



Antidiskriminierungsstelle
des Bundes



Diskriminierungsschutz von Fürsorgeleistenden – Caregiver Discrimination

Prof. Dr. Gregor Thüsing LL.M. (Harvard), Lena Bleckmann



Nomos

Diskriminierungsschutz von Fürsorgeleistenden – Caregiver Discrimination

**Gutachtliche Stellungnahme
im Auftrag der Antidiskriminierungsstelle des Bundes**

erstattet von
Prof. Dr. Gregor Thüsing LL. M. (Harvard)
Lena Bleckmann

Institut für Arbeitsrecht und Recht der sozialen Sicherheit
Rheinische Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn

Inhalt

1.	Anlass und Ausgangspunkt der Überlegungen _____	7
2.	<i>Caregiver Discrimination</i> als tatsächliches und rechtliches Phänomen _____	9
2.1	Arbeitsvertragliche Pflichten versus Erziehungs- und Pflegeverantwortung _____	9
2.2	Vereinbarkeit von Familie und Beruf als Interesse der Gesellschaft insgesamt _____	13
2.3	Das Diskriminierungsrecht als Ergänzung zu bisherigen Schutzkonzepten _____	14
2.4	Schutz von Fürsorgeleistenden auf europäischer Ebene – Grundrechte- und Sozialcharta _____	17
2.5	Erfahrungen aus dem Ausland: ein Blick auf die USA und anderswo _____	19
3.	<i>Caregiver Discrimination</i> diskriminierungs- rechtlich gefasst _____	23
3.1	Das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz als maßgeblicher Anknüpfungspunkt _____	23
3.2	<i>Caregiver Discrimination</i> als mittelbare Frauendiskriminierung _____	26
3.3	Was der Weg über die mittelbare Geschlechter- diskriminierung nicht erreichen kann _____	29
3.4	Entgegenstehende Rechtsprechung des EuGH? _____	32
3.5	Konzeptionelle Besonderheiten: Rücksichtnahme- pflichten als Element des Diskriminierungsschutzes _____	34
3.5.1	<i>Reasonable accommodation</i> im Recht zum Schutz vor Benachteiligung behinderter Personen _____	35
3.5.2	Rücksichtnahmepflichten im Hinblick auf den Schutz vor Diskriminierung wegen der Religion und anderer Diskriminierungsmerkmale _____	37
3.5.3	Rückschlüsse für den Diskriminierungsschutz von Fürsorgeleistenden _____	41
3.6	Ein erstes Zwischenergebnis _____	43

4.	Der Auftrag des Artikels 11 Richtlinie 2019/1158 – Änderungsbedarf des AGG? ____	45
4.1	Europarechtliche Anknüpfungspunkte <i>de lege lata</i> : Artikel 11 der Richtlinie 2019/1158 _____	46
4.1.1	Reichweite des § 612a BGB _____	47
4.1.2	Unterschiede zum Diskriminierungsschutz nach dem AGG sowie der Richtlinie 2000/78/EG ____	48
4.1.3	Reichweite des Artikels 11 Richtlinie 2019/1158 _	50
4.1.4	Anhaltspunkte für einen weiter gehenden Auftrag zum Schutz von Fürsorgeleistenden _____	53
4.1.5	Ein weiteres Zwischenergebnis _____	55
4.2	Fürsorgeverantwortung als eigenständiges diskriminierungsrechtliches Phänomen: Möglichkeiten <i>de lege ferenda</i> _____	57
4.2.1	Schwangerschaft und Mutterschaft als Anknüpfungspunkte _____	59
4.2.2	Elternschaft, Vater- und Mutterschaft als Diskriminierungsmerkmale? _____	60
4.2.3	Anknüpfen an das, was es zu schützen gilt – Fürsorgeverantwortung als Diskriminierungsmerkmal _____	63
4.3	Besonderheiten der Rechtfertigung _____	64
4.4	Ein weiteres Zwischenergebnis _____	67
4.5	Ein Gesetzesvorschlag: Schutz von Fürsorgeleistenden durch Ergänzung des AGG _____	68
5.	Neue Kompetenzen der Antidiskriminierungsstelle _____	71
6.	Die Schwächen alternativen Vorgehens ____	75

7.	Plus ultra: der Vaterschaftsurlaub im Kontext der Richtlinie 2019/1158 _____	77
7.1	Arbeitsfreie Zeit von Vätern im deutschen Recht _____	78
7.1.1	Elternzeit – die Regelung des § 15 BEEG als ausreichender Vaterschaftsurlaub im Sinne der Richtlinie 2019/1158? _____	79
7.1.2	Die Lohnfortzahlung nach § 616 BGB im Lichte der Richtlinie 2019/1158 _____	80
7.2	Vergütung des Vaterschaftsurlaubs _____	81
7.3	Kündigungsschutz bei Inanspruchnahme des Vaterschaftsurlaubs _____	82
7.4	Richtlinienkonformer Vaterschaftsurlaub im deutschen Recht <i>de lege ferenda</i> _____	84
7.5	Anspruchsberechtigung: Berücksichtigung alternativer Familienmodelle? _____	85
7.6	Ein letztes Zwischenergebnis _____	86
8.	Summa _____	89
9.	Literaturverzeichnis _____	93

1. Anlass und Ausgangspunkt der Überlegungen

Diskriminierungsschutz entwickelt sich schrittweise. Am Anfang stand in den USA der Diskriminierungsschutz wegen der Rasse und Ethnie, doch wurde *Title VII Civil Rights Act* direkt schon im Gesetzgebungsverfahren auch auf Geschlecht und Religion erweitert. Spätere Erweiterungen dieses Rechtsinstituts folgten: Der *Age Discrimination in Employment Act* (ADEA) verbietet seit 1967 die Diskriminierung wegen des Alters, der *Americans with Disabilities Act* (ADA) seit 1990 die Diskriminierung wegen der Behinderung.

Auch der europäische Diskriminierungsschutz entwickelt sich fort. Knüpfte er ursprünglich allein am Geschlecht an, folgte der Diskriminierungsschutz wegen besonderer Beschäftigungsformen (Teilzeitrichtlinie 97/81/EG, Befristungsrichtlinie 1999/70/EG), um dann um weitere, personenbezogene Merkmale erweitert zu werden (RL 2000/43/EG, RL 2000/78/EG). Auch konzeptionell erweiterte sich der Diskriminierungsschutz. Aus dem Verbot der unmittelbaren Diskriminierung entwickelte sich das Verbot mittelbarer Diskriminierung – erst in den USA (*Griggs v. Duke Power*), dann unmittelbar daran anknüpfend auch in Europa (*Jenkins*), und auch die Belästigung wurde als Diskriminierung formuliert, obwohl außerhalb des klassischen Konzepts des Diskriminierungsschutzes angesiedelt. Auch hier war das Recht der USA Vorbild.¹

Der Diskriminierungsschutz ist also offen für Weiterentwicklung und Fortbildung – durch die Gerichte wie durch den Gesetzgeber. Der europäische Diskriminierungsschutz ist nun jüngst einen solchen weiteren Schritt gegangen. In Artikel 11 der Richtlinie 2019/1158 wurde das Verbot der Diskriminierung von Arbeitnehmer*innen geschaffen, die familiäre Verantwortung übernehmen wollen. Es geht um die Vereinbarkeit von Familie und Beruf, weiter noch: um den Schutz einer angemessenen Work-Life-Balance. Inhaltlich ist dieser Schutz noch eng beschränkt auf die Beant-

1 Ausgehend von *Meritor Savings v. Vinson*, 477 U.S. 57 (1986); Thüsing, ZfA 2001, 397.

gung oder Inanspruchnahme eines Urlaubs gemäß den Artikeln 4, 5 und 6 oder einer Arbeitsfreistellung nach Artikel 7 oder die Inanspruchnahme der Rechte gemäß Artikel 9 der Richtlinie. Diese enge, auf die Wahrnehmung bestimmter enumerativ aufgezählter Rechte bezogene Begrenzung teilt die Regelung mit anderen europäischen Richtlinien, die vergleichbare Regelungen enthalten (siehe etwa jüngst Artikel 11 des Entwurfs einer Mindestlohnrichtlinie 2020/0310 [COD]). Doch das Ziel der Richtlinie greift deutlich weiter, wie auch Erwägungsgrund 11 deutlich macht: „Mit Gleichbehandlungsmaßnahmen sollte unter anderem das Problem der Stereotypen bei der Beschäftigung und den Rollen sowohl von Männern als auch von Frauen angegangen werden, und die Sozialpartner sind dazu angehalten, ihrer Schlüsselrolle gerecht zu werden, indem sie sowohl Arbeitnehmer als auch Arbeitgeber informieren und sie für die Bekämpfung von Diskriminierung sensibilisieren.“

Doch was folgt daraus konkret für das Diskriminierungsrecht? Woran ist anzusetzen? Am engen Wortlaut, am weiten Ziel? Ist Artikel 11 der Richtlinie 2019/1158 nur eine unbedeutende Fußnote einer zunächst auf ganz andere Instrumente und Ziele setzenden Richtlinie, oder ist die Regelung – auch betrachtet im Kontext des übrigen europäischen und nationalen Rechts – der Türöffner zu einer neuen Dimension von Schutz von Arbeitnehmer*innen mit familiärer Verantwortung, zur Überwindung von Stereotypisierung und zur Gleichberechtigung der Geschlechter? Viele werden sagen: Die Zeit ist reif dafür. Die mangelhafte Familienschutzdimension des Arbeitsrechts ist bereits vielfach thematisiert worden.²

Die vorliegende Untersuchung nimmt Artikel 11 der Richtlinie 2019/1158 zum Anlass, um das Phänomen der Benachteiligung von Fürsorgedienstleistenden – sei sie struktureller oder individueller Natur – in den Blick zu nehmen, Ursachen und verstärkende Faktoren zu ermitteln und auf dieser Basis Anhaltspunkte zu bestimmen, wo man ansetzen muss, um der Familie einen ihrer Bedeutung entsprechenden Platz im Arbeitsrecht zu verschaffen.

2 Rieble, Familienschutzdimension des Arbeitsrechts – ein Verteilungsproblem, 2006, abrufbar unter <https://www.zaar.uni-muenchen.de/pub/vr2007-2.pdf> (letzter Abruf: 31.5.2021); Rofls, NZA-Beil. 2014, 53; siehe auch Greiner, NZA 2007, 490.

2. Caregiver Discrimination als tatsächliches und rechtliches Phänomen

Zunächst gilt es, die Diskriminierung von Fürsorgeleistenden tatbestandlich zu erfassen und rechtlich zu greifen. Die Spannungspunkte zwischen beruflichem und familiärem Leben müssen ermittelt und ihre Ursachen ergründet werden. Auch die bisherige Entwicklung in Richtung eines Familienschutzes im Arbeitsrecht ist zu betrachten, um darauf aufbauend Schutzlücken, aber auch Anhaltspunkte für Besserungen aufdecken zu können. Dabei kann und muss insbesondere auf Erfahrungen des Auslands zurückgegriffen werden, auch um die Vielzahl der daraus erwachsenen Fragestellungen zu begreifen. So richtet sich der Blick insbesondere auf die *Enforcement Guidance: Unlawful Disparate Treatment of Workers with Caregiving Responsibilities*³ der *Equal Employment Opportunity Commission* (EEOC), wie weit es über die Inanspruchnahme von gesetzlichen oder vertraglichen Rechten hinaus eine Benachteiligung von pflegenden Angehörigen und erziehenden Eltern geben kann – und ihr deshalb begegnet werden muss.

2.1 Arbeitsvertragliche Pflichten versus Erziehungs- und Pflegeverantwortung

Der Grundkonflikt⁴ ist offensichtlich: Arbeitnehmer*innen sind am Arbeitsplatz ihrem*ihrer Arbeitgeber*in arbeitsvertraglich verpflichtet. Da-

3 Abrufbar unter <https://www.eeoc.gov/laws/guidance/enforcement-guidance-unlawful-disparate-treatment-workers-caregiving-responsibilities> (letzter Abruf: 31.5.2021).

4 Dieser Grundkonflikt und mögliche Handlungsoptionen wurden bereits – größtenteils wörtlich übereinstimmend mit dem vorliegenden Text – im 8. Familienbericht der Bundesregierung formuliert (BT-Drucks. 17/9000). Der Verfasser dieses Buchs war Vorsitzender der Kommission und Verfasser des entsprechenden Berichtsteils.

neben aber sind sie auch Ehegatt*innen, Lebenspartner*innen, Familienväter und -mütter und auch selbst Kinder ihrer Eltern. Damit sind sie anderen Menschen persönlich verpflichtet. Die Verpflichtungen sind nur vereinzelt verrechtlicht, so zum Beispiel in § 1626 Absatz 1 (elterliche Sorge) oder in § 1353 Absatz 1 BGB (eheliche Lebensgemeinschaft). Überwiegend sind sie dagegen emotionaler und ethischer Natur. Pflichtenkollisionen sind vorprogrammiert: Samstag gehört Papi mir – oder muss er doch dem*der Arbeitgeber*in zur Verfügung stehen?

Die Familie als Gemeinschaft mit eigenen Interessen und Voraussetzungen ist kein genuiner Topos des Arbeitsrechts, dient es doch in erster Linie dem Ausgleich des Verhandlungsungleichgewichts zwischen Arbeitgeber*in und Arbeitnehmer*in. Was der*die Arbeitnehmer*in nicht durch seine*ihre Marktmacht als sozialen Schutz erhandeln kann, das will ihm*ihr das Gesetz garantieren. Die Familie ist hier nicht unmittelbar verortet. Arbeitsrechtliche Vorschriften, die die Familie als Schutzsubjekt einbeziehen, fehlen zumeist – und dies, obwohl Artikel 6 Absatz 1 des Grundgesetzes Ehe und Familie dem besonderen Schutz durch die staatliche Ordnung unterstellt. Familienbezogene Interessen werden nur insoweit geschützt, als es sich um Interessen auch des*der Arbeitnehmer*in selbst handelt. Sofern arbeitsrechtliche Normen eine die Familie schützende Wirkung entfalten, ist dies regelmäßig nicht final, sondern lediglich mittelbare Folge der die Arbeitnehmer*innen schützenden Normintention.⁵

- Die Familie mittelbar schützende Vorschriften finden sich beispielsweise im Arbeitszeitgesetz (ArbZG) (§§ 3, 5) und im Bundesurlaubsgesetz (BUrlG) (§ 3): Dort, wo die zulässige Höchstarbeitszeit beschränkt wird beziehungsweise wo dem*der Arbeitnehmer*in eine Mindestanzahl von jährlichen Urlaubstagen garantiert wird, profitieren auch Familienangehörige des*der Arbeitnehmer*in.
- Die Interessen von Familienangehörigen der Arbeitnehmer*innen werden mittelbar auch durch das Teilzeit- und Befristungsgesetz (TzBfG) berücksichtigt: § 8 Absatz 1 TzBfG räumt Arbeitnehmer*innen, deren Arbeitsverhältnis länger als sechs Monate bestanden hat, ein

5 Anders das Sozialrecht: Durch § 10 SGB V und § 25 SGB XI werden Familienangehörige des*der Arbeitnehmer*in als Stammmittglied explizit in den Kreis der Anspruchsberechtigten bei der gesetzlichen Kranken- und Pflegeversicherung einbezogen.

einklagbares Recht darauf ein, dass die vertraglich vereinbarte Arbeitszeit verringert wird.⁶ Hiervon machen, wie die Praxis gezeigt hat, insbesondere berufstätige Frauen Gebrauch, um neben der Berufstätigkeit Zeit für die Familie zu haben und beides miteinander zu vereinbaren.

- Das Mutterschutzgesetz (MuSchG) (insbesondere die §§ 3, 4, 6, 7, 8, 9, 11, 15, 16) enthält Bestimmungen, die die (werdende) Mutter schützen, und erkennt damit ebenfalls an, dass Arbeitnehmer*innen neben beruflichen Verpflichtungen regelmäßig auch eine besondere Funktion innerhalb der Familie erfüllen.
- Mittelbar geschützt wird die Familie auch über die Vorschrift des § 1 Absatz 3 Kündigungsschutzgesetz (KSchG). Hiernach stellen die Unterhaltspflichten eines*einer Arbeitnehmer*in ein Sozialkriterium dar, das im Rahmen der bei einer betriebsbedingten Kündigung vorzunehmenden Sozialauswahl ausreichend zu berücksichtigen ist. Bleiben Unterhaltspflichten des*der betroffenen Arbeitnehmer*in unberücksichtigt und kommen für die betriebsbedingte Kündigung andere, vergleichbare, aber weniger schutzwürdige Arbeitnehmer*innen Betracht, so ist die Kündigung sozial nicht gerechtfertigt. Unmittelbar vor der Kündigung geschützt sind damit Familienväter und -mütter. Mittelbaren Schutz genießen die Familienangehörigen.

All diese Vorschriften berücksichtigen somit rein mittelbar familienbezogene Interessen. Es handelt sich um Familienschutz um des Arbeitnehmerschutzes willen. Wo die Familie also im Arbeitsrecht berücksichtigt wird, wird dies von außen an dieses Rechtsgebiet herangetragen. Hier gibt es prominente Initiativen, gerade auch von juristischer Seite. So forderte etwa schon der 60. Deutsche Juristentag 1990 und in seiner Folge der 65. Deutsche Juristentag 2004⁷ gesetzliche Regelungen zur Vereinbarkeit von Familie und Beruf. Dieser Wunsch ist zwar teilweise Wirklichkeit geworden,

6 Freilich unter der Voraussetzung, dass der*die Arbeitgeber*in, unabhängig von der Anzahl der Personen in Berufsausbildung, in der Regel mehr als 15 Arbeitnehmer*innen beschäftigt, siehe § 8 Absatz 7 TzBfG.

7 Siehe hierzu das Gutachten Junker, Arbeitsrecht zwischen Markt und gesellschaftspolitischen Herausforderungen, eine Kurzfassung ist abgedruckt in der Sonderbeilage zur NZA, Heft 16/2004.

teilweise aber auch in Vergessenheit geraten: „Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern ist ein Recht auf Teilzeitarbeit einzuräumen“, hieß es 1990 und seit 2000 gibt es § 8 TzBfG mit einem entsprechenden Anspruch. „Kinderbetreuungskosten, die mit der Berufstätigkeit zusammenhängen, müssen steuerrechtlich uneingeschränkt geltend gemacht werden können“ – das aktuelle Steuerrecht sieht anders aus. „Arbeitszeitflexibilisierung, Teilzeitarbeit und alternierende Telearbeit als Formen familiengerechten Personaleinsatzes sind weiterzuentwickeln. Dabei ist auf die besonderen Bedürfnisse der kleinen und mittleren Unternehmen Rücksicht zu nehmen“, hieß es 2004 auf dem Juristentag – getan hat sich seitdem nur wenig. Dass der Gesetzgeber die Arbeit von zu Hause aus als Möglichkeit der Vereinbarung von Betreuungsaufgaben mit Berufstätigkeit ansieht, hat er während der Coronapandemie gezeigt – die Tätigkeit im Homeoffice soll eine zumutbare Betreuungsalternative in Zeiten von Schul- und Kita-Schließungen sein.⁸ Auch der vom Wissenschaftlichen Beirat für Familienfragen erarbeitete „Marshall-Plan für Familien“ sieht Flexibilisierungsrechte für Eltern und pflegende Angehörige im Hinblick auf die Arbeit von zu Hause aus als wichtige Unterstützungsmaßnahme für Familien in Zeiten der Pandemie und danach an.⁹

Das vorbereitende Gutachten des Juristentags 2004 hat in seiner Stellungnahme allerdings auch hervorgehoben, dass die finanziellen Lasten einer besseren Vereinbarkeit von Familie und Beruf, wenn nicht von Verfassungen wegen, so doch rechtspolitisch in aller Regel nicht bei den Arbeitgeber*innen, sondern bei der Allgemeinheit zu platzieren seien. Denn die aus der besseren Vereinbarkeit erwachsenden Vorteile sind regelmäßig gesamtgesellschaftliche und nicht primär solche des*der Arbeitgeber*in.¹⁰ Dementsprechend liegt der Handlungsauftrag auch beim Staat.

8 Siehe BT-Drucks. 19/18111, Seite 24.

9 Siehe hierzu Roßbach, SZ vom 21.3.2021, abrufbar unter <https://www.sueddeutsche.de/politik/familienpolitik-corona-marshallplan-1.5241913> (letzter Abruf: 31.5.2021).

10 Junker, NZA 2004, Beil. zu Heft 16, 9; dementsprechend befürwortet er auch, die Kosten des gesamtgesellschaftlichen Vorteils „Mutterschaft“ auch der Allgemeinheit aufzuerlegen, indem die Entgeltfortzahlung bei Mutterschaft ganz durch staatliche Zuwendungen finanziert wird.

2.2 Vereinbarkeit von Familie und Beruf als Interesse der Gesellschaft insgesamt

Dass hier gehandelt wird, liegt nicht nur im Interesse der Arbeitnehmer*innen. Die gesamtgesellschaftlichen Vorteile des Gelingens von Familie sind vielfach beschrieben worden. Die Familie ist Keimzelle gesellschaftlicher Organisation. Sie entspricht dabei einem urmenschlichen Bedürfnis: Der Mensch ist auf Gemeinschaft hin geordnet, er bedarf von klein auf der Zuwendung, wie er auch von klein auf das Bedürfnis hat, sich dem Gegenüber zuzuwenden. Keine Gesellschaft besteht daher ohne familiäre Bindungen. In ihnen lernt und lebt der Mensch Verantwortung.

Familie ist aber nicht nur emotionale Gemeinschaft, sondern eben auch Verantwortungsgemeinschaft. Die wechselseitige Verbundenheit und Gemeinschaft führen zu Solidarität. Die in der Familie gelebte Verantwortung entspricht damit zunächst dem Wunsch des*der Einzelnen. Sie ist aber auch Grundlage für gesellschaftliches Gelingen. Das gilt zunächst für die Bereitschaft, familiäre Verantwortung zu übernehmen: Eine Gesellschaft ohne Kinder überaltert und stirbt. Die demografische Entwicklung in Deutschland ist Ursache vielfältiger Herausforderungen. Das gilt dann auch in der gelebten Familie: Die Erziehung der Kinder erfordert elterliches Engagement. Sie kann und muss durch staatliches Handeln erleichtert und unterstützt werden.

Aber nicht nur die Verantwortung gegenüber der jüngeren Generation ist betroffen, sondern auch gegenüber der vorangegangenen. Das System der Pflegeversicherung wäre nicht durchführbar ohne den großen Anteil familiärer Pflege. Das Sozialgesetzbuch (SGB) XI kann nicht ersetzen, was Millionen von Familienmitgliedern ohne und außerhalb rechtlicher Rahmenbedingungen leisten.¹¹ Was im familiären Kontext persönlich empfundener Verantwortung und Verbundenheit entspricht, überträgt die Pflegeversicherung auf das Verhältnis der Generationen zueinander. Ebenso wird das System der Rentenversicherung getragen von einer Garantiefunktion der

11 Pflegende Angehörige leisten einen wesentlichen Beitrag zur Pflegesituation in Deutschland: Circa 70 Prozent der Pflegenden werden im häuslichen Umfeld betreut.

Kindererziehung: Ohne die nachrückende Generation kann es nicht funktionieren¹² – das System braucht Kinder, und Kinder brauchen Eltern, die sie erziehen.

Damit Familie aber gelingen kann, bedarf es ökonomischer, aber eben auch zeitlicher Ressourcen. Wenn Familie sich vor allem auch in der wechselseitigen Verbundenheit konstituiert, im täglich gelebten Miteinander, dann braucht sie Zeiten der Gemeinschaft und Gemeinsamkeit. Diese zu finden ist heute schwieriger geworden als ehemals. Der Wandel der Zeitinstitutionen ist offensichtlich: Der Sonntagsschutz wird durch immer flexiblere Ladenöffnungszeiten infrage gestellt, die Arbeitszeiten allgemein werden gleitender und fließend. Damit sind heute die verschiedenen Taktgeber familiärer Zeit stärker als ehemals aufgefördert, die Freiräume zeitlicher Gemeinsamkeit zu schaffen und zu respektieren.

2.3 Das Diskriminierungsrecht als Ergänzung zu bisherigen Schutzkonzepten

Nun ist der Staat in der Vergangenheit durchaus tätig geworden und hat teilweise auf das gesamtgesellschaftliche Anliegen der Förderung der Vereinbarkeit von Beruf und Familie reagiert. Es wurden rechtliche Rahmenbedingungen geschaffen, die familiäre Interessen gezielt berücksichtigen.

Das gilt insbesondere für Eltern: So räumt § 15 des Bundeselterngeld- und Elternzeitgesetzes (BEEG) berufstätigen Eltern einen Anspruch auf Elternzeit ein. Anspruchsberechtigt sind dabei sowohl der berufstätige Vater als auch die Mutter. Diesen wird die Möglichkeit eingeräumt, temporär aus dem Berufsleben auszusteigen, um intensiver Zeit mit ihren Kindern zu verbringen. Verortet man hier auch die mutterschutzrechtlichen Schutzfristen nach § 3 MuSchG, die neben dem Schutz der Gesundheit von Mutter und Kind und der Förderung des Mutter-Kind-Verhältnisses auch die Vereinbarkeit von Familie und Beruf im Blick haben¹³ – Letzteres jedoch primär insoweit, als auf die vorgeburtliche Schutzfrist verzichtet und der

12 BAG, Urteil vom 20.4.2010 – 3 AZR 370/08, NZA 2010, 1188 (1192).

13 Vergleiche Brose/Weth/Volk/Weth, MuSchG und BEEG, 9. Auflage 2020, § 3 MuSchG Rn. 1 ff.

Tätigkeit nachgegangen werden kann.¹⁴ Einen Vaterschaftsurlaub, wie ihn nun auch die Richtlinie 2019/1158 in ihrem Artikel 4 ausdrücklich fordert, gibt es neben der Elternzeit noch nicht. Inwieweit das deutsche Recht dennoch den Anforderungen der Richtlinie schon genügt und wo noch Handlungsbedarf besteht, ist Gegenstand gesonderter Erörterungen.¹⁵

Kinder aber machen nicht den einzigen zu berücksichtigenden Betreuungsaufwand innerhalb der Familie aus. Arbeitnehmer*innen sind selbst Kinder ihrer Eltern, hieraus erwachsen ihnen Verpflichtungen, die ebenfalls mit ihren arbeitsvertraglichen Pflichten kollidieren können. Durch den demografischen Wandel steigt die Zahl der älteren Menschen und so auch die Zahl der Pflegebedürftigen.¹⁶ Entsprechende Pflegeleistungen wollen – oder müssen, in Anbetracht zum Teil erheblicher Kosten – Arbeitnehmer*innen für ihre Eltern häufig selbst erfüllen. Auf hieraus erwachsende Bedürfnisse hat der Gesetzgeber durch das Pflegezeitgesetz bislang nur unzureichend reagiert.¹⁷ Das Gesetz räumt Arbeitnehmer*innen das Recht ein, bis zu zehn Arbeitstage der Arbeit fernzubleiben, wenn dies erforderlich ist, um für einen pflegebedürftigen nahen Angehörigen in einer akut aufgetretenen Pflegesituation eine bedarfsgerechte Pflege zu organisieren oder eine pflegerische Versorgung in dieser Zeit sicherzustellen. Hierdurch wird dem*der Arbeitnehmer*in bei unerwartetem Eintritt einer besonderen Pflegesituation das Recht eingeräumt, kurze Zeit der Arbeit fernzubleiben, um die sofortige Pflege eines*einer nahen Angehörigen sicherzustellen. Weiterhin ist es dem*der Arbeitnehmer*in auch möglich, sich für bis zu sechs Monate vollständig oder teilweise von seinen*ihrnen arbeitsvertraglichen Pflichten freustellen zu lassen, wenn er*sie einen pflegebedürftigen nahen Angehörigen in häuslicher Umgebung pflegt (Pflegezeit).¹⁸ Ein Pendant zur Elternzeit nach dem Gesetz zum Elterngeld und zur Elternzeit fehlt. Eine „Auszeit“ von mehr als sechs Monaten ist dem*der Arbeitnehmer*in mit familiären Betreuungsverpflichtungen bislang nicht möglich. Hier wurde ein erster Versuch der Abhilfe durch das Gesetz über die Familienpflegezeit (FPfZG) geschaffen, wodurch pflegenden Angehörigen

14 BT-Drucks. 18/8963, Seite 34.

15 Siehe Gliederungspunkt 6.

16 Siehe hierzu die Daten des Statistischen Bundesamts, abrufbar unter <https://www.destatis.de/DE/Themen/Querschnitt/Demografischer-Wandel/Hintergruende-Auswirkungen/demografie-pflege.html> (letzter Abruf: 31.5.2021).

17 Siehe auch Voßkuhler, RdA 2019, 121 (124).

18 Freilich nur bei einem*einer Arbeitgeber*in mit regelmäßig mehr als 15 Beschäftigten.

gen die Möglichkeit eröffnet wird, in einem Zeitraum von zwei Jahren mit reduzierter Stundenzahl im Beruf weiterzuarbeiten. Die Geltendmachung des hier verankerten Teilzeitanpruchs geht stets mit erheblichen finanziellen Einbußen einher – das Bundesamt für Familie und zivilgesellschaftliche Aufgaben mag hier gemäß § 3 FPfZG ein zinsloses Darlehen gewähren, aufgrund der Rückzahlungsverpflichtung bleibt es jedoch bei dem mit teilweisem Arbeitsausfall einhergehenden Einkommensverlust.

Es zeigt sich also: Der Schutz der Familie, vermittelt durch den Schutz derjenigen Arbeitnehmer*innen, die Betreuungs- oder Pflegeleistungen erbringen, ist dem geltenden Recht nicht fremd. Schutzkonzepte wie Elternzeit und Elterngeld, Pflege- und Familienpflegezeit wurden und werden entwickelt, um Beruf und familiäre Verpflichtungen in einen angemessenen Ausgleich zu bringen. Den Arbeitnehmer*innen stehen so Rechte und Ansprüche zu, für deren Geltendmachung sie nicht bestraft werden können – das stellt § 612a des Bürgerlichen Gesetzbuchs (BGB) neben weiteren, besonderen Maßregelungsverboten sicher.¹⁹ Diejenigen, die verstärkt Verantwortung für die Ihren übernehmen wollen, können das in dem gesetzten Rahmen tun und dürfen dafür nicht benachteiligt werden. Ein allgemeines Benachteiligungsverbot²⁰, das die geltenden Schutzkonzepte absichert und ergänzt, besteht mithin bereits. Diskriminierungsschutz im engeren Sinne, wie man ihn etwa aus dem Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz (AGG) kennt, fehlt allerdings bislang. Inwiefern auch dieser eine sinnvolle Ergänzung zum Schutz von Fürsorgeleistenden sein kann und ob er – im Lichte der Richtlinie 2019/1158 und darüber hinaus – erforderlich ist, muss der Gang der Untersuchung zeigen.

19 ErfK/Preis, 21. Auflage 2021, § 612a BGB Rn. 2; weitere Maßregelungsverbote enthalten etwa die § 5 TzBfG und § 16 AGG.

20 So eingeordnet von ErfK/Preis, 21. Auflage 2021, § 612a BGB Rn. 2; MüKoBGB/Müller-Glöge, 8. Auflage 2020, § 612a Rn. 2.

2.4 Schutz von Fürsorgeleistenden auf europäischer Ebene – Grundrechte- und Sozialcharta

Auch das europäische Recht hat sich dem Schutz von Fürsorgeleistenden bereits vor Inkrafttreten der Richtlinie 2019/1158 gewidmet. So finden zahlreiche der bereits erörterten Schutzkonzepte des deutschen Rechts ein Pendant in den Richtlinien der Europäischen Union. Das gilt etwa für die Elternurlaubsrichtlinie 2010/18/EU, die von der hier untersuchten Richtlinie abgelöst wird, ebenso wie die Mutterschutzrichtlinie 92/95/EWG.

Ein Diskriminierungsverbot zum Schutz Fürsorgeleistender kannte das EU-Recht bislang nicht – ob die Richtlinie 2019/1158 nun tatsächlich eines vorsieht, bleibt zu erörtern. Allerdings gewährleistet Artikel 33 der EU-Grundrechtecharta (GRCh) den Schutz von Familien und nimmt dabei in seinem Absatz 2 auch auf die Vereinbarkeit von Familien- und Berufsleben Bezug. Der insoweit vorgesehene Schutz beschränkt sich indes auf Mutterschafts- und Elternurlaub sowie den Schutz vor Entlassung aufgrund oder in Zusammenhang mit der Mutterschaft. Artikel 33 Absatz 2 GRCh knüpft hierbei an zum Zeitpunkt seines Inkrafttretens bereits bestehende sekundärrechtliche Vorgaben an.²¹ Was unter Mutterschaft und Elternschaft im Einzelnen zu verstehen ist, wird noch zu untersuchen sein.²² Klar ist aufgrund dieser Beschränkung allerdings schon jetzt, dass Artikel 33 Absatz 2 GRCh keine umfassende Regelung zur Vereinbarkeit von Familie und Beruf trifft.

Weiter geht hier die Europäische Säule sozialer Rechte, die in Ziffer 9 bestimmt: „Eltern und Menschen mit Betreuungs- oder Pflegepflichten haben das Recht auf angemessene Freistellungs- und flexible Arbeitszeitregelungen sowie Zugang zu Betreuungs- und Pflegediensten. Frauen und Männer haben gleichermaßen Zugang zu Sonderurlaub für Betreuungs- und Pflegepflichten und werden darin bestärkt, dies auf ausgewogene Wei-

21 Erläuterungen zur Charta der Grundrechte – C-303/17, ABl. 2007 C 303, Seite 17.

22 Siehe Gliederungspunkt 4.2.

se zu nutzen.“²³ Diese ist allerdings für Mitgliedstaaten und Bürger*innen nicht verbindlich und führt somit keine Rechtsänderung herbei.²⁴

Artikel 33 Absatz 2 GRCh stützt sich aber auf Artikel 8 der Europäischen Sozialcharta und ist zumindest an Artikel 27 der Sozialcharta in revidierter Form (RESC) angelehnt.²⁵ Hierbei handelt es sich nicht um Bestimmungen der Europäischen Union, sondern um Vereinbarungen der Mitglieder des Europarats und somit um völkerrechtliche Verträge. Die RESC, die schrittweise an die Stelle der ursprünglichen Sozialcharta treten sollte²⁶ und bereits 1996 unterschrieben wurde, geht weit über das hinaus, was zunächst zum Schutz von Familien und Fürsorgeleistenden vorgesehen war: In Ziffer 27 des ersten Teils setzt sie das Ziel, dass alle Personen mit Familienpflichten, die erwerbstätig sind oder erwerbstätig werden wollen, das Recht dazu haben, ohne sich einer Diskriminierung auszusetzen und, soweit dies möglich ist, ohne dass es dadurch zu einem Konflikt zwischen ihren Berufs- und ihren Familienpflichten kommt. Hierbei handelt es sich indes weniger um verpflichtendes Recht als um eine politische Zielsetzung.²⁷ In Artikel 27 RESC verpflichten sich die Mitgliedstaaten allerdings unter anderem, geeignete Maßnahmen zu ergreifen, um (a) Arbeitnehmer*innen mit Familienpflichten zu ermöglichen, erwerbstätig zu werden und zu bleiben sowie nach einer durch diese Pflichten bedingten Abwesenheit wieder in das Erwerbsleben einzutreten, einschließlich Maßnahmen im Bereich der Berufsberatung und der beruflichen Ausbildung, (b) bei den Beschäftigungsbedingungen und der sozialen Sicherheit ihren Bedürfnissen Rechnung zu tragen. Diese wichtigen Vorgaben blieben in Deutschland lange ohne Geltung – die Ratifizierung der RESC blieb aus. Erst im vergangenen Jahr wurde der Charta mit Vorbehalten zugestimmt.²⁸ Das heißt jedoch nicht unbedingt, dass sich für die Betroffenen unmittelbar etwas ändert: Ob die RESC subjektive Rechte für Bürger*innen beinhaltet, ist umstritten – der Wort-

23 Interinstitutionelle Proklamation zur Europäischen Säule sozialer Rechte, ABl. C428/10, Seite 10 (13); vergleiche auch Meyer/Hölscheidt/Rohleder, GRCh, 5. Auflage 2019, Artikel 33 Rn. 10.

24 Meyer/Hölscheidt/Rohleder, GRCh, 5. Auflage 2019, Artikel 33 Rn. 10.

25 So Franzen/Gallner/Oetker/Schubert, 3. Auflage 2020, Artikel 33 GRCh Rn. 6; Meyer/Hölscheidt/Rohleder, GRCh, 5. Auflage 2019, Artikel 33 Rn. 8.

26 Siehe Präambel der Europäischen Sozialcharta (revidiert).

27 So Franzen/Gallner/Oetker/Schubert, 3. Auflage 2020, ESC Teil I Rn. 22 mit Bezug auf die ursprüngliche Sozialcharta, die der revidierten Fassung allerdings in der Form ähnelt.

28 Artikel 1 EUsozChrRevG.

laut der einzelnen Vorschriften, nach denen die Mitgliedstaaten sich verpflichten, bestimmte Regelungen zu schaffen oder Rechte anzuerkennen, spricht dagegen.²⁹ Die Ratifizierung der RESC durch den deutschen Gesetzgeber ist damit zwar auch im Lichte des Diskriminierungsschutzes von Fürsorgeleistenden zu begrüßen, einen wirklichen Fortschritt zugunsten der*des Einzelnen bedeutet sie aber noch nicht.

2.5 Erfahrungen aus dem Ausland: ein Blick auf die USA und anderswo

Den Konflikt zwischen familiärer Verantwortung und beruflichem Fortkommen hat man auch andernorts erkannt und adressiert. Die *Enforcement Guidance: Unlawful Disparate Treatment of Workers with Caregiving Responsibilities*, die von der EEOC (recte) in den USA bereits im Jahr 2007 herausgegeben wurde, gibt einen Überblick über die Umstände, unter denen Fürsorgeleistende im Arbeitsleben häufig eine Benachteiligung erfahren.³⁰ Vorweg stellt man hier bereits fest, dass das Bundesrecht der USA die Benachteiligung von Fürsorgeleistenden nicht per se verbietet, sie aber im Einzelfall dennoch eine widerrechtliche Ungleichbehandlung sein kann. Das gilt insbesondere insoweit, als sich die Ungleichbehandlung der *Caregiver* zugleich als eine Ungleichbehandlung der Geschlechter darstellt. Das ist keine Seltenheit und folgt aus den gesellschaftlichen Strukturen: Während Frauen in der Vergangenheit häufig keiner Berufstätigkeit nachgingen und so vorrangig für die Betreuung von Kindern und pflegebedürftigen Angehörigen zuständig waren, hat sich an diesen Umständen nur der erste verändert. Nach der *Enforcement Guidance* arbeiten heute fast so viele Frauen wie Männer, sie nehmen aber noch immer die Rolle der primären Fürsorgeleistenden ein. Dies führt zu einer Doppelbelastung, die Frauen häufig davon abhält, Karrierefortschritte zu machen. Doch auch darüber hinaus können sie im Berufsleben Benachteiligung erfahren, wenn Arbeitgeber*innen aufgrund geschlechtsspezifischer Stereotype davon ausgehen, die Frau sei ihren Fürsorgeverpflichtungen eher verschrieben als ihrer Arbeit. Wichtige Erkenntnis der *Enforcement Guidance* ist außerdem, dass die

29 Franzen/Gallner/Oetker/Schubert, 3. Auflage 2020, ESC Teil I Rn. 25.

30 Abrufbar unter <https://www.eeoc.gov/laws/guidance/enforcement-guidance-unlawful-disparate-treatment-workers-caregiving-responsibilities> (letzter Abruf: 31.5.2021).

geschlechtsbezogene Stereotypisierung und Benachteiligung von Fürsorgerleistenden nicht nur zum Nachteil von Frauen erfolgen können: Männern, die familiäre Verpflichtungen wahrnehmen und beruflich zurücktreten wollen, kann dies zuweilen aufgrund der Wahrnehmung erschwert werden, sie seien für Fürsorgerleistungen weniger gut geeignet als Frauen. In der Folge können Elternzeit oder ähnliche fürsorgebezogene Privilegien verwehrt werden. Aufgrund des höheren Anteils an Alleinerziehenden unter Afro- und Lateinamerikaner*innen kann die Diskriminierung von Fürsorgerleistenden auch mit einer Diskriminierung wegen der Rasse oder Ethnie einhergehen. Die *Enforcement Guidance* bietet hier reichhaltig Anschauungsmaterial, indem sie anhand von Beispielen aufführt, in welchen Fällen die Benachteiligung von *Caregivern* auch eine rechtlich relevante Diskriminierung darstellt. Es verbleibt jedoch ein Bereich, in dem die Benachteiligung nicht von geltenden Diskriminierungsverboten erfasst wird. Ein*e Arbeitgeber*in, der*die beispielsweise berufstätige Väter und Mütter in gleicher Weise schlecht behandelt, wird hierfür in der Regel keine rechtlichen Schranken finden. Für diese Bereiche appelliert die EEOC an Arbeitgeber*innen, dennoch Arbeitsbedingungen zu schaffen, die es Müttern und Vätern sowie sonstigen *Caregivern* erlauben, ihre beruflichen und familiären Verpflichtungen in Ausgleich zu bringen.

Die Lektüre des Leitfadens der EEOC bringt wichtige Erkenntnisse. Zum einen handelt es sich bei der *Caregiver Discrimination* um ein lange etabliertes, global verbreitetes, rechtliches wie tatsächliches Phänomen, das seine Wurzeln zumeist in einem überholten, aber in Teilen dennoch immer noch gültigen Gesellschaftsbild hat. Zum anderen fehlen auch da, wo das Phänomen bekannt ist, die rechtlichen Rahmenbedingungen, um ihm uneingeschränkt entgegenwirken zu können. Viele Fälle können anhand des geltenden Diskriminierungsrechts erfasst und behandelt werden – viele aber auch nicht. Einzelne Bundesstaaten der USA haben die Problematik aufgegriffen und eigenständige Schutzkonzepte im Hinblick auf die Diskriminierung von Fürsorgerleistenden geschaffen: In Alaska etwa sind Benachteiligungen aufgrund des Familienstands, Änderungen des Familienstandes, Schwangerschaft oder Elternschaft Arbeitgeber*innen aus-

drücklich verboten,³¹ vergleichbare Regelungen finden sich in Washington, D.C.³², Minnesota³³, New York³⁴ und Delaware³⁵. Hinzu treten zahlreiche Gerichtsurteile, die sich mit der Problematik der Diskriminierung wegen familiärer Verpflichtungen auseinandersetzen.³⁶ In zahlreichen kanadischen Provinzen findet sich das Verbot der Diskriminierung aufgrund des Familienstands in den dort gültigen Gesetzen zum Schutz der Menschenrechte.³⁷ Weiterhin wurde etwa in der Rechtssache *Johnstone* die im Einzelfall bestehende Verpflichtung von Arbeitgeber*innen anerkannt, familiären Verpflichtungen der Arbeitnehmer*innen hinreichend Rechnung zu tragen.³⁸ Allerdings zeigt die kanadische Rechtsprechung auch, dass das Diskriminierungsverbot allein noch nicht zu familienfreundlichen Arbeitsverhältnissen führen muss – dies umso mehr, da die Beweislast bei den Arbeitnehmer*innen liegt und strenge Anforderungen an den Nachweis der Diskriminierung aufgrund des Familienstands gestellt werden.³⁹

31 AS 18.80.220 (a) (1): „(...) it is unlawful for an employer to refuse employment to a person, or to bar a person from employment, or to discriminate against a person in compensation or in a term, condition, or privilege of employment because of the person's race, religion, color, or national origin, or because of the person's age, physical or mental disability, sex, marital status, changes in marital status, pregnancy, or parenthood when the reasonable demands of the position do not require distinction on the basis of age, physical or mental disability, sex, marital status, changes in marital status, pregnancy, or parenthood (...)“

32 Siehe District of Columbia Official Code § 2-1402.11.

33 Siehe 2020 Minnesota Statutes 363A.08 Subdiv. 1.

34 Siehe N.Y. Human Rights Law § 296.1.

35 Siehe Delaware Code, Title 19, Chapter 7, § 711 (k).

36 Eine Auswertung von 4.400 Fällen bietet Thomas Calvert, *Caregivers in the Workplace*, 2016, abrufbar unter <https://worklifelaw.org/publications/Caregivers-in-the-Workplace-FRD-update-2016.pdf> (letzter Abruf: 31.5.2021).

37 Siehe etwa Human Rights Code Ontario, Part I Section 1; Human Rights Code British Columbia, Section 13 (1); Human Rights Act New Brunswick, Section 2.1 (k); Human Rights Act Newfoundland, Section 9 (1).

38 Canada (Attorney General) v. *Johnstone*, [2015] 2 RCF 595, 2014 CAF 110 (CanLII).

39 Der*die Arbeitnehmer*in muss darlegen, dass eine Veränderung im Arbeitsverhältnis von dem*der Arbeitgeber*in veranlasst wurde und dass diese Veränderung zu einer Beeinträchtigung elterlicher oder familiärer Verpflichtungen geführt hat, siehe *Health Sciences Assn. of British Columbia v. Campbell River and North Island Transition Society*, [2004] B.C.J. No. 922, BCCA, Para. 39; so bestätigt vom kanadischen Supreme Court in *Envirocon Environmental Services ULC v. Suen*, [2019] B.C.J. No. 146, BCCA Para. 24, 25; siehe auch *Ziegler v. Pacific Blue Cross* (No. 2), 2020 BCHRT 125, Para. 5.

Nicht nur die nordamerikanischen Staaten begegnen einzelnen Aspekten der *Caregiver Discrimination* in rechtlicher Hinsicht – auch in Frankreich sind die familiäre Situation und die Schwangerschaft verbotene Anknüpfungspunkte für eine Diskriminierung.⁴⁰ Ähnliches gilt etwa in Irland, Finnland, Griechenland sowie einigen osteuropäischen Staaten.⁴¹ Die portugiesische Verfassung sieht das Recht von Vätern und Müttern auf den Schutz durch die Gesellschaft und den Staat bei der Verwirklichung ihres unersetzlichen Einsatzes für die Kinder vor und bezieht sich dabei insbesondere auch auf die berufliche Entfaltung der Betroffenen.⁴² Ähnliche Grundsätze haben in unterschiedlicher Tiefe und Ausprägung Einzug in die Verfassungen europäischer Staaten gehalten und so jedenfalls einen Teilaspekt der *Caregiver Discrimination* erfasst.⁴³

So zeigt sich, dass einige Staaten schon Schritte gegangen sind, um Fürsor geleistende im Berufsleben zu schützen und zu unterstützen. Überwiegend geht man hier den Weg über das Diskriminierungsrecht. Die insoweit bereits erlangten Erfahrungswerte sollen der folgenden Betrachtung zugrunde gelegt und in die Suche nach zukunftsorientierten, interessengerechten Lösungen mit einbezogen werden.

40 Artikel L.1132-1 Code du travail.

41 Siehe Übersicht in European Commission, A comparative analysis of non-discrimination law in Europe 2017, Seite 12 ff., abrufbar unter http://ec.europa.eu/newsroom/just/document.cfm?action=display&doc_id=49316 (letzter Abruf: 31.5.2021).

42 Siehe Artikel 68 Absatz 1 Verfassung Portugals.

43 Einen Überblick gibt Meyer/Hölscheidt/Rohleder, GRCh, 5. Auflage 2019, Artikel 33 Rn. 11 ff.

3. *Caregiver Discrimination* diskriminierungsrechtlich gefasst

Hat man so das Problem der Diskriminierung von Fürsorgeleistenden tatbestandlich erfasst, gilt es in einem nächsten Schritt zu ermitteln, welche Rolle es im Rahmen des geltenden Diskriminierungsrechts spielt oder spielen könnte. Die Erfahrungswerte der EEOC sowie die Vorstöße anderer Staaten zeigen, dass *Caregiver Discrimination* in einigen ihrer vielfältigen Erscheinungsformen durchaus diskriminierungsrechtlich gefasst werden kann. Wo das bereits jetzt im deutschen Recht ebenfalls möglich ist und wo demgegenüber noch Schutzlücken bestehen, ist Gegenstand des folgenden Kapitels.

3.1 Das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz als maßgeblicher Anknüpfungspunkt

Will man nun die Diskriminierung von Fürsorgeleistenden jedenfalls in Teilen im geltenden Antidiskriminierungsrecht verorten, kommt man nicht umhin, das AGG in den Blick zu nehmen. Das dortige Benachteiligungsverbot nach § 7 AGG erhebt zwar keinen Ausschließlichkeitsanspruch, sonstige Benachteiligungsverbote behalten unverändert Geltung, § 2 Absatz 3 AGG.⁴⁴ Speziellere Normen zum Schutz vor *Caregiver Discrimination* erfassen allerdings jeweils nur einen Teilbereich, wie etwa die Kündigungsverbote des MuSchG oder des BEEG, sodass das AGG als Sammlung der zentralen Vorschriften zum Diskriminierungsschutz im Privatrecht in den Fokus rückt.

44 ErfK/Schlachter, 21. Auflage 2021, § 1 AGG Rn. 1.

Dessen Anwendungsbereich und Grenzen sind jedoch klar definiert: Schon die in § 1 AGG formulierte Zielsetzung, in der die Anknüpfungspunkte verbotener Diskriminierung für dieses Gesetz abschließend aufgezählt sind, gibt einen klaren Rahmen vor, innerhalb dessen allein Ungleichbehandlungen rechtlich relevant werden.⁴⁵ Verboten ist die Diskriminierung aus Gründen der Rasse, wegen der ethnischen Herkunft, des Geschlechts, der Religion oder Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Identität. Von Familien und familiären Verpflichtungen, Mutter- oder Vaterschaft, Betreuungs- und Pflegeleistungen findet sich dort nichts. Weitere Grenzen folgen aus dem in § 2 AGG festgelegten Anwendungsbereich des Gesetzes. Gleichzeitig bewirkt die Anerkennung auch mittelbarer Diskriminierung als unzulässig und sanktionswürdig eine Erweiterung des Diskriminierungsschutzes im Arbeitsverhältnis und Zivilrechtsverkehr. Nicht nur diejenige Benachteiligung, die direkt an einem der verbotenen Merkmale anknüpft und den*die Merkmalsträger*in eine weniger vorteilhafte Behandlung erfahren lässt als eine Person, die das betroffene Merkmal nicht aufweist, erfährt, erfahren hat oder erfahren würde, kann die Wirkungen des Diskriminierungsschutzes nach dem AGG auslösen. § 3 Absatz 2 AGG normiert ausdrücklich auch die mittelbare Benachteiligung, das heißt dem Anschein nach neutrale Vorschriften, Kriterien oder Verfahren, die Personen wegen eines in § 1 AGG genannten Grundes gegenüber anderen Personen in besonderer Weise benachteiligen können. Neutral sind die bezeichneten Regelungen dann, wenn sie nicht an ein Merkmal nach § 1 AGG zwingend anknüpfen.⁴⁶ Möglich ist eine Schlechterstellung der Merkmalsträger*innen durch solche dem Anschein nach neutralen Vorgaben, wenn sie durch ein rechtmäßiges Ziel sachlich gerechtfertigt und die Mittel zur Erreichung dieses Ziels angemessen und erforderlich sind. In diesem Fall wird die Benachteiligung nicht nur gerechtfertigt, nach der Definition des § 3 Absatz 2 AGG liegt in diesem Fall bereits keine Benachteiligung im Sinne des Gesetzes vor.⁴⁷

45 Zum abschließenden Charakter der Aufzählung siehe BeckOK ArbR/Roloff, 57. Ed. (Stand: 1.9.2020), § 1 AGG vor Rn. 1; ErfK/Schlachter, 21. Auflage 2021, § 1 AGG Rn. 3; siehe auch EuGH, Urteil vom 11.7.2006 – C-13/05, NZA 2006, 839 (Rn. 55).

46 BAG, Urteil vom 18.9.2014 – 8 AZR 753/13, BeckRS 2014, 73584 (Rn. 36); LAG Thüringen, Urteil vom 12.1.2016 – 1 Sa 252/15, BeckRS 2016, 73095 (Rn. 21); MHD/ArbR/Oetker, 4. Auflage 2018, § 16 Rn. 76.

47 Vergleiche BAG, Urteil vom 7.7.2011 – 2 AZR 355/10, NZA 2011, 1412 (1414); ErfK/Schlachter, 21. Auflage 2021, § 3 AGG Rn. 13.

Es ist insbesondere diese Norm, diese Erweiterung des Diskriminierungsschutzes, die im Hinblick auf das Phänomen der *Caregiver Discrimination* Bedeutung entfalten kann. Denn: Eine unmittelbare Diskriminierung von Fürsorgeleistenden als solche ist derzeit im Hinblick auf § 1 AGG rechtlich weitgehend irrelevant.⁴⁸ Das von der EEOC angeführte Beispiel gilt auch hier: Behandelt ein*e Arbeitgeber*in fürsorgeleistende Arbeitnehmer*innen, seien es Väter oder Mütter, pflegende Töchter oder Söhne, gleichermaßen schlecht, berücksichtigt er*sie nicht bei Beförderungen oder stellt sie womöglich gar nicht erst ein, so ist das moralisch verwerflich – eine unmittelbare Benachteiligung im Sinne des § 3 Absatz 1 AGG ist es nicht.⁴⁹ Die Eigenschaft als Fürsorgeleistende*r ist weder ausdrücklich als Merkmal in § 1 AGG genannt, noch ist sie mit einem der Merkmale so untrennbar verknüpft – wie es etwa die Schwangerschaft mit dem weiblichen Geschlecht ist –, dass die Anknüpfung eine unmittelbare Diskriminierung darstellt.⁵⁰ Anders liegt dies nach höchstrichterlicher Rechtsprechung wohl gemerkt, wenn der*die Arbeitgeber*in gezielt weibliche Elternteile benachteiligt: Arbeitgeber*innen, die mit Bezug auf die tradierte Rollenverteilung zwischen Frauen und Männern nur bei Bewerberinnen das Problem der Vereinbarkeit von Familie und Beruf als Einstellungshindernis betrachten, benachteiligen nach Ansicht des Bundesarbeitsgerichts (BAG) unmittelbar wegen des Geschlechts.⁵¹

48 Zwar sah der EuGH im Falle *Coleman* (EuGH, Urteil vom 17.6.2008 – C-303/06, EuZA 2009, 245) eine unmittelbare Benachteiligung gegeben, wenn ein*e Arbeitnehmer*in aufgrund der Behinderung seines*ihres Kindes, für das er im Wesentlichen die Pflegeleistungen erbringt, eine schlechte Behandlung erfährt. Die Klägerin des Ausgangsverfahrens machte jedoch gerade eine Benachteiligung gegenüber Eltern nicht behinderter Kinder geltend – es ging also nicht um die Benachteiligung wegen der Fürsorgeleistung, sondern diejenige wegen der Behinderung des Kindes, also wegen eines Merkmals, das seinerseits nach dem AGG geschützt ist.

49 Siehe für das umgekehrte Beispiel einer besseren Behandlung BAG, Urteil vom 18.9.2014 – 8 AZR 753/13, AP AGG § 3 Nr. 10 (Rn. 31); vergleiche zur Elternzeit BAG, Urteil vom 27.1.2011 – 5 AZR 526/09, NZA 2011, 1361 (1363).

50 Entsprechend zur Elternzeit BAG, Urteil vom 27.1.2011 – 5 AZR 526/09, NZA 2011, 1361 (1363).

51 BAG, Urteil vom 18.9.2014 – 8 AZR 753/13, AP AGG § 3 Nr. 10; noch als mittelbare Diskriminierung eingeordnet vom LAG Hamm, Urteil vom 6.6.2013 – 11 Sa 335/13, NZA-RR 2013, 570.

Dieser unmittelbare Bezug zum Geschlecht ist aber nicht immer so eindeutig. Das heißt aber nicht, dass die gezielte Anknüpfung an die familiäre Fürsorgeverantwortung dann diskriminierungsrechtlich irrelevant ist. Es bleibt die Möglichkeit der mittelbaren Diskriminierung.

3.2 Caregiver Discrimination als mittelbare Frauendiskriminierung

Um eine mittelbare Diskriminierung im Sinne des § 3 Absatz 2 AGG feststellen zu können, müssen hinsichtlich der Auswirkungen der in Blick genommenen Regelungen Vergleichsgruppen gebildet werden, die die Feststellung erlauben, von § 1 AGG geschützte Gruppen würden aufgrund der Regelung eine besondere Belastung erfahren.⁵² Erforderlich ist ein Kausalzusammenhang zwischen Benachteiligung und verbotenem Merkmal derart, dass Letzteres wenigstens mitursächliche Motivation für die benachteiligende Behandlung ist.⁵³

Von den in § 1 AGG genannten Merkmalen kommen im Falle der *Caregiver Discrimination* mehrere in Betracht. Anknüpfend an die Erfahrungswerte der EEOC in den USA kann die Benachteiligung von Fürsorgeleistenden durchaus eine Benachteiligung bestimmter ethnischer Gruppen, unter Umständen auch bestimmter Religionen bedeuten, in denen die familiäre Bindung besonders stark ausgeprägt oder etwa der Anteil alleinerziehender Eltern besonders hoch ist. Die relevanteste Gruppe, die unter schlechteren Bedingungen für Pflegenden und Erziehenden leidet und gleichzeitig Merkmalsträger nach § 1 AGG ist, sind jedoch Frauen. Wie schon die EEOC für die Vereinigten Staaten feststellte, hat der Anteil berufstätiger Frauen in den vergangenen Jahrzehnten zugenommen, ihre familiären Verpflichtungen als primäre Fürsorgeleistende sind jedoch oft gleich geblieben.⁵⁴ Auch

52 Vergleiche MüKoBGB/Thüsing, 8. Auflage 2018, § 3 AGG Rn. 34; ErfK/Schlachter, 21. Auflage 2021, § 3 AGG Rn. 10.

53 BAG, Urteil vom 11.8.2016 – 8 AZR 4/15, NZA 2017, 310 (316); Urteil vom 18.9.2014 – 3 AZR 753/13, BeckRS 2014, 73584 (Rn. 22); MüKoBGB/Thüsing, 8. Auflage 2018, § 3 AGG Rn. 38.

54 Siehe EEOC, Enforcement Guidance: Unlawful disparate treatment of workers with caregiving responsibilities, abrufbar unter <https://www.eeoc.gov/laws/guidance/enforcement-guidance-unlawful-disparate-treatment-workers-caregiving-responsibilities> (letzter Abruf: 31.5.2021).

in Deutschland steigt die Erwerbstätigenquote innerhalb der weiblichen Bevölkerung an.⁵⁵ Und auch hier nehmen sie noch immer überwiegend die Aufgaben wahr, die mit der Kinderbetreuung und Altenpflege einhergehen, wie die Daten zur Inanspruchnahme bestehender Privilegien zur besseren Vereinbarkeit von Beruf und Familie zeigen: Im Jahr 2019 nahmen 24,5 Prozent der erwerbstätigen Frauen, die Kinder im Alter von unter sechs Jahren haben, Elternzeit in Anspruch, demgegenüber nur 1,6 Prozent der Männer.⁵⁶ Für Kinder im Alter von unter drei Jahren waren es sogar 42,2 Prozent der Frauen und lediglich 2,6 Prozent der Männer.⁵⁷ Für die Inanspruchnahme von Pflege- und Familienpflegezeit werden keine vergleichbaren Daten erhoben, die Zahlen derjenigen Personen, die ein zinsloses Darlehen nach dem FPfZG beantragen, legen jedoch auch hier einen deutlich höheren Frauenanteil nahe: Gegenüber 43 Männern, die im Jahr 2015 auf ein solches Darlehen zurückgriffen, waren es 76 Frauen.⁵⁸ Eine Studie hat weiterhin ergeben, dass pflegende Frauen weit öfter in Teilzeit arbeiten als pflegende Männer.⁵⁹ In Haushalten mit minderjährigen Kindern arbeiteten zuletzt 66,2 Prozent der erwerbstätigen Frauen in Teilzeit, demgegenüber nur 6,4 Prozent der Männer.

Schließt man aus diesen Zahlen zulässigerweise, dass der Anteil von Frauen, die Betreuungs- und Pflegeaufgaben wahrnehmen und diese mit ihrer Berufstätigkeit vereinbaren müssen, weit über dem der Männer mit entsprechenden Verpflichtungen liegt, muss man auch den nächsten Schritt gehen und fragen, ob die Benachteiligung von Fürsorgerleistenden nicht gleichzeitig eine Benachteiligung aufgrund des Geschlechts sein kann.⁶⁰

55 Siehe Daten des Statistischen Bundesamts zu Erwerbstätigenquoten 1991 bis 2019, abrufbar unter <https://www.destatis.de/DE/Themen/Arbeit/Arbeitsmarkt/Erwerbsstaetigkeit/Tabellen/erwerbsstaetigenquoten-gebietsstand-geschlecht-altergruppe-mikrozensus.html> (letzter Abruf: 31.5.2021).

56 Siehe Daten des Statistischen Bundesamts zu Personen in Elternzeit, abrufbar unter <https://www.destatis.de/DE/Themen/Arbeit/Arbeitsmarkt/Qualitaet-Arbeit/Dimension-3/elternzeit.html> (letzter Abruf: 31.5.2021).

57 Siehe Daten des Statistischen Bundesamts zu Personen in Elternzeit, abrufbar unter <https://www.destatis.de/DE/Themen/Arbeit/Arbeitsmarkt/Qualitaet-Arbeit/Dimension-3/elternzeit.html> (letzter Abruf: 31.5.2021).

58 BT-Drucks. 18/7322, Seite 3.

59 Zur Studie des Instituts der deutschen Wirtschaft siehe Szent-Ivanyi, RND-Beitrag vom 25.12.2020, Studie: Pflegende Frauen öfter in Teilzeit als pflegende Männer, abrufbar unter <https://www.rnd.de/politik/studie-pflegende-frauen-ofter-in-teilzeit-als-pflegende-manner-ZANISVCWYZEF3BPNLXZADVXWQ.html> (letzter Abruf: 31.5.2021).

60 Siehe auch Wenckebach, ZESAR 2020, 230 (237).

Eine Parallele kann man hier zur Benachteiligung derjenigen Arbeitnehmer*innen ziehen, die in Teilzeit beschäftigt sind. Auch hier liegt der Anteil der Arbeitnehmerinnen deutlich über dem ihrer Kollegen.⁶¹ Wird nun die Gruppe der Teilzeitbeschäftigten benachteiligt, so ist man sich in ständiger Rechtsprechung auf europäischer und Bundesebene einig, dass hierin eine mittelbare Benachteiligung wegen des Geschlechts liegen kann: Eine solche setzt nur voraus, dass das Differenzierungsmerkmal selbst zwar geschlechtsneutral ist, von der Maßnahme aber deutlich mehr Frauen als Männer benachteiligt werden.⁶² Für Teilzeitbeschäftigte hatte diese Rechtsprechung insbesondere im Europarecht Bedeutung, wo das Geschlecht lange Zeit das einzig relevante Diskriminierungsmerkmal war.⁶³ Ein spezialgesetzliches Verbot der Diskriminierung von Teilzeitbeschäftigten findet sich erst in der im Jahr 1997 erlassenen Richtlinie zur Teilzeitarbeit⁶⁴, sodass zuvor nur der Weg über die mittelbare Diskriminierung wegen des Geschlechts Abhilfe schaffen konnte.

Auf den Fall der Fürsorgeleistenden angewandt, führen diese in der Rechtsprechung etablierten Grundsätze zu einem eindeutigen Ergebnis: Aufgrund des hohen Anteils an Frauen, die Kinder betreuen, und der ebenso zu vermutenden Überzahl an Frauen, die Eltern und sonstige pflegebedürftige Angehörige versorgen, sind sie von Vorschriften, Kriterien oder Verfahren, die Fürsorgeleistende benachteiligen, häufig in besonderer Weise betroffen. Solange das auch im Einzelfall gegeben ist und kein sachlicher, nicht geschlechtsspezifischer Grund für die Ungleichbehandlung vorliegt, handelt es sich um eine mittelbare Diskriminierung wegen des Geschlechts nach § 3 Absatz 2 AGG.⁶⁵

-
- 61 Siehe Eurostat, Europäische Union: Anteil der Teilzeitbeschäftigung an der Gesamtbeschäftigung in den Mitgliedstaaten, aufgeschlüsselt nach Geschlecht im 2. Quartal 2020, abrufbar unter <https://de.statista.com/statistik/daten/studie/1098738/umfrage/anteil-der-teilzeitbeschaeftigung-in-den-eu-laendern/#professional> (letzter Abruf: 31.5.2021).
- 62 EuGH, Urteil vom 6.12.2007 – C-300/06, NJW 2008, 499 (501); Urteil vom 10.3.2005 – C-196/02, NZA 2005, 807 (809); Urteil vom 9.2.1999 – C-167/97, BeckRS 2004, 74617; Urteil vom 2.10.1997 – C-1/95, NZA 1997, 1277 (1278); BAG, Vorlagebeschluss vom 30.1.2019 – 10 AZR 299/18 (A), NZA 2019, 693 (696); Urteil vom 8.6.2005 – 4 AZR 412/04, NZA 2006, 611 (613).
- 63 Ein Verbot der Diskriminierung wegen des Geschlechts fand sich bereits in Artikel 2 RL 76/207/EWG.
- 64 Siehe § 4 Richtlinie 97/81/EG.
- 65 Vergleiche Wenckebach, ZESAR 2020, 230 (237).

Kann so der Bogen zur Diskriminierung von Frauen geschlagen werden, wird sich die *Caregiver Discrimination* zuweilen auch als Verstoß gegen Artikel 157 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV), vormals Artikel 141 EG, darstellen.⁶⁶ Die auch auf nationaler Ebene unmittelbar geltende Norm⁶⁷ sichert den Grundsatz „Gleicher Lohn für gleiche Arbeit“ und ist in ihrem Anwendungsbereich so streng auf unterschiedliche Behandlung hinsichtlich des Arbeitsentgelts beschränkt.⁶⁸ In den übrigen Bereichen bleibt es bei einem Verstoß gegen die Vorgaben der Richtlinie 2006/54/EG, die nicht unmittelbar anwendbar ist, aber Umsetzung im AGG gefunden hat.

3.3 Was der Weg über die mittelbare Geschlechterdiskriminierung nicht erreichen kann

Kann man daraus nun schließen, dass weitere diskriminierungsrechtliche Vorgaben für *Caregiver* nicht erforderlich sind, weil sie schon von dem Verbot der Geschlechterdiskriminierung erfasst werden? Das wäre vorschnell. Es sind durchaus Fälle denkbar, in denen eindeutig Fürsorgeleistende benachteiligt werden, ein hinreichend mittelbarer Bezug zum Geschlecht aber nicht hergestellt werden kann. Mag auch die Darlegung der Benachteiligung nicht immer einen statistischen Nachweis voraussetzen, sondern auch eine Benachteiligung bei hypothetischer Betrachtungsweise ausreichen, so muss doch stets eine Benachteiligung als solche gegenüber einer

66 So anerkannt für die Diskriminierung von Teilzeitbeschäftigten, siehe BeckOK ArbR/Bayreuther, 58. Ed. (Stand: 1.12.2020), § 4 TzBfG Rn. 41; ErfK/Preis, 21. Auflage 2021, § 4 TzBfG Rn. 14; Meinel/Heyn/Herms/Herms, TzBfG, 5. Auflage 2015, § 4 Rn. 8; MüKoBGB/Müller-Glöße, 8. Auflage 2020, § 4 TzBfG Rn. 15; siehe auch Wenckeback, ZESAR 2020, 230 (237).

67 Pechstein/Nowak/Häde/Kocher, Frankfurter Kommentar EUV/GRC/AEUV, 1. Auflage 2017, Artikel 157 AEUV Rn. 12; Streinz/Eichenhofer, EUV/AEUV, 3. Auflage 2018, Artikel 157 AEUV Rn. 7.

68 Vergleiche Callies/Ruffert/Krebber, EUV/AEUV, 5. Auflage 2016, Artikel 157 AEUV Rn. 43; Pechstein/Nowak/Häde/Kocher, Frankfurter Kommentar EUV/GRC/AEUV, 1. Auflage 2017, Artikel 157 AEUV Rn. 7.

Vergleichsgruppe zu erkennen sein.⁶⁹ Erforderlich ist, dass die Maßnahme den Rückschluss darauf zulässt, dass das Geschlecht als verbotenes Merkmal mittelbarer Beweggrund für die schlechtere Behandlung war.⁷⁰ Sind in einem Betrieb nun aber tatsächlich gleich viele Frauen und Männer beschäftigt, die familiäre Verpflichtungen als Eltern oder Pflegende wahrnehmen, und werden diese gleichermaßen bei Beförderungen nicht berücksichtigt, kann man nicht immer darauf schließen, der*die Arbeitgeber*in benachteilige wegen des Geschlechts. Denn mögen Frauen auch auf die Gesamtbevölkerung gerechnet den größeren Anteil an Fürsorgeleistenden stellen, so kommt es für den Vergleich doch immer auf den persönlichen Geltungsbereich der Differenzierung an, im Beispiel also auf die Belegschaft, in der beide Geschlechter gleichermaßen vertreten sind.⁷¹

Benachteiligt wird dann unabhängig vom Geschlecht aufgrund der (befürchteten) Auswirkungen familiärer Pflichten auf das Arbeitsverhältnis. Im Bereich der Diskriminierung von Teilzeitbeschäftigten hat man diesen in seinem Wesen unterschiedlichen Ausgangspunkt erkannt und adressiert, indem man diesbezüglich ein eigenes Verbot geschaffen hat. Dieses mag sich in vielen Fällen in seinem Anwendungsbereich mit dem Verbot der mittelbaren Benachteiligung wegen des Geschlechts überschneiden,⁷² und dennoch ist es erforderlich – nicht nur um der Schutzbedürftigkeit der Gruppe und dem Schutzinteresse des Gesetzgebers hinreichend Ausdruck zu verleihen, sondern auch, um den Schutz der Betroffenen lückenlos zu gewährleisten.

Lücken können bei dem Weg über die mittelbare Diskriminierung insbesondere auch dort bestehen, wo Arbeitnehmer*innen von einer Regelung belastet werden, die zwar mittelbar benachteiligend aufgrund eines ge-

69 ErfK/Schlachter, 21. Auflage 2021, § 3 AGG Rn. 12; siehe auch LAG Köln, Urteil vom 8.5.2009 – 4 Sa 1225/08, BeckRS 2009, 66752; MüKoBGB/Thüsing, 8. Auflage 2018, § 3 AGG Rn. 32.

70 BAG, Urteil vom 11.8.2016 – 8 AZR 4/15, NZA 2017, 310 (316); MüKoBGB/Thüsing, 8. Auflage 2018, § 3 AGG Rn. 38.

71 Vergleiche zur Vergleichsgruppenbildung BAG, Urteil vom 27.1.2011 – 6 AZR 526/09, NZA 2011, 1361 (1364); ErfK/Schlachter, 21. Auflage 2021, § 3 AGG Rn. 10; Franzen/Gallner/Oetker/Mohr, 3. Auflage 2020, Artikel 2 RL 2000/78/EG, Rn. 49; MüKoBGB/Thüsing, 8. Auflage 2018, § 3 AGG Rn. 34; siehe auch zu § 611a a.F. BAG, Urteil vom 27.1.2011 – 8 AZR 483/09, NZA 2011, 689 (691).

72 Siehe BeckOK ArbR/Bayreuther, 58. Ed. (Stand: 1.12.2020), § 4 TzBfG Rn. 41; Meinel/Heyn/Herms/Herms, TzBfG, 5. Auflage 2015, § 4 Rn. 14.

schützten Merkmals ist, sie selbst aber nicht Träger*innen des Merkmals nach § 1 AGG sind. Eine Maßnahme, die Teilzeitkräfte benachteiligt und im Rahmen des AGG nur als mittelbare Frauendiskriminierung relevant sein kann, kann für einen Mann, der in Teilzeit arbeitet, die individualrechtlichen Folgen des AGG, insbesondere Ansprüche auf Entschädigung oder Schadensersatz nach § 15 AGG, nicht auslösen.⁷³ Als Teilzeitkraft ist er dennoch geschützt und kann sich – wenn auch mit abweichenden Rechtsfolgen im Einzelnen⁷⁴ – auf das Verbot nach § 4 TzBfG berufen. Ein Fürsorgeleistender, sei es ein Vater, der sich um seine Kinder kümmert, oder ein Sohn, der seine Eltern pflegt, kann derzeit nicht auf eine vergleichbare Auffangnorm zurückfallen. Benachteiligt eine Norm *Caregiver* und mag sie auch im Einzelfall mittelbar diskriminierend für Frauen sein – der Arbeitnehmer wird gleichermaßen benachteiligt, aber eben nicht aufgrund seines Geschlechts, sondern aufgrund seiner Eigenschaft als Fürsorgeleistender.

Genau das ist der Ansatz: Will man Fürsorgeleistende besser schützen, indem man die Vereinbarkeit von Familie und Beruf fördert und ihre Diskriminierung verhindert, dann muss man ausgehend von diesem Schutzzweck auch konkret auf die Eigenschaft abstellen, die es zu schützen gilt.⁷⁵ Fürsorgeleistende sollen nicht als Frauen, Männer oder Zugehörige des dritten Geschlechts, nicht als Angehörige bestimmter Religionen oder Ethnien geschützt werden, sondern als Personen, die Verantwortung für die Ihren übernehmen, wie es zum Teil rechtlich, jedenfalls aber gesellschaftlich gefordert und in tatsächlicher Hinsicht auch schlichtweg erforderlich ist.

Weiterhin sollte nicht außer Acht gelassen werden, welche Signalwirkung die diskriminierungsrechtliche Einordnung der *Caregiver Discrimination* allein als mittelbare Diskriminierung von Frauen hat. Die faktisch bestehende Ungleichheit zwischen den Geschlechtern, die gesellschaftlich anerkannte Norm, es sei die Aufgabe der Frau, Pflegeleistungen zugunsten

73 Siehe MüKoBGB/Thüsing, 8. Auflage 2018, § 15 AGG Rn. 6: Voraussetzung eines Anspruchs nach § 15 Absatz 1 oder 2 AGG ist eine Benachteiligung im Sinne des § 3 AGG. Ein Mann wird aber bei einer mittelbaren Diskriminierung aufgrund des Geschlechts, die gerade daran anknüpft, dass Frauen zu einem überwiegenden Anteil betroffen sind, nicht benachteiligt; siehe auch Wenckebach, ZESAR 2020, 230 (237).

74 Siehe zu den Rechtsfolgen eines Verstoßes gegen § 4 Absatz 1 TzBfG Meinel/Heyn/Herms/Herms, TzBfG, 5. Auflage 2015, § 4 Rn. 48 ff. Insbesondere Schadensersatz ist hier nur nach Maßgabe der §§ 280, 823 Absatz 2 BGB möglich, siehe ebenda, Rn. 56, 57.

75 Siehe hierzu auch Vofßkübler, RdA 2019, 121 (122).

von Kindern und Alten zu übernehmen, wird durch eine solche Einordnung bestärkt. Sie trifft die Aussage, die Arbeitnehmerin werde benachteiligt, weil sie Fürsorgerleistende ist, und Fürsorgerleistende sei sie, weil sie eine Frau ist. Ziel dessen, die *Caregiver Discrimination* ins Zentrum der Aufmerksamkeit zu rücken, ist es aber gerade, dieses Verständnis vom Zusammenhang zwischen Geschlecht und familiärer Verpflichtung zu beseitigen, siehe nur Erwägungsgrund 6 der Richtlinie 2019/1158: „Die Politik im Bereich der Vereinbarkeit von Beruf und Privatleben sollte zur Förderung der Geschlechtergleichstellung beitragen, indem sie die Erwerbstätigkeit von Frauen und die gerechte Aufteilung von Betreuungs- und Pflegeaufgaben zwischen Männern und Frauen unterstützt und indem sie die Einkommens- und Entgeltschere zwischen den Geschlechtern schließt.“ Man will nicht nur Frauen besser schützen und es ihnen ermöglichen, Beruf und Familie zu vereinbaren. Ein solches Verständnis führt letztlich zu einer Mehrbelastung von Frauen, denn es bestärkt, dass sie vorrangig verantwortlich für Betreuung und Pflege sind. Stattdessen muss gelten, die derzeit bestehende, stärkere Belastung von Frauen dadurch zu beseitigen, dass das Nebeneinander von Beruf und Familie für alle Geschlechter möglich wird und so eine ausgeglichene Lastenverteilung entsteht.

Nur wer über die bisherige Gangart hinausgeht und die Familie als Ort der Fürsorge im Recht nicht nur mittelbar schützt, sondern sie als eigenständig schützenswert anerkennt, kann wirklich etwas bewegen und langfristig bessere Bedingungen für alle schaffen, die sich ihrer Arbeit und Fürsorgeverantwortung gleichermaßen widmen wollen.

3.4 Entgegenstehende Rechtsprechung des EuGH?

Diesem Konzept, Frauen und Männer sowie Angehörige anderen oder keines Geschlechts gleichermaßen zu schützen, solange sie im privaten Bereich Fürsorgeverpflichtungen gegenüber Angehörigen wahrnehmen, könnte allerdings die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) entgegenstehen. Dieser hat jüngst noch entschieden, dass es keine unzulässige Ungleichbehandlung der Geschlechter im Sinne der Richtlinie 2006/54/EG darstellt, wenn ein Tarifvertrag ein Recht auf Urlaub, der über

den gesetzlichen Mutterschutz hinausgeht, allein für Arbeitnehmerinnen vorsieht, die ihr Kind selbst erziehen, und dieses Recht nicht auf Arbeitnehmer mit Erziehungsverantwortung erweitert wird.⁷⁶ Dies wurde unter anderem mit der besonderen Beziehung der Mutter zum Kind begründet.⁷⁷

Wenn nun Frauen besondere Rechte erhalten, weil sie als Mütter eine besondere Beziehung zu ihren Kindern haben, deutet das nicht darauf hin, dass der Gerichtshof die Kindererziehung und -betreuung als vorrangige Aufgabe der Frau ansieht und so auch eine Verknüpfung von Fürsorgeverantwortung und Geschlecht derart anerkennt, dass der Schutz vor Diskriminierung wegen des Geschlechts ausreichend ist? Keinesfalls. Die genauere Lektüre der Urteilsbegründung zeigt vielmehr, dass der EuGH bei Männern und Frauen, die Elternteile sind und ihre Kinder erziehen, von einer vergleichbaren Lage ausgeht.⁷⁸ Eine unterschiedliche Behandlung der Geschlechter ist in diesem Zusammenhang nur insoweit zulässig, als es um den Schutz der Frau aufgrund der Schwangerschaft und Mutterschaft geht.⁷⁹ Artikel 28 der Richtlinie 2006/54/EG sieht hierzu vor, dass die Richtlinie zur Verwirklichung der Chancengleichheit und Gleichbehandlung von Männern und Frauen den Vorschriften zum Schutz der Frau, insbesondere bei Schwangerschaft und Mutterschaft, nicht entgegensteht. Insoweit besteht nach der Rechtsprechung des EuGH eine besondere Situation der Verletzlichkeit, die einen besonderen Schutz rechtfertigt.⁸⁰ Diese Rechtfertigung greift aber nur für Regelungen, die tatsächlich dem Mutterschutz, das heißt dem Schutz der körperlichen Verfassung der Frau und in diesem Zusammenhang der besonderen Beziehung der Mutter zu ihrem Kind nach der Entbindung, dienen sollen.⁸¹ Das können auch solche Rechte und Ansprüche sein, die über das gesetzlich vorgesehene Mindestmaß an Mutterschutz hinausgehen, aber dieselben Voraussetzungen erfüllen und Ziele

76 EuGH, Urteil vom 18.11.2020 – C-463/19, BeckRS 2020, 31153 (Ls.).

77 EuGH, Urteil vom 18.11.2020 – C-463/19, BeckRS 2020, 31153 (Rn. 57).

78 EuGH, Urteil vom 18.11.2020 – C-463/19, BeckRS 2020, 31153 (Rn. 55); so auch bereits Urteil vom 25.10.1988 – Rs 312/86, NJW 1989, 3086 (Rn. 14); Urteil vom 12.12.2019 – C-450/18, BeckRS 2019, 31228 (Rn. 53); Urteil vom 29.11.2001 – C-366/99, NVwZ 2002, 455 (Rn. 44).

79 EuGH, Urteil vom 18.11.2020 – C-463/19, BeckRS 2020, 31153 (Rn. 56).

80 EuGH, Urteil vom 18.11.2020 – C-463/19, BeckRS 2020, 31153 (Rn. 51); Urteil vom 27.10.1998 – C-411/96, BeckRS 2004, 77110 (Rn. 40); siehe auch ErwGr 14 der Richtlinie 92/85/EWG.

81 EuGH, Urteil vom 18.11.2020 – C-463/19, BeckRS 2020, 31153 (Rn. 56).

verfolgen.⁸² Nicht gerechtfertigt werden können solche Regelungen, die die Mutter in ihrer Eigenschaft als Elternteil schützen, denn diese Eigenschaft können Männer gleichermaßen erfüllen, sodass eine unzulässige Diskriminierung wegen des männlichen Geschlechts vorläge.⁸³

Soweit der EuGH in seiner Entscheidung also auf die besondere Beziehung von Mutter und Kind eingeht, ist das kein Ausdruck einer Anerkennung geschlechtsspezifischer Stereotypisierung. Vielmehr ist dies eng im Zusammenhang mit der Gesundheit der Mutter und der besonderen Situation unmittelbar nach der Entbindung zu sehen. Dass die Fürsorgeverantwortung für Kinder beide Elternteile unabhängig von ihrem Geschlecht gleichermaßen treffen kann, stellt der Gerichtshof in seiner Entscheidung vielmehr deutlich heraus. Sie steht den bisherigen Ergebnissen daher nicht entgegen. Im Gegenteil: Auch der EuGH sieht keinen Zusammenhang zwischen Fürsorgeleistung und Geschlecht. Dies stützt die bisherige Argumentation – der Diskriminierungsschutz sollte ebenso nicht an das Geschlecht anknüpfen.

3.5 Konzeptionelle Besonderheiten: Rücksichtnahmepflichten als Element des Diskriminierungsschutzes

Den Schutz der Familie im Diskriminierungsrecht zu verankern, indem man einschlägige Verbote normiert, ist jedoch nicht der einzige denkbare Ansatzpunkt. Mehr noch: Ein Diskriminierungsverbot allein wird die strukturelle Benachteiligung der Fürsorgeleistenden in der Arbeitswelt nicht beseitigen. Wo man mehr arbeitsfreie Zeit für Kinder und Angehörige, möglicherweise unter Fortzahlung des Lohns, gewähren will, muss dies auf anderem Wege geschehen – auch insoweit gibt die Richtlinie 2019/1158 Mittel und Wege vor. Herzstück der Richtlinie sind die zugunsten der Fürsorgeleistenden vorgesehenen Rechte wie Vaterschaftsurlaub, Elternurlaub und Urlaub für pflegende Angehörige. Das zeigt sich auch in Artikel 11

82 EuGH, Urteil vom 18.11.2020 – C-463/19, BeckRS 2020, 31153 (Rn. 54, 65); siehe auch Urteil vom 12.7.1984 – 184/83, BeckRS 2004, 72077 (Rn. 26).

83 EuGH, Urteil vom 18.11.2020 – C-463/19, BeckRS 2020, 31153 (Rn. 55 f.); Urteil vom 29.11.2001 – C-366/99, NVwZ 2002, 455 (Rn. 44).

Richtlinie 2019/1158, der das Diskriminierungsverbot konkret in Bezug auf die in der Richtlinie vorgesehenen Rechte und Ansprüche und damit als Ergänzung ebendieser vorsieht.

So stellt sich – insbesondere auch im Lichte des schon existierenden Maßregelungsverbots nach § 612a BGB – die berechtigte Frage, welchen Mehrwert ein Diskriminierungsschutz, im Rahmen des Artikels 11 Richtlinie 2019/1158 und womöglich darüber hinaus, für Fürsorgeleistende in der Arbeitswelt bieten kann. Einen Teil der Antwort liefern grundlegende, konzeptionelle Besonderheiten des Diskriminierungsrechts. Diese zeigen sich insbesondere in der Ausprägung von Rücksichtnahmepflichten des*der Arbeitgeber*in. Um deren Herleitung, Bedeutung und Ausmaß zu ergründen, lohnt wiederum ein Blick über die eigenen Grenzen hinaus in das Diskriminierungsrecht der Europäischen Union und auch der nordamerikanischen Staaten.

3.5.1 *Reasonable accommodation* im Recht zum Schutz vor Benachteiligung behinderter Personen

Instruktiv ist hier insbesondere die Entwicklung des Rechts zum Schutz vor Benachteiligung wegen einer Behinderung. Artikel 5 der Richtlinie 2000/78/EG verpflichtet Arbeitgeber*innen, die geeigneten und im konkreten Fall erforderlichen Maßnahmen zu ergreifen, um den Menschen mit Behinderung den Zugang zur Beschäftigung, die Ausübung eines Berufs, den beruflichen Aufstieg und die Teilnahme an Aus- und Weiterbildungsmaßnahmen zu ermöglichen, es sei denn, diese Maßnahmen würden die Arbeitgeber*innen unverhältnismäßig belasten. Dies geht über ein Verbot der Benachteiligung hinaus und verpflichtet zum Schutz, zur Förderung, insgesamt zur Rücksichtnahme, um eine wirksame Teilhabe der Menschen mit Behinderung am Berufsleben zu ermöglichen.⁸⁴ Nachgebildet ist die Regelung dem ADA der USA aus dem Jahr 1990.⁸⁵ Dieser verbietet in seinem ersten Titel betreffend Arbeitsverhältnisse die Diskriminierung aufgrund einer Behinderung. Unter Diskriminierung fällt indes nicht nur die unmittel-

84 Siehe EuGH, Urteil vom 11.4.2013 – C-335/11, C-337/11, NZA 2013, 535 (556); Urteil vom 4.7.2013 – C-312/11, BeckRS 2013, 81408 (Rn. 59); Franzen/Gallner/Oetker/Mohr, 3. Auflage 2020, RL 2000/78/EG Artikel 5 Rn. 1.

85 Thüsing, RdA 2003, 257 (262).

telbar benachteiligende Handlung innerhalb des Arbeitsverhältnisses, sondern insbesondere auch das Versäumnis, erforderliche Vorkehrungen zu schaffen, um auch behinderten Arbeitnehmer*innen die Ausübung der betroffenen Tätigkeit zu ermöglichen, ebenso wie die Nichtberücksichtigung behinderter Arbeitnehmer*innen oder Bewerber*innen, um das Erfordernis der Schaffung entsprechender Vorkehrungen zu umgehen.⁸⁶ Die unter dem Begriff *reasonable accommodation* vorgesehene Rücksichtnahme- und Förderungspflicht der Arbeitgeber*innen umfasst neben der Gewährleistung behindertengerechter Einrichtungen auch die Pflicht, Arbeitsanforderungen so zu gestalten, dass sie den Bedürfnissen behinderter Arbeitnehmer*innen gerecht werden.⁸⁷ Letzteres kann Umstrukturierungen von Arbeitsplätzen, die Einführung von Teilzeit oder anderweitig angepassten Arbeitszeiten, Versetzungen oder andere Maßnahmen umfassen, soweit sie erforderlich sind.⁸⁸ Einschränkungen erfahren die Verpflichtungen des Arbeitgebers, soweit sie für ihn eine ungerechtfertigte Belastung darstellen würden⁸⁹ – die hier zu berücksichtigenden Umstände führt der ADA auf.⁹⁰

Die dem inhaltlich weitgehend entsprechende Vorschrift des Artikels 5 der Richtlinie 2000/78/EG soll materielle Chancengleichheit zwischen behinderten und nicht behinderten Personen schaffen.⁹¹ Eine Bevorzugung geht damit nicht einher – diese kann nur dem Anwendungsbereich des Artikels 7 Absatz 2 der Richtlinie 2000/78/EG unterfallen, der positive Maßnahmen zugunsten behinderter Menschen ermöglicht, den Mitgliedstaaten hierbei aber einen Beurteilungsspielraum belässt.⁹² Zur Schaffung positiver Maßnahmen im Recht sind die Mitgliedstaaten nicht verpflichtet – zur Gewährleistung des Schutzes und der Rücksichtnahme gemäß Artikel 5 Richtlinie 2000/78/EG schon.⁹³ Im Hinblick auf das Verbot der Diskriminierung wegen Behinderung kann die Pflicht zur *reasonable accommodation* zum einen auf Tatbestandsebene relevant werden, wenn der*die Arbeitgeber*in

86 ADA 1990 as amended, Sec. 12112 (b) (5).

87 ADA 1990 as amended, Sec. 12111 (9).

88 ADA 1990 as amended, Sec. 12111 (9) (B).

89 ADA 1990 as amended, Sec. 12112 (b) (5).

90 ADA 1990 as amended, Sec. 12111 (10) (B).

91 Franzen/Gallner/Oetker/Mohr, 3. Auflage 2020, RL 2000/78/EG Artikel 5 Rn. 4.

92 Franzen/Gallner/Oetker/Mohr, 3. Auflage 2020, RL 2000/78/EG Artikel 5 Rn. 4.

93 EuGH, Urteil vom 4.7.2013 – C-312/11, BeckRS 2013, 81408 (Rn. 59); Franzen/Gallner/Oetker/Mohr, 3. Auflage 2020, RL 2000/78/EG Artikel 5 Rn. 4.

Vorkehrungen hätte schaffen können, die die behinderte Person in eine vergleichbare Lage mit anderen, nicht behinderten Personen versetzt hätte, zum anderen auf Rechtfertigungsebene, wenn die Eignung der betroffenen Person durch angemessene Vorkehrungen des*der Arbeitgeber*in hätte ausgeglichen werden können.⁹⁴

Artikel 5 der Richtlinie 2000/78/EG hat im deutschen Recht keine direkte Umsetzung gefunden.⁹⁵ Vielmehr ist die Norm nach Ansicht des BAG bei der Auslegung des Artikels 8 Absatz 1 AGG zu berücksichtigen, weiterhin folge die arbeitgeberseitige Pflicht zur Förderung behinderter Menschen aus einer unionsrechtskonformen Auslegung des § 241 Absatz 2 BGB.⁹⁶

3.5.2 Rücksichtnahmepflichten im Hinblick auf den Schutz vor Diskriminierung wegen der Religion und anderer Diskriminierungsmerkmale

Während sich die Pflicht, angemessene Vorkehrungen zum Schutz vor Benachteiligung zu schaffen, im Recht der Europäischen Union bisher ausdrücklich nur zugunsten von Personen mit Behinderungen findet, sind andere Staaten hier schon weiter gegangen. So gilt in den USA dieselbe Pflicht hinsichtlich der Religion und der damit verbundenen Verhaltensweisen der Arbeitnehmer*innen – solange es keine unangemessene Belastung bedeutet, müssen Arbeitgeber*innen dafür Sorge tragen, dass der Arbeitsplatz und die begleitenden Umstände es den Arbeitnehmer*innen erlauben, ihrem Glauben nachzugehen.⁹⁷

Dies kann Rücksichtnahme im Hinblick auf Arbeitszeiten, Arbeitsumstände, Kleidungs Vorschriften und weitere Bereiche bedeuten. Unterschiedliche Religionen und die mit ihnen einhergehenden Verpflichtungen sind zu

94 Franzen/Gallner/Oetker/Mohr, 3. Auflage 2020, RL 2000/78/EG Artikel 5 Rn. 5; siehe auch EuGH, Urteil vom 11.7.2006 – C-13/05, NZA 2006, 839 (841).

95 Siehe ausführlich Eichenhofer, Angemessene Vorkehrungen als Diskriminierungsdimension im Recht, Seite 46 ff., abrufbar unter https://www.antidiskriminierungsstelle.de/SharedDocs/Downloads/DE/publikationen/Rechtsgutachten/rechtsgutachten_angemessene_vorkehrungen.pdf?__blob=publicationFile&v=9 (letzter Abruf: 31.5.2021).

96 BAG, Urteil vom 22.5.2014 – 8 AZR 662/13, NZA 2014, 924 (927); Urteil vom 19.12.2013 – 6 AZR 190/12, NZA 2014, 372 (378).

97 Civil Rights Act 1964, Title VII Sec. 701 (j); siehe auch EEOC, Religious Discrimination, Religious Discrimination & Reasonable Accommodation, abrufbar unter <https://www.eeoc.gov/religious-discrimination> (letzter Abruf: 31.5.2021).

berücksichtigen. So kann die Anordnung von Samstagsarbeit für Angehörige der christlichen Religion unproblematisch, für jüdische Gläubige demgegenüber eine unzumutbare Belastung sein. Das Verbot langer Haare oder Bärte kann für viele hinnehmbar, für Sikhs hingegen nicht mit ihrer Religion zu vereinen sein.⁹⁸

Größer noch ist die Reichweite der Pflicht zur *reasonable accommodation* in Kanada. Auch hier in den 1980er-Jahren zunächst in der Rechtsprechung zur Diskriminierung aufgrund der Religion entwickelt,⁹⁹ wurde das Konzept in der Provinz Ontario bereits 1986 in den *Ontario Human Rights Code* aufgenommen.¹⁰⁰ Es erstreckte sich hierbei auf sämtliche Diskriminierungsmerkmale und findet sich heute auch auf gesamtstaatlicher Ebene wieder.¹⁰¹

Auch für das europäische Recht ist bereits diskutiert worden, ob eine der in Artikel 5 Richtlinie 2000/78/EG vergleichbare Verpflichtung für weitere Diskriminierungsmerkmale, insbesondere die Religion, normiert werden sollte.¹⁰² Dass man sich dazu bisher nicht hat entschließen können, dürfte im Wesentlichen auch daran liegen, dass nicht geklärt ist, ob eine Pflicht des*der Arbeitgeber*in, angemessene Vorkehrungen zur Gewährleistung der Gleichbehandlung von Gruppen, die Träger eines Diskriminierungs-

98 Zu diesen und weiteren Beispielen siehe EEOC, Religious Discrimination, Religious Discrimination & Reasonable Accommodation, abrufbar unter <https://www.eeoc.gov/religious-discrimination> (letzter Abruf: 31.5.2021).

99 Ontario Human Rights Commission (O'Malley) v. Simpson-Sears, [1985] 2 SCR 536.

100 RSO 1990 (Ontario) c H 19, Artikel 11 (2): „The Tribunal or a court shall not find that a requirement, qualification or factor is reasonable and bona fide in the circumstances unless it is satisfied that the needs of the group of which the person is a member cannot be accommodated without undue hardship on the person responsible for accommodating those needs, considering the cost, outside sources of funding, if any, and health and safety requirements, if any.“

101 Siehe Canadian Human Rights Act, Purpose of Act.

102 Siehe Bribosia/Rorive, Reasonable Accommodation beyond Disability in Europe?, abrufbar unter <https://op.europa.eu/de/publication-detail/-/publication/d7715f13-cd38-428e-873b-e21b8c6ecb71/language-en> (letzter Abruf: 31.5.2021); Eichenhofer, Angemessene Vorkehrungen als Diskriminierungsdimension im Recht, abrufbar unter https://www.antidiskriminierungsstelle.de/SharedDocs/Downloads/DE/publikationen/Rechtsgutachten/rechtsgutachten_angemessene_vorkehrungen.pdf?__blob=publicationFile&v=9 (letzter Abruf: 31.5.2021); Vickers, Religion und Weltanschauung in der Beschäftigung – das EU-Recht, Seite 19 ff., abrufbar unter <https://op.europa.eu/de/publication-detail/-/publication/e4285a0c-d43a-4cf8-81aa-ceac422e1b7b> (letzter Abruf: 31.5.2021); Stein, NZA 2014, 1053.

merkmals nach Artikel 1 der Richtlinie 2000/78/EG sind, zu treffen, nicht bereits Bestandteil des Verbots mittelbarer Diskriminierung ist.¹⁰³ Die Systematik der Richtlinie spricht dagegen – wenn das Unterlassen der *reasonable accommodation* dasselbe ist wie eine mittelbare Diskriminierung, hätte es die Regelung des Artikels 5 Richtlinie 2000/78/EG nicht gebraucht. Auch ist nicht zu verkennen, dass Artikel 5 Richtlinie 2000/78/EG in seinem Anwendungsbereich von dem Verbot mittelbarer Diskriminierung abweicht: Denn während Letztere voraussetzt, dass eine Gruppe von Merkmalsträger*innen benachteiligt wird oder werden könnte, können Vorkehrungen nach Artikel 5 Richtlinie 2000/78/EG auch auf individueller Basis gefordert werden.¹⁰⁴ Weiterhin setzt die Diskriminierung die Ungleichbehandlung vergleichbarer Personen voraus, angemessene Vorkehrungen können darüber hinaus gerade dazu dienen, diese Vergleichbarkeit herzustellen.¹⁰⁵

Andererseits kann man nicht bestreiten, dass beide Konzepte eine ähnliche Schutzrichtung und Schutzwirkung aufweisen.¹⁰⁶ Wer eine Kleiderordnung aufrechterhält, die sämtliche Kopfbedeckungen verbietet, unternimmt nicht alles, um religiösen Arbeitnehmer*innen Zugang zu Beschäftigung zu gewähren, gleichzeitig wird man dem Vorwurf mittelbarer Diskriminierung wegen der Religion nachgehen.¹⁰⁷ Ähnlich lässt sich in vielen Fällen argumentieren.¹⁰⁸ Auch konstatiert Artikel 5 Richtlinie 2000/78/EG selbst

103 Vickers, Religion und Weltanschauung in der Beschäftigung – das EU-Recht, Seite 21., abrufbar unter <https://op.europa.eu/de/publication-detail/-/publication/e4285a0c-d43a-4cf8-81aa-ceac422e1b7b> (letzter Abruf: 24.2.2021).

104 Die Aussagekraft der im Rahmen der Prüfung einer mittelbaren Diskriminierung zu bildenden Vergleichsgruppen hängt insbesondere davon ab, ob die Gruppe eine hinreichende Anzahl von Personen einbezieht, vergleiche EuGH, Urteil vom 27.10.1993 – C-127/92, NZA 1994, 797 (798); Franzen/Gallner/Oetker/Mohr, 3. Auflage 2020, RL 2000/78/EG Artikel 4 Rn. 47; Bribosia/Rorive, Reasonable Accommodation beyond Disability in Europe?, Seite 39, abrufbar unter <https://op.europa.eu/de/publication-detail/-/publication/d7715f13-cd38-428e-873b-e21b8c6ecb71/language-en> (letzter Abruf: 31.5.2021).

105 Franzen/Gallner/Oetker/Mohr, 3. Auflage 2020, RL 2000/78/EG Artikel 5 Rn. 2.

106 Stein, NZA 2014, 1053.

107 So noch entschieden vom LAG Nürnberg, Urteil vom 27.3.2018 – 7 Sa 304/17, NZA-RR 2018, 356 (357); das BAG legte die Frage in nächster Instanz dem EuGH vor, siehe BAG, Vorlagebeschluss vom 30.1.2019 – 10 AZR 299/18, NZA 2019, 693; zum Verbot des Tragens religiöser Symbole siehe EuGH, Urteil vom 14.3.2017 – C-157/15, NJW 2017, 1087 (1088).

108 So insbesondere bei Arbeitszeiten, siehe etwa Vickers, Religion und Weltanschauung in der Beschäftigung – das EU-Recht, Seite 20, abrufbar unter <https://op.europa.eu/de/publication-detail/-/publication/e4285a0c-d43a-4cf8-81aa-ceac422e1b7b> (letzter Abruf: 31.5.2021).

einen engen Bezug zum Benachteiligungsverbot, da angemessene Vorkehrungen gerade zur Gewährleistung der Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes auf Menschen mit Behinderung getroffen werden sollen.¹⁰⁹ Erwägungsgrund 16 der Richtlinie 2000/78/EG ordnet die zu treffenden Maßnahmen als wichtiges Mittel zur Bekämpfung der Diskriminierung von Menschen mit Behinderung ein.

Jedenfalls eine enge Verknüpfung, wenn auch nicht eine vollständige Kongruenz, zwischen der Pflicht, angemessene Vorkehrungen zu treffen, und dem Verbot der Diskriminierung wird man anerkennen müssen.¹¹⁰ Dort, wo sich Unterschiede ergeben, liegt das nicht zwingend an der Einordnung als mittelbare Diskriminierung oder als Verletzung der Pflicht zur *reasonable accommodation*. Vielmehr können gerade unterschiedliche Maßstäbe in der Rechtfertigung je nach betroffenem Diskriminierungsmerkmal zu abweichenden Ergebnissen im Einzelfall führen. Während Kostenfragen und Kundenpräferenzen häufig keine Rechtfertigung für eine mittelbare Diskriminierung wegen des Geschlechts sein werden, ist man im Hinblick auf Benachteiligungen wegen der Religion großzügiger, auch weil strenge Maßstäbe hier wiederum Fragen hinsichtlich der Behandlung unterschiedlicher Religionen oder nicht religiöser Personen aufwerfen.¹¹¹ Dasselbe Problem stellt sich im Hinblick auf angemessene Vorkehrungen: Was eine unverhältnismäßige Belastung im Sinne des Artikels 5 Richtlinie 2000/78/EG ist und, wollte man eine entsprechende Verpflichtung für andere Merkmale anerkennen, auch darüber hinaus, hängt nicht zuletzt von dem betroffenen Merkmal ab.

Die voranstehende Darstellung soll nun nicht dazu dienen, abschließend über die Notwendigkeit der Erweiterung des Artikels 5 der Richtlinie 2000/78/EG auf andere Diskriminierungsmerkmale zu urteilen. Vielmehr

109 Vergleiche Stein, NZA 2014, 1053.

110 Stein, NZA 2014, 1053; Franzen/Gallner/Oetker/Mohr, 3. Auflage 2020, RL 2000/78/EG Artikel 5 Rn. 5; Brubios/Rorive, Reasonable Accommodation beyond Disability in Europe?, Seite 38, abrufbar unter <https://op.europa.eu/de/publication-detail/-/publication/d7715f13-cd38-428e-873b-e21b8c6ecb71/language-en> (letzter Abruf: 31.5.2021); Vickers, Religion und Weltanschauung in der Beschäftigung – das EU-Recht, Seite 21, abrufbar unter <https://op.europa.eu/de/publication-detail/-/publication/e4285a0c-d43a-4cf8-81aa-ceac422e1b7b> (letzter Abruf: 31.5.2021).

111 Vickers, Religion und Weltanschauung in der Beschäftigung – das EU-Recht, Seite 22 f., abrufbar unter <https://op.europa.eu/de/publication-detail/-/publication/e4285a0c-d43a-4cf8-81aa-ceac422e1b7b> (letzter Abruf: 31.5.2021).

dient sie der Veranschaulichung dessen, was das Diskriminierungsrecht schon jetzt leisten kann. Denn ungeachtet der Ungewissheiten in Einzelfragen wird man doch anerkennen können, dass die Pflicht, angemessene Vorkehrungen zu treffen, die eine Berücksichtigung der Diskriminierungsmerkmale im Berufsleben ermöglichen, auch dem Verbot der mittelbaren Diskriminierung jedenfalls in Ansätzen innewohnt. Rücksichtnahmepflichten sind damit konzeptioneller Bestandteil des Diskriminierungsschutzes. Ob diese ebenso weit reichen wie die Verpflichtung, welche Artikel 5 Richtlinie 2000/78/EG vorsieht, kann hier nicht abschließend beurteilt werden. Dies ist letztlich eine Frage des Einzelfalls und so vor allem eine Frage für die Gerichte.

3.5.3 Rückschlüsse für den Diskriminierungsschutz von Fürsorgerleistenden

Wegweisend für die Bedeutung solcher Rücksichtnahmepflichten für den Diskriminierungsschutz von Fürsorgerleistenden ist die Rechtsprechung Kanadas: In der Rechtssache *Johnstone* sah es das *Canadian Human Rights Tribunal* als Diskriminierung an, dass der staatliche Arbeitgeber eine feste Schichtplanung verwehrte, obwohl diese für die betroffene Arbeitnehmerin erforderlich gewesen wäre, um die Betreuung ihrer Kinder zu arrangieren und sicherzustellen.¹¹² In Kanada unter dem Begriff der *reasonable accommodation* diskutiert, könnten vergleichbare Fälle nach dem zuvor Gesagten im Rahmen der mittelbaren Diskriminierung im Sinne des § 3 Absatz 2 AGG relevant werden. Werden Arbeitnehmer*innen mit familiärer Verantwortung vor Diskriminierung im Berufsleben geschützt, kann die Anerkennung von daraus folgenden Rücksichtnahmepflichten auch bedeuten, dass Arbeit und Arbeitszeit im Rahmen des Möglichen so flexibilisiert werden müssen, dass die Vereinbarung von Familie und Beruf möglich wird.¹¹³ Insbesondere eine Möglichkeit der Mitgestaltung der Lage der Arbeitszeit könnte hier immense Auswirkungen haben.¹¹⁴

112 Canada (Attorney General) v. Johnstone, [2015] 2 RCF 595, 2014 CAF 110 (CanLII).

113 Siehe auch Thüsing/Bleckmann, jM 2021, 148 (153).

114 Wie wichtig die Lage der Arbeitszeit für die Vereinbarkeit von Familie und Beruf ist, zeigen Rechtsprechung und Literatur, siehe etwa EuGH, Urteil vom 18.9.2019 – C-366/18, NZA 2019, 1341; hierzu die Anmerkung von Wenckebach, ZESAR 2020, 234; BAG, Urteil vom 23.9.2004 – 6 AZR 567/03, 359 (361); Kocher und andere, Das Recht auf eine selbstbestimmte Erwerbsbiographie, 2013, Seite 147 ff., 263 ff.; Greiner, NZA 2007, 490.

Die Rückschlüsse, die sich aus dem Blick über die eigenen Grenzen hinaus ziehen lassen, müssen also nicht dahin gehen, dass das Diskriminierungsrecht um weitere Rücksichtnahmepflichten erweitert werden muss. Solche sind ihm vielmehr inhärent. Das Diskriminierungsrecht bietet je nach Auslegung und Anwendung im Einzelfall die Möglichkeit, Bedürfnissen der Arbeitnehmer*innen Geltung zu verschaffen und sie nach einer Interessenabwägung in angemessener Weise zu berücksichtigen. Damit geht seine Schutzwirkung insbesondere auch ganz entscheidend über das hinaus, was ein reines Maßregelungsverbot schaffen kann.¹¹⁵

Einen der Rechtssache *Johnstone* inhaltlich verwandten Fall hatte kürzlich das Landesarbeitsgericht (LAG) Hamburg zu entscheiden – eine Hafenmitarbeiterin wollte erreichen, in festen Schichten sowie nicht nachts und am Wochenende arbeiten zu dürfen, um ihr Familienleben organisieren zu können.¹¹⁶ Ob die Bedeutung des Urteils für das laufende Arbeitsverhältnis tatsächlich so weit reicht wie in den Medien zum Teil vermutet,¹¹⁷ ist allerdings zweifelhaft: Das Gericht setzte sich – soweit aus der bisher allein verfügbaren Pressemitteilung ersichtlich – nicht unmittelbar mit dem Diskriminierungsrecht auseinander, da über die Wirksamkeit einer Änderungskündigung zu entscheiden war und sich deren Unwirksamkeit wohl bereits daraus ergibt, dass die Kündigung *Ultima Ratio* sein muss.¹¹⁸ Ob ein Recht auf bestimmte Arbeitszeiten besteht, wenn eine Kündigung nicht im Raum steht, ist damit nicht gesagt.

Der entscheidende Unterschied der deutschen zur kanadischen Rechtslage ist auch, dass dort die *family status discrimination* verboten ist und darüber

115 Siehe zu den Unterschieden zwischen Maßregelungsverbot und Diskriminierungsverbot im engeren Sinne Gliederungspunkt 4.1.2.

116 LAG Hamburg, Urteil vom 15.3.2021 – 5 Sa 67/20, nv.

117 Der Spiegel etwa titelte „Hafenarbeiterin klagt auf familienfreundliche Arbeitszeiten – und bekommt recht“, siehe Beitrag vom 15.3.2021, abrufbar unter <https://www.spiegel.de/karriere/arbeitsrecht-so-familienfreundlich-muss-teilzeit-sein-a-be809a14-180b-4aa3-8480-d59ddd32ec9d> (letzter Abruf: 31.5.2021), und leitete aus der Entscheidung anscheinend ein Recht auf bestimmte Arbeitszeiten her.

118 Siehe LAG Hamburg, Pressemitteilung vom 15.3.2020: „Wie schon das Arbeitsgericht hat das Landesarbeitsgericht heute festgestellt, dass die Änderungskündigung unwirksam ist, weil sich das beklagte Unternehmen nicht darauf beschränkt habe, die von der Klägerin im Vorprozess erstrittenen Arbeitszeiten im dringenden betrieblichen Umfang zu ändern, sondern darüber hinaus gegangen sei“; zum *Ultima-Ratio*-Prinzip auch bei Änderungskündigungen siehe Hromadka, NZA 1996, 1 (7).

hinaus weit interpretiert wird, sodass hierunter auch die Benachteiligung wegen Kinderbetreuung oder anderer familiärer Pflichten fällt.¹¹⁹ In Deutschland können vergleichbare Fälle derzeit nur unzureichend über die mittelbare Diskriminierung wegen des Geschlechts erfasst werden.¹²⁰ Solange Fürsorgeleistende als solche nicht diskriminierungsrechtlich geschützt sind, sind auch entsprechende Rücksichtnahmepflichten des*der Arbeitgeber*in eingeschränkt. Seine vollständige Wirkung kann das Diskriminierungsrecht zugunsten Fürsorgeleistender nur entfalten, wenn das, was als schützenswert erachtet wird, auch als Schutzgut normiert ist. Die Rücksichtnahmepflichten im Diskriminierungsschutz könnten also entscheidend zu einer verbesserten Stellung von Fürsorgeleistenden in der Arbeitswelt beitragen – wenn Fürsorgeleistende denn vom Diskriminierungsrecht geschützt würden.

3.6 Ein erstes Zwischenergebnis

Schon im jetzigen Diskriminierungsrecht kann die *Caregiver Discrimination* also bereits in Teilen erfasst werden. Zwar sind die Diskriminierungsverbote des AGG auf die in § 1 AGG genannten Gründe beschränkt, gleichwohl kann sich die Diskriminierung von Fürsorgeleistenden jedoch im Einzelfall als unmittelbare oder mittelbare Diskriminierung wegen des Geschlechts darstellen. Das gesamte Spektrum des Phänomens ist damit jedoch nicht gefasst. Zahlreiche Fälle, insbesondere solche, die Männer als Fürsorgeleistende betreffen, können so nicht dem Regime des AGG unterworfen werden. Auch bekräftigt eine Einordnung der *Caregiver Discrimination* allein als Diskriminierung wegen des Geschlechts gerade die gesellschaftlichen Stereotype, die es zu überkommen gilt.

Ein Diskriminierungsschutz, der konkret auf Fürsorgeleistende zugeschnitten ist, könnte hier viel leisten. Das nicht zuletzt deswegen, weil dem Diskriminierungsschutz Rücksichtnahmepflichten innewohnen, deren Wahrnehmung die Vereinbarkeit von Familie und Beruf ganz entscheidend voranbringen könnte. Diese Rücksichtnahmepflichten sind in einzelnen Staaten, insbesondere Kanada, bereits umfassend verrechtlicht, im europäi-

119 Siehe Canada (Attorney General) v. Johnstone, [2015] 2 RCF 595, 2014 CAF 110 (CanLII) (Rn. 31).

120 Siehe bereits Gliederungspunkt 3.3.

schen Recht hingegen nur im Hinblick auf das Diskriminierungsmerkmal der Behinderung. Auch für andere Diskriminierungsmerkmale lassen sie sich aus dem geltenden Recht jedoch grundsätzlich herleiten. Für die *Caregiver Discrimination* würde dies indes nur unmittelbar relevant, wenn die Benachteiligung von Fürsorgerleistenden auch als solche, unabhängig von dem Geschlecht, diskriminierungsrechtlich relevant würde.

4. Der Auftrag des Artikels 11 Richtlinie 2019/1158 – Änderungsbedarf des AGG?

Fest steht nun, dass die Benachteiligung von Fürsorgeleistenden im Berufsleben ein tatsächliches wie rechtliches Problem ist, dem durch eine Vielzahl von Schutzkonzepten begegnet werden kann und in Teilen auch schon begegnet wird. Weiterhin ist deutlich geworden, dass ein diskriminierungsrechtlicher Ansatz Schutzlücken schließen und die Situation der Betroffenen verbessern kann, insbesondere aufgrund der dem Diskriminierungsrecht inhärenten Rücksichtnahmepflichten der Arbeitgeber*innen. Einzelne Sachverhalte, nicht jedoch alle, können bereits jetzt über die mittelbare Diskriminierung wegen des Geschlechts erfasst werden. Doch was heißt all das nun für das deutsche Recht, insbesondere das Diskriminierungsrecht?

Wenn es darum geht, inwiefern hier Anpassungsbedarf besteht, sind zwei Fragestellungen zu unterscheiden. Zum einen ist zu klären, ob Anpassungen nötig sind, und wenn ja, welche das sind, um den Anforderungen des Artikels 11 der Richtlinie 2019/1158 gerecht zu werden. Weiterhin ist jedoch auch zu klären, ob Anpassungen darüber hinausgehend notwendig und angezeigt sind, um einen hinreichenden Schutz für Fürsorgeleistende zu gewährleisten. Die Antworten mögen sich hier in Teilen überschneiden, im Einzelnen jedoch durchaus divergieren. Im Anschluss ist zu erörtern, wie eine gesetzliche Regelung der *Caregiver Discrimination* begrifflich aussehen könnte und welchen Grenzen sie unterliegen muss.

4.1 Europarechtliche Anknüpfungspunkte *de lege lata*: Artikel 11 der Richtlinie 2019/1158

Zur Beantwortung der ersten Frage müssen Schutzzumfang und Ziel des Artikels 11 Richtlinie 2019/1158 ermittelt werden. Die insoweit bestehenden Schwierigkeiten wurden bereits angedeutet: Wortlaut und Zweckrichtung der Richtlinie legen unterschiedliche Deutungsvarianten nahe. Das Ziel der Richtlinie, die Vereinbarkeit von Beruf und Privatleben von Eltern und pflegenden Angehörigen zu gewährleisten und zu fördern,¹²¹ sowie der Titel ihres Artikels 11 können zu einem weiten Verständnis, hin zu einem umfassenden Diskriminierungsverbot, vergleichbar dem der Richtlinie 2000/78/EG veranlassen. Bei näherem Hinsehen jedoch zeigt der Wortlaut, dass nicht die Benachteiligung von Fürsorgeleistenden als solche untersagt werden soll, sondern die Schlechterstellung infolge der Beantragung oder Inanspruchnahme eines Urlaubs gemäß Artikel 4, 5 und 6 oder einer Arbeitsfreistellung nach Artikel 7 oder aufgrund der Inanspruchnahme der Rechte gemäß Artikel 9 der Richtlinie.

Mit dieser Konzeption liegt Artikel 11 der Richtlinie 2019/1158 ungeachtet seiner Überschrift zunächst näher an einem Maßregelungsverbot, wie es § 612a BGB allgemein für das Arbeitsrecht vorschreibt, als an Diskriminierungsverboten, wie man sie etwa aus dem AGG kennt. Wohlgemerkt ist auch ein Maßregelungsverbot ein Diskriminierungsverbot¹²² – eben ein Verbot der Diskriminierung aufgrund der Ausübung der den Arbeitnehmer*innen zustehenden Rechte. Eine solche Rechtsausübung setzt es aber stets voraus und ist in seinem Anwendungsbereich so gegenüber den Diskriminierungsverboten des AGG begrenzter. Ob die konzeptionelle Ähnlichkeit allerdings bedeutet, dass die Anforderungen der Richtlinie im Hinblick auf die Diskriminierung von Fürsorgeleistenden bereits durch das allgemeine arbeitsrechtliche Maßregelungsverbot des § 612a BGB erfüllt sind, ist kritisch zu überprüfen. Beide Normen – Artikel 11 der Richtlinie 2019/1158 sowie § 612a BGB – sind jeweils genau auf ihre inhaltliche Reich-

121 Dieses folgt schon aus dem Titel der Richtlinie, die ausdrücklich der Vereinbarkeit von Beruf und Privatleben für Eltern und Pflegende dienen soll, siehe weiterhin etwa Erwägungsgründe 10, 12.

122 Siehe MüKoBGB/Müller-Glöge, 8. Auflage 2020, § 612a Rn. 2.

weite und Schutzwirkung zu untersuchen. Hierzu ist es auch notwendig, die Unterschiede zwischen dem allgemeinen Maßregelungsverbot und den weiter gehenden Diskriminierungsverboten des AGG darzulegen.

4.1.1 Reichweite des § 612a BGB

Nach § 612a BGB dürfen Arbeitgeber*innen ihre Arbeitnehmer*innen bei einer Vereinbarung oder einer Maßnahme nicht benachteiligen, weil die Arbeitnehmer*innen in zulässiger Weise ihre Rechte ausüben. Die Norm setzt also ein bestehendes Arbeitsverhältnis voraus, weiterhin eine zulässige Rechtsausübung seitens der Arbeitnehmer*innen.¹²³ Die verbotene Maßregelung kann in Form einer Vereinbarung oder Maßnahme der Arbeitgeber*innen stattfinden. Während der Begriff der Vereinbarung eindeutig eine übereinstimmende Willensbekundung zweier Parteien im Sinne eines zweiseitigen Rechtsgeschäfts meint, ist derjenige der Maßnahme weniger eindeutig.¹²⁴ Unter Berücksichtigung der Gesetzeshistorie und der einschlägigen Rechtsprechung lässt sich jedoch auch dieser konturieren: Gewollt ist ein umfassendes Verständnis dahin gehend, dass jedes tatsächliche und rechtsgeschäftliche Verhalten der Arbeitgeber*innen in Beziehung zu den Arbeitnehmer*innen, das deren Benachteiligung bewirkt, erfasst ist.¹²⁵ Weiterhin kommt es nicht darauf an, ob die Benachteiligung eine unmittelbare oder eine mittelbare ist.¹²⁶ Die Rechtsstellung der betroffenen Arbeitnehmer*innen muss sich nicht verschlechtern, es genügt, wenn ihnen aufgrund der Rechtsausübung Vorteile vorenthalten werden.¹²⁷ Der sachliche Anwendungsbereich des § 612a BGB ist damit weit gefasst.

123 Vergleiche HWK/Thüsing, 9. Auflage 2020, § 612a BGB Rn. 4, 12.

124 HWK/Thüsing, 9. Auflage 2020, § 612a BGB Rn. 6.

125 Vergleiche BT-Drucks. 8/3317, Seite 8, in Bezug auf denselben Begriff in § 611a BGB a. F.; BAG, Urteil vom 21.9.2011 – 7 AZR 150/10, NZA 2012, 317 (320); LAG Hamm, Urteil vom 18.12.1987 – 17 Sa 1295/87, DB 1988, 917; siehe auch HWK/Thüsing, 9. Auflage 2020, § 612a BGB Rn. 6.

126 Staudinger/Richardi/Fischinger, Neubearb. 2020, § 612a BGB Rn. 20.

127 BAG, Urteil vom 16.5.2013 – 6 AZR 619/11, AP TVUmBw § 7 Nr. 1 (Rn. 53); Urteil vom 16.5.2012 – 10 AZR 174/11, AP TVG § 1 Tarifverträge: Metallindustrie Nr. 222 (Rn. 18); HWK/Thüsing, 9. Auflage 2020, § 612a BGB Rn. 7.

4.1.2 Unterschiede zum Diskriminierungsschutz nach dem AGG sowie der Richtlinie 2000/78/EG

Doch was unterscheidet diese Regelung nun von dem Diskriminierungsrecht im engeren Sinne, so wie es im AGG und der Richtlinie 2000/78/EG vorgesehen ist? Dass Diskriminierungs- und Maßregelungsverbot nicht deckungsgleich sind, zeigt bereits das TzBfG, dass in seinen §§4 und 5 jeweils beides getrennt voneinander vorsieht. Hieran lässt sich der Unterschied beider Regelungsinstrumente besonders anschaulich darstellen: Während §4 Absatz 1 Satz 1 TzBfG es verbietet, einen*einer Arbeitnehmer*in wegen der Teilzeitarbeit schlechter zu behandeln – anders gesprochen also aufgrund seiner*ihrer Eigenschaft als Teilzeitkraft –, untersagt §5 TzBfG die Benachteiligung wegen der Inanspruchnahme von Rechten nach dem TzBfG (hier sei allerdings darauf hingewiesen, dass diese Regelung inhaltlich nicht über §612a BGB hinausgeht und daher nicht erforderlich gewesen wäre¹²⁸). Eine ähnliche Differenzierung kennt das AGG, man betrachte die §§7 und 16. Man kann vereinfacht festhalten: Die Diskriminierung im engeren Sinne knüpft an Eigenschaften, die Maßregelung an Tätigkeiten, namentlich Rechtsausübungen, an. Die Anwendungsbereiche von Diskriminierungs- und Maßregelungsverbot können sich dabei durchaus überschneiden, sie sind aber nicht vollständig kongruent.¹²⁹

Falsch wäre es, das Diskriminierungsrecht nur als Alternative zu den bisherigen Schutzkonzepten zu begreifen – vielmehr muss es zu deren Ergänzung dienen. Denn: Der Schutz des Maßregelungsverbots ist nicht lückenlos. Mit der Anknüpfung an die Rechtsausübung setzt das Maßregelungsverbot ein Handeln der Arbeitnehmer*innen voraus. Macht ein*e Arbeitnehmer*in etwa das Recht auf Elternzeit geltend und wird ihm*ihr in der Folge gekündigt, fällt dies unter §612a BGB, die Kündigung ist nichtig.¹³⁰ Derart repressives Handeln der Arbeitgeber*innen ist aber nicht der einzige Weg, fürsorgeleistende Arbeitnehmer*innen von der Inanspruch-

128 Meinel/Heyn/Herms/Herms, TzBfG, 5. Auflage 2015, §5 Rn. 1; Richardi/Annuß, BB 2000, 2201.

129 Vergleiche auch Treichel, Zur Notwendigkeit einer Umsetzung der Vereinbarkeitsrichtlinie 2019/1158 vom 20. Juni 2019 in das geltende Arbeits- und Sozialrecht, 2021, Seite 60.

130 Zu den Rechtsfolgen des §612a BGB siehe HWK/Thüsing, 9. Auflage 2020, §612a BGB Rn. 32; ErfK/Preis, 21. Auflage 2021, §612a BGB Rn. 23.

nahme ihrer Rechte abzubringen oder in ihrem beruflichen Werdegang einzuschränken. § 612a BGB setzt die Rechtausübung voraus¹³¹ – eine Benachteiligung kann dem schon vorausgehen. Werden Personen mit familiärer Verantwortung gar nicht erst eingestellt, ist der persönliche Anwendungsbereich des § 612a BGB schon nicht eröffnet, die Norm gilt nur für bestehende Arbeitsverhältnisse.¹³² Auch die konsequente Nichtberücksichtigung von Personen mit Fürsorgeverantwortung für Beförderungen, auch solcher Personen, die keine Sonderrechte in Anspruch nehmen, kann § 612a BGB nicht erfassen. Ein Fall etwa wie der, den das LAG Köln im Jahr 2009 zu entscheiden hatte – es ging darum, ob es eine mittelbare Benachteiligung wegen des Geschlechts darstellt, wenn Beförderungsvoraussetzung insbesondere Überstunden sind, die Fürsorgeleistende nicht in gleichem Umfang leisten können¹³³ –, ist anhand des Diskriminierungsrechts im engeren Sinne zu lösen, ein Maßregelungsverbot hilft nicht weiter. Welche Chancen die Arbeitnehmer*innen mit Fürsorgeverantwortung haben und welche Rechte sie auch tatsächlich in Anspruch nehmen, hängt nicht zuletzt von den innerbetrieblichen Umständen und dem Betriebsklima ab, die ein Maßregelungsverbot nicht unbedingt erfassen kann. Ein umfassender Diskriminierungsschutz, wie man ihn bereits aus dem AGG kennt, weitet den Blick über das Verbot der repressiven Maßregelung hinaus und kann so weiter gehend auf das Arbeitsverhältnis einwirken.¹³⁴

Eine wichtige Abweichung besteht überdies im Hinblick auf die Beweislast – für Diskriminierungen, soweit sie unter das AGG fallen, sieht § 22 AGG eine Beweiserleichterung vor.¹³⁵ Betroffene müssen lediglich Indizien vortragen, die eine Benachteiligung wegen eines in § 1 AGG genannten Grundes vermuten lassen, um Arbeitgeber*innen die Beweislast dafür aufzuerlegen, dass kein Verstoß gegen ein Diskriminierungsverbot vorgelegen hat. Welch entscheidende Bedeutung dies in der Praxis haben kann, zeigt

131 HWK/Thüsing, 9. Auflage 2020, § 612a BGB Rn. 10.

132 BAG, Urteil vom 15.11.2012 – 6 AZR 339/11, NZA 2013, 429 (431); ErfK/Preis, 21. Auflage 2021, § 612a BGB Rn. 4.

133 LAG Köln, Urteil vom 8.5.2009 – 4 Sa 1225/08, BeckRS 2009, 66752.

134 Kritisch Treichel, Zur Notwendigkeit einer Umsetzung der Vereinbarkeitsrichtlinie 2019/1158 vom 20. Juni 2019 in das geltende Arbeits- und Sozialrecht, 2021, Seite 60. Dies allerdings nur, sofern man die in der Richtlinie 2019/1158 vorgesehenen Rechte allein in § 2 AGG aufnehmen wollte, was nicht dem hier unterbreiteten Vorschlag entspricht, siehe Gliederungspunkt 4.5.

135 BAG, Urteil vom 25.10.2018 – 8 AZR 501/14, NZA 2019, 455 (462).

die jüngste höchstrichterliche Rechtsprechung etwa zur Entgeltgleichheit und der Gleichbehandlung Schwerbehinderter.¹³⁶ Für § 612a BGB hingegen fehlt eine solche Vorschrift, sodass der*die Arbeitnehmer*in darzulegen und zu beweisen hat, dass er*sie aufgrund seiner*ihrer Rechtsausübung durch den*die Arbeitgeber*in benachteiligt worden ist.¹³⁷ Dies führt in der Praxis zu einer gegenüber den Diskriminierungsverboten des AGG deutlich verringerten Wirkungsweise.¹³⁸

Die ausführlich dargelegten Rücksichtnahmepflichten, die dem Diskriminierungsrecht immanent sind, wohnen einem reinen Maßregelungsverbot ebenso nicht in gleicher Form inne. Insgesamt ist dem Diskriminierungsrecht im engeren Sinne daher eine weit über das allgemeine Maßregelungsverbot hinausgehende Schutzwirkung zuzuerkennen. Damit ist aber noch nicht gesagt, ob das Europarecht mit Artikel 11 der Richtlinie 2019/1158 auch eine solch weitreichende Schutzwirkung fordert.

4.1.3 Reichweite des Artikels 11 Richtlinie 2019/1158

Artikel 11 der Richtlinie 2019/1158 verpflichtet die Mitgliedstaaten, die notwendigen Maßnahmen für ein Verbot der Schlechterstellung aufgrund der Beantragung oder Inanspruchnahme eines Urlaubs, einer Arbeitsfreistellung oder flexibler Arbeitszeitregelungen nach der Richtlinie zu treffen. Da im Gegensatz zum seit Langem geltenden § 612a BGB aber noch keine einschlägige Rechtsprechung existiert, kann die Reichweite der Norm im Einzelnen nur durch Auslegung bestimmt werden.

Auslegungsbedürftig ist insbesondere der Begriff der Schlechterstellung. Dem Wortsinn nach kann hiermit jede weniger günstige Behandlung, jede Verschlechterung der bisherigen Lage gemeint sein. Und doch macht der Begriff stutzig. Denn Normen, die ebendies verbieten wollen, gab es bereits zuvor, die Begrifflichkeiten allerdings waren andere: Die Antidiskriminierungsrichtlinie 2000/78/EG etwa greift zur Definition der Diskriminierung auf die Begriffe der weniger günstigen Behandlung sowie der Benachtei-

136 BAG, Urteil vom 21.1.2021 – 8 AZR 488/19, ArbRAktuell 2021, 74; Urteil vom 27.8.2020 – 8 AZR 45/10, BeckRS 2020, 37420 (Rn. 24).

137 Siehe Staudinger/Richardi/Fischinger, Neubearb. 2020, § 612a BGB Rn. 35.

138 Ebenso Dahm, EuZA 2011, 30 (43).

ligung zurück.¹³⁹ Handelt es sich nun bei dem Wort „Schlechterstellung“ um ein weiteres Synonym, meint die Norm also nichts anderes als eine Benachteiligung infolge der Inanspruchnahme bestimmter Rechte und entspricht damit inhaltlich dem § 612a BGB? Hierfür könnten die Begrifflichkeiten der Teilzeitrichtlinie beziehungsweise der in ihr enthaltenen Rahmenvereinbarung sprechen, die wieder andere sind, aber mit der Vorgabe, „Teilzeitbeschäftigte dürfen (...) nicht schlechter behandelt werden (...)“,¹⁴⁰ dem Begriff der Schlechterstellung schon näherkommen. Dies wurde als umfassendes Diskriminierungsverbot ins deutsche Recht umgesetzt.¹⁴¹ Auch Artikel 11 Richtlinie 2019/1158 für sich genommen legt die Bedeutungsgleichheit nahe: Die Norm trägt den Titel „Diskriminierung“, spricht in ihrem Text aber von „Schlechterstellung“. Man würde dies vermutlich nicht weiter hinterfragen,¹⁴² würde nicht Erwägungsgrund 40 der Richtlinie andeuten, dass die Begriffe eben nicht bedeutungsgleich sind. Dort ist festgehalten, dass Arbeitnehmer*innen, die ihr Recht auf Urlaub oder sonstige Rechte nach der Richtlinie in Anspruch nehmen, vor Diskriminierungen oder Schlechterstellung aufgrund der Inanspruchnahme geschützt sein sollen. Die Erwägungsgründe sind bei der Auslegung einer Richtlinie zu berücksichtigen, sodass diese Differenzierung nicht einfach übergangen werden kann.¹⁴³ Auch Artikel 14 der Richtlinie 2019/1158, der vor Benachteiligung oder negativen Konsequenzen bei Einreichen von Beschwerde oder Anstrengen eines Gerichtsverfahrens zur Durchsetzung der Rechte aus der Richtlinie schützt, stellt Benachteiligung und negative Konsequenzen in seiner Formulierung nicht gleich. Was die Unterscheidung für die Umsetzung der Norm bedeutet, bleibt dem*der Leser*in allerdings verborgen.

Anderssprachige Versionen der Richtlinie geben hier nicht unmittelbar Aufschluss, enthalten sie doch in Erwägungsgrund 40 sowie den Artikeln 11,

139 Siehe Artikel 2 Absatz 2 Litera a, b Richtlinie 2000/78/EG.

140 Siehe § 4 Absatz 1 der Rahmenvereinbarung über Teilzeit, enthalten im Anhang der Richtlinie 97/81/EG.

141 Vergleiche Meinel/Heyn/Herms/Herms, TzBfG, 5. Auflage 2015, § 4 Rn. 1.

142 So geht auch Treichel, Zur Notwendigkeit einer Umsetzung der Vereinbarkeitsrichtlinie 2019/1158 vom 20. Juni 2019 in das geltende Arbeits- und Sozialrecht, 2021, Seite 60, von einem umfassenden Diskriminierungsverbot aus.

143 Siehe etwa die maßgeblich auf den Erwägungsgründen fußende Urteilsbegründung in EuGH, Urteil vom 1.3.2011 – C-236/09, NJW 2011, 907 (908); kritisch Junker, EuZA 2020, 141 (142).

14 dieselben Differenzierungen.¹⁴⁴ Ein Vergleich der englischen Sprachfassung des Artikels 11 Richtlinie 2019/1158, der ein *less favourable treatment* verbietet, mit derjenigen der Richtlinie 2000/78/EG zeigt aber, dass hier identische Begriffe verwandt werden, um die unmittelbare Diskriminierung zu beschreiben.¹⁴⁵ Die unmittelbare Diskriminierung setzt nach ihrer Definition eine schlechtere Behandlung gegenüber anderen Personen voraus, sodass der Unterschied darin bestehen könnte, dass Artikel 11 Richtlinie 2019/1158 unabhängig von der Behandlung anderer greift, sobald die Arbeitnehmer*innen infolge der Inanspruchnahme ihrer Rechte schlechter behandelt werden, als es ohne diese Inanspruchnahme der Fall gewesen wäre. In der deutschen Fassung der Richtlinie 2000/78/EG allerdings wird der Begriff der Benachteiligung verwendet, der sich in Artikel 11 Richtlinie 2019/1158 gerade nicht findet, sondern lediglich in Artikel 14 derselben Richtlinie. Auch andere Sprachfassungen verwenden in den Artikeln 11 und 14 jeweils unterschiedliche Begriffe.¹⁴⁶ Ob hiermit nun inhaltlich ein unterschiedliches Verhalten des Arbeitgebers gemeint ist oder ob die beiden Artikel dasselbe Verhalten, jeweils aber mit abweichendem Anknüpfungspunkt, verbieten – man kann hier nur mutmaßen.

Ungeachtet dieser begrifflichen Unsicherheit ist die Norm dahin gehend eindeutig, dass eine schlechtere Behandlung der Arbeitnehmer*innen erst im Anschluss an die Ausübung ihrer aufgrund der Richtlinie gewährten Rechte sanktioniert werden muss.¹⁴⁷ Diese kausale Verknüpfung, die sowohl in der Norm selbst als auch in dem darauf bezogenen Erwägungs-

144 Siehe etwa die französische oder englische Fassung des ErwGr 40 und des Artikels 11 der Richtlinie 2019/1158.

145 Siehe Artikel 2 Absatz 2 Litera a Directive 2000/78/EC (*treated less favourably*) und Artikel 11 Directive 2019/1158 (*less favourable treatment*).

146 Die englische Fassung knüpft einmal an *less favourable treatment* (Artikel 11) an, einmal an *adverse treatment or adverse consequences* (Artikel 14). Die französische Fassung ist schon weniger differenzierend, wenn auch nicht wortgleich, wenn in Artikel 11 von *traitement moins favorable*, in Artikel 14 hingegen von *traitement défavorable* oder *conséquences défavorables* die Rede ist.

147 Anderer Ansicht Treichel, Zur Notwendigkeit einer Umsetzung der Vereinbarkeitsrichtlinie 2019/1158 vom 20. Juni 2019 in das geltende Arbeits- und Sozialrecht, 2021, Seite 60, der davon ausgeht, Artikel 11 Richtlinie 2019/1158 setze anders als das Maßregelungsverbot des § 612a BGB nicht voraus, dass dem*der Arbeitnehmer*in die Rechte auch tatsächlich zustehen. Das kann nicht überzeugen. Artikel 11 Richtlinie 2019/1158 verbietet die Schlechterstellung nach Beantragung oder Inanspruchnahme der Rechte gemäß den genannten Artikeln derselben Richtlinie – nur wenn die dort genannten Anforderungen erfüllt sind, folgt auch ein Verbot der Schlechterstellung.

grund 40 der Richtlinie 2019/1158 zur Voraussetzung gemacht wird, könnte den Anwendungsbereich der Norm deutlich begrenzen. Mag der Begriff der Schlechterstellung auch weit verstanden werden, sodass er jede tatsächliche Verschlechterung der Lage der Arbeitnehmer*innen unabhängig von der Behandlung anderer erfasst, so sieht die Richtlinie sie doch nur als sanktionswürdig an, wenn sie an eine Ausübung von Rechten anknüpft oder aber gemäß Artikel 14 der Richtlinie 2019/1158 aufgrund einer Durchsetzung der Rechte mittels Beschwerde oder Gerichtsverfahren erfolgt. Und das ist es schließlich, was die Norm abweichend von dem, was ihr Titel vermuten lässt, zu einem Maßregelungsverbot macht, mithin zwar zu einem allgemeinen Diskriminierungsverbot, nicht aber jedoch zu einem solchen, wie es in der Richtlinie 2000/78/EG und darauf aufbauend dem AGG vorgesehen ist. Die Anforderungen der Artikel 11, 14 der Richtlinie 2019/1158 werden dem Wortlaut nach durch ein allgemeines Maßregelungsverbot, das die Schlechterstellung von Arbeitnehmer*innen infolge der Inanspruchnahme ihrer Rechte generell verbietet, bereits abgedeckt.

4.1.4 Anhaltspunkte für einen weiter gehenden Auftrag zum Schutz von Fürsorgeleistenden

Wer daraus nun den Rückschluss zieht, es bestehe kein Handlungsbedarf für den deutschen Gesetzgeber, der mag damit bei einem auf die Artikel 11, 14 der Richtlinie 2019/1158 begrenzten Blick richtigliegen. Allerdings darf in diesem Kontext Artikel 13 Richtlinie 2019/1158 nicht außer Acht gelassen werden: Dieser schreibt – wie für derartige Richtlinien üblich – vor, dass die Mitgliedstaaten für Verstöße gegen die gemäß der Richtlinie erlassenen nationalen Vorschriften Sanktionen vorsehen müssen, die wirksam, verhältnismäßig und abschreckend sind. Ein Verstoß gegen § 612a BGB bleibt freilich nicht sanktionslos. Neben der Nichtigkeit maßregelnder Rechtsgeschäfte kommen Schadensersatzverpflichtungen nach § 280 Absatz 1 oder § 823 Absatz 2 BGB in Betracht.¹⁴⁸ Dies setzt allerdings einen Vermögensschaden des Betroffenen voraus.¹⁴⁹ Eine Entschädigungsregelung vergleichbar dem § 15 Absatz 2 AGG fehlt. Ob die bestehenden Rechts-

148 ErfK/Preis, 21. Auflage 2021, § 612a BGB Rn. 23; MüKoBGB/Müller-Glöge, 8. Auflage 2020, § 612a BGB Rn. 19 ff.

149 ErfK/Preis, 21. Auflage 2021, § 612a BGB Rn. 23. Wegen eines Schadens, der nicht Vermögensschaden ist, kann eine billige Entschädigung in Geld nur in den durch das Gesetz bestimmten Fällen gefordert werden, § 253 Absatz 1 BGB.

folgen hinreichend abschreckende Sanktionen darstellen, ist fraglich. Ähnliches gilt für die Beweislastregelung nach Artikel 12 Absatz 3 der Richtlinie 2019/1158: Im Falle einer Kündigung sollen Arbeitnehmer*innen, die der Ansicht sind, diese sei aufgrund der Beantragung oder Inanspruchnahme der Rechte gemäß der Richtlinie erfolgt, lediglich Indizien vortragen müssen, die ebendarauf schließen lassen und so die Beweislast auf den*die Arbeitgeber*in übertragen können. Zwar trägt der*die Arbeitgeber*in im Anwendungsbereich des KSchG grundsätzlich die Beweislast für die soziale Rechtfertigung der Kündigung, § 1 Absatz 2 Satz 4 KSchG. Außerhalb des allgemeinen Kündigungsschutzes, etwa während der sechsmonatigen Wartezeit oder im Kleinbetrieb, gilt das allerdings nicht.¹⁵⁰

Doch selbst wenn man dies als ausreichend erachten wollte, ist Vorsicht geboten. Denn das Europarecht ist stets so auszulegen, dass ihm praktische Wirksamkeit verliehen wird. Der EuGH folgert zuweilen, dass die Mitgliedstaaten die für die Gewährleistung der praktischen Wirksamkeit der Richtlinie am besten geeigneten Formen und Mittel zu wählen haben.¹⁵¹ Wie weit diese Verpflichtung gehen kann, das hat der EuGH in jüngerer Zeit am Beispiel der Arbeitszeitrichtlinie im Verfahren *CCOO*¹⁵² vorgemacht: Eine Verpflichtung zur Schaffung eines Systems der Arbeitszeiterfassung wurde angenommen, obwohl die Richtlinie davon nichts sagt und keiner dies zuvor behauptet hatte. Man mag dem kritisch gegenüberstehen, doch es zeigt, dass das richtige Verständnis der europäischen Normen eben weit über den Wortlaut hinausgreifen kann, um der Regelung praktische Wirksamkeit zu verschaffen.

Gerade auch im Diskriminierungsrecht ist der EuGH diesen Weg gegangen:¹⁵³ In der Rechtssache *Mangold*¹⁵⁴ nahm der Gerichtshof einen Verstoß

150 Siehe MüKoBGB/Hergentröder, 8. Auflage 2020, § 23 KSchG Rn. 52. Hier greift zwar eine abgestufte Beweislast, siehe BAG, Urteil vom 21.2.2001 – 2 AZR 15/00, AP BGB § 242 Kündigung Nr. 12. Da die Rechtsprechung hier indes auf die evidente Schutzwürdigkeit des*der Arbeitnehmer*in abstellt, ist fraglich, ob dies der weiter formulierten Regelung der Beweislastumkehr nach Artikel 12 Absatz 3 der Richtlinie 2019/1158 genügt.

151 EuGH, Urteil vom 12.9.1996 – C-58/95, BeckRS 2004, 77587 (Rn. 14); Urteil vom 8.4.1976 – C-48/75, NJW 1976, 2065 (Rn. 75).

152 EuGH, Urteil vom 14.5.2019 – C-55/18, NZA 2019, 683; hierzu Thüsing/Flink/Jänsch, ZfA 2019, 456.

153 Und wurde vom Bundesverfassungsgericht (BVerfG) dafür kritisiert, siehe BVerfG, Beschluss vom 6.7.2010 – 2 BvR 2661/06, NJW 2010, 3422 (Rn. 107 ff).

154 EuGH, Urteil vom 22.11.2005 – C-144/04, NZA 2005, 1345.

gegen das Verbot der Diskriminierung wegen des Alters an, obwohl die diesbezügliche Richtlinie 2000/78/EG zum fraglichen Zeitpunkt noch nicht verbindlich war. Dies war für die Entscheidung unerheblich, leitete der EuGH das Diskriminierungsverbot doch aus den allgemeinen Grundsätzen des Gemeinschaftsrechts her.¹⁵⁵

Mit Blick auf den Diskriminierungsschutz von Fürsorgeleistenden ist insoweit zu berücksichtigen, dass die Notwendigkeit desselben in der Richtlinie 2019/1158 nicht zum ersten Mal Anklang gefunden hat. So enthält bereits Artikel 33 Absatz 2 GRCh Vorgaben zur Vereinbarkeit von Familien- und Berufsleben, wohlgermerkt konkret nur in Bezug auf Mutterschaft(surlaub) und Elternurlaub. Weiter noch geht Artikel 27 RESC, der in seinem Absatz 1 Litera b insbesondere vorsieht, den Bedürfnissen der Arbeitnehmer*innen mit Familienpflichten bei den Beschäftigungsbedingungen und der sozialen Sicherheit Rechnung zu tragen. Hieraus mögen nicht unmittelbar subjektive Rechte herzuleiten sein, und auch mag die Norm als Völkerrecht keinen direkten Bezug zu den Anforderungen der Richtlinie 2019/1158 haben. Aufgrund der inhaltlichen Anlehnung des Artikels 33 Absatz 2 GRCh auch an Artikel 27 RESC sollten dessen Verpflichtungen bei der Auslegung und Anwendung des Europarechts jedoch nicht gänzlich unberücksichtigt bleiben. Losgelöst vom Europarecht ist darüber hinaus eine völkerrechtliche Verpflichtung der Bundesrepublik zu erwägen, ein über das Verbot der Maßregelung hinausgehendes Diskriminierungsverbot zu schaffen – hierfür spricht neben Artikel 27 RESC insbesondere auch Nummer 27 des ersten Teils der RESC, wo ein umfassendes Diskriminierungsverbot als Leitlinie der Politik vorgesehen ist.

4.1.5 Ein weiteres Zwischenergebnis

Dies berücksichtigend kann die erste Frage nur mit Einschränkungen und Vorbehalten beantwortet werden. Bei einem auf die Artikel 11, 14 der Richtlinie 2019/1158 beschränkten Blick gelangt man zu dem Ergebnis, es bestehe kein zwingender Handlungsbedarf für den deutschen Gesetzgeber. Soweit die Rechte der Artikel 4, 5, 6, 7 und 9 der Richtlinie im deutschen Recht gewährleistet sind, kann der*die Arbeitnehmer*in sie ausüben und

155 So zunächst in EuGH, Urteil vom 22.11.2005 – C-144/04, NZA 2005, 1345 (1348); später auch in der Rechtssache *Kücükdeveci*, siehe Urteil vom 19.1.2010 – C-555/07, NZA 2010, 85 (88).

darf bereits jetzt dafür nicht benachteiligt – oder eben schlechtergestellt – werden. Aufgrund des weiten Verständnisses des § 612a BGB, verbunden mit der engen Anknüpfung an die Rechtsausübung durch die Arbeitnehmer*innen, die Artikel 11 und auch Artikel 14 der Richtlinie 2019/1158 für das Verbot vorgeben, sind deren Anforderungen im deutschen Recht grundsätzlich erfüllt. Das gilt jedoch nur, wenn die Auslegung der Normen strikt anhand ihres Wortlauts erfolgt. Angesichts der in Teilen weit über den Wortlaut hinausreichenden Rechtsprechung des EuGH sollte hier allerdings nicht vorschnell der Weg des geringsten Aufwands gewählt werden. Ein Diskriminierungsverbot stellt sich im direkten Vergleich mit einem Maßregelungsverbot als effektivere Maßnahme zum Schutz von Fürsorgeleistenden im Berufsleben dar, nicht zuletzt aufgrund möglicher Beweislastumkehr und Rücksichtnahmepflichten. Je nach Verständnis der Ziele der Richtlinie 2019/1158 und insbesondere unter Berücksichtigung der völkerrechtlichen Verpflichtungen nach der Europäischen Sozialcharta (revidiert), die in Artikel 33 Absatz 2 GRCh jedenfalls Anklang gefunden haben, kann ein weiter gehendes Diskriminierungsverbot daher durchaus als erforderlich angesehen werden.

Weiterhin genügt ein solcher allein auf das Diskriminierungsverbot beschränkter Blick nicht. Zu berücksichtigen sind auch die Anforderungen des Artikels 13 der Richtlinie 2019/1158, der wirksame und abschreckende Sanktionen fordert. Ob dies durch § 612a BGB gewährleistet ist, ist ebenso fraglich wie das Bestehen einer den Vorgaben des Artikels 12 Absatz 3 Richtlinie 2019/1158 entsprechenden Beweislastverteilung. In der Gesamtschau ergibt sich daher unabhängig von dem Verständnis des Artikels 11 der Richtlinie 2019/1158 ein Handlungsbedarf für den deutschen Gesetzgeber.

4.2 Fürsorgeverantwortung als eigenständiges diskriminierungsrechtliches Phänomen: Möglichkeiten *de lege ferenda*

Für eine Erweiterung des Diskriminierungsschutzes sprechen weitere Argumente. Sicherlich sind die neuen Schutzkonzepte der Richtlinie ein wichtiger Schritt in Richtung einer besseren Vereinbarkeit von Beruf und familiärer Verantwortung. Das Maßregelungsverbot nach § 612a BGB unterstützt diese Entwicklung. An dieser Stelle sollte die Betrachtung jedoch nicht stehen bleiben. Denn wenn es darum geht, einen hinreichenden Schutz für Fürsorgeleistende im Arbeitsleben zu gewährleisten, sollte man nicht nur nach europa- oder völkerrechtlichen Verpflichtungen fragen. Vielmehr müssen die aufgezeigten Schutzlücken im Recht unabhängig davon adressiert und geschlossen werden.

Der deutsche Gesetzgeber ist schon an anderer Stelle über die Vorgaben europäischer Richtlinien hinausgegangen: So gibt es im Teilzeit- und Befristungsrecht ein zusätzliches Maßregelungsverbot neben dem von § 4 Absatz 1 der Rahmenvereinbarung über Teilzeit geforderten Diskriminierungsschutz. Die Regelung wäre inhaltlich nicht erforderlich gewesen, denn sie reicht nicht weiter als § 612a BGB¹⁵⁶ und steht neben dem Diskriminierungsverbot des § 4 TzBfG.¹⁵⁷ Gleichwohl hat man sich – auch wenn die Gesetzesbegründung hier eine Erklärung schuldig bleibt¹⁵⁸ – für eine entsprechende Normierung entschieden. Auch das AGG enthält mit seinem § 16 ein Maßregelungsverbot, das zwar von der Richtlinie 2000/78/EG vorgegeben ist,¹⁵⁹ im Lichte des § 612a BGB aber auch nicht notwendig gewesen wäre.¹⁶⁰ Die fehlende europarechtliche Notwendigkeit allein war also bisher kein Argument, einzelne Normierungen zu unterlassen, und

156 Meinel/Heyn/Herms/Herms, TzBfG, 5. Auflage 2015, § 5 Rn. 1; Richardi/Annufß, BB 2000, 2201.

157 Anderer Ansicht wohl Treichel, Zur Notwendigkeit einer Umsetzung der Vereinbarkeitsrichtlinie 2019/1158 vom 20. Juni 2019 in das geltende Arbeits- und Sozialrecht, 2021, Seite 60.

158 BT-Drucks. 14/4374, Seite 16.

159 Siehe Artikel 11 Richtlinie 2000/78/EG.

160 BeckOK ArbR/Roloff, 58. Ed. (Stand: 1.12.2020), § 16 AGG Rn. 1.

sollte es auch im Hinblick auf die *Caregiver Discrimination* nicht sein. Denn offenbar sah sich der Gesetzgeber aufgrund bestehender Missstände im Bereich der Teilzeit und auch im Bereich der Diskriminierungsmerkmale des AGG gezwungen, ergänzende Regelungen zu schaffen und so den Schutz der Betroffenen zwar nicht inhaltlich zu verstärken, aber doch zu betonen. Der konkretisierte Schutz kann Klarheit und Bekanntheit der Rechte fördern und so letztlich das Schutzniveau verbessern.

Die Vorteile, die eine überschießende Umsetzung der Richtlinie durch Schaffung eines Diskriminierungsverbots mit sich bringen kann, wurden in Teilen bereits dargelegt. Ist die Benachteiligung, sei sie unmittelbar oder mittelbar, aufgrund der Fürsorgeverantwortung untersagt, kann das rechtlich wie gesellschaftlich einigebewirkte: Ein ergänzendes Diskriminierungsverbot kann die Entwicklung hin zu einer familienfreundlichen Arbeitswelt, insbesondere die Akzeptanz von auf Fürsorgeleistende zugeschnittenen Arbeits(zeit)modellen vorantreiben. Viel wichtiger noch kann es Schutzlücken im Recht schließen, die dadurch entstehen, dass eine Diskriminierung von Fürsorgeleistenden derzeit nur als mittelbare Diskriminierung wegen des (weiblichen) Geschlechts erfasst werden kann. Die dem Diskriminierungsschutz immanenten Rücksichtnahmepflichten können außerdem zu einem Schutzniveau führen, das weit über das eines Maßregelungsverbots hinausgeht, und sind geeignet, die Vereinbarkeit von Beruf und Familie Wirklichkeit werden zu lassen.

Bevor man sich aber dem Gedanken widmet, wie eine Fortschreibung des Diskriminierungsrechts in diese Richtung aussehen könnte, muss man festlegen, was konkret geschützt werden soll. Erwägungsgrund 18 der Richtlinie 2019/1158 gibt den Mitgliedstaaten auf, Ehe- und Familienstand zu definieren und festzulegen, welche Personen als Elternteil, Mutter oder Vater gelten. Dies kann auch für die Reichweite eines über die Richtlinie hinausgehenden Diskriminierungsschutzes relevant sein. Denn nur wenn die Begrifflichkeiten klar und der Schutzzumfang eindeutig bestimmt sind, kann der Diskriminierungsschutz seine Wirkung entfalten. Zu ermitteln ist, welche Begrifflichkeiten geeignet sind, gesetzlicher Anknüpfungspunkt für den Schutz von Fürsorgeleistenden zu sein, und wie weit der Kreis der erfassten Personen gezogen werden soll.

4.2.1 Schwangerschaft und Mutterschaft als Anknüpfungspunkte

Fürsorgeverantwortung trifft nicht nur Eltern, gleichermaßen treffen elterliche Verpflichtungen nicht nur Mütter. Gleichwohl kann im Zusammenhang mit dem Diskriminierungsschutz von Fürsorgerleistenden nicht außer Acht gelassen werden, dass bereits jetzt eine große Teilgruppe der Fürsorgerleistenden von den Diskriminierungsverboten des AGG erfasst sein könnte: Nach § 3 Absatz 1 Satz 2 AGG ist die ungünstigere Behandlung wegen Schwangerschaft oder Mutterschaft eine unmittelbare Benachteiligung wegen des Geschlechts. Zu erwägen ist, ob diese Begriffe bereits so weit gehen, dass jedenfalls weibliche Personen, die Fürsorgeverantwortung zugunsten ihrer Kinder übernehmen, einen Diskriminierungsschutz erfahren. Dies ist jedoch zu verneinen. Der Schutz zugunsten Schwangerer ist bereits der Natur nach zeitlich begrenzt. Anderes könnte für das Verbot der ungünstigeren Behandlung wegen Mutterschaft gelten. Unter dem Titel „Mutterschaft“ legt § 1591 BGB fest, Mutter eines Kindes sei die Frau, die es geboren hat. Würde man diesen Begriff auch dem AGG zugrunde legen, ließe sich durchaus erwägen, ob im Zusammenhang mit der Mutterschaft nicht auch die Diskriminierung ebendieser Mutter aufgrund ihrer elterlichen Pflichten untersagt ist. Einigkeit besteht jedoch insoweit, als die gemeinsame Nennung mit der Schwangerschaft und der Gleichstellung mit dieser den Begriff dahin gehend einschränkt, dass nur eine Mutterschaft im engen Zusammenhang mit einer Entbindung gemeint ist.¹⁶¹ Ein solches Verständnis legt auch Artikel 2 Absatz 2 Litera c Richtlinie 2006/54/EG nahe, der in § 3 Absatz 1 Satz 2 AGG umgesetzt wird und abweichend von dessen Wortlaut nur jede ungünstigere Behandlung einer Frau im Zusammenhang mit Schwangerschaft oder Mutterschaftsurlaub als Diskriminierung einordnet. Mutterschaftsurlaub im Sinne der Richtlinie 92/85/EG, die in Bezug genommen wird, ist indes nur auf die Zeit unmittelbar vor und nach der Entbindung bezogen.¹⁶² Die werdende Mutter beziehungsweise kurz zuvor Mutter gewordene Frau ist somit geschützt, insbesondere weil zugunsten ihrer Gesundheit Vorschriften gelten, die Arbeitgeber*innen beeinträchtigen können, was nicht zu einer schlechteren

161 BAG, Urteil vom 18.9.2014 – 8 AZR 753/13, BeckRS 2014, 73584 (Rn. 26); MHD bArbR/Oetker, 4. Auflage 2018, § 16 Rn. 74.

162 Siehe Artikel 8 Richtlinie 92/85/EG.

Behandlung führen soll.¹⁶³ Mit ihrer Fürsorgeverantwortung hat das nichts zu tun. Ist das Kind geboren und eine gewisse Zeit verstrichen, endet die Anwendbarkeit des § 3 Absatz 1 Satz 2 AGG – die Fürsorgeverantwortung aber besteht fort. Das schon bestehende Verbot der Benachteiligung wegen der Schwangerschaft oder Mutterschaft trägt damit nur in sehr begrenztem Rahmen etwas zum Diskriminierungsschutz von Fürsorgerleistenden bei.

4.2.2 Elternschaft, Vater- und Mutterschaft als Diskriminierungsmerkmale?

Für ein hinreichendes Schutzniveau müssen also neue Diskriminierungsmerkmale her. Doch welche können hier überhaupt in Betracht kommen, um das Spektrum der Fürsorgerleistenden ausreichend abzubilden? Wenn Erwägungsgrund 18 der Richtlinie 2019/1158 den Mitgliedstaaten aufgibt, die Begriffe „Elternteil“, „Mutter“ und „Vater“ zu präzisieren, ist das im Hinblick auf die in der Richtlinie garantierten Rechte der entsprechenden Personengruppen erforderlich. Zugleich könnten hierin taugliche Anknüpfungspunkte für den Diskriminierungsschutz von Fürsorgerleistenden, allerdings nur mit Verantwortung für Kinder, erblickt werden. Arbeitnehmer*innen, die Fürsorgeverantwortung für Pflegebedürftige tragen, würden bereits nicht erfasst. Auch darüber hinaus sind die Begriffe in mehrfacher Hinsicht problematisch.

Der Begriff der Mutterschaft ist bereits Gegenstand eines Diskriminierungsverbots und unterliegt dabei wie dargelegt einem engen Verständnis. Weiterhin wirft er – gleichermaßen wie die Begriffe der Vater- und Elternschaft – Fragen hinsichtlich der Inklusion verschiedener Geschlechtsidentitäten auf. So hat der Bundesgerichtshof (BGH) noch 2018 entschieden, die Ehefrau einer gebärenden Frau werde nicht Mit-Elternteil des Kindes.¹⁶⁴

163 Siehe Erwägungsgründe Richtlinie 92/85/EG: „Da schwangere Arbeitnehmerinnen, Wöchnerinnen und stillende Arbeitnehmerinnen in vielerlei Hinsicht als eine Gruppe mit besonderen Risiken betrachtet werden müssen, sind Maßnahmen für ihre Sicherheit und ihren Gesundheitsschutz zu treffen. Der Schutz der Sicherheit und der Gesundheit von schwangeren Arbeitnehmerinnen, Wöchnerinnen und stillenden Arbeitnehmerinnen darf Frauen auf dem Arbeitsmarkt nicht benachteiligen; er darf ferner nicht die Richtlinien zur Gleichbehandlung von Männern und Frauen beeinträchtigen.“

164 BGH, Beschluss vom 10.10.2018 – XII 231/18, NJW 2019, 153; siehe aktuell auch Vorlagebeschluss des OLG Celle vom 24.3.2021 – 21 UF 146/20.

Die Vorschriften des BGB lassen derzeit keinen Raum für eine Auslegung, die einer Frau oder einer jedem anderen Geschlecht als dem männlichen zugehörigen Person die Eigenschaft als Vater ermöglicht.¹⁶⁵ Gleichsam kann eine transsexuelle Person, die eine Geschlechtsumwandlung vom männlichen zum weiblichen Geschlecht vollzogen hat (Mann-zu-Frau-Transsexuelle), auch nach der Änderung der Geschlechtszugehörigkeit nur Vater, nicht aber Mutter eines Kindes sein, das mit den konservierten Samen dieser Person gezeugt wurde.¹⁶⁶ Bei umgekehrtem Vorrang, das heißt der Änderung der Geschlechtszugehörigkeit vom weiblichen zum männlichen Geschlecht hin, kann die Person, die auch nach Änderung des Geschlechts ein Kind geboren hat, nur Mutter, nicht aber Vater dieses Kindes sein.¹⁶⁷

Verwendete man nun die Begriffe der Mutter- und Vaterschaft als Anknüpfungspunkte für den Diskriminierungsschutz von Fürsorgeleistenden, kann dies zu Schutzlücken hinsichtlich derjenigen Personen führen, die einem anderen als dem in den Vorschriften des BGB jeweils vorausgesetzten Geschlecht angehören. Alles andere bedürfte jedenfalls gesetzgeberischer Klarstellung.¹⁶⁸ Auch versperren die Begriffe den Blick dafür, dass die Fürsorgeleistenden gerade aufgrund ihrer Verantwortung, nicht aufgrund ihres Geschlechts geschützt werden sollen. Dies wurde bereits als ein Argument gegen die Handhabung der *Caregiver Discrimination* als mittelbare Diskriminierung wegen des Geschlechts vorgebracht und entfaltet auch Bedeutung für die in einer potenziellen Neuregelung zu verwendenden Begrifflichkeiten. Unabhängig von biologischer Abstammung können familiäre Verpflichtungen bestehen, die ein Fortkommen im Berufsleben beeinträchtigen und denen es zu begegnen gilt. Adoptiveltern und gleichgeschlechtliche Paare mit Kindern sind hiervon ebenso betroffen wie leibliche Mütter und Väter – dies sollte sich in der Wortwahl widerspiegeln.

165 BGH, Beschluss vom 10.10.2018 – XII 231/18, NJW 2019, 153 (154); Binder/Kiehnle, NZFam 2017, 742 (743); anderer Ansicht Engelhardt, NZFam 2017, 1042 (1047).

166 BGH, Beschluss vom 29.11.2017 – XII ZB 469/16, NZFam 2018, 80.

167 BGH, Beschluss vom 6.9.2017 – XII ZB 660/14, NJW 2017, 3379.

168 Umfassend zur Thematik siehe aber Dutta/Fornasier, Jenseits von männlich und weiblich – Menschen mit Varianten der Geschlechtsentwicklung im Arbeitsrecht und öffentlichem Dienstrecht des Bundes, abrufbar unter https://www.antidiskriminierungsstelle.de/SharedDocs/Downloads/DE/publikationen/Rechtsgutachten/jenseits_von_maennlich_und_weiblich.pdf;jsessionid=8525A69ABAE00B3EB453E451A835D750.2_cid341?__blob=publicationFile&v=10 (letzter Abruf: 31.5.2021).

An dieser Stelle muss nicht zwingend eine Entscheidung dahin gehend erfolgen, welche Modalitäten der Elternschaft das Recht anerkennt und gut heißt. So ist es zweifelsohne richtig, wenn der EuGH einer Bestellmutter, die im Ausland ein Kind per Ersatzmutter austragen ließ, die Berechtigung zum Mutterschaftsurlaub abspricht.¹⁶⁹ Ersatzmutterschaftsvereinbarungen waren in dem Mitgliedstaat nicht geregelt, sodass es auch keine dahingehenden Urlaubsregelungen gab.¹⁷⁰ Auch kann die Nichtanwendbarkeit der Regelungen zum Mutterschaftsurlaub keine Diskriminierung wegen Schwangerschaft oder Mutterschaft bedeuten, weil die Bestellmutter ja gerade nicht schwanger war.¹⁷¹ Die Ersatz- oder Leihmutterschaft ist in Deutschland missbilligt, siehe § 1 Embryonenschutzgesetz.¹⁷² Das steht aber einer Anerkennung der Elternstellung der Bestelleltern nicht grundsätzlich entgegen, wenn diese durch ein ausländisches Gerichtsurteil festgestellt wurde.¹⁷³ Im Hinblick auf das Kindeswohl kann der sozialen Elternschaft nach Ansicht des BGH als bewusst und lebenslang übernommener Elternverantwortung der Vorrang vor der leiblichen Elternschaft eingeräumt werden.¹⁷⁴ Das heißt nicht, dass Ersatz- oder Leihmutterschaft damit im deutschen Recht anerkannt werden. Gleichwohl kann eine Billigung, eine Anpassung der rechtlichen Stellung der Bestelleltern in Anknüpfung an die tatsächlichen Umstände und an die tatsächlich übernommene Fürsorgeverantwortung erfolgen.¹⁷⁵ Diese Möglichkeit sollte auch im Hinblick auf den Diskriminierungsschutz bestehen. Denn: Unabhängig davon, wer das Kind geboren hat und genetisch mit ihm verwandt ist, trägt Verantwortung, wer das Kind großzieht und insoweit rechtliche und familiäre Verpflichtungen übernimmt und sich in der Folge im Berufsleben Einschränkungen ausgesetzt sieht.

169 Siehe EuGH, Urteil vom 18.3.2014 – C-363/12, NZA 2014, 525; siehe auch Urteil vom 18.3.2014 – C-167/12, BeckRS 2014, 80565.

170 EuGH, Urteil vom 18.3.2014 – C-363/12, NZA 2014, 525 (526).

171 EuGH, Urteil vom 18.3.2014 – C-363/12, NZA 2014, 525 (526).

172 Und das aus guten Gründen. Überzeugend Harbarth/Thomale/Weller, Kinder auf Bestellung? Fortpflanzungstourismus: Die Leihmutterschaft als Prüfstein für Ethik und Menschenwürde, FAZ vom 17.08.2017, Seite 6.

173 BGH, Beschluss vom 10.12.2014 – XII ZB 463/13, NJW 2015, 479 (484).

174 BGH, Beschluss vom 10.12.2014 – XII ZB 463/13, NJW 2015, 479 (484).

175 Zur Bedeutung der Leihmutterschaft im deutschen Recht siehe auch Brose, NZA 2016, 604 (606).

Die Anerkennung verschiedener Geschlechtsidentitäten und neuer Familienmodelle ist ein laufender Prozess, der in der Gesellschaft wie im Recht langsam, aber dennoch voranschreitet.¹⁷⁶ Wie weit man hier letztlich geht, ist noch nicht absehbar und wirft so zahlreiche Folgefragen auf, dass dem hier nicht abschließend nachgegangen werden kann.¹⁷⁷ Umso wichtiger ist es, im Diskriminierungsschutz begriffliche Anknüpfungspunkte zu wählen, die nicht im Widerspruch zur sonst geltenden Rechtslage stehen, gleichzeitig aber Raum für Fortentwicklung und neue Interpretationen im Wandel der Zeit lassen. Die Begriffe „Vaterschaft“, „Mutterschaft“ und „Elternschaft“ scheinen hierfür angesichts der aufgezeigten Deutungsschwierigkeiten ungeeignet.

4.2.3 Anknüpfen an das, was es zu schützen gilt – Fürsorgeverantwortung als Diskriminierungsmerkmal

Das umso mehr, als sie auch diejenigen Fürsorgeleistenden nicht erfassen können, die eben keine Kinder pflegen, sondern ältere Angehörige. Für diese müsste ein weiterer Begriff aufgenommen werden. Will man aber allzu umfangreiche Gesetzestexte vermeiden, mit einer Vielzahl an Diskriminierungsmerkmalen, die letztlich alle dasselbe Ziel verfolgen, nämlich die Vereinbarkeit von Beruf und Fürsorgeverantwortung, dann muss man einen Oberbegriff finden, der alle Betroffenen erfasst, ohne einzelne Gruppen aufgrund ihres Geschlechts oder ihrer familiären Umstände auszuschließen. Der hierzu bestens geeignete Begriff ist im Laufe der Untersuchung bereits mehrfach verwendet worden und liegt ihr auch zugrunde. Der erstrebte Diskriminierungsschutz soll Fürsorgeleistenden gelten, die Verantwortung für die Ihren übernehmen. Gerade die Fürsorgeverantwortung sollte daher auch das entscheidende Diskriminierungsmerkmal sein, an das anzuknüpfen nicht oder nur in Ausnahmefällen gestattet ist.

176 Insbesondere die Elternschaft gleichgeschlechtlicher Paare ist auch in der gesellschaftlichen Diskussion aktuell, siehe etwa Schmitz, „Mutter, Mutter, Kind“, SZ vom 4.2.2021; siehe auch OLG Celle, Beschluss vom 24.3.2021 – 21 UF 146/20.

177 Siehe aber Dutta/Fornasier, *Jenseits von männlich und weiblich – Menschen mit Varianten der Geschlechtsentwicklung im Arbeitsrecht und öffentlichen Dienstrecht des Bundes*, abrufbar unter https://www.antidiskriminierungsstelle.de/SharedDocs/Downloads/DE/publikationen/Rechtsgutachten/jenseits_von_maennlich_und_weiblich.pdf;jsessionid=8525A69ABAE00B3EB453E451A835D750.2_cid341?__blob=publicationFile&v=10 (letzter Abruf: 31.5.2021).

Dieser Begriff bedarf selbstverständlich der Konkretisierung. Einschränkungen und Voraussetzungen können in Teilen bereits in der Gesetzesbegründung vorgesehen werden. Hier sollte insbesondere eine Vorentscheidung getroffen werden, welche familiäre, rechtliche oder moralische Verbindung zum Pflege- oder Betreuungsbedürftigen ausreichend ist und welcher Nachweis gegebenenfalls erbracht werden muss. Klar dürfte sein, dass nicht jede behauptete Fürsorgeverpflichtung ausreichen kann. Jedenfalls Eltern, seien es leibliche oder rechtliche, müssen von dem Schutz profitieren, gleichsam Arbeitnehmer*innen, die Pflegeleistungen für nahe Angehörige erbringen. Viel hängt hier auch vom Einzelfall ab, sodass eine Schärfung des Begriffs letztlich auch durch die Rechtsprechung anhand zweifellos zahlreicher Anwendungsfälle erarbeitet werden muss.

4.3 Besonderheiten der Rechtfertigung

Weiterhin ist der Diskriminierungsschutz nicht grenzenlos. Das gilt für die Diskriminierungsmerkmale des AGG und muss *de lege ferenda* auch für die *Caregiver Discrimination* gelten. Soweit sie bislang diskriminierungsrechtlich nur als mittelbare Diskriminierung wegen des Geschlechts erfasst werden kann, ergibt sich die notwendige Begrenzung bereits aus dem Tatbestand des § 3 Absatz 2 AGG – eine mittelbare Diskriminierung liegt nur dann vor, wenn die Benachteiligung nicht durch einen sachlichen Grund gerechtfertigt ist. Für eine neue gesetzliche Regelung, die auch die Benachteiligung aufgrund der Eigenschaft als Fürsorgeleistende*r als solcher verbietet, müssten allerdings Grenzen in Form von Rechtfertigungsgründen noch definiert werden.

Auch hier lohnt ein Blick ins AGG. Nach § 8 AGG kann die Diskriminierung wegen eines in § 1 AGG genannten Grundes zulässig sein, wenn dieser Grund wegen der Art der auszuübenden Tätigkeit oder der Bedingungen ihrer Ausübung eine wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung darstellt. Die §§ 9, 10 AGG sehen speziellere Rechtfertigungsgründe für Ungleichbehandlungen wegen der Religion und des Alters vor. Hinzu

tritt die genannte negative Tatbestandsvoraussetzung des fehlenden sachlichen Grundes für mittelbare Diskriminierungen.¹⁷⁸ Diese Regelungssystematik hat sich bislang bewährt und kann auf die *Caregiver Discrimination* übertragen werden.

Sofern eine bestimmte Eigenschaft – oder ihr Fehlen – wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung ist, muss insoweit auch eine unterschiedliche Behandlung möglich sein. Das gilt auch, wenn die wesentliche Anforderung nicht in dem Diskriminierungsmerkmal selbst liegt, sondern damit in Zusammenhang steht.¹⁷⁹ Die Hürden sind allerdings hoch: Bloße Zweckmäßigkeitserwägungen genügen hier nicht.¹⁸⁰ Vielmehr ist erforderlich, dass die ordnungsgemäße Durchführung der Tätigkeit von dem Merkmal oder seinem Fehlen abhängt.¹⁸¹ Der Rechtfertigungsgrund des § 8 AGG ist somit insgesamt eng auszulegen.¹⁸² Dass das Fehlen von Fürsorgeverantwortung beziehungsweise damit in Zusammenhang stehende Eigenschaften wie etwa größere zeitliche Flexibilität oder aber größere Risikobereitschaft für eine Tätigkeit tatsächlich so wesentlich sind, dass sie unverzichtbare Voraussetzung sind, dürfte eher die Ausnahme sein. An einem § 8 AGG vergleichbaren Maßstab kann die *Caregiver Discrimination* damit in aller Regel nicht gerechtfertigt werden.

Gleichwohl ist anzuerkennen, dass bestimmte Tätigkeitsbereiche eine gewisse Flexibilität voraussetzen, die Eltern und Pflegende aufgrund ihrer Verpflichtungen im privaten Bereich nicht immer mit sich bringen. Diese zu fordern, ist nicht grundsätzlich verwerflich und sollte Arbeitgeber*innen daher auch nicht schlechterdings verwehrt werden. Hier bietet sich eine Regelung vergleichbar dem § 10 AGG an. Die Benachteiligung wegen des Alters kann durch ein legitimes Ziel gerechtfertigt sein, wenn sie zur Erreichung dieses Ziels angemessen und erforderlich ist. Diese Anforderungen ermöglichen eine am Verhältnismäßigkeitsmaßstab orientierte Beurteilung und so die hinreichende Berücksichtigung der beidseitig betroffenen Interessen. Eine Rechtfertigungsregelung für die Benachteiligung

178 Vergleiche ErFK/Schlachter, 21. Auflage 2021, § 3 AGG Rn. 13.

179 BAG, Urteil vom 22.5.2014 – 8 AZR 662/13, NZA 2014, 924 (927); MüKoBGB/Thüsing, 8. Auflage 2018, § 8 AGG Rn. 5.

180 MüKoBGB/Thüsing, 8. Auflage 2018, § 8 AGG Rn. 5.

181 BAG, Urteil vom 22.5.2014 – 8 AZR 662/13, NZA 2014, 924 (927); Urteil vom 18.3.2010 – 8 AZR 77/09, NZA 2010, 872 (875).

182 MüKoBGB/Thüsing, 8. Auflage 2018, § 8 AGG Rn. 5.

Fürsorgeleistender sollte allerdings nicht auf sozialpolitische Ziele beschränkt sein – ob dies bei § 10 AGG der Fall ist, ist umstritten¹⁸³ –, sondern sollte insbesondere auch die Einbeziehung der Arbeitgeberinteressen erlauben.

Dies entspricht dann weitgehend dem Rechtfertigungsmaßstab für mittelbare Diskriminierungen.¹⁸⁴ Und das ist richtig: Ob Arbeitgeber*innen nun aus Prinzip keine Eltern befördern, weil sie befürchten, diese seien zeitlich nicht flexibel genug für höherrangige Positionen (unmittelbare Diskriminierung), oder aber allgemein nur Personen befördern, die eine hohe zeitliche Flexibilität mitbringen (im Einzelfall mittelbare Diskriminierung denkbar) – der Rechtfertigungsmaßstab sollte derselbe sein. Das umso mehr, als die Abgrenzung zwischen mittelbarer und unmittelbarer Diskriminierung im Einzelfall schwierig und die Grenzen unscharf sein können.¹⁸⁵ Nur wenn ein sachlicher Grund es tatsächlich rechtfertigt, entsprechende Anforderungen zu stellen, darf dies auch zulässig sein.

Dass ein so vergleichsweise weit gefasster Rechtfertigungsgrund auch ausreicht, wird durch die zuvor aufgezeigten Schutzlücken für Fürsorgeleistende im geltenden Diskriminierungsrecht bestätigt: Denn diese bestehen überwiegend infolge der erforderlichen Verknüpfung mit dem Geschlecht, nicht aber wegen zu weit gefasster Rechtfertigungsmöglichkeiten.¹⁸⁶ Auch sind die Anforderungen des sachlichen Grundes und der diesbezüglichen Erforderlichkeit der Ungleichbehandlung nicht zu unterschätzen.¹⁸⁷ Insbesondere können bloße Vermutungen oder Befürchtungen des*der Arbeitgebers*in eine Ungleichbehandlung nicht rechtfertigen.¹⁸⁸ Für den Schutz von Fürsorgeleistenden im Berufsleben ist daher schon viel getan, wenn sie aufgrund ihrer Verantwortung weder mittelbar noch unmittelbar benachteiligt werden dürfen, sofern dies kein legitimes Ziel verfolgt und zu dessen Erreichung erforderlich ist.

183 Siehe hierzu MüKoBGB/Thüsing, 8. Auflage 2018, § 10 AGG Rn. 11.

184 So schon für § 10 AGG MüKoBGB/Thüsing, 8. Auflage 2018, § 10 AGG Rn. 9; vergleiche auch BAG, Urteil vom 17.4.2012 – 3 AZR 481/10, NZA 2012, 929 (932).

185 Vergleiche Anmerkung zu BAG, Urteil vom 18.9.2014 – 8 AZR 753/13, NJW-Spezial 2015, 212.

186 Zu den Schutzlücken siehe Gliederungspunkt 3.3.

187 Siehe allgemein zu den Voraussetzungen MüKoBGB/Thüsing, 8. Auflage 2018, § 3 AGG Rn. 39 ff. und § 10 Rn. 10 ff.

188 BAG, Urteil vom 15.12.2016 – 8 AZR 454/15, NZA 2017, 715 (720).

4.4 Ein weiteres Zwischenergebnis

Die Richtlinie 2019/1158, insbesondere ihr Artikel 11, sollte also dazu veranlassen, den Diskriminierungsschutz für Fürsorgeleistende auszuweiten. Zwar ist ein gewisses Schutzniveau auch im deutschen Recht bereits durch das allgemeine Maßregelungsverbot des §612a BGB gewährleistet. Auch mag dies isoliert betrachtet den Anforderungen des Artikels 11 Richtlinie 2019/1158, wollte man die Norm eng verstehen, bereits genügen. Einen weiter gehenden Schutzauftrag kann man allerdings insbesondere der revidierten Fassung der Europäischen Sozialcharta entnehmen, die nun auch in Deutschland ratifiziert wurde und den Schutz von Fürsorgeleistenden zur Leitlinie der Politik erklärt. Auch ist angesichts der bisherigen, in Teilen über den Wortlaut hinausgehenden Auslegung des EuGH nicht auszuschließen, dass auch die Regelung des Artikels 11 Richtlinie 2019/1158 weiter verstanden wird, als ihre Formulierung es zunächst nahelegt. Fraglich ist auch, ob die an §612a BGB geknüpften Rechtsfolgen ausreichend sind, um das Erfordernis wirksamer, verhältnismäßiger und abschreckender Sanktionen nach Artikel 13 Richtlinie 2019/1158 zu erfüllen.

Mithin sollte ein Diskriminierungsschutz für Fürsorgeleistende nicht nur durch das Verbot der Maßregelung, sondern ein Schutz vergleichbar dem des AGG geschaffen werden. In der Formulierung sollte eine neue Regelung offen sein, um gesellschaftlichen Wandel berücksichtigen zu können und nicht einzelne Bevölkerungsgruppen von vorneherein auszugrenzen. Unabhängig von Geschlecht und spezifischer verwandtschaftlicher Stellung sollte daher an die Fürsorgeverantwortung als solche angeknüpft werden.

Auch dieser Schutz soll nicht grenzenlos sein. Ungleiche, auch weniger günstige Behandlungen der geschützten Gruppe können im Einzelfall ein legitimes Ziel verfolgen und sollten dann auch gerechtfertigt sein. Ein entsprechender Rechtfertigungsgrund ist somit ebenfalls zu normieren.

4.5 Ein Gesetzesvorschlag: Schutz von Fürsorgeleistenden durch Ergänzung des AGG

Wo der Diskriminierungsschutz von Fürsorgeleistenden verortet werden sollte, ist recht offensichtlich. Wer an das Verbot der Diskriminierung denkt, denkt an das AGG. Hier finden sich bereits die notwendigen Begriffsbestimmungen (§ 3 AGG) und ein System von Rechtfertigungsgründen (§§ 8 bis 10 AGG), Beschäftigtenrechten (§§ 13 bis 16) und insbesondere auch die Beweislastregelung des § 22 AGG, die im Diskriminierungsrecht von besonderer Bedeutung ist. Auch andere Rechtssysteme, die bereits Diskriminierungsverbote im Zusammenhang mit dem familiären Status kennen, verorten diesen im Zusammenhang mit den weiteren Diskriminierungsverboten.¹⁸⁹

Wie bereits erörtert, soll der Schutz an die Eigenschaft als Fürsorgeleistende anknüpfen. Um im Sprachgebrauch des AGG zu bleiben, bietet es sich an, die Benachteiligung wegen familiärer Fürsorgeverantwortung in § 1 AGG aufzunehmen. Eine neue Fassung könnte also lauten:

§ 1 Ziel des Gesetzes

Ziel des Gesetzes ist, die Benachteiligungen aus Gründen der Rasse oder wegen der ethnischen Herkunft, des Geschlechts, der Religion oder Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters, der sexuellen Identität oder der familiären Fürsorgeverantwortung zu verhindern oder zu beseitigen.

189 Siehe etwa die kanadischen Provinzen: Human Rights Code Ontario, Part I Section 1; Human Rights Code British Columbia, Section 13 (1); Human Rights Act New Brunswick, Section 2.1 (k); Human Rights Act Newfoundland, Section 9 (1); sowie Frankreich in Artikel L.1132-1 Code du travail.

Um weiterhin die erörterte Rechtfertigungsmöglichkeit aufzunehmen, sollte ein zusätzlicher § 10a in Unterabschnitt 1 des AGG eingefügt werden. Ein Beispielkatalog, wie ihn § 10 AGG enthält, ist hier nicht erforderlich – die Präzisierung sollte den Gerichten überlassen werden, um eine hinreichende Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls zu ermöglichen. § 10a AGG könnte dann lauten:

§ 10a Zulässige unterschiedliche Behandlung wegen familiärer Fürsorgeverantwortung

Ungeachtet des § 8 ist eine unterschiedliche Behandlung wegen familiärer Fürsorgeverantwortung auch zulässig, wenn sie objektiv und angemessen und durch ein legitimes Ziel gerechtfertigt ist. Die Mittel zur Erreichung dieses Ziels müssen angemessen und erforderlich sein.

Diese oder vergleichbare Ergänzungen des AGG könnten der Benachteiligung von Fürsorgerleistenden entscheidend entgegenwirken und so die Vereinbarkeit von Familie und Beruf ganz bedeutend vorantreiben. Andere Lösungswege sind denkbar – etwa spezialgesetzliche Benachteiligungsverbote, die ihrerseits im Zusammenhang mit den jeweiligen Rechten und Ansprüchen geregelt werden, nach Vorbild des § 21 Gendiagnostikgesetz (GenDG) –, tragen aber zur Übersichtlichkeit der gesetzlichen Lage nicht bei.¹⁹⁰ Notwendige Fragen, die im AGG bereits beantwortet wurden – etwa solche der Beweislast und Entschädigung –, müssten ebenfalls neu geregelt werden. Umfangreiche Verweise auf das AGG, wie sie § 21 Absatz 2 GenDG enthält und wie man sie vorbehaltlich eigenständiger Regelung auch etwa im FPfZG und BEEG erwägen könnte, würden durch die hier erörterte Vorgehensweise vermieden.¹⁹¹

190 Zu alternativem Vorgehen siehe etwa Treichel, Zur Notwendigkeit einer Umsetzung der Vereinbarkeitsrichtlinie 2019/1158 vom 20. Juni 2019 in das geltende Arbeits- und Sozialrecht, 2021, Seite 60, 76, 88, 96, 110.

191 Siehe auch Gliederungspunkt 6.

5. Neue Kompetenzen der Antidiskriminierungsstelle

Eine Verortung des Diskriminierungsschutzes für Fürsorgeleistende im AGG bringt noch einen weiteren entscheidenden Vorteil mit sich: Sie begründet zugleich die Zuständigkeit der Antidiskriminierungsstelle des Bundes für Fragen im Zusammenhang mit der *Caregiver Discrimination*. Ebendas sehen auch Artikel 15 sowie Erwägungsgrund 45 der Richtlinie 2019/1158 vor. Hiernach sollen die nationalen Gleichbehandlungsstellen nach Artikel 20 der Richtlinie 2006/54/EG, deren Aufgabe es ist, die Gleichbehandlung aller Personen ohne Diskriminierung aufgrund des Geschlechts zu fördern, zu analysieren, zu beobachten und zu unterstützen, für Diskriminierungen nach der Richtlinie 2019/1158 zuständig sein. Diese Aufgabe nimmt in Deutschland die Antidiskriminierungsstelle des Bundes wahr.

Deren Aufgaben insgesamt beschreibt das AGG: Sie unterstützt Personen, die sich wegen einer Ungleichbehandlung, die in den Anwendungsbereich des AGG fällt, an sie wenden (§ 27 Absatz 2 Satz 1 AGG). Hierbei wird sie insbesondere informierend und beratend tätig (§ 27 Absatz 2 Satz 2 Nummer 1 AGG), vermittelt Beratung durch andere Stellen (§ 27 Absatz 2 Satz 2 Nummer 2 AGG) oder kann eine gütliche Beilegung der Streitigkeit zwischen den Parteien anstreben (§ 27 Absatz 2 Satz 2 Nummer 3 AGG). Die Anrufung der Antidiskriminierungsstelle ist voraussetzungsfrei, um einen behinderungsfreien Zugang zu ihrer Unterstützung zu gewährleisten.¹⁹² In ihrer Bedeutung sollte die Arbeit der Antidiskriminierungsstelle nicht unterschätzt werden – denn zum Individualschutz gehört die Unterstützung einzelner Opfer.¹⁹³ Und so ist es richtig und wichtig, dass auch Eltern und pflegende Angehörige, die aufgrund ihrer Fürsorgeverantwortung Benachteiligungen im Berufsleben erfahren, von der Arbeit der Antidiskriminierungsstelle profitieren können.

192 BT-Drucks. 16/1780, Seite 50; Ernst/Braunroth/Wascher, AGG, 2. Auflage 2013, § 27 Rn. 1; v. Roettenken, AGG, Stand: Februar 2021, § 27 Rn. 27.

193 MüKoBGB/Thüsing, 5. Auflage 2007, § 27 AGG Rn. 1; siehe auch Köppen, NZA-Beil. 2008, 91.

Auch gehören zur wirksamen Bekämpfung von Ungleichbehandlungen, die ihren Ursprung nicht im Recht, sondern in der Gesellschaft haben, die Öffentlichkeits-, Präventions- und Forschungsarbeit, die die Antidiskriminierungsstelle nach § 27 Absatz 3 AGG ebenfalls leistet. Eine solche Öffentlichkeitsarbeit sieht Artikel 15 Richtlinie 2019/1158 nicht ausdrücklich vor, die Norm benennt die Zuständigkeit eher vage für „Fragen im Zusammenhang mit Diskriminierung (...), die unter diese Richtlinie fallen“. Gerade im Bereich der *Caregiver Discrimination*, die ihren Ursprung nicht zuletzt in tradierten und überholten Geschlechterstereotypen hat, ist diese Arbeit von besonderem Gewicht. Gesellschaftlicher und rechtlicher Wandel müssen hier Hand in Hand gehen und können einander, wenn hinreichend abgestimmt, vorantreiben. Da die Richtlinie 2019/1158 insoweit nur Mindeststandards vorgibt,¹⁹⁴ sollte man die fehlende ausdrückliche Nennung der Öffentlichkeits-, Präventions- und Forschungsarbeit daher nicht zum Anlass nehmen, hier eine beschränktere Kompetenz der Antidiskriminierungsstelle als für die Merkmale des jetzigen § 1 AGG vorzusehen. Dies gilt umso mehr, als Artikel 17 Richtlinie 2019/1158 den Mitgliedstaaten eine Verbreitung der Informationen zur Umsetzung der Richtlinie aufgibt.

Wird nun der Diskriminierungsschutz von Fürsorgerleistenden wie hier empfohlen in das AGG integriert, folgt daraus auch eine Erweiterung der Kompetenzen der Antidiskriminierungsstelle. Deren Zuständigkeit erstreckt sich auf sämtliche Diskriminierungsgründe des § 1 AGG, siehe § 27 Absatz 1 AGG. Auch die Befugnisse des § 28 AGG knüpfen an diese umfassende Zuständigkeit an. Wird nun dem § 1 AGG das weitere Diskriminierungsmerkmal der familiären Fürsorgeverantwortung hinzugefügt, können auch insoweit Betroffene sich an die Antidiskriminierungsstelle wenden und diese ihre Aufgaben diesbezüglich wahrnehmen. Auch die Handhabung von Mehrfachdiskriminierungen – solche aufgrund der Fürsorgeverantwortung neben solchen, die bereits jetzt unter das AGG fallen – würde durch eine Integration der *Caregiver Discrimination* in das AGG erleichtert, da sich Rechte der Betroffenen und Verfahren nach denselben normativen Grundlagen richteten.

¹⁹⁴ Siehe Artikel 16 Absatz 1, ErwGr 46 Richtlinie 2019/1158.

Ohne den bislang geschilderten Änderungsumfang zu überschreiten, treten also mit der Normierung des Diskriminierungsschutzes von Fürsorgeleistenden zwei weitere Schutzebenen zu dem Diskriminierungsverbot hinzu: einmal der Individualschutz für diejenigen, die sich infolge einer Benachteiligung an die Antidiskriminierungsstelle wenden, und einmal der breiter angelegte Schutz durch Informations- und Öffentlichkeitsarbeit, die letztlich allen Betroffenen zugutekommt.

6. Die Schwächen alternativen Vorgehens

Wer nun eine Anpassung des geltenden Rechts weitgehend vermeiden will, könnte versucht sein, sich allein auf die hier festgestellte Reichweite des Artikels 11 der Richtlinie 2019/1158 zu berufen und die Lösung allein in der Anwendung des Maßregelungsverbots nach § 612a BGB zu suchen. Hiergegen spricht vieles. Nicht nur ist es – wie bereits festgestellt – fraglich, ob die an § 612a BGB anknüpfenden Sanktionen den Anforderungen des Artikels 13 Richtlinie 2019/1158 genügen. Auch ist im Falle einer Kündigung infolge der Inanspruchnahme der Rechte, welche die Richtlinie zugunsten Fürsorgeleistender vorsieht, eine Beweislastverteilung gemäß Artikel 12 Absatz 3 Richtlinie 2019/1158 nicht hinreichend gewährleistet.¹⁹⁵ Diese Fragen bedürften also einer Neuregelung – im Rahmen des AGG sind sie bereits gelöst, siehe dort § 15 und § 22.

Darüber hinaus müsste die Zuständigkeit der Antidiskriminierungsstelle, wie sie Artikel 15 der Richtlinie 2019/1158 fordert, wiederum gesetzlich begründet werden. Dies könnte durch eine Ergänzung des § 612a BGB erfolgen. Ein solches Vorgehen führt indes – ebenso wie eine Ergänzung hinsichtlich Sanktionen und Beweislastverteilung – wiederum zu der Frage, ob die Neuerung fortan für alle Maßregelungen nach § 612a BGB gelten soll oder aber nur für solche, die den Regelungsgehalt der Richtlinie 2019/1158 berühren. Dem kann man durch spezialgesetzliche Normierung der durch die Richtlinie vorgesehenen Rechte vorbeugen. Verweise auf das AGG zur Begründung der Zuständigkeit der Antidiskriminierungsstelle scheinen dann möglich, systematisch angesichts der eindeutigen Grenzziehung des § 25 Absatz 1 AGG allerdings wenig gelungen. Auch ginge der Umfang erforderlicher Neuregulierungen dann weit über den vorliegend erarbeiteten Vorschlag hinaus.

195 Siehe hierzu ausführlich Gliederungspunkt 4.1.4, Gliederungspunkt 7.3.

Alternativ könnte ein Hinweis auf die Erweiterung der Zuständigkeit der Antidiskriminierungsstelle dort aufgenommen werden, wo die Zuständigkeit bereits geregelt ist – im AGG selbst. Da die Maßregelung infolge der Inanspruchnahme der Rechte nach der Richtlinie 2019/1158 jedoch bei diesem Vorgehen gerade nicht in den Anwendungsbereich des AGG fiele, ist auch eine solche Lösung in systematischer Hinsicht fragwürdig und nicht zu befürworten.

Es zeigt sich: Allein das Maßregelungsverbot des § 612a BGB führt nicht zum Ziel. Andere Lösungen sind denkbar, wären der Übersichtlichkeit der Rechtslage jedoch nicht förderlich und sehen sich darüber hinaus systematischen Bedenken ausgesetzt. Eine Ergänzung des AGG zur Umsetzung der Richtlinie 2019/1158 ist vorzugswürdig.

7. Plus ultra: der Vaterschaftsurlaub im Kontext der Richtlinie 2019/1158

Vorgaben macht die Work-Life-Balance-Richtlinie nicht nur mit Blick auf den Diskriminierungsschutz von Fürsorgeleistenden. Das Augenmerk der Richtlinie liegt vielmehr auf den Rechten und Ansprüchen, die sie für betroffene Arbeitnehmer*innen in ihren Artikeln 4, 5, 6, 7 und 9 vorsieht. Eine prominente Stellung nehmen hierbei insbesondere die Rechte für Eltern ein, weiter gehend noch diejenigen für Väter: Während Artikel 5 der Richtlinie die Vorgaben der bisherigen Elternzeitrichtlinie 2010/18/EU aufnimmt und fortschreibt, sieht Artikel 4 mit dem Vaterschaftsurlaub eine darüber hinausgehende Regelung vor. Väter sollen demnach die Möglichkeit haben, anlässlich der Geburt ihres Kindes zehn Arbeitstage Urlaub zu nehmen. Den Mitgliedstaaten obliegt es festzulegen, ob dieser Urlaub ausschließlich nach oder auch teilweise vor der Geburt des Kindes genommen werden kann, siehe Artikel 4 Absatz 1 Satz 2 Richtlinie 2019/1158. Der Anspruch auf Vaterschaftsurlaub ist nicht an eine vorherige Beschäftigungsdauer oder Betriebszugehörigkeit geknüpft und wird unabhängig von dem Ehe- und Familienstand des Arbeitnehmers gewährt, siehe Artikel 4 Absatz 2, 3 Richtlinie 2019/1158.

Erwägungsgrund 11 der Richtlinie 2019/1158 zeigt, dass der Vaterschaftsurlaub insbesondere dazu dienen soll, die Gleichstellung von Mann und Frau sowie die Überwindung von Geschlechterstereotypen im Hinblick auf Betreuungs- und Pflegeaufgaben sowie ihre Auswirkungen auf das Berufsleben zu überwinden. Nach Erwägungsgrund 19 soll dies auch den frühzeitigen Aufbau einer engen Bindung zwischen Vätern und Kindern ermöglichen. Unterstützt werden diese Zielsetzungen auch dadurch, dass der gesondert vorgesehene Elternurlaubsanspruch jedenfalls für die Dauer von zwei Monaten nicht auf die Mütter übertragen werden kann.¹⁹⁶

196 Siehe ErwGr 20 sowie Artikel 5 Absatz 2 der Richtlinie 2019/1158.

Artikel 8 Absatz 2 der Richtlinie 2019/1158 verpflichtet die Mitgliedstaaten, darüber hinaus dafür zu sorgen, dass die Väter für die Dauer des Vaterschaftsurlaubs eine Bezahlung oder Vergütung erhalten, die in der Höhe dem entspricht, was die Arbeitnehmer bei Unterbrechung der Tätigkeit aus Gründen im Zusammenhang mit dem Gesundheitszustand erhalten würden.

Ergänzend zu dem bereits ermittelten Handlungsbedarf hinsichtlich eines Diskriminierungsverbots für fürsorgeleistende Arbeitnehmer*innen ist zu überprüfen, inwiefern die Vorgaben der Richtlinie zum Vaterschaftsurlaub ein Tätigwerden des deutschen Gesetzgebers notwendig machen. Hierzu sind die derzeitigen Möglichkeiten der Arbeitsfreistellung für Väter in den Blick zu nehmen und darauf hin zu untersuchen, ob sie den Anforderungen der Richtlinie genügen. Insbesondere ist zu berücksichtigen, ob die in Deutschland bestehenden Rechte einen hinreichenden Bezug zur Geburt aufweisen, wie Artikel 4 Absatz 1 Satz 1 Richtlinie 2019/1158 ihn vorsieht. Auch die Vorgaben für die Dauer der arbeitsfreien Zeit sowie deren Vergütung dürfen nicht außer Acht gelassen werden. Ergänzend ist zu erörtern, inwiefern ein den Anforderungen des Artikels 12 der Richtlinie entsprechender Kündigungsschutz gewährleistet ist und welche Probleme sich im Hinblick auf alternative Familienmodelle ergeben.

7.1 Arbeitsfreie Zeit von Vätern im deutschen Recht

Eine explizite Regelung zum Vaterschaftsurlaub existiert im deutschen Recht derzeit nicht – lediglich für einzelne Berufsgruppen besteht ein spezieller Freistellungsanspruch für einen Tag, siehe § 21 Absatz 1 Nummer 1 Sonderurlaubsverordnung für die Bundesebene für Richter*innen oder § 29 Absatz 1 Satz 1 Litera a des Tarifvertrags für den öffentlichen Dienst (TVöD).¹⁹⁷ Väter haben allerdings nach § 15 Absatz 1 BEEG einen Anspruch auf Elternzeit. Weiterhin kann die Geburt eines Kindes einen persönlichen Verhinderungsgrund im Sinne des § 616 BGB darstellen, der eine Unterbrechung der Arbeitsleistung ohne Verlust des Lohnanspruchs vorsieht.

197 Dahm, EuZA 2020, 19 (21).

7.1.1 Elternzeit – die Regelung des § 15 BEEG als ausreichender Vaterschaftsurlaub im Sinne der Richtlinie 2019/1158?

Nach § 15 Absatz 1 BEEG haben Arbeitnehmer*innen einen Anspruch auf Elternzeit, wenn sie mit ihrem Kind oder einem Kind, für das sie sorgeberechtigt sind, in einem Haushalt leben und das Kind selbst betreuen und erziehen. Der Anspruch steht Müttern und Vätern gleichermaßen und unabhängig voneinander zu.¹⁹⁸ Jeder der Elternteile kann maximal drei Jahre lang Elternzeit in Anspruch nehmen, 24 Monate davon auch zwischen dem dritten und achten Geburtstag des Kindes.¹⁹⁹ Der Elternzeitananspruch ist zunächst als Anspruch auf unbezahlte Freistellung ausgestaltet, finanziellen Ausgleich für die Vergütungseinbuße erhalten Arbeitnehmer*innen in Form des Elterngelds nach § 1 BEEG von staatlicher Seite.²⁰⁰

Eine bestimmte Betriebszugehörigkeitsdauer setzt der § 15 BEEG nicht voraus, sodass insoweit die Anforderungen des Artikels 4 Absatz 2 Richtlinie 2019/1158 erfüllt sind. Fraglich ist allerdings, ob die Elternzeit nach dem BEEG einen hinreichenden Bezug zur Geburt des Kindes aufweist. Denn: Zwar verfolgt die Elternzeit ebenso wie die Work-Life-Balance-Richtlinie den Zweck, beiden Elternteilen die Vereinbarkeit von Beruf und Familie zu ermöglichen.²⁰¹ Der Zweck des Vaterschaftsurlaubs nach Artikel 4 der Richtlinie 2019/1158 geht aber noch darüber hinaus, wie Erwägungsgrund 19 zeigt. Die frühzeitige Bindung zwischen Vätern und Kindern soll gefördert werden, ebenso wie die gleichmäßige Aufteilung von Betreuungs- und Pflegeaufgaben zwischen Frauen und Männern. Hierzu soll der Vaterschaftsurlaub „um den Zeitpunkt der Geburt herum genommen werden und eindeutig mit der Geburt – zum Zweck der Erbringung von Betreuungs- und Pflegeleistungen – zusammenhängen“.²⁰²

198 Dies folgt aus § 15 Absatz 3 BEEG, siehe BeckOK ArbR/Schrader, 58. Ed. (Stand: 1.12.2020), § 15 BEEG Rn. 15.

199 Graue, ZESAR 2020, 62 (67).

200 Siehe Brose/Weth/Volk/Schneider, 9. Auflage 2020, § 15 BEEG Rn. 2; Graue, ZESAR 2020, 62 (67).

201 BT-Drucks. 14/3553, Seite 11; 16/1889, Seite 16.

202 ErwGr 19 der Richtlinie 2019/1158.

Ob diese Anforderung durch die Elternzeit nach § 15 BEEG erfüllt wird, ist zweifelhaft. Zwar sieht die Richtlinie keine starren Fristen vor, ab wann ein enger Zusammenhang mit der Geburt nicht mehr besteht. Bei einer Elternzeit, die auch zwischen dem dritten und achten Lebensjahr genommen werden kann, dürfte dies jedoch eindeutig nicht mehr der Fall sein. Das BEEG mag hier weitgehend die Anforderungen des Artikels 5 der Richtlinie 2019/1158 – also die des Elternurlaubs, wie ihn vormals die Richtlinie 2010/18/EU vorsah – erfüllen.²⁰³ Dieser ist aber eindeutig vom Vaterschaftsurlaub nach Artikel 4 Richtlinie 2019/1158 abzugrenzen, wie die Systematik neben der eindeutigen Differenzierung in den Erwägungsgründen²⁰⁴ zeigt. Der eindeutige Zusammenhang mit der Geburt dürfte nur dann gegeben sein, wenn der Vaterschaftsurlaub unmittelbar nach oder – soweit vorgesehen – unmittelbar vor der Geburt genommen werden muss. Schon mangels einer entsprechenden Voraussetzung kann die Elternzeit des Vaters nach § 15 BEEG nicht als Vaterschaftsurlaub im Sinne des Artikels 4 der Richtlinie 2019/1158 angesehen werden.²⁰⁵

7.1.2 Die Lohnfortzahlung nach § 616 BGB im Lichte der Richtlinie 2019/1158

Während speziell für die Geburt eines Kindes nur einzelne Regelwerke eine Arbeitsfreistellung für bestimmte Berufsgruppen vorsehen (siehe oben), ist auch für alle übrigen Arbeitnehmer anerkannt, dass die Geburt des eigenen Kindes einen Grund in der Person des Arbeitnehmers darstellt, der ihn ohne sein Verschulden an der Erbringung der Arbeitsleistung hindert, so dass eine Aufrechterhaltung des Vergütungsanspruchs nach § 616 BGB in Betracht kommt.²⁰⁶ Der Grund für die Freistellung liegt hier allerdings in der Beistands- und Fürsorgepflicht gegenüber der Mutter, die eine Abwe-

203 Dazu Graue, ZESAR 2020, 62 (67).

204 Siehe ErwGr 11 der Richtlinie 2019/1158.

205 Ebenso Dahm, EuZA 2020, 19 (21); Graue, ZESAR 2020, 62; wohl auch Stoye/Thoma, ZESAR 2020, 10 (12); anderer Ansicht wohl das Bundesfamilienministerium, siehe Pressemitteilung vom 6.2.2019, abrufbar unter <https://www.bmfsfj.de/bmfsfj/aktuelles/presse/pressemitteilungen/meilenstein-fuer-die-vereinbarkeit-von-familie--pflege-und-beruf-in-der-europaeischen-union/133648> (letzter Abruf: 31.5.2021).

206 BeckOK BGB/Baumgärtner, 56. Ed. (Stand: 1.11.2020), § 616 Rn. 7; HWK/Krause, 9. Auflage 2020, § 616 BGB Rn. 25; MüKoBGB/Henssler, 8. Auflage 2020, § 616 Rn. 47.

senheit des Vaters bei der Niederkunft als anstößig erscheinen lässt.²⁰⁷ Der Freistellungsanspruch besteht hier daher nur für ein, maximal zwei Arbeitstage.²⁰⁸ So mag die Arbeitsfreistellung des Vaters nach § 616 BGB zwar den engen Bezug zur Geburt aufweisen, der bei der Elternzeit nach § 15 BEEG fehlt, die von Artikel 4 Richtlinie 2019/1158 geforderte Dauer des Vaterschaftsurlaubs von zehn Arbeitstagen wird jedoch keinesfalls erreicht.

So kann schon an dieser Stelle eindeutig festgestellt werden, dass ein Vaterschaftsurlaub im Sinne der Richtlinie 2019/1158 nach deutschem Recht derzeit noch nicht gewährleistet ist – insoweit besteht Umsetzungsbedarf.²⁰⁹

7.2 Vergütung des Vaterschaftsurlaubs

Der Vaterschaftsurlaub soll weiterhin so angemessen vergütet werden, dass seine Inanspruchnahme attraktiver wird.²¹⁰ Hierzu bestimmt Artikel 8 Absatz 2 der Richtlinie 2019/1158, dass die während des Vaterschaftsurlaubs geschuldete Bezahlung oder Vergütung in der Höhe den Leistungen bei Arbeitsausfall aufgrund gesundheitlicher Umstände entsprechen muss. Dies wirft im deutschen System der Einkommenssicherung im Krankheitsfall Fragen auf: Während alle Versicherten der gesetzlichen Krankenversicherung bei krankheitsbedingter Arbeitsunfähigkeit grundsätzlich einen Anspruch auf Krankengeld in Höhe von regelmäßig 70 Prozent des Arbeitsentgelts nach §§ 44 Absatz 1, 47 Absatz 2 SGB V haben, ruht dieser Anspruch gemäß § 49 Absatz 1 Nummer 1 SGB V, sofern der*die Arbeitnehmer*in Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall nach § 3 EFZG erhält.²¹¹ Diese entspricht in der Höhe vollständig dem bei regelmäßiger Arbeitszeit zustehenden Arbeitsentgelt, siehe § 4 Absatz 1 Entgeltfortzahlungsgesetz (EFZG).

207 Vergleiche Staudinger/Oetker, Neubearb. 2019, § 616 BGB Rn. 64, 67.

208 Dahm, EuZA 2020, 19 (21).

209 Im Ergebnis ebenso Dahm, EuZA 2020, 19 (21); Graue, ZESAR 2020, 62; Stoye/Thoma, ZESAR 2020, 10 (12); anderer Ansicht Bundesfamilienministerium, siehe Pressemitteilung vom 6.2.2019, abrufbar unter <https://www.bmfsfj.de/bmfsfj/aktuelles/presse/pressemitteilungen/meilenstein-fuer-die-vereinbarkeit-von-familie--pflege-und-beruf-in-der-europaeischen-union/133648> (letzter Abruf: 31.5.2021).

210 Siehe ErwGr 29 der Richtlinie 2019/1158.

211 KKW/Waltermann, 6. Auflage 2019, § 49 SGB V Rn. 2.

Was ist nun der Anknüpfungspunkt für die Höhe der Vergütung während des Vaterschaftsurlaubs – die Entgeltfortzahlung nach §§ 3, 4 EFZG oder aber der geringere Betrag des Krankengelds?²¹² Der ursprüngliche Kommissionsvorschlag spricht hier eher für Letzteres, hier war ausdrücklich von der Höhe des Krankengelds die Rede.²¹³ Angesichts der späteren Änderung ist dies allerdings nicht eindeutig.²¹⁴ Letztlich kommt es aber auch nicht darauf an: Artikel 20 Absatz 7 der Richtlinie 2019/1158 eröffnet den Mitgliedstaaten eine Abweichungsmöglichkeit, wenn in dem Staat ein Anspruch auf Elternurlaub von mindestens sechs Monaten besteht und die Vergütung mindestens 65 Prozent des Nettoeinkommens, vorbehaltlich einer möglichen Obergrenze, beträgt. Da das deutsche Recht mit § 15 BEEG die Anforderungen hinsichtlich der Dauer des Elternurlaubs erfüllt und das staatliche Elterngeld nach § 2 Absatz 2 BEEG mindestens 65 Prozent des Einkommens beträgt, sind diese Anforderungen erfüllt.²¹⁵ Bei der Umsetzung der Richtlinie 2019/1158 im Hinblick auf den Vaterschaftsurlaub muss also nicht zwingend eine neue Vergütungsregelung geschaffen werden, die Regelung zum Elterngeld kann stattdessen fortgeführt beziehungsweise auf den Vaterschaftsurlaub erstreckt werden.

7.3 Kündigungsschutz bei Inanspruchnahme des Vaterschaftsurlaubs

Neben der Gewährleistung von Rechten und Ansprüchen wie dem Vaterschaftsurlaub sieht die Richtlinie 2019/1158 insbesondere Vorkehrungen vor, um Arbeitnehmer*innen bei der Inanspruchnahme vor negativen Konsequenzen zu schützen. Das Diskriminierungs- beziehungsweise Maßregelungsverbot des Artikels 11 sowie des Artikels 14 wurde bereits ausgiebig erörtert. Ergänzend stellt Artikel 12 Richtlinie 2019/1158 das Erfordernis eines Verbots von Kündigungen und aller Vorbereitungen für eine Kündigung aufgrund der Inanspruchnahme insbesondere auch des Vaterschaftsurlaubs auf. Erfolgt eine Kündigung und sind Arbeitnehmer*innen der Ansicht, ihre Kündigung sei aufgrund der Inanspruchnahme der in der

212 Vergleiche auch Stoye/Thoma, ZESAR 2020, 10 (13); Graue, ZESAR 2020, 62 (66).

213 Siehe Artikel 8 COM/2017/0253.

214 So auch Stoye/Thoma, ZESAR 2020, 10 (13).

215 Graue, ZESAR 2020, 62 (66).

Richtlinie genannten Rechte erfolgt, können sie von dem*der Arbeitgeber*in die Darlegung der Kündigungsgründe verlangen, Artikel 12 Absatz 2 Satz 1 Richtlinie 2019/1158. Absatz 3 der Regelung sieht eine dem § 22 AGG entsprechende Erleichterung der Beweislast bei Vorbringen entsprechender Indizien vor. Das Verbot der Vorbereitung der Kündigungen knüpft an die Entscheidung *Pacquay* des EuGH an und umfasst etwa die Suche nach einem Ersatz für betroffene Arbeitnehmer*innen, die Anhörung des Betriebsrats oder die Erstattung einer Massenentlassungsanzeige.²¹⁶

Da ein Recht auf Vaterschaftsurlaub *de lege lata* im deutschen Recht noch nicht besteht, existiert auch kein explizit hierauf bezogener Kündigungsschutz. Das spezielle Kündigungsverbot des § 18 BEEG bezieht sich auf die Kündigungen während der Elternzeit, die – wie dargestellt – nicht gleichbedeutend mit dem von der Richtlinie 2019/1158 geforderten Vaterschaftsurlaub ist. § 17 MuSchG verbietet Kündigungen unter anderem während der Schwangerschaft und der Mutterschutzfrist. Beide Regelungen sind daher nicht auf den *de lege ferenda* vorzusehenden Vaterschaftsurlaub anwendbar, bieten aber Anknüpfungspunkte für eine mögliche Regelung.²¹⁷ Sollte das Diskriminierungsrecht im AGG – wie oben vorgeschlagen – fortgeschrieben werden, hat dies auf den Kündigungsschutz nur indirekte Auswirkungen, da für Kündigungen nach § 2 Absatz 4 AGG ausschließlich die Bestimmungen zum allgemeinen und besonderen Kündigungsschutz gelten.²¹⁸ Und auch der allgemeine Kündigungsschutz nach Maßgabe des KSchG genügt den Anforderungen der Work-Life-Balance-Richtlinie nicht – schon weil er den Bestand des Arbeitsverhältnisses von länger als sechs Monaten voraussetzt, § 1 KSchG.²¹⁹

216 Siehe EuGH, Urteil vom 11.10.2007 – C-460/06, NZA 2007, 1271 (1272); Graue, ZESAR 2020, 62 (64).

217 Siehe Dahm, EuZA 2020, 19 (22); Graue, ZESAR 2020, 62 (65 ff.); siehe auch nächsten Abschnitt.

218 Eine mittelbare Wirkung folgt aber daraus, dass die Diskriminierungsverbote des AGG im Rahmen der unbestimmten Rechtsbegriffe des KSchG zu berücksichtigen sind, siehe BAG, Urteil vom 15.12.2011 – 2 AZR 42/10, NZA 2012, 1044 (1048); ErfK/Schlachter, 21. Auflage 2021, § 2 AGG Rn. 18.

219 Siehe auch Gliederungspunkt 4.1.4.

Zwingend erforderlich ist eine Neuregulierung allein um des Kündigungsschutzes willen dennoch nicht: Jedenfalls ein Verbot der Kündigung aufgrund der Inanspruchnahme der Rechte der Arbeitnehmer*innen folgt bereits aus § 612a BGB.²²⁰ Dies dürfte sich aufgrund des weiten Begriffs der Maßnahme in § 612a BGB auch auf Vorbereitungshandlungen erstrecken.²²¹ Problematisch ist indes, dass Artikel 12 der Richtlinie 2019/1158 nicht nur zur Gewährleistung des Kündigungsschutzes als solchen verpflichtet. Die speziellen Rechtsfolgen des Artikels 12 Absatz 2, 3 Richtlinie 2019/1158, also der Anspruch auf schriftliche Darlegung der Kündigungsgründe sowie insbesondere auch die Beweislastregelung, sind durch § 612a BGB unmittelbar nicht gewährleistet. Man könnte sich hier in der praktischen Anwendung mit einer europarechtskonformen Auslegung behelfen – angesichts der Rechtsprechung des EuGH, nach der ebendas nicht immer zur Umsetzung der Richtlinien ausreicht, ist dies allerdings ein durchaus risikoträchtiger Weg.²²²

7.4 Richtlinienkonformer Vaterschaftsurlaub im deutschen Recht *de lege ferenda*

So ist es empfehlenswert, hinsichtlich des Vaterschaftsurlaubs eine grundlegend neue Regelung zu schaffen, um die Vorgaben der Richtlinie 2019/1158 hinsichtlich des Urlaubs selbst, der Vergütung sowie des Kündigungsschutzes umzusetzen. Das erfordert gesetzgeberisches Handeln, muss aber im Einzelnen nicht mit allzu umfangreichen Änderungen oder gar einem eigenständigen Gesetz, vergleichbar dem MuSchG, verbunden sein. In der Literatur finden sich bereits sinnvolle Vorschläge, die an geltendes Recht anknüpfen und den Vaterschaftsurlaub hier sinnvoll eingliedern: Insbesondere eine Ergänzung des MuSchG – das dann allerdings auch namentlich angepasst werden sollte – kann den Anforderungen der Richtlinie 2019/1158 bereits genügen.²²³ Allerdings geht § 17 MuSchG inhaltlich weit über das hinaus beziehungsweise weicht in der Schutzrichtung von

220 MüKoBGB/Müller-Glöge, 8. Auflage 2020, § 612a Rn. 19.

221 Zum Begriff siehe bereits Gliederungspunkt 4.1.1.

222 Siehe EuGH, Urteil vom 10.5.2001 – C-144/99, NJW 2001, 224 (Rn. 21).

223 Siehe ausführlich Graue, ZESAR 2020, 62 (65 ff.); Dahm, EuZA 2020, 19 (22).

dem ab, was Artikel 12 Richtlinie 2019/1158 für den Kündigungsschutz im Zusammenhang mit dem Vaterschaftsurlaub verlangt. Erforderlich ist nicht unbedingt ein Kündigungsverbot für die Dauer des Vaterschaftsurlaubs, sondern ein solches für die Kündigung aufgrund der Inanspruchnahme desselben.²²⁴ Eine entsprechende Regelung sollte eigenständig, etwa in einem § 17a MuSchG, dann auch unter Einschluss der Pflicht zur schriftlichen Darlegung der Kündigungsgründe sowie der Beweislastumkehr nach Artikel 12 Absatz 2, 3 Richtlinie 2019/1158, aufgenommen werden.²²⁵ Zu berücksichtigen sind auch die Vorgaben des Artikels 10 der Richtlinie 2019/1158: Zum einen müssen dem Arbeitnehmer die bis zu Beginn des Vaterschaftsurlaubs erworbenen Ansprüche erhalten bleiben, was insbesondere mit Blick auf den Jahresurlaub des Arbeitnehmers relevant werden kann, weiterhin fehlt bislang auch ein Rückkehrrecht auf den gleichen oder einen gleichwertigen Arbeitsplatz gemäß Artikel 10 Absatz 2 Richtlinie 2019/1158.²²⁶

7.5 Anspruchsberechtigung: Berücksichtigung alternativer Familienmodelle?

Wie umfassend der sodann geschaffene Schutz allerdings ist, hängt nicht zuletzt von dem Kreis der anspruchsberechtigten Personen ab. Im Rahmen des „klassischen“ Familienmodells eines verheirateten Paares aus Mann und Frau ist das unproblematisch – der Mann ist in diesem Fall nach § 1592 Nummer 1 BGB Vater. Wie bereits dargestellt ist die Eigenschaft als Vater nach geltendem Recht aber an das männliche Geschlecht gebunden. Das muss nicht zwingend ein Hindernis sein – die neue Regelung könnte so offen formuliert werden, dass alle Personen, die rechtlich Elternteil des Kindes sein können, von der Arbeitsfreistellung profitieren können.²²⁷ Das genügt auf den ersten Blick auch den Anforderungen des Artikels 4 Absatz 1 Richtlinie 2019/1158, der den Anspruch auf Vaterschaftsurlaub für Väter oder – soweit nach nationalem Recht vorgesehen – gleichgestellte zweite

224 Artikel 12 Absatz 1 Richtlinie 2019/1158.

225 Anders Dahm, EuZA 2020, 19 (22); Graue, ZESAR 2020, 62 (66).

226 Ausführlich Treichel, Zur Notwendigkeit einer Umsetzung der Vereinbarkeitsrichtlinie 2019/1158 vom 20. Juni 2019 in das geltende Arbeits- und Sozialrecht, 2021, Seite 54 ff.

227 Siehe Vorschlag bei Dahm, EuZA 2020, 19 (26).

Elternteile vorsieht. Das Problem ist hier allerdings vorgelagert: Die Modalitäten der Anerkennung als zweiter Elternteil bei gleichgeschlechtlichen Paaren sind derzeit mit einer längeren Verfahrensdauer verknüpft, sodass bei Abschluss des Verfahrens ein enger zeitlicher Zusammenhang mit der Geburt im Sinne des Artikels 4 Richtlinie 2019/1158 nicht mehr gegeben ist.²²⁸ Erst dann handelt es sich aber um Elternteile, die nach deutschem Recht anerkannt sind. Praktisch würde die Erweiterung der Regelung über Väter im Sinne des § 1592 BGB hinaus daher regelmäßig nicht zu einer Einbeziehung auch alternativer Familienmodelle in den Anwendungsbereich führen.

Auf die Hürde der rechtlichen Anerkennung als Elternteil sollte gleichwohl nicht verzichtet werden, schon um Beweisproblemen und Missbrauch vorzubeugen.²²⁹ Will man hier den gesellschaftlichen Wandel vorantreiben und auch über die Gemeinschaft von Mann und Frau hinaus den Schutz der Familie im Arbeitsrecht gewährleisten, muss man früher ansetzen und das Anerkennungsverfahren anpassen. Vorgeschlagen wird hier etwa die Möglichkeit der Vater- beziehungsweise Mutterschaftsanerkennung²³⁰ schon vor der Geburt.²³¹

7.6 Ein letztes Zwischenergebnis

Ein Vaterschaftsurlaub, wie ihn Artikel 4 Richtlinie 2019/1158 vorsieht, existiert nach deutschem Recht derzeit nicht. Weder § 15 BEEG noch § 616 BGB können die Anforderungen der Richtlinie erfüllen, sodass hier Umsetzungsbedarf besteht. Hinsichtlich der Vergütung sieht Artikel 8 Absatz 2 Richtlinie 2019/1158 eine solche vor, die der Höhe derjenigen Vergütung entspricht, die der Arbeitnehmer bei Arbeitsausfall aus gesundheitlichen Gründen erhält. Ob hiermit für das deutsche Recht die Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall oder das Krankengeld gemeint ist, kann dahinstehen,

228 Dahm, EuZA 2020, 19 (23 ff.).

229 Eine Vorschrift zur Nachweiserbringung erwägt auch Graue, ZESAR 2020, 62 (66).

230 Dies würde begrifflich voraussetzen, dass auch eine Frau, die das Kind nicht selbst geboren hat, Mutter werden kann, siehe zum Begriff der Mutterschaft bereits oben, Gliederungspunkt 4.2.2.

231 Dahm, EuZA 2020, 19 (24); zur aktuellen Debatte über die Anerkennung der Partnerin der Mutter als Mit-Mutter siehe auch Vorlagebeschluss des OLG Celle vom 24.3.2021 – 21 UF 146/20.

denn die Ausnahmeregelung des Artikels 20 Absatz 7 Richtlinie 2019/1158 ermöglicht es, die Regelung zum Elterngeld fortzuführen und auch auf den neu zu regelnden Vaterschaftsurlaub anzuwenden.

Neben dem Vaterschaftsurlaub als solchem muss ein hinreichender Kündigungsschutz gewährleistet werden. Dem Grunde nach folgt ein solcher bereits aus § 612a BGB. Die Anforderungen gemäß Artikel 12 Absatz 2, 3 Richtlinie 2019/1158 an die Beweislast sowie die schriftliche Darlegung von Kündigungsgründen sind hierdurch allerdings nicht erfüllt, sodass auch insoweit eine Regelung zu schaffen ist. Insgesamt bieten sich eine Erweiterung und Umbenennung des Mutterschutzgesetzes an, um den Anforderungen der Work-Life-Balance-Richtlinie im Hinblick auf den Vaterschaftsurlaub gerecht zu werden.

Nicht gelöst wird hierdurch die Frage nach der Inklusion alternativer Familienmodelle. Die Inanspruchnahme des Vaterschaftsurlaubs sollte die rechtliche Anerkennung als zweiter Elternteil voraussetzen, die ihrerseits allerdings einen erheblichen Zeitraum in Anspruch nehmen kann. Hierbei handelt es sich letztlich allerdings um die vorgelagerte zivilrechtliche Fragestellung der Mutter-, Vater- und Elternschaft außerhalb des klassischen Familienmodells, die zahlreiche Folgefragen aufwirft und der daher außerhalb der Umsetzung der Richtlinie 2019/1158 begegnet werden sollte.

8. Summa

Was bleibt nun? Die Richtlinie 2019/1158 hat die notwendige Aufmerksamkeit auf das seit Langem bestehende Problem der *Caregiver Discrimination* im Berufsleben gelenkt. Zwar umfasst das deutsche Recht bereits Normen, die Familien und Fürsorgerleistende schützen, eine strukturelle Schlechterstellung verbleibt jedoch. Ein Blick über Deutschlands Grenzen hinaus hat gezeigt, dass andere Staaten hier bereits weiter sind.

- Insbesondere kann die *Caregiver Discrimination* im anderen Rechtskontext diskriminierungsrechtlich weitergehend erfasst werden. In Deutschland ist sie unter Zugrundelegung des hier maßgeblichen AGG in erster Linie als mittelbare Diskriminierung wegen des Geschlechts relevant. Hierdurch verbleiben Schutzlücken, so etwa wenn konsequent Eltern und Pflegende unabhängig von ihrem Geschlecht benachteiligt werden oder sich *Caregiver* des männlichen Geschlechts auf den Diskriminierungsschutz berufen wollen. Auch festigt die alleinige Anerkennung der *Caregiver Discrimination* als mittelbare Diskriminierung von Frauen das Bild, das weibliche Geschlecht und die Fürsorgerleistung seien regelmäßig miteinander zu verknüpfende Merkmale.
- Ein Diskriminierungsschutz für Fürsorgerleistende könnte einiges bewirken. Das insbesondere deswegen, weil ihm Rücksichtnahmepflichten immanent sind, die über das Verbot der unmittelbaren oder mittelbaren Benachteiligung in einem engen Verständnis hinausgehen. Rücksichtnahme kann für fürsorgeleistende Arbeitnehmer*innen beispielsweise eine Berücksichtigung ihrer Verpflichtungen bei der Arbeitszeit bedeuten und so zu mehr Flexibilität oder aber erhöhter Planungssicherheit führen.
- Artikel 11 der Richtlinie 2019/1158 ist seinem Wortlaut nach ein Maßregelungsverbot, da die vorherige Ausübung von Rechten aus der Richtlinie vorausgesetzt wird. Bei engem Verständnis der Norm wird man ihre Anforderungen als bereits durch § 612a BGB erfüllt ansehen können. Dass zukünftig tatsächlich ein enges Verständnis angelegt wird, ist angesichts teilweise weit über den Wortlaut hinausgehender

Auslegung durch den EuGH allerdings nicht gesichert. Auch enthalten Artikel 27 RESC und der hieran angelehnte Artikel 33 Absatz 2 GRCh Anhaltspunkte für einen weiter gehenden Schutzauftrag, als ihn Artikel 11 der Richtlinie 2019/1158 formuliert.

- Aus diesem Grund wird vorgeschlagen, das AGG anzupassen, sodass auch Fürsorgeleistende einen hinreichenden Diskriminierungsschutz erfahren können. Anstatt auf die nicht alle Anwendungsfälle abdeckenden Begriffe der Schwangerschaft, Mutterschaft, Vater- oder Elternschaft abzustellen, sollte ein umfassender Terminus gewählt werden, der an die Fürsorgeleistung als solche anknüpft. Die Fürsorgeverantwortung als Diskriminierungsmerkmal zu normieren, erscheint hier zielführend.
- Um Interessen von Arbeitnehmer*innen und Arbeitgeber*innen gleichermaßen Rechnung tragen zu können, muss weiter gehend ein passendes System der Rechtfertigung von Ungleichbehandlungen etabliert werden. Hier bietet sich eine dem § 10 AGG vergleichbare Regelung an, sodass die Ungleichbehandlung durch ein legitimes Ziel gerechtfertigt sein kann, wenn sie zur Erreichung dieses Ziels angemessen und erforderlich ist.
- Ein entsprechendes Vorgehen hat den entscheidenden Vorteil, dass sich die Kompetenzen der Antidiskriminierungsstelle, welche nach Artikel 15 Richtlinie 2019/1158 auch auf die Diskriminierungen, die unter diese Richtlinie fallen, erweitert werden sollen, ohne weitere gesetzliche Anpassungen auch auf die *Caregiver Discrimination* erstrecken würden. Hierdurch wird nicht nur das Schutzniveau im Einzelfall verstärkt, sondern die mit der Kompetenz einhergehende Öffentlichkeits- und Informationsarbeit der Antidiskriminierungsstelle ist auch geeignet, einen Beitrag zur Beseitigung der strukturellen Schlechterstellung von *Caregivern* im Arbeitsleben zu leisten.
- Maßgebliches Ziel der Richtlinie 2019/1158 ist es auch, die Gleichstellung der Geschlechter zu fördern. Hierzu sieht sie in Artikel 4 einen Vaterschaftsurlaub vor, der so nach deutschem Recht noch nicht existiert. Eine Neuregelung muss auch die Anforderungen an den Kündigungsschutz erfüllen, die Artikel 12 Absatz 2, 3 Richtlinie 2019/1158 aufstellt, insbesondere mit Blick auf die Beweislast sowie die schriftliche Darlegung von Kündigungsgründen.

Das erarbeitete Vorgehen wird noch nicht alle Fragen lösen können. Die Inklusion alternativer Familienmodelle etwa wirft weiterhin Fragen auf, die es im allgemein Zivil-, Arbeits- und Sozialrecht zu lösen gilt. Gleichwohl würden die vorgeschlagenen Maßnahmen, die zum Teil bereits zur Umsetzung der Richtlinie 2019/1158 erforderlich sind, einen entscheidenden Beitrag zur Verbesserung der Work-Life-Balance, zur Vereinbarkeit von Familie und Beruf leisten. Dieses in Politik und Gesellschaft immer wieder formulierte Ziel ist noch lange nicht erreicht. Mit dem hier Vorgeschlagenen würde es ein ganzes Stück näher rücken. Um es einmal vollständig erreichen zu können, erscheint ein entsprechendes Handeln des Gesetzgebers als nächster Schritt alternativlos.

9. Literaturverzeichnis

Binder, Sabrina/Kiehnle, Arndt, „Ehe für alle“ – und Frauen als Väter, in: Neue Zeitschrift für Familienrecht (NZFam), 2017, Seite 742–744.

Bribosia, Emmanuelle/Rorive, Isabelle, Reasonable Accommodation beyond Disability in Europe?, Luxemburg 2013.

Brose, Wiebke, Die Reproduktionsmedizin und der Mutterschutz – Gedanken zu einem zeitgemäßen Mutterschutzrecht, in: Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht (NZA), 2016, Seite 604–608.

Brose, Wiebke/Weth, Stephan/Volk, Annette (Hrsg.), Mutterschutzgesetz und Bundeselterngeld- und Elternzeitgesetz – Kommentar, 9. Auflage, München 2020.

Calliess, Christian/Ruffert, Matthias (Hrsg.), EUV/AEUV – Kommentar, 5. Auflage, München 2016.

Dahm, Katharina, Die neue Richtlinie zur Vereinbarkeit von Beruf und Privatleben für Eltern und pflegende Angehörige – Erforderliche Neuerungen im deutschen Recht, in: Europäische Zeitschrift für Arbeitsrecht (EuZA), 2020, Seite 19–34.

Dahm, Katharina, Die Richtlinie zum Elternurlaub, in: Europäische Zeitschrift für Arbeitsrecht (EuZA), 2011, Seite 30–52.

Dutta, Anatol /Fornasier, Matteo, Jenseits von männlich und weiblich – Menschen mit Varianten der Geschlechtsentwicklung im Arbeitsrecht und öffentlichen Dienstrecht des Bundes, Studie im Auftrag der Antidiskriminierungsstelle des Bundes, Berlin 2020.

Eichenhofer, Eberhard, Angemessene Vorkehrungen als Diskriminierungsdimension im Recht, Rechtsgutachten erstattet für die Antidiskriminierungsstelle des Bundes, Berlin 2018.

Engelhardt, Hanns, Die „Ehe für alle“ und ihre Kinder, in: Neue Zeitschrift für Familienrecht (NZFam), 2017, Seite 1042–1047.

Ernst, Hildegund/Braunroth, Anna/Wascher, Angelika (Hrsg.), Kommentar zum AGG, 2. Auflage, Baden-Baden 2013.

Europäische Kommission, A comparative analysis of non-discrimination law in Europe, Luxemburg 2017.

Franzen, Martin/Gallner, Inken/Oetker, Hartmut (Hrsg.), Kommentar zum europäischen Arbeitsrecht, 3. Auflage, München 2020.

Graue, Bettina, Auswirkungen der Richtlinie 2019/1158/EU zur Vereinbarkeit von Beruf und Privatleben für Eltern und pflegende Angehörige auf das deutsche Arbeitsrecht, in: Zeitschrift für europäisches Sozial- und Arbeitsrecht (ZESAR), 2020, Seite 62–71.

Greiner, Stefan, Familienfreundliches Arbeitsrecht? – Die Erkrankung des Kindes als Gegenstand widersprüchlicher Regelungen, in: Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht (NZA), 2007, Seite 490–495.

Harbarth, Stephan/Thomale, Chris/Weller, Marc-Philippe, Kinder auf Bestellung? Fortpflanzungstourismus: Die Leihmutterchaft als Prüfstein für Ethik und Menschenwürde, in: Frankfurter Allgemeine Zeitung (FAZ) vom 17.8.2017.

Hau, Wolfgang/Poseck, Roman (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 56. Edition (Stand: 1.11.2020), München 2020.

Henssler, Martin/Willemsen, Heinz Josef/Kalb, Heinz-Jürgen (Hrsg.), Arbeitsrecht – Kommentar, 9. Auflage, Köln 2020.

Hromadka, Wolfgang, Möglichkeiten und Grenzen der Änderungskündigung, in: Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht (NZA), 1996, Seite 1–14.

Junker, Abbo, Erwägungsgründe: Unkraut auf dem Beet der europäischen Gesetzgebung?, in: Europäische Zeitschrift für Arbeitsrecht (EuZA), 2020, Seite 141–142.

Junker, Abbo, Arbeitsrecht zwischen Markt und gesellschaftspolitischen Herausforderungen, in: Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht (NZA), 2004, Sonderbeilage zu Heft 16, Seite 3–9.

Kaufmann, Matthias, Anspruch auf Teilzeit. Hafenarbeiterin klagt auf familienfreundliche Arbeitszeiten – und bekommt recht, in: Der Spiegel vom 15.3.2021.

Kiel, Heinrich/Lunk, Stefan/Oetker, Hartmut (Hrsg.), Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, 4. Auflage, München 2018.

Knickrehm, Sabine/Kreikebohm, Ralf/Waltermann, Raimund (Hrsg.), Kommentar zum Sozialrecht, 7. Auflage, München 2021.

Kocher, Eva/Groskreutz, Henning/Nassibi, Ghazaleh/Paschke, Christian/Schulz, Susanne/Welti, Felix/Wenckebach, Johanna/Zimmer, Barbara, Das Recht auf eine selbstbestimmte Erwerbsbiografie. Arbeits- und sozialrechtliche Regulierung für Übergänge im Lebenslauf: Ein Beitrag zu einem Sozialen Recht der Arbeit, Schriften der Hans-Böckler-Stiftung, Band 76, Baden-Baden 2013.

Köppen, Martina, Die Antidiskriminierungsstelle des Bundes – Rückblick und Perspektiven, in: Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht – Beilage (NZA-Beil.), 2008, Seite 91–94.

Meinel, Gernod/Heyn, Judith/Herms, Sascha, Teilzeit- und Befristungsgesetz – Kommentar, 5. Auflage, München 2015.

Meyer, Jürgen/Hölscheidt, Sven (Hrsg.), Charta der Grundrechte der Europäischen Union – Kommentar, 5. Auflage, Baden-Baden 2019.

Müller-Glöge, Rudi/Preis, Ulrich/Schmidt, Ingrid (Hrsg.), Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 21. Auflage, München 2021.

Pechstein, Matthias/Nowak, Carsten/Häde, Ulrich (Hrsg.), Frankfurter Kommentar zu EUV, GRC und AEUV, 1. Auflage, Tübingen 2017.

Richardi, Reinhard/Annuß, Georg, Gesetzliche Neuregelung von Teilzeitarbeit und Befristung, in: Betriebs Berater (BB), 2000, Seite 2201–2205.

Rieble, Volker, Familienschutzdimension des Arbeitsrechts – ein Verteilungsproblem, in: Familienschutz und Familienverträglichkeit des Arbeitsrechts, 2006, Seite 9–34.

v. Roetteken, Torsten (Hrsg.), Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz – Kommentar, 73. Aktualisierung, Berlin 2021.

Rolf, Christian/Giesen, Richard/Kreikebohn, Rald/Meßling, Miriam/Udsching, Peter (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar zum Arbeitsrecht, 58. Edition (Stand: 1.12.2020), München 2020.

Rolfs, Christian, Vereinbarkeit von Familie und Beruf – Deutsches Arbeitsrecht, in: Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht – Beilage (NZA-Beil.), 2004, Seite 53–58.

Roßbach, Henrik, Ein Marshallplan für Familien, in: Süddeutsche Zeitung (SZ) vom 21.3.2021.

Säcker, Franz Jürgen/Rixecker, Roland/Oetker, Hartmut/Limperg, Bettina (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 5, 8. Auflage, München 2020.

Schmitz, Thorsten, „Mutter, Mutter, Kind“, in: Süddeutsche Zeitung (SZ) vom 4.2.2021.

v. Staudinger, Julius (Begr.), J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 2: Recht der Schuldverhältnisse §§ 611–613 (Dienstvertrag und Arbeitsvertrag), Neubearbeitung 2020, Berlin 2020.

v. Staudinger, Julius (Begr.), J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 2: Recht der Schuldverhältnisse §§ 614–619 (Dienstvertrag und Arbeitsvertrag), Neubearbeitung 2019, Berlin 2019.

Stein, Andreas, Angemessene Vorkehrungen am Arbeitsplatz – auch für Fragen der Religion und Weltanschauung?, in: Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht (NZA), 2014, Seite 1053–1057.

Streinz, Rudolf (Hrsg.), Beck'scher Kurzkommentar zu EUV/AEUV, 3. Auflage, München 2018.

Stoye, Stefanie/Thoma, Nicole, Neue EU-Gesetzgebung zur Work-Life-Balance, in: Zeitschrift für europäisches Sozial- und Arbeitsrecht (ZESAR), 2020, Seite 10–18.

Szent-Ivanyi, Tim, Studie: Pflegende Frauen öfter in Teilzeit als pflegende Männer, in: Redaktionsnetzwerk Deutschland (RND) vom 25.12.2020.

Thomas Calvert, Cynthia, Caregivers in the Workplace, WorkLife Law, UC Hastings College of the Law, University of California, Hastings 2016.

Thüsing, Gregor, Gedanken zur Effizienz arbeitsrechtlicher Diskriminierungsverbote, in: Recht der Arbeit (RdA), 2003, Seite 257–264.

Thüsing, Gregor, Der Fortschritt des Diskriminierungsschutzes im Europäischen Arbeitsrecht. Anmerkungen zu den Richtlinien 2000/43/EG und 2000/78/EG, in: Zeitschrift für Arbeitsrecht (ZfA), 2001, Seite 397–418.

Thüsing, Gregor/Bleckmann, Lena, Lehren aus der Pandemie: Warum wir mehr tun müssen zur Vereinbarkeit von Familie und Beruf – aber nicht jeder Vorschlag hilft, in: juris – Die Monatszeitschrift 2021, Seite 148–155.

Thüsing, Gregor/Flink, Maike/Jänsch, Melanie, Arbeitszeiterfassung als europarechtliche Pflicht, in: Zeitschrift für Arbeitsrecht (ZfA), 2019, Seite 456–485.

Treichel, Stefan, Zur Notwendigkeit einer Umsetzung der Vereinbarkeitsrichtlinie 2019/1158 vom 20. Juni 2019 in das geltende Arbeits- und Sozialrecht, Berlin 2021.

Vickers, Lucy, Religion und Weltanschauung in der Beschäftigung – das EU-Recht, Luxemburg 2007.

Voßkuhler, Birgit, Familienarbeitsrecht als Motor des gesellschaftlichen Wandels?, in: Recht der Arbeit (RdA), 2019, Seite 121–125.

Wenckebach, Johanna, Anmerkung zu EuGH, Urteil vom 18.9.2019 – C-366/18, in: Zeitschrift für europäisches Sozial- und Arbeitsrecht (ZESAR), 2020, Seite 230–238.

Impressum

Diese Publikation ist Teil der Öffentlichkeitsarbeit der Antidiskriminierungsstelle des Bundes; sie wird kostenlos abgegeben und ist nicht zum Verkauf bestimmt.

Herausgeberin:

Antidiskriminierungsstelle des Bundes
11018 Berlin

www.antidiskriminierungsstelle.de

Autor*innen:

Prof. Dr. Gregor Thüsing LL.M. (Harvard)
Lena Bleckmann

Kontakt:

Servicebüro der Antidiskriminierungsstelle des Bundes
Telefonische Beratung: Montag bis Donnerstag 9–15 Uhr
Tel.: 0800 546 546 5

E-Mail: beratung@ads.bund.de

Allgemeine Anfragen:

E-Mail: poststelle@ads.bund.de

Satz & Layout: www.zweiband.de

Druck: MKL Druck GmbH & Co. KG

Stand: Juli 2021

Alle Rechte vorbehalten. Auch die fotomechanische Vervielfältigung des Werkes (Fotokopie/Mikrokopie) oder von Teilen daraus bedarf der vorherigen Zustimmung der Antidiskriminierungsstelle des Bundes.

Die Diskussion über die Vereinbarkeit von Familie und Beruf währt seit Jahren und gewinnt an Bedeutung. Das deutsche Arbeits- und Sozialrecht enthält einige die Familie schützende Vorschriften, und doch sehen sich Personen, die familiäre Fürsorgeverantwortung tragen, im Arbeitsleben häufig Nachteilen ausgesetzt. Diese Problemstellung und insbesondere die damit einhergehende überproportionale Belastung von Frauen hat auch die EU-Richtlinie 2019/1158 im Blick.

Die Stellungnahme setzt sich mit der Frage auseinander, wie die sogenannte *Caregiver Discrimination* bereits jetzt rechtlich erfasst werden kann, welche Defizite beim Schutz der Betroffenen bestehen und inwiefern hieraus sowie aus den Vorgaben der umzusetzenden Richtlinie Änderungsbedarf folgt. Im Fokus steht auch, welche Rolle die Antidiskriminierungsstelle des Bundes bei der Beratung und Unterstützung von diskriminierten Fürsorgerleistenden spielt und zukünftig spielen muss. Weiterhin wird der Umsetzungsbedarf im Rahmen des Vaterschaftsurlaubs näher beleuchtet.