

# 1. Einleitung

---

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

Eine lange Tradition feministischer Rechtswissenschaften und inzwischen ein weitgehend etablierter Gleichstellungsdiskurs anerkennen diese doppelte Belastung von Frauen und versuchen die Vereinbarkeit von Familienleben und Beruf mit rechtlichen Interventionen zu erleichtern. Soweit allerdings der Fokus allein auf der Erwerbstätigkeit von Müttern liegt, drohen Vereinbarkeitsmaßnahmen die vergeschlechtlichte Arbeitsteilung zu

---

1 Vgl. *Holzleithner*, Kritische Justiz 2008, 250–256.

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

3 Vgl. *Rössler*, *Deutsche Zeitschrift Für Philosophie* 2012.

4 Der Anteil der männlichen Kinderbetreuungsgeldbezieher lag laut *Statistik Austria* zwischen 2008 und 2017 konstant unter 5%: *Kinderbetreuungsgeldbezieherinnen und -bezieher nach Geschlecht 2008 bis 2017 vom 14.9.2018*, [www.statistik.at/web\\_de/statistiken/menschen\\_und\\_gesellschaft/soziales/sozialleistungen\\_auf\\_bundesebene/familienleistungen/index.html](http://www.statistik.at/web_de/statistiken/menschen_und_gesellschaft/soziales/sozialleistungen_auf_bundesebene/familienleistungen/index.html) (2.5.2019).

reproduzieren. Die unverhältnismäßig hohe Involviertheit von Frauen in unbezahlte Sorge- und Reproduktionsarbeiten, in Kinderbetreuung und Haushalt ist im Verhältnis dazu zu sehen, dass Männer diese Arbeit nicht leisten. Zwar zwingt auch die starke Verknüpfung von Männlichkeit und Erwerbsarbeit Männer in bestimmte Rollen und beschränkt insofern ihre Handlungsräume, doch profitieren sie von der unbezahlten Arbeit durch Frauen: Sie werden von der Doppelbelastung verschont und dominieren auf dem Arbeitsmarkt.<sup>5</sup> Entsprechend kann die verstärkte Integration von Frauen in den Erwerbsbereich allein die geschlechtsspezifische und -hierarchische Arbeitsteilung nicht beenden,<sup>6</sup> dieses Ziel kann erst durch eine damit einhergehende Umverteilung von Sorgearbeit an Männer erreicht werden.

Die vorliegende Dissertation befragt vor diesem Hintergrund die derzeit geltende österreichische Rechtslage zu Vereinbarkeit von Beruf und Familie, insbesondere die Regelungen zu Mutterschutz und Väterfrühkarenzen (Papa bzw Baby-Monat), auf ihre Eignung zur Förderung einer ausgewogenen Verteilung von Kinderbetreuungsaufgaben zwischen Männern und Frauen. Einleitend wird zum besseren Verständnis die Geschichte dieser Normen dargestellt sowie eine Analyse ihrer Zwecksetzungen unter Bezugnahme auf den internationalen rechtlichen Rahmen getroffen. Selbstverständlich gibt es viele Familien, die nicht aus Vater, Mutter und Kindern bestehen, ihren Bedürfnissen muss das Recht ebenso gerecht werden. Bei der Darstellung der geltenden Rechtslage wird jeweils darauf eingegangen, ob diese im Fall von gleichgeschlechtlicher Elternschaft, Adoptiv- oder Pflegeelternschaft gerechtfertigte Abweichungen oder aber Schutzlücken enthält, und knapp danach gefragt, ob und wie das Recht auf die besonderen Bedürfnisse von Alleinerziehenden reagiert. Der Schwerpunkt der Arbeit liegt aber auf der vergeschlechtlichten Arbeitsteilung zwischen Männern und Frauen und insbesondere auf der Verteilung von Sorgearbeit in Familien mit verschiedengeschlechtlichen Eltern in aufrechter Beziehung.

Derzeit differenziert das Recht bei der Zuerkennung von Rechten unter Eltern nach Geschlecht sowie nach biologischer und rechtlicher Beziehung zum Kind. Das Mutterschutzgesetz (MSchG) spricht der Geburtsmutter einen obligatorischen Urlaub von 16 Wochen zu, während Väter und zweite Elternteile freiwillige, kürzere Zeiten nehmen können.<sup>7</sup> Seit 2019 gibt es einen Rechtsanspruch auf diesen sogenannten Papa-Monat oder Baby-Monat. Für freie Dienstnehmer\_innen ist er allerdings weiterhin entsprechend Familienzeitbonusgesetz (FamZeitbG) von einer Vereinbarung mit

---

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

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

7 Vgl §§ 3, 5 MSchG; § 2 FamZeitbG.

dem oder der Arbeitgeber\_in abhängig. Damit eröffnen diese Regelungen geschlechtsspezifisch unterschiedliche Möglichkeiten zur Unterbrechung der Erwerbstätigkeit anlässlich der Geburt eines Kindes.

Der Mutterschutz als zwingendes Arbeitsrecht, ausgestattet mit einem besonderen Kündigungsschutz sowie dem Wochengeld als Einkommensersatz, ermöglicht es Frauen, dem Arbeitsplatz in dieser Zeit weitgehend ohne Sorge um ihren Lebensunterhalt fern zu bleiben, er ist allerdings auch seitens der Arbeitnehmerin nicht disponierbar. Der obligatorische Charakter des Mutterschutzes ist dennoch, wie das zwingende Arbeitsrecht im Allgemeinen, nicht als Beschränkung der Willensfreiheit der Arbeitnehmerin, sondern als Schutz vor übermäßigem Einsatz durch den oder die Arbeitgeber\_in und somit als Erweiterung ihrer Handlungsmöglichkeiten zu sehen.<sup>8</sup> Das FamZeitbG bietet demgegenüber eine eher schwache Basis für die Verhandlung von Elternzeiten durch Väter bzw zweite Elternteilen. Hier bringt der Rechtsanspruch auf Frühkarenz nach dem Väter-Karenzgesetz (VKG) zwar eine Verbesserung, doch bleibt das Problem der geringen Inanspruchnahme, wie es sich auch bei der Elternkarenz zeigt.

Bei der Karenz sind Eltern hingegen unabhängig von Geschlecht und Beziehung zum Kind gleichgestellt,<sup>9</sup> dennoch nehmen Mütter ihr Recht öfter und vor allem auch ausführlicher in Anspruch als Väter.<sup>10</sup> Während bei den geschlechtsspezifisch unterschiedlichen Regelungen für den Zeitraum um die Geburt die nachfolgende Auseinandersetzung vor allem darum kreist, wie das Recht durch diese Differenzierung unterschiedliche Handlungsoptionen für Väter und Mütter bereitstellt und damit die Entscheidung über die innerfamiliäre Aufgabenverteilung vor- und mitstrukturiert, geraten bei der formal für beide Elternteile gleich gestalteten Karenz die inneren Bedingungen autonomer Entscheidungen in den Blick. Geschlechternormen und heteronormative Familienorganisation wirken hier als außerrechtliche Zwänge begrenzend auf die Entscheidungsräume der Betroffenen und beeinflussen die paarinternen Ausverhandlungen zur Aufteilung der Karenzzeiten.

Neben der Frage der Autonomieförderung ist für diese Dissertation daher auch das Prinzip der Gleichheit zentral, ihm kommt innerhalb des Systems der unterschiedlichen Bedingungen autonomen Handelns große Be-

---

8 Vgl *Rebhahn*, wbl 1996, 58.

9 §§ 15ff MSchG; § 1 Abs 1a, § 2 VKG.

10 Vgl zB *Statistik Austria*, Kinderbetreuungsgeldbezieherinnen und -bezieher nach Geschlecht 2008 bis 2017 vom 14.9.2018, [www.statistik.at/web\\_de/statistiken/menschen\\_und\\_gesellschaft/soziales/sozialeleistungen\\_auf\\_bundesebene/familienleistungen/index.html](http://www.statistik.at/web_de/statistiken/menschen_und_gesellschaft/soziales/sozialeleistungen_auf_bundesebene/familienleistungen/index.html) (2.5.2019); *Mauerer* in *Musumeci/Santero* 2018, 183–207, ausführlich Kapitel 8.

deutung zu.<sup>11</sup> Anhand der gegenständlichen Rechtsnormen zeigen sich typische rechtstheoretische Probleme im Umgang mit Differenzen: Dass sowohl der geschlechtsspezifische Mutterschutz, als auch die geschlechtsneutrale Karenz auf je unterschiedliche Art mit der Reproduktion der vergeschlechtlichten Arbeitsteilung einhergehen, macht diese Problematik schließlich auch zu einem idealen Gegenstand, um sich der Auseinandersetzung mit dem sogenannten Dilemma der Differenz zu widmen.<sup>12</sup> Dieses zeigt sich darin, dass Differenz, trotz gegenteiliger Absicht, sowohl durch ihre Anerkennung – in Form gruppenspezifischer Rechte – als auch durch formelle Rechtsgleichheit und scheinbar neutrale Regelungen reproduziert werden kann.

Aufgrund der körperlichen Dimension von Schwangerschaft und Geburt stellt sich die Frage der Differenzierung zwischen Männern und Frauen in ihrer Elterneigenschaft mit besonderer Brisanz. Rechtlich kommen sowohl eine Rechtfertigung als Mutterschutzmaßnahme als auch positive Maßnahmen zur Bekämpfung faktischer Ungleichheiten aufgrund der höheren Belastung von Frauen mit unbezahlter Arbeit in Betracht. Gerade in Bezug auf Letzteres lässt sich allerdings auf europäischer Ebene eine Entwicklung in der Rechtsauffassung nachvollziehen, die in der Berechtigung von Vätern das Potential zur Entlastung von Müttern und damit zu mehr Geschlechtergerechtigkeit sieht. Auch ich komme zu dem Schluss, dass die Adressierung von Vätern als Elternteile ein wesentlicher Schlüssel zu einer gerechteren Verteilung von Sorgearbeit ist. Diese These etablierte sich in der jüngeren Vergangenheit weitgehend, wie sich nicht nur an der Zunahme am wissenschaftlichen Interesse an Fragen von Männlichkeiten, Vaterschaft und Care-Arbeit,<sup>13</sup> sondern auch in Mediendiskursen um „Neue Väter“<sup>14</sup> zeigt. Schließlich trat 2019 eine neue europäische Richtlinie in Kraft, die einen freiwilligen Vaterschaftsurlaub von zehn Tagen vorsieht.<sup>15</sup> Demgegen-

---

11 *Holzleithner*, Dimensionen 2011, 375.

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

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

14 Vgl zB *Lehner*, Die Vorteile aktiver Vaterschaft. Kommentar der anderen, *derstandard.at* v 30.11.2018, [https://derstandard.at/2000092834348/Die-Vorteile-aktiver-Vaterschaft?fbclid=IwAR2zftp2K8Mc\\_HVheyTUzZJI\\_8kN9ozZZ61iOxpWJcyCKBhFLfcB5HNYUMs](https://derstandard.at/2000092834348/Die-Vorteile-aktiver-Vaterschaft?fbclid=IwAR2zftp2K8Mc_HVheyTUzZJI_8kN9ozZZ61iOxpWJcyCKBhFLfcB5HNYUMs) (20.6.2019); *Tragler*, Die Angst der Väter vor der Karenz (Interview mit Arno Hraschan) *derstandard.at* v 27.9.2018, <https://derstandard.at/2000088119796/Die-Angst-der-Vaeter-vor-der-Karenz> (20.6.2019).

15 Art 4 der Richtlinie (EU) 2019/1158 des europäischen Parlaments und des Rates vom 20.6.2019 zur Vereinbarkeit von Beruf und Privatleben für Eltern und pfle-

über ist die Forderung obligatorischer Elternzeiten für beide Elternteile noch unterentwickelt. Einige Rechtsordnungen kennen bereits eine Quotierung der Elternzeit, die diese ein Stück weit der Verfügung der Eltern entzieht und sich als effektives Mittel für mehr Väterbeteiligung erweist.<sup>16</sup> Doch obligatorische Schutzfristen für Väter und zweite Elternteile, vergleichbar mit jenen für Mütter, fehlen weitestgehend.<sup>17</sup> Auf autonomietheoretische Überlegungen gestützt möchte ich gerade eine solche, von den Bedürfnissen der Geburtsmutter ausgehende obligatorische Elternzeit für alle Eltern vorschlagen, die sich zugleich als Ausweg aus dem Dilemma der Differenz erweist.

## 1.1. Aufbau

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

---

gende Angehörige und zur Aufhebung der Richtlinie 2010/18/EU des Rates, ABl L 188/79.

- 16 Zu Island, Schweden und Norwegen siehe überblicksmäßig *Schein, Corinna*, Väter und bezahlte Elternzeit – Ausgestaltungsmerkmale und Inanspruchnahme im europäischen Vergleich, in *Gerlach, Irene* (Hrsg.), *Elternschaft. Zwischen Autonomie und Unterstützung*, Familie und Familienwissenschaft, Wiesbaden 2017, 263–284, 272–275.
- 17 Ausnahmen bilden Italien, wo vier Tage obligatorischer Vaterschaftsurlaub vorgesehen sind, vgl *Addabbo et al* in *Blum et al*, *Internationale Review on Leave Policies* 2018, 224; sowie Portugal mit 15 obligatorischen Vätertagen, *Wall/Leitãoand/Correia*, Portugal country note, in *Koslowski et al*, *International Review of Leave Policies* 2019, 388–391.

schränkung von Elternrechten auf Frauen eine perpetuierende Wirkung auf die Verteilung von unbezahlter Sorgearbeit und Erwerbsarbeit zwischen den Geschlechtern hat. Soweit Rechte sich nicht nur auf den Gesundheitsschutz beziehen, sondern Arbeitnehmer\_innen in ihrer Elterneigenschaft schützen, ist daher eine Ausdehnung auf Väter geboten.

Entsprechend folgt im 3. Kapitel eine eingehende Befassung mit den Zwecken des Mutterschutzes sowie mit jenen der noch jungen Väterfrühkarenzen bzw der Elternurlaube für beide Elternteile. Um sich einen umfassenden Überblick darüber zu verschaffen, welche Aspekte des Mutterschutzes berechtigterweise auf Geburtmütter beschränkt sind, welche hingegen auch Zwecken dienen, die zweite Elternteile und Väter betreffen können, erscheint eine Einbeziehung internationaler Vorgaben geboten. Auffällig ist dabei, dass die Vorgaben in Dauer, Lage und Rechtsform durchaus große Unterschiede aufweisen bzw zulassen. So herrscht insbesondere keine Einigkeit darüber, ob die obligatorische Schutzfrist vor oder nach der Geburt zu liegen hat und wie lange diese sein sollte. So schreibt die Mutterschutzrichtlinie einen 14-wöchigen Urlaub vor, davon aber nur zwei Wochen obligatorisch, die je nach Gepflogenheit der Mitgliedstaaten vor oder nach der Geburt liegen können. Teilweise können Rechte aus dem Mutterschutz an andere Betreuungspersonen übertragen werden. Der österreichische Mutterschutzurlaub mit 16 Wochen obligatorischer Schutzfrist erweist sich vor diesem Hintergrund als ungewöhnlich lange und unflexibel. Vor- und Nachteile obligatorischer gegenüber „nur“ berechtigender Urlaubsansprüche für Mütter wie für Väter und zweite Elternteile werden bereits an dieser Stelle grundlegend für die spätere Auseinandersetzung mit theoretischen Fragen der Autonomieförderung behandelt.

Anschließend an die Erarbeitung der Zwecke von Mutterschutz- und Elternrechten im Allgemeinen folgt in Kapitel 4 eine Darstellung der geltenden Rechtslage in Österreich. Neben dem Mutterschutzgesetz (MSchG) werden die relevanten sozialrechtlichen Normen sowie die Väterfrühkarenzen des öffentlichen Diensts und das Familienzeitbonusgesetz (FamZeitbG) und die Frühkarenz nach § 1a VKG besprochen. Der Geltungsbereich des MSchG umfasst Mütter, damit sind im österreichischen Recht Frauen gemeint, die Kinder geboren haben. Ich verwende daher zur Konkretisierung den Begriff der Geburtsmutter – und widme mich zu Beginn des Kapitels der Frage, welche Ausschlüsse das Recht durch diese Kategorisierung schafft. Soziale Mütter unterliegen nur teilweise dem MSchG, so haben auch Adoptiv- und Pflegemütter einen Anspruch auf Karenz aus dieser Rechtsgrundlage. Mütter im Sinne zweiter Elternteile nach § 144 ABGB, also Lebensgefährtinnen oder Ehegattinnen der jeweiligen Geburtsmutter, müssen sich demgegenüber für die Karenz auf das Väter-Karenzgesetz (VKG) stützen und haben einen Anspruch auf Familienzeit. Leihmutterchaft und die

rechtliche Anerkennung von Transpersonen im Identifikationsgeschlecht ohne genitalverändernde Operationen fordern den Begriff der Mutter, als *Frau*, die ein Kind *gebirt*, heraus. Dabei stellt sich nicht nur die Frage, wie neue Formen von Elternschaft unter der geltenden Rechtslage gefasst werden können, sondern auch, ob Elternrechte besser unabhängig von Geschlecht und biologischer Beziehung zum Kind zustehen sollten. Selbst für den gesundheitsbezogenen Mutterschutz scheint eine Anknüpfung an den Umstand von Schwangerschaft und Geburt, die eben auch einen Transmann betreffen können, sinnvoller als an die Kategorie Frau.

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

Das FamZeitbG sieht seit 2017 für Väter und zweite Elternteile die Möglichkeit einer Freistellung von etwa einem Monat anlässlich der Geburt eines Kindes vor, diese ist allerdings von der Zustimmung des oder der Arbeitgebers\_in abhängig.<sup>18</sup> Im öffentlichen Dienst besteht demgegenüber bereits seit 2011 ein Rechtsanspruch auf einen solchen Papa- bzw Baby-Monat.<sup>19</sup> Nach einer entsprechenden Reform im Jahr 2019 kommt nunmehr allen Vätern und zweiten Elternteilen ein Anspruch auf Freistellung zu – allerdings nur bei Geburt, nicht bei Adoption.<sup>20</sup> Diese Veränderung stellt eine wesentliche Verbesserung für die Rechtslage von Vätern und zweiten Elternteilen da, schließlich ist die juristische Form von Elternrechten als bloßes Antragsrecht, als Anspruch oder als zwingendes Recht maßgeblich für die reale Verfügbarkeit der jeweiligen Option für Arbeitnehmer\_innen. Ein entsprechender Vergleich zwischen den bestehenden Rechten für Väter bzw zweite Elternteile und Geburtsmütter schließt dieses Kapitel ab.

Kapitel 5 widmet sich ausführlich der Frage von Mutterschutz und frauenspezifischen Elternrechten im Kontext der Gleichbehandlung. Einem substanziellen Verständnis von Gleichheit verpflichtet, erscheinen weder positive Maßnahmen noch Mutterschutzmaßnahmen als Ausnahmen vom Gleichbehandlungsgebot, sondern müssen als Mittel zu dessen Verwirklichung betrachtet werden.<sup>21</sup> Nur wenn die ungleichen Ausgangslagen inner-

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

19 Budgetbegleitgesetz 2011, BGBl 111/2010, Art 121–134.

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

21 Vgl für Mutterschutzmaßnahmen GA *Tesauro*, Schlussanträge zu EuGH, 5.5.1994, *Habermann-Beltermann*, C-421/92, I-01657, Rn 11; für positive Maßnahmen *Holzleithner* in *Scherr et al* 2017, 230.

halb einer Gesellschaft vom Recht ernst genommen werden und entsprechend auf sie reagiert wird, kann davon gesprochen werden, dass Menschen in ihrer Unterschiedlichkeit als gleichwertig anerkannt werden.<sup>22</sup> Diese Annäherung wird durch eine Besprechung der Diskriminierungsverbote mit Blick auf Mütter und Väter ergänzt, die aus gendertheoretischer Perspektive durchaus kritisch, sowohl auf den Schutz von Frauen als Müttern, soweit er diese Begriffe gleichzusetzen droht, als auch auf reaktionäre Diskurse um die Rechte von Vätern blickt. Den Kern dieses Kapitels bildet schließlich ein Querschnitt der Rechtsprechung des EuGH zu Müttern vorbehaltenen Elternrechten im Lichte der Gleichbehandlungs-, der Mutterschutz- sowie der Elternurlaubsrichtlinie.<sup>23</sup> Die in Kapitel 3 ermittelten Zwecke bilden den Referenzrahmen, um hier eine Entwicklung von den 1980er Jahren bis in die Gegenwart nachzuvollziehen, in der sich nicht nur ein verändertes Verständnis männlicher und weiblicher Elternrollen zeigt, sondern auch unterschiedliche Herangehensweisen an das Dilemma der Differenz, mit welchem sich der Gerichtshof in diesen Fällen immer wieder konfrontiert sah. Diesem Dilemma, das die Schwierigkeit beschreibt, einen rechtlichen Umgang mit Differenz zu finden, der die besonderen Bedürfnisse marginalisierter gesellschaftlicher Gruppen wahrnimmt, ohne diese dabei wiederum als Anderes zu markieren und dadurch die zu bekämpfende Ungleichheit gleichwohl zu reproduzieren.<sup>24</sup>

Dieser Herausforderung ist schließlich das 6. Kapitel gewidmet, in dem ich bemüht bin, Auswege aus diesem scheinbaren Dilemma aufzuzeigen. Bereits in der genauen Auseinandersetzung mit den von *Martha Minow* beschriebenen Voraussetzungen des Dilemmas erweist sich die Dekonstruktion bestimmter Vorannahmen über das Verhältnis von Norm und Differenz als Ansatzpunkt.<sup>25</sup> So liegt dem Diskurs über die Vereinbarkeit von Erwerb und Familie oftmals eine ungeschriebene männliche Norm zugrunde, an der gemessen die Bedürfnisse von Arbeitnehmer\_innen mit Betreuungspflichten als Abweichung erscheinen. Alternativ könnte eine Orientierung an den Bedürfnissen eben solcher Arbeitnehmer\_innen bei der Formulierung allgemeingültiger Elternrechte einen Ausweg aus dem Dilemma bieten. Darin ist

---

22 *Pöschl*, Gleichheit 2008, 162–163.

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

24 *Holzleitner*, KJ 2008, 252; *Baer* in *Heinrich Böll Stiftung* 2010, 11.

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

bereits ein Gedanke angelegt, der in der Intersektionalitätstheorie von *Kimberlé Crenshaw* weiterentwickelt wurde und der in der Forderung resultiert, die Bedürfnisse besonders marginalisierter Gruppen zum Ausgangspunkt für die Formulierung von Rechten zu machen.<sup>26</sup> Aus den an *Minow* und *Crenshaw* anschließenden Überlegungen heraus ergibt sich eine Perspektive der *Berechtigung* für alle Eltern. Ausgehend von den besonderen Bedürfnissen von Geburtmüttern und der Setzung von derzeit vornehmlich weiblich konnotierten Lebensrealitäten als Norm können allgemeine Elternrechte entworfen werden. Dieser Vorschlag muss sich jedenfalls auch auf den zwingenden Charakter solcher Rechte beziehen, was ich im zweiten Teil des 6. Kapitels begründe. Darin stehen die vielfältigen Differenzen innerhalb der Gruppe der Frauen im Mittelpunkt – meines Erachtens lässt sich das scheinbar Dilemmatische negativer Effekte von Vereinbarkeitsmaßnahmen auf Frauen dadurch relativieren, dass diese teilweise den gegensätzlichen Interessen geschuldet sind, die Frauen als Angehörige unterschiedlicher gesellschaftlicher Gruppen vertreten. Die Auswirkungen sowohl von Mutterschaft als auch von Vereinbarkeitsmaßnahmen auf das Erwerbsleben von Frauen sind stets im Verhältnis dazu zu beurteilen, wie sich ihre Handlungs- und Entscheidungskompetenzen abseits des Rechts gestalten, was ganz maßgeblich mit ihrer sozioökonomischen Positionierung zusammenhängt.<sup>27</sup> So spielt es etwa eine wesentliche Rolle, ob über die Mittel verfügt wird, Sorge- und Reproduktionsarbeit auszulagern. Vor diesem Hintergrund gerät die ungleiche Umverteilung dieser Arbeit unter Frauen entlang von Klasse und Staatsbürger\_innenschaft in den Blick. Wiewohl dabei die unterschiedlichen Positionen, Kämpfe und Interessen von Frauen beachtlich sind, ist es mein Anliegen, die vergeschlechtlichte Arbeitsteilung als ein gemeinsames Problem hervorzuheben, das durch die Umverteilung unbezahlter Sorgearbeit an Männer adressiert werden muss. Vor diesem Hintergrund tritt ergänzend zur Perspektive einer allseitigen *Berechtigung*, eine Perspektive der *Verpflichtung* durch Elternrechte hinzu.

Das Prinzip der Gleichheit halte ich in diesem Kontext gerade in seinem bedingenden Verhältnis zu Autonomie für wertvoll: Substanzielle Gleichheit soll gewährleisten, dass Menschen die gleichen Möglichkeiten haben, ihr Leben selbstbestimmt zu leben.<sup>28</sup> Vor diesem Hintergrund schließt an die eingehende Befassung mit Gleichheitsfragen Kapitel 7 an, in dem der zentrale Begriff Autonomie lautet.

26 „When they enter, we all enter“, *Crenshaw*, The University of Chicago Legal Forum 1989, 167.

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

28 Vgl *Maihofer* in *Baer/Sacksosfsky* 2018, 44.

An *Elisabeth Holzleithner*, *Joseph Raz* sowie *Beate Rössler* und *Friederike Wapler* anschließend begreife ich Autonomie als von verschiedenen inneren wie äußeren Bedingungen abhängig. Nicht nur müssen ausreichend adäquate Lebensgestaltungsmöglichkeiten bereitstehen, Menschen müssen intellektuell und emotional in der Lage sein, diese Optionen zu reflektieren, und befähigt werden, sie in relativer Unabhängigkeit von äußeren Zwängen zu ergreifen.<sup>29</sup> Das Recht spielt dabei eine wichtige Rolle, es kann Optionen gestalten, verteilen, aber auch verwehren. In Bezug auf die erste Bedingung, die Bereitstellung von Optionen und deren Adäquanz, argumentiere ich, dass es notwendig ist, Müttern und Vätern die gleichen Rechte einzuräumen. Denn solange der Mutterschutz nur für Frauen eine verpflichtende Erwerbsarbeitsunterbrechung vorsieht, haben Väter bzw zweite Elternteile nicht dieselben Optionen – die Entscheidung über die Verteilung von Aufgaben im Zeitraum um die Geburt eines Kindes wird damit ein Stück weit vorgegeben und Eltern werden in ihrer Autonomie beschränkt. Mit Blick auf die zweite und dritte Bedingung autonomen Handelns, die personale Autonomie, die sowohl die individuellen Fähigkeiten zur Entscheidungsfindung als auch die relative Abwesenheit von Zwängen und Manipulationen bei diesem Prozess umfasst, muss allerdings eingelenkt werden, dass mit der Schaffung gleicher Rechte für beide Elternteile nicht genug getan ist. Probleme, die bereits im vorangegangenen Kapitel als Aspekte des Differenzdilemmas zu Tage traten, werden hier ergänzend autonomiebezogen theoretisiert, wobei sich wiederum die Erstreckung zwingender Normen auf zweite Elternteile und Väter als wesentlicher Ansatzpunkt erweist. Heteronormative Geschlechternormen beschränken als außerrechtliche Zwänge die personale Autonomie.<sup>30</sup> Gerade in Bezug auf die frei aufzuteilende Elternkarenz zeigt sich, dass die Betonung der Wahlfreiheit für Familien für Männer eine ungleich größere Freiheit bedeutet als für Frauen.<sup>31</sup> Eine Auseinandersetzung mit diesem Aspekt der personalen Autonomie, der kontrovers auch als falsches Bewusstsein diskutiert wird, schließt in Zusammenschau mit zwei EuGH-Fällen betreffend die Freiwilligkeit der Entscheidung von Frauen zur Unterbrechung ihrer Erwerbsarbeit durch Elternkarenzen dieses Kapitel ab und leitet über in Kapitel 8.<sup>32</sup>

---

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

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

31 Vgl *Williams*, *NYU Law Review* 1991.

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

Dieses Kapitel nimmt sich zu guter Letzt explizit der Frage der Freiwilligkeit ungleicher Arbeitsteilung zwischen Männern und Frauen anhand der Karenzzeiten an. Hier ist rechtlich bereits formelle Gleichheit zwischen Vätern und Müttern, auch im Fall von Adoption und Pflegekindschaft, gewährleistet. Zunächst wird in diesem Kapitel die geltende Rechtslage in diesem Bereich dargestellt und ein Einblick in die empirische Datenlage zur Inanspruchnahme der rechtlichen Möglichkeiten durch Männer und Frauen gegeben. Väter machen in Österreich in der jüngeren Vergangenheit durchschnittlich etwa 15 % der Zugänge zum Kinderbetreuungsgeldbezug aus, allerdings verringert sich ihr Anteil unter Berücksichtigung der Dauer der Bezugszeiten auf etwa 5 %.<sup>33</sup> Dass Väter trotz desselben eigenständigen Anspruchs auf Karenz, diese bei weitem nicht im selben Ausmaß beanspruchen wie Mütter, verdeutlicht noch einmal das Dilemma, dass Differenz sich eben auch durch scheinbar neutrale Regelungen reproduzieren kann. Wo das Recht die Aufteilungsentscheidung den Eltern überlässt, finden in deren Ausverhandlungen letztlich die relevanten Entscheidungen statt.<sup>34</sup> Wiewohl hier ganz unterschiedliche Faktoren als relevant gesetzt werden können und rechtlich grundsätzlich eine egalitäre oder auch eine überwiegende Betreuung durch den Vater möglich wäre, entscheidet sich die überwiegende Mehrheit der Paare zu einer traditionellen Aufteilung.<sup>35</sup> Geschlechternormen und heteronormativer Familienorganisation beeinflussen ihre Entscheidungen über die Aufteilung der Karenzzeit maßgeblich. Trotz stark gewandelter Familienideale und auch -realitäten spielen dabei naturalisierende Diskurse über Mütterlichkeit und frühkindliche Pflege eine wesentliche Rolle, wie ich anhand des Relevantsetzens der Stillfähigkeit zeigen werde.

Während im Zeitraum unmittelbar um die Geburt geschlechtsspezifisch unterschiedliche Optionen bereitgestellt sind und die Aufteilung der Aufgaben zwischen den Eltern mitstrukturieren, wirkt die damit eingeleitete Arbeitsteilung weiter fort und beeinflusst die Entscheidungen über die Teilung der beiden Eltern gleichermaßen zustehenden Karenz. Wiewohl hier jeweils unterschiedliche Varianten des Dilemmas der Differenz vorliegen, und verschiedene Bedingungen autonomen Handelns stärker in den Blick geraten, kann im Fazit gezeigt werden, dass in beiden Fällen zwingende Elternschutzrechte unter Einbeziehung der Väter bzw zweiten Elternteile wichtige Schritte zu einer egalitären Aufteilung der Arbeit wären. Eine mit dem Mutterschutz vergleichbare obligatorische kurzzeitige Freistellung von der Erwerbsarbeit anlässlich der Geburt oder Annahme eines Kindes, stärkt die

---

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

34 *Peukert*, Aushandlungen 2015, 273.

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

Position zweiter Elternteile und Väter und vermag zugleich die differenzkonservierende und Frauen benachteiligenden Effekte exklusiver Mutterrechte zu reduzieren. Ein solcher kurzer Vaterschaftsurlaub mag das Potential haben, Männer auch zu späteren Zeitpunkten zu mehr Beteiligung zu motivieren, sich allein auf diesen Anreiz zu verlassen erweist sich jedoch als naiv. Vielmehr scheint auch bei der Karenz ein stärkerer Eingriff in die Aufteilung geboten, eine Quotierung der Elternzeiten nach isländischem Vorbild verringert zwar formal den Entscheidungsspielraum der Eltern, kann aber effektiv zu einer Angleichung der Handlungsspielräume von Männern und Frauen beitragen.