

## Teil 2: Der Begriff »Geschlecht« im Arbeitsrecht



In diesem Teil werden Überlegungen vertieft und weitergeführt, die bereits im ersten Text des Bandes angesprochen wurden: Im Antidiskriminierungsrecht und im Arbeitsrecht wird »Geschlecht« teilweise explizit als Kategorie verwendet. Eine feministische Perspektive der Befreiung von Kategorien muss dies problematisieren, denn der Rechtsbegriff des Geschlechts läuft Gefahr, Stereotypen und binäre Geschlechterkonstruktionen fortzuschreiben. Solche Fragen werden heute auch mit Hilfe des Begriffs »postkategoriales Antidiskriminierungsrecht« diskutiert.<sup>1</sup>

Der Text »Der Begriff ›Geschlecht‹ im Antidiskriminierungsrecht« analysiert den Begriff »Geschlecht« im arbeitsrechtlichen Antidiskriminierungsrecht, also in einem Kontext, der das Recht gerade gegen die gesellschaftliche Macht der Geschlechterverhältnisse in Stellung bringen möchte. Der Text arbeitet an den Grenzen einerseits des Begriffs »Frau«/Schwangerschaft und andererseits des Begriffs »Geschlecht«. Er fragt insbesondere danach, wie nicht-binäre Personen jeweils rechtlich adressiert werden und diskutiert die Vor- und Nachteile spezieller Kategorien wie der Kategorie der sexuellen Orientierung.

Der Text schaut dabei nicht nur auf die Definitionen des Begriffs »Geschlecht« selbst, sondern auch auf die Argumente und Figuren, mit denen Differenzierungen nach dem Geschlecht als »wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung« (§ 8 Abs. 1 AGG) gerechtfertigt werden. Er kritisiert, dass herkömmliche Analysen hier häufig bei oberflächlichen Rechtfertigungen unternehmerischer Personalkonzepte stehen bleiben. Stattdessen wäre von Arbeitgeber:innen auch zu verlangen, dass Sie auch die Zuordnung von konkreten Personen zu einem bestimmten Geschlecht jeweils begründen. Der Text plädiert dafür, das Verbot der Diskriminierung wegen des Geschlechts als Verbot geschlechtsstereotypisierender Anforderungen zu verstehen.

Im Text »Der arbeitsrechtliche Unterschied zwischen Müttern und Vätern« werden einige dieser Fragen weiter vertieft,<sup>2</sup> und zwar anlässlich

- 1 Zum Diskussionsstand seit Erscheinen der Texte: Susanne Baer, § 5 Das Kategorienproblem und die Herausbildung eines postkategorialen Antidiskriminierungsrechts, in: Anna Katharina Mangold/Mehrdad Payandeh (Hrsg.), Handbuch Antidiskriminierungsrecht. Strukturen, Rechtsfiguren und Konzepte, Mohr Siebeck 2022, S. 223–260; aber auch Felix Hartmann, Diskriminierung durch Antidiskriminierungsrecht? Möglichkeiten und Grenzen eines postkategorialen Diskriminierungsschutzes in der Europäischen Union, Europäische Zeitschrift für Arbeitsrecht (EuZA) 2019, 24–44.
- 2 So bewertet dieser Text z.B. die EuGH-Entscheidung »Lommers« (C-476/99) differenzierter als der erste Text des vorliegenden Bandes.

des besonderen arbeitsrechtlichen Schutzes von Schwangeren und Müttern. Da das Mutterschutzrecht auf Biologie rekurriert, steht es antidiskriminierungsrechtlich unter hohem Rechtfertigungsdruck. Am Beispiel von Grenzfällen wie der In-vitro-Fertilisation, Adoptivelternschaft, Leihmutterschaft und der Elternstellung von Vätern zeigt der Text, dass die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs Elternrechte noch zu häufig als Mütterrechte statt unabhängig vom Geschlecht fasst.

Seit Erstveröffentlichung des Textes hat sich in Bezug auf diese Themen weniger geändert als man sich wünschen würde. Art. 4 der Richtlinie (EU) 2019/1158 zur Vereinbarkeit von Beruf und Privatleben für Eltern und pflegende Angehörige sieht nun eine zehntägige bezahlte Auszeit für den zweiten Elternteil rund um die Geburt des Kindes vor. Deutschland war zwar der Meinung, dass aufgrund der bestehenden Regelungen zu Elternzeit und Elterngeld keine Umsetzungsnotwendigkeit bestehe. Der Koalitionsvertrag für die Legislaturperiode 2021–2025 sieht dennoch vor, dass eine zweiwöchige Partnerfreistellung nach Geburt eingeführt werden soll.<sup>3</sup> Das hierzu entworfene Familienstartzeitgesetz war bis Ende 2023 jedoch noch nicht in den Bundestag eingebracht worden.

- 3 SPD, Bündnis 90/Die Grünen und FDP, Mehr Fortschritt wagen. Bündnis für Freiheit, Gerechtigkeit und Nachhaltigkeit, Koalitionsvertrag 2021–2025, S. 79.

# Der Begriff »Geschlecht« im Antidiskriminierungsrecht (2009)

»Das Geschlecht ist so gut wie niemals ›unverzichtbar‹ für die Ausübung einer Tätigkeit.«

(Monika Schlachter, *Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht*, 5. Aufl. 2005, § 611a BGB, Rn. 22)

Das Antidiskriminierungsrecht bietet zwar rechtliche Instrumente, die gegen die gesellschaftliche Macht der Geschlechterverhältnisse mobilisiert werden könnten – gleichzeitig liegt im Rechtsbegriff des »Geschlechts« aber die Gefahr, Geschlechterstereotypen und eine binäre Geschlechterkonstruktion fortzuschreiben. Dieser Text zeigt, inwiefern sich diese Gefahr in der Rechtsprechung bereits verwirklicht hat, und fordert, dass die Auslegung nicht an begrifflichen Versuchen einer Definition von »Geschlecht« stehen bleiben darf. Diskriminierungstatbestände müssen so formuliert bzw. ausgelegt werden, dass die gesellschaftlichen Machtverhältnisse, gegen die sie sich richten, zutreffend be- und umschrieben werden.

## 1. Das feministische Dilemma

Es ist lange her, dass die Auseinandersetzung zwischen Gleichheits- und Differenzansätzen die feministische Debatte prägte.<sup>1</sup> Heute geht es in der Geschlechterpolitik weder darum, »Frauen« zu einem männlich kodierten Lebensentwurf zu bringen, noch darum, die besondere »Qualität« weiblich kodierter Lebensentwürfe und Identitäten zu bewahren. Autonomie, die Möglichkeit, sich für unterschiedliche Lebensmodelle zu entscheiden, sind die Leitbilder moderner Geschlechterpolitik – und zwar für alle Menschen.<sup>2</sup> Schließlich hat sich die Annahme weithin durchgesetzt, dass Geschlechterrollen und -zuweisungen nicht natürlich, sondern gesellschaftlich besetzt und konstruiert sind. Das Bundesverfassungsgericht verlangt in der Nachtarbeitsentscheidung

1 Siehe Benhabib/Butler/Cornell/Fraser, *Der Streit um Differenz*, 1993.

2 Holzleithner, *Geschlecht und Identität im Rechtsdiskurs*, Querelles 2009, S. 41: Autonomie meine hier nicht bindungslose Selbstermächtigung oder die individualistische freie Wahl im Supermarkt der Lebensmöglichkeiten, sondern die Reflexion der sozial geschaffenen Bedingungen, die die Handlungsfähigkeit von Menschen ermöglichen bzw. einschränken: Abwesenheit von Zwang und Manipulation.

sogar vom Staat, überkommene Rollenverteilungen nicht zu verfestigen.<sup>3</sup>

Am »feministischen Dilemma« hat sich dennoch nichts geändert:<sup>4</sup> Einerseits geht es darum, die Menschen und die Gesellschaft vom Korsett der Mann/Frau-Dichotomie zu befreien; Geschlechterdifferenz sollte gesellschaftlich irrelevant sein. Andererseits ist die herrschende Geschlechterdifferenz ein hierarchisches Macht- und Gewaltverhältnis, in dem das »Weibliche« marginalisiert und auf »seinen« Platz verwiesen wird. Um die Geschlechterhierarchie in Frage stellen zu können, beziehen sich die Instrumente der Geschlechterpolitik – allen voran Art. 3 Abs. 2 GG – auf genau die Mann/Frau-Dichotomie, zu deren gesellschaftlicher Irrelevanz sie beitragen sollen.<sup>5</sup> Am deutlichsten ist dies im Gleichstellungsrecht mit seinen Entscheidungs- oder Ergebnis»quoten«.

## 2. Die Kritik an der Heteronormativität – »Queer Theory« und Recht<sup>6</sup>

Immerhin ließ sich diese Bezugnahme des Rechts auf »Geschlecht« lange Zeit dadurch rechtfertigen, dass zwar das soziale Geschlecht (»gender«) gesellschaftlich bestimmt und veränderbar sei, dass jedoch das biologische Geschlecht (»sex«) eine Grundlage darstelle, an der Gesetze anknüpfen könnten. Geschlechterpolitische Gesetze gingen insofern davon aus, dass es »Männer« und »Frauen« gibt – und stellten auf dieser Grundlage die Zuweisung bestimmter Rollenbilder in Frage.

In den letzten 15–20 Jahren ist eine solche Sichtweise der gesellschaftlichen Geschlechterverhältnisse als »heteronormativ« entlarvt worden. Schon die Unterscheidung zwischen biologischem »Sex« und sozialem »Gender« ermöglichte es, persönliche Optionen, Eigenschaften und Lebensentwürfe unabhängig vom Geschlecht zu denken.<sup>7</sup> Aber nicht nur das soziale Geschlecht, auch das Begehren und das, was als »sex« oder biologisches Geschlecht wahrgenommen wird, ist vom jeweiligen

3 BVerfGE 85, 191 (207); siehe auch BVerfGE 89, 276.

4 Baer, Dilemmata im Recht und Gleichheit als Hierarchisierungsverbot, KrimJour 1996, 242; Kocher, Geschlechterdifferenz und Staat, KJ 1999, 182 (193) (in diesem Band S. 49 ff); Holzleithner, Emanzipation durch Recht?, KJ 2008, 250 (252): »Dilemma der Differenz«.

5 Elsun, Feministische Rechtstheorie, in: Buckel/Christensen/Fischer-Lescano (Hrsg.), Neue Theorien des Rechts, 2. Aufl. 2009, S. 157 (169 f.).

6 Künzel, in: Foljanty/Lembke (Hrsg.), Feministisches Studienbuch, 2006, S. 57 zur Queer Theory.

7 Wapler, in: Foljanty/Lembke (Fn. 6), 2006, S. 31 ff., zur Bedeutung von Sex und Gender in den unterschiedlichen feministischen Theorie-Ansätzen.

sozialen Kontext abhängig und historisch bedingt. Geschlecht entsteht nicht zuletzt dadurch, dass es in einzelnen Akten immer wieder inszeniert wird – »doing gender«.<sup>8</sup>

Daraus ist eine theoretische Kritik an der Geschlechterbinarität als solcher erwachsen.<sup>9</sup> Der gesellschaftliche Zwang, Menschen einem von zwei gesellschaftlich konstruierten Polen zuzuordnen (»Heteronormativität«),<sup>10</sup> wird insbesondere in der »queer theory«, die gesellschaftspolitisch eng mit der Schwulen- und Lesbenbewegung verbunden ist, kritisiert. Wie schon Judith Butler in »Gender Trouble«,<sup>11</sup> thematisiert die Queer-Theorie oft die Interessen und Wünsche von Menschen, die sich weigern, sich einer der beiden geschlechtlichen Pole »Mann« oder »Frau« zuzuordnen. Deshalb werden an das Recht in aller Regel Fragen der Intersexualität gestellt (»Zwitter«, die häufig ohne ihre Einwilligung als Kinder operiert und verstümmelt werden),<sup>12</sup> der Transsexualität,<sup>13</sup> zum Namensrecht, das dazu zwingt, einen geschlechtlich »eindeutigen« Vornamen zu wählen, oder zur Pflicht, bei Geburt eines Kindes diesem ein Geschlecht zuzuweisen.<sup>14</sup> Selbst wenn diese Rechtsfragen nur kleine Gruppen der Gesellschaft betreffen sollten, heißt dies nicht, dass sie gesellschaftlich irrelevant wären. Denn die kleine Gruppe derer, die sich

- 8 Butler, *Das Unbehagen der Geschlechter*, 1991; dies., *Körper von Gewicht*, 1993; siehe schon Gildemeister/Wetterer, *Wie Geschlechter gemacht werden. Die soziale Konstruktion der Zwei-Geschlechtlichkeit und ihre Reifizierung in der Frauenforschung*, in: Knapp (Hrsg.), *Traditionen Brüche*, 1992, S. 201 ff.; Fenstermaker/West, »Doing Difference« revisited, *KZfSS Sonderheft 41/2001*, S. 236 ff.
- 9 Siehe dazu schon de Silva, *Zur Normalisierung heteronormativer Zweigeschlechtlichkeit im Recht*, *KJ* 2008, S. 266 ff.; Buckel/König, *Körperwünsche im Recht – Zur Vermittlung von Rechtstheorie und Psychoanalyse*, *KJ* 2009, S. 337 ff.
- 10 Butler, *Körper von Gewicht*, 1993; siehe schon Adrienne Rich: »Zwangsheterosexualität« (Rich, *Compulsory Heterosexuality and Lesbian Existence*, in: *Blood, Bread and Poetry*, 1986, S. 23 ff.). Zu den Begriffen: Baer, *Entwicklung und Stand feministischer Rechtswissenschaft in Deutschland*, *Querelles* 2009, S. 15 (30).
- 11 Butler (Fn. 13); siehe auch den »Rückblick« in Butler, *Die Frage nach der sozialen Veränderung*, in: *Die Macht der Geschlechternormen*, S. 325 ff.
- 12 Holzleithner (Fn. 2), S. 44 ff.; Plett, *Intersexualität aus rechtlicher Perspektive*, *Gigi – Zeitschrift für sexuelle Emanzipation* 2001, S. 24 ff.; Plett, *Intersexuelle – gefangen zwischen Recht und Medizin*, in: Koher/Pühl (Hrsg.), *Gewalt und Geschlecht*, 2003, S. 21 ff.; Kolbe, *Intersexualität und operative Geschlechtszuweisung*, *KJ* 2009, S. 271 ff.
- 13 Holzleithner (Fn. 2), S. 52; siehe auch Adamietz, *Transgender ante portas?*, *KJ* 2006, 368; de Silva, *Zur Normalisierung heteronormativer Zweigeschlechtlichkeit im Recht*, *KJ* 2008, 266.
- 14 Holzleithner (Fn. 2) S. 48.

nicht eindeutig einem von zwei Geschlechtern zuweisen lassen wollen oder die sich mit dem zugewiesenen Geschlecht nicht zutreffend charakterisiert fühlen, hat subjektiv und objektiv so viel zu erleiden,<sup>15</sup> dass es gerechtfertigt ist, gesellschaftliche Ressourcen zu mobilisieren. Die Zeiten, in denen die Mehrheitsgesellschaft ihre Energie zur Ausgrenzung von »Freaks« mobilisiert, sollten mit dem Grundgesetz beendet sein.

Heteronormativität betrifft aber nicht nur eine abgrenzbare kleine Gruppe: Die queere Kritik an der Heteronormativität wehrt sich gerade gegen die Allgegenwart des Zwangs der zweigeschlechtlichen Einordnung. Die symbolische Reproduktion der Heteronormativität stellt das »Normale« überhaupt erst her – auch gegen die einzelnen Menschen.<sup>16</sup> Es fragt sich damit, ob die »Normalität« des Rechts von der queeren Kritik unberührt bleiben kann. In besonderem Maße gilt dies für das Recht der Geschlechtergleichbehandlung. Der Verdacht, dass sich Heteronormativität im Recht der »Geschlechtergleichbehandlung« wiederfindet und in ihm reproduziert wird, liegt jedenfalls nahe. Art. 3 Abs. 2 GG spricht jedenfalls ausdrücklich von »Mann« und »Frau« und scheint so eine binäre Geschlechterordnung vorauszusetzen und als Norm zu etablieren. Diese Norm hat schließlich auch Anlass zu Aussagen wie »jeder Mensch sei entweder männlich oder weiblich« gegeben.<sup>17</sup> Es bietet sich deshalb an, bei einer Überprüfung des »normalen« Rechts auf heteronormative Geschlechtskonstruktionen dort anzusetzen, wo das Gesetz selbst den Begriff des Geschlechts verwendet – wie im Antidiskriminierungsrecht. Können diese Geschlechterbegriffe »queere« Konzepte aufnehmen oder haben sie sie bereits aufgenommen, oder setzen sie notwendig hegemoniale Heteronormativität voraus und reproduzieren sie?

Wie die moderne feministische Theorie orientiert sich auch die deutsche Debatte um die Queer Theorie an in den USA bereits seit längerem geführten Diskussionen.<sup>18</sup> Anstatt am Beispiel der bereits oft diskutierten US-amerikanischen Fälle und Gerichtsentscheidungen werde ich im Folgenden versuchen, die Probleme anhand von Entscheidungen deutscher Gerichte sowie des EuGH aufzuzeigen.

- 15 Im Sommer 2009 wurde dies am Fall der Leichtathletin Caster Semanya auch medienöffentlich diskutiert; siehe dazu unten Fn. 72 f.
- 16 Butler, *Das Unbehagen der Geschlechter*, 1991.
- 17 BVerfGE 39, 286 (299); Biologisierung der Geschlechtsdifferenz durch das BVerfG werden zitiert bei Sacksofsky, *Das Frauenbild des Bundesverfassungsgerichts*, Querelles 2009, 191 (192).
- 18 Siehe z.B. Genschel, *Wann ist ein Körper ein Körper mit (Bürger-)Rechten?*, in: *Queering Demokratie*, 2000, S. 113 ff., die ausschließlich solche erst- und zweitinstanzlichen US-amerikanischen Entscheidungen als Beispiele verwendet, die besonders strikte normative Vorstellungen von Zweigeschlechtlichkeit zu repräsentieren scheinen.

### 3. Normalitätskonstruktionen im Antidiskriminierungsrecht

Rechtsgrundlagen des Schutzes vor Diskriminierung »wegen des Geschlechts«, sowohl für das Arbeitsrecht als auch für Bereiche des Zivilrechts ist das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz (AGG); Definitionen der Diskriminierung finden sich in §§ 1, 3 AGG.

Schreibt dieses Gesetz also vor, dass eine Person sich nur dann auf Diskriminierung »wegen des Geschlechts« berufen darf, wenn sie darlegt und zeigt (d.h.: im Zweifel beweist), dass sie einem von zwei gesellschaftlich vordefinierten Geschlechtern angehört? Verlangt z.B. der Anspruch auf Entschädigung wegen Diskriminierung beim Zugang zum Arbeitsverhältnis (§ 15 AGG), dass sich eine Person zum männlichen oder weiblichen Geschlecht bekennt?

Es ist anerkannt, dass dies jedenfalls nicht Voraussetzung der Anwendung des Diskriminierungsschutzes ist.<sup>19</sup> Auch wenn eine Person aufgrund des äußeren Erscheinungsbildes oder wegen des Namens als »Ausländer\_in« eingeordnet und deshalb diskriminiert wird, greift das Gesetz zum Schutz vor rassistischer Diskriminierung. Der Schutz vor Diskriminierung wegen der sexuellen Identität würde leer laufen, wenn von Personen, die von anderen als schwul »beschimpft« werden, verlangt würde, die sexuelle Orientierung nachzuweisen. § 7 Abs. 1 Hs. 2 AGG sagt deshalb auch, es reiche aus, »wenn die Person, die die Benachteiligung begeht, das Vorliegen eines in § 1 genannten Grundes bei der Benachteiligung nur annimmt«. Von einer Transsexuellen, die nach der Geschlechtsumwandlung das niedrigere »Frauengehalt« ausgezahlt bekommt,<sup>20</sup> würde also niemand erwarten, dass ihr Geschlecht nachgewiesen wird, mit welchen Merkmalen auch immer. Die Differenzierung nach Männer- und Frauengehältern würde ausreichen.

Es geht also jeweils um das Motiv bzw. den Grund der Benachteiligung. Bestimmte Gründe für Differenzierungen werden verboten – aber andere werden erlaubt. Die Ausgangsfrage lautet also: Stecken in der Unterscheidung zwischen erlaubten und verpönten Differenzierungsgründen heteronormative Normalitätskonstruktionen?

19 Schiek, in: dies. (Hrsg.), AGG, 2006, § 1, Rn. 7; Däubler, in: ders. (Hrsg.), AGG, 2. Aufl. 2008, § 1, Rn. 95 f. Dagegen setzt die Anwendung des irischen Equality Acts voraus, dass die benachteiligte Person ein Mann und die Vergleichsperson eine Frau ist oder umgekehrt (Schiek ebd., Rn. 26).

20 So die Geschichte bei Müller, Neues von der Elfenfront, 2009.

## a) Verbotene Gründe: Das Problem der Vergleichsperson

Die Grundstruktur bei Prüfung einer unmittelbaren Diskriminierung ist die des Vergleichs: Nach dem Wortlaut von § 3 Abs. 1 AGG liegt eine unmittelbare Benachteiligung dann vor, wenn eine Person wegen des Geschlechts eine weniger günstige Behandlung erfährt »als eine andere Person in einer vergleichbaren Situation erfährt, erfahren hat oder erfahren würde«. Dieses Vergleichspersonenkonzept ist fragwürdig geworden in Hinblick auf die Definition von Vergleichspersonen des jfeweils anderen Geschlechts. Hierzu einige Anwendungsfälle:

## A. Beispiel »Schwangerschaft«

Zu den umstrittensten Streitfragen der Geschlechtsdiskriminierung gehörte lange Zeit und im Grunde bis heute die Diskriminierung wegen der Schwangerschaft. Dabei geht es in der Regel um Fälle, in denen Arbeitgeber\_innen kurz nach Einstellung einer Person erfuhren, dass diese schwanger war – und aus diesem Grund das Arbeitsverhältnis beendeten.<sup>21</sup>

Das Bundesarbeitsgericht hatte solche Fälle ursprünglich nur eingeschränkt als Geschlechtsdiskriminierung werten wollen, nämlich allenfalls dann, wenn sich neben der schwangeren Frau noch mindestens ein Mann auf die Stelle beworben hatte. Die Frage nach der Schwangerschaft bei der Einstellung richte sich »von vornherein nur an weibliche Bewerber«, »weil nur sie schwanger werden können«. Bewerben sich nur Frauen, bedeute die Frage nach der Schwangerschaft gegenüber den anderen Bewerberinnen keine geschlechtsspezifische Benachteiligung, weil sich die Frage an alle Bewerberinnen richte und jede von ihnen schwanger sein könne.<sup>22</sup>

Dass diese Unterscheidung nicht richtig sein konnte, lag eigentlich auf der Hand. Die Frage war jedoch, was ihr entgegen zu halten war. Nahe liegend wäre es, in diesem Fall unmittelbar auf die geschlechtsspezifische Struktur der Benachteiligung abzustellen – also darauf, dass ein\_e Arbeitgeber\_in, die kein Arbeitsverhältnis mit Schwangeren haben will, damit eine Vorstellung von Erwerbstätigkeit produziert, die vom Bild einer ungebundenen Wirtschaftsteilnehmer\_in ohne soziale Bindung und vor allem ohne Sorgepflichten ausgeht. Das würde aber voraussetzen, dass

21 In Deutschland geschieht dies dann durch Anfechtung nach § 123 Abs. 1 BGB wegen arglistiger Täuschung oder nach § 119 Abs. 2 BGB wegen eines Irrtums über »solche Eigenschaften der Person [...], die im Verkehr als wesentlich angesehen werden« – dazu unten C. (bei Fn. 47).

22 BAG, AP Nr. 31 zu § 123 BGB.

man das Diskriminierungsverbot tatsächlich umfassend als eine Rechtsnorm ansieht, die sich gegen bestimmte geschlechtshierarchische Strukturen in der Gesellschaft bzw. (hier) im Erwerbsleben richtet.<sup>23</sup> So weit ist die deutsche Rechtsprechung noch lange nicht.

Der EuGH widersprach dem BAG jedenfalls mit einer Begründung, die sich vom Vergleichspersonenkonzept löste: Gerade und allein weil die Verweigerung einer Einstellung wegen Schwangerschaft nur Frauen gegenüber in Betracht komme, handele es sich um eine unmittelbare Diskriminierung aufgrund des Geschlechts.<sup>24</sup> Im Anschluss daran gab auch das BAG seine Unterscheidung danach, ob sich nur Frauen oder auch Männer um den Arbeitsplatz bewerben, auf.<sup>25</sup> Der EuGH wandte in der Folge das Diskriminierungsverbot auf Schwangerschaft in aller Striktheit an und akzeptiert keinerlei legitime Gründe, in denen »ausnahmsweise« Schwangere aus einem Arbeitsverhältnis entlassen werden könnten: So hielt er (wieder gegen das BAG) eine Entlassung auch dann für diskriminierend, wenn die Frau die vereinbarte (unbefristete) Tätigkeit wegen eines mutterschutzrechtlichen Beschäftigungsverbotes zunächst nicht aufnehmen konnte<sup>26</sup> – und dehnte dies dann sogar auf Fälle aus, in denen feststand, dass die Person aufgrund ihrer Schwangerschaft während eines wesentlichen Teils der Vertragszeit nicht würde arbeiten können.<sup>27</sup>

Die Begründung des EuGH für die Einordnung als Geschlechtsdiskriminierung unabhängig vom Vergleichspersonenkonzept läuft auf die Annahme hinaus, dass hier das Differenzierungsmerkmal (Schwangerschaft) notwendig mit dem verpönten Merkmal (Geschlecht) verbunden sei. Diese Begründung scheint sich auch in der Kommentarliteratur durchgesetzt zu haben.<sup>28</sup> Dabei ist sie offensichtlich stereotypisierend und beruht auf einer bestimmten Vorstellung eines »Frauenkörpers«. Mittlerweile gibt es zwar mit § 3 Abs. 1 Satz 2 AGG einen eigenen Tatbestand der Diskriminierung wegen der Schwangerschaft oder Mutterschaft (nicht aber wegen der Elternschaft)<sup>29</sup> – der zwar auf die Rechtsprechung des EuGH zur Geschlechtsdiskriminierung zurückgeht, aber

23 Siehe unten 4.

24 EuGH, 8.11.1990 – C-177/88 (Dekker), EuGHE 1990, 3941.

25 BAG, AP Nr. 8 zu § 611a BGB.

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

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

28 Siehe z.B. Schrader/Schubert, in: Däubler (Fn. 19), § 3, Rn. 34 (»Zusammenhangseigenschaft«).

29 Vgl. Schiek (Fn. 19), § 1, Rn. 4 und Rn. 26 zu Regelungen in anderen europäischen Rechtsordnungen, die z.B. den Familienstand als Diskriminierungsmerkmal verbieten.

nicht mehr notwendig erfordert, einen Begründungszusammenhang mit dem »Geschlecht« herzustellen.

Dennoch erweist sich immer wieder, dass die stereotypisierende Begründung mit dem »notwendigen Zusammenhang« verdeckt, was letztlich an legitimen Interessen hinter dem Verbot der Diskriminierung wegen der Schwangerschaft steht – nämlich Fragen der Struktur des Erwerbsarbeitsverhältnisses und des Arbeitsmarktes. Dies zeigt ganz deutlich der Fall »Mayr«: Hier war eine Arbeitnehmerin gekündigt worden, die sich im vorgerückten Behandlungsstadium einer In-vitro-Fertilisation befand, nämlich zwischen der Follikelpunktion und der sofortigen Einsetzung der in vitro befruchteten Eizellen in ihre Gebärmutter. Der Fall zeigt gleichzeitig, dass die Probleme, die mit »Schwangerschaft« verbunden sind, möglicherweise nicht nur Personen treffen, die in einem biologischen Sinn als Frauen eingeordnet werden, weil sie eine Gebärmutter haben. Denn, wie der EuGH erkennt: Arbeitnehmer\_innen »beider« Geschlechter können aufgrund von medizinischen Behandlungen, denen sie sich unterziehen müssen, zeitweilig daran gehindert sein, ihre Arbeit auszuüben. Dennoch ordnete der EuGH den Fall Mayr als Fall der Geschlechtsdiskriminierung ein, weil »Maßnahmen wie eine Follikelpunktion und die Einsetzung der daraus hervorgegangenen Eizellen sofort nach ihrer Befruchtung in die Gebärmutter der Frau unmittelbar nur Frauen betreffen«. <sup>30</sup> Eine mühsame Begründung – man darf mit Interesse auf eine Entscheidung zu einem Fall der »Mutterschaft« <sup>31</sup> einer Person warten, der/die nicht eindeutig biologische Frau mit Gebärmutter ist.

Eine Begründung, die stärker am Machtverhältnis der Geschlechter orientiert ist und von Arbeitgeber\_innen mittelbar verlangen würde, das Arbeitsverhältnis so auszugestalten, dass es auch mit biologischer und sozialer Elternschaft vereinbar ist, könnte jedenfalls das Verbot der Diskriminierung wegen der »Schwangerschaft« besser einordnen. Vermutlich gehört es weniger in eine Linie mit dem »Mutterschutz« im engeren Sinne und vielmehr zum »Elternschutz«, der in punkto Diskriminierungsschutz nur äußerst eingeschränkt gewährt wird (siehe auch § 18 BEEG [Kündigungsschutz nach Verlangen der Elternzeit]).

### *B. Beispiel »Sexuelle Orientierung«*

Eine weitere schwierige Fallgruppe der Geschlechtsdiskriminierung sind Diskriminierungen im Zusammenhang mit der sexuellen Orientierung

<sup>30</sup> EuGH 26.6.2008 – C-506/06 (Sabine May), EuGHE 2008, 1017.

<sup>31</sup> Der Begriff bezeichnet die körperliche Verbundenheit mit der Geburt, im Gegensatz zur Elternschaft, der die soziale Verbundenheit mit dem geborenen Kind meint.

einer Person. Die Entlassung einer lesbischen Soldatin aus den britischen Streitkräften wurde schon vom EGMR,<sup>32</sup> die Entlassung eines schwulen Außendienstmitarbeiters für Verbandsstoffe und Watte in der Probezeit wurde schon vom BAG<sup>33</sup> für unzulässig erklärt. Dort wurden allerdings jeweils freiheitsrechtliche Argumente verwandt und letztlich auf Rechte auf Achtung des Privatlebens (EGMR) bzw. auf die Achtung der Menschenwürde sowie auf freie Entfaltung der Persönlichkeit (BAG) abgestellt.<sup>34</sup>

Um gleichbehandlungsrechtliche Argumente ging es hingegen in der EuGH-Entscheidung »Grant« von 1998.<sup>35</sup> Hier machte eine lesbische Arbeitnehmerin eine Sonderleistung des Arbeitgebers geltend, die dieser nur den Ehepartner\_innen oder Partner\_innen in festen heterosexuellen Lebensgemeinschaften gewährte, nicht aber Partner\_innen in gleichgeschlechtlichen nichtehelichen Lebensgemeinschaften. Zu dieser Zeit gab es noch keine speziellen rechtlichen Verbote der Diskriminierung »wegen der sexuellen Orientierung«, so dass sich die Frage stellte, ob nicht eine Diskriminierung »wegen des Geschlechts« vorlag.

Die Vermutung, dass dem so sei, lag nahe – schließlich liegen auch bei der Diskriminierung von Lesben und Schwulen letztlich Geschlechterstereotype zu Grunde, und man könnte sagen, dass auch diese Diskriminierungen die herrschende Geschlechterhierarchie und Heteronormativität reproduzieren. Diskriminierung wegen der sexuellen Orientierung wäre dann im Begriff »Diskriminierung aufgrund des Geschlechts« enthalten – da sie auf vergleichbare Stereotypen (»Vorurteile«) zurückgehen.<sup>36</sup>

Der EuGH wählte zur Entscheidung hier die Vergleichspersonenmethode: Die Benachteiligung galt nach Auffassung des Gerichts »für weibliche wie für männliche Arbeitnehmer in gleicher Weise«: »Einem männlichen Arbeitnehmer werden die Vergünstigungen ebenso verweigert, wenn er mit einer Person des gleichen Geschlechts zusammenlebt.« Eine Diskriminierung wegen des Geschlechts liege also nicht vor.

Man könnte mit einem viel konkreteren Vergleich dagegen argumentieren: Wäre ein Mann an Stelle der Klägerin (lebte also ein Mann mit ihrer Lebenspartnerin zusammen), so würde die Vergünstigung gewährt. Mit diesem Vergleich müsste Diskriminierung nach der Argumentation des EuGH bejaht werden.<sup>37</sup> Das ist nur ein Beispiel für die Willkür des

32 EGMR 27.9.1999, NJW 2000, 2089 und EGMR 25.7.2000, AuR 2004, 311.

33 BAG, AP Nr. 9 zu § 242 BGB.

34 Vgl. Adamietz (Fn. 13), 379 für die Transsexuellen-Rechtsprechung des BVerfG.

35 EuGH, 17.2.1998 – C-249/96 (Grant./South-West Trains), EuGHE I 1998, 621.

36 Vgl. die Argumentation der Klägerin in EuGH (Fn. 34), Rn. 18.

37 So eine Argumentation der Klägerin in EuGH (Fn. 34), Rn. 16 f.

Vergleichspersonenkonzepts: Die Auswahl der Vergleichsperson erfordert bereits eine Klarheit über diejenigen Merkmale, auf die es ankommt und in Bezug auf die beide Personen »gleich« sind. Allerdings ist zuzugestehen, dass die diskriminierende Regel nach der Geschlechterkomplementarität der Partner\_innenschaft ausdrücklich unterschied; der EuGH erfasst mit seinem Vergleichspersonenkonzept die Gründe der Diskriminierung also im Ergebnis zutreffend.

Auch diese Fallgruppe wird nun von einem eigenständigen Diskriminierungsmerkmal erfasst (§ 1 AGG: »wegen der sexuellen Identität«). Dennoch: Bis heute sind zwischen EuGH und BVerfG noch keine Klärheiten hergestellt, was die Gleichbehandlung gleichgeschlechtlicher Lebensgemeinschaften angeht. Während der EuGH<sup>38</sup> es für möglich hielt, dass die Hinterbliebenenversorgung auch gleichgeschlechtlichen Partner\_innen in einer eingetragenen Lebenspartnerschaft nach deutschem Recht zukommen sollte, versagte das BVerfG den Verheiratetenzuschlag Beamt\_innen, die in einer eingetragenen Lebenspartnerschaft leben.<sup>39</sup> Knackpunkt ist die Frage der Vergleichbarkeit von Ehe und eingetragener Partnerschaft. Der EuGH überließ es den nationalen Gerichten »zu prüfen, ob sich ein überlebender Lebenspartner in einer Situation befindet, die mit der eines Ehegatten, der die Hinterbliebenenversorgung aus dem betreffenden berufsständischen Versorgungssystem erhält, vergleichbar ist.« Und das Bundesverfassungsgericht meint nun: »Lebenspartner befinden sich jedenfalls nicht in einer Situation, die in Bezug auf den Familienzuschlag mit der Situation von Ehegatten vergleichbar wäre.«<sup>40</sup> Hingegen gewährte das BAG den Ortszuschlag, der auf tariflichen Regelungen beruhte, indem es den Tarifvertrag so interpretierte, dass der Begriff »Eheleute« gleichgeschlechtliche Lebenspartnerschaften nach dem Lebenspartnerschaftsgesetz erfasse.<sup>41</sup> In diesem Jahr hat es dem Bundesverfassungsgericht nun sogar noch deutlicher widersprochen, als es die Meinung vertrat, es bestünden »keine tatsächlichen Unterschiede, die die Annahme rechtfertigen, die Situation sei nicht vergleichbar«. Wegen des Verbots der Benachteiligung wegen der sexuellen Identität (§ 1, § 3 Abs 1 S. 1 AGG) gestand es deshalb im Rahmen einer Regelung der betrieblichen Altersversorgung den hinterbliebenen Lebenspartner\_innen eines Arbeitnehmers gleiche Rechte zu wie hinterbliebenen Ehegatten.<sup>42</sup>

38 EuGH 1.4.2008 – C-267/06 (Tadao Maruko), EuGHE 2008, 1757.

39 BVerfG, JZ 2008, 792; siehe auch schon BVerfG, NJW 2005, 1709.

40 Bruns, Die Maruko-Entscheidung im Spannungsfeld zwischen europäischer und nationaler Auslegung, NJW 2008, 1929.

41 BAG, NZA 2005, 57 zu § 29 BAT Abschnitt B Abs. 2 (Ortszuschlag).

42 BAG, AP Nr. 315 zu Art 3 GG.

## C. Beispiel »Transsexualität«

Auch die Frage, ob Transsexualität eine Frage des »Geschlechts« im Sinne des AGG ist, wurde in der Rechtsprechung schon wiederholt behandelt.

Und hier scheint der EuGH einen anderen Weg zu gehen als im Fall der sexuellen Orientierung. In »P./S«<sup>43</sup> ging es 1996 um eine Person, die Geschäftsführer in einer kommunalen Bildungseinrichtung war. P teilte der Arbeitgeber\_in mit, sie wolle sich einer Mann-Frau-Geschlechtsumwandlung unterziehen, kleidete und benahm sich wie eine Frau und ließ sich dann operieren. In diesem Zeitraum wurde sie gekündigt. Dies hielt der EuGH für eine Diskriminierung wegen des Geschlechts: »Da nämlich das Recht, nicht aufgrund des Geschlechts diskriminiert zu werden, eines der Grundrechte des Menschen darstellt, kann der Anwendungsbereich der Richtlinie nicht auf die Diskriminierungen beschränkt werden, die sich aus der Zugehörigkeit zu dem einen oder dem anderen Geschlecht ergeben. Er hat sich auch auf die Diskriminierungen zu erstrecken, die ihre Ursache in der Geschlechtsumwandlung haben, da diese Diskriminierungen hauptsächlich, wenn nicht ausschließlich, auf dem Geschlecht des Betroffenen beruhen.« Dieser kausale Zusammenhang wird hier wieder mit dem Vergleichspersonenkonzept begründet: »Eine Person, die entlassen wird, weil sie beabsichtigt, sich einer Geschlechtsumwandlung zu unterziehen, oder sich ihr bereits unterzogen hat, wird im Vergleich zu den Angehörigen des Geschlechts, dem sie vor dieser Operation zugerechnet wurde, schlechter behandelt.«

Indem der EuGH darauf verzichtet, die Transsexuelle in irgendeiner Weise stereotypisierend dem männlichen oder weiblichen Geschlecht zuzuordnen, sondern schlicht mit einer Person männlichen Geschlechts (»des Geschlechts, dem sie vor dieser Operation zugerechnet wurde«) vergleicht, wird der Begriff des Geschlechts ohne weitere Kategorisierung geöffnet.<sup>44</sup> Anders als später in »Grant« wird nicht geprüft, ob die Kündigung auch bei einer Frau-Mann-Geschlechtsumwandlung erfolgt wäre – bei Bejahung dieser Frage wäre wohl die Geschlechtsdifferenzierung nach der späteren Logik des EuGH abzulehnen und eine Diskriminierung »wegen Transsexualität« anzunehmen gewesen. Damit wäre allerdings vermutlich der eigentliche Diskriminierungsgrund besser erfasst worden – der EuGH gewährt mit seiner Argumentation der Transsexuellen zwar Diskriminierungsschutz; aber von einer wirklichen Anerkennung kann keine Rede sein.<sup>45</sup>

43 EuGH 30.4.1996 – C-13/94 (P v. S), EuGHE 1996, 2143. Vgl. auch EuGH 7.1.2004, C-117/01 (K.B. v. NHS), NJW 2004, 1440, wo es allerdings um die Anwendung ehebezogener Leistungen ging, was zusätzliche Probleme aufwarf.

44 Wie es offensichtlich das US-amerikanische Gericht getan hatte, das von Genschel (Fn. 18) kritisiert wird.

45 Genauer zur Problematik der Diskriminierungsgründe unter Punkt 4.

Mit solchen antidiskriminierungsrechtlichen Feinheiten hielt sich das VG Frankfurt/Main gar nicht erst auf, als es 2007 akzeptierte, dass die Einstellung eines Frau-zu-Mann-Transsexuellen im Polizeivollzugsdienst abgelehnt wurde. Es stellte letztlich nur darauf ab, dass ein sachlicher Grund für die Ungleichbehandlung gegeben sei.<sup>46</sup> Die operative Geschlechtsumwandlung des Anwärters lag bereits über zwölf Jahre zurück, und er hatte das Auswahlverfahren mit überragenden Leistungen bestanden. Das Gericht akzeptierte in diesem Fall (wie man aus der Entscheidung herauslesen mag: ungern) die Meinung der Hessischen Polizeischule, der Kläger sei polizeidienstuntauglich im Sinne der PDV 300 (Ärztliche Beurteilung der Polizeidiensttauglichkeit und der Polizeidienstfähigkeit), als ermessensfehlerfrei.

Bei Lektüre der Entscheidung lässt sich Erstaunliches in Erfahrung bringen: Nach Anlage 1 zur PDV 300 heißt es bei der Aufzählung der durchzuführenden Untersuchungen unter Nr. 10.3: »Wenigstens ein Hoden soll hormonell funktionsfähig sein« und bei der Aufzählung der »Fehler, die eine Einstellung ausschließen«: »Bauch- oder Leistenhoden. Verlust oder diesem gleichzusetzender Schwund beider Hoden«. Über die Ziele und Gründe dieser Regelung erfährt man wenig, denn es geht im Weiteren vor allem darum, ob der Anwärter über eine gleiche oder zumindest eine gleichwertige Hormonausstattung im Sinne dieser Regelung verfügte. Denn bei ihm wurde die Funktion der fehlenden Hoden durch eine hormonelle Behandlung ersetzt. 2005 wurde die Hormontherapie umgestellt, wodurch es zu Schwankungen gekommen war, die sich in der ärztlichen Untersuchung im Rahmen des Einstellungsverfahrens auswirkten und die ihn nach Meinung des Verwaltungsgerichts letztlich die Stelle kosteten: Es sei »plausibel, aus dem Umstand, dass die medikamentöse Hormonversorgung des Klägers mehr als zehn Jahre nach ihrem Beginn nicht zu einem normgerechten Hormonhaushalt geführt hatte, zu schließen, dass der Kläger auch in Zukunft entsprechende gesundheitliche Probleme haben kann. Es ist ferner angemessen, anzunehmen, dass es auch in Zukunft – so wie offenkundig im Jahre 2005 – die Notwendigkeit von Therapieumstellungen geben wird. Dies ergibt sich auch daraus, dass sich die körpereigene Hormonversorgung und damit gegebenenfalls auch der Bedarf an medikamentöser Hormonversorgung bei Männern und Frauen bekanntermaßen im Laufe des Alterungsprozesses verändern.«

Von der Hormonausstattung von Frauen ist nicht die Rede, was aber auch nahe liegend ist, denn diese konnte der Kläger sicher nicht aufweisen. Die Orientierung an der Zwei-Geschlechter-Ordnung machte es dem Gericht aber wohl unmöglich zu fragen, ob nicht eine Diskriminierung »wegen der Transsexualität« in Frage gekommen wäre – was zur Folge gehabt hätte, dass die Legitimation der hormonellen körperlichen Anforderungen noch deutlicher zu hinterfragen gewesen wäre.

46 VG Frankfurt/Main 3.12.2007 – 9 E 5697/06 –, juris.

Eine einfacheren Fall hatte das BAG 1991 vorliegen:<sup>47</sup> Dort ging es um eine Arzthelferin, die dem Arbeitgeber zunächst verschwiegen hatte, dass sie eine Mann-zu-Frau-Transsexuelle war, deren Geschlechtsumwandlung körperlich noch nicht vollzogen war. Der Vertrag wurde angefochten.<sup>48</sup> Das BAG verneinte zwar eine arglistige Täuschung, denn das Transsexuellengesetz erlaubte der Klägerin, den »Mangel an weiblicher Identität« ungefragt zu verschweigen. Es akzeptierte dann aber die Anfechtung wegen Irrtums über eine »verkehrswesentliche Eigenschaft der Person« (§ 119 Abs. 2 BGB) – die »volle weibliche Identität«<sup>49</sup> sei eine für den Vertrag als Arzthelferin verkehrswesentliche Eigenschaft der Person.

Der Entscheidung liegen also zwei Annahmen zugrunde:

- Erstens sei es legitim, dass der Arzt in seiner Praxis nur Frauen (mit »voller weiblicher Identität«) beschäftigen wollte.
- Zweitens handele es sich bei der Bewerberin nicht um eine Frau im Sinne der vom Arzt gestellten Anforderungen.

Das BAG thematisiert in dieser Entscheidung zwar nicht das Problem der Diskriminierung. Der Fall war aber ganz offensichtlich als Fall einer unmittelbaren Diskriminierung wegen des Geschlechts zu behandeln. Denn das vom Arbeitgeber behauptete und vom BAG akzeptierte Differenzierungsmerkmal war ja allein das Geschlecht (obwohl wir auch hier vermuten dürfen, dass das BAG die eigentliche »Abneigung« des Arbeitgebers nicht ganz zutreffend erfasst).

Im Folgenden soll der Fall deshalb im Kontext der »erlaubten Ungleichbehandlungen« des Antidiskriminierungsrechts diskutiert werden.

## b) Erlaubte Gründe

### *A. Das Geschlecht als »wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung«*

Die Richtlinie 76/207/EWG zur Gleichbehandlung der Geschlechter im Erwerbsleben sah bereits vor, dass in bestimmten Fällen das Geschlecht eine

47 BAG, AP Nr. 35 zu § 123 BGB.

48 Auch unter den Schwangerschaftsfällen war mehr als nur ein Fall einer Arzthelferin (z.B. BAG [Fn. 22]). Tamara de Adrián zitiert in einem unveröffentlichten Manuskript z.B. folgende Beispiele von lateinamerikanischen Verfassungsgerichtsentscheidungen: Entlassung eines Frau-zu-Mann-Transsexuellen in einem Baubetrieb (Kolumbien); Entlassung einer Mann-zu-Frau-Transsexuellen in einem Friseurbetrieb (Argentinien).

49 An einer anderen Stelle der Entscheidung heißt es »vollständige weibliche Identität«.

Rolle spielen durfte. Die damalige Formulierung, im deutschen § 611a a.F. BGB übernommen, erlaubte dies für »solche beruflichen Tätigkeiten [...], für die das Geschlecht auf Grund ihrer Art oder der Bedingungen ihrer Ausübung eine unabdingbare Voraussetzung darstellt«. <sup>50</sup> Nach der Definition des BAG sollte dies dann der Fall sein, »wenn ein Angehöriger des jeweils anderen Geschlechts die vertragsgemäße Leistung nicht erbringen könnte und dieses Unvermögen auf Gründen beruht, die ihrerseits der gesetzlichen Wertentscheidung der Gleichberechtigung beider Geschlechter genügen«. <sup>51</sup>

Im geltenden Antidiskriminierungsrecht, das für die Geschlechtergleichbehandlung im Erwerbsleben auf Richtlinie 2006/54/EG beruht, lautet die Ausnahmeregelung nun: wenn das Geschlecht »aufgrund der Art einer bestimmten beruflichen Tätigkeit oder der Bedingungen ihrer Ausübung eine wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung darstellt, sofern es sich um einen rechtmäßigen Zweck und eine angemessene Anforderung handelt«. Rechtsgrundlage im deutschen Recht hierfür ist § 8 Abs. 1 AGG. Im Folgenden wird die Rechtspraxis anhand einiger Fälle zunächst dargestellt.

Einig ist man sich jedenfalls darüber, dass das Geschlecht nicht als Hilfsvariable für etwas »ähnliches« wie z.B. die Körperkraft verwandt werden darf, <sup>52</sup> sondern unmittelbare sachliche Voraussetzung der Tätigkeit sein muss. So ist nach Meinung des BAG das weibliche Geschlecht jedenfalls dann keine unverzichtbare Voraussetzung für die Einstellung als Gleichstellungsbeauftragte, wenn nur geschlechtsneutrale Qualifikationen erwartet werden (im Streitfalle waren dies »eine Hochschul-/ Fachhochschulausbildung im sozialen oder sozialpädagogischen Bereich, fundierte frauenpolitische Kenntnisse, die Fähigkeit zur Wahrnehmung und Lösung von Gleichstellungsproblemen, Erfahrungen in der Frauenarbeit und in der Kommunalverwaltung sowie die Fähigkeit zu selbständiger konzeptioneller Arbeit [etc. ...]«). <sup>53</sup>

Das BAG deutete aber an, die Sache könne anders zu beurteilen sein, wenn die Anforderung gestellt werde, dass die angesprochenen Bürgerinnen sich der Gleichstellungsbeauftragten vollständig offenbaren können sollen – dann könne ein Mann von vornherein ausgeschlossen werden. <sup>54</sup> In einem Ausnahmekatalog der Bundesregierung war in den 1980er Jahren schon versucht worden, dies beispielhaft festzulegen; der Katalog

50 Vgl. auch die Formulierung zur erlaubten Differenzierung in BVerfGE 85, 191 (207); 92, 91 (109): Ungleichbehandlungen, die an das Geschlecht anknüpfen, sind nur zulässig, »soweit sie zur Lösung von Problemen, die ihrer Natur nach nur entweder bei Männern oder bei Frauen auftreten können, zwingend erforderlich sind«.

51 BAG, AP Nr. 16 zu § 611a BGB.

52 Siehe z.B. LAG Köln 8.11.2000, NZA-RR 2001, S. 232.

53 BAG, ebd.

54 BAG, ebd.

hatte und hat aber keinerlei Rechtswirkungen.<sup>55</sup> Als Standardfälle, die weitgehend unbestritten sind, werden in der Regel genannt: Für die Tätigkeit als Model für Frauenkleidung kann verlangt werden, dass die Bewerber\_innen Frauen sind. Für die Theaterrolle des jugendlichen Liebhabers darf ein junger Mann gesucht werden. Diese Fälle könnte man zusammenfassend als »Gründe der Authentizität« beschreiben, insbesondere in solchen Fällen (Model, Theaterrollen), in denen die Körperlichkeit der Arbeitsperson einschließlich ihrer geschlechtsbezogenen Merkmale in die auszuübende Tätigkeit mit einbezogen ist.<sup>56</sup>

Außerdem gibt es eine Fallgruppe »Schutz der Intimsphäre oder der persönlichen Sicherheit«, die weithin akzeptiert wird (siehe § 20 Abs. 1 Nr. 2 AGG):<sup>57</sup> So darf der Träger eines Gymnasiums nach Meinung des BAG bei der Besetzung einer Betreuer\_innenstelle für das von ihm betriebene Mädcheninternat die Bewerberauswahl auf Frauen beschränken, wenn die Tätigkeit auch Nachtdienste im Internat beinhalten soll.<sup>58</sup> Das VG Kassel will die geschlechtsspezifische Ausschreibung erlauben, wenn eine Polizistin für die Befragung von Opfern sexueller Gewalt gesucht wird.<sup>59</sup> Nach Auffassung des EuGH<sup>60</sup> kann das Geschlecht unabdingbare Voraussetzung für eine Tätigkeit als Aufseher\_in in Haftanstalten sein.<sup>61</sup>

Mit einer solchen Argumentation überzeugte der Arzt im Transsexuellen-Fall auch das BAG: »Gerade im Hinblick auf das Arzt-Patienten-Verhältnis ist es von erheblicher Bedeutung, ob der Patient bzw. die Patientin seinen/ihren Intimbereich dem Arzt in Gegenwart eines weiblichen oder männlichen Arzthelfers offenbart. Dies dürfte nach der Verkehrsanschauung generell und nicht erst speziell im Hinblick auf die besondere Situation beim Beklagten gelten, der als Chirurg in einer Durchgangspraxis mit Patienten überwiegend ausländischer Abstammung sowie ihrer

55 BArbBl. 11/1987, S. 40 ff., BT-Drs. 8/3317, 9 (dort sind nur einige Beispiele genannt); die Liste ist auch abgedruckt bei Pfarr/Bertelsmann, Diskriminierung im Erwerbsleben, 1989, S. 70 f.

56 Siehe den Versuch einer Systematisierung bei Pfarr/Bertelsmann (Fn. 53), S. 72.

57 Vgl. Pfarr/Bertelsmann (Fn. 53), S. 72 (»erzieherische Gründe; Gründe der Sittlichkeit«).

58 BAG 28.5.2009 – 8 AZR 536/08, juris.

59 VG Kassel, 6.9.2007 – 1 E 723/07.

60 EuGH, 30.6.1988 – C-318/86 (Kommission v. Frankreich), EuGHE 1988, 3559 (3575 ff.).

61 Eher akzeptiert wird auch eine geschlechtsspezifische Einstellungspraxis bei Tätigkeiten im Militär und Justizvollzugsdienst, siehe z.B. EuGH, 15.5.1986 – C-222/84 (Johnston), EuGHE 1986, 1676. [siehe aber auch für den damaligen Ausschluss von Frauen von allen Tätigkeiten in der Bundeswehr im deutschen Recht EuGH 11.1.2000 – C-285/98 (Kreil), Rn. 27 f]

gesellschaftlichen und religiösen Einstellung (Moslems) zudem noch eine besondere Sensibilität für seinen Patientenkreis reklamiert.«<sup>62</sup>

Diese Fallgruppe überschneidet sich und ist nicht klar abzugrenzen von einer anderen Fallgruppe, in der die Tätigkeit sich ausschließlich an Kund\_innen des gleichen Geschlechts richtet und bei dem die Zielgruppe Frau/Mann prägend für die Tätigkeit ist.<sup>63</sup> Hierunter fallen wohl die (recht unbestrittenen) Fälle der Beschäftigten in einem Frauenhaus, sofern es ein entsprechendes geschlechtsdifferenzierendes Betreuungskonzept gibt. Die Fälle der Repräsentant\_innen von Interessenvertretungsorganisationen werden meist ähnlich behandelt.<sup>64</sup>

Umstritten sind Fälle von (vorgeblichen) »Kund\_innen-Wünschen«: Das LAG Köln hat das weibliche Geschlecht für eine unverzichtbare Voraussetzung für den Verkauf von Damenoberbekleidung einschließlich Badebekleidung in einem Einzelhandelsgeschäft mit Anprobemöglichkeit gehalten: Die »Kundinnen« erwarteten eine weibliche Bedienung und würden das Geschäft sonst meiden.<sup>65</sup> Jedenfalls werden Kund\_innenwünsche wohl nur in Ausnahmefällen akzeptiert, und jedenfalls dann nicht, wenn sie offensichtlich der gesetzlichen Wertentscheidung des Diskriminierungsschutzes widersprechen.<sup>66</sup>

### *B. Die unternehmerische Entscheidung für die Geschlechtsstereotypisierung*

In dieser rechtsdogmatischen Konstruktion liegt zunächst das Problem verborgen, dass die beruflichen Anforderungen letztlich vom Arbeitgeber festgelegt werden und die Rechtsprechung den Unternehmen hierbei einen gewissen Entscheidungsspielraum einräumt. »Der Arbeitgeber kann aufgrund der durch Art. 12 Abs. 1 GG geschützten unternehmerischen

62 BAG, AP Nr. 35 zu § 123 BGB. Zur Bewertung siehe gleich unter B. und C.

63 Pfarr/Bertelsmann (Fn. 55), S. 72.

64 Zum Beispiel: LAG Berlin, NJW 1998, 1429: Bundesfrauenreferentin beim Parteivorstand der PDS; (»weil Männern regelmäßig die Fähigkeit zur Zusammenarbeit mit Frauen aus feministischen Zusammenhängen fehlt und weil es Fraueninitiativen und -gruppierungen gibt, die eine Zusammenarbeit mit einem Mann ablehnen«); ArbG München, NZA-RR 2001, 365: Geschäftsführerin eines »Frauenverbands« (»Für den Beklagten steht und fällt die Glaubwürdigkeit seinen 180.000 weiblichen Mitgliedern gegenüber mit der Frage, ob an leitender Stelle ebenfalls eine Frau steht. Auch für die von der Geschäftsführung wahrzunehmende Darstellung und Repräsentation des Frauenverbandes nach außen hin liegt es in der Natur der Sache, dass an dieser Stelle allgemein eine Frau erwartet wird.«).

65 LAG Köln, AR-Blattei ES 800 Nr. 128.

66 Siehe auch EuGH, 10.7.2008 – C-54/07 (Feryn), EuGHE 2008, 51877.

Freiheit sowohl den Unternehmensgegenstand als solchen festlegen als auch bestimmen, welche Arbeiten auf dem zu besetzenden Arbeitsplatz zu erbringen sind. [...] Es unterliegt daher auch seinem organisatorischen Ermessen, wie er einen [...]Posten zuschneiden will und welche Anforderungen demgemäß der Bewerberauswahl zugrunde zu legen sind.«<sup>67</sup> Dies betrifft vor allem bestimmte unternehmerische Konzepte, wie zum Beispiel die pädagogischen Konzepte in (sozial-)pädagogisch arbeitenden Unternehmen und Einrichtungen. So kann z.B. eine Einrichtung zur Beratung von Frauen verlangen, dass die Berater\_innen ebenfalls weiblichen Geschlechts sind, wenn das Unternehmen ein entsprechendes Konzept vertritt und nach einem Selbsthilfeprinzip arbeitet.

Indem das Recht sich hier in der Kontrolle zurückhält, überlässt es den Unternehmen die Definitionsmacht über Geschlechtsstereotypisierungen. Die Eingriffsbefugnis der Gerichte wird an einer anderen Stelle verortet: Ob die jeweilige Differenzierung gerechtfertigt ist, hängt dann jeweils davon ab, ob und wie das Unternehmen sein Konzept in konsistenter Art und Weise definiert hat.<sup>68</sup> Genau auf diesen Schritt hat das BAG in der Transsexuellen-Entscheidung allerdings verzichtet: Es akzeptierte das geschlechtspolitische Konzept des Arztes, ohne zu hinterfragen, wie sich der Respekt vor einer eventuellen Scham der Patient\_innen mit der Tatsache vereinbaren ließ, dass der Arzt selbst offensichtlich<sup>69</sup> männlichen Geschlechts war ...

### C. Was ist das »Geschlecht«?

Eine weitere problematische Frage, die in der Rechtslehre noch gar nicht angesprochen wurde, spricht das BAG in der Transsexuellen-Entscheidung mit der Formulierung an: »Dieser Eigenschaft [weibliches Geschlecht] genüge die Klägerin jedenfalls solange (noch) nicht, als nicht ihre Geschlechtsumwandlung nach §§ 8, 10 TSG vollzogen war.«<sup>70</sup> Spätestens damit dürfte klar sein, dass der Begriff des »Geschlechts« auch in dieser Norm alles andere als eindeutig ist und dass der schlichte Verweis auf die Biologie nicht selbstverständlich weiterführt. Denn die naturwissenschaftliche Auseinandersetzung zeigt, dass die Biologie in Bezug auf die Geschlechterzuweisung weniger eindeutig ist als gemeinhin angenommen wird. Biologisch handelt es sich bei »Geschlecht« nicht um ein Entweder-Oder, sondern um ein Kontinuum, bestehend aus genetischem

67 BAG 28.5.2009 – 8 AZR 536/08 –, juris.

68 Dem Arbeitgeber in BAGE 61, 219 gelang dies zum Beispiel nicht.

69 Dies wird in der Entscheidung nicht thematisiert, geht aber aus der Bezeichnung »der Kläger« klar genug hervor.

70 BAG, AP Nr. 35 zu § 123 BGB.

Geschlecht (Chromosomensatz), anatomischem Geschlecht (gonadisches Geschlecht) und hormonellem Geschlecht.<sup>71</sup>

Für den Sport jedenfalls hat der für Leichtathletik zuständige Weltverband IAAF erst jüngst im Fall von Caster Semanya wieder eine Geschlechtsbestimmung angeordnet, um die Anmeldung zu einem Frauen-Wettkampf zu überprüfen.<sup>72</sup> Dort werden zur Geschlechtsüberprüfung wohl vorrangig Gentests gemacht. Da jedoch manche mit einem Y-Chromosom geborenen Menschen alle körperlich charakteristischen Merkmale einer Frau entwickeln (ausgenommen der inneren Sexual-Organen), ohne dass ihr Körper aber auf das produzierte Testosteron reagiert (Androgen Insuffizienz Syndrom [AIS]), dürfen sie auch bei den Frauen starten – insofern scheint es eigentlich auf die Produktion von Testosteron anzukommen.<sup>73</sup>

Die transsexuelle Arzthelferin hatte jedoch anders argumentiert, als sie darlegte, sie habe gewusst, dass die Patient\_innen »bei Kenntnis von ihrem organischen Zustand überreagiert und u.U. die Praxis nicht mehr aufgesucht hätten; sie habe allerdings niemals die Absicht gehabt, sich gegenüber den Patienten zu offenbaren.« Sie war also der Meinung, allein dadurch, dass sie den physischen Phänotyp »Frau« überzeugend darstellen konnte, erfüllte sie die Anforderung, die der Arzt aufgestellt hatte. Und tatsächlich wird man eine große Zahl der erwähnten Fälle so einordnen können. Um Frauenkleidung als Model präsentieren zu können, muss eine\_r nur glaubwürdig einen Frauenkörper darstellen können. Um in einem Theaterstück eine Rolle zu spielen, die nach dem Willen des/der Regisseurs\_in von einem Frauenkörper repräsentiert werden soll, muss eine\_r nur glaubwürdig einen Frauenkörper darstellen können. Was häufig als »biologisch-natürlich« bezeichnet wird, ist vielmehr die »Performance«, die glaubwürdige Darstellung und Präsentation – nicht einer Geschlechterrolle, sondern eines Geschlechtskörpers.

Aber reicht das wirklich schon, um in einem Frauenhaus tätig zu sein? Oder um »Frauen« körperlich zu untersuchen, die sich nicht vor fremden »Männern« nackt zeigen mögen? Geht es dort wirklich nur um die glaubhafte Darstellung? Wie ist es mit der Geschäftsführung einer frauenpolitischen Institution oder der Repräsentation einer feministischen Organisation? Was muss eine\_r mitbringen, um hier glaubwürdig repräsentieren zu können? In solchen Fällen geht es doch vermutlich darum, dass eine\_r in bestimmten Situationen nicht mit Personen zu tun

71 Lorber/Farell, in: Lorber/Farell (Hrsg.), *The Social Construction of Gender*, S. 7 ff.

72 Die sportgerichtlichen Verfahren zur Startberechtigung von Caster Semanya wurden erst 2019 abgeschlossen.

73 Sieben der acht Frauen, die 1996 bei Olympia in Atlanta positiv auf Y-Chromosomen getestet wurden, hatten AIS und durften teilnehmen.

haben will, die im gesellschaftlichen Gewaltverhältnis der Geschlechter die »Gegenseite«, nämlich die Seite der Macht und Gewalt repräsentiert. Auch dabei geht es wohl nicht um biologische Gegebenheiten, sondern um gesellschaftliche, die gesellschaftlich an Körper gebunden sind – um Existenzweisen.<sup>74</sup> Aber wer wollte hier abgrenzen und Zuordnungen treffen?

Hier, bei der Bestimmung der legitimen Ausnahmen, tritt die Kehrseite der Verrechtlichung am deutlichsten zu Tage: Brauchen wir wirklich solche rechtlichen Definitionen, die Stereotypisierungen provozieren, die über Gerichte durchgesetzt und verallgemeinert werden? Sind dies nicht Fragen, die in der Gesellschaft bleiben sollen, in denen den gesellschaftlichen Akteur\_innen also Einschätzungs- und Handlungsspielräume überlassen bleiben sollten? Dies ist jedenfalls ein starkes Argument für das Grundkonzept der Rechtsprechung zu den unternehmerischen Entscheidungsspielräumen. Die Justiz hätte dann aber wohl immer noch genug damit zu tun, das Handeln gesellschaftlicher Akteur\_innen auf innere Konsistenz zu kontrollieren.<sup>75</sup>

#### 4. Die Vielfalt der Geschlechter und der Universalismus des Rechts

Der Überblick sollte reichen, um die grundsätzlichen Probleme, die mit einer Verrechtlichung der Geschlechtergleichbehandlung verbunden sind, benennen zu können. Entsprechendes ließe sich auch im Recht der mittelbaren Diskriminierung<sup>76</sup> oder im Gleichstellungsrecht<sup>77</sup> finden. Neben und mit der Grundsatzfrage, inwieweit Stereotypisierungen mit der Verrechtlichung notwendig verbunden sind, stellen sich insbesondere auch Fragen nach der Fassung angemessener Tatbestände.

74 Maihofer, *Geschlecht als Existenzweise*, 1995.

75 Siehe oben unter 3.c)B, bei Fn. 68 f.

76 Zur Kritik an den stereotypisierenden Grundlagen (Teilzeitbeschäftigung als Erfahrung weißer heterosexueller Frauen) siehe nur Ashiagbor, *The Intersection between Gender and »Race« in the Labour Market: Lessons for Anti-Discrimination Law*, in: Morris, Anne/O'Donnel, Thérèse (Hrsg.), *Feminist Perspectives on Employment Law*, 1999, 139.

77 Frauenförder- und Gleichstellungsgesetze der Länder; siehe § 5 AGG: Erlaubte Geschlechtsdifferenzierung: »wenn durch geeignete und angemessene Maßnahmen bestehende Nachteile wegen [des Geschlechts] verhindert oder ausgeglichen werden sollen«.

## a) Klassifikationen und Schließungen

In der Literatur wird versucht, unter den Begriff des »Geschlechts« nicht nur Schwangerschaft und Transsexualität zu fassen, wie es bereits der EuGH getan hat, sondern auch Intersexualität<sup>78</sup> und/oder sexuelle Orientierung und sexuelle Identität.<sup>79</sup>

Der Lesben- und Schwulenverband in Deutschland (LSVD) fordert dagegen rechtspolitisch eine Erweiterung der Tatbestände des Art. 3 Abs. 3 GG um die Frage der »sexuellen Identität« und wird dabei nicht nur von Christine Hohmann-Dennhardt unterstützt.<sup>80</sup> Am 29.9.2009 haben die Landesregierungen von Berlin, Hamburg und Bremen eine entsprechende Bundratsinitiative gestartet. Andere teilen die Zielsetzung, halten aber auch den rechtsdogmatischen Weg über die Auslegung für möglich. Aber welche Begriffe und Konzepte sind dann geeignet? Schon nicht jegliche Konstruktion von Homosexualität ist rechtstauglich. Sabine Hark hat angemahnt zu reflektieren, wo Schließungen stattfinden, wer aufgerufen wird und wer nicht, und so Fixierungen von Identität aufzudecken.<sup>81</sup> So meint Antke Engel, nur die klassifikatorischen Begriffe »Lesben und Schwule« nötigten immer wieder die Frage nach Zugehörigkeit und Ausschlüssen auf, während der Begriff »sexuelle Orientierung« eher dazu auffordere, ihn unterschiedlich zu füllen.<sup>82</sup> Dass dies

78 Nollert-Borasio/Perrong, AGG, 2006, § 1, Rn. 9; Schiek (Fn. 42), § 1 AGG, Rn. 25.

79 Plett, Ausschluss eines transsexuellen Partners vom Anspruch auf betriebliche Hinterbliebenenrente, ZESAR 2004, 303. Siehe auch für Art. 3 GG Sacksofsky, Gleichheit in der neuen Vielfalt: Neuer Streit um Gleichberechtigung, in: Kritische Justiz (Hrsg.), Verfassungsrecht und gesellschaftliche Realität, 2009, 147 (153 f.) unter dem Oberbegriff »sexuelle Identität«.

80 »Kampagne 3+«, siehe [www.artikeldrei.de](http://www.artikeldrei.de): Forderung nach Ergänzung von Art. 3 Abs. 3 GG um »sexuelle Identität«; siehe auch Hohmann-Dennhardt, Gleichheit nur für Heteros? Keine Diskriminierung wegen der »sexuellen Identität«, in: Kritische Justiz (Hrsg.), Verfassungsrecht und gesellschaftliche Realität, 2009, 125: »geschlechtliche Identität oder sexuelle Orientierung«, um »Homo- und Transsexualität« zu erfassen; Sacksofsky (Fn. 76), 147 (154); siehe auch für einen etwas anderen (spezifischeren und freiheitsrechtlich orientierten) Ansatz die »Internationale Erklärung der Geschlechterrechte« der International Conference on Transgender Law and Employment Policy (ICTLEP) von 1995, im Original und deutscher Übersetzung wiedergegeben, in: Queering Demokratie, 2000, S. 175 ff.

81 Hark, Durchquerung des Rechts. Paradoxien einer Politik der Rechte, in: Queering Demokratie, 2000, S. 28 ff. (40). Siehe auch Hark, Ohne Geländer handeln. Paradoxien einer Politik der Rechte, Streit 1999, 59.

82 Engel, Differenz (der) Rechte – Sexuelle Politiken und der Menschenrechtsdiskurs, in: Queering Demokratie, 2000, S. 157 ff. (158).

aber auch geschieht, versteht sich keineswegs von selbst,<sup>83</sup> wie die Definitionsversuche der Kommentarliteratur zeigen: § 1 AGG (»sexuelle Identität«) erfasse wohl mindestens Homosexualität, Heterosexualität und Bisexualität.<sup>84</sup> Nach der Gesetzesbegründung sollen auch Transsexualität oder Intersexualität diesem Tatbestand zuzuordnen sein,<sup>85</sup> die wieder von anderen (nicht zuletzt dem EuGH) als Fälle der »Geschlechts«-Diskriminierung gesehen werden.<sup>86</sup> Auch die Grundbegriffe sind problematisch: Der Begriff der sexuellen Identität ersetzt im deutschen Recht den europarechtlichen Begriff der sexuellen Orientierung. Worum geht es also? Um sexuelle Praxis, um sexuelle Beziehungen oder um geschlechtliche soziale Identität?

### b) Thematisierung von Machtverhältnissen und Praktiken durch Recht

Dabei geht es darum letztlich gar nicht. Der Diskriminierungsschutz wendet sich doch gegen bestimmte Machtverhältnisse. Auch Susanne Baer hat wiederholt gefordert, dass das Recht sich nicht an Identität, Gruppe oder Eigenschaft orientieren dürfe, sondern an benachteiligenden »-ismen«.<sup>87</sup> Zur Abwehr der Zwänge der Vergeschlechtlichung müsse das Recht in die Prozesse der Abwertung und Ausgrenzung intervenieren.

Dem entspricht einerseits die Struktur des geltenden Diskriminierungsschutzes, wonach es nicht darauf ankommen soll, welcher Gruppe der/die Diskriminierte »zugehört«, sondern auf welchen Annahmen und Vorurteilen die Benachteiligung beruht.<sup>88</sup> Eine parallele Rechtsentwicklung hat es übrigens im Recht der mittelbaren Diskriminierung gegeben, wo nicht mehr auf einen quantitativen Vergleich der Betroffenheit von »Frauen« und »Männern« abgestellt wird, sondern eine qualitative Einschätzung der geschlechtsspezifischen Wirkungen erlaubt wird (»Benachteiligung in besonderer Weise«).<sup>89</sup>

83 Baer, im Gespräch Beger/Baer/da Silva, *Recht und Rechte*, in: *Queering Demokratie*, 2000, S. 182 ff. Siehe auch schon zur Rechtsprechung oben 3.a) B. und C.

84 Nollert-Borasio/Perreng (Fn. 78), 2006, § 1, Rn. 38; Schiek (Fn. 42), Rn. 31.

85 BT-Drs. 16/1780, S. 31; Nollert-Borasio/Perreng (Fn. 78), 2006, § 1, Rn. 38; siehe auch für Art. 3 GG: Sacksofsky (Fn. 76), 147 (154) unter dem Oberbegriff »sexuelle Identität«.

86 Schiek (Fn. 42), § 1, Rn. 32; zur EuGH-Rechtsprechung oben 3.a)C.

87 Siehe Baer (Fn. 15), 32.

88 Kocher, in: Wedde (Hrsg.), *Kompaktcommentar Arbeitsrecht*, 2009, § 3 AGG, Rn. 10.

89 Siehe Schiek (Fn. 42), § 3, Rn. 43 ff.

Die Forderung, den Fokus nicht auf Kategorien, sondern auf Praktiken der Kategorisierung zu legen,<sup>90</sup> geht aber weiter. Ein gutes Beispiel für das, was gemeint sein könnte, bietet das Recht der »sexuellen« Belästigung im Erwerbsleben. Im US-amerikanischen Recht wird hier insbesondere die Legitimität der »equal opportunity harassment defense« diskutiert, die der US-amerikanische Supreme Court im Jahre 1998 erlaubt hatte.<sup>91</sup> In den USA wird sexuelle Belästigung anders als im Deutschland der Vor-AGG-Zeit schon lange als eine Frage der Diskriminierung »wegen des Geschlechts« behandelt.<sup>92</sup> 1997 ging es um die Frage, ob Belästigung auch vorliege, wenn ein Mann von Männern drangsaliert, mit Vergewaltigung bedroht und sexueller Gewalt unterworfen wird; der Supreme Court verlangt dafür den vergleichenden Nachweis, dass es einer Frau nicht genauso (oder schlimmer) ergangen wäre. Das Machtverhältnis, das durch sexuelle Belästigung (re-)produziert wird, lässt sich jedoch mit einem solchen Vergleichspersonenkonzept nicht adressieren.

Für das Recht der sexuellen Belästigung gibt es dieses Problem im deutschen Recht nicht, da dort (auch aufgrund der persönlichkeitsrechtlichen Konstruktion) konkrete Verhaltensweisen benannt werden:<sup>93</sup> § 3 Abs. 4 AGG verbietet »... unerwünschtes, sexuell bestimmtes Verhalten, wozu auch unerwünschte sexuelle Handlungen und Aufforderungen zu diesen, sexuell bestimmte körperliche Berührungen, Bemerkungen sexuellen Inhalts sowie unerwünschtes Zeigen und sichtbares Anbringen von pornographischen Darstellungen gehören«. So lassen sich sexualisierte und demütigende Arbeitsatmosphären generell thematisieren. Das Problem taucht aber im Zusammenhang mit der diskriminierenden Belästigung nach § 3 Abs. 3 AGG auf (»unerwünschte Verhaltensweisen, die mit einem in § 1 genannten Grund in Zusammenhang stehen«). Auch in Fällen von geschlechtsstereotypisierenden Kleiderordnungen kommt man mit dem Vergleichspersonenkonzept wohl nicht weiter: Der US-amerikanische Supreme Court hatte bereits im Fall »Price Waterhouse v Hopkins« einen anderen Ansatz zur Begründung einer Geschlechtsdiskriminierung

90 So auch Engel (Fn. 81), 160.

91 *Oncale v. Sundowner Offshore Services*, 523 U.S. 75 (1998); der Supreme Court verwies die Sache zurück, erlaubte aber den Einwand. Siehe z.B. Taflinger, *Equal opportunity harassment?, Off Our Backs* Jan 1998; Zalesne, *Lessons from equal opportunity harasser doctrine*, *Duke Journal of Gender Law & Policy*, Jan 2007. Sie zeigt auch, dass in der Praxis ein solcher Vergleich dennoch soweit ersichtlich nie verlangt wurde.

92 Vgl. Hohmann/Moors, *Schutz vor sexueller Belästigung am Arbeitsplatz im Recht der USA (und Deutschland)*, KJ 1995, 151; Baer, *Würde oder Gleichheit?*, 1995; siehe auch Hannett, *Equality at the Intersections*, *Oxford Journal of Legal Studies* 2003, 65 (78) zum englischen Recht.

93 Vgl. zur Kritik Baer (Fn. 89).

gewählt.<sup>94</sup> Dort war eine Frau nicht als Partnerin eines Anwaltsbüros aufgenommen worden, weil sich sie nach Meinung der bisherigen Partner\_innen zu maskulin verhalten habe; man hatte von ihr verlangt, femininer zu gehen, zu sprechen und sich zu kleiden, Make-up und Schmuck zu tragen.

Eine solche Auslegung des Verbots der Geschlechtsdiskriminierung als Verbot der Diskriminierung wegen einer Weigerung, sich Geschlechterstereotypen zu fügen, würde einen Aspekt des Machtverhältnisses »Geschlecht« klarer und treffender erfassen als die bisher verwandten Identitätskonstruktionen. Sie entspräche auch der Forderung des Bundesverfassungsgerichts, überkommene Rollenverteilungen nicht zu verfestigen.<sup>95</sup>

Mit einem solchen Ansatz würde auch die Diskriminierung »wegen der Schwangerschaft« besser erfasst als durch das Vergleichspersonenkonzept: Denn letztlich geht es ja hier auch darum, dass diejenigen, deren Lebensentwurf dem weiblichen Geschlechtsstereotyp entspricht, nicht in das herrschende Konzept der Erwerbsarbeit passen. Die Beschränkung auf Verbote der Diskriminierung »wegen der Schwangerschaft« oder »[vor bzw.] während der Elternzeit« (§ 18 Abs. 1 Satz 1 BEEG) reicht insofern nicht aus. Erfasste man den Kern dieser Diskriminierungsverbote z.B. mit Fragen der Diskriminierung »wegen Elternschaft«,<sup>96</sup> so wäre auch den zahlreichen Männern besser geholfen, die sich allein mit der Ankündigung, sich um ein Kind kümmern zu wollen, schon so weit vom männlichen Geschlechtsstereotyp entfernen, dass sie entlassen und/oder schikaniert werden.

## 5. Fazit

Die Reichweite des Verbots der Diskriminierung »wegen des Geschlechts« lässt sich nicht überzeugend nach der Reichweite des Begriffs »Geschlecht« bestimmen. Es muss hier letztlich darum gehen, die vielfältigen Machtkonstellationen zu erfassen, in denen sich die gesellschaftlichen Geschlechterverhältnisse darstellen. So würde auch deutlich, inwiefern die »Diskriminierung wegen der Schwangerschaft« mit Geschlechtsdiskriminierung zusammen hängt: Diese Diskriminierungen zielen darauf, ein Modell der Erwerbsarbeit als Norm zu etablieren, das mit weiblich kodierten Lebensläufen und Elternschaft nicht vereinbar ist. Mit dem biologischen Geschlecht hat es weniger zu tun als der EuGH annimmt. Dasselbe gilt für die Diskriminierung z.B. von

94 Price Waterhouse v. Hopkins, 490 U.S. 228 (1989).

95 Siehe oben Fn. 3.

96 Siehe schon oben Fn. 29.

Transgender-Personen, die zwar als Geschlechtsdiskriminierung erfasst werden kann. Dadurch wird aber verdeckt, worum es eigentlich geht, nämlich um einen spezifischen Aspekt der gesellschaftlichen Machtverhältnisse »Geschlecht«. Eine Interpretation des Geschlechtergleichbehandlungsgebots als Verbot geschlechtsstereotypisierender Anforderungen stellte auch insofern einen angemesseneren Zugang dar als die Argumentation des EuGH.<sup>97</sup>

Bedürfte es bei einer solchen Interpretation des Diskriminierungsverbots überhaupt noch der Entwicklung spezieller neuer »verpönte« Merkmale? Zumal die Hinzufügung von speziellen Diskriminierungsverboten wegen der sexuellen Orientierung und/oder Identität ja Rückwirkungen auf das Geschlechtergleichbehandlungsgebot hat: Wenn es nicht gelingt, neue Tatbestände mit Ausstrahlungswirkungen zu versehen, besteht die Gefahr, dass im Geschlechtsbegriff ein binäres Verständnis von Geschlecht zementiert wird. Oder, anders formuliert: Die Etablierung von Rechten für Homosexuelle schließt gerade nicht aus, dass Heterosexualität die privilegierte Position als unhinterfragte, institutionalisierte kulturelle Norm behält.<sup>98</sup>

Andererseits: Gerade die spezielle Festschreibung kann konkrete Machtverhältnisse und Probleme klarer adressieren.<sup>99</sup> So entbindet das spezielle Verbot der Diskriminierung wegen der Schwangerschaft von der Zuordnung zu Geschlechtsbegriffen und erfasst eine konkrete Problematik der Arbeitsmärkte. Und ein spezielles Verbot der Diskriminierung wegen der sexuellen Orientierung und Identität könnte die gesellschaftliche Marginalisierung und Invisibilisierung von Lesben, Schwulen, Bisexuellen, Transsexuellen und Transgender-Personen unmittelbar benennen – und gleichzeitig deutlich machen, dass das gesellschaftliche Problem der Geschlechterverhältnisse nicht nur in ungleicher Arbeitsverteilung besteht, sondern auch in geschlechtsstereotypisierenden Zumutungen, die jede\_n treffen.

97 Vgl. Zalesne (Fn. 91); Adamietz (Fn. 13), 380; Cornell 1993 (Fn. 1), 81.

98 Hark (Fn. 81), 41.

99 Zur Funktion des Rechts in der Thematisierung von Machtverhältnissen siehe ausführlich Kocher, Funktionen der Rechtsprechung, 2007, S. 27 ff.; S. 78 ff. und passim; siehe auch Hark (Fn. 81), 30; 33 (dort auch: Rechte symbolisieren die Zugehörigkeit zur Gesellschaft).

# Der arbeitsrechtliche Unterschied zwischen Müttern und Vätern (2015)

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

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

- 1 Empfehlung für ein individuelles, nicht übertragbares Recht auf Vaterschaftsurlaub nach der Entschließung des Rates vom 29.6.2000 über eine ausgewogene Teilhabe von Frauen und Männern am Berufs- und Familienleben, ABl. C 218; siehe auch Art. 16 und Erwägungsgrund 27 der Richtlinie 2006/54/EG. [Aktueller: Recht auf Freistellung für Väter oder »gleichgestellte zweite Elternteile« für zehn 10 Arbeitstage nach der Geburt des Kindes (Art. 4 der Richtlinie (EU) 2019/1158 zur Vereinbarkeit von Beruf und Privatleben für Eltern und pflegende Angehörige); für Deutschland wird 2023 ein »Familienstartzeitgesetz« geplant, das aber 2023 noch nicht in den Bundestag eingebracht wurde.]
- 2 Schiek, Dagmar, Nachtarbeitsverbot für Arbeiterinnen: Gleichberechtigung durch Deregulierung?, Baden-Baden 1992; Generalanwalt Darmon, Schlussanträge in Rs. C-177/88 (Dekker), EuGH 1990, I-3841, Rn. 46 ff. Auch nach Art. 4 Nr. 8 des – von der Bundesrepublik Deutschland nicht ratifizierten – ILO-Übereinkommens Nr. 103 dürfen die während der Mutterschutzfristen zu erbringenden finanziellen Leistungen nicht in voller Höhe dem einzelnen Arbeitgeber auferlegt werden.
- 3 BVerfG, 18.11.2003, AP Nr. 23 zu § 14 MuSchG 1968; dazu genauer v. Koppenfels-Spies, Katharina, Auf dem Weg zu einem nicht-diskriminierenden Mutterschutzrecht?, AuR 2005, S. 52–55; vgl. Adomeit, NJW 2005, S. 721 f.

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

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

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

Das Unionsrecht erlaubt darüber hinaus besondere Rechte für Frauen aufgrund von Schwangerschaft und Mutterschaft aufgrund der allgemeinen gleichbehandlungsrechtlichen Überlegung, dass diese sich insofern in einer Situation befinden, die mit der anderer Arbeitnehmer oder Arbeitnehmerinnen nicht vergleichbar ist:<sup>7</sup> Nach Art. 28 Abs. 1 der Richtlinie

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

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

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

7 EuGH, 16.9.1999, Rs. C-218/98 (Abdoulaye), EuGHE 1999, I-5723, Rn 18, 20, 22. Zum Verhältnis besonderer Schutz und Gleichbehandlung in Bezug

2006/54/EG steht das Verbot der Geschlechtsdiskriminierung den Vorschriften zum Schutz der Frau, insbesondere bei Schwangerschaft und Mutterschaft, nicht entgegen.<sup>8</sup>

## II. Die Rechtsbegriffe des Mutterschutzes

### 1. Schwangerschaft = Geschlecht

Die Aussage, die Diskriminierung wegen Schwangerschaft seit mit einer Diskriminierung wegen des Geschlechts gleichzusetzen, geht auf die Rechtsprechung des EuGH zurück, der dieses Diskriminierungsverbot in aller Striktheit anwandte und sich dabei sogar von seinem Vergleichspersonenkonzept löste: Gerade und allein weil die Verweigerung einer Einstellung wegen Schwangerschaft nur Frauen gegenüber in Betracht komme, handle es sich um eine unmittelbare Diskriminierung aufgrund des Geschlechts.<sup>9</sup> Der EuGH akzeptiert keinerlei legitime Gründe, in denen »ausnahmsweise« Schwangere aus einem Arbeitsverhältnis entlassen werden könnten: So hält er eine Entlassung auch dann für diskriminierend, wenn die Frau die vereinbarte (unbefristete) Tätigkeit wegen eines mutterschutzrechtlichen Beschäftigungsverbotens zunächst nicht aufnehmen konnte<sup>10</sup> oder wenn sogar feststand, dass die Person aufgrund ihrer Schwangerschaft während eines wesentlichen Teils der Vertragszeit nicht würde arbeiten können.<sup>11</sup> Das BAG schlussfolgert zutreffend, dass deshalb auch ein Verstoß gegen das MuSchG ein Indiz für eine Benachteiligung wegen des Geschlechts sein könne.<sup>12</sup>

Die Begründung des EuGH für die Einordnung als Geschlechtsdiskriminierung läuft auf die Annahme hinaus, dass hier das Differenzierungsmerkmal (Schwangerschaft) notwendig mit dem verpönten Merkmal

auf den Mutterschutz siehe auch Nebe, Betrieblicher Mutterschutz ohne Diskriminierungen, 2006).

- 8 Die Norm schreibt Art. 2 Abs. 3 der RL 76/207/EWG (Ursprungsfassung) fort; siehe auch Erwägungsgründe 24 und 25 der RL 2006/54/EG in Bezug auf die Mutterschutzrichtlinie 92/85/EWG und die Elternurlaubsrichtlinie 2010/18/EU.
- 9 Erwägungsgrund 23 zur RL 2006/54/EG unter Bezugnahme auf EuGH, 8.11.1990, Rs. C-177/88 (Dekker), EuGHE 1990, 3941; siehe auch ArbG Düsseldorf, 12.3.2013 – 11 Ca 7393/11 zur Diskriminierung wegen einer möglichen Schwangerschaft.
- 10 EuGH, 5.5.1994, Rs. C-421/92 (Habermann-Beltermann), EuGHE 1994, 1657; EuGH, 3.2.2000, Rs. C-207/98 (Mahlburg), EuGHE 2000, 549; so jetzt auch BAG, AP Nr. 21 zu § 611a BGB in Abkehr von BAG, AP BGB § 123 Nr. 36.
- 11 EuGH, 4.10.2001, Rs. C-109/00 (Tele Danmark), EuGHE 2001, 6993.
- 12 BAG, 12.12.2013 – 8 AZR 838/12.

(Geschlecht) verbunden sei. Diese Begründung hat sich auch in der Kommentarliteratur durchgesetzt.<sup>13</sup> Sie ist zwar offensichtlich stereotypisierend und beruht auf einer bestimmten Vorstellung eines »Frauenkörpers«.

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

*a) In-vitro-Fertilisation: »Schwangerschaft«?*

Der Fall »Mayr« verlangte allerdings nach einer größeren Begründungstiefe. Hier war eine Arbeitnehmerin gekündigt worden, die sich im vorgerückten Behandlungsstadium einer In-vitro-Fertilisation befand, nämlich zwischen der Follikelpunktion und der Einsetzung der in vitro befruchteten Eizellen in ihre Gebärmutter. Der EuGH ordnete den Fall allerdings dennoch ohne Weiteres als Fall der Geschlechtsdiskriminierung ein, weil »Maßnahmen wie eine Follikelpunktion und die Einsetzung der daraus hervorgegangenen Eizellen sofort nach ihrer Befruchtung in die Gebärmutter der Frau unmittelbar nur Frauen betreffen«. <sup>14</sup> Eine mühsame Begründung – der EuGH selbst weist darauf hin, dass Arbeitnehmer\_innen »beider« Geschlechter » [...] aufgrund von medizinischen Behandlungen, denen sie sich unterziehen müssen, zeitweilig daran gehindert sein [können], ihre Arbeit auszuüben«. Man darf mit Interesse auf eine Entscheidung zur »Mutterschaft« einer Person warten, der/die nicht eindeutig biologische Frau mit Gebärmutter ist. Mit Hilfe des Begriffs der mittelbaren Diskriminierung wegen des Geschlechts wäre man wahrscheinlich schon in »Mayr« eher auf einen überzeugenden Weg gekommen.<sup>15</sup>

*b) Fehlgeburt = Geburt?*

Ebenfalls auf biologische Argumente führt die Frage, ob eine »Entbindung« im Sinne von § 9 Abs. 1 des deutschen Mutterschutzgesetzes

- 13 Siehe z.B. Schrader/Schubert, in: Däubler/Bertzbach (Hrsg.), AGG, 3. Aufl. 2013, § 3, Rn. 34 (»Zusammenhangseigenschaft«).
- 14 EuGH, 26.6.2008, Rs. C-506/06 (Sabine Mayr), EuGHE 2008, 1017. [Zum deutschen Recht siehe auch BAG, 26.3.2015 – 2 AZR 237/14: Kündigungsschutz nach § 9 Abs. 1 Satz 1 MuSchG greift ab dem Zeitpunkt der Einsetzung einer befruchteten Eizelle in die Gebärmutter.]
- 15 Vgl. aus der US-amerikanischen Rechtsprechung: United States Court of Appeals for the Seventh Circuit (Hall v. Nalco Co, 2008), Harvard Law Review 122 (2008), 1533 ff (Entlassung einer Frau wegen der Fehlzeiten aufgrund einer In-Vitro-Fertilisation).

(MuSchG) auch zu bejahen ist, wenn eine Fehlgeburt oder eine Totgeburt zu beklagen war. Auch hier beschränkte sich noch die deutsche Rechtsprechung des Jahres 2005 auf die biologische Abgrenzung zwischen Fehl- und Totgeburt, konzentrierte sich also auf die Frage, ob »sich das Kind bereits bis zu einem Stadium entwickelt hat, in dem es zu einem selbständigen Leben grundsätzlich fähig ist«.<sup>16</sup>

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

## 2. Die Mutterschaftsurlaubsberechtigung

### *a) Adoptivmütter und Leihmutterchaft*

Die Frage, ob Mutterschaftsrechte vor allem mit der körperlichen Beziehung zum Kind begründet sind, stellt sich auch, wenn Adoptivmütter, Väter oder »Bestellmütter« Mutterschaftsrechte geltend machen. Dabei geht es in der Sache nicht mehr um die Anwendung von Diskriminierungsverboten, sondern um die Anwendung besonderer Rechte; Art. 28 Abs. 1 der Richtlinie 2006/54/EG erlaubt insofern einen Schutz der körperlichen Verfassung der Frau während und nach der Schwangerschaft. Die Norm gilt auch für tarifliche Leistungen, die die gesetzlichen Rechte bei Mutterschaft ergänzen, wie z.B. eine tarifliche Beihilfe für schwangere Frauen beim Antritt ihres Mutterschaftsurlaubs.<sup>17</sup>

Im deutschen Recht kommt eine Anwendung mutterschutzrechtlicher Regelungen auf Adoptivmütter (§§ 174 I ff BGB) keinesfalls in Betracht. Sowohl die Schutzfristen (§ 3 Abs. 2 und § 6 Abs. 1 MuSchG) als auch das Kündigungsverbot (§ 9 Abs. 1 MSchG) beziehen sich ausdrücklich auf »werdende oder stillende Mütter« und damit auf biologische Begriffe; Sinn und Zweck ist der Schutz wegen der mit Schwangerschaft und Entbindung verbundenen physischen und psychischen Belastungen von Frauen.<sup>18</sup> Dasselbe wie für Adoptivmütter muss deshalb für »Bestellmütter« gelten, die im Sinne von § 13b Satz 1 des

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

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

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

Adoptionsvermittlungsgesetzes ein Kind nach einer »bestellten« Leih-/ Ersatzmutterschaft annehmen oder in sonstiger Weise auf Dauer bei sich aufnehmen. Gleiches gilt für die Mutterschutzrichtlinie 92/85/EWG, die ausschließlich für schwangere Arbeitnehmerinnen, Wöchnerinnen und stillende Arbeitnehmerinnen gilt (zu den Definitionen siehe Art. 2).

Auch der EuGH hat es im Jahre 2014 in »Z./A Government Department« für ganz selbstverständlich gehalten, dass die nach irischem Recht geregelten Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen von Frau Z. zwar einen Anspruch auf bezahlten Mutterschafts- und Adoptionsurlaub vorsahen, jedoch keine Mutterschaftsrechte (sie galt nach kalifornischem Recht als Mutter des Kindes, das eine »Ersatz-/Leihmutter« geboren hatte). Der EuGH zog ernsthaft lediglich eine mögliche Diskriminierung wegen einer Behinderung in Betracht, da Frau Z. sich für die Leihmutterschaft nur entschieden hatte, weil sie aufgrund einer körperlichen Fehlbildung keine Gebärmutter hatte und nicht schwanger werden konnte. Allerdings verneinte er dann das Vorliegen einer Behinderung mit der schlichten begrifflichen Begründung, die Fehlbildung selbst habe es Frau Z. »für sich genommen« nicht unmöglich gemacht, ihrer Arbeit nachzugehen, oder sie in der Ausübung ihrer beruflichen Tätigkeit beeinträchtigt.<sup>19</sup> Allerdings wäre in einem solchen Fall ebenfalls eine mittelbare Diskriminierung in Betracht zu ziehen: Die Behinderung hinderte Frau Z. zwar nicht »für sich genommen« in ihrer beruflichen Tätigkeit. Aber zusammengenommen mit den Regelungen des Mutterschutzes war ihre Erwerbstätigkeit anders als die von Adoptivmüttern nicht davor geschützt, durch die Betreuung eines Kleinkindes beeinträchtigt zu werden.<sup>20</sup>

### *b) Der Vater als Mutter?*

Löst man die Berechtigung zum Mutterschaftsurlaub auf diese Weise vom körperlichen Gebären, stellt sich schnell auch die Frage einer Anwendung auf Väter. In einer Entscheidung aus den frühen 1980er Jahren hatte der EuGH zwar bereits einmal entschieden, dass die Nichtanwendung von Mutterschaftsrechten auf Väter keine Diskriminierung wegen des Geschlechts darstelle.<sup>21</sup> Auf der anderen Seite bekam ein Vater Recht, der den »Stillurlaub« nach Art. 37 Abs. 4 des spanischen Arbeitnehmerstatuts (»Estatuto de los Trabajadores«) für sich beanspruchte. Allerdings: Bei der in Frage stehenden Regelung ging es keineswegs um ein auf Mütter beschränktes Recht; die Vorschrift enthielt den Satz

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

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

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

»Die Arbeitsbefreiung kann sowohl von der Mutter als auch vom Vater in Anspruch genommen werden, sofern beide arbeiten«. Hier handelte es sich in der Sache also um kein eng mit der Mutterschaft und dem Geschlecht verbundenes Recht; vielmehr wurde ein geschlechtsneutral gewährleistetes Recht Männern und Frauen unter ungerechtfertigt ungleichen Bedingungen gewährleistet.<sup>22</sup>

Allerdings gibt es auf anderer Ebene Entwicklungen, die die strenge Unterscheidung zwischen Mütterrechten und Elternrechten in Frage stellen: Mitgliedstaaten erkennen zunehmend eigene Rechte auf Vaterschaftsurlaub an, und der Rat hat die Einführung eines Rechts auf Vaterschaftsurlaub empfohlen.<sup>23</sup> Art. 16 der Richtlinie 2006/54/EG behandelt diese Rechte auf derselben Ebene wie den Adoptionsurlaub; erkennt eine Mitgliedstaat solche Rechte aber an, so sind die betroffenen Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer wie Mütter vor Entlassung infolge der Inanspruchnahme dieser Rechte zu schützen; sie müssen danach unter Besitzstandswahrung an ihren früheren Arbeitsplatz oder einen gleichwertigen Arbeitsplatz zurückkehren können.<sup>24</sup> Damit wird ein Gleichstellungsgebot in Hinblick auf die Wahrnehmung von gesetzlichen Elternrechten begründet.

### *c) Die begrenzte Funktion des Mutterschaftsurlaubs*

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

Auch dieser Fall warf in der Sache nur Fragen nach der sachlichen Konsistenz und Nachvollziehbarkeit der Regelung auf, denn der

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

23 Empfehlung für ein individuelles, nicht übertragbares Recht auf Vaterschaftsurlaub nach der EntschlieÙung des Rates vom 29.6.2000 über eine ausgewogene Teilhabe von Frauen und Männern am Berufs- und Familienleben, ABl. C 218. [Zum Stand 2023 siehe oben Fn. 1.]

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

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

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

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

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

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

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

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

Weist man dem Mutterschaftsurlaub und den Mutterschaftsrechten aber die Funktion zu, die »Beziehung zwischen Mutter und Kind« zu schützen, so gerät man in ein gefährliches Fahrwasser biologistischen Argumentierens, wenn die Möglichkeit besonderer Beziehungen zum Kind zwar für Adoptivmütter, nicht aber für Väter in Betracht gezogen wird.<sup>29</sup> Mit der Anerkennung solcher Funktionen des Mutterschutzes muss deshalb die Anerkennung besonderer Rechte für Frauen in Frage gestellt werden.

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

### III. Eltern- und Mütterrechte als Förderung der Geschlechtergleichstellung?

Eine Rechtfertigung besonderer Rechte im Zusammenhang mit Mutterschaft und Elternschaft ist selbst dann erforderlich, wenn Rechte geschlechtsneutral gewährt werden. Denn jede Benachteiligung wegen der Wahrnehmung von Elternrechten kann eine mittelbare Diskriminierung von Frauen darstellen,<sup>30</sup> während umgekehrt Regelungen, die Personen wegen der Erziehung von Kindern Vorteile einräumen, in aller Regel nachteilig für männliche Beschäftigte wirken werden.<sup>31</sup> Zwar mag der prozentuale Anteil der Geschlechter unter den Personen mit oder ohne Familienpflichten sich nicht wesentlich unterscheiden. Insbesondere die Inanspruchnahme von Elternurlaub wird dennoch in der Praxis überwiegend weibliche Beschäftigte betreffen.<sup>32</sup> Insofern ist es Sache der mitgliedstaatlichen Gerichte, zu prüfen, ob in dem betreffenden

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

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

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

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

Mitgliedstaat eine sehr viel höhere Zahl von Frauen als Männern Elternurlaub in Anspruch nimmt.<sup>33</sup> Nach dem Wortlaut des Tatbestandes kommt es hierbei auch nicht ausschließlich auf statistische Zahlen an.

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

Geschlechtsspezifische Maßnahmen bedürfen jedoch nicht nur eines sachlichen Grundes, sondern einer spezifischen Rechtfertigung der unmittelbaren Benachteiligung; in Betracht kommt die Erlaubnis als positive Maßnahme i.S.v. Art. 3 der Richtlinie 2006/54/EG. Maßnahmen zum Ausgleich beruflicher Nachteile bei Mutterschaft und Elternschaft können dazu beitragen, Hindernisse auf dem Weg zur Chancengleichheit für Frauen abzubauen.<sup>36</sup> Auch in diesem Zusammenhang ist aber zu Recht umstritten, ob Maßnahmen, die nicht an die biologische Mutterschaft, sondern an die Elternschaft anknüpfen, als positive Maßnahme gerechtfertigt werden können; denn sie bringen die Gefahr mit sich, zur Verfestigung einer herkömmlichen Rollenverteilung zwischen Männern und Frauen beizutragen.<sup>37</sup> Dem EuGH ist deshalb darin zuzustimmen, dass Leistungen, die sich auf die Elternstellung generell beziehen und berufliche Nachteile durch Kindererziehung ausgleichen sollen, nicht nach dem Geschlecht differenziert ausgestaltet werden dürfen. Nicht zulässig ist deshalb z.B. eine Anerkennung von Kindererziehungszeiten nur bei Frauen.<sup>38</sup> Auch die Möglichkeit der Versetzung in den Ruhestand zur Pflege des Ehepartners kann nicht ausschließlich Frauen vorbehalten sein.<sup>39</sup> Hingegen hat es der

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

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

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

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

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

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

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

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

#### IV. Fazit

Die Gleichberechtigung der Geschlechter ist schon immer abhängig davon gewesen, inwieweit den Frauen in der familiären Arbeitsteilung die »private« Haus- und Fürsorgetätigkeit zugewiesen ist. Im Arbeitsrecht ist zu fragen, welche Anreize insofern für eine geschlechtergerechte Arbeitsteilung gesetzt werden können. Denn: »Überkommene Rollenverteilungen [...] dürfen durch staatliche Maßnahmen nicht verfestigt werden.« <sup>42</sup> In anderen Worten: Das Arbeitsrecht sollte dazu beitragen, dass die geschlechtsspezifische Spaltung des Arbeitsmarktes nicht vertieft, sondern abgebaut wird. <sup>43</sup> Allerdings: Die Gewährung geschlechtsunspezifischer Rechte bzw. die Gewährung von Väterrechten ist ein äußerst wichtiges Instrument, um Vätern größere Verantwortung in der Übernahme elterlicher Pflichten zu ermöglichen.

Die Ausdehnung von Elternrechten ist insofern eine wichtige Entwicklung; zu Recht ist die Elternzeit im deutschen Recht nicht mehr wie

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

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

42 BVerfG, 28.1.1992, BVerfGE 85, 191 (207) (Nachtarbeitsverbot); siehe auch BVerfG, 16.11.1993, BVerfGE 89, 276. Genauer zum Ganzen Kocher, KJ 1999, S. 185 ff. (in diesem Band S. 49 ff)

43 So schon Pfarr, Heide M., Herstellung und Sicherung von Chancengleichheit durch Recht – dargestellt am Beispiel der Frauen, in: Winfried Hassemer/Wolfgang Hoffmann-Riem/Jutta Limbach, Grundrechte und soziale Wirklichkeit, Baden-Baden 1982, S. 255 ff. Genauer zum Verständnis »gleichwertiger Rechte« Kocher, KJ 1999, S. 193 ff.

der frühere Erziehungsurlaub im Kontext des MuSchG geregelt. Problematisch ist es allerdings, wenn das BAG davon ausgeht, dass »keinerlei Zweifel daran [besteht], dass es sich bei Mutterschafts-, Vaterschafts-, Adoptions- und Elternurlaub um vier unterschiedliche Institute handelt«<sup>44</sup>. Es mag zwar angemessen sein, diese Unterscheidungen im Grundsatz zu treffen; in der Sache müssen aber Unterschiede zwischen den einzelnen Regelungen immer jedenfalls im Hinblick auf Art. 8 EMRK sachlich gerechtfertigt werden – und Unterschiede jedenfalls zwischen Adoptions- und Vaterschaftsurlaub erweisen sich als rechtlich im Ergebnis nicht haltbar.

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