and Responsibilities: Revisioning the Family in Liberal Political Theory and Law, *Hypatia* 11/1 (1996), 4-29.

Mitschka, Miriam; Tinhofer, Andreas, Kein Recht auf gleichen Job nach Karenz, *derStandard* v 4.6.2018.

Moller Okin, Susan, Gender the Public and the Private, in *Held, David* (Hrsg.), *Political Theory Today*, Oxford 1991, 67-90.

Mosler, Rudolf, Die sozialversicherungsrechtliche Stellung freier Dienstnehmer, *DRdA* 6 (2005), 487 (oS rdb.at).

Neyer, Gerda, Karenzurlaub in Österreich. Zur sozialpolitischen Konstruktion geschlechtlicher Ungleichheit am Beispiel einer empirischen Analyse der Wirkungen von Mutterschutzleistungen in Österreich, Wien 1996.

Neyer, Gerda, Die Entwicklung des Mutterschutzes in Deutschland, Österreich und der Schweiz von 1877 bis 1945, in *Gerhard, Ute* (Hrsg.), *Frauen in der Geschichte des Rechts*, München 1997, 744-758.

Neyer, Gerda, Risiko und Sicherheit: Mutterschutzleistungen in Österreich. Wirkungen von Karenzgeld und Sonder-Notstandshilfe auf die Arbeitsmarktsituation von Frauen, Wien 1990.

NN, „Dass er dann Hunger kriegt, war nicht geplant“ (Interview mit Christine und Michael Heindl), *derStandard.at* v 3.12.2010, <https://bit.ly/2QrWaj3> (25.5.2019).

NN, „Papa-Monat“ in der Privatwirtschaft, *derstandard.at* v 28.6.2011, derstandard.at/1308679857713/Heinisch-Hosek-Papa-Monat-in-der-Privatwirtschaft (23.11.2018).

NN, Papamonat: 6.070 Personen stellten bisher einen Antrag, *derstandard.at* v 19.7.2018, derstandard.at/2000083773221/6-070-Oesterreicher-stellten-Antrag-auf-Papamonat (23.11.2018).

NN, In welchen Branchen Frauen besonders diskriminiert werden, *derstandard.at* v 26.2.2019, derstandard.at/2000098575773/In-welchen-Branchen-Frauen-besonders-diskriminiert-werden (21.3.2019).

NN, Rechtsanspruch auf Papa-Monat kommt, *diepresse.at* v 12.6.2019, <https://diepresse.com/home/innenpolitik/5643242/Rechtsanspruch-auf-PapaMonat-kommt> (17.6.2019).

Nowak, Jörg, Geschlechterpolitik und Klassenherrschaft. Eine Integration marxistischer und feministischer Staatstheorien, Münster 2009.

O'Grady, Siobhán, New Zealand's prime minister faces criticism for adjusting her official schedule to breast-feed, Washington Post v 4.9.2018, <https://wapo.st/2MatGMc> (20.5.2019).

Oakley, Anne, Women's Work: The Housewife, Past and Present, New York 1974.

Ogorek, Regina, Richter und Politik – aus historischer Sicht, in *Ogorek, Regina; Barnert, Elena; Simon, Dieter* (Hrsg.), Aufklärung über Justiz (2008), 139-155.

Olin Wright, Erik, Class and Occupations, Theory and Society 9/1 (1980), 177-214.

O'Neill, Onora, Justice, Capabilities, and Vulnerabilities, in *Nussbaum, Martha; Glover, Jonathan* (Hrsg.), Women, Culture, and Development: A Study of Human Capabilities, Oxford 1995, 140-152.

Pateman, Carole, The Disorder of Women, Stanford 1990.

Pauer-Studer, Herlinde, Freiheit und Gleichheit: Zwei Grundwerte und ihre Bedeutungen, in *Pauer-Studer, Herlinde; Nagl-Docekal, Herta*, Freiheit, Gleichheit und Autonomie, Wien 2003, 234-274.

Petermann, Arne; Ebbing, Tobias; Paul, Michael, Das Tätigkeitsprofil von Betreuungspersonen in häuslicher Gemeinschaft, herausgegeben von der Berufsakademie für Gesundheits-und Sozialwesen Saarland (BAGSS) im Auftrag des Verbandes für häusliche Betreuung und Pflege e.V. und der Hausengel PflegeAllianz e.V., Saarbrücken 2017.

Peukert, Almut, Aushandlungen von Paaren zur Elternzeit, Geschlecht und Gesellschaft 61, Wiesbaden 2015.

Polatnick, Margaret, Why men don't rear children: A Power Analysis, Berkeley Journal of Sociology, Vol 18 (1973-74), 45-86.

Popp, Adelheid, Schutz der Mutter und dem Kinde, Wien 1910, Austrian Literature Online: www.literature.at/viewer.alo?objid=11144&viewmode=fullscreen&scale=3.33&rotate=&page=11 (10.2.2019).

Popp, Ulrike, Das hegemoniale Familienleitbild zwischen anachronistisch-restaurativen Tendenzen und gegenwärtigen Familienrealitäten – Über Paradoxien in Medien und Alltagsdiskursen, in *Thiessen, Barbara; Villa, Paula-Irene* (Hrsg.), Mütter und Väter: Diskurse – Medien – Praxen, Münster 2009, 91-105.

Pöschl, Magdalena, Gleichheit vor dem Gesetz, Wien 2008.

Possinger, Johanna, Neue Väter auf Zeit? Praktiken und Hindernisse egalitärer Vaterschaft, in *Heilmann, Andreas; Jähnert, Gabriele; Schnicke, Falko; Schönwetter, Charlott; Vollhardt, Mascha* (Hrsg.), Männlichkeit und Reproduktion. Zum gesellschaftlichen Ort historischer und aktueller Männlichkeitsproduktionen, Wiesbaden 2015, 135-154.

Possinger, Johanna, Familie: Wandel und Persistenz von Geschlecht in der Institution Familie in *Kortendiek, Beate; Riegraf, Birgit; Sabisch, Katja* (Hrsg.), Handbuch Interdisziplinäre Geschlechterforschung, Geschlecht Und Gesellschaft 65, Wiesbaden 2019, 1281-1290.

Pramer, Philip; Scherndl, Gabriele; Tomaselli, Elisa, *Pflegerin Elena und ihre stille Armee*, Reportage, derstandard.at v 21.7.2018, derstandard.at/2000083855872/Pflegerin-Elena-und-ihre-stille-Armee (6.6.2019).

Putz, Sabine; Stockhammer, Hilde; Sturm, René (Hrsg.), *Geschlecht, Berufswahl und Arbeitsmarkt. Eine aktuelle Projektschau der Abt. Arbeitsmarktforschung und Berufsinformation und der Abt. Arbeitsmarktpolitik für Frauen des AMS Österreich*, Wien 2015.

Rauch, Thomas, *Änderungen im Karenzrecht*, *ecolex* 4 (2000), 302 (web, rdb.at).

Rawls, John, *A Theory of Justice*, Cambridge 1999.

Raz, Joseph, *Morality of Freedom*, Oxford 1986.

Rebhahn, Robert, *Arbeitszeitrecht und Erwerbsfreiheit des Arbeitnehmers – eine Erwiderung*, *wbl* 1996, 56-58.

Reichel, Kristin, „Das soziale Dilemma der Frau“ – Die Erwerbsarbeit verheirateter Frauen im Diskurs der Internationalen Arbeitsorganisation (1950-1965) Beitrag zum Themenschwerpunkt „Europäische Geschichte – Geschlechtergeschichte“, in *Themenportal Europäische Geschichte*, 2011, www.europa.clio-online.de/essay/id/fdae-1550 (20.7.2019).

Reidl, Sybille; Schiffbänker, Helene (Joanneum Research), *Karenzväter in Zahlen. Ergebnisse einer Analyse von Daten des Hauptverbands der Sozialversicherungsträger*, Wien 2014, www.joanneum.at/fileadmin/user_upload/imported/content_uploads/Vaeterkarenz_in_Zahlen_11.pdf (2.5.2019).

Richards, David, *Autonomy and the Law*, in *Christman, John*, *The inner Citadell, Essays on Individual Autonomy*, Oxford 1989, 246-259.

Riger, Stephanie, Comment on „Women’s History Goes to Trial: EEOC v. Sears, Roebuck and Company“, *Signs*, Vol 13 No 4 (1988), 897-903.

Rille-Pfeiffer, Christiane; Kapella, Olaf, *Evaluierungsstudie Kinderbetreuungsgeld. Einkommensabhängige und pauschale Bezugsvariante 12+2 Monate*, Forschungsbericht Nr 9 des Österreichischen Institut für Familienforschung, Wien 2012.

Risak, Martin, *Emanzipatorische Aspekte der Arbeitszeitregulierung*, *momentum quarterly* 2016, 75-87.

Risak, Martin, *Mutterschutzrichtlinie 82/85/EG*, in *Franzen, Martin; Gallner, Inken; Oetker, Hartmut* (Hrsg.), *Kommentar zum europäischen Arbeitsrecht*², München 2017.

Rössl, Ines, *Zwischen Status, Vertrag und gelebten Verhältnissen. Aktuelle EGMR-Judikatur zu Väterrechten und gleichgeschlechtlicher Elternschaft*, in *Ulrich, Silvia; Neuwirth, Karin* (Hrsg.), *Zum Verhältnis von Reproduktion, Erwerbsarbeit und fairer Budgetpolitik*, *Linzer Schriften zu Gender und Recht* 56 (2015), 3-31.

Rössl, Ines, Zwiespältige Debatten – Ein Tag auf der Konferenz „Männerpolitik. Beiträge zur Gleichstellung der Geschlechter“, *juridikum* 4 (2014), 533-536.

Rössler, Beate, Bedingungen und Grenzen von Autonomie, in *Pauer-Studer, Herlinde; Nagl-Docekal, Herta* (Hrsg.), *Freiheit, Gleichheit und Autonomie*, Wien 2003, 327-357.

Beate Rössler im Interview, 2011, www.tagesspiegel.de/wissen/philosophin-beate-roessler-autonomie-ist-eine-abhaengige-freiheit-seite-2/5733014-2.html (26.4.2019).

Rössler, Beate, Sinnvolle Arbeit Und Autonomie, *Deutsche Zeitschrift Für Philosophie* 60/4 (2012), 513-534.

Rössler, Beate, *Autonomie. Ein Versuch über das gelungene Leben*, Berlin 2017.

Ruby, Sophie; Scholz, Sylka, Care, care work and the struggle for a careful world from the perspective of the sociology of masculinities, *Österreichische Zeitschrift für Soziologie* 43 (2018), 73-83.

Rüling, Anneli, Das Stillen: Traditionalisierung der Arbeitsteilung durch naturalisierende Deutungen von Geschlecht? in *Rehberg, Karl-Siegbert* (Hrsg.), *Die Natur der Gesellschaft: Verhandlungen des 33. Kongresses der Deutschen Gesellschaft für Soziologie in Kassel 2006*, Frankfurt am Main 2008, 4774-4786.

Sabara, Bettina, Arbeitsrechtliche Aspekte des freien Dienstvertrags, *ARD* 6493/4 (2016), https://lesen.lexisnexis.at/_/arbeitsrechtliche-aspekte-des-freien-dienstvertrags/artikel/ard/2016/6493/ARD_2016_6493_004.html (4.7.2019).

Sabara, Bettina, Änderung von MSchG und VKG – BGBl, *Rechtsnews* Nr. 20847 vom 29.12.2015, [zus.lexisnexis.at/news/aenderung-von-mschg-und-vkg-bgbl/pvp/aktuelles/2015/53/lnat_news_020847.html](https://lesen.lexisnexis.at/news/aenderung-von-mschg-und-vkg-bgbl/pvp/aktuelles/2015/53/lnat_news_020847.html) (22.8.2018).

Sagmeister, Maria, Mutterschutz zwischen der Anerkennung faktischer Ungleichheit und der Reproduktion von Geschlechterrollen in der Rsp des EuGH, in *Lanser, Cornelia; Potocnik-Manzouri Corinna; Safron, Johannes; Wieser, Nikolaus* (Hrsg.), *Social Europe? Tagung junger EuroparechtlerInnen*, Wien 2018, 125-160.

Sagmeister, Maria, Vereinbarkeit als Verteilungsfrage, *juridikum* 2 (2019), 268-276.

Sagmeister, Maria, Mutterschutz, Papa-Monat und heteronormative Familienorganisation, *Zeitschrift GENDER* 2019, iE.

Sander, Nadine, *Das akademische Prekariat. Leben zwischen Frist und Plan*, Köln 2017.

Sanders, Anne, *Mehrelternschaft. Beiträge zum Privatrecht*, Band 227, Tübingen 2018.

Sauer, Birgit, Gewalt, Geschlecht, Kultur. Fallstricke aktueller Debatten um „traditionsbedingte“ Gewalt, in *Sauer, Birgit; Strasser, Sabine* (Hrsg.), *Zwangsfreiheiten: Multikulturalität und Feminismus*, Wien 2008, 49-62.

Scambor, Elli; Faßhauer, Markus, *Strukturelle Rahmenbedingungen aktiver Vaterschaft*

Fokus – Karenzregelungen und Teilzeit in Österreich, Beitrag zur Entwicklungspartnerschaft „karenz und karriere. unternehmen aktive karenz für männer und frauen“, Graz 2006.

Schaschek, Sarah, Mutterschaft: "Ich zerreiße mich nicht gern", zeit.de v 29.7.2019, www.zeit.de/zeit-magazin/leben/2019-07/mutterschaft-emanzipation-karriere-hausfrau-kindererziehung (30.7.2019).

Scheele, Alexandra, Arbeit und Geschlecht: Erwerbsarbeit, Hausarbeit und Care, in Kortendiek, Beate; Riegraf, Birgit; Sabisch, Katja (Hrsg.), Handbuch Interdisziplinäre Geschlechterforschung, Wiesbaden 2019, 753-762.

Schein, Corinna, Väter und bezahlte Elternzeit – Ausgestaltungsmerkmale und Inanspruchnahme im europäischen Vergleich, in Gerlach, Irene (Hrsg.), Elternschaft. Zwischen Autonomie und Unterstützung, Familie und Familienwissenschaft, Wiesbaden 2017, 263-284.

Schmidjell, Cornelia, Kinderbetreuungsgeld: Vor- oder Nachteil für Frauen? Vor- oder Nachteil für ArbeitnehmerInnen? in Aichhorn, Ulrike (Hrsg.), Unterhalt – Obsorge – Kinderbetreuungsgeld: aus frauen(rechtlicher) Perspektive, Sammelband zum Salzburger ExpertInnenforum „Frau & Recht“, Wien 2003, 67-78.

Schmitt, Sabine, Der Arbeiterinnenschutz im deutschen Kaiserreich. Zur Konstruktion der schutzbedürftigen Arbeiterin, Stuttgart 1995.

Schöffmann, Peter, Schein und Zeit. Arbeitszeitrecht im Wandel, juridikum 1 (2019), 131-146.

Schreiner, Ute, Geschlecht und Abstammungsrecht. Zur BGH Entscheidung v. 6.9.2017, XII ZB 660/14, juridikum 4 (2018), 456-466.

Schwarzenbacher, Iris, Um die Rechte der Kinder geht es nicht, progress.at v 29.9.2019, progress-online.at/artikel/%E2%80%9Eum-die-rechte-der-kinder-geht-es-nicht (12.3.2019).

Sonntag, Martin, Unions-, verfassungs- und verfahrensrechtliche Probleme der KBGG-Novelle 2016 und des Familienzeitbonusgesetzes. Kritische Untersuchung der Reaktionen des Gesetzgebers auf oberstgerichtliche Rechtsprechung zum Kinderbetreuungsgeld, ASoK 2017, 2 (web. rdb.at).

Speck, Sarah, Bilder und Bürden. Funktionen und Transformationen von Mutterschaft, in Dolderer, Maya; Holme, Hannah; Jerzak, Claudia; Tietge, Ann-Madeleine (Hrsg.), O mother, where art thou? (Queer-)Feministische Perspektiven auf Mutterschaft und Mütterlichkeit, Münster 2016, 26-46.

Statistik Austria, Teilezeitarbeit: Verteilung und Gründe, statistik.at/web_de/statistiken/menschen_und_gesellschaft/soziales/gender-statistik/erwerbstaetigkeit/index.html (12.3.2019).

Statistik Austria, Kinderbetreuungsgeldbezieherinnen und -bezieher nach Geschlecht 2008 bis 2017, erstellt am 14.9.2018, www.statistik.at/web_de/statistiken/menschen_und_gesellschaft/soziales/sozialleistungen_auf_bundesebene/familienleistungen/index.html (2.5.2019).

Statistik Austria, Kinderbetreuungsgeldbezieherinnen und -bezieher nach Erwerbsstatus und Geschlecht 2017, erstellt am 14.9.2018, www.statistik.at/web_de/statistiken/menschen_und_gesellschaft/soziales/sozialleistungen_auf_bundesebene/familienleistungen/index.html (2.5.2019).

Steiner, Friedrich, Kinderbetreuungsgeld für gleichgeschlechtliche Eltern, ZAS 43 (2015), 274-278.

Stelkens, Anke, Wahlarbeitszeit. Schlüssel zu einer selbstbestimmten Erwerbsbiografie, *juridikum* 3 (2016), 388-397.

Sussner, Petra, Warten auf ...? Verfassungs- und unionsrechtliche Perspektiven auf den Mindestsicherungszugang nach einem positiv abgeschlossenen Asylverfahren (Niederösterreichisches Mindestsicherungsgesetz, NÖMSG), *juridikum* 2 (2017), 207-218.

Szigetvari, András, Gehaltseinbußen für Mütter in Österreich besonders stark, *derstandard.at* v 25.1.2019, derstandard.at/2000096990974/Gehaltseinbussen-fuer-Muetter-in-Oesterreich-besonders-stark (20.3.2019).

Teubner, Ulrike, Neue Berufe für Frauen – Modelle zur Überwindung der Geschlechterhierarchie im Erwerbsbereich, Frankfurt 1989.

Theißl, Brigitte, Reform der Mindestsicherung: Auf Kosten der Frauen, *derstandard.at* v 31.3.2019, <https://bit.ly/2ZnLhCX> (20.4.2019).

Thiessen, Barbara, Mutterschaft: zwischen (Re-)Naturalisierung und Diskursivierung von Gender und Care, in *Kortendiek, Beate; Riegraf, Birgit; Sabisch, Katja* (Hrsg.), *Handbuch Interdisziplinäre Geschlechterforschung*, Wiesbaden 2019, 1141-1149.

Thomasberger, Martina, Vaterrecht und Kindeswohl, *juridikum* 3 (1995), 18-19.

Thomasberger, Martina, §§ 1, 2 MSchG in *Burger-Ehrnhofer, Karin; Schrittwieser, Bettina; Thomasberger, Martina*, *Mutterschutzgesetz und Väter-Karenzgesetz*, Wien 2013.

Thurm, Frida, Gute Gründe gegen Kinder, *DieZeit.de* v 7.7.2016, www.zeit.de/gesellschaft/familie/2016-07/kinderwunsch-studie-frauen-sinus-milieus-elterngeld-kinderbetreuung (15.4.2019).

Tragler, Christine, Die Angst der Väter vor der Karenz (Interview mit Arno Hraschan) *derstandard.at* v 27.9.2018, <https://derstandard.at/2000088119796/Die-Angst-der-Vaeter-vor-der-Karenz> (20.6.2019).

Van Hoecke, Mark, Objectivity in Law and Jurisprudence, in *Husa, Jaakko; Van Hoecke, Mark* (Hrsg.), *Objectivity in Law and Legal Reasoning*, Oxford 2013, 3-20.

Wagenknecht, Peter, Was ist Heteronormativität? Zu Geschichte und Gehalt des Begriffs, in *Hartmann, Jutta; Klesse, Christian; Wagenknecht, Peter; Fritzsche, Bettina; Hackmann, Kristina* (Hrsg.), *Heteronormativität. Empirische Studien zu Geschlecht, Sexualität und Macht*, Wiesbaden 2007, 17-35.

Wapler, Friederike, Reproductive Autonomie: rechtliche und rechtsethische Überlegungen, in Baer, Susanne; Sacksofsky, Ute (Hrsg.), Autonomie im Recht – Geschlechtertheoretisch vermessen, Baden-Baden 2018, 185-215.

Wapler, Friederike, Personenstandsrecht – Anmerkung zum Beschluss des BGH vom 06.09.2017 - XII ZB 660/14, FamRZ 22 (2017), 1855-1862.

Wapler, Friederike, Kinderrechte und Kindeswohl, Tübingen 2015.

Warner, Michael, Introduction: Fear of a Queer Planet, *Social Text* 29 (1991), 3-17.

Westerman, Pauline, The Impossibility of an Outsiders Perspective, in Husa, Jaakko; Van Hoecke, Mark (Hrsg.), Objectivity in Law and Legal Reasoning, Oxford 2013, 45-66.

WHO, Intrapartum care for a positive childbirth experience. Transforming care of women and babies for improved health and well-being, 2018, apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/272447/WHO-RHR-18.12-eng.pdf?ua=1 (5.3.2019).

Williams, Joan, Gender War: Selfless Women in the Republic of Choice, *NYU Law Review* 66 (1991), 1559-1634.

Williams, Joan, The Maternal Wall, *Harvard Business Review* Oct 2004, hbr.org/2004/10/the-maternal-wall (20.3.2019).

Williams, Joan, Reshaping the Work-Family Debate. Why men and class matter, Cambridge 2010.

Wimbauer, Christine; Motakef, Mona, Paarbeziehungen: Paare und Ungleichheiten als Gegenstand der Geschlechterforschung, in Kortendiek, Beate; Riegraf, Birgit; Sabisch, Katja (Hrsg.), Handbuch Interdisziplinäre Geschlechterforschung, Wiesbaden 2019, 1103-1110.

Windthorst, Kay, Kommentierung von Art. 6, in Gröpl, Christoph; Windthorst, Kay; von Coelln, Christian (Hrsg.), Grundgesetz: Studienkommentar³, München 2017.

Windisch-Graetz, Michaela, Diskriminierung wegen beabsichtigter Inanspruchnahme von Väterkarenz, OGH 25.10.2011, 9 Ob A 78/11b, *ecolex* 69/2 (2012), 162-164.

Windisch-Graetz, Michaela, § 3 GIBG, Gleichbehandlungsgebot im Zusammenhang mit dem Arbeitsverhältnis, in Neumayr, Matthias; Reissner, Gert (Hrsg.), Zeller Kommentar (Zellkomm)⁶, (Stand 1.1.2018, rdb.at).

Windisch-Graetz, Michaela, Arbeitsrecht II. Sachprobleme¹⁰, Wien 2015.

Wipperman, Carsten (Friedrich Ebert Stiftung), Was junge Frauen wollen. Lebensrealitäten und familien- und gleichstellungspolitische Erwartungen von Frauen zwischen 18 und 40 Jahren, Berlin 2016, <http://library.fes.de/pdf-files/dialog/12633.pdf> (15.4.2019).

Wöhl, Stefanie, Klasse–Geschlecht: kapitalistische Entwicklung und geschlechtsspezifische Arbeitsteilung, in Kortendiek, Beate; Riegraf, Birgit; Sabisch, Katja, (Hrsg.), Handbuch Interdisziplinäre Geschlechterforschung, Wiesbaden 2019, 77-86.

Woltersdorff, Volker, Heteronormativitätskritik: ein Konzept zur kritischen Erforschung der Normalisierung von Geschlecht und Sexualität, in Kortendiek, Beate; Riegraf, Birgit; Sabisch, Katja, (Hrsg.), Handbuch Interdisziplinäre Geschlechterforschung, Wiesbaden 2019, 323-330.

Wytenbach, Judith, Art 5, Allgemein, in Schläppi, Erika; Ulrich, Silvia; Wytenbach, Judith (Hrsg.), CEDAW. Kommentar zum Übereinkommen der Vereinten Nationen zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau. Allgemeine Kommentierung – Umsetzung in der Schweiz – Umsetzung in Österreich, Bern 2015.

Young, Iris Marion, Pregnant Embodiment: Subjectivity and Alienation, in On Female Body Experience: „Throwing Like a Girl“ and Other Essays, Oxford 2005.

Ziegler, Sabine, Geschlechtsspezifische Schutzgesetze aus Sicht der Frauenforschung am Beispiel des Nachtarbeitsverbots für Frauen, in Floßmann, Ursula (Hrsg.), Recht, Geschlecht und Gerechtigkeit. Frauenforschung in der Rechtswissenschaft, Linzer Schriften zur Frauenforschung 1997, 381-405.

Zilberszac, Nicole, Objektivität in den Rechtswissenschaften. Wirkmächtige Illusion oder unverzichtbares Ideal?, *juridikum* 1 (2018), 38-48.

11. Judikaturverzeichnis

11.1. Europäischer Gerichtshof

EuGH 16.10.1983, C-163/82, *Kommission v Italien*, ECLI:EU:C:1983:295.

EuGH 12.7.1984, Rs 184/83, *Hofmann*, ECLI:EU:C:1984:273.

EuGH 25.10.1988, Rs 312/86, *Kommission v Frankreich*, EU:C:1988:485.

EuGH 8.11.1990, C-177/88, *Dekker*, CLI:EU:C:1990:383.

EuGH 25.7.1991, C-345/89 *Stoeckel*, ECLI:EU:C:1991:324.

EuGH 5.5.1994, C-421/92, *Habermann-Beltermann*, ECLI:EU:C:1994:187.

EuGH 14.7.1994, C-32/93, *Webb v EMO*, ECLI:EU:C:1994:300.

EuGH 29.5.1997, C-400/95, *Larsson*, ECLI:EU:C:1997:259.

EuGH 30.4.1998, C-136/95, *Thibault*, ECLI:EU:C:1998:178.

EuGH 17.6.1998, C-243/95, *Hill and Stapleton*, ECLI:EU:C:1998:298.

EuGH 30.6.1998, C-394/96, *Brown*, ECLI:EU:C:1998:331.

EuGH 27.10.1998, C-411/96, *Boyle*, ECLI:EU:C:1998:506.

EuGH 14.9.1999, C-249/97, *Gruber*, ECLI:EU:C:1999:405.

EuGH 29.11.2001, C-366/99, *Griesmar*, ECLI:EU:C:2001:648.

EuGH 19.3.2002, C-476/99, *Lommers*, ECLI:EU:C:2002:183.

EuGH 8.6.2004, C-220/02, *Österreichischer Gewerkschaftsbund*, ECLI:EU:C:2014:2197.

EuGH 14.4.2005, *Kommission/Luxemburg*, C-519/03, EU:C:2005:234.

EuGH 20.9.2007, C-116/06, *Kiiski*, ECLI:EU:C:2007:536.

EuGH 26.2.2008, C-506/06, *Mayr*, ECLI:EU:C:2008:119.

EuGH 30.9.2010, C-104/09, *Roca Álvarez*, ECLI:EU:C:2010:561.

EuGH 11.11.2010, C-232/09, *Danosa*, ECLI:EU:C:2010:674.

EuGH 19.9.2013, C-5/12, *Montull*, ECLI:EU:C:2013:57.

EuGH, 18.3.2014, C-167/12, *C. D.*, ECLI:EU:C:2014:169.

EuGH 18.3.2014, C-363/12, *Z v A Government department and The Board of management of a community school*, ECLI:EU:C:2014:159.

EuGH 16.7.2015, C-222/14, *Maistrellis*, ECLI:EU:C:2015:473.

EuGH 16.6.2016, C-351/14, *Sanchez*, ECLI:EU:C:2016:447.

11.2. OGH

OGH 18.9.1962, 1 Ob 264/62.

OGH 17.7.1963, 1 Ob 166/63.

OGH 22.8.1970, 4 Ob 71/70.

OGH 17.1.1978, 4 OB 158/77.

OGH 12.11.1979, 4 Ob 68/79.

OGH 9.7.1980, 1 Ob 591/80.

OGH 5.4.1989, 9 ObS 4/89.

OGH 28.8.1991, 9ObA178/91.

OGH 26.6.1997, 8 Ob A 2158/96b.

OGH 26.2.1998, 8 Ob A 46/98t.

OGH 23.2.2009, 8 ObA 2/09s.

OGH 23.3.2010, 8 ObA 57/09d.

OGH 22.8.2012, 9 ObA 91/12s.

OGH 25.6.2014, 9 ObA 50/14j.

OGH 27.2.2014, 8 ObA 81/13i.

OGH 24.3.2015, 10 Ob S 117/14z.

OGH 25.10.2016, 8 ObA 63/16x.

OGH 27.2.2018, 9 ObA 6/18z.

11.3. Andere Entscheidungen

EEOC v. Sears, Roebuck & Co. 39 FEP Cases 1672, Cases 1672 (N.D).

California Federal Savings and Loan Association v Guerra 479 US 272 (1987).

Deutscher Bundesgerichtshof, Beschluss des XII. Zivilsenats vom 6.9.2017 - XII ZB 660/14.

BVerfG, 15.5.2018 - 1 BvR 2831/17 – Nichtannahmebeschluss ohne Begründung.

EGMR 28.11.1984, *Rasmussen v Denmark*, 8777/79.

EGMR 9.2.2013, 19010/07, *X ua/Österreich*.

OLG Wien 24.3.2000, 9 Ra 292/99y.

VwGH 20.2.2002, 98/12/0238.

VwGH 26.5.2004, 2001/08/0026.

VwGH 27.2.2009, 2008/17/0054.

VfGH 10.12.2013, G 16/2013, G 44/2013.

VfGH 11.12.2014, G 119-120/2014.

VfGH 4.12.2017, G 258-259/2017.

12. Abstract (deutsch)

Das Recht soll Menschen adäquate Handlungsoptionen bereithalten, um sie in ihrer autonomen Lebensgestaltung zu unterstützen. Für die Beurteilung dieser Adäquanz ist das Prinzip der Gleichheit maßgeblich, dennoch bestehen derzeit betreffend die Vereinbarkeit von Beruf und Familie geschlechtsspezifisch unterschiedliche Regelungen, die sich auf die Entscheidungen von Menschen über die innerfamiliäre Arbeitsteilung auswirken. Zwar rechtfertigen die körperlichen Dimensionen von Schwangerschaft und Geburt sowie die Bekämpfung faktischer Ungleichheiten besondere Rechte für Mütter, typischerweise bringen solche gruppenspezifische Rechte aber auch Probleme mit sich. Sie drohen die zu adressierende Differenz zu reproduzieren. Auf einen materiellen Begriff von Gleichheit sowie auf Erkenntnisse der Intersektionalitätstheorie bauend schlägt diese Arbeit vor, allgemeine Rechte von der potentiell am stärksten betroffenen Gruppe aus zu denken. Das heißt, bei der Formulierung allgemeiner Elternschutzrechte die Bedürfnisse von Geburtsmüttern zum Maßstab zu nehmen, aber auch Väter und soziale Eltern zu berechtigen und zu verpflichten.

Ausgehend von der Entstehung des Mutterschutzes als frauenspezifisches Arbeitsschutzrecht werden dessen Zwecke, die geltende österreichische Rechtslage sowie internationale und europäische Vorgaben dargestellt. Dabei lässt sich, insbesondere anhand der Rechtsprechung des EuGH, eine Entwicklung hin zu Elternschutzrechten für Väter beobachten, die sowohl aus Gründen der Gleichbehandlung als auch zur Entlastung von Müttern geboten scheint. Doch obwohl die Gestaltung des Rechts eine wichtige äußere Bedingung autonomen Handelns ist, spielen innere Bedingungen menschlicher Entscheidungen und außerrechtliche Zwänge eine ebenso wesentliche Rolle. Am Beispiel der Elternkarenz wird gezeigt, dass allein auf Ebene des Rechts anzusetzen nicht ausreicht. Rechtliche und andere soziale Zwänge stehen hier in einem lebhaften Zusammenspiel, was etwa die Rolle heteronormativer Geschlechternormen und ökonomischer Zwänge bei der Inanspruchnahme von formell rechtsgleichen Karenzansprüchen verdeutlicht. Wo das Recht die Entscheidung über die Aufteilung unbezahlter Arbeit den Eltern überlässt, kommen außerrechtliche Normen zum Tragen. Demgegenüber vermögen es zwingende arbeitsrechtliche Normen, die Handlungsräume der Betroffenen zu vergrößern. Rechtsvergleichend wird daher schließlich für eine Quotierung der Elternkarenz sowie für obligatorische Schutzzeiten für alle Arbeitnehmer_innen, die Eltern werden, argumentiert.

13. Abstract (English)

The Austrian parental leave framework creates different opportunities for parents based on gender and on their biological and legal relationship to their children. While birthmothers are obliged to 16 weeks of maternal leave, fathers and co-mothers are entitled to a voluntary parental leave. On the one hand, these differentiations are justified due to pregnancy and birth; on the other hand, the current legal situation limits the care arrangements available to parents and stabilizes the gendered division of labor. Further heteronormativity and gender norms influence the use fathers and mothers make of voluntary leaves. In my thesis I give an overview of the history and purpose of maternal leave as a gender-specific right and of the development of parental rights including fathers and co-mothers. Building on autonomy theory and intersectionality, a substantive rather than formal understanding of equality is put forward. This leads to the conclusion that parental rights must take into consideration the special needs of birthmothers, while bestowing rights and imposing obligations on all parents.