

**Familienschutz und Familienverträglichkeit des
Arbeitsrechts**



ZAAR Schriftenreihe

Herausgegeben von Volker Rieble und Abbo Junker

Band 9

Familienschutz und Familienverträglichkeit des Arbeitsrechts

3. Ludwigsburger Rechtsgespräch

ZAAR Verlag München 2007

Bibliographische Information Der Deutschen Bibliothek

Die Deutsche Bibliothek verzeichnet diese Publikation
in der Deutschen Nationalbibliographie;
detaillierte bibliographische Daten sind im Internet über
<http://dnb.ddb.de> abrufbar.

Alle Rechte vorbehalten

© 2007 Zentrum für Arbeitsbeziehungen und Arbeitsrecht
Infanteriestraße 8 | 80797 München
www.zaar.uni-muenchen.de | info@kaar.uni-muenchen.de

Druck: Lipp GmbH Graphische Betriebe
Gedruckt auf säurefreiem und chlorfrei gebleichtem Papier

Printed in Germany

ISSN 1863-0847
ISBN 978-3-939671-00-8

Vorwort

Die Deutschen sterben aus und Deutschland will etwas dagegen tun. Dazu soll den Familien eine neue Transferleistung, das Elterngeld, zukommen. Lange schon gibt es Appelle an die Arbeitgeber die Vereinbarkeit von Familie und Beruf zu fördern, vor allem durch familienfreundliche Arbeitszeitmodelle. In- des geht es nicht nur um „weiche Unternehmenskultur“; das Arbeitsrecht muß sich „hart“ fragen lassen, inwieweit seine Regelungen familienverträglich sind – oder ob diese nicht umgekehrt Mütter und Väter als Arbeitnehmer belasten. Das gilt insbesondere für Unkündbarkeitsregeln zugunsten älterer Arbeit- nehmer, deren Kinder typischerweise „aus dem Haus“ sind, die wie die Sozial- auswahl des § 1 Abs. 3 KSchG dazu führen können, daß bevorzugt junge Arbeitnehmer mit Kindern Opfer einer Entlassung werden. Neben der Frage, ob das Arbeitsrecht familienfeindliche Lastwirkungen auslöst, verdient die Familienförderung gewisse Beachtung: Kann, soll und darf das Arbeitsrecht Mütter und Väter im Verhältnis zu kinderlosen Arbeitnehmern besserstellen? Insofern geht es auch darum, das „Familienarbeitsrecht“ aus seiner weichen Ecke zu befreien und zu einem arbeitsrechtlichen Generalthema zu machen. Diesen Fragen ging das ZAAR gemeinsam mit dem Tübinger Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Handels-, Wirtschafts- und Arbeitsrecht mit dem 3. Ludwigsburger Rechtsgespräch nach.

München, Juli 2007

Professor Dr. Volker Rieble

Professor Dr. Hermann Reichold

Professor Dr. Abbo Junker

Inhaltsübersicht

Seite

Vorwort	5
Inhaltsübersicht	7

§ 1 Familienschutzdimension des Arbeitsrechts – ein Verteilungsproblem

A. Referat Volker Rieble	10
I. Familienschutz im Arbeitsrecht – Grundlage	10
II. Familienschutz im Arbeitsrecht – das Verteilungsproblem	18
III. Insbesondere: Verwässerungseffekte	21
IV. Unzulänglichkeit kollektiver Interessenrepräsentation	22
V. Fazit	24
B. Diskussion	25

§ 2 Familienförderung durch Arbeitgeber und Tarifparteien: Rahmenbedingungen und Anreizsysteme

A. Referat Marita Körner	36
I. Einleitung	36
II. Gesellschaftspolitischer Hintergrund	37
III. Die Bedürfnisse berufstätiger Eltern	38
IV. Die Akteure	38
V. Lösung des Vereinbarkeitsproblems durch Arbeitszeitkonten?	48
VI. Zwei Seiten einer Medaille: Vereinbarkeits- und Gleichstellungsmaßnahmen	51
VII. Fazit	52
B. Diskussion	54

§ 3 Familien und arbeitsrechtlicher Diskriminierungsschutz

A. Referat Martina Benecke	62
I. Einleitung	62
II. Familien und die Diskriminierungsverbote des AGG	63
III. System des Diskriminierungsschutzes des AGG	65
IV. Gesetzlicher Diskriminierungsschutz und Familienschutz	69
V. Zusammenfassung in Thesen	76

B. Diskussion	77
----------------------------	----

§ 4 Familie und arbeitsrechtlicher Bestandsschutz

A. Referat Kerstin Strick	80
I. Einleitung	80
II. Zur geltenden Rechtslage	83
III. Rechtspolitische Überlegungen	92
B. Diskussion	95

§ 5 Familienrechtliche Fern- und Folgewirkungen des Arbeitsrechts

A. Referat Dagmar Kaiser	106
I. Arbeitnehmer-Ehegatte: Grundlegende Unterschiede zwischen Arbeits- und Familienrecht	106
II. Unterhaltsschuldner: Verlust des Arbeitsplatzes	107
III. Erwerbsobliegenheit des Unterhaltsgläubigers	114
IV. Abfindungen wegen Beendigung des Arbeitsverhältnisses	119
V. Zusammenfassung	123
B. Diskussion	125
Abkürzungsverzeichnis	131
Sachregister	134

§ 1 Familienschutzdimension des Arbeitsrechts – ein Verteilungsproblem

Rn.

A. Referat Volker Rieble	1
I. Familienschutz im Arbeitsrecht – Grundlage	1
1. Familienschutz als Rechtsfrage im Arbeitsrecht	1
2. Befund	3
3. Arbeitnehmerschutz der „Privatangelegenheit“ Kind?	14
II. Familienschutz im Arbeitsrecht – das Verteilungsproblem	28
III. Insbesondere: Verwässerungseffekte	36
IV. Unzulänglichkeit kollektiver Interessenrepräsentation	43
V. Fazit	50
B. Diskussion	50

A. Referat Volker Rieble***I. Familienschutz im Arbeitsrecht – Grundlage****1. Familienschutz als Rechtsfrage im Arbeitsrecht**

- 1 Vereinbarkeit von Beruf und Familie ist ein Modethema. In erster Linie geht es darum, den Arbeitgebern nahezu legen, mit einer familienfreundlichen Arbeitsorganisation mehr Rücksicht auf die Arbeitnehmer mit Kindern in ihrer speziellen Lebenssituation zu nehmen¹. Daß Unternehmen solche freiwilligen Schritte gehen dürfen, steht außer Frage; rechtlich problematisch wird das erst, wenn solche Familienfreundlichkeit zu Lasten anderer Arbeitnehmer geht, die etwa zu unerfreulichen Arbeitszeiten arbeiten sollen. Das Hauptaugenmerk jener politischen Strömung zielt auf Überzeugungsarbeit: Unternehmen sollen begreifen, daß familienpolitisches Engagement sich für sie „lohnt“. Der Gewinn liegt personalwirtschaftlich in der Steigerung der Arbeitgeber-Attraktivität, die es ihrerseits ermöglicht, Mitarbeiter stärker an das Unternehmen zu binden und leichter qualifiziertes Personal zu gewinnen; auch sollen die Frauen als Arbeitskräftepotential entdeckt werden. Ein Familienaudit wie das der Hertie-Stiftung² kann auch werbewirksam für Kunden sein. Kurz: Es geht um eine „win-win-Situation“ für die Familien einerseits und die Unternehmen andererseits.
- 2 Dabei bleibt eine wesentliche und rechtliche Frage außer Betracht: Wie ist es um die arbeitsrechtliche Dimension der Vereinbarkeit von Familie und Beruf bestellt? Schützt das Arbeitsrecht Kinder und ihre Eltern effektiv und wie weit kann dieser Schutz gehen? Im Steuer- und Sozialrecht ist diese Diskussion schon weiter gediehen³. Eine spezifisch arbeitsrechtliche Diskussion um die Rechtsstellung von Eltern findet praktisch nicht statt.

Der Einigungsvertrag enthält insofern einen schnöden Programmsatz. Nach seinem Art. 31 Abs. 2 ist es Aufgabe des Gesetzgebers, „die Rechtslage unter dem Gesichtspunkt der Vereinbarkeit von Familie und Beruf zu gestalten.“ Das Grundgesetz ent-

* Professor Dr. Volker Rieble, Zentrum für Arbeitsbeziehungen und Arbeitsrecht, München.

1 Statt vieler *Becker*, AuA 2002, 292; *Botsch/Lindecke/Wagner*, Familienfreundlicher Betrieb – Ein Blick in die Praxis, WSI-Mitteilungen 2006, 485; *Hanau*, Gebremster Schub im Arbeitsrecht, NJW 2002, 1240; *Kirchhof/Schmidt*, Familienpolitik für eine lebendige Gesellschaft (2004); *Klenner*, Balance von Beruf und Familie – Ein Kriterium guter Arbeit, WSI-Mitteilungen 2005, 207; *Rohde*, Die Quadratur des Kreises, AiB 2007, 33; *Schmidt-Rudloff*, Arbeitswelt und Familie, Personalführung 2004, 95; *Sowka*, Der Erziehungsurlaub nach neuem Recht – Rechtslage ab 1.1.2001, NZA 2000, 185; *Wagner*, Familienfreundliche Maßnahmen – Erfahrungen aus der Praxis, Bundesarbeitsblatt 2005, 11: kritisch *Junker*, Arbeitsrecht zwischen Markt und gesellschaftspolitischen Herausforderungen, Gutachten für den 65. Dt. Juristentag (2004), B 97 ff.; *Rieble/Klump*, Arbeitsrecht zwischen Markt und gesellschaftspolitischen Herausforderungen, JZ 2004, 817; im Netz: <http://www.erfolgsfaktor-familie.de/> zuletzt abgerufen am 13.9.2007. Weitere Links: http://www.sozialpolitik-aktuell.de/berichte_familie.shtml, zuletzt abgerufen am 1.10.2007

2 <http://www.beruf-und-familie.de>, zuletzt abgerufen am 19.09.2007.

3 Etwa *Brosius-Gersdorf*, Elterngeld und steuerliche Absetzbarkeit von Kinderbetreuungskosten, JZ 2007, 326; *Schön*, Die Kinderbetreuung, das BVerfG und der Entwurf eines Gesetzes zur Familienförderung, DStR 1999, 1677; *Hey*, Der neue Abzug für Kinderbetreuungskosten, NJW 2006, 2001.

hält keine spezifische Schutzverpflichtung; Art. 6 Abs. 1 hat anders als Abs. 4 keine berufsbezogene Dimension und kommt im Arbeitsrecht nur im Wege der mittelbaren Drittwirkung⁴ zur Geltung. Auch die EU-Grundrechtecharta bleibt in Art. 33 seltsam blaß: Unter der Überschrift „Familien- und Berufsleben“ wird programmatisch in Abs. 1 der rechtliche, wirtschaftliche und soziale Schutz der Familie gewährleistet. Konkreter ist Abs. 2 mit den Individualrechten auf Schutz vor Entlassung aus einem mit der Mutterschaft zusammenhängenden Grund sowie dem Anspruch auf einen bezahlten Mutterschaftsurlaub und auf einen Elternurlaub nach Geburt oder Adoption eines Kindes.

2. Befund

Kinder selbst sind praktisch kein Schutzgut des Arbeitsrechts. Sie dürfen wegen des Kinderarbeitsverbotes⁵ nicht oder nur ausnahmsweise arbeiten. Das Jugendarbeitsschutzrecht schützt arbeitende Jugendliche; das Berufsbildungsgesetz Auszubildende, die oftmals jugendlich sind.

Kinder geraten dem Arbeitsrechtler als Arbeitnehmerkinder in den Blick: Das Arbeitsrecht verschafft Arbeitnehmern mit Kindern besondere Rechte im Interesse gerade auch der Kinder. Das geschieht in einer Reihe von Einzelnormen, die die familiären Lasten der Arbeitnehmer punktuell berücksichtigen. Kern ist der Mutterschutz mit Arbeitsbefreiung und Kündigungsverbot. Hinzu kommt der Anspruch auf Elternzeit, um die Betreuung des Kindes zu ermöglichen⁶ (nebst Sonderkündigungsschutz, § 18 BEEG), auch in Form eines Teilzeitananspruches (§ 15 Abs. 5 bis 7 BEEG), und schließlich eine gewisse Berücksichtigung der Kindesbedingten Unterhaltslasten zugunsten des Elternteiles im Rahmen der Sozialauswahl des § 1 Abs. 3 KSchG.

Eine besondere **Arbeitszeitlege** können Eltern nur ausnahmsweise durchsetzen: 5

- Nach § 6 Abs. 4 lit b ArbZG den Wechsel von der Nacht- in die Tagarbeit, wenn im Haushalt des Arbeitnehmers ein Kind unter 12 Jahren lebt und dieses nicht von einer anderen im Haushalt lebenden Person betreut werden kann.
- Nach § 106 GewO i.V.m. § 315 BGB im Rahmen der allgemeinen Ermessenskontrolle, auch wenn das Kind keine Behinderung des Arbeitnehmers (§ 106

4 *Badura*, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz (Stand 02/2007), Art. 6 GG Rn. 73 ff., 169 ff.; *Pieroth*, in: Jarass/Pieroth, Grundgesetz, 8. Aufl. (2006), Art. 6 Rn. 13; *Robbers*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Grundgesetz, 5. Aufl. (2005), Art. 6 Rn. 101 ff. Im übrigen ist nur der Gesetzgeber gehalten Familie und Erwerbstätigkeit miteinander vereinbar zu gestalten, BVerfGE 88 203, 260; *Schmitt-Kammler*, in: Sachs, Grundgesetz, 3. Aufl. (2003), Art. 6 Rn. 42.

5 §§ 5, 2 Abs. 1 JArbSchG; historischer Ausgangspunkt ist das „Regulativ über die Beschäftigung jugendlicher Arbeiter in Fabriken“ (sog. Preußisches Regulativ) vom 9.3.1839, das die Beschäftigung von Kindern unter neun Jahren in Fabriken, Berg-, Hütten- und Pochwerken verboten hat. Entsprechende Verbote enthalten auch Art. 32 der Europäischen Grundrechtecharta bzw. Art. II-92 EVV und die ILO-Übereinkommen 138 und 182.

6 BAG vom 2.2.2006 – 2 AZR 596/04 – NZA 2006, 678 = EzA § 18 BErzGG Nr. 8 = AP Nr 10 zu § 18 BErzGG.

Satz 3 GewO) ist, die Betreuungsbedürfnisse vielmehr als allgemeiner Gesichtspunkt in die Ermessensausübung einfließen.

- Nur beschränkt im Rahmen des Eltern(teil)zeitananspruches nach § 15 Abs. 5 und 7 BEEG⁷, nämlich nur über die Bindung des Arbeitgeberdirektionsrechts nach § 315 Abs. 3 BGB, weswegen Eltern mitunter auf den allgemeinen Teilzeitananspruch des § 8 TzBfG ausweichen⁸.
 - Bei der Urlaubslage nach der allgemeinen Vorschrift des § 7 Abs. 1, 3 BUrlG (Elternschaft als sozialer Belang⁹); die Urlaubsregelung des § 17 BEEG enthält keine Aussage zur Urlaubslage der Eltern.
- 6 Flankiert wird dies durch die auf § 275 Abs. 3 BGB zu stützende Arbeitsbefreiung (ohne Entgeltfortzahlung) bei Pflege eines erkrankten Kindes, die § 45 Abs. 3 S. 1 SGB V voraussetzt¹⁰. Die Koalition will nun einen allgemeinen Anspruch auf – teilweise bezahlten oder unbezahlten – Pflegeurlaub einführen, nicht nur für die Pflege erkrankter Kinder, sondern für Angehörige¹¹.
- 7 Der Entwurf eines ArbVG von *Henssler/Preis*¹² geht deutlich weiter: Eltern des erkrankten Kindes sollen nicht nur Arbeitsbefreiung (§ 33 Abs. 1 Nr. 2 lit c) sondern auch eine Entgeltfortzahlung für eine Woche im Kalenderjahr (§ 59), also einen Anspruch auf bezahlte Pflegezeit erhalten. Dabei ist trotz der Überschrift „Kinderbetreuung und Pflege naher Angehöriger“ nicht nur nicht klar, wer nahe Angehörige im Sinne der „auf Dauer in häuslicher Gemeinschaft lebenden Partner“ sind. Ebenso wenig sagt der Entwurf, was ein „Kind“ ist – neben leiblichen Kindern auch Enkelkinder, Stief- und Pflegekinder?¹³ Noch weiter ging der Entwurf des Arbeitskreises

7 BAG vom 9.5.2006 – 9 AZR 278/05 – NZA 2006, 1413 = AP Nr. 47 zu § 15 BErzGG; jüngst LAG Schleswig-Holstein vom 12.6.2007 – 5 Sa 83/07, das entschieden hat, ein Anspruch auf reduzierte Arbeitszeit außerhalb der regulären bzw. betriebsüblichen Arbeitszeiten bestehe nicht – anders als bei einem Antrag auf „schlichte“ Vormittags- oder Nachmittagstätigkeit.

8 Zum Verhältnis beider Ansprüche *Rudolf/Rudolf*, Zum Verhältnis der Teilzeitanprüche nach § 15 BErzGG, § 8 TzBfG, NZA 2002, 602; *Hamann*, Der Anspruch auf Reduzierung der Arbeitszeit, BB Beilage 2005, Nr. 16, S. 2, 12; *Reiserer/Penner*, Teilzeitarbeit in der Elternzeit – Ablehnung aus dringenden betrieblichen Gründen nach § 15 BErzGG, BB 2002, 1962, 1964.

9 ErfK/Dörner, 6. Aufl. (2006), § 7 BUrlG Rn. 26; *Neumann/Fenski*, Bundesurlaubsgesetz, 9. Aufl. (2003), § 7 Rn. 16 f.; zur Problematik der Wertigkeit unterschiedlicher Arbeitnehmerinteressen *Friese*, Urlaubsrecht (2003), Rn. 209; *Leinemann/Linck*, Urlaubsrecht, 2. Aufl. (2001), § 7 Rn. 43 ff.

10 Vgl. BAG vom 21.5.1992 – 2 AZR 10/92 – EzA § 1 KSchG Verhaltensbedingte Kündigung Nr. 43 = AP Nr. 29 zu § 1 KSchG 1969 Verhaltensbedingte Kündigung = NZA 1993, 115.

11 Bundesministerium für Gesundheit: Reform zur nachhaltigen Weiterentwicklung der Pflegeversicherung vom 19.9.2007, [www.bmg.bund.de/cln_041/nn_600110/DE/Themenschwerpunkte/ Pflegeversicherung/pflegereform-download,templateId=raw,property=publicationFile.pdf/pflege-reform-download.pdf](http://www.bmg.bund.de/cln_041/nn_600110/DE/Themenschwerpunkte/Pflegeversicherung/pflegereform-download,templateId=raw,property=publicationFile.pdf/pflege-reform-download.pdf), zuletzt abgerufen am 26.9.2007; Referentenentwurf: Entwurf eines Gesetzes zur strukturellen Weiterentwicklung der Pflegeversicherung (Pflege-Weiterentwicklungsgesetz, PFWG) mit Art. 2: Gesetz zur Förderung der häuslichen Pflege naher Angehöriger (Pflegezeitgesetz, PflegeZG) vom 10.9.2007, http://www.bmg.bund.de/cln_041/nn_600148/SharedDocs/Gesetzes-texte/Entwuerfe/PfWG-E,templateId=raw,property=publicationFile.pdf/PfWG-E.pdf, zuletzt abgerufen am 26.9.2007.

12 Abgedruckt etwa in NZA 2006 Beilage 23.

13 Interessanterweise definiert jener Entwurf das Kind an anderer Stelle – für die Elternzeit in § 101; hier fehlt systematisierende Kraft.

„Deutsche Rechtseinheit“, der in § 127 sogar einen Einstellungsvorrang für Rückkehrer(innen) aus der Familienphase vorgesehen hat¹⁴.

Einen **eigenständigen Diskriminierungsschutz** von Müttern und Vätern bei Einstellung, Beförderung oder Entlassung gibt es nicht; das AGG greift die Elternschaft als Diskriminierungsmerkmal nicht auf¹⁵. **8**

Kollektivrechtlich enthält das BetrVG schwache Vorgaben. § 80 Abs. 1 Nr. 2b weist dem Betriebsrat die allgemeine Aufgabe zu, „die Vereinbarkeit von Familie und Erwerbstätigkeit zu fördern“; besondere Rechte sind hieran nicht geknüpft. Auch ist diese Aufgabe neben den anderen nicht von Priorität. Der Betriebsrat kann diesen Aspekt nur im Rahmen seiner „normalen“ Mitbestimmungsrechte etwa über die Arbeitszeit (§ 87 Abs. 1 Nr. 2 und 3 BetrVG) oder bei Personalauswahlrichtlinien nach § 95 Abs. 1 und 2 BetrVG (als sozialer Belang) geltend machen. § 96 Abs. 2 Satz 2 BetrVG gibt den Betriebspartnern auf, bei der Berufsbildung darauf zu achten, daß „Arbeitnehmer mit Familienpflichten“ (gleichrangig mit Älteren und Teilzeitern) an Bildungsmaßnahmen teilnehmen können. **9**

Tarifverträge können familienfreundliche Regelungen als Teil familienfreundlicher Arbeitsbedingungen regeln: Stets muß ein Bezug zum Individualarbeitsverhältnis bestehen¹⁶. Dabei wäre es – theoretisch – sogar möglich, dem Kinde eigene Rechte zuzuweisen, solange dies im Interesse des Arbeitnehmers liegt, durch Tarifnorm zugunsten Dritter. Schließlich können über die Betriebsnormen der §§ 4 Abs. 1 Satz 2, 3 Abs. 2 BetrVG insbesondere Werkskindergärten und andere Betreuungseinrichtungen geschaffen werden. Gemeinsame Einrichtungen i.S.v. § 4 Abs. 2 TVG könnten familienfreundliche Verbund-Systeme auch für kleine und mittlere Unternehmen mit begrenzter Leistungsfähigkeit bereithalten¹⁷. Indes: All dies geschieht nicht oder kaum¹⁸ – selbst Sonderurlaubsregeln finden sich nur selten¹⁹. Familienorientierung ist kein Wesenszug der Tarifpolitik. Das liegt einmal daran, daß Mütter und Väter in ihrer Familienphase typischerweise wenig Kraft und Interesse an der Mitwirkung in der gewerkschaftlichen Willensbildung haben; zudem ist ein solcher **10**

14 Hanau, Der Entwurf eines Arbeitsvertragsgesetzes des Arbeitskreises „Deutsche Rechtseinheit“ aus heutiger Sicht, FS Richardi (2007) S. 247, 250 f.

15 Dazu den Beitrag von Benecke, Familien und arbeitsrechtlicher Bestandsschutz, in diesem Band, S. 61 ff.

16 Löwisch/Rieble TVG, 2. Aufl. (2004) § 1 Rn. 33 ff.

17 Zu den rechtlichen Instrumentarien: Kaiser, Erziehungs- und Elternurlaub in Verbundsystemen kleiner und mittlerer Unternehmen (1993).

18 Vgl. den Überblick Stolz-Willig, Tarifliche Elternurlaubsregelungen, WSI-Arbeitsmaterialien Nr. 28 (1991); Bäcker/Stolz-Willig, Betriebliche Maßnahmen zur Unterstützung pflegender Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer, Schriftenreihe des Bundesministeriums für Familie, Senioren, Frauen und Jugend, Band 106.2 (1997), S. 57 f.; insbesondere die Entscheidung LAG Düsseldorf vom 20.3.2007 – 3 Sa 30/07 (Revision eingelegt 9 AZR 371/07) – führt vor Augen, daß es trotz § 8 Abs. 1 Nr. 5 des Manteltarifvertrags für die Chemische Industrie (MTV) für die Pflege der Familie an tariflichen Regelungen fehlt.

19 Vgl. BAG vom 12.1.1989 – 8 AZR 251/88 – EzA § 50 BAT Nr. 1 = AP Nr. 14 zu § 50 BAT für den früheren § 50 Abs. 2 BAT; Kaiser, Anspruch auf Teilzeitbeschäftigung wegen Kindererziehung gem § 15b Abs 1 Unterabs. 1 lit a BAT | ZTR 1996, 107.

Schwerpunkt für Gewerkschaften nur interessant, wenn Tariferfolge Mitgliedschaften bringen.

- 11 Ein geschlossenes Konzept eines familienfreundlichen Arbeitsrechts steht nicht dahinter. Das belegen die unterschiedlichen Begriffe in diesen Normen. Auch fehlt eine grundsätzliche Regelungsidee, die den Drittschutz für Arbeitnehmerkinder in das System des Arbeitsrechtsschutzes einbettet.
- 12 Familienfreundlicher ist immer schon die Beamtenversorgung, doch verpflichtet der Staat sich als Arbeitgeber hier vielfach über die hergebrachten Grundsätze des Berufsbeamtentums hinaus selbst²⁰ – außerdem ist das Beamtenrecht von Fürsorge und Alimentation geprägt.
- 13 Auf der anderen Seite gibt es keine besonderen Pflichten für Arbeitnehmer, deren Berufstätigkeit Kindern dient: Erzieherinnen (und Erzieher) in Horten und Kindergärten, Lehrer in Schulen genießen normale Arbeitnehmerrechte und nehmen diese durchaus auch auf Kosten der Kinder wahr: So finden Lehrerweiterbildungen vielfach während des Schulunterrichts statt, eine besondere Flexibilitätsverpflichtung – etwa zu Überstunden, um eine verlässliche Kinderbetreuung sicherzustellen – ordnet der Gesetzgeber nicht an; vielmehr ist dies dem Arbeitgeber im Rahmen der allgemeinen Flexibilitätsvorgaben und Grenzen²¹ überlassen, der mit solchen Konzepten keinen Widerstand der Arbeitsgerichte zu befürchten hat. Arbeitgeberprivilegien für die Arbeit mit Kindern gibt es nicht; insbesondere unterfallen solche Betriebe keinem besonderen Tendenzschutz. Der allgemeine Tendenzschutz greift nur aber immerhin für Unternehmen und Betriebe mit erzieherischen Zwecken, insbesondere also für Schulen. Ob eine Kinderbetreuungseinrichtung stets erzieherische Zwecke verfolgt, wird man bezweifeln dürfen. Immerhin kann eine Kinderbetreuerin einen Teilzeitwunsch nach § 8 TzBfG dann nicht durchsetzen, wenn das pädagogische Konzept der Einrichtung eine durchgängige Betreuung erfordert²². **Nur in einem Punkt belastet das Arbeitsrecht Arbeitnehmer im Kinderinteresse:** Die Vertretungskraft für einen Arbeitnehmer in Elternzeit kann nach § 21 BEEG befristet beschäftigt werden.

3. Arbeitnehmerschutz der „Privatangelegenheit“ Kind?

- 14 Familienschutz im Arbeitsrecht ist arbeitnehmerzentriert. Das ist aus Sicht des Arbeitsrechtes nur konsequent – Arbeitsrecht dient dem Arbeitnehmerschutz. Kinder sind originäres Schutzgut des Familienrechts und des Sozialrechts. Den Arbeitgeber trifft keine allgemeine vom Arbeitsverhältnis losgelöste familienpolitische Verantwortung.

20 *Battis*, in: Sachs, Grundgesetz, 3. Aufl. (2002), Art. 33 Rn. 72; *Bauschke*, Arbeitnehmer und Beamte – traditionelle Trennung und aktuelle Berührungen, in: Festschrift für Walther Fürst (2002), S. 57; *Pechstein*, Familiengerechte Besoldung als Verfassungsgebot, ZBR 2000, 1.

21 Etwa BAG vom 7.12.2005 – 5 AZR 535/04 – NZA 2006, 423 = EzA § 12 TzBfG Nr. 2 = AP Nr. 4 zu § 12 TzBfG; vgl. auch BAG vom 23.11.2000 – 2 AZR 533/99 – EzA § 1 KSchG Soziale Auswahl Nr. 46 = AP Nr. 114 zu § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung = NZA 2001, 601.

22 BAG vom 19.8.2003 – 9 AZR 542/02 – EzA § 8 TzBfG Nr. 4 = AP TzBfG § 8 Nr. 4 = ArbU 2003, 350.

Das Arbeitsrecht nimmt also jene Eltern in den Blick, die als Arbeitnehmer wegen ihrer Verantwortung für Kinder vom Arbeitgeber Rücksichtnahme auf ihre familiäre Situation begehren. Die Frage, was „Familie“ bedeutet, ob neben der verpflichtenden Ehe auch die gleichfalls verpflichtende Lebenspartnerschaft oder auch nur unverbindliche Gefährtschaften oder auch nur das Zusammenleben von Angehörigen in einem Haushalt verstanden wird²³, ist für mich nicht das Thema. Es geht ausschließlich um die kinderbezogene Familienschutzdimension im Arbeitsrecht. **15**

Das Arbeitsrecht hat sich für diese Privatsache des Arbeitnehmers zunächst nicht zu interessieren. Weder darf das Arbeitsrecht darauf schauen, daß jemand keine Kinder hat – man denke nur an die unzulässige Frage nach der Schwangerschaft²⁴ – noch darf das Arbeitsrecht umgekehrt die Elternschaft als solche belohnen. Ein gesetzlicher Einstellungsvorrang für Eltern, die dem deutschen Volk durch mindestens zwei Geburten gedient haben, wäre schlechthin unzulässig. **16**

Weswegen also soll das Arbeitsrecht Familien schützen? Zu rechtfertigen ist das nur über den Arbeitnehmer als Bindeglied. Familienschutz im Arbeitsrecht kann nur Arbeitnehmerschutz sein, vermittelt also durch das individuelle (wenngleich typisierbare) Interesse des Arbeitnehmers an der Rücksichtnahme des Arbeitgebers auf seine familiäre Bindung. Besonders in Arbeitszeitfragen läßt sich diese Rücksichtnahme dadurch erklären, daß der Arbeitnehmer seine Dienste in Person zu leisten hat, weswegen familiären Obhuts- und Pflegepflichten (kurz: die Personensorge) in Widerstreit mit der Arbeitspflicht geraten können. Der Arbeitnehmer kann nicht an zwei Orten zugleich sein. Immerhin läßt sich mitunter fragen, ob der Arbeitnehmer sich „zu Hause vertreten“ lassen muß, wenn ihm das möglich ist. So verlangt § 6 Abs. 4 Satz 1 lit b ArbZG für den Anspruch auf Umsetzung von der Nacht- in die Tagarbeit, daß das Kind „nicht von einer anderen im Haushalt lebenden Person versorgt werden kann“. Der Anspruch auf Elternzeit nach § 15 BEEG hingegen gewährt den Eltern Wahlfreiheit. § 4 BEEG setzt nur einen Anreiz für den Väterurlaub. **17**

Jede Familienrechtslast, die den Arbeitgeber unabhängig von einem nachweislichen konkreten oder typisierten Schutzbedürfnis des Arbeitnehmers in Ansehung seiner Kinder auferlegt würde, ist der Sache nach kein Arbeitsrecht mehr – sondern Auferlegung einer sozialstaatlichen Aufgabe. Das heißt freilich nicht, daß solche „Soziallasten“ schlechthin unzulässig wären. So muß der Arbeitgeber auf Wehr- und Zivildienst des Arbeitnehmers Rücksicht nehmen²⁵; Entgeltfortzahlung für Helfer des Technischen Hilfswerkes im Einsatz leisten und erfährt Kostenerstattung nur ab einer Opfergrenze²⁶. Der hessische bezahlte Sonderurlaub für Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter in der Jugendarbeit ist nur am Gleichheitsverstoß gescheitert²⁷. Die (in-

23 Wie dies § 59 ArbVG-E mit seinem bezahlten Pflegeurlaub für „Partner“ vorsieht.

24 So ausdrücklich zuletzt BAG vom 6.2.2003 – 2 AZR 621/01 – NZA 2003, 848 = EzA § 123 BGB 2002 Nr. 2 = AP Nr. 21 zu § 611a BGB unter endgültiger Aufgabe der Rechtsprechung, daß die Frage nach der Schwangerschaft dann zulässig sei, wenn die Frau die vereinbarte Tätigkeit wegen eines mutterschutzrechtlichen Beschäftigungsverbotes zunächst nicht aufnehmen kann.

25 §§ 1 ff. ArbplSchG für den Wehrdienst bzw. Wehrübungen; § 78 Abs. 1 Nr. 1 ZDG für den Zivildienst.

26 § 3 des THW-Helferrechtsgesetzes.

27 Dazu BVerfG vom 9.11.1999 – 2 BvL 5/95 – BVerfGE 101, 141 = NVwZ 2000, 307.

zwischen überholte) Diskussion um eine Ausbildungsplatzabgabe²⁸ wie die Entscheidung des BVerfG zum Bildungsurlaub²⁹ stellten darauf ab, daß den belasteten Arbeitgebern auch ein Vorteil aus der Last erwächst. Das ist zwar zweifelhaft, weil damit eine Zwangsbeglückungskompetenz bejaht wird. Indes: Für eine arbeitsrechtliche Elternbegünstigung gibt auch jenes Argument nichts her: Der gesellschaftliche oder sozialpolitische Vorteil familienverträglichen Arbeitsrechts, insbesondere die Hoffnung auf eine „höhere Reproduktionsrate“ ist für den belasteten Arbeitgeber kein hinreichend konkreter Vorteil. Familienlasten im Arbeitsrecht lassen sich nicht als „erzwungene Selbsthilfe“ der Unternehmen begreifen.

- 19 Rechtfertigungsbedürftig** ist der Sonderschutz der Eltern-Arbeitnehmer auch **gegenüber anderen Arbeitnehmern**, die über die Verteilungswirkung arbeitsrechtlicher Normen (Rn. 28 ff.) mittelbar Nachteile erfahren. Jeder Sondervorteil, den die Rechtsordnung einem Arbeitnehmer mit Kind zuwendet, kann sich mittelbar als Nachteil für kinderlose Arbeitnehmer auswirken. Stellt man sich etwa vor, daß Arbeitnehmer für die Geburt eines Kindes mit fünfjähriger Unkündbarkeit belohnt würden, so müßte der Preis für diese Geburtenprämie bezahlt werden von jenen Arbeitnehmern, die keine Kinder haben wollen oder können. In der Sozialauswahl müßten sie ihren Arbeitsplatz räumen.

Diese Rechtfertigungsbedürftigkeit gilt meiner Auffassung nach nicht nur mit Blick auf den Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG, der auch rechtliche Verteilungs- und Reflexwirkungen erfassen muß, sondern gerade auch mit Blick auf die eingriffsähnliche Wirkung der Bevorzugung besonders geschützter Gruppen: Wer seinen Arbeitsplatz verliert, weil ein anderer Arbeitnehmer Sonderkündigungsschutz erfährt, wer eine nachteilige Arbeitszeit- oder Urlaubslage ertragen muß, damit Eltern sich um ihre Kinder kümmern können, dem gegenüber bedarf der Verteilungszugriff einer Rechtfertigung.

- 20** Die innere Rechtfertigung für den sozialpolitischen Zugriff auf Vertragsinhalte läßt sich in einer „Sozialbindung des Vertrages“³⁰ finden, die eine Rücksichtnahme nicht bloß auf Interessen des Vertragspartners, sondern auch auf Dritte deckt. Daß das Vertragsrecht auf Drittinteressen Rücksicht nimmt, ist auch nicht neu – schon § 138 BGB implementiert mit der Sittenwidrigkeit das Gemeinwohl; daneben finden sich vielfache Anknüpfungspunkte für eine solche Berücksichtigung „externer Vertrags-effekte“³¹ – so etwa im Kartell- und Vergaberecht.

Freilich ist die „Sozialbindung des Vertrages“ kein universelles Rechtfertigungsinstrument. Weder darf der Vertrag (sowenig wie das Eigentum) seiner Privatnützig-

28 Vgl. BVerfG vom 10.12.1980 – 2 BvF 3/77 – BVerfGE 55, 274 ff. = NJW 1981, 329 = AP Nr. 1 zu Art. 105 GG zum formal verfassungswidrigen Ausbildungsplatzförderungsgesetz vom 7.9.1976.

29 BVerfG vom 15.12.1987 – 1 BvR 563/85 u.a. – BVerfGE 77, 308, 334 = NZA 1988, 355 = AP Nr. 62 zu Art. 12 GG.

30 Dazu bereits *Rieble*, Arbeitsmarkt und Wettbewerb (1996), Rn. 836.

31 Allgemein *Habersack*, Vertragsfreiheit und Drittinteressen (1992); *Martens*, Rechtsgeschäft und Drittinteressen, AcP 177 (1977), 113; *Staudinger/Sack*, BGB (Allgemeiner Teil 4, 2003), § 138 Rn. 333 ff.; abgelehnt wird dies von *Preis*, Prinzipien des Kündigungsrechts bei Arbeitsverhältnissen (1987), S. 237 f.

keit beraubt werden, noch dürfen dem Arbeitgeber oder Dritten unverhältnismäßige Sonderopfer im Schutzinteresse einzelner Gruppen auferlegt werden – ohne daß der Staat einen Ausgleich schafft.

Das wirft die **zentrale Frage** auf: Wie weit reicht eine familienorientierte Rücksichtnahmepflicht und wo endet diese in einem Sonderopfer des Arbeitgebers oder anderer Arbeitnehmer? Werden dem Arbeitgeber systemfremde Leistungspflichten auferlegt (wie beim „Zuschuß“ zum Mutterschaftsgeld³²) löst das familienfeindliche Anreize aus. Das hat der Regelungsgeber im Rahmen der Folgenabschätzung³³ zu berücksichtigen. **21**

Außerdem – und dies ist aus meiner Sicht die entscheidende „Nagelprobe“ – wird der Familienschutz so auf Eltern mit Arbeitnehmereigenschaft begrenzt. Aus welchem Grund wird selbständigen Kleingewerbetreibenden oder dem Arbeitnehmerähnlichen der Unterhaltsbeistand der Gemeinschaft vorenthalten? Weswegen muß die Betreiberin eines kleinen Kioskes ihren Einkommensausfall während der Mutterschaft selbst finanzieren? **22**

Gerade das neue Elterngeld der §§ 1, 2 BEEG zeigt, daß ein kinderbetreuungsbedingter Einkommensausfall unabhängig davon teilkompensiert werden kann, ob die Mutter oder der Vater in einem Arbeitsverhältnis oder einem sozialversicherungspflichtigen Beschäftigungsverhältnis gearbeitet hat. § 2 Satz 2 BEEG behandelt die Einkommensarten und damit die Eltern gleich. Dementsprechend ist diese Systemfrage für den Unterhaltsschutz während der Mutterschutzphase durch Mutterschaftsgeld (§ 13 MuSchG) und den Arbeitgeber-Zuschuß nach § 14 MuSchG erneut aufgeworfen. Diese Frage muß sich gerade auch der Arbeitsvertragsgesetzbuchentwurf stellen lassen: Bezahlter Pflegeurlaub (Rn. 7) heißt: bezahlt nur für Arbeitnehmer. Weswegen also müssen Erwerbspersonen ohne Arbeitnehmerstatus auf bezahlten Pflegeurlaub verzichten? Warum müssen insbesondere Arbeitnehmerähnliche auf diesen Schutz verzichten? Der Sache nach handelt es sich um eine Sozial(versicherungs)leistung im Gemeinschaftsinteresse – und nicht um eine Fürsorgeleistung des Arbeitgebers. **23**

Auf den ersten Blick „eindeutig“ arbeitsrechtlich einzuordnen ist der Sonderkündigungsschutz für (werdende) Mütter nach § 9 MuSchG und für Elternzeiter nach § 18 BEEG, jeweils auch nach § 613a BGB gegenüber dem Betriebserwerber. Dieser Bestandsschutz ist in das arbeitsrechtliche Kündigungsschutzsystem eingepaßt. Indes hat der Kündigungsschutz auch Unterhaltssicherungsfunktion, diese Einkommenssicherung wird den Arbeitnehmerähnlichen vorenthalten. **24**

Im Verhältnis zu anderen Arbeitnehmern müssen sich Schutzvorschriften für Eltern an Art. 3 Abs. 1 GG messen lassen. Der besondere Schutz der Familie und der **25**

32 Zur Diskussion BVerfG vom 18.11.2003 – 1 BvR 302/96 – BVerfGE 109, 64 = NZA 2004, 33 = AP Nr. 23 zu § 14 MuSchG 1968; *Buchner/Becker*, Mutterschutzgesetz, 7. Aufl. (2003), § 14 Rn. 12 ff.; *Canaris*, Die Bedeutung der iustitia distributiva im deutschen Vertragsrecht (1997), S. 104 ff.; *Gröninger/Thomas*, Mutterschutzgesetz (Stand 04/2007), § 14 Rn. 1a ff.; *Zmarzlik/Zipperer/Viethen/Vieß*, Mutterschutzgesetz, 9. Aufl. (2005), § 14 Rn. 1 ff.

33 Zur Folgenabschätzung im Arbeitsrecht *Rieble/Junker* (Hg.), Folgenabschätzung im Arbeitsrecht (2007), ZAAR Schriftenreihe Band 8.

Mutter nach Art. 6 Abs. 1 und 4 GG kann nicht jede Besserstellung im Arbeitsverhältnis rechtfertigen: Erforderlich ist ein konkreter Schutzbezug zum Arbeitsverhältnis, der gerade den Schutz der Mütter und Väter im Arbeitsverhältnis notwendig macht – und dadurch die Schlechterstellung der kinderlosen Arbeitnehmer rechtfertigt. Das liegt bei Arbeitszeitfragen auf der Hand: Die betriebliche Arbeitsorganisation muß Rücksicht auf die Betreuungsbedürfnisse der Mütter und Väter nehmen; insoweit geht es nicht anders. Schon die Kündigungsschutzrechtliche Privilegierung ist in Frage zu stellen: Vermittelt der Unterhaltsbedarf wirklich ein „besseres Recht“ auf Arbeitsplatz und Arbeitseinkommen und dies zu Lasten anderer Arbeitnehmer? Wären nicht Sozialleistungen wie das neue Elterngeld die angemessenere Antwort? Arbeitsrechtsschutz darf keine Gebär-Belohnung sein.

- 26** Mitunter kommt es zu systemwidrigen Familienbegünstigungen: Die Sozialplanabfindung hat Überbrückungsfunktion und soll dem Arbeitnehmer über den Einkommensausfall nach Arbeitsplatzverlust hinweghelfen. Weswegen die Abfindung mit Blick auf Unterhaltslasten typischerweise erhöht wird, ist nicht recht einsichtig. Eine einkommensbezogene Überbrückungshilfe darf nur an das zuverfügbare Einkommen anknüpfen. Allenfalls könnte die Abfindung bei Arbeitnehmern mit schlechteren Beschäftigungschancen (Schwerbehinderte etwa, womöglich auch Ältere) einen längeren Überbrückungszeitraum abdecken. Immerhin könnte man daran denken, daß der Sozialplan Einkommensausfälle nur zum Teil ausgleicht – weswegen dann nach sozialrechtlichem Vorbild (etwa § 2 Abs. 4 BEEG mit seiner Prämierung der Mehrkindfamilie oder § 129 Nr. 1 SGB III mit dem erhöhten Leistungssatz auch schon für das erste Kind) ein kindesbedingter erhöhter Unterhaltsbedarf berücksichtigt werden könnte. Indes: Dazu müßte der Sozialplan zeiträtierliche Leistungen vorsehen, die so lange gewährt werden, wie die Arbeitslosigkeit dauert. Die Einmalabfindung dagegen stellt nicht auf einen konkreten Unterhaltsbedarf ab, weswegen die Besserstellung von Arbeitnehmern mit Unterhaltslasten gerade nicht systematisch zu begründen ist.
- 27** Andererseits fällt diese „Bevorzugung“ nicht so sehr ins Gewicht, weil die Sozialplanabfindung typischerweise weitaus stärker an Lebensalter und Betriebszugehörigkeit geknüpft ist, so daß im Ergebnis ebenso typischerweise jene Arbeitnehmer die höchsten Abfindungen erhalten, deren etwaige Kinder bereits aus dem Haus sind. Auch hier fehlt jeder Bezug zum konkreten Einkommensverlust.

II. Familienschutz im Arbeitsrecht – das Verteilungsproblem

- 28** Bislang kaum gesehen ist die arbeitsrechtliche Benachteiligung der Mütter und Väter durch Verteilungseffekte im Arbeitsrechtssystem. Verteilungsgerechtigkeit ist für das „soziale“ Arbeitsrecht zwar eine gewohnte Dimension – dort, wo das Arbeitsrecht verteilen will. Hauptfälle sind die Sozialauswahl bei der betriebsbedingten Kündigung und die Verteilungsordnung durch betriebliche Mitbestimmung³⁴, insbesondere in Arbeitszeit- und Urlaubsfragen.

³⁴ Zu ihr etwa *Hans Hanau*, Individualautonomie und Mitbestimmung in sozialen Angelegenheiten (1994); *Wiese*, Schutz und Teilhabe als Zwecke notwendiger Mitbestimmung in sozialen Angelegenheiten und deren Rangverhältnis, *ZfA* 2000, 117.

Ungewollte Verteilungseffekte bleiben hingegen unberücksichtigt; der Gesetzgeber legt nicht einmal Rechenschaft darüber ab, inwieweit Schutzvorschriften für bestimmte Arbeitnehmer mittelbare Lastwirkungen für andere Arbeitnehmer auslösen. **29**

Bindeglied solcher Verteilungseffekte zwischen den Arbeitnehmern ist der Arbeitgeber, dem die Rechtsordnung viel abverlangt und das Risiko von Verteilungsfehlern auferlegt³⁵. Das kann zu Abwehrreaktionen führen. Versucht man, diese Verteilungswirkung systematisch zu erfassen, so lassen sich drei Verteilungsebenen mit unterschiedlicher Intensität unterscheiden: **30**

- Unmittelbar und gezielte Verteilung findet aus geschlossenen Verteilungsmassen statt, weil hier bewußt eine Entscheidung zugunsten des einen und zu Lasten des anderen vorgenommen wird – aus arbeitsrechtlicher Sicht etwa bei der Sozialauswahl und bei Verteilungsfragen in der betrieblichen Mitbestimmung.
- Reflexwirkung zeitigen Vorschriften, die bestimmten Arbeitnehmergruppen Vorteile zuwenden, die zwar nicht gezielt aber noch notwendig zu Lasten anderer Arbeitnehmer gehen. Hauptfall ist die Herausnahme unkündbarer Arbeitnehmer aus der Sozialauswahl, aber auch die Obliegenheit des Arbeitgebers, im Interesse des Sonderkündigungsschutzes der Betriebsräte nach § 15 Abs. 5 KSchG einen Arbeitsplatz – gegebenenfalls nach Abwägung – freizukündigen³⁶. Auf dieser Verteilungsebene wird nicht etwa gefragt, ob der Arbeitsplatzverlust des betroffenen anderen Arbeitnehmers gerechtfertigt ist. Es handelt sich um eine „blinde“ Folgewirkung des strikten Arbeitsplatzschutzes für Betriebsräte – ohne innere Rechtfertigung der Verteilungswirkung. Das Arbeitsrecht nimmt insoweit nur die bipolare Rechtsbeziehung zwischen dem sondergeschützten Arbeitnehmer und dem Arbeitgeber wahr³⁷ – nicht aber die Verteilungsfolgewirkungen gegenüber anderen Arbeitnehmern. **31**
- Eine zunächst schwache Wechselwirkung lösen Schutzvorschriften zugunsten anderer Arbeitnehmergruppen aus – Schwerbehinderte, Betriebsratsmitglieder, Abgeordnete etc. Jene stehen zwar nicht in allgemeinem Wettbewerbskampf mit Müttern und Vätern – auch wenn es mitunter Lastwirkungen gibt, wie bei der eben skizzierten Freikündigungspflicht zum Schutz von Betriebsräten. Auch außerhalb solcher konkreten Verteilungswirkungen konkurrieren Familien in der Rechtsordnung um die **knappe Ressource der** **32**

35 Für die Sozialauswahl hat das BAG dies inzwischen erkannt und die „Dominotheorie“ aufgegeben: Ein Auswahlfehler wirkt sich nurmehr auf jene Kündigungen aus, die bei richtiger Sozialauswahl womöglich unterbleiben wären (potentielle Kausalität), BAG vom 9.11.2006 – 2 AZR 812/05 – NZA 2007, 549 = EzA § 1 KSchG Soziale Auswahl Nr. 71 = AP Nr. 87 zu § 1 KSchG 1969 Soziale Auswahl.

36 Letztlich offengelassen von BAG vom 18.5.2006 – 2 AZR 207/05 – NZA-RR 2007, 272 = EzA § 2 KSchG Nr. 60 = AP Nr. 5 zu § 55 BAT; BAG vom 18.10.2000 – 2 AZR 494/99 – NZA 2001, 321 = EzA § 15 KSchG n.F. Nr. 51 = AP Nr. 49 zu § 15 KSchG 1969; dazu auch *Breschendorf*, Freikündigungsobliegenheit zur Durchsetzung von Sonderkündigungsschutzrechten, BB 2007, 661; *Fischer*, Weiterbeschäftigung durch Arbeitsplatzverschaffung (2007) S. 140 ff.

37 Dazu von *Klitzing*, Ordnungsökonomische Analyse des arbeitsrechtlichen Bestandsschutzes (2004) S. 291 ff.

rechtlichen Aufmerksamkeit: Jede Sondergruppe mit Sonderregeln bindet gesellschaftliche Kräfte, die für die Zuwendung zum Familienschutz fehlen – im Prioritätswettbewerb verliert dieser. Die Einführung des AGG belegt das: Mütter und Väter – denen die Rechtsordnung kein Diskriminierungsverbot zuwenden mag, weil sie keine „interessante“ Klientel sind – geraten aus dem Blick. Die immensen Einführungskosten des Antidiskriminierungsrechts, der unsägliche betriebliche Aufwand, der hierfür betrieben wird – er steht für familienorientierte Arbeitsorganisationskonzepte nicht mehr zur Verfügung. Die vom AGG bezweckt gesellschaftliche Umerziehung hat eben diesen Aufmerksamkeitseffekt zum Gegenstand. Durch die Beschäftigung mit dem AGG soll die Sensibilität für das Diskriminierungsunrecht wachsen. Nur: Wer Aufmerksamkeit für ein Thema beansprucht, zieht diese zwangsläufig von anderen „weniger wichtigen“ Themen ab, und damit auch von der Vereinbarkeit von Familie und Beruf. Jeder Betriebspraktiker kennt das Phänomen: Der Betriebsrat wie auch der Arbeitgeber können immer nur ein bis zwei „große Themen“ gemeinsam angehen. Im Betrieb kann nicht zugleich eine ISO-Zertifizierung anlaufen, ein familienfreundliches Arbeitszeitsystem gestaltet und ein betriebliches Qualitätsmanagement organisiert werden. Diese Aufmerksamkeitsknappheit trifft schließlich die Wissenschaft: Sie finden mehr Dissertationen zum allgemeinen Teilzeitsanspruch als zum Elternzeitrecht.

- 33** Anders und politisch inkorrekt gefragt: Wer verdient mehr staatlichen Schutz und Fürsorge – der stark gehbehinderte Arbeitnehmer oder die alleinerziehende Mutter mit zwei Kindern? Das schwache Rücksichtnahmegebot für die Berufsbildung von „Arbeitnehmern mit Familienpflichten“ in § 96 Abs. 2 Satz 2 BetrVG wird nicht nur durch den dortigen Gleichrang mit Älteren und Teilzeitern verwässert; mehr rechtliche Aufmerksamkeit genießt der Weiterbildungsvorrang der Schwerbehinderten nach § 81 Abs. 4 Nr. 2 und 3 SGB IX, den die Rechtsprechung künftig mit Blick auf das AGG gewiß auf „einfach behinderte“ Arbeitnehmer erstrecken wird – auch wenn deren auch nur leichte Behinderung keine Kompensation durch besondere Fortbildungsanstrengungen verlangt.
- 34** Mitunter wendet der Gesetzgeber der schwerbehinderten Frau besondere Aufmerksamkeit zu³⁸, so etwa in §§ 71 Abs. 1 Satz 2, 83 Abs. 2a Nr. 2 SGB IX, künftig wohl auch der einfach-behinderten Frau. Daß schwerbehinderte Eltern besondere Rücksicht verdienen, kommt dem Gesetzgeber von vornherein nicht in den Sinn.
- 35** Die **Gesamtwirkung** solcher Verteilungseffekte kann – wie im Sozialrecht – dazu führen, daß die Mittelschicht der „normalen Arbeitnehmer mit Kindern“ im Schutzsystem nachrangig behandelt werden, weil es hinreichend viele Gruppen gibt, die sich unter Sonderschutzaspekten „bedient haben“ und eine spezifische Intelligenz zur Mitnahme von rechtlichen Vorteilen entwickeln. Das kann mittelfristig zu einer Ausgrenzung führen: wenn derjenige Umstand, der im Arbeitsverhältnis am schädlichsten wirkt und praktisch keine Schutzrechte auslöst, das eigene zu betreuende Kind ist.

38 Was zum Spott herausfordert.

III. Insbesondere: Verwässerungseffekte

Unberücksichtigt bleiben schließlich **Verwässerungseffekte**: Wird ein familien- 36
nütziges Recht allen Arbeitnehmern gewährt oder erhalten diese konkurrierende
Rechtspositionen, so verliert das familiennützige Recht an Wirkung und kann keine
elternspezifische Kraft mehr entfalten. Hauptfall ist der allgemeine Teilzeitananspruch
nach § 8 TzBfG, der neben den Elternzeitananspruch und den Teilzeitananspruch der
Schwerbehinderten tritt. Diese Verwässerung äußert sich in zwei Wirkungen:

- Das unübersichtliche und unsystematische Nebeneinander der konkurrierenden 37
Anspruchsgrundlagen erschwert den Rechtszugang der betroffenen
Arbeitnehmer, also der zu schützenden Mütter und Väter.
- Zum anderen kann die Vorbelastung des Arbeitgebers mit „egoistischen“ 38
Teilzeitwünschen anderer Arbeitnehmer seine Bereitschaft zu elternfreund-
lichen Arbeitszeitmodellen mindern, im Einzelfall sogar arbeitsorganisatori-
sche Hindernisse erzeugen, die dem Elternteilzeitananspruch entgegenstehen.
Bei den Teilzeitwünschen greift das Prioritätsprinzip: Hat ein kinderloser
Arbeitnehmer seinen Teilzeitananspruch durchgesetzt, so ist dem Arbeitgeber –
anders als bei der Lage der Arbeitszeit, § 8 Abs. 5 Satz 4 TzBfG – ein Wider-
ruf nicht möglich, sondern nur die schwierige Änderungskündigung. Das kann
dann sogar dazu führen, daß ein anderer Arbeitnehmer keine Elternteilzeit
mehr beanspruchen kann.

Diese Verwässerung ist schlechterdings nicht nachvollziehbar: Der einzelne Arbeit- 39
nehmer kann aus schlechthin egoistischen Gründen Teilzeit und deren Lage bean-
spruchen, sei es für ein lukratives Zweitarbeitsverhältnis, für Vorarbeiten zur beruf-
lichen Verselbständigung, im Interesse einer zeitraubenden Freizeitgestaltung oder
auch nur aus Faulheit. Daß Eltern mit einem aner kennenswerten zeitlichen Be-
treuungsbedarf für ihre Kinder hier im wesentlichen solchen Egoisten gleichgestellt
sind, ja hinsichtlich der Arbeitszeitlege sogar schlechter stehen, begreife ich nicht.

Eine starke und ebenso angreifbare Verwässerung der Elternposition erfolgt im Rah- 40
men der Sozialauswahl: Die Berücksichtigung von Unterhaltslasten in der Sozial-
auswahl³⁹ ist ein schnödes Feigenblatt. Letztlich werden Eltern mit betreuungsbe-
dürftigen Kindern durch die starke Betonung von Alter und Betriebszugehörigkeit be-
nachteiligt⁴⁰:

Typische Punkteschemata gewähren – i.d.R. ab dem 25. Lebensjahr – für das
Lebensalter einen Punkt und für jedes Betriebszugehörigkeitsjahr zwei Punkte; für
ein Kind dagegen werden vier Punkte gewährt⁴¹. In einem Jahr sammelt der Arbeit-
nehmer also drei Punkte. Ein Kind entspricht 15 Monaten. Damit wird zwar die

39 Eingehend demnächst *Kaiser*, Unterhaltspflichten in der Sozialauswahl, FS Birk (2008).

40 *Kopke*, Sozialauswahl zwischen Geburtenrückgang und Europarecht, NJW 2006, 1040 ff.; *Kaiser*
(Fn. 39) unter III.

41 Gebilligt von BAG vom 18.1.1990 – 2 AZR 357/89 – NZA 1990, 729 = EzA § 1 KSchG Soziale Aus-
wahl Nr. 28 = AP Nr. 19 zu § 1 KSchG 1969 Soziale Auswahl unter II 4 c; BAG vom 5.12.2002 – 2
AZR 549/01 – NZA 2003, 791 = EzA § 1 KSchG Soziale Auswahl Nr. 49 = AP Nr. 59 zu § 1 KSchG
1969 Soziale Auswahl unter B III 4 b und 5.

Tragezeit überboten. Sozialpolitisch nachvollziehbar ist das nicht, wenn man bedenkt, daß der Arbeitnehmer sein Kind über längere Zeit intensiv betreut, ihm über viele Jahre Unterhalt leistet. Selbst wenn man die Bedeutung des Alters durch eine Altersgruppenbildungen in der Sozialauswahl reduziert, ändert sich an den relativen Vorsprüngen nichts.

- 41** Daß bei den Unterhaltslasten nicht nur Kinder, sondern auch Ehegatten und Lebenspartner mit ihren Unterhaltsberechtigungen und zwar selbst im Fall der intakten Doppelverdienerehe berücksichtigt werden (können)⁴², schränkt den Schutz der Eltern weiter ein. Alleinerziehende mit ihren besonderen Schwierigkeiten fallen zurück. Ein kinderloser Arbeitnehmer mit unterhaltsberechtigtem, aber mitverdienendem Ehegatten oder Lebenspartner erhält in typischen Sozialauswahlrichtlinien acht Punkte. Eben dies erreicht die alleinerziehende Mutter mit zwei Kindern (zu je vier Punkten). Eine familienfreundlichere Gestaltung würde für Unterhaltslasten ausschließlich auf Kinder abstellen und diese im Verhältnis zu anderen Auswahlkriterien stärker gewichten⁴³. Das müßte zwingend geschehen: Zwar können die Betriebspartner in den Sozialauswahlrichtlinien schon heute die Unterhaltslasten stärker berücksichtigen (auf Kosten der anderen Kriterien)⁴⁴, indes geschieht das selten, weil Betriebsräte keine Familienpriorität setzen (noch Rn. 44).
- 42** Wer den Verwässerungseffekt dadurch bekämpfen will, daß er vor allem Arbeitszeitvorrechte auf Eltern konzentriert, wird dem Einwand begegnen: Hier soll das allgemeine arbeitsrechtliche Schutzniveau unter dem Vorwand des Familienschutzes zurückgefahren werden. Doch ist dies nur die gebotene Konsequenz einer solchen Prioritätensetzung. Die Rechtsordnung muß sich auf den Schutz derjenigen konzentrieren, die uns wirklich wichtig sind.

IV. Unzulänglichkeit kollektiver Interessenrepräsentation

- 43** Komplexe arbeitsrechtliche Regelungsfragen werden typischerweise im kollektiven Arbeitsrecht dezentral ausgehandelt, also durch Gewerkschaften und Betriebsräte. Während Gewerkschaften kraft Koalitionsfreiheit und Tarifautonomie ganz frei darin sind, ob sie sich der Mütter und Väter und ihrer familienverträglichen Arbeitsbedingungen annehmen, sind Betriebsräte immerhin kraft gesetzlichen Auftrags „in Maßen“ gehalten, sich unter anderem um die Vereinbarkeit von Familie und Beruf zu sorgen (Rn. 9).
- 44** Indes: Familien benötigen für entsprechende Regelungserfolge stärkeren organisatorischen Rückhalt in kollektiven Interessenvertretungen. Auf die Arbeitgeberinitiative darf man sich nicht verlassen; Arbeitnehmerschutzrechte müssen von Arbeitnehmern und ihren Organisationen durchgesetzt werden. Der Arbeitgeber wird

42 BAG vom 5.12.2002 – 2 AZR 549/01 – (Fn. 41) unter B III 4 b; näher *Kaiser* (Fn. 39) unter IV 1.

43 Vgl. den Vorschlag von *Strick* in diesem Band, S. 65 f.

44 BAG vom 2.12.1999 – 2 AZR 757/98 – NZA 2000, 531 = EzA § 1 KSchG Soziale Auswahl Nr. 42 = AP Nr. 45 zu § 1 KSchG 1969 Soziale Auswahl; BAG vom 21.1.1999 – 2 AZR 624/98 – NZA 1999, 866 = EzA § 1 KSchG Soziale Auswahl Nr. 39 = AP Nr. 3 zu § 1 KSchG 1969 Namensliste; BAG vom 9.5.1996 – 2 AZR 438/95 – NZA 1996, 1145 = EzA § 1 KSchG Betriebsbedingte Kündigung Nr. 85 = AP Nr. 79 zu § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung.

auch bei großer Überzeugungsarbeit vielfach gerade nur dann familiennützig aktiv, wenn er sich hiervon konkrete Vorteile versprechen kann.

In Gewerkschaften haben infolge Überalterung die Alten das Sagen; auch der Frauen- (und erst recht der Mütteranteil) läßt zu wünschen übrig⁴⁵. Eltern haben in der Phase, in der sie sich um ihre Kinder kümmern müssen (und arbeitsrechtliche Rücksicht erwarten dürfen) keine Zeit, sich in Verbänden zu engagieren. Unterrepräsentation wirkt sich naturgemäß auf die Tarifpolitik aus.

Auch in Betriebsräten spielt die personelle Zusammensetzung eine starke Rolle⁴⁶. Die Repräsentationsquote für das Minderheitengeschlecht nach § 15 Abs. 2 BetrVG mag Frauen nutzen. Daß dies zur verstärkten Repräsentation von Müttern mit aktuellen Familienpflichten führt, steht nicht zu erwarten. Wer sich um sein Kind zu kümmern hat, hat nicht Zeit noch Kraft, betriebliche Familienpolitik zu betreiben⁴⁷. Repräsentiert werden typischerweise also kinderlose Frauen oder solche, deren Kinder aus dem Haus sind. Beobachtungen aus der Praxis zeigen, daß die älteren Frauen im Betriebsrat vielfach die psychische Belastung der Arbeitnehmer oder auch Mobbing als Thema wählen – aber gerade nicht die Vereinbarkeit von Familie und Beruf.

Hinzu kommt, daß dem Betriebsrat vom BetrVG viele Aufgaben zugewiesen sind. Die Familienverträglichkeit (§ 80 Abs. 1 Nr. 2b BetrVG) ist nur eine Aufgabe unter vielen (Gleichstellung, Schwerbehinderte, Ältere, Ausländer, Umweltschutz); hier fehlt die Priorität. So gesehen ist die Überladung der Betriebsverfassung mit multiplen Zielen auch ein Fall der Verwässerung.

Welche Klientel von Betriebsräten geschützt wird, zeigt sich insbesondere in Sozialplanverhandlungen: Dort fallen familienspezifische Leistungen (die eher systemfremd sind, Rn. 26) selbst dann schwach aus, wenn das Verteilungsvolumen groß ist. Betriebsräte sorgen für sich und ihre Klientel. So hat ein Sozialplan in Bayern von einer Deckelung der Abfindungen bei 240.000 € zugunsten eines auch familiennützigen Härtefallfonds abgesehen, weil die tonangebenden Meister zwischen 50 und 65 Jahren gruppenegoistisch handelten.

Eine effektive Familienverträglichkeits-Kontrolle von Betriebsvereinbarungen insbesondere über die Arbeitszeitlege nach § 87 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG findet nicht statt. Es ist für einen Arbeitsrichter auch schwer bis unmöglich, über eine vom einzelnen Arbeitnehmer ausgelöste Billigkeits- oder Angemessenheitskontrolle der Betriebsvereinbarung ein Optimierungsgebot und damit die Zweckbindung des Mitbestimmungsrechts umzusetzen. § 75 BetrVG als Zentralnorm für die Kontrolle von Betriebsvereinbarungen nennt Familienverträglichkeit nicht einmal als Kontrollmaßstab oder Ermessensleitlinie. Zudem würde der Arbeitnehmer so systemwidrig zur „Aufsicht“ über Betriebsrat und Arbeitgeber berufen.

45 Struktur der DGB-Gewerkschaften 2002, <http://www.einblick.dgb.de/grafiken/2002/14/grafik03/> zuletzt abgerufen am 27.9.2007.

46 *Niedenhoff*, Betriebsratswahlen – Eine Analyse der Betriebsratswahlen von 1975 bis 2006 (2007), S. 26 weist durchschnittlich ca. zwei Drittel Männer im Betriebsrat aus. Der Betriebsratsvorsitz ist zu 80% mit Männern besetzt. Zudem läßt die Neu- und Wiederwahlauswertung den Schluß auf Überalterung zu. Ca. Zweidrittel der Betriebsräte bzw. Betriebsratsvorsitzenden wurden wiedergewählt.

47 Fehlerwartung insofern bei *Brors*, Ist § 15 II BetrVG verfassungswidrig? NZA 2004, 472, 474.

- 48 Solange Mütter und Väter mit kleinen Kindern in den kollektiven Interessenvertretungen nicht hinreichend vertreten sind – was sie aufgrund der familiären Zeitbelastung auch gar nicht können – und solange eine effektive Kontrolle von Betriebsvereinbarungen nicht möglich scheint, bieten **Individualansprüche** der betroffenen Mütter und Väter aus meiner Sicht den „besten“ Familienschutz: Zentral für die Familienschutzdimension im Arbeitsrecht ist die Arbeitsorganisation und dabei insbesondere die Arbeitszeit. Ein effektiver individueller Teilzeit- und Lageanspruch für Eltern mit betreuungsbedürftigen Kindern.
- 49 Die Rechtsordnung kann hier – außer einem effektiven Teilzeitanpruch – Ermessensleitlinien bereithalten. Entscheidend ist die Frage nach einem individuellen Kontrollrecht. Zugang und Erhalt der Beschäftigung ist durch ein Diskriminierungsverbot zu flankieren. Vor allem aber muß der Elternschutz Priorität erhalten, die zugleich und notwendig gegen Sonderregeln für andere Beschäftigtengruppen streitet, den auch betriebliche Regelungen nur mit hinreichend gewichtigem und überprüfbaren Sachgrund beiseite schieben können. Eben dies entspricht der Rechtsprechung des BAG für den allgemeinen Teilzeitanpruch des § 8 TzBfG⁴⁸, der aber gerade das Elternrecht verwässert. Effektiv wird ein solcher Anspruch mithin nur, wenn die Rechtsordnung den allgemeinen sachgrundlosen Teilzeitanpruch entweder insgesamt einkassiert, oder aber zumindest einen Nachrang gegenüber familiären Elternbedürfnissen vorgibt. Der Arbeitgeber könnte Arbeitnehmer ohne Kinderbetreuungslast schon dann auf eine ungewollte Arbeitszeit verpflichten, wenn dies im Interesse eines kinderbetreuenden Arbeitnehmers erforderlich ist. Der Entwurf des ArbVG behält die bisherige Doppelung der Teilzeitanprüche zwar bei (§ 31 Abs. 1 und 3), gibt aber insbesondere den Eltern (sowenig wie den anderen Arbeitnehmern) keinen Anspruch auf Berücksichtigung ihres Arbeitszeitlagewunsches.

V. Fazit

Familienschutz im Arbeitsrecht ist möglich. Er muß in erster Linie an der Arbeitszeitorganisation ansetzen, um den Müttern und Vätern in der Belegschaft eine praktikable Aufteilung ihrer Arbeits- und Familienzeit zu ermöglichen. Ein durchsetzbarer Anspruch auf Teilzeit und (hiervon unabhängig) familienkompatibler Arbeitszeitlege, verhinderbar nur durch erhebliche betriebliche Gründe, steht an erster Stelle. An zweiter Stelle müßte ein Diskriminierungsverbot zum Schutz von Eltern stehen. Das eigentliche Problem des Arbeitsrechts liegt in seinen Verteilungs- und Verwässerungseffekten. Ihnen kann nur durch ein Vorrangdenken zugunsten der Familien begegnet werden. Auf die kollektive Arbeitnehmerinteressenvertretung jedenfalls darf man nicht setzen.

48 BAG 18.2.2003 – 9 AZR 164/02 – EzA § 8 TzBfG Nr. 3 = AP BetrVG 1972 § 87 Arbeitszeit Nr. 109 = NZA 2003, 1392; kritisch mit Blick auf die Theorie der Wirksamkeitsvoraussetzung *Rieble/Gutzeit*, Teilzeitanpruch nach § 8 TzBfG und Arbeitszeitmitbestimmung, NZA 2002, 7 ff.

B. Diskussion

Professor Dr. Hermann Reichold, Eberhard Karls Universität Tübingen:

Insoweit haben wir natürlich ein historisch gewachsenes Arbeitnehmerschutzrecht. 50
Man darf ja nicht vergessen, daß die Arbeitnehmer, als das Arbeitnehmerschutzrecht
im 20. Jahrhundert gewachsen ist, fast alle Kinder hatten. Es gab diese Unterschiede
in den Familiensituationen nicht und es gab eben letztlich auch keinen Bedarf, über-
haupt in der Weise zu differenzieren. Aber nachdem wir heute ganz stark im
Differenzieren, wenn nicht sogar im Antidiskriminieren sind, muß es natürlich er-
laubt sein, das einfach zu thematisieren, wobei Kollege *Rieble* die letzte These un-
gebührlich heruntergespielt hat. Das Thema Arbeitszeit ist ja das eigentliche Thema,
an dem, den Familienschutz betreffend, etwas auszusetzen ist. Das habe ich der
These entnommen.

Aber vielleicht erst einmal Ihre Rückfragen. Es gibt ja manches, was in der berühm-
ten Diktion vom Kollegen *Rieble* manchmal etwas kurz, vielleicht auch überraschend
ist. Wenn Sie sich bitte mit Ihren Überraschungen einfach auch einmal artikulieren.
Manches hat man jetzt auch vielleicht mit neuen Augen gesehen.

Professor Dr. Marita Körner, Fachhochschule für Wirtschaft, Berlin:

Ich wollte drei Bemerkungen mit kleinen Fragen machen. Zunächst nur eine Bemerkung: 51
Sie haben zum Schluß anklingen lassen, daß die Familie in Betrieben mit Be-
triebsrat auch deswegen zu wenig berücksichtigt wird, weil dort zu viele oder viele
Leute tätig sind, die selbst keine Kinder haben. Ich warne davor – ganz generell,
also nicht nur für diesen Bereich –, daß man hierdurch suggeriert, daß nur die-
jenigen ordentliche rechtliche Regelungen schaffen könnten, die selbst betroffen
sind. Das gilt nicht nur im Arbeitsrecht. Aber das ist nur eine Kleinigkeit.

Dazu muß man natürlich außerdem auch faktisch feststellen, daß der Riß eigentlich
durch die Generation der Kinderhabenden, also der Eltern, geht. Denn da haben wir
nichts. Es ist nicht so einheitlich, wie das klang. Ungefähr 30 oder 40% der
Akademikerinnen und auch der Akademiker haben jedenfalls keine Kinder. Wir wis-
sen nicht warum. Das liegt bestimmt nicht nur am Arbeitsrecht. Da muß man sehen,
daß wir nicht sagen können, daß diese eine Gruppe benachteiligt wird und die
Älteren bevorzugt werden. Aber das nur als kleine Nebenbemerkung.

Jetzt die zwei fundierteren Punkte. Sie haben zu meinem großen Vergnügen die
Sozialbindung des Vertrages als Grundsatz aufgestellt oder als Begründung dafür,
daß das Arbeitsrecht sich überhaupt mit dem Thema beschäftigen muß, für das wir
hier heute zusammengekommen sind. Das gefällt mir sehr gut. Jetzt möchte ich
aber dazu fragen, wie man das im einzelnen verstehen soll. Gilt das nur für den
Arbeitsvertrag oder kann man vielleicht sagen, daß das ein Konzept ist, das
möglicherweise für ganz andere zivilrechtliche Verträge auch gilt. Das will ich nur
generell einmal fragen. Das können wir natürlich heute nicht vertiefen. Und dann
kam mir folgende Überlegung: Sozialbindung des Vertrages, das klingt teuer. Sie

haben aber dann eingeschränkend gesagt, daß es nichts kosten dürfe – wenn ich das einmal ein bißchen vereinfachend sagen darf. Also, wie sieht das mit dieser Sozialbindung aus, ohne Kosten?

Und der zweite Punkt: die Verteilungseffekte; da haben Sie völlig Recht. Natürlich gibt es immer Verteilungseffekte – bei jeder rechtlichen Regelung. Und im Arbeitsrecht haben wir das auch. Diesen Verteilungseffekten liegen Wertungen zugrunde. Und jetzt sagen Sie, die Wertungen müssen sich ändern. Wir müßten zum Beispiel in Zukunft Familienpflichten besser behandeln als Alter. Das gefällt mir persönlich auch wieder, als betroffene Person. Aber generell muß ich mich doch fragen, was die Veränderung der Wertungen rechtfertigt. Denn am Prinzip ändert sich ja nichts. Es bleibt bei Verteilungseffekten durch neue Wertungen.

Professor Dr. Volker Rieble, ZAAR:

- 52** Gut, also das ist völlig klar. Auch Männer können Frauenbeauftragte sein, dementsprechend können sich auch Kinderlose um Kinder kümmern. Nur ist es eben so, daß das Thema – wenn Sie in die betriebliche Wirklichkeit schauen – den Stellenwert nicht hat. Wie kann das Thema den Stellenwert also bekommen? Normalerweise dadurch, daß Betroffene sich engagieren. Und offenbar ist es so, daß man sich vielleicht eher in einer Bürgerinitiative gegen ein Glasabwurfdepot richtet, als daß man etwas für kinderfreundliche Arbeitsbedingungen macht. Ja, da ist offenbar der Enervierungsgrad höher. Und wenn ich die Betroffenen nicht in die Betriebsräte reinkriege und die Betriebsräte und die Gewerkschaften nicht von sich aus auf die Idee kommen, sich darum zu kümmern, dann kann das aus meiner Sicht nur zeigen, daß dort andere Dinge wichtiger sind. Nehmen Sie beispielsweise die aktuelle Kampagne der IG Metall, die die Gesundheitsschutzoffensive fährt. Das ist bestimmt ein wichtiges Thema. Aber auch da würde ich sagen: ein Aufmerksamkeitsverdrängungseffekt. Sie kriegen, wenn Sie eine so große Gesundheitsschutzoffensive mit Bewertung aller Arbeitsplätze im Betrieb machen, keinen Menschen mehr dazu, über Familie nachzudenken. Deswegen glaube ich, es können grundsätzlich von innen heraus nur die Betroffenen die Anregung in die Kollektive bringen. Die Einsicht, daß es für Nichtbetroffene wichtig ist, sich auch darum zu kümmern, kann ich zwar erbitten oder erflehen, aber nicht verordnen. Ich glaube nur, daß wir in diesem Punkt deswegen vielleicht auch ein wenig Steuerung von außen brauchen. Sozialbindung des Vertrages – geschenkt. Das betrifft natürlich alle Verträge.

Selbstverständlich habe ich auch extra auf Herrn *Martens* hingewiesen, der diese These gerade nicht für den Arbeitsvertrag, sondern für die AGB-Kontrolle ganz allgemein formuliert hat. Die Grenze liegt darin, daß der Vertrag „umgewidmet“ wird, als Instrument zur Verfolgung überindividueller Zwecke. Das ist er ja eben nicht. Der Vertrag ist ein Regelungsinstrument für zwei Parteien, die ihren eigenen Willen damit abgleichen wollen. Ich kann ihnen natürlich eine Rücksichtnahmepflicht auf Drittinteressen auferlegen. Das tue ich ja auch, jederzeit. Bei § 138 BGB gibt es das vielfach, daß Drittinteressen eine Rolle spielen und zur Sittenwidrigkeit führen. Mit Verlaub, das ganze Kartellrecht, die ganze Kartellrechtskontrolle ist eine Kontrolle des egoistischen Vertragswesens im Interesse einer überindividuellen dritt-

gerichteten Marktordnung. Das ist also sozusagen ein Urmuster. Und jetzt kann kein Mensch sagen, daß das Kartellrecht nicht Teil der Privatrechtsordnung sei. Also bin ich völlig bei Ihnen. Ich habe auch nicht gesagt, daß es nichts kosten darf. Selbstverständlich kosten Rücksichtnahme- und Schutzpflichten Geld. Nur muß man sich überlegen, ob die Zuwendung von Geld an Väter und Mütter im Vordergrund steht. Dann würde ich sagen, daß das eine sozialstaatliche Aufgabe ist. Oder ob die Zuwendung einer Rücksichtnahmepflicht im Arbeitsverhältnis im Vordergrund steht. Deswegen glaube ich, daß eine Entgeltweiterzahlung im Gebär Falle eigentlich eine gesamtstaatliche Aufgabe ist, die nicht von Arbeitgebern zu finanzieren ist, und ich glaube auch, daß es zutiefst ungerecht ist, daß die Arbeitnehmerähnlichen das nicht bekommen. Das ist, glaube ich, der Lackmus-Test. Man muß überlegen, ist es richtig, daß nur Arbeitnehmer dies erhalten. Das ist dann richtig, wenn es eine Schutzpflicht aus dem Arbeitsverhältnis ist. Wenn es sich begreifbar machen läßt, als Rücksicht auf den abhängig Beschäftigten. Dann kann ich es den nicht abhängig Beschäftigten vorenthalten. Aber wenn das nicht der Fall ist, dann haben Sie Ihren Lackmus-Test, dann können Sie nicht erklären, warum die Arbeitnehmerähnliche, wenn sie Erwerbsausfälle infolge von Schwangerschaft und Geburt hat, dann im Prinzip leer ausgeht. Das kann mir kein Mensch erklären. Das hat mir auch noch nie jemand erklären können, worin da der Sinn besteht. Insofern hat *Hermann Reichold* vielleicht auch recht. Wir haben eben früher das Leitbild gehabt, daß der Normalarbeitnehmer Kinder hatte. Und dann war das so gegenwärtig. Aber insofern hat sich das verschoben.

Und das ist auch genau die Antwort auf Ihre dritte Frage: Die Lebenswirklichkeit hat sich verschoben. Das fordert eine Veränderung der Werte. Im übrigen glaube ich, daß die Verteilungseffekte natürlich auf Wertungen beruhen, aber die Verteilungsergebnisse sind von diesen Wertungen nicht gedeckt. Wir haben keine Wertentscheidung, daß die Alten die Väter und die Mütter verdrängen sollen. Wir haben eine Wertentscheidung, die die Alten in der Sozialauswahl schützen will. In welchem Ausmaß diese Wertentscheidung dazu führt, daß die Familienväter und Mütter die Zeche bezahlen müssen, wissen wir erstens gar nicht genau, weil wir keine empirischen Untersuchungen dazu haben, und ich behaupte auch, daß wir keine entsprechende Wertentscheidung haben. Altersschutz auf Kosten der Mütter und Väter. Diese Wertentscheidung finde ich in unserer Rechtsordnung nicht. Und das ist das Problem, daß unsere Wertentscheidungen eben isoliert sind. Ich sage, schützt die Alten auf Kosten des Arbeitgebers. Das ist die Idee der Wertentscheidung. Aber diese Wertentscheidung ist eine Lebenslüge. Denn die Kosten bezahlt am Ende nicht der Arbeitgeber, sondern das Opfer bringt dann der Arbeitnehmer, der in der Sozialauswahl statt des Alten gekündigt wird. Und das kann dann durchaus eine Mutter oder ein Vater sein. Haben Sie schon einmal eine Sozialauswahlrichtlinie gesehen, die eine alleinerziehende Mutter wegen des Alleinerziehens besserstellt? Die wird programmatisch schlechtergestellt, weil diejenigen, die einen Ehegatten haben, nämlich Zusatzpunkte bekommen: das heißt alleinerziehend acht Punkte weniger. Das ist doch eigentlich ein Irrsinn. Auch da würde ich sagen, die Wertung gibt es nicht, sondern es ist ein ungewollter, von der Wertung nicht gedeckter Verteilungseffekt. Ich will also nicht notwendig die Wertungen verändern, sondern ich will darauf aufmerksam machen, daß wir punktuelle Wertungen haben, die zu einer Ver-

teilungswirkung führen, die von den Werten gerade nicht gedeckt ist. Und deswegen müssen nicht die Werte geändert werden, sondern die Aufmerksamkeit muß geändert werden. Dann muß eben eine verteilungsorientierte Sichtweise Platz greifen.

Dr. Stefan Krauss, Südwestmetall:

- 53** Verheiratet, drei Kinder, Betroffener, Doppelverdiener. Herr *Rieble*, ich warne davor, daß man einen Berücksichtigungszwang einführt, hinsichtlich der persönlichen Betroffenheit in Gremien wie Betriebsräten, also daß das Elternsein eine Voraussetzung dafür ist, mitsprechen zu können. Sie haben gesagt, bei den Gewerkschaften würden von den Älteren die Regelungen gemacht. Da ist es mir eigentlich vom Grundsatz her egal, wie die sich fortpflanzen und bei den Gewerkschaften die Zukunft gestalten. Bei den Betriebsräten meine ich, daß es nicht gut wäre, wenn man noch einen zusätzlichen Betroffenheitszwang einführen würde, so wie bei den Schwerbehinderten oder ähnlichem. Aus meiner Erfahrung – und das deckt sich mit dem nicht, was Sie gerade gesagt haben – ist es nicht so, daß die Alleinerziehenden oder die Nichtdoppelverdiener oder Doppelverdiener in den Sozialplanverhandlungen nicht berücksichtigt werden würden, und zwar egal, wer bei den Betriebsräten auf der anderen Seite sitzt. Die familiäre Situation wird im Gegenteil von den betrieblichen Interessenvertretern sehr deutlich berücksichtigt. Und deswegen meine ich nicht, daß es da eine zusätzliche Normierung bräuchte, denn dann gäbe es nämlich nur noch einen Weiteren, der sagt, ich will da auch mitreden und jetzt habe ich noch einen sich im Gesetz wiederfindenden Anspruch, daß ich das besonders berücksichtigt finde. Das wissen die Leute, die das machen, ganz genau.

Und was Sie eingangs gesagt haben, daß ein Sozialplan bei den Abfindungen eine Überbrückungsbeihilfe stellen würde, und deswegen der Familienschutz oder die Unterhaltspflichten nur eine Feigenblattfunktion hätte, das sehe ich auch nicht. Ein Sozialplan-Abfindungsanspruch ist keine Überbrückungshilfe; sondern es ist ein Ausgleich für den Verlust des Arbeitsplatzes, wenn ich dem Mitarbeiter etwas bezahle. Jedenfalls steht es so immer oben drüber. Sonst müßten wir ja fragen: wie lange bleibt er arbeitslos? Und dann zahle ich ihm so lange, wie er vermutlich arbeitslos bleiben wird, einen Teil seiner Vergütung weiter, damit er auch das gleiche wiederbekommt und ab dann ist das rum. Die Berücksichtigung und die Rechnerei bei Sozialplänen stellt ja immer auf das „wo kommt er her? was verliert er?“ ab. Das ist ja der Punkt. Und da wird schon, jedenfalls aus der Praxis, immer sehr genau berücksichtigt, wieviel Kinder jemand hat oder ob es sich um eine Alleinerziehende handelt. In den gesetzlichen Beispielen ist das ja regelmäßig die Krankenschwester, die auch noch den Nachtschichtzuschlag verliert: Wie ist die familiäre Situation? Wieviel Kinder haben die und wie sieht die Verlustsituation aus? Also ich glaube schon, daß die familiäre Situation hinreichend berücksichtigt wird. Es bedarf – jedenfalls bei den Betriebsratsgremien – keiner zusätzlichen Betroffenheitsberücksichtigung.

Volker Rieble:

Da gebe ich Ihnen im ersten Punkt Recht. Im zweiten haben Sie natürlich, wie so oft, unrecht. Zum ersten Punkt: Nein, also in keinem Fall möchte ich jetzt noch eine Elternquote neben dem Minderheitengeschlecht oder gar eine Vertrauensfrau der Eltern im Betrieb haben. Es ist eher so, daß wir zu viele Interessenvertretungen haben und zu viel Segmentierung. Ich glaube ja, wie gesagt, es wäre sinnvoll, die Regelungsergebnisse von außen zu kontrollieren und kein Repräsentationsniveau vorzuschreiben. Ich glaube, das wäre auch kontraproduktiv, weil die wirklich betroffenen Eltern mit kleinen Kindern eigentlich gar keine Zeit haben, sich um den Betriebsrat zu kümmern, und es wäre auch aus meiner Sicht falsch, wenn so jemand, anstatt sich um sein Kind zu kümmern, in seiner Freizeit Betriebsratsarbeit macht. Zum zweiten Punkt: Man kann darüber sehr streiten, was der Zweck des Sozialplans ist. Das ist ja auch umstritten. 54

Stefan Krauss:

Dogmatisch höchst umstritten.

55

Volker Rieble:

Dogmatisch höchst umstritten. Also der Arbeitsplatz ist ja kein Rechtsgut, sondern es ist ein Vertragsverhältnis. Und wenn ich den Arbeitsplatzverlust entschädige, dann entschädige ich in Wahrheit den Einkommensverlust. Und dementsprechend ist es auch richtig, bei Sozialplanabfindungen irgendwann bei höherem Lebensalter mit Blick auf das Erreichen der Regelaltersgrenze dann herunterzugehen mit den Abfindungen. Also ein 64-Jähriger darf in keinem Fall mehr Abfindung bekommen, als er in dem einen Jahr noch verdient hätte. Und wenn es einkommensorientiert ist, dann gibt es grundsätzlich keinen Grund – wenn das Grundeinkommen nicht familienmäßig aufgestockt ist – für Ehegatten und Kinder etwas draufzulegen. Sie brauchen sich nur vorzustellen, daß ich als Sozialplanabfindung eine ratierliche Entgeltweiterzahlung für fünf, sechs, sieben, acht, neun, zehn Monate mache. So könnte man ja auch einen Sozialplan machen. Dann würde kein Mensch auf die Idee kommen zu sagen, jetzt muß der mit Kind 100 € mehr kriegen, denn er ist ja vorher auch mit dem Einkommen ausgekommen. Man kann sich höchstens überlegen, daß man statt 100% nur 70% bezahlt und sich dann fragen, ob man den Familien mit Kindern den gleichen Abschlag zumuten kann, weil sie ja vielleicht in stärkerem Maße auf das Einkommen angewiesen sind. Aber dann ist es eine Frage des subjektiven Bedarfs. Es ist jedenfalls zunächst einmal schwierig zu begründen, daß man für ein Kind eine höhere Sozialplanabfindung bekommt. Also einerseits möchte ich mehr Rücksichtnahme. Andererseits möchte ich im Prinzip nicht in jeder arbeitsrechtlichen Lebenslage einen Familienvorbehalt. Das ist auch kontraproduktiv, weil ich damit letztlich dann eher wieder Ressentiments gegen vernünftigen Familienschutz erzeuge. Und ich sage da gezielt: Noch was, und da noch ein Bonbon, und da noch 100 € und dann vielleicht noch, daß der Arbeitgeber dem jungen Erdenbürger ein 56

Begrüßungsgeld bezahlt. Das würde doch die Arbeitgeber logischerweise gegen so etwas aufbringen – wenn sie es nicht freiwillig tun. Es gibt übrigens Arbeitgeber, die dies freiwillig tun. Und es gibt solche Begrüßungsgeldsysteme. Die BASF AG hat das zum Beispiel in der Weimarer Zeit gemacht. Da haben die Arbeiter, wenn ein Kind kam, nicht nur den berühmten Tag Urlaub bekommen – den man ja auch heute noch in den Tarifverträgen hat –, sondern auch noch eine kleine, nicht Anerkennung, sondern Unterstützung. Also ich glaube, damit sind wir uns im großen und ganzen doch einig.

Dr. Steffen Klumpp, ZAAR:

- 57** Ich weiß nicht, ob man es dazu sagen muß, aber: nicht verheiratet und kein Kind. Es geht mir um das Bild, das Sie gebraucht haben, von der Verwässerung des Arbeitsrechts durch allzuvielen Schutzpositionen und Schutzkonzeptionen. Ich will das Bild vielleicht einmal anders darstellen und nicht von der Verwässerung, sondern von der Bewässerung sprechen. Wenn es uns gelingen würde, jedes Schutzpflänzlein so zu bewässern, daß ein transparentes Arbeitsrecht gegeben ist, dann wäre ja nichts dagegen zu sagen, daß die Schwerbehinderten geschützt werden, daß die Alten geschützt werden, daß auch die Familien geschützt werden.

Aber Ihr Konzept war ja, daß eine Pflanze, und zwar die Familienpflanze, besonders bewässert wird. Und da ist jetzt das Problem, das dann auf der Metaebene auftritt, daß man ja so ein Pflänzlein auch zu viel gießen kann. Und dann passiert das, was wir immer wieder beklagen und was wir auch vor einem Jahr beklagt haben, wo es um Transparenz und Reform des Arbeitsrechts ging, daß nämlich der Insider-Outsider-Effekt – der nicht ganz nachgewiesen ist, der aber doch einige Plausibilität für sich hat – auch hier zu Buche schlägt, indem die *beati possidentes*, die Kinder haben und in Arbeitsverhältnissen sind, profitieren, und die, die draußen sind, nicht profitieren. Mit anderen Worten: Es würde der Boomerang-Effekt verstärkt werden, daß nämlich dann auch die jüngeren Frauen und auch die jüngeren Männer oder überhaupt die Familienväter und Mütter bei der Einstellungsentscheidung vielleicht benachteiligt werden könnten. Dies ist jetzt kein Argument dafür, daß man überhaupt nicht über die Wertung des Familienschutzes nachdenken soll. Aber als Damoklesschwert schwebt es ja über den Häuptern derer, die sich entscheiden müssen.

Volker Rieble:

- 58** Da haben Sie völlig recht. Das habe ich ja in den Eingangsthesen zur Vorsicht beim Familienschutz auch ausgeführt. Daß man natürlich auch aufpassen muß, daß man nicht diejenigen, die keine Kinder haben, und insbesondere solche, die keine Kinder kriegen können, systemwidrig benachteiligt. Das ist wie immer eine Frage der *regula*, also des rechten Maßes. Man muß erreichen, daß das Arbeitsrecht gerade dasjenige kompensiert, was sich aus der Betroffenheit des Elternteiles mit der Belastung „Vereinbarkeit von Familie und Beruf“ ergibt. Wenn ich zu einer Überkompensation komme, wenn in der Tat die Arbeitsplatzvergabe am Ende nur noch

nach Kinderzahl gestaltet wird, dann hätte ich eine überschießende Wirkung, dann hätte ich einen nicht zu rechtfertigenden Verteilungseffekt. Es ist auch vollkommen abseitig – oder es würde natürlich auch sofort der Antidiskriminierungsschutz eingreifen –, wenn man etwa auf diese Weise Homosexuelle, die keine Kinder kriegen und auch in Deutschland keine adoptieren können, praktisch vom Zugang zum Erwerbsleben ausschliesse. Das will ja auch niemand.

Zur Ver- und Bewässerung: Wenn alle Pflanzen die gleiche Aufmerksamkeit bekämen, dann wäre ich ja schon froh. Man wird sich aber fragen müssen, und insofern knüpft es wieder an die Frage an, die Frau *Körner* vorhin schon gestellt hat, ob unsere Aufmerksamkeit wirklich mit unseren vorhandenen Werten korreliert. Wir haben in der Verfassung, so sehe ich das jedenfalls, immer noch kein besonderes Grundrecht, das die Alten schützt. Wir haben aber ein Grundrecht, Art. 6, das die Familien und insbesondere die Mütter schützt. Und jetzt würde ich sagen, daß das Aufmerksamkeitsausmaß, das die Gesellschaft den Alten, den Älteren und den Älterwerdenden im Arbeitsleben zuwendet, weitaus größer ist als das, was die Väter und Mütter bekommen. Und da habe ich ein Problem, ob das richtig ist. Und wenn die Wasserverteilung in Ihrem Park sich vollzieht nach irgendwelchen gärtnerischen Zufälligkeiten und die Pflanzen, die unter Artenschutz stehen, zu wenig Wasser bekommen – um in Ihrem Bild zu bleiben –, dann muß man sich überlegen, ob hier nicht bei dieser Pflanze eine individuelle Klimakatastrophe eintritt, und ob man dem nicht abhelfen muß.

Melanie Ammann, Frankfurter Allgemeine Zeitung:

Auch unverheiratet und kinderlos. Mich würde noch folgendes interessieren: Sie haben bei den Arbeitgebern nur sehr kurz angehalten und haben auch gesagt, daß man eigentlich deren Einsichtsfähigkeit – in die Bedürfnisse der Angestellten mit Kindern zumindest – nicht erzwingen kann, und daß es auch nicht Schutzgut des Arbeitsrechts sei, den Arbeitgeber dazu zu zwingen, daß er dem diese Einsicht entgegenbringt. Aber dann frage ich mich, wieso soll jetzt ein Betriebsratsmitglied mehr Verantwortung tragen oder dem mehr Interesse entgegenbringen als der Arbeitgeber? Also vielleicht können Sie noch ein bißchen mehr zur Rolle des Arbeitgebers sagen. Das kam mir zu kurz. **59**

Und der zweite Punkt wäre: Sie haben vorhin auch noch einmal kurz angesprochen, daß es eine externe Kontrolle solcher kollektiver Vereinbarungen geben müßte. Wie soll diese aussehen? Und wäre das eigentlich nicht noch eine Errungenschaft, daß man sagt, man versucht solche Konflikte im Betrieb irgendwie zu lösen? Und warum soll man jetzt auf einmal von außen wieder damit reinregulieren? Da sehe ich den Erfolg nicht.

Volker Rieble:

- 60** Zunächst zum Arbeitgeber. Der Arbeitgeber soll ja – und das erzählen ihm ja alle möglichen, auch Ökonomen – in die Familienfreundlichkeit investieren, weil sich das für ihn lohnt. Jede 10.000 € hat er eins, zwei, drei durch Produktivitäts- und Zufriedenheitszuwächse wieder zurückbekommen. Aber es ist nicht Aufgabe des Arbeitsrechts, betriebswirtschaftliche Einsicht zu erzeugen. Das ist eine Diskussion, die wir bei der Mitbestimmung auch haben. Ein zentrales Mitbestimmungsbefürwortungsargument ist, sie hebe die Produktivität. Es ist nicht Aufgabe des Arbeitsrechts, die Produktivität zu heben. Einsicht erzeugt man durch Werben mit Argumenten, durch Zeigen von Beispielen etc. Nur in einem paternalistischen Zwangsbeglückungssystem, das seine Bürger für vollkommen blöd hält, kann man letztlich Einsicht verordnen. Wir Arbeitsrechtler kümmern uns eigentlich um Schutz, und der Schutz setzt auf der Arbeitnehmerseite und beim Schutzbedürfnis an. Und da ist es natürlich so – jetzt bin ich schon bei Ihrer zweiten Frage –, daß der Arbeitgeber als Adressat der Rücksichtnahmepflichten bei mir durchaus vorkommt. Da wird er dann auch nicht gefragt, ob er das haben möchte. Sondern wenn ich sage, ich würde einen deutlich verschärften Arbeitszeitlageschutz – z.B. auch unabhängig von einem Teilzeitbegehren – für Väter und Mütter oder Mütter und Väter einführen, dann wäre mir der protestierende Arbeitgeber in dem Punkt ziemlich egal. Das muß er dann aushalten. Wie er den Kündigungsschutz ebenso aushalten muß. Das ist so. Wer in Deutschland Arbeitgeber sein möchte, der muß die Betriebsverfassung, den Kündigungsschutz und das Verbot von Kinderarbeit ertragen. Und wenn ihm das nicht gefällt, dann muß er eben Teppiche in Indien weben lassen. Das kann er ja tun. Dann kann er dort auch Kinder beschäftigen und dergleichen mehr. Dann ist er jedenfalls frei von den Belastungen der hiesigen Rechtsordnung.

Der zweite Punkt: Wir haben die Grundvorstellung, daß im kollektiven Arbeitsrecht die Selbstregelung in den Regelungsebenen Tarifvertrag und Betriebsvereinbarung eigentlich im großen und ganzen zu vernünftigen Ergebnissen führt. Ich sage jetzt – und das ist eine Behauptung von mir, es gibt keine medizinisch zuverlässigen Diagnoseinstrumente –, mir kommen die Mütter und Väter in dem Punkt zu kurz. Es gibt sehr wenige kollektive Regelungen zur Familienverträglichkeit. Das gab es früher einmal. Da war es Mode. Inzwischen ist, wenn Sie einmal die Tarifverträge durchschauen, das Ausmaß der Familienfreundlichkeit schon erledigt. Wie gesagt, es gibt den berühmten Tag frei bei der eigenen Eheschließung, bei der Geburt eines Kindes und dann vielleicht noch beim eigenen Tod. Es gab einmal eine Zeit lang auch Regelungen zur Verlängerung von Elternurlaub. Aber das heißt ja nur, daß ich länger zu Hause bleiben kann. Und im Moment diskutieren wir ja gesamtgesellschaftlich, daß wir eher den Eltern auch ermöglichen wollen, weiterzuarbeiten, den Fuß im Beruf zu behalten, nicht der Dequalifikation anheimzufallen. Und dazu brauche ich Regeln, um die Arbeitsorganisation durch Arbeitszeit und Arbeitszuweisung und durch Qualifizierung etc. familienfreundlicher zu gestalten. Warum ist es z.B. so, daß fast alle Fortbildungsveranstaltungen innerbetrieblicher Art ganztägig ausgerichtet werden? Das ist für eine Mutter, die halbtags arbeitet und nachmittags ihr Kind betreut, schlechterdings nicht machbar. Also kann sie an solchen Qualifikationsmaßnahmen nicht teilnehmen. Man müsse die Trainer ganztags beschäftigen, das sei so

organisiert. Könnte man das nicht ändern? Das könnte man schon, aber es hat noch keiner verlangt. Und da finde ich, kann ich einen effektiven Familienschutz – also Schutz der Arbeitnehmer in ihrer Rolle als Väter und Mütter – nur erreichen, indem ich von außen Kontrollmaßstäbe anlege. Ich will jetzt keine Reichtsaufsichtsbehörde installieren, die die Familienfreundlichkeit von Kollektivregelungen überwacht – etwa durch Verwaltungsakte hineingrätscht – aber ich kann mir überlegen, ob ich dem einzelnen Individuum Individualrechte an die Hand gebe, die zur Kontrolle der Kollektivvereinbarungen führen, so wie man das ja sonst auch macht. Nicht jeder Arbeitnehmer kann behaupten, ein Tarifvertrag verletze ihn in einer Grundrechtsposition, beispielsweise aus Art. 12 GG. Da könnte man genausogut einfachrechtlich sagen, daß es eine Rücksichtnahmepflicht gibt oder ein Optimierungsgebot. Und ab einer gewissen Unverhältnismäßigkeitschwelle ist eben die Kollektivnorm dann unwirksam oder man baut den Weg aus, den der Gesetzgeber mit dem Elternzeit- und Teilzeitananspruch ja schon gegangen ist. Ich schaffe nämlich individuelle Rechte, die vom Kollektiv nicht mehr beiseitegeschoben werden können. Wenn ich also den Teilzeitananspruch ganz strikt auf Väter und Mütter und Angehörige von pflegebedürftigen Personen beschränke – wie das schon vielfach vorgeschlagen wurde – und dafür auch ausweite, indem ich auch Lagewünsche berücksichtige, selbst wenn ich keine Reduktion der Arbeitszeit will, muß der Arbeitnehmer auch vortragen, warum er das will. Es muß einen nachvollziehbaren Grund in der Familie geben, diese Lage haben zu wollen – wobei es natürlich nicht zur berühmten Di-Mi-Do-Woche führen soll. Und wenn ich dann sage, daß sich so etwas grundsätzlich auch gegenüber Betriebsvereinbarungen durchsetzen kann, es sei denn, die Arbeitsorganisation läßt schlechthin nichts anderes zu – Stichworte: voll kontinuierlicher Dreischichtbetrieb (Sie können jetzt nicht die Schichten völlig beliebig nach Kinderbetreuungszeiten organisieren, das geht einfach arbeitsorganisatorisch nicht) – dann würde ich erreichen, daß sich das individuelle Schutzbedürfnis der einzelnen Mutter, des einzelnen Vaters gegenüber der Ignoranz in der Kollektivregelung durchsetzen kann. Und das ist mein Anliegen. Es kann nicht sein, daß sozusagen diese individuelle Schutzposition dadurch, daß wir Kollektivverträge mit Blick auf ihre Familienverträglichkeit überhaupt nicht überprüfen, zur Beliebigkeit der Kollektive steht. Also: Ist das Kollektiv uneinsichtig und bräsig, dann haben die Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer einfach Pech gehabt. Dann müssen sie so lange betteln, bis irgendeiner auf die Idee kommt, eine vernünftige Regelung zu machen. Wie bei meinem Beispiel mit der Qualifizierung. Es ist überhaupt gar kein Problem, Qualifizierungseinheiten anders zu legen, das entweder zu verblocken oder auch einmal Halbtagsqualifizierungsmaßnahmen vorzusehen. Das kann man alles machen, nur macht es eben keiner.

Hermann Reichold:

Das kann dann heißen, daß in der FAZ irgendwann einmal steht, *Rieble* ruft den Gesetzgeber. Das wäre doch mal etwas Neues. Das sind jetzt zwei Argumente, wobei das erste sicherlich schwieriger zu begründen ist: Eine Inhaltskontrolle von Tarifverträgen anhand von welchen verfassungsrechtlichen Maßstäben? **61**

Volker Rieble:

- 62** Am einfachrechtlichen Maßstab. Ich kann den Kollektivparteien schon aufgeben, bei der Arbeitszeitregelung auch auf die Vereinbarkeit von Familie und Beruf zu achten. Wenn ich mir überlege, wie unsere Tarif- und Betriebsvereinbarungskontrollen mit Blick auf Art. 12 GG ausfallen, würde das dadurch in keinem Fall unkonkreter. Es wäre nur ein anderes Schutzgut.

§ 2 Familienförderung durch Arbeitgeber und Tarifparteien: Rahmenbedingungen und Anreizsysteme

Rn.

A. Referat Marita Körner	1
I. Einleitung	1
II. Gesellschaftspolitischer Hintergrund	4
III. Die Bedürfnisse berufstätiger Eltern	8
IV. Die Akteure	10
1. Der Gesetzgeber	10
2. Das Unternehmen	17
3. Die Tarifvertragsparteien	20
4. Die Betriebsparteien	31
V. Lösung des Vereinbarkeitsproblems durch Arbeitszeitkonten?	46
VI. Zwei Seiten einer Medaille: Vereinbarkeits- und Gleichstellungs- maßnahmen	56
VII. Fazit	60
B. Diskussion	62

A. Referat Marita Körner*

I. Einleitung

- 1 Die Vereinbarung von Erwerbs- und Familienarbeit wurde lange als ethisch-moralisches und vor allem privates Problem verstanden, mit dem berufstätige Mütter konfrontiert sind. Unternehmen und Tarifvertragsparteien sahen hier kein ernstzunehmendes Betätigungsfeld, wenn es auch vereinzelt schon seit den 1970er Jahren Ausnahmen gab. Allein die soziologische Forschung beschäftigt sich bereits seit Jahrzehnten mit dem Vereinbarkeitsproblem – Familie ist wohl das am meisten erforschte Gebiet in der Soziologie. Nun führen die demographischen Erkenntnisse, die ihrerseits auch schon 20 Jahre alt sind, zu einem größeren Interesse von Politik, Wirtschaft und Rechtswissenschaft. Für letztere ist das Thema aber auch nicht ganz neu: Der 60. Deutsche Juristentag hatte sich in der arbeitsrechtlichen Abteilung schon 1994 damit beschäftigt.¹
- 2 Die zunehmende Relevanz des Themas wird auch daran erkennbar, daß mittlerweile sogar ökonomisch argumentiert wird: Die Verbesserung der Vereinbarkeit von Beruf und Familie soll für drei Seiten ökonomisch profitabel sein: zunächst für die Arbeitnehmer, die eine kontinuierlichere Erwerbsbiographie sowie verbesserte berufliche Entwicklungsmöglichkeiten erwarten können; dann für den Staat, der mit höheren Steuereinnahmen und Sozialbeiträgen rechnen darf; und schließlich für die Unternehmen, für die neuere Untersuchungen darauf hindeuten, daß eine familienorientierte Personalpolitik nicht nur betriebswirtschaftlich vertretbar, sondern gar geboten ist.² Diese veränderte Einschätzung der Kosten-Nutzen-Rechnung verändert auch die Perspektive auf die erforderlichen Maßnahmen: Einerseits werden nun auch Arbeitgeber und Tarifvertragsparteien für dieses Thema für zuständig gehalten. Andererseits sind die Maßnahmen zur Vereinbarkeit von Beruf und Familie nicht mehr nur an Mütter gerichtet, sondern an Eltern.
- 3 Die Vereinbarkeitsproblematik umfaßt allerdings nicht nur Eltern und deren minderjährige Kinder, sondern ebenso erwachsene Kinder und deren Eltern. Auch in diesem Verhältnis wird sich mit zunehmender Alterung der Bevölkerung ein Vereinbarkeitsproblem stellen, weil sich dort die privaten Sorgearbeiten umkehren. Die folgenden Ausführungen konzentrieren sich allerdings auf „Mütter und Väter als

* Professor Dr. Marita Körner, Fachhochschule für Wirtschaft, Berlin.

1 Zu der Frage „Welche Maßnahmen empfehlen sich, um die Vereinbarkeit von Berufstätigkeit und Familie zu verbessern?“ hatten *Birk* und *Fuchs* die Gutachten erstattet, Deutscher Juristentag, Verhandlungen des 60. Deutschen Juristentages Münster 1994, Band I, Gutachten E und F (1994). Zum Vereinbarkeitsthema auch schon *Körner-Dammann*, Veränderte Erwerbs- und Familienstrukturen als Voraussetzung der Vereinbarkeit von Beruf und Familie, NJW 1994, 2056 ff.

2 Prognos-Studie, November 2005: Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen und Jugend (Hg.), Betriebswirtschaftliche Effekte familienfreundlicher Maßnahmen – Kosten-Nutzen-Analyse, (2006) (http://www.prognos.com/pdf/kosten_nutzen.pdf, zuletzt abgerufen am 25.7.2007). Mit einem anderen Ansatz: *Dilger/Gerlach/Schneider*, Betriebswirtschaftliche Effekte familienbewusster Maßnahmen, Forschungszentrum Familienbewusste Personalpolitik (FFP) an der Westfälischen Wilhelms-Universität Münster (2003) (www.ffp-muenster.de/Thesenpapier/Thesenpapier_FFP_Ergebnisse_der_Befragung.pdf, zuletzt abgerufen am 23.10.2007).

Arbeitnehmer“, d.h. die Eltern-Kind-Beziehung in aufsteigender Linie wird hier nicht mitberücksichtigt.

II. Gesellschaftspolitischer Hintergrund

Für den gesellschaftspolitischen Hintergrund liefert der Siebte Familienbericht³ die 4 Anhaltspunkte, die beleuchten, warum Tarifvertragsparteien sich überhaupt mit diesem Thema beschäftigen (müssen). Das Familien- und Erwerbsmodell in Deutschland hat sich gewandelt: Das Ernährermodell der 1960er Jahre mit strikter Arbeitsteilung zwischen Eltern wird seit den 1980er Jahren durch ein Ernährer- und Zuverdienermodell überlagert, das sich durch eine hohe Rate an Teilzeitarbeit unter berufstätigen Müttern auszeichnet. Für Deutschland ist fraglich, ob sich nun eine dritte Variante abzeichnet in Gestalt einer familialen Existenzabsicherung durch zwei im Arbeitsmarkt verankerte Personen, die sich zugleich die Familienarbeit teilen. Dieses Modell ist nicht nur in Skandinavien, Großbritannien oder den USA schon auf den Weg gebracht, sondern auch die Perspektive für die Zukunft von Familie, die in europäischen Programmen eingenommen wird: Hier geht man von zwei erwachsenen Personen aus, die sich grundsätzlich eigenständig versorgen können.

Zwar gewinnt auch in Deutschland die Vorstellung an Boden, daß sich Erwachsene 5 eigenständig durch Erwerbstätigkeit unterhalten sollten, allerdings bislang vorwiegend da, wo es darum geht, den Staat von Transferleistungen zu entlasten, z.B. bei der Unterstützung im Fall der Arbeitslosigkeit oder bei sonstiger Bedürftigkeit. Geht es hingegen um die Alimentierung durch den Ehepartner, i.d.R. noch vorwiegend den Ehemann, ist der Staat – anders als in vielen anderen europäischen Ländern⁴ – unverändert zu erheblichen Transfers für Nichterwerbstätigkeit bereit.

Das führt in Deutschland dazu, daß bei Paaren vor der Familiengründung mittler- 6 weile beiderseitige (Vollzeit-) Berufstätigkeit die Regel ist, sich aber nach der Geburt des ersten Kindes die Lage nach wie vor grundlegend ändert: Die Mehrheit der Frauen gibt dann die eigene Erwerbstätigkeit zumindest vorübergehend auf; die Rückkehr in den Beruf erfolgt vorwiegend in Form einer Teilzeittätigkeit; knapp 40% der Mütter sind nach sieben Jahren noch nicht wieder berufstätig.⁵ Hierbei kommt auch zum tragen, daß zwar die Erwerbsorientierung der Frauen in hohem Maße zugenommen hat, die Familienorientierung der Männer aber längst nicht im gleichen Umfang, was selbst die o.a. Prognos-Studie zugeben muß.⁶

Bei der folgenden Betrachtung von Familienförderung durch Arbeitgeber und Tarif- 7 vertragsparteien, muß daher immer auch beachtet werden, welches Familienmodell damit gefördert wird und inwieweit dieses Modell zukunftsfähig ist.

3 Siebter Familienbericht: Familie zwischen Flexibilität und Verlässlichkeit – Perspektiven für eine lebenslaufbezogene Familienpolitik, BT-Drucks. 16/1360.

4 Vgl. dazu die vergleichenden Betrachtungen im Siebten Familienbericht (Fn. 3), S. 40 ff.

5 Siebter Familienbericht (Fn. 3), S. 106. Dazu auch *Klammer/Klenner*, Geteilte Erwerbstätigkeit – gemeinsame Fürsorge, in: *Jahrbuch für Europa- und Nordamerika-Studien* 7 (2003), S. 177 ff.

6 Prognos-Studie 2005 (Fn. 2), S. 9.

III. Die Bedürfnisse berufstätiger Eltern⁷

- 8** Vor allem benötigen Eltern finanzielle Ressourcen, die primär durch Erwerbseinkommen gesichert werden, in zweiter Linie durch staatliche Transfers. Eltern brauchen also ein stabiles Arbeitsverhältnis und Arbeitsplatzsicherheit. In der Realität allerdings ist die in Deutschland jahrzehntelang als normal angesehene Berufsbiographie – unbefristete Vollzeitverträge – für eine große Zahl von Beschäftigten entstandardisierten Lebensläufen gewichen, mit besonders hohen Raten an rechtlich un abgesicherter Beschäftigung in der Altersgruppe bis 30 Jahre.⁸
- 9** Die Wunschliste von Eltern an das Arbeitsrecht, Arbeitgeber und Tarifvertragsparteien ist darüber hinaus lang. Die drei wichtigsten betreffen Infrastruktur, d.h. hochwertige Kinderbetreuung für alle Lebensphasen des Kindes,⁹ Betriebsanbindung während der Elternpause, d.h. Einbeziehung von Eltern in der Familienpause in die betrieblichen Entwicklungen durch Information und Qualifizierung und schließlich brauchen Eltern vor allem Zeit für Berufs- und für Familienarbeit, d.h. flexible, selbstbestimmte Arbeitszeitmodelle und Freistellungsregelungen für Sorgearbeit.¹⁰ Die Flexibilität in der Arbeitszeiteinteilung bezieht sich dabei zum einen auf die tägliche und wöchentliche Arbeitszeit, zum anderen auf die Lebensarbeitszeit.

IV. Die Akteure

1. Der Gesetzgeber

- 10** Der Gesetzgeber unterstützt Eltern finanziell, zunächst durch das Ehegattensplitting gemäß §§ 26 ff. EStG. Das Splitting dient zwar auch dem Ziel, Familien zu fördern, ist allerdings auf Verheiratete beschränkt und gerade nicht an Fürsorgeaufgaben gebunden.¹¹ Außerdem stärkt es nicht die Einkommenssituation der erziehenden Person, was wiederum das Ziel des neuen Elterngeldgesetzes ist, das darüber hinaus die Teilung der Familienarbeit durch zwei Erziehungsmonate ausschließlich für Väter fördern will. Es bleibt abzuwarten, ob diese Regelung ausreichen wird, mehr Väter dazu zu motivieren, Elternzeit in Anspruch zu nehmen – bislang ist das die Ausnahme.
- 11** Was die Kinderbetreuung angeht, sind die Möglichkeiten des Bundesgesetzgebers zum Ausbau entsprechender Einrichtungen wegen der Zuständigkeit von Ländern und Kommunen begrenzt. Zwar stellt der Bund im Rahmen des Tagesbetreuungsbaugesetzes (TAG)¹² seit 2005 jährlich 1,5 Mrd. Euro zur Verfügung, erwartet aber

7 Prognose-Studie 2005 (Fn. 2), S. 22 ff.

8 Zum Thema „arbeitsrechtlicher Bestandsschutz“ in diesem Band *Strick*, Familie und arbeitsrechtlicher Bestandsschutz, S. 81 ff. Für eine Bevorzugung von Eltern bei der Sozialauswahl *Kopke*, Sozialauswahl zwischen Geburtenrückgang und Europarecht, NJW 2006, 1040 ff.

9 Vgl. Prognos-Studie 2005 (Fn. 1), S. 26.

10 *Plantenga/Koopmans*, Freistellungsregelungen für Sorgearbeit und ihre praktische Bedeutung im internationalen Vergleich, WSI-Mitteilungen 2002, 161 ff.

11 Daher für ein Familiensplitting z.B. *Pfab*, Familiengerechte Besteuerung – Ein Plädoyer für ein Familiensplitting, ZRP 2006, 212 m.w.N.

12 BGBl. I, 3852.

selbst bis 2010 nur 230.000 zusätzliche Kindergartenplätze.¹³ Das deutsche Institut für Wirtschaftsforschung hat dagegen errechnet, daß derzeit für 1,2 Mio. Kinder unter drei Jahren ein Betreuungsplatz fehlt.¹⁴ Das ist eine Dimension, für die nicht primär Unternehmen eine Lösung bereitstellen können, sondern die bedeutende Umsteuerungen in der Familienpolitik erfordert.

Auch zum Thema „Arbeitszeit und Familie“ ist der Gesetzgeber tätig geworden. Seit 2001 sieht das Teilzeit- und Befristungsgesetz (TzBfG)¹⁵ den Anspruch auf einen Teilzeitarbeitsplatz vor, bei dem der Arbeitnehmer auch die Lage und Verteilung der Arbeitszeit vorschlagen kann. Dieser Anspruch stützt, um die Familienmodelle aufzugreifen, das Ernährer-Zuverdiener-Modell, theoretisch auch beiderseits teilzeitarbeitende Eltern. Allerdings gilt er nur außerhalb von Kleinbetrieben mit mindestens 15 Beschäftigten und er ist eine Einbahnstraße, denn einen Anspruch auf (Wieder-) Erhöhung der Arbeitszeit, etwa wenn die Familienpflichten weniger werden, gibt es nicht. **12**

Teilzeitarbeit ist neben dem TzBfG auch im Elterngeldgesetz angesprochen: Um die Erwerbsunterbrechung durch Elternzeit nicht zu lang werden zu lassen, sah schon das Bundeserziehungsgeldgesetz seit 2001 in § 16 Abs. 1 einen Rechtsanspruch auf Teilzeitarbeit während der Elternzeit vor. **13**

Im Hinblick auf kurzfristigen Zeitbedarf zu Familienzwecken sei auf folgende Regelung verwiesen: **14**

„Der Arbeitnehmer kann die Arbeitsleistung verweigern, wenn dies nach ärztlicher Bescheinigung zur Beaufsichtigung, Betreuung oder Pflege von Kindern ... notwendig ist (§ 33 Abs. 1 Nr. 2c). Im Falle einer berechtigten Leistungsverweigerung hat der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer für einen Zeitraum von bis zu einer Woche pro Kalenderjahr das Entgelt fortzuzahlen.“

Hierbei handelt es sich allerdings nicht um den gesetzlichen Ist-Zustand, denn der findet sich in § 45 SGB V und sieht zwar auch einen Freistellungsanspruch zur Kinderbetreuung vor – für Eltern kranker Kinder bis zu zwölf Jahren maximal zehn Tage pro Kind und Jahr. Allerdings ist diese Freistellung unbezahlt und der betreuende Elternteil ist auf das niedrige Krankengeld verwiesen. Das Zitat stammt aus dem Entwurf eines Arbeitsvertragsgesetzes der Professoren *Henssler* und *Preis*,¹⁶ der auch an anderer Stelle familienfreundlich enthält, z.B. die Berücksichtigung der familiären Verhältnisse beim Weisungsrecht (§ 31 Abs. 1 Satz 3) oder einen Rückkehranspruch von Teilzeit in Vollzeit (§ 31 Abs. 5). Man könnte sich darüber hinaus auch noch eine entsprechende Inhaltskontrolle bei Versetzungsklauseln vorstellen. Durchgängig familienfreundlich ist der Entwurf allerdings nicht. So soll es **15**

13 Siebter Familienbericht (Fn. 3), S. 59.

14 *Rüling/Kassner*, Zu viel Geld für zu wenig Kinderbetreuung, Mitbestimmung 10/2005, 41, 42.

15 BGBl. I, 1966.

16 *Henssler/Preis*, Diskussionsentwurf eines Arbeitsvertragsgesetzes (ArbVG), 1. Fassung, NZA 2006, Beil. zu Heft 23 (weitere Informationen unter www.arbvg.de/vorhaben.html, zuletzt abgerufen am 23.10.2007).

eine erweiterte Arbeitspflicht aus dringenden betrieblichen Gründen (§ 28) oder für den Arbeitgeber einen Rückholanspruch aus dem Urlaub geben (§ 47).

- 16** Auch der europäische Gesetzgeber hält die Rolle des Arbeitsrechts für die Lösung des Problems der Vereinbarkeit von Beruf und Familie für bedeutsam. In ihrem Grünbuch zu einem moderneren Arbeitsrecht für die Herausforderungen des 21. Jahrhunderts mahnt die Kommission entsprechende Vorschläge der Mitgliedstaaten an.¹⁷

2. Das Unternehmen

- 17** 20-30 Pionierunternehmen ergreifen seit etwa 25 Jahren Maßnahmen zur Vereinbarkeit von Beruf und Familie. Wenn es sich hierbei auch i.d.R. nur um „*soft law*“¹⁸ handelt, kann dieses „weiche Recht“ doch zumindest der Sensibilisierung dienen. Allerdings scheinen gerade in großen Konzernen die in Leitbildern formulierten Ansprüche und die Wirklichkeit noch weit auseinanderzufallen, da ein systematischer Umgang mit der Vereinbarkeitsfrage durch professionelles Personalmanagement durchweg fehlt, wie die Bertelsmann-Stiftung in einer Untersuchung über Mütter in Führungspositionen festgestellt hat.¹⁹ Auch Zertifizierungen und Auditierungen auf freiwilliger Basis entfalten keine Breitenwirkung. Das Audit „Beruf und Familie“ der Hertie-Stiftung z.B.,²⁰ das sich am US-amerikanischen *Family Friendly*-Index orientiert und die Vereinbarkeit von Beruf und Familie als Konzept der Personalpolitik etablieren will, haben gerade einmal 250 Unternehmen durchlaufen²¹ – vor dem Hintergrund von rund 1,9 Mio. Betrieben in der Privatwirtschaft.²² Im übrigen hat das Audit vor allem die Familiefreundlichkeit von Frauenarbeitsplätzen im Blick und belohnt so die Unterstützung für tradierte Geschlechterrollen.
- 18** Und selbst wenn das Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen und Jugend eine Studie nach der anderen veröffentlicht,²³ um Unternehmen von familienfreundlichen Maßnahmen zu überzeugen und Wettbewerbe wie „Erfolgsfaktor Familie“ ausschreibt,²⁴ wurde bisher nur eine kleine Minderheit von Unternehmen dazu gebracht, entsprechende Maßnahmen zu ergreifen.

17 Europäische Kommission, Grünbuch: Ein moderneres Arbeitsrecht für die Herausforderungen des 21. Jahrhundert vom 22.11.2006, KOM (2006) 708 endg., S. 8.

18 Dieser aus dem Völkerrecht stammende Begriff wird mittlerweile weit über völkerrechtliche Regelungskomplexe hinaus gebraucht, wenn Regelungen ohne wirksame Durchsetzungsmechanismen beschrieben werden sollen.

19 Lukoschat/Walther, Karriere(n)ick Kinder: Mütter in Führungspositionen – ein Gewinn für Unternehmen, in: Bertelsmann-Stiftung (Hg.), (2006), S. 11.

20 Genauer unter www.beruf-und-familie.de/index.php?c=audit.allgemein, zuletzt abgerufen am 23.10.2007.

21 Zweite Bilanz der Vereinbarung zwischen Bundesregierung und den Spitzenverbänden der Deutschen Wirtschaft zur Förderung der Chancengleichheit von Frauen und Männern in der Privatwirtschaft (2006), S. 47 (zitiert als: 2. Bilanz Chancengleichheit).

22 Fn. 21, S. 6.

23 Eine Übersicht findet sich unter www.bmfsfj.de/Kategorien/publikationen.html, zuletzt abgerufen am 23.10.2007.

24 Details dazu unter www.erfolgsfaktor-familie.de, zuletzt abgerufen am 23.10.2007.

Das dürfte auch damit zusammenhängen, daß in einem international vernetzten Umfeld die Personalpolitik vieler Unternehmen eher in Richtung auf Flexibilisierung der Beschäftigungsverhältnisse zielt, also flexible Arbeitsverträge und an den betrieblichen Erfordernissen orientierte flexible Arbeitszeiten. Diese Suche nach Flexibilisierung fördert kurzfristige Personalpolitik und weniger eine langfristig orientierte „Work-Life-Balance“-Strategie.²⁵ In der im Arbeitsrecht derzeit zentralen Diskussion um die Verlängerung von Arbeitszeit spielt Familie gar keine Rolle. **19**

3. Die Tarifvertragsparteien

Dennoch haben mittlerweile die Tarifvertragsparteien erste Ansätze für die Lösung des Vereinbarkeitsproblems entwickelt. Eine aktuelle Auswertung von 115 Tarifverträgen aus 30 Branchen zeigt jedoch, daß es bislang erst wenige Regelungen gibt. Von den untersuchten Verträgen beziehen sich nur 13 Flächen- und elf Firmentarifverträge explizit auf das Vereinbarkeitsproblem (und Chancengleichheit).²⁶ Ein zentrales tarifpolitisches Handlungsfeld ist die Vereinbarkeitsfrage also nicht. **20**

Die vereinbarkeitsrelevanten Themen, die in Tarifverträgen angesprochen werden, beziehen sich vor allem auf die Arbeitszeit. Etliche der Tarifvereinbarungen, die sich mit dem Thema überhaupt befassen, stammen noch aus den 1990er Jahren. Das erklärt Regelungen zur Umwandlung von Vollzeit- in Teilzeitarbeitsplätze und zur Gleichbehandlung von Teilzeitbeschäftigten, was seit 2001 im TzBfG gesetzlich geregelt ist, wenn auch nur für Arbeitgeber mit mehr als 15 Arbeitnehmern. Zwar enthalten einige Tarifverträge auch Bestimmungen zur Umwandlung von Teilzeit- in Vollzeitarbeit,²⁷ was aber nicht über Soll-Vorschriften hinausreicht (z.B. in der Metallindustrie verschiedener Tarifregionen) und daher kaum mehr bietet als § 9 TzBfG, wonach Teilzeitbeschäftigte mit Aufstockungswunsch bei gleicher Eignung bevorzugt zu berücksichtigen sind, wenn nicht dringende betriebliche Gründe entgegenstehen. Einen Rechtsanspruch auf Aufstockung enthalten also auch die wenigen einschlägigen Tarifverträge nicht. **21**

In einem etwas anderen Zusammenhang gibt es einen (eingeschränkten) Rückkehranspruch auf einen Vollzeitarbeitsplatz aber durchaus: Der Tarifvertrag Teilzeit der Deutschen Telekom vom 1.3.2004 sieht ihn für den Fall vor, daß die Weiterführung der Teilzeitarbeit wegen des niedrigeren Entgelts zu einer „sozialen Notlage“ führen würde. Wenn der Arbeitgeber diese anerkennt, soll innerhalb von sechs Wochen die Umwandlung in Vollzeit erfolgen. Der Hintergrund dieses Tarifvertrages ist jedoch, daß die Arbeitszeit für alle Arbeitnehmer zur Beschäftigungssicherung auf 34 Stunden gesenkt worden war²⁸ und der Rückkehranspruch wohl eine Kompensationsfunktion für besondere Fälle haben soll. **22**

25 Zu diesem Begriff und Konzept u.a.: European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions, (Hg.) Working time options over the life course (2006).

26 Klenner, Gleichstellung von Frauen und Männern und Vereinbarkeit von Familie und Beruf, in: WSI-Tarifhandbuch 2005, S. 41 ff. (zitiert als: Klenner, Tarifhandbuch).

27 Klenner, Tarifhandbuch (Fn. 26), S. 52.

28 Fn. 27, S. 53.

- 23** Ein spezielles Betätigungsfeld für die Tarifvertragsparteien eröffnet im Rahmen der Teilzeitarbeit § 8 Abs. 4 TzBfG, der vorsieht, daß die Ablehnungsgründe für den Teilzeitwunsch tarifvertraglich geregelt werden dürfen. Hier könnte familienfördernd z.B. festgelegt werden, daß ein Teilzeitwunsch, der im Zusammenhang mit der Erfüllung von Familienaufgaben steht, nur aus dringenden betrieblichen Gründen abgelehnt werden darf und nicht schon aus betrieblichen Gründen, wie § 8 vorschreibt. Soweit ersichtlich, haben aber die Tarifparteien von dieser Möglichkeit noch nicht Gebrauch gemacht. Dagegen hat das Bundesarbeitsgericht entschieden, daß ein Arbeitnehmer während der Elternzeit nicht nur auch dann noch eine Verringerung der vertraglich geschuldeten Arbeitszeit verlangen kann, wenn er sich bereits in Elternzeit befindet, sondern der Arbeitgeber diesen Antrag sowie auch die vom Arbeitnehmer verlangte Verteilung der Arbeitszeit nur aus dringenden betrieblichen Gründen ablehnen darf.²⁹
- 24** Umgekehrt allerdings sollte der Mechanismus nicht eingesetzt werden: Z.T. wird vertreten, einem Teilzeitwunsch sollte nur aus familiären Gründen entsprochen werden können.³⁰ Man kann sich zwar in der Tat fragen, ob die vielfältigen Lebensgestaltungswünsche von Menschen über einen Anspruch auf Änderung der einmal vereinbarten Arbeitszeit gegen den Arbeitgeber erfüllt werden sollten. Jedenfalls gibt es aber über familiäre Belange hinaus rechtlich schützenswerte Gründe für die Gewährung eines Teilzeitanpruchs, wie z.B. Zeit für Weiterqualifikation oder für ehrenamtliche Tätigkeiten. Wenn man also überhaupt den Teilzeitanpruch auf bestimmte Gründe einschränken wollte, wäre es jedenfalls nicht einfach, die schützenswerten von den nicht schützenswerten Gründen zu trennen.
- 25** Als Regelungsgegenstand in Tarifverträgen wäre auch ein Elternteilzeitmodell mit einem partiellen Einkommensausgleich bei Teilzeitarbeit vorstellbar.³¹ Beispiele dafür gibt es vereinzelt: Im sog. „niedersächsischen Modell“ wurden auf der Grundlage eines Tarifvertrages für die niedersächsische Metall- und Elektroindustrie Aufstockungszahlungen aus einem Tariffonds gezahlt, der von den Tarifvertragsparteien finanziert wurde.³²
- 26** Neben der Dauer der Arbeitszeit spielt für Arbeitnehmer mit Familienpflichten auch die Lage der Arbeitszeit sowie plötzlich auftretender Zeitbedarf in besonderen Situationen, wie Krankheit der Kinder oder Ausfall der Betreuungsperson, eine Rolle. Daher finden sich in einigen regionalen Tarifverträgen für den Einzelhandel Schutzbestimmungen zugunsten von Eltern, wonach diese sich aus „dringenden persönlichen Gründen“ von Arbeit nach 18.30 Uhr oder von regelmäßiger Samstagsarbeit ausnehmen lassen können. Z.T. wird dabei eine Altershöchstgrenze der zu betreuenden Kinder angegeben. Die meisten dieser Regelungen sind insofern restriktiv, als auch auf den Lebenspartner abgestellt wird. Nur wenn dieser die Betreuung nicht

29 BAG vom 9.5.2006 – 9 AZR 278/05 – NJW 2006, 3595 = NZA 2006, 1413.

30 Rieble, Familienschutzdimension des Arbeitsrechts – ein Verteilungsproblem, in diesem Band, S. 9 ff.

31 Susanne Mayer, Deutschland armes Kinderland. Plädoyer für eine neue Familienkultur (2002), S. 213 ff.

32 Reinecke/Mehlis, Attraktive Teilzeitarbeit schafft neue Arbeitsplätze, WSI-Mitteilungen 2001, 622 ff.

übernehmen kann, kann der Schutz vor einer familienunfreundlichen Arbeitszeitlege in Anspruch genommen werden.³³ Die wenigen Regelungen für den Einzelhandel, wo das Problem besonders drängend ist, bedürfen vor dem Hintergrund der weiteren Verlängerung von Ladenöffnungszeiten in einigen Bundesländern mit der Tendenz zur völligen Deregulierung von Öffnungsrestriktionen dringend einer zeitgemäßen Erweiterung und Anpassung.

Das gilt auch für die Abstimmung der Arbeitszeiten auf die Öffnungszeiten von Kinderbetreuungseinrichtungen, die für Eltern wichtig ist. Etwa die Hälfte der Mütter und Väter regelt das Problem durch die Arbeit in Gleitzeitsystemen.³⁴ Für die andere Hälfte gibt es nur vereinzelt tarifliche Regelungen, vor allem im gewerblichen Bereich, und dabei handelt es sich dann auch i.d.R. nur um Soll-Vorschriften.³⁵ **27**

Die Erkrankung von Kindern bringt erwerbstätige Eltern häufig zusätzlich in Zeitnot. Für derartigen zeitlichen Sonderbedarf von Arbeitnehmern sehen viele Tarifverträge schon seit langer Zeit präzisierende Regelungen zu § 616 BGB vor. Allerdings wiederholen etliche Tarifverträge nur die Gesetzeslage in § 45 SGB V. Andere Tarifverträge verbessern die sich aus dem SGB ergebende finanzielle Lage, indem die Aufstockung des nach § 45 SGB V vorgesehenen Krankengeldes oder gar die Fortzahlung der vollen Bezüge vorgesehen ist.³⁶ Z.T. wird über die gesetzliche Regelung hinaus ein tariflicher Anspruch für Kinder zwischen zwölf und 14 Jahren geschaffen. **28**

Relativ weit verbreitet sind tarifliche Regelungen zur Elternzeit. Hier wird meistens die gesetzliche Elternzeit um eine tarifliche verlängert. Dieser Anspruch ist von Bedeutung, wenn Eltern im Anschluß an die gesetzliche Elternzeit von drei Jahren keine Kinderbetreuung finden oder trotz Kinderbetreuungsangeboten die Betreuung weiter selbst sicherstellen wollen. Allerdings handelt es sich bei den tariflichen Regelungen oft nur um die Zusage einer bevorzugten Wiedereinstellung, die u.a. eingeschränkt werden kann, wenn kein Arbeitsplatz vorhanden ist. Im übrigen ist der Anspruch als Maßnahme zur Vereinbarkeit von Beruf und Familie problematisch, da der langfristige Ausstieg aus der Erwerbstätigkeit gefördert wird und nicht die Integration beider Lebensbereiche, die zunehmend vor allem von Müttern gewünscht wird.³⁷ **29**

Dazu gehört auch die Anbindung an den Betrieb während der Elternzeit. Von der Volkswagen AG über das Versicherungsgewerbe bis zum Einzelhandel verschiedener Regionen sehen einige Tarifverträge Weiterbildung während der Elternzeit vor. Jedoch handelt es sich auch hier vorwiegend um Kann- und Soll-Bestimmungen. Auch eine Bezahlung für die Weiterbildungszeit ist i.d.R. ebenso wenig vorgesehen wie eine Kinderbetreuung. Etwas präziser ist die Ausgestaltung im Qualifizierungs-Tarif- **30**

33 *Klenner*, Tarifhandbuch (Fn. 26), S. 41, 55.

34 *Klenner*, Erwartungen an einen familienfreundlichen Betrieb (2004).

35 *Klenner*, Tarifhandbuch (Fn. 26), S. 41, 56: z.B. Metallindustrie Mecklenburg-Vorpommern, MTV vom 1.12.2003: „Wünschen Beschäftigte, deren Kinder in Kindertagesstätten oder bei Tagesmüttern untergebracht sind oder die schulpflichtig sind bis zur Vollendung des 8. Lebensjahres, Beginn und Ende ihrer Arbeitszeit flexibel zu gestalten, soll dem im Rahmen der betrieblichen Möglichkeiten Rechnung getragen werden“.

36 *Klenner*, Tarifhandbuch (Fn. 26), S. 41, 57.

37 OECD Employment Outlook (2001); *Engelbrecht/Jungkunst*, Erziehungsurlaub: Hilfe zur Wiedereingliederung oder Karrierehemmnis?, IAB-Kurzbericht vom 20.6.2001.

vertrag der Metall- und Elektroindustrie Baden-Württemberg vom 19.6.2001. Danach haben alle Beschäftigten Anspruch auf ein regelmäßiges Gespräch mit dem Arbeitgeber über den Qualifizierungsbedarf. Soweit der besteht, werden die entsprechenden Qualifizierungsmaßnahmen ergriffen. Das gilt ausdrücklich auch für Beschäftigte in der Elternzeit.³⁸

4. Die Betriebsparteien

- 31** Seit der Novellierung des Betriebsverfassungsgesetzes (BetrVG) im Jahr 2001³⁹ gehört das Thema „Vereinbarkeit von Familie und Beruf“ zusammen mit der tatsächlichen Gleichstellung von Frauen und Männern im Beruf zu den allgemeinen Aufgaben des Betriebsrats nach § 80 Abs. 1 Nr. 2b BetrVG. Während der Betriebsrat auch schon vor 2001 verpflichtet war, die Gleichberechtigung der Geschlechter zu fördern,⁴⁰ wurde Nr. 2b neu in das BetrVG eingefügt.
- 32** Wenn sich auch Regelungen zur Vereinbarkeitsfrage in Betriebsvereinbarungen häufiger und detaillierter finden als in Tarifverträgen, gehört dieser Bereich auch auf dieser Ebene nach wie vor nicht zu den zentralen Themen.⁴¹ Dem BetrVG-Kommentar von *Fitting* ist die genannte Vorschrift gerade einmal 15 Zeilen wert.⁴² Das entspricht der betrieblichen Praxis: Nach der letzten WSI-Betriebsrätebefragung haben nur 7% der Betriebe mit Betriebsrat eine Betriebsvereinbarung zu „familienfreundlichen Arbeitsbedingungen“ abgeschlossen (8% zur Chancengleichheit) und haben sich weniger als 30% der Betriebsräte in Betrieben mit mehr als 20 Beschäftigten mit dem Thema jemals befaßt.⁴³ Eine Untersuchung des Nürnberger IAB von 2003 kommt sogar zu dem Ergebnis, daß nur 4,4% der Betriebe mit mehr als zehn Beschäftigten Maßnahmen zur besseren Vereinbarkeit von Familie und Beruf getroffen haben.⁴⁴
- 33** Das dürfte auch damit zusammenhängen, daß § 80 BetrVG dem Betriebsrat nicht unmittelbar Mitbestimmungsrechte einräumt, d.h. daß eine effiziente Kontrolle der auf § 80 Abs. 1 Nr. 2b gestützten Maßnahmen durch den Betriebsrat nicht unmittelbar möglich ist, sondern allenfalls mittelbar, da der Betriebsrat bei der Ausübung seiner Mitbestimmungsrechte aus § 87 Abs. 1 Nrn. 2, 3, 5 sowie 8 und 9 BetrVG die Auswirkungen auf die Vereinbarkeit von Familie und Erwerbstätigkeit mitberücksichtigen muß.⁴⁵

38 Weitere Beispiele bei *Klenner*, Tarifhandbuch (Fn. 26), S. 41, 60.

39 BGBl. I, 2518.

40 Nr. 2a wurde nur in seinem Wortlaut geändert: Gleichberechtigung wurde durch Gleichstellung ersetzt.

41 Das ist selbst bei den Betrieben so, die das Audit „Beruf und Familie“ durchlaufen haben (zu diesem Audit vgl. Fn. 20); *Döge/Behnke*, Betriebs- und Personalräte als Akteure familienbewußter Personalpolitik, in: *berufundfamilie* (Hg.) (2006), S. 37 f.

42 *Fitting*, Betriebsverfassungsgesetz, 23. Aufl. (2006), § 80 Rn. 40.

43 WSI Betriebsrätebefragung, Mitbestimmung 5/2005, 26, 27.

44 *Allmendinge/Möller*, Frauenförderung: Betriebe können noch mehr für die Chancengleichheit tun, IAB Kurzbericht 12/2003.

45 Zu den seit 2001 neuen Mitwirkungsrechten des Betriebsrats siehe auch *Löwisch*, Änderung der Betriebsverfassung durch das Betriebsverfassungs-Reformgesetz – Teil II: Die neuen Regelungen zur Mitwirkung und Mitbestimmung, BB 2001, 1790 ff.

Es ist nicht überraschend, daß die wenigen Betriebe, die sich für die Vereinbarkeit einsetzen, nicht gleichermaßen in allen Branchen und Regionen zu finden sind: Große Betriebe und Betriebe in Westdeutschland haben wesentlich häufiger entsprechende Betriebsvereinbarungen vorzuweisen. Bei den Branchen stehen die öffentliche Verwaltung sowie Banken und Versicherungen im Vordergrund,⁴⁶ wohl in Abhängigkeit von deren Teilzeitquote und ihrem Anteil weiblicher Beschäftigter. **34**

Die Palette der Regelungsgegenstände in Betriebsvereinbarungen ist bunt, wie eine im Jahr 2006 veröffentlichte Untersuchung der *Böckler*-Stiftung zeigt:⁴⁷ Im Vordergrund steht flexible Arbeitszeit: 90% der Betriebe mit Betriebsvereinbarungen zu „Familie und Beruf“ haben Vereinbarungen zur Gestaltung der Arbeitszeit geschlossen.⁴⁸ **35**

Wie bei den Tarifverträgen spielt auch bei den Betriebsvereinbarungen zu Familie und Beruf Teilzeitarbeit eine große Rolle. Schon vor dem Inkrafttreten des Teilzeit- und Befristungsgesetzes (TzBfG) verfügten einige Betriebe über umfangreiche Regelungen. Seit 2001 geht es in den Betriebsvereinbarungen vor allem um Konkretisierungen zum TzBfG. Die Betriebsvereinbarungen zur Familienfreundlichkeit regeln das Thema aber meistens nicht selbst, sondern verweisen auf spezielle Betriebsvereinbarungen zur Teilzeitarbeit.⁴⁹ Vereinzelt wird auch die Rückkehr zur Vollzeitarbeit angesprochen. Einen Rechtsanspruch auf einen Vollzeitarbeitsplatz sehen aber auch Betriebsvereinbarungen nicht vor. **36**

Relativ häufig sind Vereinbarungen zu (alternierender) Telearbeit,⁵⁰ die gemeinhin als familienfreundlich angesehen wird. So wird z.B. die Möglichkeit, an Telearbeit teilzunehmen, an eine „besondere familiäre Situation“ geknüpft⁵¹ oder die Telearbeit ausdrücklich zur Verbesserung der Vereinbarkeit von Familie und Beruf eingeführt⁵² oder festgelegt, daß Anträge von Beschäftigten mit Familienpflichten besonders wohlwollend geprüft werden müssen.⁵³ Obwohl Telearbeit Wegezeiten reduziert und den Beschäftigten erlaubt, die Arbeit nach eigenen Bedürfnissen in Phasen zu teilen, ist auch diese Arbeitsform ohne ausreichende Kinderbetreuung nicht familienfördernd.⁵⁴ Zur Kinderbetreuung enthalten die Betriebsvereinbarungen mit Telearbeitsregelungen aber nichts. **37**

Allgemein zum Thema Kinderbetreuung wird man in Betriebsvereinbarungen allerdings durchaus fündig.⁵⁵ Die Ausnahme sind eigene Betriebskinderkrippen oder **38**

46 *Lindecke*, Vereinbarkeit – ungeregt, Mitbestimmung 10/2005, 26, 28.

47 *Maschke/Zurholt*, Betriebs- und Dienstvereinbarungen – chancengleich und familienfreundlich, Hans-Böckler-Stiftung (2006).

48 *Nienhäuser/Hoßfeld*, Bewertung von Betriebsvereinbarungen durch Personalmanager (2004).

49 *Büntgen*, Teilzeitarbeit, Reihe Betriebs- und Dienstvereinbarungen (2005).

50 Zu dieser Telearbeitsform *Körner*, Telearbeit – neue Form der Erwerbsarbeit, alte Regeln?, NZA 1999, 1190 ff.

51 *Maschke/Zurhold*, Betriebs- und Dienstvereinbarungen (Fn. 47), S. 52.

52 Fn. 51, S. 53.

53 Fn. 51, S. 54.

54 Dazu auch Gabriele Winkler (Hg.), Telearbeit und Lebensqualität. Zur Vereinbarkeit von Beruf und Familie (2001).

55 *Maschke/Zurholt*, Betriebs- und Dienstvereinbarungen (Fn. 47), S. 54 ff.

-gärten. Häufiger findet man Regelungen zur Unterstützung von Elterninitiativen, Sicherung von Belegrechten in externen Kinderbetreuungseinrichtungen, Kooperationen mit kommunalen und freien Trägern sowie Kinderbetreuungsagenturen, Zuschüsse für externe Kinderbetreuung und – sehr selten – für Notfälle die Möglichkeit, das Kind in den Betrieb mitzunehmen.⁵⁶

- 39** Die schlechte Versorgung mit externer Kinderbetreuung spiegelt sich in Betriebsvereinbarungen auch insofern wider, als sich dort zahlreiche Regelungen zur Verlängerung der Elternzeit finden, wobei die Ausgestaltungen im einzelnen sehr unterschiedlich sind.⁵⁷ Schon die Zeiträume reichen von wenigen Monaten bis zu mehreren Jahren. Insgesamt sind die Regelungen für den öffentlichen Dienst großzügiger als in der Privatwirtschaft. Dort finden sich Regelungen wie die, daß vor Gewährung der familienbezogenen Freistellung bei Beschäftigten „mit nicht unerheblichen Führungsaufgaben eine besondere Prüfung der jeweiligen Gegebenheiten notwendig“ ist,⁵⁸ während man für den öffentlichen Dienst auf Formulierungen trifft, wonach „die Ausübung einer Leitungsfunktion kein dienstlicher Grund ist, einen Antrag auf Beurlaubung wegen familiärer Aufgaben abzulehnen“.⁵⁹
- 40** Obwohl die Regelungen in den Betriebsvereinbarungen zur Familienzeit durchweg als Ansprüche aufgefaßt werden können, gibt es davon auch ausdrückliche Ausnahmen: So kann ein entsprechender Antrag wegen „unzumutbarer zusätzlicher Belastung der Kollegen“ abgelehnt werden⁶⁰ oder dürfen der Gewährung der Familienzeit „keine zwingenden betrieblichen Gründe entgegenstehen“.⁶¹ Entsprechend der Regelungen in den Tarifverträgen ist auch in Betriebsvereinbarungen der Status des Arbeitsverhältnisses unterschiedlich geregelt: Zum Teil ruht es, zum Teil scheiden die Beschäftigten aus dem Unternehmen aus, kombiniert mit verschiedenen stark ausgestalteten Rückkehrrechten.
- 41** Auch bei der Einbindung beider Elternteile und nicht nur der Mütter sind die Unterschiede groß. Am häufigsten findet man mehr oder weniger neutral formulierte Regelungen, von denen sich Mütter und Väter angesprochen fühlen können. Man stößt aber auch im Jahr 2000 noch auf die Festlegung, daß nur ein Elternteil den Anspruch geltend machen darf.⁶²
- 42** Zu Qualifizierungsmaßnahmen sieht § 96 Abs. 2 Satz 2 BetrVG vor, daß vom Betriebsrat die Belange von Arbeitnehmern mit Familienpflichten zu berücksichtigen sind.⁶³ Das entspricht dem Interesse von Arbeitnehmern in der Elternzeit am Erhalt ihrer beruflichen Qualifikation und beruflicher Kontakte. Betriebsvereinbarungen, die sich mit Qualifizierung beschäftigen, enthalten aber selten eigene Passagen zum

56 Öffentliche Verwaltung, Fn. 47, S. 57.

57 Maschke/Zurholt, Betriebs- und Dienstvereinbarungen (Fn. 47), S. 61 ff.

58 Fn. 57, S. 65.

59 Fn. 57, S. 62.

60 Fn. 57, S. 68.

61 Fn. 57, S. 65.

62 In einer Betriebsvereinbarung aus dem Bereich Mess- und Regelungstechnik von 2000, Fn. 47, S. 68.

63 Fitting (Fn. 42), § 96 Rn. 32.

Qualifikationserhalt während der Familienphase.⁶⁴ Dagegen ist dieses Thema in den die Vereinbarkeit von Familie und Beruf betreffenden Betriebsvereinbarungen öfter enthalten. Die Maßnahmen reichen vom Angebot, während der Familienphase an fachlichen Weiterbildungsmaßnahmen teilzunehmen⁶⁵ und frühzeitig stattfindenden Planungsgesprächen über die Berufsrückkehr und dafür erforderliche Qualifikationsmaßnahmen⁶⁶ bis zu differenziert ausgearbeiteten qualifizierenden Maßnahmen, wie die Teilnahme an Lehrgängen einer Fernuniversität. Unterschiedlich sind die Regelungen über die Kostenübernahme für die Fortbildungsmaßnahmen. Z.T. wird sie an den erfolgreichen Abschluß geknüpft.⁶⁷ Es kommt aber auch vor, daß der Arbeitgeber von Eltern in Elternzeit erwartet „eigene Maßnahmen zum Erhalt und zur Anpassung der beruflichen Qualifikation zu ergreifen“ und diese nur durch „fachkundige Beratung über geeignete Maßnahmen“ unterstützt.⁶⁸

Häufig sind auch Regelungen über Vertretungsmöglichkeiten während der Elternzeit, 43 um den Kontakt zum Arbeitsgebiet aufrechtzuerhalten. Diesem Zweck dienen ebenfalls die selten vorkommenden „Patenschaften“. Die bedeuten, daß aus dem beruflichen Umfeld eine Person benannt wird, die die Verbindung zwischen Betrieb und Arbeitnehmer in Elternzeit aufrechterhält.⁶⁹ Darüber hinaus finden sich in Betriebsvereinbarungen Maßnahmen zum Wiedereinstieg in den Beruf nach der Familienpause, die von unterschiedlich ausgestalteten Wiedereinstellungszusagen, z.T. auf den alten Arbeitsplatz,⁷⁰ bis zu sog. *Return*-Programmen reichen, bei denen ein individuelles Vorbereitungsprogramm – vor allem im Hinblick auf die Aktualisierung von Fachwissen – zur Rückkehr in den Betrieb entwickelt werden kann.⁷¹

Vereinzelt enthalten Vereinbarungen, besonders in der öffentlichen Verwaltung, auch 44 Maßnahmen für die Vereinbarkeit von Beruf und Familie vor allem für Männer.⁷² Sie sollen ermuntert werden, insbesondere durch Teilzeitarbeit und Beurlaubungen familiäre Aufgaben zu übernehmen. Die wenigen auffindbaren Regelungen bleiben jedoch i.d.R. sehr allgemein. Insgesamt gilt, daß nach wie vor die Frage, wie Männer das Vereinbarkeitsproblem lösen, selten gestellt wird. Zwar wird regelmäßig betont, daß Familienpflichten von Frauen und Männern wahrgenommen werden können und sollen, aber in der Realität ist das immer noch die Ausnahme.

Insgesamt bleibt festzuhalten, daß trotz der Variationsbreite der in Betriebsverein- 45 barungen zur Vereinbarkeitsproblematik angesprochenen Themen, Betriebsräte sich noch relativ selten mit dem Thema beschäftigen. Deren zentrale Handlungsfelder sind derzeit eher Personalabbau und Umstrukturierungen, obwohl gerade hier das Vereinbarkeitsproblem auch integriert werden könnte und müßte.

64 Busse/Heidemann, Betriebliche Weiterbildung, Reihe Betriebs- und Dienstvereinbarungen (2005).

65 Maschke/Zurholt, Betriebs- und Dienstvereinbarungen (Fn. 47), S. 70.

66 Fn. 47, S. 71.

67 Fn. 47, S. 72 (Kreditgewerbe).

68 Fn. 47, S. 70.

69 Betriebsvereinbarung aus dem Verlagswesen, Fn. 47, S. 72.

70 Fn. 69, S. 73 f.

71 Betriebsvereinbarung aus dem Kreditgewerbe, Fn. 47, S. 76.

72 Fn. 71, S. 84 ff.

V. Lösung des Vereinbarkeitsproblems durch Arbeitszeitkonten?

- 46** Die Umbrüche in den Zeitstrukturen von Erwerbsarbeit wirken sich erheblich auf Familien aus. Die Zeitstrukturen der Industriegesellschaft waren geprägt durch relativ starre Zeittakte, Zeitkontrolle und der Orientierung an Maschinenlaufzeiten u.ä., die bei aller Rigidität Berechenbarkeit gewährten. Der Wandel hin zur sog. wissensbasierten Dienstleistungsgesellschaft weicht diese Zeitordnung auf, denn diese neue Art von Erwerbsarbeit kann weniger gut in industriellen Zeittakten erbracht werden. Es geht häufiger um die Bearbeitung von Projekten mit einem Enddatum oder die rasche Anpassung an Kundenbedürfnisse, wobei global einsetzbare Informations- und Kommunikationstechnologien viele Arten von Erwerbsarbeit im Prinzip zu jeder Zeit und an jedem Ort möglich machen. Flexible Arbeitszeit bedeutet vor diesem Hintergrund anpassungsfähige Arbeitszeit hinsichtlich deren Lage und Dauer.⁷³
- 47** Flexible Arbeitszeiten gelten vielen als der Königsweg zur Vereinbarkeit von Familie und Beruf. Und in der Tat kann anpassungsfähige Arbeitszeit den Zeitbedürfnissen von Familien entgegenkommen, ist aber nicht *per se* familienfördernd.⁷⁴ Durch ungleichmäßige, phasenweise wechselnde Arbeitszeiten nimmt im Gegenteil die Berechenbarkeit von Arbeitszeiten ab. Familienalltag ist aber von hoher Regelmäßigkeit geprägt. Darüber hinaus entstehen auch deshalb für die Koordinierung mit dem Familienleben neue Konflikte, weil familienergänzende Institutionen wie Kindergärten oder Schulen noch eher dem industriellen Zeitmuster folgen. Flexible Arbeitszeiten sind also nur dann ein Schlüsselement für die Lösung des Vereinbarkeitsproblems, wenn sie eine stabile Grundstruktur bieten mit der Möglichkeit selbstbestimmter Abweichung.
- 48** Ansätze für Flexibilisierung von Arbeitszeit gibt es schon länger: Gleitzeit bereits seit den 1960er Jahren, Freizeitausgleich statt Entgelt für Überstunden, oder die differenzierte Umsetzung der tariflichen Arbeitszeitverkürzung der 1980er Jahre, mit der Ansparmodelle eingeführt wurden, wenn trotz tariflicher Arbeitszeitverkürzung die wöchentliche Regelarbeitszeit gleichbleiben soll oder Bandbreiten vereinbart werden. Die Differenz zwischen tariflicher und tatsächlicher Arbeitszeit wird dann angesammelt und erlaubt größere Freizeitblöcke.⁷⁵
- 49** Verwaltet werden die Zeitguthaben und Zeitschulden auf Arbeitszeitkonten, die mittlerweile schon zum arbeitszeitorganisatorischen Alltag gehören.⁷⁶ Soll und Haben werden auf diesem Arbeitszeitkonto geführt, bei dem, je nach Modell, das angesparte Zeitguthaben in einen Geldbetrag umgerechnet wird⁷⁷ oder das als Zeit-

73 Dazu *Wisskirchen/Bissels*, Arbeiten, wenn Arbeit da ist – Möglichkeiten und Grenzen der Vereinbarungsbefugnis zur Lage der Arbeitszeit, NZA Beilage 1/2006, S. 24 ff.

74 *Jürgens*, Die neue Unvereinbarkeit? Familienleben und flexibilisierte Arbeitszeiten, in: Seifert (Hg.), Flexible Zeiten in der Arbeitswelt (2005), S. 169 ff.

75 Zu den verschiedenen Formen *Seifert*, Zeitkonten: Von der Normalarbeitszeit zu kontrollierter Flexibilität, WSI-Mitteilungen 2001, 84, 85.

76 Zu Gestaltung und Verbreitung u.a. *Seifert*, Vom Gleitzeit- zum Langzeitkonto, WSI-Mitteilungen 2005, 308 ff.

77 *Petersmeier*, Lebensarbeitszeitflexibilisierung: Die Kapitalanlage als wichtiges Gestaltungselement im Zeitwertmodell, BB 2005, 931 f.

konto geführt wird,⁷⁸ sich aber insofern von einem Bankkonto grundlegend unterscheidet, als i.d.R. das Haben auf dem Konto innerhalb bestimmter Zeiträume abgebaut werden muß. Außerdem liegt die Verfügungsbefugnis nicht allein beim Kontoinhaber. Das gilt unabhängig davon, ob es sich um kurzfristige oder langfristige Arbeitszeitkonten handelt. Zu letzteren gehören auch Lebensarbeitszeitkonten,⁷⁹ bei denen es um die Verteilung von Arbeit, Zeit und Geld über den Lebenslauf geht.

Die Ausgestaltung der Zeitkonten im einzelnen variiert je nach tariflicher und betrieblicher Regelung. Insgesamt haben sich Arbeitszeitkonten in den letzten Jahren stark ausgebreitet. Der Deutsche Industrie- und Handelskammertag nahm 2004 an, daß 67% aller Betriebe Zeitkonten aufwiesen,⁸⁰ eine Zahl, die sich auf Konten mit einem Ausgleichszeitraum von bis zu einem Jahr bezieht. Langzeitkonten sind noch viel weniger verbreitet: Nur in 7% der Betriebe findet man sie.⁸¹ Und Lebensarbeitszeitkonten gibt es noch seltener: nach dem DIHT nur in 3% der Betriebe. Entsprechend rar sind auch noch tarifliche Regelungen zu Lebensarbeitszeitkonten. Aus jüngerer Zeit ist auf die Tarifverträge über Langzeitkonten in der chemischen Industrie (31.7.2003)⁸² und den Metalltarifvertrag für Nordrhein-Westfalen (15.12.2005)⁸³ hinzuweisen. Beide sind insofern typisch, als sie bei den Verwendungszwecken für die Zeitguthaben vor allem auf die Möglichkeit eines vorgezogenen Ruhestandes und Weiterbildung verweisen. Familie spielt hier, wie auch bei anderen tariflichen und betrieblichen Regelungen über Lebensarbeitszeitkonten, für die Verwendung keine oder kaum eine Rolle.

Auch wenn Zeitkonten primär aus ökonomischen Gründen eingeführt wurden – es geht um den Ausgleich von Schwankungen im Arbeitskräftebedarf und damit um die Reduzierung der Arbeitskosten – spricht viel dafür, Arbeitnehmer in den Phasen der größten Zeitnot, im mittleren Lebensalter, der sog. *Rushhour* des Lebens, wenn Kinder zu versorgen sind, zu entlasten. Von der Konstruktion her könnte Zeitguthaben gerade auch für Familienzwecke eingesetzt werden.

Entscheidend ist aber immer, ob die Beschäftigten Zeitguthaben entnehmen können, wenn sie es benötigen oder ob die Verfügung über die Konten vorwiegend durch betriebliche Belange bestimmt wird. Außerdem kommt es darauf an, wer die zeitweiligen Arbeitszeitverlängerungen festlegt und ob dagegen Einsprüche aus familiären Gründen möglich sind. Die bestehenden tariflichen und betrieblichen Regelungen zu Lebensarbeitszeitkonten sind vor dem Hintergrund dieses familienbezogenen Fragen-

78 Schaub, Arbeitsrechtshandbuch, 11. Aufl. (2005), § 160 Rn. 42 ff.

79 Ein Beispiel aus der betrieblichen Praxis beschreibt Flanze, Die „atmende“ Fabrik – Flexibilisierungsmodelle und Lebensarbeitszeitkonten am Beispiel der Continental AG, NZA Beilage 1/2006, S. 21 ff.

80 DIHK (Hg.), individuell und flexibel, Wettbewerbsfaktor Arbeitszeitgestaltung (2004).

81 Seifert (Fn. 76), S. 308, 309.

82 Übereinkunft der Tarifvertragsparteien zu § 2b MTV – Langzeitkonten zwischen dem Bundesarbeitgeberverband Chemie und der Industriegewerkschaft Bergbau, Chemie, Energie vom 31.7.2003.

83 Tarifvertrag über Langzeitkonten zwischen METALL NRW – Verband der Metall- und Elektro-Industrie Nordrhein-Westfalen und der IG Metall – Bezirksleitung Nordrhein-Westfalen vom 15.12.2005.

katalogs noch nicht sehr ergiebig. Sie sind ganz offensichtlich nicht im Sinne einer „biographieorientierten Arbeitszeitgestaltung“⁸⁴ gemeint.

- 53** Immerhin sieht der nordrhein-westfälische Metall-Tarifvertrag vor, daß das Zeitguthaben „im Zusammenhang mit der Elternzeit“ verwendet werden darf – was das genau heißt, obliegt der Konkretisierung durch Betriebsvereinbarungen. Außerdem dürfen zwischen Beschäftigtem und Arbeitgeber „sonstige Verwendungszwecke“ vereinbart werden. Entnahmemöglichkeiten für familiäre Zwecke könnten also individuell festgelegt werden. Die Entnahmemöglichkeiten sind in den wenigen Tarifverträgen zu Lebensarbeitszeitkonten nicht im Detail geregelt. Sie stehen i.d.R. jedenfalls unter dem Vorbehalt betrieblicher Belange. An dieser Stelle muß auch darauf hingewiesen werden, daß derzeit für die angesparten Arbeitszeitkonten nur dann gesetzlicher Insolvenzschutz besteht, wenn ihr Zweck der vorzeitige Ruhestand ist. Das sieht § 8a Altersteilzeitgesetz (ATG)⁸⁵ von 2004 vor, der den Arbeitgeber verpflichtet, Altersteilzeit-Wertguthaben gegen Insolvenz abzusichern, wobei bestimmte, nicht insolvenz feste Wege ausgeschlossen werden. Viel weniger eindeutig ist die erste gesetzliche Regelung zur Insolvenz sicherung von 1998, § 7d SGB IV, wonach „die Vertragsparteien Vorkehrungen treffen, die der Erfüllung der Wertguthaben ... bei Zahlungs unfähigkeit des Arbeitgebers dienen“. Hier ist schon umstritten, inwieweit die Regelung überhaupt verpflichtenden Charakter hat.⁸⁶
- 54** Aber selbst wenn Arbeitszeitkonten familienorientiert ausgestaltet würden, darf zweierlei nicht übersehen werden: Zum einen setzt der langfristige Aufbau eines Zeitguthabens stabile Arbeitsverhältnisse voraus, mit denen gerade junge Arbeitnehmer in der Familiengründungsphase immer weniger rechnen können. Zum anderen werden mit Arbeitszeitkonten die alltäglichen Zeitröte von Eltern, die vor allem nicht allzu lange, verläßliche Arbeitszeiten brauchen, nicht gelöst, sondern wegen der phasenweisen Mehrarbeit u.U. verschärft.⁸⁷ Für viele Eltern ergibt sich das Problem, daß es angesichts der Doppelbelastung aus beruflichen und familiären Pflichten schwierig ist, Zeitguthaben überhaupt zu erarbeiten.⁸⁸ Daher sollte man in Anlehnung an die Altersteilzeit über einen „Elternzeitkredit“ nachdenken. Der würde die bisherige Situation umkehren, in der bei Langzeitkonten der Arbeitnehmer dem Arbeitgeber (Arbeitszeit-) Kredit gewährt und im Hinblick auf den dem Arbeitnehmer gewährten Kreditrahmen eine Art Vertrauensarbeitszeit einführen, was sich aus dem Gesichtspunkt der aus dem Arbeitsvertrag folgenden Fürsorgepflicht des Arbeitgebers ableiten ließe. Die Absicherung dieser Vertrauensarbeitszeit ist natürlich für den Arbeitgeber ebenso erforderlich wie der Insolvenzschutz für den Arbeitnehmer

84 So die Formulierung von *Seifert* (Fn. 76), S. 308, 311.

85 BGBl. I, 1078.

86 Dazu *Schietinger*, Insolvenz sicherung von Arbeitszeitguthaben: Wer trägt das Risiko der Arbeitszeitflexibilisierung?, WSI-Mitteilungen 2005, 339 ff.; *Klemm*, Lebensarbeitszeitkonten – ein Modell für die Zukunft, NZA 2006, 946, 949 f.

87 Linne (Hg.), Flexibel arbeiten – flexibel leben? Die Auswirkungen flexibler Arbeitszeiten auf Erwerbschancen, Arbeits- und Lebensbedingungen, Hans-Böckler-Stiftung (2002); *Klenner/Pfahl*, Stabilität und Flexibilität – ungleichmäßige Arbeitszeitmuster und familiäre Arrangements, in: Seifert (Fn. 74), S. 124 ff.; *Jürgens* (Fn. 74), S. 169 ff.

88 *Klammer*, Sozialpolitische Dimension flexibler Arbeitszeiten und Erwerbsbiographien, in: Seifert (Fn. 74), S. 304, 326.

und ließe sich z.B. im Rahmen von Versicherungs- oder Fondsmodellen erreichen. Darüber hinaus wäre die Flankierung eines Elternzeitkredits, wie bei der Altersteilzeit, durch sozialpolitische Maßnahmen erforderlich.

Die Nutzung der Langzeit- und insbesondere Lebensarbeitszeitkonten für familiäre Zwecke ist auch bei einem neuen Ansatz der Volkswagen AG noch nicht gelöst, bei dem es um altersabhängige Arbeitszeit geht. Volkswagen hat schon häufiger mit innovativen Arbeitszeitmodellen von sich reden gemacht. Eine neue Idee ist die demographische Arbeitszeit, ein Gedanke, der sich noch in einem Vorbereitungsstadium befindet, aber dennoch schon international auf Interesse gestoßen ist.⁸⁹ Danach sollen jüngere Arbeitnehmer eine Arbeitszeit von 40 Stunden haben, die im Laufe des Älterwerdens des Arbeitnehmers auf 30 Stunden reduziert wird. Die Gewerkschaften haben vorsichtige Zustimmung signalisiert, allerdings unter der Bedingung, daß der reduzierte Stundenbedarf auch für Arbeitnehmer mit Familienpflichten zugänglich wird.

VI. Zwei Seiten einer Medaille: Vereinbarkeits- und Gleichstellungsmaßnahmen

Bei den Langzeit- und Lebensarbeitszeitkonten bleibt das Dilemma ungelöst, daß derartige Konten als solche nichts zu einer veränderten Aufgabenteilung in der Familie beitragen. Untersuchungen in Frankreich zeigen, daß Frauen, die auf ihre Konten zugreifen, dies vorwiegend aus familiären Gründen tun, Männer dagegen eher, um sich fortzubilden oder zeitaufwendige Hobbys zu pflegen. An den traditionellen Arbeitsteilungsmustern zwischen Müttern und Vätern haben Arbeitszeitkonten dort jedenfalls noch nichts geändert.⁹⁰

Für Deutschland liegen allein schon wegen der bislang geringen Zahlen keine empirischen Daten über die tatsächliche Nutzung von Langzeit- und Lebenszeitkonten für familiäre Zwecke vor, weshalb z.Zt. auch keine Aussage darüber möglich ist, ob auch hier, trotz neuer Arbeitszeitmodelle, alte Rollenmuster fortgeschrieben werden. Der Siebte Familienbericht läßt jedoch durchblicken, daß in Deutschland das Vereinbarungsproblem auch im Jahr 2006 nach wie vor vorwiegend als Mütterproblem verstanden wird.⁹¹ Und diese Grundeinstellung reicht weit über nationale Grenzen hinaus. In einem kürzlich erschienenen Zeitungsartikel zu den Anforderungen für ein soziales Europa hat der ehemalige Präsident der Europäischen Kommission, *Jacques Delors*, zur Bewältigung der Konsequenzen aus der demographischen Entwicklung darauf hingewiesen, daß „**Frauen** flexible Arbeitszeiten sowie eine hochwertige (...) Kinderbetreuung brauchen“. ⁹² Von den Vätern war keine Rede.

89 European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions (Hg.), *Working time options over the life course: New work patterns and company strategies* (2006), S. 98.

90 *De Terssac* u.a., *Le renforcement de la division sexuelle de travail: le cas du compte epargne temps. Rapport de synthèse*. Ministère du travail et des affaires sociales. Université de Toulouse Le Mirail et du CERTOP (ESA 5044 du CNRS) (1999).

91 Siebter Familienbericht (Fn. 3), u.a. S. 260 ff.

92 *Delors/Rasmussen*, Für ein neues soziales Europa, FAZ, Nr. 267 vom 16.11.2006, S. 10.

- 58** Daher ist die Vereinbarkeitsfrage nicht ohne Gleichstellungsmaßnahmen zu beantworten, denn ohne Berücksichtigung der Schnittstellen zwischen Familien- und Gleichstellungspolitik bleibt die Lösung für das Problem der Vereinbarkeit zwischen Beruf und Familie auf halbem Wege stecken,⁹³ allein schon deshalb, weil die ökonomische Selbständigkeit der Frau auch der ökonomischen Absicherung der Familie dient und diese daher vor dem Hintergrund unsicherer Erwerbsverläufe für eine steigende Zahl von Beschäftigten häufig erst möglich macht. In etlichen EU-Staaten hat man das schon länger verstanden und auch in Deutschland kennt man den Zusammenhang: Schon auf dem Münsteraner Juristentag von 1994 war der vom Gutachter *Birk* thematisiert worden.⁹⁴ Seit längerem findet man auch, anders als in Betriebsvereinbarungen, in vielen Dienstvereinbarungen zum Thema „Beruf und Familie“ Vereinbarkeits- und Gleichstellungsmaßnahmen in einem Atemzug.⁹⁵
- 59** Zwar steigt die Frauenerwerbsquote in Deutschland und erreicht mit fast 60% bald das Ziel der vom Rat der Europäischen Union am 24.3.2000 verkündeten „Lissabon-Strategie“,⁹⁶ gleichzeitig geht aber das Arbeitsvolumen, das diese Frauen sich teilen, zurück.⁹⁷ Die meisten gehen einer Teilzeitbeschäftigung nach, was weder existenzsichernd ist, noch i.d.R. einen beruflichen Aufstieg ermöglicht. Außerdem arbeiten viele Mütter in prekären, d.h. rechtlich ungesicherten Beschäftigungsverhältnissen.⁹⁸ Von den Vätern sehen sich zwar heute mehr als zwei Drittel eher als Erzieher denn als Ernährer,⁹⁹ bleiben aber trotzdem in der Mehrzahl der Fälle vollzeiterwerbstätig. Die wenigen Väter, die sich auch aktiv für die Familie zuständig fühlen, haben mit erheblichen Vorurteilen zu kämpfen,¹⁰⁰ denn Vorgesetzte und Kollegen erachten väterliche Familienpflichten nicht als legitimen Grund, berufliches Engagement einzuschränken.

VII. Fazit

- 60** Gerade deshalb ist eine familienorientierte Personalpolitik erforderlich, die vom Nischenthema zum Querschnittsthema wird und die Übernahme von Verantwortung für die Familie durch beide Eltern überhaupt erst möglich macht.¹⁰¹ Die beschriebenen Maßnahmen der Tarifvertrags- und Betriebsparteien können nur als erste Schritte verstanden werden. Daher sind die Tarifvertrags- und Betriebsparteien gehalten, insbesondere die Schlüsselthemen Arbeitszeit und Kinderbetreuung klarer und umfassender zu regeln und vor allem als Ansprüche auszugestalten. Bei der

93 So schon *Körner-Dammann* im Jahr 1994 (Fn. 1).

94 *Birk*, Gutachten E zum 60. Deutschen Juristentag (Fn. 1), S. 20 f.

95 *Maschke/Zurholt* (Fn. 47), 2006.

96 2. Bilanz Chancengleichheit (Fn. 21), S. 4 f.

97 Fn. 96, S. 22.

98 Das ist nicht nur in Deutschland so, sondern EU-weit ein Problem, vgl. *Precarious Employment in Europe: A comparative study of labour market related risks in flexible economies*. ESOPE Final Report. Generaldirektion Forschung (2004).

99 *Fthenakis/Minsel*, Die Rolle des Vaters in der Familie (2001), S. 7.

100 *Gesterkamp*, Väter zwischen Kind und Karriere (Bericht über die Ver.di-Väterstudie), Mitbestimmung 10/2005, 30 f.

101 Auch hier ist das BMFSFJ aktiv, vgl. den neuesten Leitfaden: BMFSFJ (Hg.), Familienbewußte Personalpolitik (2006).

Kinderbetreuung ist zwar die Unterstützung von externen Betreuungseinrichtungen durch den Arbeitgeber hilfreich, häufig dürfte aber, vor allem bei stark flexibilisierter Arbeitszeit, eine unternehmensinterne Lösung, die die Arbeitszeitstrukturen des Unternehmens berücksichtigen kann, für die betroffenen Eltern die bessere Option sein. Das spricht für deutlich mehr betriebliche Kinderkrippen und Kindergärten. Zum Thema Arbeitszeit bedarf es erweiterter Ansprüche auf Arbeitszeitoptionen, umfangreicherer Freistellungsregelungen für Sorgearbeit und bei den Langzeit- und Lebensarbeitszeitkonten einer rechtlichen Absicherung der Entnahmemöglichkeiten für familiäre Zwecke mit einer Ablehnungsmöglichkeit der Elternwünsche nur bei dringenden betrieblichen Erfordernissen. Dabei würde eine biographieorientierte Verteilung von Arbeit, Zeit und Entgelt über die Lebenszeit für Eltern erfordern, daß in der Familienphase die Arbeitszeit möglichst verläßlich ist und die flexiblen Erwerbsphasen auf die anderen Jahrzehnte der Berufstätigkeit verlagert werden, was allerdings auch ein grundlegendes Umdenken über Lebensalter und zu absolvierende Karriereschritte nötig macht. Für die Lebensarbeitszeitkonten, bei deren bisheriger Konstruktion nur die Arbeitnehmer in Vorleistung treten, bedeutet das, daß eine Erweiterung auf einen „Elternzeitkredit“ notwendig ist. Um zu verhindern, daß neue Arbeitszeitoptionen nur von Müttern genutzt und damit alte Rollenmodelle perpetuiert werden – ein Grund für die Unwilligkeit junger Frauen, Familien zu gründen – bedarf es auch einer neuen Arbeitsteilung zwischen Eltern, die sich, wie die Erfahrungen der vergangenen Jahrzehnte zeigen, nicht automatisch einstellt, sondern durch rechtlich verbindliche Gleichstellungsmaßnahmen flankiert werden muß.

Allerdings: Auch wenn Studien ein Eigeninteresse von Unternehmen an familienfördernden Maßnahmen belegen wollen, ist in Zeiten hoher Arbeitslosigkeit und ökonomischer Krisenstimmung das Thema, obwohl gesellschaftspolitisch von hoher Bedeutung, für viele Entscheidungsträger in Unternehmen und Arbeitnehmervertretungen bislang nachrangig gewesen, wie der Blick auf Tarifverträge und Betriebsvereinbarungen zeigt. Das dürfte auch damit zusammenhängen, daß die Vereinbarkeit von Beruf und Familie nach wie vor als private und allenfalls staatliche Aufgabe angesehen wird, nicht aber als ein Regelungsbereich, der aus den Schutzpflichten des Arbeitsvertrages folgt. Dabei geht es bei genauerer Betrachtung auch nicht nur um das Beruf-Familie-Vereinbarungsproblem im engeren Sinne. Unter dem größeren Blickwinkel einer generell anzustrebenden „*work-life-balance*“, den auch der Siebte Familienbericht einnimmt, wird deutlich, daß die veränderte Arbeitsgesellschaft für eine Vielzahl von Gruppen zu entstandardisierten Lebensläufen mit einer Reihe von riskanten Übergängen führt, die insgesamt einer Reaktion des Arbeitsrechts bedürfen,¹⁰² zumal gerade die Lebensläufe junger Menschen in der Familiengründungsphase (ökonomisch) riskanter geworden sind.

102 Dettling, Kulturelle Mobilisierung, Mitbestimmung 10/2005, 11 ff.; Pagel, Die alten Rollenmuster leben weiter, Mitbestimmung 10/2005, 37 ff.

B. Diskussion

Professor Dr. Hermann Reichold, Eberhard Karls Universität Tübingen:

- 62 Vielen Dank, Frau *Körner*. Sie haben sich sehr engagiert für ein Querschnitts- und kein Nischenthema eingesetzt. Wir haben auch etwas gelernt: Die Tarifpraxis ist angesprochen. Nachdem Frau *Körner* so ausführlich auch die Praxis dargestellt hat, wären noch einige Hinweise, Berichtigungen und weitere Ansätze sehr interessant für das Auditorium.

Professor Dr. Volker Rieble, ZAAR:

- 63 Ich habe ein paar Fragen oder Bemerkungen. Längere Arbeitszeiten, das haben Sie zum Schluß gesagt, müssen gar kein Nachteil sein, weil sie nämlich auch die schnellere Erarbeitung von Zeitguthaben ermöglichen. Die Frage ist nicht, ob wir insgesamt zu längeren Arbeitszeiten kommen, sondern ob wir insgesamt zu einer entsprechenden Ausdifferenzierung kommen. Man kann ja zwischen 20 und 30 ruhig viel arbeiten. Dann kriegt man mit 30 sein Kind und dann kann man eben aus einem erarbeiteten Zeitguthaben auch etwas entnehmen, und das ist um so größer, je höher die vorherige Arbeitszeit gewesen ist. Also insofern müssen sich auch die Unternehmen überlegen, was für sie das wirklich bessere ist. Ob es sinnvoll ist, die Arbeitszeit insgesamt für alle zu verlängern oder ob es sinnvoller ist, auch da auszu-differenzieren. Dann ist aber natürlich wieder die Personalpolitik gefragt, weil ich einen guten Mix im Unternehmen brauche. Wenn ich lauter 30-Jährige mit zwei Kindern habe, die zwischen einem und drei Jahren alt sind, ist meine personalwirtschaftliche Flexibilität im Unternehmen ziemlich gering. Dann kann ich nur noch schauen, ob ich die Mitarbeiter zum Arbeiten bekomme. Ich muß also schauen, daß ich Junge, Mittlere und Alte habe, um dann auch so Umverteilungseffekte zu nutzen.

Daß Sie gesellschaftspolitisch die Gleichstellung fordern, das finde ich völlig nachvollziehbar. Ich glaube aber nicht, daß Gleichstellung eine Aufgabe des Arbeitsrechts ist. Der Arbeitgeber oder das Arbeitsrecht kann es Vätern bestimmt ermöglichen, Zeiten für die Familie zu bekommen. Aber das Arbeitsverhältnis oder den Betrieb als Umerziehungsanstalt für renitente Väter, die lieber Harley Davidson fahren, statt sich um das Kind zu kümmern? Sie sprachen von den zeitaufwendigen Hobbies: Das glaube ich, kann das Arbeitsrecht nicht leisten. Bei dem Kredit wird es regulatorisch natürlich schwierig und genau dadurch auch wieder spannend. Denn ein Arbeitszeitkredit, den der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer gewährt, ist ein Vorschuß. Bei den längerfristigen Zeitguthaben sind es ja Wertguthaben und keine Zeitguthaben und da haben wir ja normalerweise eine Verzinsung. Sie müßten sich dann einmal überlegen, ob der Arbeitnehmer den Vorschuß verzinsen muß. Er bekommt schließlich einen Kredit. Wer als Kreditnehmer einen Kredit nimmt muß Zinsen zahlen. Wir haben sonst das Problem der Insolvenzsicherung des Arbeitnehmers, der vom Arbeitgeber einen Kredit nimmt. Wie machen wir es hier mit der Insolvenzsicherung? Der Arbeitnehmer nimmt mal eben einen Erziehungszeitkredit in Höhe

von, ich sage mal, 50.000 € in Anspruch und dann entschließt er sich, arbeitslos zu werden. Ich überspitze das jetzt einmal. Oder er wird einfach arbeitslos oder er stirbt. Wer bezahlt dann den Vorschuß zurück? Denn das ist ja ein Kredit. Der Arbeitgeber, der einen Kredit gibt, will das Geld auch wiederhaben. Er hat Geld bezahlt und keine Arbeitsleistung bekommen. Muß jetzt also eine Insolvenzsicherungspflicht für den Insolvenz- oder den Kreditzurückzahlungsausfall des Arbeitnehmers her? Und wer zahlt die Beiträge?

Hermann Reichold:

Eine Elternkreditausgleichskasse.

64

Professor Dr. Marita Körner, Fachhochschule für Wirtschaft, Berlin:

Also, das waren drei Punkte. Ich darf einfach chronologisch vorgehen: Sie sagten, längere Arbeitszeiten müssen ja gar kein Nachteil sein, weil dann die jungen Arbeitnehmer, bevor sie in den Elternstatus eintreten, schon einmal ganz viel Zeit erarbeiten können. Da haben wir immer das Problem, das leider immer noch gilt: *iudex non calculat*. Man muß sich natürlich einmal überlegen, daß es auf den Beruf ankommt. Bei den Akademikern ist es natürlich so, daß sie bis 30 nicht viel erarbeiten können, da sind sie ja gerade erst einmal fertig. Wir haben zwar jetzt Verkürzungen durch Bachelor- und Masterstudiengänge – mal sehen, wie sich das auswirkt – aber im Prinzip ist das natürlich eine Frage der Quantität. Können die da wirklich so viel ansparen? Man muß ja auch überlegen, was sie dann brauchen. Sie wollen ja ein halbes Jahr, ein Jahr, noch mehr. Da muß man nur einfach einmal die Stunden ausrechnen, die sie vorab gearbeitet haben müßten. Das ist schon schwierig. Obwohl mir im Prinzip dieses Langzeitkontosystem ganz gut gefällt. Die Erarbeitung des Guthabens ist natürlich ein Problem, deswegen auch der Vorschlag mit dem Kredit.

Zunächst aber noch zu Gleichheit und dem Arbeitsrecht. Ich hatte versucht, es auch so zu formulieren, es nebeneinanderzustellen. Gleichstellungspolitik richtet sich natürlich auch an den Gesetzgeber. Aber klar, das wirkt natürlich dann wieder auf die Unternehmen zurück. Ich bleibe da aber trotzdem dabei. Sie hatten Ihren sozialgebundenen Vertrag oder wie immer Sie Ihren Vorschlag genannt hatten. Das ist ja so was ähnliches. Sie können letztlich beliebig viele Elemente in diesen Begriff „sozial“ hineinpacken. Sie können fragen: Was brauche ich dafür alles? Welche Elemente gesellschaftspolitischer Natur muß ich denn berücksichtigen? Und da würde ich die These vertreten: die gleichstellungspolitischen Elemente auch. Aber ich will da jetzt gar nicht so viel dazu sagen, weil wir vom AGG heute noch einiges hören. Da bin ich schon sehr gespannt.

Jetzt zum Kredit: Das war klar, daß das gefragt werden mußte. Es ist ja dann auch in der Tat das Problem, wie wir das praktisch umsetzen. Aber bisher ist es so – das haben Sie einfach nur so gesagt – Insolvenzversicherung ist jetzt das Problem des Arbeitnehmers. Was passiert denn mit dem Arbeitnehmer, der beim insolventen Arbeitgeber ein hohes Guthaben erarbeitet hat? Der schaut in die Röhre, wenn ich

das mal so salopp sagen darf. Ich will jetzt nicht sagen, daß wir es umgekehrt genauso machen müssen, aber ich will nur dieses in den Raum stellen: Wir haben die Konten bereits. Wir haben letztlich den Kredit des Arbeitnehmers und der ist nicht gesichert. Und das hat bislang keinen so richtig gestört. Nun, dieses Problem ist tatsächlich schon da. Das heißt nicht, daß wir das andere nicht lösen müssen. Es ist überhaupt keine Frage. Wenn ich das hier schon gelöst vorliegen hätte, dann würde ich jetzt vielleicht gar nicht hier stehen, sondern ganz woanders viele Gutachten schreiben. Man kann sich ja etwa überlegen: möglicherweise einen Ansatz über einen Fonds, über ein Fondsmodell, ein Versicherungsmodell, irgendwas in dieser Richtung, damit der Arbeitgeber gegen die Nichtarbeit oder die Nichtleistung des Arbeitnehmers nach Inanspruchnahme dieses Kredits abgesichert ist. Aber ich denke, das ist ein lösbares Problem. Da ist noch ein bißchen Kreativität gefragt. Da muß ich auch selbst noch näher drüber nachdenken. Aber es würden einem sicher Lösungen einfallen. Ich glaube, das größte Problem bei einem Elternzeitkredit ist der politische Wille.

Dr. Stefan Krauss, Südwestmetall:

- 66** Nein, des Gesetzgebers. § 7d SGB IV enthält die gesetzliche Regelung des Insolvenzschutzes für Zeitkonten. Die gibt es. Die ist umfassend. Und die gibt es auch in den Tarifverträgen, die Zeitkonten haben, insbesondere in der Metallindustrie, für die kann ich sprechen. Das heißt also, der Arbeitnehmer ist bei Zeitkonten ab einem bestimmten Stundenstand immer geschützt gegen die Insolvenz des Arbeitgebers – in der Metallindustrie durchgehend, und im Gesetz mit § 7d SGB IV auch, da ist es aber kein durchgängiger Schutz.

Marita Körner:

- 67** Na ja, Sie wissen ja, zuerst steht da nicht direkter Insolvenzschutz drin, sondern die Aufforderung, einen zu schaffen. Und zum zweiten ist er ja sogar umstritten. Wenn auch die Leute, die sagen, das sei überhaupt nicht verbindlich, jetzt mittlerweile die Mindermeinung vertreten. Aber das ist auch ein Problem. Das heißt, es wird ja gar nicht für alle Arbeitnehmer tatsächlich umgesetzt. Selbst die Regelung im Altersteilzeitgesetz ist so, und die gilt als streng. Aber da stehen Ausschlüsse. Da steht dann, was der Arbeitgeber als Insolvenzschutz nicht machen darf und was er machen muß. Aber ob er es tatsächlich macht, ist dann immer noch eine zweite Frage. Die Arbeitnehmer in der Metallindustrie sind dann in einer glücklicheren Lage. Aber ich habe jetzt ganz generell gesprochen, für alle Arbeitnehmer. Dennoch ist auch das ein lösbares Problem. Das kann man besser ausbauen und dann ist der Arbeitnehmer insolvenzgeschützt. Wir haben jetzt von der anderen Seite geschaut. Wenn wir das jetzt umdrehen, wie machen wir das? Eine parallele Lösung können wir ja nicht finden. Wir können ja den einzelnen individuellen Arbeitnehmer nicht zu irgendwelchen Insolvenzschutzmaßnahmen verpflichten. Mir schwebt etwas in Richtung versicherungsmäßiger Lösungen, Fondslösungen vor.

Stefan Krauss:

Er kann natürlich die Kinder, die er erzieht, verpfänden, daß das Geld dann wieder 68 reinkommt.

Marita Körner:

Ich habe das kürzlich schon im Freundeskreis erlebt, wenn ich das so anekdotisch 69 hinzufügen darf. Da habe ich Freunde besucht mit zwei pubertierenden Kindern und die haben dann gesagt, wie wäre das denn, eins gegen zwei? Wir nehmen deinen und du kriegst unsere zwei. Habe ich abgelehnt, rundweg. Die hätten das umsonst gemacht. Das wäre eine Schenkung gewesen. Ich hätte den meinen nicht hergegeben, jedenfalls noch nicht.

Hermann Reichold:

Gewährleistungsrechte beim Tausch sind ja doch besser als bei der Schenkung. 70

Volker Stück, IBM Business Services GmbH:

Ich glaube, wir gehören wahrscheinlich zu den 20 oder 30 Unternehmen, die da in 71 dem Bereich schon relativ weit sind. Der Punkt aus der Praxis, denke ich, ist in erster Linie eigentlich ein *Mindset*-Problem. D.h. Sie müssen eine entsprechende Kultur im Unternehmen schaffen. Das können Sie als Arbeitgeber nur fördern. Letzten Endes ist es etwas, das die Partner unter sich ausmachen müssen. Als Arbeitgeber können Sie eigentlich nur die Instrumente dazu zur Verfügung stellen – ob das nun Teilzeitmöglichkeiten oder Betreuungsmöglichkeiten sind. Ganz wichtig, jedenfalls in der IT-Industrie, sind auch Einrichtungen wie Homeoffice und flexible Arbeitsbedingungen. D.h. Sie können sich den Arbeitsort, an dem Sie tätig sind, eigentlich selbst aussuchen. Das Unternehmen stellt Ihnen dafür die Mittel und die Infrastruktur zur Verfügung.

Der Punkt, der mich hier noch ein bißchen interessiert, ist folgender: Sie hatten ja die Arbeitszeitmodelle angesprochen. Ich glaube, Sie sind aber bei einem Punkt noch ein bißchen stehengeblieben. Wenn man sich heute anschaut, wo die Entwicklung hingeht: Die aktuelle Entwicklung ist die, daß es eigentlich in Richtung Vertrauensarbeitszeitmodelle geht, d.h. sie haben keine Zeitwirtschaft, keine Zeit- und keine Anwesenheitserfassung mehr. Es wird nicht mehr festgehalten und der Arbeitgeber kontrolliert es auch nicht. Und wenn Sie das haben, also in dieser vollkommenen Vertrauenskultur angekommen sind, dann stoßen Sie natürlich an Grenzen. Hier vielleicht einmal die Frage: Was wären denn Ihre Lösungsansätze in diesem Bereich?

Marita Körner:

- 72** Zunächst zu Ihrem Punkt, daß es eine Kulturfrage sei, ob die Vereinbarkeit zwischen den Partnern nun ausgehandelt wird oder nicht. Damit hat das Unternehmen nichts zu tun. Das muß nur die Infrastruktur zur Verfügung stellen. Wie ist das denn bei Ihrer guten Infrastruktur? Wieviele Männer sind denn bei Ihnen, bei IBM, in Familienzeit? Haben Sie das präsent?

Volker Stück:

- 73** Ich kann Ihnen jetzt keine konkreten Zahlen nennen, aber das Unternehmen fördert es schon sehr stark. Der Weg geht eigentlich dahin, daß die Leute nicht scheel angeschaut werden, wie das vielleicht anderswo ist – also in Richtung *Diversion* und *Inclusion Policy*. Es gibt auch innerhalb der Firma ganz gezielt Frauennetzwerke. Außerdem achten wir darauf, bei der Führungskräfteentwicklung den Frauenanteil zu erhöhen und zu fördern.

Und vielleicht noch zu dem Punkt, den auch Herr Professor *Rieble* ansprach: Mit modernen Möglichkeiten wie *E-Learning* haben Sie die Möglichkeit, arbeitsplatz- und völlig zeitunabhängig zu arbeiten und den Mitarbeitern die Möglichkeit zu geben sich weiterzubilden.

Marita Körner:

- 74** Ich würde aber trotzdem sagen – ich kenne ja die IBM-Interna nicht – da sind bei IBM schon rosige Zeiten angebrochen. Insgesamt ist es natürlich ein Problem, das auch die Unternehmen betrifft. Ich sage es einfach nur in Stichwörtern – darüber könnte man stundenlang reden: Kultur oder Unkultur der überlangen Arbeitszeiten. Es wird einfach sehr geschätzt in Unternehmen, wenn die Leute möglichst lange da sind. Natürlich sollen sie dort auch arbeiten – Anwesenheitszeiten, überlange Anwesenheitszeiten. Ich hatte ja auch darauf hingewiesen, daß es Männer in Unternehmen nach wie vor extrem schwer haben, sich mit Familienpflichten zu etablieren, zu sagen, ich mache das jetzt einmal eine Zeit lang. Das ist ein Problem, das noch nicht gelöst ist.

Das zweite: Wie lösen wir das Problem mit den Arbeitszeitkonten, wenn wir nur noch Vertrauensarbeitszeit haben? Sagen wir es so: Ich denke, von der Quantität her können wir nicht sagen, daß der Löwenanteil aller Arbeitnehmer in Vertrauensarbeitszeit arbeitet, und da muß man sich dann, wenn man gleichzeitig diese Familie-Beruf-Förderung betreiben will, überlegen, daß man das eben nicht zu 100% durchführen kann. Denn Vertrauensarbeitszeit ist natürlich in Wirklichkeit auch letztlich Arbeitszeitverlängerung. Das muß man ja so sehen. Das klingt so schön. Vertrauen – das muß ein Marketingexperte gewesen sein, der sich den Begriff überlegt hat –, das klingt total positiv und wäre schön. Aber es bedeutet natürlich, die Hemmschwelle, nicht zu arbeiten, Urlaub zu nehmen, früher nach Hause zu gehen, wird immer höher gesetzt. Man kann sich fragen, ob man das dann nicht eindämmen und fragen muß: Was heißt Vertrauensarbeitszeit? Der Arbeitnehmer mit

Familienpflichten braucht eben geregelte Arbeitszeiten und die müssen auch gemessen werden können, wenn er das will, damit er sie in solche Konten einbringen kann.

Hermann Reichold:

Die spannende Frage bei der Vertrauensarbeitszeit ist natürlich letztlich: Wie wird die Erfolgskontrolle gehandhabt? So wie ich das auch an meinem Lehrstuhl sage: Sie müssen sich nicht durch Ihre physische Präsenz auszeichnen, sondern durch die Projektergebnisse, die ich von Ihnen innerhalb gewisser Fristen erwarte. Und ich meine, dann stellt sich doch die spannende Frage: Läßt sich das nicht auch bei einem Heimarbeiter gut mit Vertrauensarbeitszeitmodellen kombinieren? Sagen wir so: Das Thema läßt sich sehr leicht ausbeuten, das ist ohne Frage richtig. **75**

Volker Rieble:

Wenn die Vertrauensarbeitszeit nur im Betrieb stattfindet, Frau *Körner*, haben Sie vollkommen recht. Aber wenn Vertrauensarbeitszeit – so wie das bei IBM zu sein scheint –, auch zu Hause möglich ist, mit einem entsprechenden Vertrauensvorschuß, weil ja nicht kontrolliert wird, ob jetzt das Kind gewickelt wird oder derjenige wirklich am Computer sitzt, dann ist das etwas anderes. Da gibt es keine Überwachung, wann wer was arbeitet und ob man sich nachts selbst ausbeutet oder nicht. Dann ist das Vertrauen sofort eine wechselseitige Basis und vielleicht nicht nur ein Marketinggag, sondern auch etwas, was die Eltern für sich und ihre persönliche und private Arbeitszeitorganisation nutzen können. Und dann müßten auch Sie damit einverstanden sein. **76**

Marita Körner:

Da fällt mir dummerweise so ganz spontan das Stichwort „Selbstaussbeutung“ ein. Aber bei Vertrauensarbeitszeit, die auch zu Hause erledigt werden kann, haben wir natürlich ein zusätzliches Problem, das ich für die Telearbeit kurz angesprochen habe. Jede Person hier im Raum, die Kinder hat und schon einmal versucht hat, mit kleinen Kindern zu Hause zu arbeiten, weiß, daß das ohne Kinderbetreuung nicht möglich ist. Dazu gibt es dann natürlich keine Regeln. Wer finanziert das eigentlich? Wer bezahlt die Kinderbetreuung? Wo kommt die her? Wo ist die Struktur? Das muß man natürlich bedenken. Aber das nur eine kleine Anmerkung. **77**

Hermann Reichold:

Wir haben jetzt schon einige wichtige Hinweise erhalten. Es gibt ja noch andere Unternehmen hier, die sich vielleicht zu Wort melden zu ihrer Familienkultur. Von mir noch die Frage, inwieweit das Thema der Zuhause-Arbeit eigentlich aus Ihrer Sicht Vertrauensarbeitszeitmodelle ergänzen könnte? Also, daß man hier einen familien- **78**

politisch motivierten Vertrag schließt, der beinhaltet, die Arbeitszeiten zu Hause in einer vielleicht dann doch wieder stärker regulierten Weise verbringen zu dürfen. Sie haben das gerade angedeutet, das ist nicht allein die Lösung. Denn Kinderbetreuung zuhause und Arbeit zuhause können sich – ich sage es aus eigener Erfahrung – müssen sich aber nicht – ich habe eine brave Tochter gehabt – ausschließen.

Marita Körner:

- 79** Ich wollte eigentlich damit nicht sagen, daß ich das nicht für einen guten Ansatz halte. Das ist eine von vielen Möglichkeiten, zu denen man greifen kann bei Tätigkeiten, die auch dafür geeignet sind. Es kommt natürlich darauf an: Wenn man eine Managementtätigkeit, eine koordinierende Tätigkeit hat, dann kann man das sehr schlecht von zuhause aus bewerkstelligen. Für eine mehr fachlich bezogene Arbeit, bei der man sich ins stille Kämmerlein zurückziehen muß, ist das eine gute Lösung. Ich habe nur darauf hingewiesen, daß das allein noch nicht reicht, sondern daß das ohne Kinderbetreuung auch nicht sehr viel weiterhilft.

§ 3 Familien und arbeitsrechtlicher Diskriminierungsschutz

Rn.

A. Referat Martina Benecke	1
I. Einleitung	1
II. Familien und die Diskriminierungsverbote des AGG	5
1. Merkmale „Rasse“, Behinderung, Religion und Weltanschauung	6
2. Merkmale Geschlecht, Alter und sexuelle Identität	9
III. System des Diskriminierungsschutzes des AGG	14
1. Begriff der Benachteiligung	15
2. Rechtfertigungsmöglichkeiten	18
3. Rechtsfolgen der Benachteiligung	22
IV. Gesetzlicher Diskriminierungsschutz und Familienschutz	28
1. Kündigungsschutz und Sozialauswahl	29
a. Bedeutung	29
b. § 2 Abs. 4 AGG – die geheimnisvolle Regelung	30
c. Verhältnis Kündigungsschutz und Diskriminierungsschutz	32
d. Insbesondere: Diskriminierungsschutz und Sozialauswahl	37
2. Familienschutz in kollektivrechtlichen Regelungen	41
a. Kollisionen mit dem Gleichbehandlungsrecht	41
b. Rechtfertigung durch Familienschutz?	45
c. Begriff der mittelbaren Diskriminierung	49
V. Zusammenfassung in Thesen	55
B. Diskussion	60

A. Referat Martina Benecke***I. Einleitung**

- 1 Das Arbeitsrecht ist ständig in der Diskussion, aber es gibt stets Bereiche, die den öffentlichen und medialen Blutdruck noch mehr in die Höhe treiben als andere. In den letzten Jahren gehörte dazu die Umsetzung der europäischen Richtlinien zum Diskriminierungsschutz, deren Geschichte bekannt ist: die durch Deutschland lange überzogene Umsetzungsfrist, die zahlreichen Entwürfe der Bundestagsfraktionen und des BMJ¹ und die leidenschaftliche öffentliche Diskussion darüber, dann der Entwurf eines Antidiskriminierungsgesetzes vom Dezember 2004, der kurz vor seiner Umsetzung an dem Ende der rot-grünen Koalition scheiterte und nun das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz, das noch bis kurz vor seiner Verabschiedung nachgebessert wurde und dessen Inkrafttreten durch die verzögerte Ausfertigung des Bundespräsidenten bis zuletzt spannend blieb.²
- 2 Seit dem 18.8.2006 ist nun das AGG in Kraft. Für das Generalthema dieses Ludwigsburger Rechtsgesprächs spielt das Gesetz allerdings auf den ersten Blick keine Rolle: Gegen Diskriminierungen geschützt sind alle möglichen Eigenschaften, nicht dazu gehört aber die Elternschaft, Unterhaltspflichten oder ähnliches. Im Gegenteil sprechen einige Diskriminierungsverbote eher gegen den Familienschutz, so pflegen Menschen mit homosexueller oder transsexueller Orientierung seltener Kinder zu haben als heterosexuelle und solche mit fortgeschrittenem Lebensalter meistens Kinder, die keiner Fürsorge mehr bedürfen.
- 3 Ein Spannungsverhältnis zwischen Familienschutz und Diskriminierungsschutz ist deswegen von besonderer Brisanz, weil das Arbeitsrecht wie kaum ein anderes Rechtsgebiet geprägt ist von Rechtshandlungen des Arbeitgebers, denen im weiteren Sinne Auswahl- und Verteilungsentscheidungen zugrunde liegen. Das geht von der Sozialauswahl bei betriebsbedingten Kündigungen bis zu der Frage, wer zu den begehrten Terminen in den Schulferien Urlaub nehmen kann, und betrifft vor allem den weiten Bereich des Entgelts mit Neben- und Lohnersatzleistungen.
- 4 Im folgenden werden daher zunächst die Diskriminierungskriterien des AGG auf ihre Bedeutung für den Familienschutz untersucht. In einem zweiten Schritt wird der Umfang des Diskriminierungsschutzes kurz dargestellt, insbesondere die Begriffe der mittelbaren Diskriminierung und die Rechtsfolgen benachteiligender Maßnahmen für den Arbeitgeber. Der dritte Teil widmet sich dem Einfluß des AGG auf Gebiete des Arbeitsrechts, in denen der Familienschutz rechtliche Bedeutung hat oder haben kann.

* Privatdozentin Dr. Martina Benecke, Georg-August-Universität Göttingen.

1 Dazu *Annuß*, Das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz im Arbeitsrecht, BB 2006, 1629, 1629 m.w.N.

2 Dazu beispielhaft: „Gleichbehandlungsgesetz bringt schon wieder Ärger“, FAZ, Nr. 148 vom 29.6.2006, S. 11; „Nicht verfassungswidrig, aber schlecht gemacht“, FAZ, Nr. 177 vom 2.8.2006, S. 11; „Gleichbehandlungsgesetz überraschend verzögert“, FAZ, Nr. 176 vom 1.8.2006, S. 11; „Was prüft der Präsident?“, FAZ, Nr. 177 vom 2.8.2006, S. 4. Zur verfassungsrechtlichen Diskussion *Reichold*, Diskriminierungsschutz und Verfassungsrecht, ZfA 2006, 257.

II. Familien und die Diskriminierungsverbote des AGG

Wie bereits angedeutet, schützt das AGG bereits vor mittelbarer Diskriminierung, die nach § 3 Abs. 2 AGG vorliegt, wenn „dem Anschein nach neutrale Vorschriften, Kriterien oder Verfahren Personen wegen eines in § 1 genannten Grundes gegenüber anderen Personen in besonderer Weise benachteiligen können...“. Vor diesem Hintergrund ist kaum eines der Diskriminierungsverbote der §§ 1, 6 AGG familienpolitisch völlig neutral. Gleichzeitig werfen die damit verbundenen Fragen bemerkenswerte Auslegungsprobleme auf.

1. Merkmale „Rasse“, Behinderung, Religion und Weltanschauung

So sind die Kriterien „Rasse und ethnische Herkunft“ nur auf den ersten Blick neutral. Was ist, wenn man sich auf den Standpunkt stellt, Angehörige bestimmter „Rassen“ hätten möglicherweise mehr Kinder als andere? Wer nun sagt, diese Behauptung sei bereits als solche rassistisch, dem muß gesagt werden, daß sie eine logische Konsequenz des Gesetzes ist: Wer „Rassen“ vor mittelbarer Diskriminierung schützen will, muß ihnen bestimmte Eigenschaften zuschreiben – ein bereits biologisch kaum haltbares Vorgehen. In Deutschland stellt sich das Problem zumindest im Verhältnis zum Familienschutz faktisch nicht, weil es hier gerade die einheimische Mehrheitsethnie ist, die sich der Familiengründung am häufigsten verweigert.

Anders bei Behinderten: Insbesondere Schwerstbehinderte wie Blinde oder Gelähmte werden in der Regel seltener Kinder haben; schon weil ihnen die Betreuung schwer fällt. Andererseits steht nur ein so verschwindend geringer Teil solcher Personen in einem privaten Arbeitsverhältnis, daß das Merkmal der Behinderung weitgehend neutral sein dürfte. Anders ausgedrückt: Wenn die Behinderung die Erwerbstätigkeit zuläßt, wird sie in der Regel auch die Erziehung von Kindern zulassen.

Ebenfalls weitgehend neutral sind das Merkmal „Religion“ und das schillernde der „Weltanschauung“.³ Zwar haben fast alle Religionen und wohl auch alle Weltanschauungen eine bestimmte Einstellung zur Familie, der arbeitsrechtliche Familienschutz knüpft aber an das faktische Bestehen von Familien und Kindern an, wobei Theorie und Praxis hier aus mehreren Gründen vielfach auseinandergehen dürften.

2. Merkmale Geschlecht, Alter und sexuelle Identität

Einen deutlichen Zusammenhang mit dem Familienschutz haben die drei Merkmale Geschlecht, Alter und sexuelle Identität. Beim Merkmal des Geschlechts soll gemäß § 3 Abs. 1 Satz 2 AGG eine unmittelbare Diskriminierung wegen des Geschlechts auch dann vorliegen, wenn eine Frau wegen Schwangerschaft und Mutterschaft ungünstiger behandelt wird. Die Gesetzesbegründung beruft sich auf die Richtlinien-

3 Zu den Äquivalenten dieses ausgesprochen deutschen Begriffs in den anderen Übersetzungen der Richtlinien satirisch *Däubler*, Weltanschauung auf europäisch, NJW 2006, 2608; s. auch *Adomeit*, Political correctness – jetzt Rechtspflicht!, NJW 2006, 2169, 2170. Der Begriff erfaßt nach seinem Zusammenhang mit der Religion nur Fundamentalkonzepte über weltliche und geistige Dinge, keine politische Meinung o. ä.; wie hier *Annuß* (Fn. 1), 1629, 1631.

vorgaben und die Entscheidung des EuGH des Falles *Dekker*.⁴ Daraus kann man den Schluß ziehen, daß es hier nur um Vorgänge geht, die an den biologischen Vorgang des Mutterwerdens, also Schwangerschaft und Geburt, anknüpfen. Die Erziehung des Kindes nach dem unmittelbaren Säuglingsalter gehört nicht mehr zur „Mutterschaft“; folglich sind Väter und Familien insgesamt nicht geschützt.

- 10 Bereits eingangs erwähnt wurde das Diskriminierungsverbot wegen des Alters, das durch die *Mangold*-Entscheidung des EuGH sogar in den Rang eines allgemeinen Grundsatzes des Gemeinschaftsrechts erhoben worden ist.⁵ Es soll jedes Lebensalter erfassen, also nicht nur dem Schutz älterer Menschen dienen.⁶ In der Literatur ist angemerkt worden, das AGG könne sich hier durchaus zugunsten von Familien auswirken, da der traditionelle Kündigungsschutz, die Vorschriften zu Sozialplänen und viele Tarifverträge ältere Leute bevorzugten, während „junge Familien“ das Nachsehen hätten.⁷
- 11 Das ist jedoch angesichts der demographischen Entwicklung zu relativieren. Das durchschnittliche Alter für die Geburt des ersten Kindes liegt gegenwärtig bei ungefähr 30 Jahren.⁸ Kommen weitere Kinder hinzu und bedenkt man gleichzeitig die Länge der Ausbildungszeiten in Deutschland, so sind es die 50-Jährigen, die die größten Familienlasten tragen. Die Gefahr einer Kollision zwischen Familien- und Diskriminierungsschutz betrifft also vor allem die Altersgruppe der Arbeitnehmer in der Nähe zum Rentenalter und die ganz jungen Arbeitnehmer, die – noch – keine Familie haben.
- 12 Zuletzt zum Merkmal „sexuelle Identität“: Der deutsche Gesetzgeber hat den Begriff „Identität“ gewählt, um nicht nur die Veranlagung, sondern auch die sonstige Selbstbestimmung im Bereich der Sexualität zu schützen.⁹ Die Gesetzesbegründung ist genauer: Erfasst werden danach „homosexuelle Männer wie Frauen ebenso wie bisexuelle, transsexuelle oder zwischengeschlechtliche Menschen“.¹⁰ Man kann sich dazu die Frage nicht verkneifen, ob der Gesetzgeber heterosexuellen Menschen die sexuelle Identität absprechen möchte. Das ist aber kaum gemeint, sondern es geht um Diskriminierung, und diskriminiert werden selten Menschen, die einer deutlichen Mehrheit angehören.
- 13 Aber auch außerhalb des Milieus von Schwulenbars können heterosexuelle Menschen diskriminiert werden, wenn beispielsweise der Inhaber eines Friseurgeschäfts homosexuelle Mitarbeiter sucht, um Liebeleien mit Kolleginnen zu verhindern. Grundsätz-

4 Gesetzesbegründung, BT-Drucks. 16/1780, S. 32; Art. 2 Abs. 7 der Richtlinie 2002/73/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23.9.2002 zur Änderung der Richtlinie 76/2007/EWG; EuGH vom 8.11.1990 – C-177/88 [Dekker] – EuGHE I 1990, 3941 = NJW 1991, 628.

5 EuGH vom 22.11.2005 – C-144/04 [Mangold] – EuGHE I 2005, 9981 = ZIP 2005, 2171 Nrn. 74 ff.

6 Gesetzesbegründung, BT-Drucks. 16/1780, S. 31; *Annuß* (Fn. 1) 1629, 1631.

7 *Rieble*, Antidiskriminierung und Familien, BB 2006, Heft 30, „Die erste Seite“.

8 Gender Datenreport, Kommentierter Datenreport zur Gleichstellung von Frauen und Männern in der Bundesrepublik Deutschland, abrufbar über <http://www.bmfsfj.de/bmfsfj/generator/Kategorien/Publikationen/Publikationen,did=58908.html>, zuletzt abgerufen am 23.10.2007.

9 *Annuß* (Fn. 1), BB 2006, 1629, 1630 f.

10 Gesetzesbegründung, BT-Drucks. 16/1780, S. 31. Der Schutz zwischengeschlechtlicher Menschen fällt allerdings eher unter das Merkmal des Geschlechts.

lich muß das Merkmal daher auch Heterosexualität erfassen.¹¹ Das ändert aber nichts daran, daß Maßnahmen zugunsten von Familien stets eine Diskriminierung von Minderheiten bedeuten können, weil insbesondere homosexuelle Menschen zumindest seltener Eltern sind.

III. System des Diskriminierungsschutzes des AGG

Arbeitsrechtliche Maßnahmen zugunsten von Familien können also zumindest zwei Differenzierungsverbote des AGG berühren: die Merkmale „Alter“ und „sexuelle Identität“. Daher soll im folgenden ein Überblick über das System des Diskriminierungsschutzes durch das AGG gegeben werden. Der deutsche Gesetzgeber hat, anders als beispielsweise der portugiesische, die Umsetzung der Richtlinien auf das Zivilrecht beschränkt.¹² Das Schutzsystem besteht dabei insbesondere aus drei Elementen: dem Begriff der Benachteiligung, verschiedenen allgemeinen und besonderen Rechtfertigungsgründen für unterschiedliche Behandlung und als Rechtsfolge verschiedene Handlungspflichten und Sanktionen für nicht gerechtfertigte Ungleichbehandlungen, ergänzt durch Sonderregeln über die Beweislast.

1. Begriff der Benachteiligung

Das Gesetz verwendet, anders als die Richtlinien, nicht den Begriff der Diskriminierung, sondern den Begriff der Benachteiligung, da eine Diskriminierung im Sprachgebrauch immer ein unberechtigtes Verhalten umschreibt, während eine Benachteiligung gerechtfertigt sein kann.¹³ Die Benachteiligung muß stets „wegen“ eines verpönten Merkmals erfolgen, muß also durch das Merkmal motiviert sein oder daran anknüpfen.¹⁴ Nach § 7 Abs. 1 AGG genügt es, wenn der Benachteiligende das Vorliegen des Merkmals nur annimmt.

§ 3 AGG umschreibt die Grundformen der Benachteiligung, wobei nach § 3 Abs. 5 Satz 1 AGG die Anweisung zur Benachteiligung gleichsteht. Der Begriff der Belästigung nach § 3 Abs. 3, 4 AGG ist hier nicht von Bedeutung, weil er nicht an einen Vergleich bzw. eine Auswahl anknüpft.¹⁵ Eine unmittelbare Benachteiligung ist nach § 3 Abs. 1 AGG dadurch gekennzeichnet, daß das Differenzierungsmerkmal bei der Entscheidung eine unmittelbare Rolle spielt. Umstritten ist, ob die Gefahr einer Benachteiligung genügt; nach der Gesetzesbegründung soll auch eine konkrete Gefahr eine Benachteiligung darstellen.¹⁶

11 So wohl auch *Annuß* (Fn. 1), 1629, 1630 f.

12 Zur portugiesischen Regelung *Benecke/Kern*, Möglichkeiten und Grenzen der Umsetzung der europäischen Richtlinien im deutschen Recht, *EuZW* 2005, 360; kritisch *Adomeit* (Fn. 3), 2169, 2070 f.: „Gesinnungszivilrecht“; ausführlich *Kamanabrou*, Rechtsfolgen unzulässiger Benachteiligung im Antidiskriminierungsrecht, *ZfA* 2006, 327, 336 ff. Zur Rechtslage in Österreich *Rebhahn*, Das neue Antidiskriminierungsrecht – Anmerkungen zur Lage in Österreich, *ZfA* 2006, 347.

13 V. *Steinau-Steinrück/Schneider/Wagner*, Der Entwurf eines Antidiskriminierungsgesetzes: Ein Beitrag zur Kultur der Antidiskriminierung?, *NZA* 2005, 28, 29, zum ADG-Entwurf von 2004.

14 Gesetzesbegründung, BT-Drucks. 16/1780, S. 32.

15 Zu diesen Begriffen *Annuß* (Fn. 1), 1629, 1632; kritisch schon zum ADG-Entwurf v. *Steinau-Steinrück/Schneider/Wagner* (Fn. 13), 28, 30; *Bauer/Thüsing/Schunder*, Das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz – Alter Wein in neuen Schläuchen?, *NZA* 2005, 32, 32 f.

16 Gesetzesbegründung, BT-Drucks. 16/1780, S. 32; anders *Annuß* (Fn. 1), 1629, 1631.

- 17** Kennzeichnend für die mittelbare Benachteiligung nach § 3 Abs. 2 AGG ist, daß das verpönte Differenzierungsmerkmal nicht das Entscheidungskriterium ist, sondern sich die Diskriminierung erst als Folge einer nach anderen Kriterien getroffenen Entscheidung ergibt.¹⁷ Bekannt ist dieser Begriff aus den früheren §§ 611a, 612 Abs. 3 BGB; so ist eine Entscheidung, die Teilzeitkräfte benachteiligt, regelmäßig eine mittelbare Benachteiligung von Frauen. Somit können Maßnahmen, die Arbeitnehmer als Eltern bevorzugen, diejenigen mittelbar benachteiligen, die aufgrund eines verpönten Kriteriums keine Kinder haben.

2. Rechtfertigungsmöglichkeiten

- 18** a) Nicht jede Benachteiligung führt bereits zu Sanktionen, sondern das AGG sieht ein System von Normen vor, die unter ganz unterschiedlichen Voraussetzungen zu einer Zulässigkeit unterschiedlicher Behandlung führen. Eine dem deutschen Recht bisher fremde Norm ist § 5 AGG, wo ein Ausgleich von Ungleichbehandlungen durch sog. „positive Maßnahmen“ vorgesehen ist. Gemeint sind mit der unklaren Formulierung offenbar betriebliche Maßnahmen wie Frauenförderprogramme oder Maßnahmen zur Integration von Behinderten.¹⁸ Für den Ausgleich zur Familienförderung scheint das auf den ersten Blick ein möglicher Ansatz zu sein. Jedoch ist die Norm kaum mit den europäischen Vorgaben vereinbar und wird damit möglicherweise keinen langen Bestand haben: Die Richtlinien räumen das Recht zu entsprechenden Maßnahmen nur den Mitgliedsstaaten ein, nicht den privaten Rechtsunterworfenen.¹⁹
- 19** b) Eine allgemeine Rechtfertigungsklausel für das Arbeitsrecht findet sich in § 8 AGG. Die unterschiedliche Behandlung ist zulässig, wenn ihr Grund „wegen der Art der auszuübenden Tätigkeit oder der Bedingungen ihrer Ausübung eine wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung darstellt [...]“. In der Sache geht es dabei um eine Abwägung der Interessen von Arbeitnehmer und Arbeitgeber. Die beruflichen Anforderungen müssen keine biologische oder physikalische Notwendigkeit bilden; einen großen Unsicherheitsbereich gibt es aber bei der Frage, ob die reine Marktausrichtung des Unternehmens genügt.²⁰ Das spielt beispielsweise eine Rolle, wenn als Erzieher oder Verkäufer in einem Geschäft für Babyartikel Arbeitnehmer gesucht werden, die Erfahrung mit eigenen Kindern haben. Die Norm mit ihren zahlreichen unbestimmten Rechtsbegriffen hilft hier kaum weiter.
- 20** c) Die §§ 9, 10 AGG normieren spezielle Rechtfertigungsgründe für die Diskriminierungskriterien Religion und Weltanschauung (sog. Kirchenklausel, § 9 AGG) und Alter (§ 10 AGG). Für die übrigen Merkmale des § 1 AGG, insbesondere die sexuelle Identität, sind keine entsprechenden Regeln vorgesehen. Der Katalog des § 10 Satz 3 AGG ist in doppelter Hinsicht fragwürdig. So betreffen die §§ 10 Satz 3

¹⁷ *Annuß* (Fn. 1), 1629, 1631.

¹⁸ *Benecke*, Mobbing, Arbeits- und Haftungsrecht (2005), Rn. 446.

¹⁹ *Annuß* (Fn. 1), 1629, 1634; *Willemsen/Schweibert*, Schutz der Beschäftigten im Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz, NJW 2006, 2583, 2587 bezeichnen die Regelung als „Blankovollmacht“. Anders *Rieble/Zedler*, Altersdiskriminierung in Tarifverträgen, ZfA 2006, 273, 286 f.

²⁰ Ausführlich *Annuß* (Fn. 1), 1629, 1632 f., mit Beispielen; *Willemsen/Schweibert* (Fn. 19), 2583, 2585, gehen von einer restriktiven Interpretation aus; siehe auch *Thüsing*, Das künftige Anti-Diskriminierungsrecht als Herausforderung für Wissenschaft und Praxis, ZfA 2006, 241, 255.

Nrn. 6, 7 AGG die Kündigung, obwohl nach dem kurz vor Verabschiedung des Gesetzes noch eingefügten § 2 Abs. 4 AGG für Kündigungen ausschließlich die Bestimmungen des Kündigungsschutzes gelten.²¹ Außerdem stellt sich die Frage, ob § 10 AGG mit den Vorgaben des *Mangold*-Urteils vereinbar ist.²² Eine eindeutige Prognose ist kaum möglich, weil sich die Gründe des Urteils speziell auf § 14 Abs. 3 Satz 4 TzBfG beziehen²³.

Insgesamt gehen *Mangold*-Urteil und § 10 Satz 3 AGG (insbesondere die Nrn. 4 und 6-8) in eine ähnliche Richtung. So darf das Alter in vielen arbeitsrechtlichen Bereichen zumindest nicht mehr pauschal als Abgrenzung eingesetzt, sondern es muß auf Sinn und Zweck der Leistung abgestellt werden – beispielsweise die Chancen auf dem Arbeitsmarkt bei einem Sozialplan.²⁴ Die Berücksichtigung von Unterhaltspflichten bei Leistungen des Arbeitgebers ist dagegen nicht als Rechtfertigung vorgesehen.

3. Rechtsfolgen der Benachteiligung

Zur Durchsetzung der Benachteiligungsverbote sieht das AGG eine Reihe von Handlungsgeboten (§§ 11, 12 AGG) und Unterstützungspflichten (§§ 17, 18 AGG) vor. Von besonderer Bedeutung sind allerdings die Sanktionen, die an eine nicht gerechtfertigte Benachteiligung geknüpft werden. In diesem Fall gelten nach §§ 13, 14 und 16 AGG ein Beschwerderecht, ein Leistungsverweigerungsrecht und ein Maßregelungsverbot.

Die wichtigsten Rechtsfolgen enthalten die §§ 7, 15 AGG. Gemäß § 7 Abs. 1, 2 AGG sind Rechtsgeschäfte und Regelungen unwirksam, die gegen ein Benachteiligungsverbot verstoßen – das ergibt sich indes bereits aus § 134 BGB.²⁵ Demgegenüber hat die Regelung in § 7 Abs. 3 AGG, nach der jede Benachteiligung eine Verletzung vertraglicher Pflichten vorsieht, keine nur deklaratorische Bedeutung.²⁶ Das folgt wieder aus einer der Entwurfskorrekturen in letzter Minute: § 15 Abs. 4 AGG, der für die Geltendmachung von Entschädigungs- und Schadensersatzansprüchen eine Frist von zwei Monaten vorsieht, bezieht sich ausdrücklich nur auf § 15 Abs. 1, 2 AGG (siehe auch § 15 Abs. 5 AGG). Damit bleiben auch nach Ablauf dieser Frist Schadensersatzansprüche wegen Verletzung von vertraglichen oder vorvertraglichen

21 Diese Regelungen sollen wieder außer Kraft gesetzt werden, dazu *Bauer*, Offenbarungseid des Gesetzgebers: AGG kaum in Kraft – schon wieder geändert!, BB 2006, Heft 43 „Die erste Seite“. Zu § 2 Abs. 4 AGG unten IV 1 b.

22 Dazu skeptisch *Richardi*, Neues und Altes – Ein Ariadnefaden durch das Labyrinth des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes, NZA 2006, 881, 884; ausführlich *Preis*, Verbot der Altersdiskriminierung als Gemeinschaftsgrundrecht, NZA 2006, 401, 408 ff.

23 EuGH vom 22.11.2005 – Rs C-144/04 [*Mangold*] – EuzGHE I 2005, 9981 = ZIP 2005, 2171, Nrn. 64 f. Die *Mangold*-Entscheidung war insbesondere damit begründet, daß bei der TzBfG-Regelung das Alter hier das einzige Kriterium sei, durch die niedrige Grenze eine große Zahl von Arbeitnehmern betroffen und damit eine übermäßige Pauschalisierung erreicht sei, die über das beschäftigungspolitische Ziel hinausgehe.

24 *Annuß* (Fn. 1), 1629, 1633 f., zu Punkteschemata für die Sozialauswahl.

25 Ausführlich *Kamanabrou* (Fn. 12), 327, 331 f.; zur Problematik bei Tarifverträgen aber *Rieble/Zedler* (Fn. 19), 273, 288 f.

26 So aber *Annuß* (Fn. 1), 1629, 1634.

Schuldverhältnissen, § 280 Abs. 1 BGB, nach den allgemeinen Regeln durchsetzbar.²⁷

- 24** § 15 AGG soll die Vorgaben der Richtlinien umsetzen, wirksame, verhältnismäßige und abschreckende Sanktionen für die Verletzung der Diskriminierungsverbote zu schaffen, indem Betroffenen Ansprüche auf Ersatz des materiellen (Schadensersatz) und immateriellen Schadens (Entschädigung) zustehen. Der Anspruch auf Schadensersatz gemäß § 15 Abs. 1 AGG hat nach seinem Wortlaut dieselben Voraussetzungen wie §§ 7 Abs. 3 AGG, 280 Abs. 1 BGB: Verstoß gegen ein Benachteiligungsverbot, Kausalität für einen materiellen Schaden, Vertretenmüssen des Arbeitgebers. Allerdings verstößt § 15 Abs. 1 Satz 2 AGG offen gegen die Richtlinien, die ausdrücklich verschuldensunabhängige Sanktionen vorsehen. Man wird daher nicht vermeiden können, die Norm entgegen ihrem Wortlaut als verschuldensunabhängigen Schadensersatzanspruch auszulegen.²⁸ Damit hat immerhin die Frist aus § 15 Abs. 4 AGG selbständige Bedeutung.²⁹
- 25** Anders als der Schadensersatzanspruch ist der Entschädigungsanspruch aus § 15 Abs. 2 AGG nicht von einem Verschulden abhängig. Er ist auf eine „angemessene Entschädigung“ gerichtet. Weitere Anhaltspunkte für die Höhe des Anspruchs gibt das Gesetz nicht; die Obergrenze von drei Monatsgehältern gilt nur für die Nichteinstellung.³⁰ Auch die weiteren Einschränkungen des Ersatzanspruchs in § 15 Abs. 3, 6 AGG betreffen nur Spezialfälle. In der Literatur wird zu Recht bezweifelt, ob einige der möglichen Sanktionen noch verhältnismäßig im Sinne der Richtlinien sind.³¹
- 26** Eine weitere Sanktion für Verstöße gegen die Benachteiligungsverbote findet sich an versteckter Stelle: Nach § 17 Abs. 2 AGG fallen „grobe Verstöße“ gegen das AGG unter § 23 Abs. 3 BetrVG. Das Gesetz betont die Unabhängigkeit dieses Anspruchs von den Ansprüchen des Benachteiligten. Betriebsrat oder im Betrieb vertretene Gewerkschaften können also neben den Rechten des Arbeitnehmers selbst Unterlassungs-, Duldungs- und Handlungsansprüche durchsetzen.³²
- 27** Unterstützt werden die Sanktionsregelungen durch eine spezielle Beweislastregel in § 22 AGG, die auch für das Arbeitsrecht gilt. Danach muß der Anspruchsteller nach

27 *Bauer/Thüsing/Schunder* (Fn. 19), 774, 775 f., die gleichzeitig auf Ansprüche wegen unerlaubter Handlung aufmerksam machen.

28 *Bauer/Thüsing/Schunder* (Fn. 19), 774, 775, 776; anders *Bauer/Evers*, Schadensersatz und Entschädigung bei Diskriminierung – Ein Faß ohne Boden?, NZA 2006, 893, 893, nach denen der verschuldensunabhängige Anspruch in § 15 Abs. 2 AGG genügt. Dieser erfaßt jedoch nicht die Fälle, in denen kein immaterieller Schaden entstanden ist.

29 A. A. *Bauer/Evers* (Fn. 28), 893, 897, die die Frist auch hier anwenden möchten; wie hier *Willemsen/Schweibert* (Fn. 19), 2583, 2591.

30 *Schütt/Wolf*, Das neue Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz (2006), S. 68, schlagen eine analoge Anwendung des Rechtsgedankens des § 628 Abs. 2 BGB vor.

31 *Bauer/Evers* (Fn. 28), 893, 895 mit dem Vorschlag eines Abstellens auf die frühestmögliche Kündigung in der Probezeit; *Willemsen/Schweibert* (Fn. 19), 2583, 2589, schlagen eine Abfindung analog §§ 9, 10 KSchG vor.

32 Ausführlich und kritisch zu der Vorschrift *Klumpp*, § 23 BetrVG als Diskriminierungssanktion?, NZA 2006, 904 ff.

den allgemeinen Regeln das Vorliegen einer benachteiligenden Maßnahme beweisen. Darüber hinaus muß er nach dem Gesetzeswortlaut „Indizien“ für eine Benachteiligung aus einem Grund des § 1 AGG „beweisen“; nach der Gesetzesbegründung soll es genügen, wenn „Vermutungstatsachen“ vorgetragen werden.³³ Der Arbeitgeber kann entweder die Behauptung widerlegen, daß eine Benachteiligung gemäß § 1 AGG vorliegt oder er kann und muß das Vorliegen eines Rechtfertigungsgrundes beweisen.³⁴

IV. Gesetzlicher Diskriminierungsschutz und Familienschutz

Eine knappe Zusammenfassung kann also lauten: umfassender Benachteiligungsbegriff, wenige und ungenaue Rechtfertigungsmöglichkeiten, schwerwiegende Sanktionen. Vor diesem Hintergrund stellt sich die Frage, wie sich der Diskriminierungsschutz auf diejenigen Gebiete des Arbeitsrechts auswirkt, die bei Auswahl- und Verteilungsentscheidungen eine Berücksichtigung des Familienstandes des Arbeitnehmers vorsehen. Das betrifft insbesondere das KSchG, da im Rahmen der Sozialauswahl bei betriebsbedingter Kündigung nach § 1 Abs. 3 KSchG Unterhaltspflichtigen der Arbeitnehmer zu berücksichtigen sind.

1. Kündigungsschutz und Sozialauswahl

a. Bedeutung

Die betriebsbedingte Kündigung spielt unter den Kündigungsgründen des § 1 KSchG eine Sonderrolle. Anders als bei der personen- und verhaltensbedingten Kündigung wird hier weniger das „Ob“ der Kündigung überprüft, sondern vielmehr das „Wer“: die Sozialauswahl nach § 1 Abs. 3 KSchG. Um die Rechtssicherheit zu verbessern, besteht nach § 1 Abs. 4 KSchG die Möglichkeit von Auswahlrichtlinien in Tarifvertrag, Betriebsvereinbarung oder Dienstvereinbarung, die nur auf grobe Fehlerhaftigkeit überprüft werden können. Sie haben in der Regel die Form von Punkteschemata; so werden beispielsweise jedem Jahr der Betriebszugehörigkeit oder jedem unterhaltsberechtigten Kind Punkte zugeordnet, die eine Abwägung ermöglichen sollen.³⁵

b. § 2 Abs. 4 AGG – die geheimnisvolle Regelung

Das Verhältnis von Kündigungsschutz und Diskriminierungsschutz scheint durch eine weitere der *last-minute*-Änderungen des AGG geklärt: Nach § 2 Abs. 4 AGG gelten für Kündigungen „ausschließlich die Bestimmungen zum allgemeinen und be-

33 Gesetzesbegründung, BT-Drucks. 16/1780, S. 47. Die Anforderungen an die Beweislast im einzelnen möchte der Gesetzgeber den Gerichten überlassen; *Richardi* (Fn. 22), 881, 886: „Rätselhaftigkeit“. Indizien können Statistiken o.ä. sein, *Bauer/Evers* (Fn. 28), 893, 895. Zu den europarechtlichen Bedenken gegen diese Regelung *Bauer/Evers* (Fn. 28), 893, 895; *Bauer/Thüsing/Schunder* (Fn. 15), 774, 774.

34 Ausführlich und kritisch zu der Regelung *Grobys*, Die Beweislast im Anti-Diskriminierungsprozeß, NZA 2006, 898 ff.; siehe auch *Annuß* (Fn. 1), 1629, 1635; *Bauer/Evers* (Fn. 28), 893, 895 f.; *Willemsen/Schweibert* (Fn. 19), 2583, 2591.

35 Umfassend dazu *Stahlhacke/Preis/Vossen/Preis*, Kündigung und Kündigungsschutz im Arbeitsverhältnis, 9. Aufl. (2005), Rn. 1115 ff.

sonderen Kündigungsschutz". Selbst wenn § 10 Satz 3 Nrn. 6, 7 AGG unberücksichtigt bleiben, die wohl aufgrund eines redaktionellen Versehens noch ausdrücklich auf die Sozialauswahl eingehen,³⁶ kann diese Norm jedoch nicht wörtlich genommen werden: Die vollständige Herausnahme der Kündigung aus dem Anwendungsbereich des AGG wäre europarechtswidrig. Die Richtlinien regeln auch und insbesondere den Diskriminierungsschutz im Arbeitsrecht. Damit kann nicht der Kündigungsschutz als eines der wichtigsten Gebiete des Arbeitsrechts kurzerhand ausgeklammert werden.³⁷

- 31** Bestätigt wird das durch die Entscheidung des EuGH vom 11.7.2006, in der einer Kündigung wegen Krankheit die diskriminierende Wirkung abgesprochen wurde.³⁸ Die Entscheidungsgründe lassen keinen Zweifel daran, daß eine Kündigung wegen des verpönten Merkmals „Behinderung“ einen Verstoß gegen die Richtlinie dargestellt hätte. Diese europarechtlichen Aspekte können auch nicht außer acht gelassen werden, da der EuGH nationale Gerichte zunehmend zu einer richtlinienkonformen Auslegung auch des zwischen Privaten geltenden Rechts verpflichtet.³⁹

c. Verhältnis Kündigungsschutz und Diskriminierungsschutz

- 32** Wie soll § 2 Abs. 4 AGG nun ausgelegt werden? In der Literatur ist vorgeschlagen worden, die Regelung als Beweislastregelung zu verstehen, indem der Arbeitgeber den Kündigungsgrund und die Sozialauswahl beweisen muß, der Arbeitnehmer dagegen, daß die Kündigung auf Diskriminierung beruht.⁴⁰ Der Wortlaut der Regelung gibt jedoch keinen Anhaltspunkt für eine solche eher prozessuale Auslegung, zumal die Verteilung der Beweislast ausdrücklich in dem oben erwähnten § 22 AGG geregelt ist.
- 33** Zutreffend ist allerdings, daß § 2 Abs. 4 AGG dahingehend ausgelegt werden muß, Kündigungsschutzrecht und Gleichbehandlungsrecht nebeneinander anzuwenden. Es wird sich damit nicht vermeiden lassen, Kündigungen materiellrechtlich doppelt zu überprüfen: erst auf Einhaltung des Kündigungsschutzes, dann auf Diskriminierung; beides nach den allgemeinen Regeln zu beweisen. Jedes andere Vorgehen wäre systemwidrig, da der Sinn und Zweck der gesetzlichen Regeln unterschiedlich ist:

36 Dazu mit berechtigtem Spott *Annuß* (Fn. 1), 1629, 1629 f.; zur geplanten Gesetzesänderung *Bauer* (Fn. 21).

37 *Bauer/Thüsing/Schunder* (Fn. 19), 774, 777; *Bayreuther*, Kündigungsschutz im Spannungsfeld zwischen Gleichbehandlungsgesetz und europäischem Antidiskriminierungsrecht, DB 2006, 1842, 1843; *Wolff*, AGG und Kündigungsrecht – Kakophonie statt Einklang, BB 2006, Nr. 37, „Die erste Seite“; „Gleichbehandlungsgesetz bringt schon wieder Ärger“, FAZ, Nr. 148 vom 29.6.2006, S. 11.

38 EuGH vom 11.7.2006 – C-13/05 [Chacón Navas./Eurest Colectivades SA] – DB 2006, 1617 = EuZW 2006, 472; dazu: *Kock*, Häufiges Kranksein kann den Arbeitsplatz kosten, FAZ, Nr. 153 vom 5.7.2006, S. 23; „Diskriminierungsverbot schützt Kranke nicht vor Kündigungen“, FAZ, Nr. 159 vom 12.7.2006, S. 12.

39 Vgl. die bereits erwähnte Entscheidung EuGH vom 22.11.2005 – Rs C-144/04 [Mangold] – EuGHE 2005, 9981 = ZIP 2005, 2171 Nrn. 74 ff.; dazu ArbG Hannover vom 18.5.2006 – 10 Ca 617/04 – DB 2006, 1847; zuletzt zur Problematik EuGH vom 4.7.2006 – C-212/04 [Adeneler/Ellenikos Organismos Galaktos] – NZA 2006, 909 = NJW 2006, 2465; ebenso *Bayreuther* (Fn. 37), 1842, 1842 f.; *Rieble/Zedler* (Fn. 19), 273, 277 ff.

40 *Bayreuther* (Fn. 37), 1842, 1844 f.

Der Gesetzgeber hat sich sowohl für einen Kündigungsschutz als auch für einen Diskriminierungsschutz entschieden.⁴¹

Überdies relativieren sich Bedenken dadurch, daß in den meisten Fällen Kündigungsschutz und Diskriminierungsschutz in dieselbe Richtung gehen. Wenn jemand beispielsweise gekündigt wird, weil er homosexuell ist, ist die Kündigung schon unwirksam, weil darin kein Kündigungsgrund gemäß § 1 KSchG liegt.⁴² Dennoch ist die Regelung des § 2 Abs. 4 AGG nicht gegenstandslos.⁴³ Erstens sind Fälle denkbar, in denen zwar ein Kündigungsgrund vorliegt, aber die Kündigung außerdem diskriminierend motiviert ist, und zweitens gibt es den Bereich der Kündigungen, die nicht vom Geltungsbereich des KSchG erfaßt werden. Drittens, und hier von besonderer Bedeutung, sind die Auswirkungen auf die Sozialauswahl.

Zu den ersten beiden Fragen daher nur kurze Bemerkungen. Eine zweifelhafte Kündigung liegt beispielsweise vor, wenn einer Arbeitnehmerin wegen eines Diebstahls geringwertiger Sachen – grundsätzlich wirksam – gekündigt wird; der Arbeitgeber äußert aber, der Hauptgrund sei gewesen, daß er grundsätzlich gegen Berufstätigkeit von Frauen sei. In diesem Fall führt die Anwendung beider Gesetze nebeneinander zu einem vernünftigen Ergebnis: Die Kündigung ist wirksam, da ein Kündigungsgrund vorliegt; § 2 Abs. 4 AGG rechtfertigt also eine Ausnahme von § 7 Abs. 2 AGG. Jedoch schuldet der Arbeitgeber der Arbeitnehmerin nach § 15 AGG Schadensersatz und ggf. Entschädigung.⁴⁴ Dabei wird regelmäßig das zur Kündigung führende Verhalten nach § 254 BGB zu berücksichtigen sein.

Ähnliches gilt für den Bereich außerhalb des Kündigungsschutzgesetzes, also Probezeit und Kleinbetriebe. Die Rechtsprechung überprüft solche Kündigungen anhand §§ 138, 242 BGB. Auch hier werden offen diskriminierende Kündigungen in der Regel bereits unter diese Normen fallen. Ist das ausnahmsweise nicht der Fall, gilt auch hier: Die Kündigung ist wirksam, es bestehen aber Ansprüche nach § 15 AGG, eingeschränkt durch die Schadensminderungspflicht und ggf. § 254 BGB.⁴⁵ Die Ausnahme von § 7 Abs. 2 AGG läßt sich mittelbar über § 2 Abs. 4 AGG rechtfertigen, da der Gesetzgeber gerade entschieden hat, daß bestimmte Kündigungen auch ohne soziale Rechtfertigung wirksam sein sollen.

d. Insbesondere: Diskriminierungsschutz und Sozialauswahl

Damit bleibt als Abstimmungsproblem die Sozialauswahl. Die Kriterien des § 1 Abs. 3 KSchG haben mit denen des § 1 AGG nichts zu tun; selbst das Merkmal der „Schwerbehinderung“ ist enger als das der „Behinderung“. Insbesondere das Merk-

41 Dazu kritisch *Thüsing* (Fn. 20), 241, 248, 250 f.; auch *Schiek*, Grundsätzliche Bedeutung des gemeinschaftsrechtlichen Diskriminierungsverbote nach der Entscheidung Mangold, AuR 2006, 145, 149 f.

42 *Diller/Krieger/Arnold*, Kündigungsschutzgesetz plus Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz, NZA 2006, 887, 888, mit der zutreffenden Feststellung, daß die Unwirksamkeit damit als Sanktion genügt.

43 So aber *Annuß* (Fn. 1), 1629, 1633 f.; in diese Richtung auch *Bayreuther* (Fn. 37), 1842, 1843.

44 *Diller/Krieger/Arnold* (Fn. 42), 887, 888 f.; anders *Löwisch*, Kündigen unter dem AGG, BB 2006, 2189, 2190; wohl auch *Willemsen/Schweibert* (Fn. 19), 2583, 2585.

45 Skeptisch *Bauer/Thüsing/Schunder* (Fn. 15), 774, 777; dazu auch *Bayreuther* (Fn. 37), 1842, 1845 f.

mal der Unterhaltspflichten wird von dem AGG nicht berücksichtigt. Können damit Unterhaltspflichten bei der Sozialauswahl in gleicher Weise berücksichtigt werden oder liegt darin nunmehr ein Verstoß gegen europäisches Recht und/oder das AGG?

- 38** Das Kriterium „Alter“ gilt – wie erwähnt – nach der Rechtsprechung des EuGH unabhängig von der Umsetzung der Richtlinien und von § 2 Abs. 4 AGG. Allerdings bleiben auch nach den Vorgaben der *Mangold*-Entscheidung Spielräume. Dazu kann man die Prognose wagen, daß das Kriterium Alter bei der Beendigung von Arbeitsverhältnissen langfristig ersetzt werden wird durch das Kriterium „Chancen auf dem Arbeitsmarkt“, das auch in dem – sonst weitgehend gegenstandslosen – § 10 Satz 3 Nr. 6 KSchG erwähnt wird. Bereits heute hat sich als überwiegende Meinung herauskristallisiert, daß die früher üblichen Punkteschemata, in denen jedem Lebensjahr eine bestimmte Punktzahl zugeordnet wird, nicht mehr durchsetzbar sind. Auswahlrichtlinien werden also flexibler gestaltet werden müssen.⁴⁶
- 39** Fragt man nach den Auswirkungen auf Familien, ist das Ergebnis ambivalent. Durchaus positiv kann sich die neue Rechtslage im Vergleich zu älteren Arbeitnehmern nach der Familienphase auswirken, die vor allem bei Zusammentreffen von Alter und Betriebszugehörigkeit regelmäßig „Punktvorteile“ gegenüber den Unterhaltspflichtigen hatten.⁴⁷ Auf der anderen Seite kommt bei Berücksichtigung der Unterhaltsansprüche eine mittelbare Diskriminierung von jüngeren Arbeitnehmern vor der Familienphase in Betracht.
- 40** Ähnliches gilt für das Merkmal der sexuellen Identität. Eine unmittelbare Diskriminierung scheidet bei einer betriebsbedingten Kündigung zwar aus. Jedoch legt der Wortlaut des § 3 Abs. 3 AGG eine mittelbare Diskriminierung nahe, weil Homosexuelle und zwischengeschlechtliche Menschen seltener unterhaltsberechtigter Kinder haben als Heterosexuelle. Dazu ist in der Literatur vorgeschlagen worden, mittelbare Diskriminierungen durch die Sozialauswahl regelmäßig als gerechtfertigt anzusehen.⁴⁸ Es ist aber fraglich, ob dieser Ansatz vor dem EuGH bestehen kann, da die traditionellen Regeln des deutschen Arbeitsrechts in Luxemburg kaum eine Rolle spielen.

2. Familienschutz in kollektivrechtlichen Regelungen

a. Kollisionen mit dem Gleichbehandlungsrecht

- 41** Betrachtet man die übrigen arbeitsrechtlichen Gesetze so wird im Zusammenhang mit den Diskriminierungsverboten vor allem § 622 Abs. 2 Satz 2 BGB diskutiert: Die Ausklammerung von Beschäftigungszeiten, die vor dem 25. Lebensjahr liegen, ist wohl europarechtswidrig⁴⁹ – für junge Familien eher positiv. Der traditionelle Mutter-

⁴⁶ *Annuß* (Fn. 1), 1629, 1633 f.; *Bayreuther* (Fn. 37), 1842, 1845; in diese Richtung auch *Löwisch* (Fn. 44), 2189, 2191; *Willemsen/Schweibert* (Fn. 19), 2583, 2586; *Stahlhacke/Preis/Vossen/Preis* (Fn. 35), Rn. 1101 f.

⁴⁷ *Rieble* (Fn. 7); siehe auch den Beispielsfall bei *Willemsen/Schweibert* (Fn. 19), 2583, 2586.

⁴⁸ *Löwisch* (Fn. 44), 2189, 2190.

⁴⁹ *Löwisch* (Fn. 44), 2189, 2189; *Waltermann*, Altersdiskriminierung, ZfA 2006, 305, 317, 323; *Willemsen/Schweibert* (Fn. 19), 2583, 2586.

schutz kann schon wegen § 3 Abs. 1 Satz 2 AGG nicht diskriminierend sein. Auch die Wirksamkeit der Regeln zur Elternzeit u.ä. ist bislang selbst von Diskriminierungspuristen nicht angezweifelt worden.

Unabsehbar sind aber die Folgen für diejenigen Normen, die in der arbeitsrechtlichen Hierarchie unter dem Gesetz stehen und die oft den Familienstand berücksichtigen: Tarifverträge, Betriebsvereinbarungen und ähnliche, im weiteren Sinne kollektivrechtliche Vereinbarungen – Gesamtzusagen, Entgeltregelungen – enthalten eine Fülle von Regelungen, bei deren Formulierung die europäischen Diskriminierungsverbote nicht einmal bedacht wurden. So stehen unzählige „Tarifverträge in der Diskriminierungsfalle“,⁵⁰ weil sie das Alter – insbesondere bei Unkündbarkeitsregeln – berücksichtigen.⁵¹ Ähnliches gilt für Sozialpläne, die Abfindungen mit dem Lebensalter kontinuierlich ansteigen lassen.⁵² **42**

Auf der anderen Seite findet sich in Kollektivregelungen eine Vielzahl von Einzelbestimmungen, die mittelbar oder unmittelbar dem Familienschutz im Arbeitsrecht dienen. Das ist insbesondere dann der Fall, wenn der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer Leistungen erbringt; im bestehenden Arbeitsverhältnis also vor allem Lohn und Lohnersatzleistungen. Der Grundsatz der Entgeltgleichheit, der nach der früheren Regelung § 612 Abs. 3 BGB nur für die Geschlechter galt, betrifft nun alle Kriterien des § 1 AGG.⁵³ Entsprechendes gilt für Leistungen nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses, also Sozialpläne o.ä., aber auch Betriebsrenten. Werden durch derartige Leistungen Familien bevorzugt, indem beispielsweise Unterhaltspflichtige höhere Abfindungen erhalten oder Eltern ein Betriebskindergarten günstig zur Verfügung gestellt wird, liegt darin keine unmittelbare Diskriminierung anderer Beschäftigter: Der Arbeitgeber wollte nicht ihnen etwas Schlechtes tun, sondern den Eltern etwas Gutes. **43**

Problematisch ist damit vor allem die Ebene der mittelbaren Benachteiligung. Der Hauptanwendungsbereich dieses Begriffs war unter Geltung des früheren § 612 Abs. 3 BGB die Teilzeitarbeit: Da Teilzeitarbeit ganz überwiegend von Frauen geleistet wird, ist jede Entgeltdiskriminierung eine mittelbare Benachteiligung von Frauen. Welche Blüten die mittelbare Benachteiligung unter Geltung des AGG bilden kann, hat *Rieble* kürzlich berichtet, als er in einem Beitrag die wahre Geschichte eines Unternehmers erwähnte, der von seinem (vorgeblich) homosexuellen Betriebsratsvorsitzenden dazu gebracht wurde, auf die Einrichtung eines kostenlosen Betriebskindergartens zu verzichten.⁵⁴ **44**

50 So FAZ Nr. 236 vom 11.10.2006, S. 15; ausführlich dazu *Rieble/Zedler* (Fn. 19), 273.

51 Dazu *Annuß* (Fn. 1), 1629, 1633 f.; *Löwisch* (Fn. 44), 2189, 2189, 2191; *Willemsen/Schweibert* (Fn. 19), 2583, 2587.

52 *Annuß* (Fn. 1), 1629, 1634; ähnlich *Willemsen/Schweibert* (Fn. 19), 2583, 2587; zur betrieblichen Altersversorgung siehe *Bauer/Thüsing/Schunder* (Fn. 15), 774, 776 f.

53 Danach ist gleiche oder gleichwertige Arbeit gleich zu vergüten. Bei verschiedenartiger Arbeit liegt eine verbotene Ungleichbehandlung vor, wenn der Vergleichsmaßstab diskriminierend ist. Folgt die Ungleichbehandlung aus Schutzvorschriften, gilt § 8 Abs. 2 AGG. Dazu umfassend *Richardi* (Fn. 22), 881, 886 f.

54 *Rieble* (Fn. 7).

b. Rechtfertigung durch Familienschutz?

- 45** Der Fall des Betriebsratsvorsitzenden ist allerdings von keinem Gericht entschieden worden, so daß noch nicht feststeht, ob hier tatsächlich eine Diskriminierung vorliegt. Festgehalten werden muß aber, daß bei jeder Maßnahme zur Familienförderung eine mittelbare Ungleichbehandlung zumindest wegen der sexuellen Identität, möglicherweise auch wegen des Alters droht. Damit stellt sich die Frage, wie man derartige Maßnahmen mit juristischen Mitteln aus der Diskriminierungsfalle holen kann.
- 46** Zunächst ist an eine Rechtfertigung zu denken. Das AGG selbst schweigt sich zur Frage des Familienschutzes auch auf dieser Ebene aus. Die allgemeine Norm des § 8 AGG erfaßt nur berufliche Anforderungen; familiäre lassen sich nicht unter diese Norm subsumieren. Einen gewissen Spielraum, der allerdings nur die Ungleichbehandlung wegen des Alters beträfe, gibt der schon mehrfach erwähnte § 10 AGG, insbesondere § 10 Satz 2 Nr. 6 AGG zur Sozialauswahl. Ungeachtet des Streits um die Vereinbarkeit dieser Norm mit den Richtlinienvorgaben wird man für den Fall der Sozialauswahl wohl davon ausgehen dürfen, daß zwar das reine Alter eine geringere Rolle spielen, die Bedeutung der Unterhaltspflichten sich aber nicht grundlegend ändern wird.
- 47** Ein erheblicher Teil der Kollektivvereinbarungen sind Betriebsvereinbarungen, die in ganz unterschiedlicher Hinsicht zum Familienschutz beitragen können – von der Sozialeinrichtung bis zu Urlaubs- und Entgeltgrundsätzen. Im BetrVG sind die Diskriminierungsverbote des § 75 Abs. 1 BetrVG bereits an die Vorgaben der Richtlinien angepaßt worden.⁵⁵ Allerdings findet sich unter den allgemeinen Aufgaben in § 80 BetrVG auch die Pflicht des Betriebsrats, die Vereinbarkeit von Familie und Erwerbsleben zu fördern (§ 80 Abs. 1 Nr. 2b BetrVG).
- 48** Die Norm ist im Rahmen des Einigungsprozesses zur Umsetzung von Art. 3 Abs. 2 Satz 2 GG eingefügt worden. Sie stellt eine Zielvorgabe dar, die dem Betriebsrat insbesondere bei der Wahrnehmung der Mitbestimmung zur Pflicht gemacht wird.⁵⁶ Auf diese Weise können zumindest im Geltungsbereich des BetrVG mittelbare Benachteiligungen durch Familienfördermaßnahmen gerechtfertigt werden. Fraglich ist aber, ob das europarechtskonform wäre, da der Schutz vor Diskriminierung nach § 2 Abs. 1 Nr. 2 AGG-Entwurf auch gerade gegenüber den Betriebspartnern gelten soll.

c. Begriff der mittelbaren Diskriminierung

- 49** Auch im übrigen lassen sich mit diesen Überlegungen allenfalls Betriebsvereinbarungen, möglicherweise über Art. 3 Abs. 2 Satz 2 GG auch Tarifverträge erfassen. Übrig bleiben Regelungen beispielsweise über Gesamtzusagen oder Einheitsarbeitsverträge, Arbeitsbedingungen und ähnliches ohne entsprechende Grundlage. Daher muß ein Ansatzpunkt gefunden werden, der unabhängig von der Grundlage der Regelung ist. Dieser kann nur im Begriff der mittelbaren Diskriminierung liegen.

⁵⁵ Dazu kritisch *Bauer/Thüsing/Schunder* (Fn. 15), 774, 774.

⁵⁶ *Richardi/Thüsing*, BetrVG, 10. Aufl. (2006), § 80 Rn. 28 f.

Wie sich bereits mehrfach gezeigt hat, liegt der Konflikt von Familien und arbeitsrechtlichem Diskriminierungsschutz nicht in der unmittelbaren Diskriminierung: Maßnahmen zur Familienförderung sind keine Maßnahmen der Benachteiligung „wegen eines in § 1 genannten Grundes“ im Sinne des § 3 Abs. 1 AGG. In Betracht kommen ausschließlich mittelbare Benachteiligungen wegen des Alters oder der sexuellen Identität. Die Regelung des § 3 Abs. 2 AGG ist dazu überaus vage gehalten, fraglich ist insbesondere, wann eine Maßnahme Betroffene „gegenüber anderen Personen in besonderer Weise benachteiligen kann“.

Der Begriff der mittelbaren Diskriminierung ist dem Arbeitsrecht nicht unbekannt, sondern spielte im Bereich der §§ 611a, 612 Abs. 3 BGB a.F. bereits eine wichtige Rolle. Seine Grundlage ist eine Indizwirkung durch den statistischen Vergleich von Gruppen. Eine mittelbare Diskriminierung liegt nur dann vor, wenn eine Gruppe **wesentlich** stärker betroffen ist als die andere. Im praktisch häufigsten Anwendungsfall der Teilzeitbeschäftigung liegt der Anteil der Frauen bei ungefähr 90%; in der Literatur wird die Grenze bei etwa 75% gezogen.⁵⁷

Bei der Auslegung von § 3 Abs. 2 AGG müssen ähnlich signifikante statistische Unterschiede verlangt werden, um die Norm nicht ausufern zu lassen. Auch wenn hier von „benachteiligen können“ statt von „benachteiligen“ die Rede ist, ändert das nichts an den objektiven Erfordernissen, sondern bezieht sich lediglich auf das Beweismaß.⁵⁸ So hat auch der EuGH in der *Cadman*-Entscheidung eine mittelbare Diskriminierung wegen des Geschlechts bei Anknüpfung von Leistungen an „Dienstjahre“ grundsätzlich abgelehnt.⁵⁹ Auch eine mittelbare Diskriminierung wegen des Alters bei Anknüpfung an Betriebszugehörigkeit wird überwiegend abgelehnt.⁶⁰

Damit bleibt abschließend zu untersuchen, ob Maßnahmen zur Familienförderung nach dieser Auslegung tatsächlich eine mittelbare Diskriminierung wegen Alters oder sexueller Identität mitschbringen können. Die geltenden Statistiken lassen das gerade wegen der niedrigen Geburtenrate nicht befürchten. So haben längst nicht alle heterosexuellen Arbeitnehmer unterhaltspflichtige Kinder, andererseits ist Homosexuellen die Elternschaft biologisch keineswegs unmöglich; etliche haben Kinder aus früheren Beziehungen; künstliche Befruchtung und Adoption kommen hinzu. Ähnliches gilt für das Alter. Nach einer Studie des Bundesfamilienministeriums liegt die „familienintensivste Phase“ zwischen 35-44 Jahren. Allerdings leben auch in die-

57 ErfK/*Schlachter*, 6. Aufl. (2001), § 611 a BGB Rn. 15 f.; ähnlich auch zum AGG *Worzalla*, Das neue Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz (2006), S. 58; siehe auch MünchKomm/*Müller-Glöge*, 4. Aufl. (2005), § 611a Rn. 27. Grundlegend zum Begriff der mittelbaren Diskriminierung EuGH vom 31.3.1981 – Rs. 96/80 [Jenkins] – EuGHE 1981, 911 = NJW 1981, 2639; zur erheblich höheren Betroffenheit BAG vom 2.12.1992 – 4 AZR 152/92 – BAGE 72, 64 = BB 1993, 503.

58 In diese Richtung auch *Worzalla* (Fn. 57), S. 58.

59 EuGH vom 3.10.2006 – C-17/05 [Cadman] – NZA 2006, 1209 = DB 2006, 2350; in diese Richtung auch OVG Münster vom 13.4.2005 – 6 B 2711/04, juris; dazu „Erlaubte Ungleichbehandlung“, FAZ, Nr. 248 vom 25.10.2006, S. 29.

60 Die Betriebsangehörigkeit – an die beispielsweise auch der neue TVöD anknüpft – wird überwiegend als „unverdächtig“ angesehen: „Tarifverträge in der Diskriminierungsfalle“, FAZ Nr. 236 vom 11.10.2006, S. 15; skeptisch *Worzalla* (Fn. 57) S. 41 f.; *Waltermann* (Fn. 49), 305, 313.

ser Phase nur etwas über 50% der Bevölkerung in traditioneller Familienform.⁶¹ Die statistischen Unterschiede sind damit bei weitem nicht so signifikant wie bei der Teilzeitbeschäftigung; selbst 75% werden nicht erreicht.

- 54** Rein juristisch droht dem arbeitsrechtlichen Familienschutz und der Familienförderung somit keine unmittelbare Gefahr durch den Diskriminierungsschutz. Problematisch ist eher die tatsächliche Seite. Die mit dem AGG verbundene Unsicherheit durch die europarechtlichen Fragen und die unbestimmten Formulierungen können in Verbindung mit den weitgehenden Sanktionen eine abschreckende Wirkung haben, so daß Arbeitgeber eher auf freiwillige Maßnahmen zur Familienförderung verzichten, statt sich in eine juristische Gefahrenzone zu bewegen.

V. Zusammenfassung in Thesen

- 55** 1. Maßnahmen zur Familienförderung können nur die Benachteiligungsverbote wegen des Alters oder der sexuellen Identität betreffen, andere Verbote sind nicht betroffen.
- 56** 2. Das AGG ist in mehrfacher Hinsicht europarechtlich zweifelhaft; etliche Normen müssen europarechtskonform ausgelegt werden. Anstelle des Alters wird im Rahmen der Sozialauswahl und bei Sozialplänen verstärkt auf die Chancen auf dem Arbeitsmarkt abgestellt werden müssen.
- 57** 3. Konflikte zwischen Familienschutz und Benachteiligungsschutz können insbesondere bei der Sozialauswahl und bei kollektiven Regelungen zur Familienförderung entstehen (Tarifverträge, Betriebsvereinbarungen, Gesamtzusagen etc.).
- 58** 4. Eine Rechtfertigung des Familienschutzes kann dabei durch die allgemeinen Regeln der Sozialauswahl erfolgen, bei Betriebsvereinbarungen und Tarifverträgen durch § 80 Abs. 1 Nr. 2b BetrVG, Art. 3 Abs. 2 Satz 2 GG.
- 59** 5. Eine generelle Lösung des Problems ist möglich, wenn der Begriff der mittelbaren Diskriminierung zurückhaltend ausgelegt wird. Als Vorbild dazu können die Kriterien zu §§ 611a, 612 Abs. 3 BGB a.F. dienen. Problematisch bleibt die tatsächliche „Abschreckungswirkung“ des AGG.

61 Gender Datenreport, Kommentierter Datenreport zur Gleichstellung von Frauen und Männern in der Bundesrepublik Deutschland, abrufbar unter www.bmfsfj.de/publikationen/genderreport, zuletzt abgerufen am 1.11.2006.

B. Diskussion

Die Diskussion zum Referat von Frau Privatdozentin *Dr. Martina Benecke* wurde mit **60** der Diskussion zum folgenden Referat von Frau Privatdozentin *Dr. Kerstin Strick* zusammengefaßt.

§ 4 Familie und arbeitsrechtlicher Bestandsschutz

Rn.

A. Referat Kerstin Strick	1
I. Einleitung	1
II. Zur geltenden Rechtslage	12
1. Kündigungsschutz nach § 9 MuSchG, § 18 BErzGG	12
2. Kein Bestandsschutz bei Befristung	14
3. Kein Bestandsschutz bei Aufhebungsvertrag	19
4. Kein Bestandsschutz bei Nichtigkeit und Anfechtung	22
5. Zum Bestandsschutz nach § 1 KSchG	24
a. Personen- und verhaltensbedingte Kündigung	25
b. Betriebsbedingte Kündigung, § 1 Abs. 3 Satz 1, 1. Halbsatz KSchG	29
[1] Unterhaltspflicht oder Unterhaltszahlung?	32
[2] Höhe der Unterhaltspflicht oder Anzahl der Unterhaltsberechtigten?	34
III. Rechtspolitische Überlegungen	47
B. Diskussion	61

A. Referat Kerstin Strick*

I. Einleitung

- 1 Die Themen „Familie“ und „arbeitsrechtlicher Bestandsschutz“ stehen juristisch auf den ersten Blick nur in einem schwachen Konnex. Offenbar geht es um folgende Fragen: Muß der Arbeitgeber, wenn er auf die eine oder andere Art das Arbeitsverhältnis beenden will, darauf Rücksicht nehmen, daß der Arbeitnehmer eine Familie hat? Kann die Tatsache, daß der Arbeitnehmer eine Familie hat, die Beendigung des Arbeitsverhältnisses verhindern? Wenn nicht, stellt zumindest die Tatsache, daß der Arbeitnehmer eine Familie hat, ihn besser im Verhältnis zu anderen Arbeitnehmern, wenn die Beendigung von Arbeitsverhältnissen droht?
- 2 Die Tücken des Themas liegen nicht im Detail. Der Gesetzgeber hat Regelungen getroffen, die in ihrer Anwendung – mit einer Ausnahme¹ – relativ unproblematisch sind. Von großem Interesse ist hingegen die Frage, ob der Gesetzgeber im großen das Richtige tut. Sollte er nicht Familien mehr als bisher schützen, indem er den arbeitsrechtlichen Bestandsschutz des Familienvaters bzw. der Familienmutter stärkt? Könnte die Unkündbarkeit von Familienvätern und -müttern eine schlagkräftige Waffe gegen den Geburtenrückgang sein? Aber auch die exakt gegenteilige Position läßt sich gut hören. Denn letztlich steht der Arbeitgeber zu der Familie des Arbeitnehmers in keinem juristischen, erst recht keinem vertragsrechtlichen Verhältnis. Was hat der Familienschutz überhaupt im Arbeitsrecht verloren?
- 3 Das Verhältnis von Familie und arbeitsrechtlichem Bestandsschutz ist also durchaus interessant, doch gilt dies vor allem für die rechtspolitische Perspektive. Das läßt sich auch nicht verschleiern, indem man dem Thema einen verfassungsrechtlichen Mantel umhängt. Aus Art. 6 Abs. 1 GG ergibt sich in diesem Zusammenhang **nichts**. Daß der Staat Ehe und Familie schützen muß, heißt nicht, daß er diesen Schutz im Arbeitsrecht, d.h. letztlich auf den Schultern des Arbeitgebers, verwirklichen muß.

Allerdings ist in jüngerer Zeit von *Katharina Gamillscheg* der Versuch unternommen worden, die Grenzen des arbeitsrechtlichen Bestandsschutzes verfassungsrechtlich zu bestimmen. *K. Gamillscheg* stellt dazu die Grundrechte des Arbeitnehmers der grundrechtlich geschützten Unternehmerfreiheit gegenüber.² Mit Hilfe von *Hesses* Konkordanzlehre³ sucht sie dann nach dem „richtigen“ Ergebnis und prüft, ob das geltende Recht dem entspricht. Dagegen ist einzuwenden, daß die Verfassung auch im Kündigungsschutz nicht „den Weg weist“. Aus der Verfassung oder aus den grundrechtlichen Wertungen lassen sich nur Grenzen gewinnen, d.h. es ließe sich allenfalls schließen, daß ein bestimmter Weg, eine bestimmte, extreme Form des Kündi-

* Privatdozentin Dr. Kerstin Strick, Universität zu Köln.

1 Vgl. unter II.5.b.[2].

2 *Katharina Gamillscheg*, Die Beendigung des Arbeitsverhältnisses – Bestandsschutz und Mobilitätsinteresse des Arbeitnehmers in Abwägung zum Organisationsinteresse des Arbeitgebers (2001), S. 173 ff., 193.

3 *Hesse*, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Aufl. (1995), Rn. 72.

gungsschutzes nicht gangbar wäre. Der Gesetzgeber kann wegen der general-klauselartigen Formulierungen des KSchG kaum an diese Grenzen stoßen; das Arbeitsgericht bei der Entscheidung des konkreten Einzelfalls durchaus.⁴

Das geltende Recht (z.B. der Kündigungsschutz bei Schwangerschaft) ist weder verfassungswidrig, noch läßt sich aus Art. 12, 14 oder 6 GG herleiten, bestimmte Regelungen müßten in der einen oder anderen Richtung verfassungskonform ausgelegt werden. Entsprechende Argumentationen sind reine Verfassungsmystik.⁵

Das Thema bleibt damit zu einem guten Teil ein rechtspolitisches und damit droht die Gefahr, daß in der Darstellung die Grenze zwischen geltendem und gewünschtem Recht verschwimmt. Das gilt es durch eine möglichst klare Trennung zu vermeiden. Deshalb wird im folgenden zwischen dem bestehenden Rechtszustand (II) und den rechtspolitischen Änderungsmöglichkeiten (III) unterschieden.

Zuvor aber soll das Thema durch einige definitorische Fragen eingegrenzt werden:

1. Zunächst geht es um die Abgrenzung des Begriffs „Familie“. Ausgangspunkt ist dabei, da der Blick auf die Verbindung zum Arbeitsrecht gerichtet ist, der Arbeitnehmer.⁶ Zum Kreis der Familie scheinen eindeutig der Arbeitnehmer, die Mutter und das Kind zu gehören. Tatsächlich ist die Rechtslage aber selbst bei dieser „Kleinfamilie“ nicht eindeutig. So besteht möglicherweise kein ungeteilter Konsens, wenn man berücksichtigt, daß der Arbeitnehmer und die Kindesmutter ggf. nicht verheiratet sind, oder das Kind „nur“ das Stiefkind oder „nur“ das Pflegekind des Arbeitnehmers sein könnte. Weiter ist fraglich, ob eine Familie existiert, wenn gar kein Kind vorhanden ist. Und wenn auch keine (Ehe-) Frau existiert, stellt sich die Frage, ob der Arbeitnehmer mit seinen Eltern eine schützenswerte Familie darstellen kann. Ist dieser Kreis erst einmal eröffnet, stellt sich dieselbe Frage für die Großeltern, die Geschwister, die Onkel und Tanten des Arbeitnehmers. Und schließlich wäre die Familieneigenschaft bei einem gleichgeschlechtlichen Lebenspartner und ggf. dessen Kindern zu entscheiden, wobei es natürlich auch zwischen den gleichgeschlechtlichen Partnern an einer Verrechtlichung ihrer Beziehung fehlen kann.

Für die Zwecke der hiesigen Untersuchung könnte man sich an den Familienbegriff des BVerfG anlehnen. Das BVerfG versteht unter einer Familie in erster Linie die bürgerliche Kleinfamilie, d.h. die verheirateten Eltern mit ihren minderjährigen Kindern.⁷ Als Kinder werden auch Adoptiv-, Stief- und Pflegekinder angesehen.⁸ Der

4 Z.B. LAG München vom 12.9.1991 – 9 Ca 4676/91, n.v., aufgehoben durch BAG vom 23.6.1994 – 2 AZR 617/93 – AP Nr. 9 zu § 242 BGB Kündigung = NJW 1995, 275 ff., betr. Kündigung wegen Homosexualität.

5 So z.B. v. *Hoyningen-Huene/Linck*, KSchG, 14. Aufl. (2007), § 1 KSchG Rn. 941: Auch nach der alten Fassung des § 1 Abs. 3 KSchG (ohne Nennung der Unterhaltspflichten) gebiete eine verfassungskonforme Auslegung im Lichte des Art. 6 Abs. 1 GG, daß die Unterhaltspflichten im Rahmen der Sozialauswahl Berücksichtigung finden müßten.

6 Im folgenden wird der Vereinfachung wegen stets von einem männlichen Arbeitnehmer ausgegangen.

7 BVerfG vom 18.4.1989 – 2 BvR 1169/84 – BVerfGE 80, 81, 90 = NJW 1989, 2195 ff.

8 BVerfG vom 30.6.1964 – 1 BvL 16/62 bis 1 BvL 29/62 – BVerfGE 18, 97, 105 f. = NJW 1964, 1563; BVerfG vom 18.4.1989 – 2 BvR 1169/84 – BVerfGE 80, 81, 90 f. = NJW 1989, 2195 ff.

nicht verheiratete Elternteil mit Kind ist ebenfalls eine „Familie“. Der übrige Verwandtschaftsverband, die „Sippe“, wird nicht erfaßt, soll also nicht unter den Schutzbereich des Art. 6 Abs. 1 GG fallen.⁹

- 8 Es besteht aber letztlich kein Grund, sich für die Bestimmung des Verhältnisses zwischen Familie und arbeitsrechtlichem Bestandsschutz auf den relativ engen Familienbegriff des BVerfG zu beschränken. Daß die „bürgerliche Kleinfamilie“ auch in diesem Zusammenhang unter den Begriff „Familie“ fällt, ist selbstverständlich. Aber diese Familienform bildet nur den „kleinsten gemeinsamen Nenner“. Man ist weder bei der Auslegung des geltenden Rechts und erst recht nicht im Rahmen rechtspolitischer Überlegungen gezwungen, bei diesem engen Begriff stehenzubleiben.

So ist selbst im Rahmen des Art. 6 Abs. 1 GG die Ansicht des BVerfG z.B. zur nichtehelichen Lebensgemeinschaft eng. Nach wie vor scheut das BVerfG klar auszusprechen, daß das Kind mit seinen nicht verheirateten, aber rechtlich feststehenden Eltern – unabhängig von der Form des faktischen Zusammenlebens – eine Familie darstellt.¹⁰

Bedenkenswert ist aber z.B. auch der Vorschlag, die Großeltern in den Familienbegriff aufzunehmen.¹¹ In diese Richtung bewegt sich z.Zt. der Gesetzgeber im Familienrecht; so haben seit 1998 auch Großeltern ein eigenes Umgangsrecht (§ 1685 Abs. 1 BGB¹²).

- 9 2. Auch der thematische Gegenpart, der arbeitsrechtliche Bestandschutz, ist kein ganz eindeutiger Begriff. Gängigerweise gilt Bestandsschutz als Teil des Arbeitnehmerschutzes. Selbstredend kann aber auch der Arbeitgeber ein starkes Interesse am Bestand des Arbeitsverhältnisses haben. Das ist aber mit dem Begriff nicht angesprochen. Bestandsschutz ist auch nichts **Objektives**. Der Begriff ist insoweit irreführend. Es geht gar nicht um den Bestand, also die Erhaltung des Arbeitsverhältnisses an sich. Denn der Arbeitnehmer kann (im Rahmen der Kündigungsfristen) immer kündigen. Tatsächlich geht es also darum, daß der Arbeitnehmer die **Kontrolle** über den Bestand seines Arbeitsverhältnisses erhält.
- 10 3. Schließlich wirft der Zusammenhang von Familie und arbeitsrechtlichem Bestandsschutz schon auf abstrakter Ebene Fragen auf. Offensichtlich soll mit dem Bestand des Arbeitsvertrages die Familie geschützt werden. Offen ist, ob es dabei nur um **Schutz** oder doch um mehr, nämlich um **Förderung** gehen soll. Der **Schutz** bezieht sich auf den *Status quo*, also auf die ohnehin bestehende Familie. Er wird dadurch erreicht, daß durch den Erhalt des Arbeitsplatzes eine bestehende Familie zumindest wirtschaftlich abgesichert wird. Die **Förderung** würde auf eine „Motivation“ zur Familie abzielen. So könnte das gesetzgeberische Ziel auch darin liegen,

9 Vgl. Maunz/Dürig/Badura, Grundgesetz Kommentar, Art. 6 Abs. 1 (Stand: Februar 2005), Rn. 60 m.w.N. auch zur Gegenansicht.

10 Vgl. Sachs/Schmitt-Kammler, Grundgesetz Kommentar, 3. Aufl. (2003), Art. 6 Rn. 16 Fn. 50; Dreier/Gröschner, Grundgesetz Kommentar, 2. Aufl. (2004), Art. 6 Rn. 78.

11 Tettinger, Der grundgesetzlich gewährleistete besondere Schutz von Ehe und Familie, in: Essener Gespräche zum Thema Staat und Kirche, Bd. 35 (2001), S. 117, 135 ff.; ähnlich zur „Generationen-Großfamilie“ Dreier/Gröschner (Fn. 10), Art. 6 Rn. 77.

12 Gesetz vom 16.12.1997, BGBl. I, S. 2942.

durch eine bestandsschutzrechtliche Privilegierung die **Gründung** von Familien oder den Zuwachs innerhalb einer Familie zu fördern.

Diese drei Weichenstellungen sind vor allem für die rechtspolitische Betrachtung **11** relevant. Sie sind aber auch beim folgenden Blick auf die *lex lata* für die Auslegung der Gesetze und für die Beurteilung der gesetzgeberischen Entscheidungen von Interesse.

II. Zur geltenden Rechtslage

1. Kündigungsschutz nach § 9 MuSchG, § 18 BErzGG

Auf die Kündigungsverbote des § 9 MuSchG und des § 18 BErzGG soll nur kurz **12** eingegangen werden. Der durch § 9 MuSchG geschaffene Bestandsschutz ist ohnehin durch europarechtliche Regelungen, nämlich durch die Richtlinie 92/85,¹³ vorgegeben.

Für den Kündigungsschutz nach § 18 BErzGG während der Elternzeit hat das BAG in **13** seiner Entscheidung vom 2.2.2006 klargestellt, daß der Kündigungsschutz nur gegenüber dem Arbeitgeber besteht, bei dem der Elternteil tatsächlich Elternzeit genommen hat. Arbeitet der Elternteil während der Elternzeit in Teilzeit bei einem anderen Arbeitgeber, kann dieser andere Arbeitgeber das Teilzeitarbeitsverhältnis ohne weiteres kündigen.¹⁴ Der Entscheidung des BAG ist zuzustimmen, und zwar nicht nur aus Sicht des Arbeitgebers. In der Sache hätte es arbeitssuchenden Eltern in Elternzeit sehr geschadet, wenn das BAG den Kündigungsschutz auf die Teilzeitarbeitsverhältnisse mit anderen Arbeitgebern erstreckt hätte.

2. Kein Bestandsschutz bei Befristung

Von Interesse ist der Bestandsschutz bei der Befristung. Zunächst stellt § 21 BErzGG **14** klar, daß die Vertretung eines Arbeitnehmers, der ein Kind z.B. in Elternzeit betreut, einen Sachgrund für die Befristung darstellt. Das dient den Arbeitsplatzinhabern und ihren (zukünftigen) Familien, da der Arbeitgeber immerhin auf den Ausfall des Arbeitnehmers mit einer Ersatzkraft reagieren kann.

Rechtspolitisch bestehen jedoch Zweifel. Rein systematisch gesehen ist es nicht ganz **15** überzeugend, daß die Inhaber eines nur befristeten Arbeitsvertrags bezüglich des Fristendes keinerlei Bestandsschutz genießen.¹⁵ Eine Arbeitnehmerin, die einen auf ein Jahr befristeten Arbeitsvertrag hat, und die im zehnten Monat schwanger wird, genießt keinen Schutz; ihr Arbeitsverhältnis läuft schlicht mit dem zwölften Monat aus.

¹³ Richtlinie 92/85/EWG vom 19.10.1992 über die Durchführung von Maßnahmen zur Verbesserung der Sicherheit und des Gesundheitsschutzes von schwangeren Arbeitnehmerinnen, Wöchnerinnen und stillenden Arbeitnehmerinnen am Arbeitsplatz, ABIEG Nr. L 348/1992, S. 1.

¹⁴ BAG vom 2.2.2006 – 2 AZR 596/04 – AP Nr. 10 zu § 18 BErzGG = DB 2006, 1223.

¹⁵ In diese Richtung bereits *Franz Gamillscheg*, Der Abschluß des Arbeitsvertrages im neuen Arbeitsvertragsgesetz, FS für Werner Weber (1974), S. 793, 807 f., der ebenfalls rechtspolitisch argumentiert.

- 16** Das ist zwar insoweit schlüssig, als der Bestandsschutz eben nur **den Bestand** schützt. Die genannte Arbeitnehmerin hatte in ihrem Bestand nie mehr als einen auf ein Jahr befristeten Vertrag. Sie durfte auf den Bestand ihres Arbeitsverhältnisses nicht vertrauen; vielmehr hat sie sich bei Vertragsschluß sehenden Auges – Stichwort: Vertragsfreiheit – auf die Beschränkung des Vertrages eingelassen.
- 17** Trotzdem bleiben Zweifel. Dabei geht es nicht darum, insgesamt das Niveau des Bestandsschutzes zu erhöhen, sondern um die Verbesserung der Normstimmigkeit. Zwar ist dogmatisch zwischen Befristung und Kündigung fein, aber klar zu unterscheiden. In der Sache, d.h. gesehen aus dem Blickwinkel der Schutzwürdigkeit des Arbeitnehmers, ist aber doch die (wenn auch einverständliche) Befristung nichts anderes als die im Zeitpunkt des Vertragsschlusses vorweggenommene (einseitige) Kündigung. Denn die Arbeitnehmerin hat selten ein Interesse an der Befristung eines Arbeitsverhältnisses, das sie selbst ohnehin ohne große Schwierigkeiten kündigen kann. Sollte man also wirklich den Kündigungsschutz der schwangeren Arbeitnehmerin im unbefristeten Arbeitsvertrag „sakrosankt“ stellen, ihn aber bei der „vorweggenommenen Kündigung“ völlig weglassen? Immerhin wird § 9 MuSchG eine Doppelfunktion zugesprochen.¹⁶ Mit dem Bestandsschutz soll auch die psychische Belastung der schwangeren Frau, die befürchten muß, ihren Arbeitsplatz zu verlieren, gemildert werden. Zumindest als Reflex schützt der Gesetzgeber damit auch das werdende oder gerade entstandene Leben des Kindes.¹⁷ Die Frau, die gegen Ende ihres befristeten Vertrages eine Schwangerschaft feststellt, mag sich in einer psychisch vergleichbaren Lage befinden.
- 18** Es sei nochmals klargestellt, daß diese Argumentation nicht die analoge Anwendung des § 9 MuSchG auf das Ende befristeter Verträge rechtfertigen könnte. Aus Sicht der Arbeitgeber besteht hier rechtspolitisch jedoch eine offene Flanke.

3. Kein Bestandsschutz bei Aufhebungsvertrag

- 19** Keinerlei Bestandsschutz besteht auch, wenn der Arbeitnehmer einen Aufhebungsvertrag unterzeichnet. In einer unveröffentlichten Entscheidung von 1984 hat das BAG das gleichfalls für einen damals per Ausgleichsquittung geschlossenen Aufhebungsvertrag angenommen.¹⁸
- 20** Eine Anfechtung des Aufhebungsvertrages in dem Fall, daß die Arbeitnehmerin zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses von ihrer Schwangerschaft noch nichts wußte, scheidet ebenso aus. Das BAG hat dies zumindest für die Anfechtung einer Eigenkündigung der Arbeitnehmerin mit seiner Entscheidung vom 6.2.2002 klargestellt.¹⁹ Für die Anfechtung der Zustimmung zum Aufhebungsvertrag gilt nichts anderes. Ein Anfechtungsgrund könnte nur darin bestehen, daß sich die Arbeitnehmerin über eine verkehrswesentliche Eigenschaft „der Person“ nach § 119 Abs. 2 BGB irrt. Bei „der Person“ kann es sich auch um die eigene Person handeln, also um denjenigen, der

¹⁶ KR/Bader, 7. Aufl. (2004), § 9 MuSchG, Rn. 6.

¹⁷ Vgl. dazu auch die Begründung des EuGH vom 4.10.2001 – C-109/00 [Tele Danmark A/S] – EuGHE I 2001, 6993 ff. (Rn. 26) = AP Nr. 27 zu EWG-Richtlinie Nr. 76/207.

¹⁸ BAG vom 10.5.1984 – 2 AZR 112/83 – n.v.

¹⁹ BAG vom 6.2. 1992 – 2 AZR 408/91 – AP Nr. 13 zu § 119 BGB = NJW 1992, 2173.

seine Erklärung anfißt.²⁰ Aber die Schwangerschaft sei nun einmal keine „verkehrs- wesentliche Eigenschaft“, sondern nur ein vorübergehender Zustand.²¹

Das allgemeine Fehlen von Bestandsschutz beim Aufhebungsvertrag kann rechts- 21
politisch ebenfalls als offene Flanke bezeichnet werden. Der Diskussionsentwurf eines Arbeitsvertragsgesetzes der Bertelsmann-Stiftung vom August 2006 sieht in § 134 ein allgemeines siebentägiges Widerrufsrecht vor. Würde man zu einem all- gemeinen Widerrufsrecht kommen, bliebe wohl kein Bedarf mehr für einen besonde- ren Bestandsschutz für Arbeitnehmer mit (werdender) Familie.

4. Kein Bestandsschutz bei Nichtigkeit und Anfechtung

Keinen Bestandsschutz gibt es ferner, wenn der Arbeitsvertrag nichtig ist oder wenn 22
der Arbeitgeber den Vertrag anfißt. Das nimmt jedenfalls die ganz herrschende An- sicht an.²²

Bekanntermaßen hat der EuGH an dieser Stelle einen sehr weitgehenden Bestand- schutz für die Fälle geschaffen, in denen der Arbeitgeber die Anfechtung bzw. Nichtigkeit mit der Schwangerschaft begründen will. Die Nichtigkeit des Vertrages könnte sich gem. § 134 BGB i.V.m. §§ 8, 4 MuSchG ergeben. Die Anfechtung könnte nach §§ 119 Abs. 2, 123 BGB damit begründet werden, daß die Frau nur beschränkt einsatzfähig sei. Nach der Rechtsprechung des EuGH ist beides unzulässig. Es stellt eine unmittelbare Diskriminierung wegen des Geschlechts dar, die Nichtigkeit oder Vernichtbarkeit des Arbeitsverhältnisses mit der Schwangerschaft der Frau und ihrer beschränkten oder fehlenden Einsetzbarkeit auf dem Arbeitsplatz zu begründen. Dies gilt nach der Tele Danmark-Entscheidung des EuGH auch, wenn der Vertrag be- fristet ist und die Arbeitnehmerin erhebliche Teile ihrer vertraglich geschuldeten Leistung nicht erbringen kann.²³

Die Entscheidungspraxis des EuGH und das dem folgende Urteil des BAG²⁴ sind in 23
Deutschland scharf kritisiert worden.²⁵ Vor dem Hintergrund unserer dogmatischen Vorstellungen vom Vertragsschluß erscheint es geradezu ungeheuerlich, daß eine Schuldnerin, die schon bei Vertragsschluß weiß, daß sie weite Teile ihrer Leistungs- pflicht nicht wird erfüllen können, sich auf den Bestand des Vertrages berufen darf, im übrigen völlig sanktionslos bleibt und auch noch von den finanziellen Vorteilen ihres Tuns profitieren darf. Aber unsere nationalen dogmatischen Vorstellungen brauchen den EuGH nun einmal nicht zu scheren. Es ist der Preis der europäischen supranationalen Rechtsordnung, daß die nationale Dogmatik an die Vorgaben des EuGH anzupassen ist.

20 MünchKommBGB/Kramer, 5. Aufl. (2006), § 119 Rn. 127.

21 Dazu sogleich unter II. 4.

22 Vgl. nur KR/Bader (Fn. 16), § 9 MuSchG Rn. 134 ff. m.w.N.; kritisch bzgl. Anfechtung Franz Gamillscheg (Fn. 15), S. 793, 814.

23 EuGH vom 4.10.2001 – C-109/00 [Tele Danmark A/S] – EuGHE I 2001, 6993 ff. (Rn. 19 ff.) = AP Nr. 27 zu EWG-Richtlinie Nr. 76/207; EuGH vom 27.2.2003 – C-320/01 [Busch] – EuGHE I 2003, 2041 ff. = AP Nr. 6 zu § 16 BErzGG.

24 BAG vom 6.2.2003 – 2 AZR 621/01 – BAGE 104, 304 = AP Nr. 21 zu § 611a BGB.

25 Vgl. nur Stahlhacke/Preis/Vossen/Stahlhacke, Kündigung und Kündigungsschutz im Arbeits- verhältnis, 9. Aufl. (2005), Rn. 1316 ff. m.w.N.

5. Zum Bestandsschutz nach § 1 KSchG

- 24** Kündigungsverbote bei Schwangerschaft und Elternzeit bieten einen gewissen Schutz der Familie; aber sie wirken nur temporär. Kern der Problematik ist, ob die Familie des Arbeitnehmer ihn **dauerhaft** vor Kündigung bewahren kann oder sollte. Das KSchG sieht in § 1 Abs. 3 Satz 1, 1. Halbsatz einen gewissen Schutz bei der betriebsbedingten Kündigung vor.

a. Personen- und verhaltensbedingte Kündigung

- 25** Bei der verhaltens- und personenbezogenen Kündigung spielt dagegen die Tatsache, daß der Arbeitnehmer eine Familie hat, nach dem Wortlaut des Gesetzes keine Rolle. Jedoch wird im Rahmen der Interessenabwägung vom BAG allgemein „das Interesse des Arbeitnehmers“ am Erhalt seines Arbeitsplatzes geprüft; unter die Kriterien, die zur Bestimmung des Interesses dienen, fällt auch der „Umfang der Unterhaltspflichten“.²⁶
- 26** Das gilt zunächst für die personenbedingte Kündigung. In einer Entscheidung vom 20.1.2000 stellt das BAG schon im Tenor fest, daß bei einer krankheitsbedingten Kündigung u.a. die Unterhaltspflichten des Arbeitnehmers stets zu berücksichtigen sind.²⁷

Etwas mehr erstaunt, daß das BAG für die verhaltensbedingte Kündigung ähnlich entscheidet. So hat es das Gericht ausdrücklich gebilligt, daß bei einer verhaltensbedingten Kündigung wegen wiederholter Unpünktlichkeit neben der Betriebszugehörigkeit auch die Unterhaltspflichten in die Abwägung einbezogen wurden.²⁸

- 27** In einer früheren Entscheidung hatte das BAG allerdings in der Tendenz anders entschieden. Dort ging es um eine verhaltensbedingte Kündigung wegen Betrugs. Der Betriebsrat war vom Arbeitgeber über die Höhe der Unterhaltspflichten des Arbeitnehmers nicht informiert worden. Dies konnte an der Wirksamkeit der Kündigung nichts ändern. Das BAG beruft sich auf *Preis*²⁹: Es bestünde regelmäßig „kein konkreter Bezug zwischen dem Kündigungsgrund und den ausschließlich dem Lebensbereich des Arbeitnehmers zuzurechnenden Unterhaltspflichten.“³⁰ Anders nur, wenn der Arbeitnehmer stehle, um seinen Unterhaltspflichten genügen zu können. Nun ist *Preis*’ Feststellung, daß zwischen Straftat und Familie normalerweise keine Beziehung besteht, zwar richtig. Zwischen dem Kündigungsgrund und der Familie besteht aber eben in aller Regel kein Zusammenhang. Die Frage bleibt, ob aus rein sozialen Erwägungen heraus, auch bei verhaltensbedingten Kündigungen im Rahmen der Interessenabwägung die Familie berücksichtigt werden soll.

26 BAG vom 27.2.1997 – 2 AZR 302/96 – AP Nr. 36 zu § 1 KSchG 1969 Verhaltensbedingte Kündigung = NJW 1997, 2540.

27 BAG vom 20.1.2000 – 2 AZR 378/99 – BAGE 93, 255 = AP Nr. 38 zu § 1 KSchG 1969 Krankheit.

28 BAG vom 27.2.1997 – 2 AZR 302/96 – AP Nr. 36 zu § 1 KSchG 1969 Verhaltensbedingte Kündigung = NJW 1997, 2540.

29 *Preis*, Prinzipien des Kündigungsrecht bei Arbeitsverhältnissen (1987), S. 232 f.

30 BAG vom 2.3.1989 – 2 AZR 280/88 – AP Nr. 101 zu § 626 BGB = DB 1989, 1679.

Nach der jüngeren Rechtsprechung des BAG ist das anzunehmen. Daß ein Gericht 28
kaum anders entscheiden wird, zeigt beispielhaft eine jüngere Entscheidung des LAG
Sachsen-Anhalt. Hier hatte ein Arbeitnehmer, der eine Frau und fünf minderjährige
Kinder zu versorgen hatte, eine Bagatelldelikt (Schaden 2,50 Euro) begangen.³¹
Sachverhalte von dieser Art und Güte zeigen: Wenn im Rahmen einer Kündigung all-
gemeine soziale Belange berücksichtigt werden sollen, gehört die familiäre Situa-
tion des Arbeitnehmers dazu. Daß ein Gericht in diesem Zusammenhang vor den
minderjährigen Kindern die Augen verschließt, kann niemand ernsthaft erwarten.

b. Betriebsbedingte Kündigung, § 1 Abs. 3 Satz 1, 1. Halbsatz KSchG

Bei der betriebsbedingten Kündigung ist der Bestandsschutz schon nach den Vor- 29
gaben des Gesetzes im Rahmen der Sozialauswahl zu berücksichtigen. Allerdings
knüpft § 1 Abs. 3 Satz 1, 1. Halbsatz KSchG nicht an die „Familie“ an, sondern an
die „Unterhaltspflichten“. Auch bei der personen- und verhaltensbedingten Kündi-
gung lehnen sich die Gerichte hier an die Formulierung an, die der Gesetzgeber in
dieser Norm wählt.

„Unterhaltspflicht“ ist jedoch kein Synonym für „Familie“. Der vom Gesetz gewählte 30
Begriff „Unterhaltspflichten“ hat scheinbar den Vorteil der Eindeutigkeit. Doch dieser
Schein trügt. Bei der Auslegung des Begriffs entstehen zwei Probleme. Einmal ist
fraglich, ob es wirklich auf die Unterhaltspflicht, also auf das Bestehen der Pflicht,
oder ob es auf die Erfüllung der Pflicht durch den Arbeitnehmer ankommt. Wird also
nur der Arbeitnehmer geschützt, der wirklich zahlt?

Zweitens ist unklar, ob beim Vergleich der Arbeitnehmer auf die Gesamthöhe der 31
Unterhaltsschuld oder einfach darauf abzustellen ist, wie viele Unterhaltsgläubiger
der Arbeitnehmer hat. Geht es also um die Anzahl der unterhaltsberechtigten Per-
sonen oder um die tatsächliche, rechnerisch zu ermittelnde Summe der Unterhalts-
schuld?

[1] Unterhaltspflicht oder Unterhaltszahlung?

Unter dem Punkt [1] ist nicht zu verstehen, daß etwa die Unterhaltszahlung an sich, 32
ohne das Bestehen einer Pflicht ausreichen könnte.³² Das liefe dem Gesetzeswortlaut
klar zuwider; maßgeblich ist allein die durch das Gesetz begründete Unterhalts-
pflicht. Es geht nur um die einschränkende Auslegung des Begriffs. Auf den ersten
Blick mag es nicht einleuchten, daß eine Unterhaltspflicht im Rahmen der Sozialaus-
wahl auch dann zugunsten des Arbeitnehmers Berücksichtigung finden kann, wenn
der Arbeitnehmer die Pflicht nicht erfüllt. Angesichts der bedauerlichen Vielzahl
unterhaltsverpflichteter Väter (von Müttern ist dies immerhin weniger bekannt), die
sich ihrer Unterhaltspflicht entziehen, ist dies auch kein theoretisches Problem. So
mag im Rahmen der Sozialauswahl durchaus der Familienvater, der seiner Frau und
seinem einzigen Kind Unterhalt gewährt, schutzwürdiger erscheinen als der z.B. ge-

31 LAG Sachsen-Anhalt vom 6.12.2005 – 8 Sa 327/05 – NZA-RR 2006, 411 ff., betr. versuchte Er-
schleichung der Beförderung eines Pakets.

32 Stahlhacke/Preis/Vossen/Preis (Fn. 25), Rn. 1104.

trenntlebende Familienvater, der einer Frau und drei Kindern Unterhalt schuldet, den er aber säumig bleibt.

- 33** Der erste Blick täuscht jedoch. Es kann im Rahmen der Sozialauswahl nicht auf die Erfüllung der Pflicht ankommen.³³ Zum einen wäre es für den Gesetzgeber leicht gewesen, diese Position begrifflich klarzustellen. Zum anderen kann der Arbeitgeber die faktische Unterhaltszahlung regelmäßig gar nicht nachprüfen; vielfach wird er von der Säumigkeit des Unterhaltsschuldners nichts wissen. Entscheidend aber ist, daß der Bestandsschutz auf die **Zukunft** zielt. Die bisherige Säumigkeit des Arbeitnehmers ist aber ein Phänomen, das nur für die Vergangenheit festgestellt werden kann. Ob der Arbeitnehmer auch **in Zukunft** seinen Unterhaltungspflichten nicht genügen wird, steht nicht fest. Die unterhaltsberechtigten Personen haben es schließlich für die Zukunft jederzeit in der Hand, ihre Forderung gerichtlich durchzusetzen und zu vollstrecken. Würde dem Arbeitnehmer der Bestandsschutz mit dem Argument verweigert, er habe sich gegenüber seinen Unterhaltsgläubigern nicht rechts-treu verhalten, schließe man den schon bisher enttäuschten Unterhaltsberechtigten die Möglichkeit, den Unterhalt zu erhalten, endgültig aus der Hand.

34 [2] Höhe der Unterhaltungspflicht oder Anzahl der Unterhaltsberechtigten?

- 35** An zweiter Stelle ist zu entscheiden, ob es auf die Gesamthöhe der Unterhaltungspflicht oder auf die Anzahl der Unterhaltsberechtigten ankommt.

Das Abstellen auf die Anzahl der Unterhaltsberechtigten ist verhältnismäßig einfach. Dagegen stellt sich die Ermittlung der Gesamthöhe der Unterhaltungspflicht für den Arbeitgeber als schwieriges Unterfangen dar. Nach herrschender Ansicht genügt es nicht, daß der Arbeitgeber die Unterhaltungspflichten einfach aus den Angaben auf der Lohnsteuerkarte des Arbeitnehmers herleitet.³⁴ Grundsätzlich kann man allerdings annehmen, daß der Arbeitnehmer, der bemüht ist, möglichst viele „Punkte“ im Rahmen der Sozialauswahl zu erreichen, bereitwillig seine Unterhaltungspflichten darlegen wird.

- 36** Für die Entscheidung „Gesamthöhe“ oder „Anzahl der Unterhaltsberechtigten“ bietet das Gesetz mit dem Begriff „Unterhaltungspflichten“ keinen Anhaltspunkt; mit dem Begriff kann beides gemeint sein.

Das Bundesarbeitsgericht hat in seiner Entscheidung vom 5.12.2002³⁵ festgestellt, daß der Arbeitgeber **die Wahl** hat.³⁶ Obwohl der Entscheidung noch § 1 KSchG in seiner früheren Fassung³⁷ zugrunde lag, kann man annehmen, daß die Grundsätze des BAG genauso auf die heutige Fassung Anwendung finden. Der Wertungsspiel-

³³ So auch Stahlhacke/Preis/Vossen/Preis (Fn. 25), Rn. 1104.

³⁴ LAG Düsseldorf vom 16.3.2005 – 11 Sa 957/04 – DB 2005, 454, 455 = LAGE § 1 KSchG Soziale Auswahl Nr. 47; APS/Kiel, Kündigungsrecht, 2. Aufl. (2004), § 1 KSchG Rn. 725; HK-KSchG/Dorndorf, 4. Aufl. (2001), § 1 KSchG Rn. 1074.

³⁵ BAG vom 5.12.2002 – 2 AZR 549/01 – AP Nr. 59 zu § 1 KSchG 1969 Soziale Auswahl, unter B. III. 4. b), betr. Doppelverdienst = NZA 2003, 791.

³⁶ Kritisch dazu APS/Kiel (Fn. 34), § 1 KSchG Rn. 717.

³⁷ BGBl. 1998 I, S. 3843 ff.

raum, der dem Arbeitgeber allgemein im Rahmen der Sozialauswahl zusteht, erstreckt sich also auch auf die Frage „Höhe oder Anzahl“. Im Rahmen dieser Wertentscheidung hat der Arbeitgeber nach Ansicht des BAG Art. 6 Abs. 1 GG zu berücksichtigen. Ob und inwieweit dem zuzustimmen ist, bleibt eine dogmatisch nicht einfache Frage der Wirkung der Grundrechte im Arbeitsrecht. Im Ergebnis sieht das BAG die Verfassungskonformität der Sozialauswahl dann nicht mehr gewahrt, wenn dem Arbeitnehmer gekündigt würde, **weil** er eine Familie hat. Dafür muß allerdings nicht Art. 6 Abs. 1 GG bemüht werden; dieses Ergebnis folgt schon § 1 Abs. 3 KSchG selbst.

Im genannten Fall hielt es das BAG für zulässig, daß der (kirchliche) Arbeitgeber stark gewichtete, daß der Arbeitnehmer **verheiratet** war. Er stellte also auf das bloße Vorhandensein eines **an sich** unterhaltsberechtigten Ehepartners ab, obwohl tatsächlich möglicherweise keine Unterhaltspflicht bestand, weil möglicherweise der Ehepartner über eigenes Einkommen verfügte.³⁸

Im Schrifttum besteht dagegen bei einigen Kommentatoren eine starke Tendenz dahingehend, daß es auf die Gesamthöhe der Unterhaltslast, und nicht auf die Anzahl der Unterhaltsverpflichteten ankommen solle.³⁹ Die Argumentation stellt vor allem darauf ab, daß sich die Schutzbedürftigkeit des Arbeitnehmers bei der Sozialauswahl nur an seiner tatsächlichen Unterhaltsbelastung messen lasse. Daß z.B. der Ehepartner theoretisch einen Unterhaltsanspruch habe, könne dann keinen Ausschlag geben, wenn der Ehepartner selbst verdiene, so daß mangels Bedürftigkeit materiell kein Unterhaltsanspruch bestehe. Dabei wird durchaus gesehen, daß von dieser Wertung vor allem weibliche Arbeitnehmer nachteilig betroffen sind. Verheiratete Frauen verdienen vielfach weniger als ihre Ehemänner. Fällt die Frau als Arbeitnehmerin in die Sozialauswahl, bleibt ihre Unterhaltspflicht gegenüber ihrem Ehemann eine theoretische oder nur geringe. Dasselbe gilt, wenn unterhaltsberechtigende Kinder vorhanden sind. Auch wenn die Arbeitnehmerin ihren Kindern gegenüber unterhaltsverpflichtet ist, mindert sich die Gesamthöhe ihrer Unterhaltslast durch den Verdienst ihres Ehemanns wieder. Diese für Arbeitnehmerinnen ungünstigen Folgen des Abstellens auf die Gesamthöhe der Unterhaltslast wollen die Autoren jedoch hinnehmen.⁴⁰

Diese Ansicht, die man wohl als überwiegende Literaturansicht bezeichnen kann, ist indessen nicht unproblematisch.

Eine Benachteiligung von Frauen durch die Berücksichtigung des Doppelverdienstes verbietet zunächst das Übereinkommen der Vereinten Nationen zur Beseitigung von

38 Vgl. BAG vom 5.12. 2002 – 2 AZR 549/01 – AP Nr. 59 zu § 1 KSchG 1969 Soziale Auswahl, unter B. III. 6. a) = NZA 2003, 791.

39 KR/Etzel (Fn. 16), § 1 KSchG Rn. 676 f.; APS/Kiel (Fn. 34), § 1 KSchG Rn. 717; von Hoyningen-Huene/Linck, KSchG, 13. Aufl. (2007), § 1 KSchG Rn. 943. In diese Richtung auch LAG Düsseldorf – vom 16.3.2005 – 11 Sa 957/04 – DB 2005, 454, 455. Differenzierend, aber nicht eindeutig HK-KSchG/Dorndorf (Fn. 34), § 1 KSchG Rn. 1073, 1075.

40 KR/Etzel (Fn. 16), § 1 KSchG Rn. 677; HK-KSchG/Dorndorf (Fn. 34), § 1 KSchG Rn. 1077; von Hoyningen-Huene/Linck (Fn. 5), § 1 KSchG Rn. 943 f.

jeder Form von Diskriminierung der Frau vom 18.12.1979.⁴¹ Das Abkommen untersagt in seinem Art. 11 Abs. 1 a) im Falle der Entlassung einer Arbeitnehmerin jede Diskriminierung aufgrund des Familienstandes. Damit ist gerade die Problematik des Doppelverdienstes angesprochen. Die Berücksichtigung des Doppelverdienstes wäre demnach unzulässig.

- 41** Deutschland hat dieses Übereinkommen, das von *Birk* als „der Entwurf einer realen Gleichheitsutopie“ bezeichnet wird,⁴² zwar ratifiziert, da es sich aber um eine rein völkerrechtliche Verpflichtung handelt, kann der einzelne Bürger aus der Regelung keine subjektiven Rechte herleiten. Eine andere Frage ist, ob die Gerichte die Pflicht haben, § 1 Abs. 3 Satz 1, 1. Halbsatz KSchG übereinkommenskonform auszulegen. Das wird in der Tat von *Birk* bejaht.⁴³ Ob die Gerichte tatsächlich in diesem Maße verpflichtet sind, das nationale Recht völkerrechtskonform auszulegen, kann hier nicht vertieft werden. Allerdings ist das Übereinkommen in der Tat im Rahmen der Auslegung eine Argumentationshilfe gegen die Berücksichtigung des Doppelverdienstes. Daß die Gerichte bislang nicht darauf eingegangen sind, liegt wohl auch daran, daß dem Übereinkommen bisher wenig Aufmerksamkeit in der Literatur geschenkt wurde.
- 42** Das Völkerrecht ist keine schlagende Waffe; das EU-Recht kann es sein. In der Literatur wird übereinstimmend davon ausgegangen, daß die Berücksichtigung des Doppelverdienstes eine mittelbare Diskriminierung der Frau darstelle,⁴⁴ die nunmehr gegen Art. 2 Abs. 1 b), 14 Abs. 1 c) der Richtlinie 2006/54⁴⁵, gegen §§ 7 Abs. 1, 2 Abs. 1 Nr. 2, 3 Abs. 2 AGG⁴⁶ oder gegen ein entsprechendes primärrechtliches Diskriminierungsverbot mit horizontaler Direktwirkung⁴⁷ verstoßen könnte. In der Tat ist die Berücksichtigung des Doppelverdienstes geeignet, Angehörige eines Geschlechts „in besonderer Weise“ zu benachteiligen. Allerdings soll die Berücksichtigung des Doppelverdienstes sachlich gerechtfertigt und verhältnismäßig sein. Der sachliche Grund könnte eben im Schutz der Familie, d.h. in der Erhaltung eines ausreichenden Erwerbseinkommens für die Familie liegen. Grundsätzlich erkennt der EuGH Ziele aus dem Bereich der Sozialpolitik als legitime Ziele an.⁴⁸ Ob er aber eine entsprechende Rechtsanwendung für geeignet, erforderlich und angemessen hielte, bleibt fraglich.

41 BGBl. 1985 II, S. 647 ff.

42 MünchHdbArbR/*Birk*, 2. Aufl. (2000), Bd. 1, § 17 Rn. 25.

43 MünchHdbArbR/*Birk* (Fn. 42), § 17 Rn. 25.

44 HK-KSchG/*Dorndorf* (Fn. 34), § 1 KSchG Rn. 1077; KR/*Etzel* (Fn. 16), § 1 KSchG Rn. 677; von *Hoyningen-Huene/Linck* (Fn. 5), § 1 KSchG Rn. 944 f., alle m.w.N.

45 Richtlinie 2006/54/EG vom 5.7.2006 zur Verwirklichung des Grundsatzes der Chancengleichheit und Gleichbehandlung von Männern und Frauen in Arbeits- und Beschäftigungsfragen, ABIEG 2006 Nr. L 204/23.

46 Soweit § 2 Abs. 4 AGG die Anwendung dieser Vorschriften nicht ausschließt, vgl. zu dieser Frage nur *Thüsing*, AGG (2007), Rn. 103 ff.; *Schleusener/Suckow/Voigt*, AGG (2007), § 2 Rn. 20 ff.

47 Vgl. EuGH vom 22.11.2005 – C-144/04 [Mangold] – EuGHE I 2005, 9981 = NJW 2005, 3695 ff., betr. Altersdiskriminierung.

48 Vgl. HWK/*Strick*, 2. Aufl. (2006), Art. 141 EGV Rn. 27.

Gegen die Berücksichtigung des Doppelverdienstes wird weiter vorgetragen, daß der Verdienst des Ehepartners jederzeit wegfallen könne.⁴⁹ Besonders überzeugend ist jedoch der Hinweis auf die allgemeine Problematik der Bestimmung der Unterhaltshöhe.⁵⁰ Soll tatsächlich rechnerisch die gesamte Unterhaltsschuld ermittelt werden, ist nicht nur der Verdienst des Arbeitnehmers und ein etwaiger Verdienst des Ehepartners entscheidend. Die Unterhaltspflicht bemißt sich allgemein nach Leistungsfähigkeit und Bedürftigkeit. Schon für die Leistungsfähigkeit kommt es nicht allein auf das Arbeitseinkommen an, sondern auf andere Einkommensquellen des Arbeitnehmers (z.B. selbständigen Nebenverdienst). Diese kennt der Arbeitgeber aber nicht und der Arbeitnehmer kann auch kaum verpflichtet werden, sie zu offenbaren. Das gilt erst recht für die Frage der Bedürftigkeit. Daß die Ehefrau, die Kinder und etwaige andere unterhaltsberechtigten Personen kein Arbeitseinkommen haben, bedeutet nicht, daß sie bedürftig sind. Diese Personen können auch über andere Einkommensquellen (z.B. aus selbständiger Tätigkeit, Mieteinnahmen, Zinseinkünfte) verfügen. Der Arbeitnehmer hat freilich kein Interesse, diese Einnahmen im Rahmen der Sozialauswahl zu offenbaren. Er kann dazu auch kaum gezwungen werden; erst recht gilt das für die potentiell Unterhaltsberechtigten.⁵¹

Insgesamt erscheint daher die Berücksichtigung der Gesamthöhe der Unterhaltslast rechtlich problematisch und praktisch kaum durchführbar. Im Rahmen der Sozialauswahl sollte darauf verzichtet werden.

Stattdessen ist schlicht auf die Anzahl der unterhaltsberechtigten Personen abzustellen. Darunter fallen die Ehefrau oder der Lebenspartner und die Kinder sowie alle anderen Personen, die einen gesetzlichen Unterhaltsanspruch nach den §§ 1360 ff., 1569 ff., 1601 ff. BGB haben. Dabei muß es genügen, daß der Arbeitgeber den Arbeitnehmer auffordert, die entsprechenden Personen im eigenen Interesse zu nennen. Rührt der Arbeitnehmer sich nicht, ist es ausreichend, wenn der Arbeitgeber die ihm (z.B. anhand der Lohnsteuerkarte) bekannten Unterhaltsberechtigten berücksichtigt.⁵² Richtig ist allerdings, daß es dann mit „einem bloßen Abzählen“ der Personen nicht getan ist.⁵³ Es ist vor dem Hintergrund des BAG-Urteils vom 5.12.2002 zulässig und in der Sache richtig, auf die Anzahl abstellen, aber innerhalb der unterhaltsberechtigten Personen zu differenzieren. So sollten minderjährige Kinder (wesentlich⁵⁴) stärker berücksichtigt werden als der Ehepartner und dieser wiederum wesentlich stärker als die eigenen Eltern des Arbeitnehmers. Eine schwierigere Frage ist die Einordnung volljähriger Kinder. Diese sind m.E. dem Ehegatten vergleichbar schutzwürdig.

Die Schwierigkeiten bei der Gewichtung der unterschiedlichen Unterhaltsverpflichteten zeigt bereits auf, daß die geltende Regelung rechtspolitisch durchaus fraglich ist. Im folgenden soll daher auf rechtspolitischen Änderungsbedarf eingegangen werden.

49 von Hoyningen-Huene/Linck (Fn. 5), § 1 KSchG Rn. 945. Vgl. LAG Köln vom 3.5.2000 – 2 Ta 1/01 – NZA-RR 2002, 438 f. = MDR 2001, 1362.

50 Stahlhacke/Preis/Vossen/Preis (Fn. 25), Rn. 1105.

51 Stahlhacke/Preis/Vossen/Preis (Fn. 25), Rn. 1105.

52 Weiterführend Stahlhacke/Preis/Vossen/Preis (Fn. 25), Rn. 1106.

53 Stahlhacke/Preis/Vossen/Preis (Fn. 25), Rn. 1104.

54 Vgl. unter III.

III. Rechtspolitische Überlegungen

- 47 Im Rahmen der folgenden Überlegungen wird zunächst von der Prämisse ausgegangen, daß bei der betriebsbedingten Kündigung eine Sozialauswahl stattfinden soll. Weiter ist zu unterstellen, daß die Berücksichtigung der Familie des Arbeitnehmers grundsätzlich als „sozial“ im Sinne dieser „Sozialauswahl“ zu verstehen ist.⁵⁵
- 48 Der Gesetzgeber muß sich dann über seine Ziele im klaren sein. Zwar ist das Ziel grundsätzlich der Schutz der Familie, doch bleibt die Stoßrichtung, wie eingangs erwähnt,⁵⁶ noch offen. Es ist zu entscheiden, ob lediglich der *Status quo*, also die bestehende Familie, geschützt werden soll oder ob eine kündigungsrechtliche Privilegierung zur Familiengründung und zum Familienzuwachs motivieren soll. Letzteres würde bedeuten, daß der junge Arbeitnehmer (u.a.) mit dem Motiv eine Familie gründet oder seine Familie erweitert, seinen arbeitsrechtlichen Bestandsschutz zu stärken. Freilich liegt einer solchen Entscheidung stets ein Motivbündel zugrunde. Je eindeutiger und stärker die Privilegierung des Familienvaters im Rahmen der Sozialauswahl aber ausfällt, desto stärker kann dieses Motiv die Entscheidung des Arbeitnehmers beeinflussen.
- 49 Diese Differenzierung nach dem Ziel ist eine weitgehend theoretische. Es sollen jedoch an dieser Stelle grundlegende Bedenken angemeldet werden. Das Arbeitsrecht kann sich zwar den Schutz der Familie zur Aufgabe machen; es sollte sich aber nicht um die aktive Förderung von Familiengründung oder -erweiterung bemühen. Dem Arbeitsrechtler sind Anreizsysteme vertraut, vor allem beim leistungs- oder erfolgsabhängigen Lohn. Die Gefahr von Fehlsteuerung liegt nahe.⁵⁷ Was das „Motivationsziel Familie“ angeht, besteht zudem noch eine ganz andere, gesellschaftspolitisch relevantere Gefahr. Die Familie ist nicht nur eine juristische Konstruktion; sie ist eine gesellschaftliche Institution.⁵⁸ Sie wird als solche innerhalb der Gesellschaft geachtet. Wenn der Gesetzgeber wirtschaftliche Anreize setzt, bewirkt er zugleich, daß das Ziel Familie nicht mehr nur aus ideellen und emotionalen Gründen angestrebt wird, sondern eben letztlich auch aus wirtschaftlichen Motiven heraus. Das Konzept, das die Gesellschaft von Familie hat, **verändert** sich dadurch. Die Familie ist dann nicht mehr nur noch ein gesellschaftlich geachtetes Institut, sondern ein Geschäft. In diesem Sinne droht jede Vermischung mit wirtschaftlichen Vorteilen die Dignität der Institution Familie zu gefährden. Diese Gefahr spricht an sich dagegen, überhaupt einen an die Familie gekoppelten Bestandsschutz zu schaffen.
- 50 Schließlich ist ein weiterer Vorbehalt bei der Verwirklichung des Familienschutzes durch kündigungsrechtlichen Bestandsschutz zu machen. Wenn der Gesetzgeber bei der Kündigung Familienschutz gewähren will, kann er das auf zwei Arten tun: Er kann versuchen, daß die Kündigung des Familienvaters verhindert wird. Oder er be-

55 Kritisch (in bezug auf Unterhaltspflichten) MünchHdbArbR/*Berkowsky*, 2. Aufl. (2000), Bd. 2, § 139 Rn. 139 f.

56 Oben II.5.b.

57 Vgl. nur *Breisig*, Entgelt nach Leistung und Erfolg (2003), S. 223 ff.

58 Die als solche freilich stetigem Wandel unterliegt, vgl. *Gernhuber/Coester-Waltjen*, Familienrecht, 5. Aufl. (2006), Rn. 1 ff.; *Dölle*, Familienrecht (1964), Bd. 1, S. 17 ff.

hindert die Kündigung nicht, sondern sorgt dafür, daß der nunmehr arbeitslose Familienvater und sein Haushalt durch die Systeme der sozialen Sicherheit angemessen aufgefangen werden. Zumindest wirtschaftlich ist der soziale Schutz der Familie damit erreicht.

Rechtspolitisch ist daher auch die Grundfrage zu klären, ob es – wie bisher – dabei 51
bleiben soll, daß der soziale Schutz der Familie im Kündigungsrecht auf dem Rücken des Arbeitgebers realisiert werden soll. Gerade das Abstellen des Gesetzes auf die „Unterhaltspflichten“ zeigt diesen Ansatz mehr als deutlich. Für den Fiskus bzw. die Träger der Sozialversicherung ist es wirtschaftlich nachteiliger, wenn derjenige, der viele Unterhaltslasten trägt, arbeitslos wird, da die sozialen Sicherungssysteme dann die gesamte Familie auffangen müssen. Finanziell ist es für „den Staat“ nun einmal günstiger, wenn der kinderlose Ledige arbeitslos wird. Ob diese finanziellen Wirkungen nun das eigentliche Ziel des Gesetzgebers oder nur ein Reflex des angestrebten Familienschutzes sind, ist gleichgültig. Jedenfalls verleiht dieser Aspekt dem Schutz der Familie durch arbeitsrechtlichen Bestandsschutz einen negativen Beigeschmack.

Trotz der gemachten Vorbehalte ist nicht zu übersehen, daß es die vorhandene 52
Familie schützt und sichert, wenn das Arbeitsverhältnis des Familienvaters oder der Familienmutter erhalten bleibt. Das gilt vor allem, wenn man die nicht-wirtschaftlichen Nachteile, die aus einer Kündigung für die Familie resultieren können, bedenkt.

Wenn also tatsächlich das Arbeitsverhältnis des Familienvaters oder der Familien- 53
mutter nach Möglichkeit erhalten bleiben soll, so läßt sich dieser Schutz nur im Kündigungsschutz realisieren.

Die bisherige Regelung des § 1 Abs. 3 Satz 1, 1. Halbsatz KSchG, die an die Unter- 54
haltspflichten anknüpft, ist aber m.E. nicht treffsicher. Rechtspolitisch wäre es vorzugswürdig, wenn ein anderer Anknüpfungspunkt gewählt, wenn nämlich ausschließlich auf die minderjährigen Kinder des Arbeitnehmers abgestellt würde.

Zunächst sollte die Existenz oder die Unterhaltsberechtigung eines Ehegatten oder 55
von Eltern oder sonstigen Verwandten nicht ausreichen. Bei diesen Personen handelt es sich (in aller Regel) um Erwachsene. Ein Erwachsener muß selbst für seine wirtschaftliche Absicherung sorgen. Findet ein Erwachsener eine Person, die aus moralischen, emotionalen und/oder rechtlichen Gründen für seinen Unterhalt sorgt, ist dagegen nichts einzuwenden. Aus diesem Arrangement aber herleiten zu wollen, daß der Unterhaltsschuldner nicht gekündigt werden darf, ist schlicht vermessen. Dabei ist daran zu erinnern, daß dieser Schutz auf dem Rücken des Arbeitgebers realisiert wird. Soll der Arbeitgeber an einen Arbeitnehmer gebunden bleiben, bloß weil sich dessen Eltern für ihr Alter nicht wirtschaftlich abgesichert haben? Soll der Arbeitgeber an einen Arbeitnehmer gebunden bleiben, bloß weil dessen Ehefrau – gleich aus welchen Gründen – nicht arbeitet? Hier geht es in der Tat um soziale Notlagen, aber um solche, deren Eintritt von Erwachsenen gesteuert, jedenfalls beeinflusst werden kann. Dies sind soziale Notlagen, in denen die Systeme der sozialen Sicherung eingreifen müssen.

- 56** Dasselbe gilt aus Sicht der anderen Arbeitnehmer, die in der Sozialauswahl stehen. Soll Arbeitnehmer A wirklich nur deshalb leichter gekündigt werden, weil die Ehefrau seines Kollegen B sich entschlossen hat, nicht zu arbeiten, während seine eigene Frau dazuverdient?
- 57** Und auch für volljährige Kinder gilt grundsätzlich nichts anderes. Zwar mag der Arbeitnehmer seinen volljährigen Kindern, die ein Studium aufgenommen haben, Unterhalt schulden. Soll dieses Studium tatsächlich die Kündigungsentscheidung des Arbeitgebers beeinflussen können? Soll der Arbeitnehmer A schlechter gestellt werden, nur weil sein Sohn eine Lehre macht, während der Sohn seines Kollegen B studiert?
- 58** Ganz anders stellt sich die Lage dar, wenn minderjährige Kinder vorhanden sind. Diese sind regelmäßig bedürftig. Sie sind nicht selbst für ihre wirtschaftliche Absicherung verantwortlich, sondern der Arbeitnehmer trägt die Verantwortung. Es erscheint auch angemessen, daß die Kündigungsentscheidung des Arbeitgebers durch die Tatsache eingeschränkt wird, daß der Arbeitnehmer ein Kind hat. Der Arbeitgeber hat nun mal einen Vertrag mit und über die Arbeitskraft eines Menschen geschlossen und er wußte damit zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses bereits, daß dieser Mensch möglicherweise eines Tages für minderjährige Kinder verantwortlich sein würde. Aus diesem Grund kann man auch von dem Arbeitskollegen verlangen, daß er im Verhältnis zum Vater minderjähriger Kinder schlechter gestellt wird.
- 59** Im Gesetz sollte dabei nur auf Anzahl der minderjährigen Kinder, nicht auf die Gesamthöhe von deren Unterhaltsansprüchen abgestellt werden. Dafür sprechen einmal die oben genannten Gründe.⁵⁹ Die Sozialauswahl würde in diesem Punkt radikal vereinfacht. Und schließlich geht es aus der Sicht des Kindes nicht allein um wirtschaftliche Aspekte. Das Kind und mit ihm seine Familie leidet ebenfalls, wenn nicht noch mehr, unter den sonstigen Belastungen, die mit der Arbeitslosigkeit einhergehen können, d.h. unter der psychischen Belastung seines arbeitslosen Elternteils, unter den damit einhergehenden Verschiebungen im Familiengefüge und unter der drohenden Stigmatisierung durch die Außenwelt.
- 60** Damit wird deutlich, daß mit der Ersetzung des Begriffs „Unterhaltungspflichten“ durch „minderjährige Kinder“ eine ganz andere Schutzrichtung eingeschlagen würde. Statt die – kaum abgrenzbare – Klein- oder Großfamilie abstrakt zu schützen, sollte es primär um den Schutz des Kindes gehen. Damit vollzöge das Kündigungsrecht einen Paradigmenwechsel nach, der im Familien-, jedenfalls im Kindschaftsrecht, Jahrzehnte andauert hat und noch andauert, nämlich die Durchsetzung des Kindeswohlprinzips.⁶⁰ Beim Kindeswohlprinzip handelt es sich nicht nur um eine rechtspolitische Idee, sondern um eine zivilisatorische Leistung. Das „Kindeswohl im Arbeitsrecht“ mag zwar ungewohnt klingen, aber es weist auch hier den richtigen Weg.

59 Unter II.5.b.[2].

60 Vgl. dazu nur Coester, Das Kindeswohl als Rechtsbegriff (1983).

B. Diskussion

Dr. Stefan Krauss, Südwestmetall:

Ich möchte nicht diskutieren, sondern ich möchte Ihnen, Frau *Strick*, sagen: Das war brilliant und ich gratuliere Ihnen zu dem sehr konsequenten Ansatz, insbesondere am Ende. Die Überschrift ist die richtige und es ist höchste Zeit, daß man das durchzieht, daß man der Eigenverantwortung des erwachsenen Menschen das Gewicht gibt, wie Sie es getan haben. Jeder ist für sich selbst verantwortlich, und das muß man stärken. Deswegen ist es ein richtiger und konsequenter und auch stringenter Ansatz zu sagen, daß es nur auf die minderjährigen Kinder ankommt und auf sonst gar nichts. Das war klasse. 61

Professor Dr. Dagmar Kaiser, Johannes Gutenberg-Universität Mainz:

Ich möchte direkt etwas dazu sagen. Ich weiß nicht, ob die Volljährigkeit der genaue Schnittpunkt ist, da ja auch ein 16-jähriges Kind unter Umständen schon arbeiten kann. Und wenn man dann an das Familienrecht anknüpft, müßte man es vielleicht noch ein wenig erweitern, da die volljährigen Kinder – die noch im Haushalt der Eltern wohnen und sich in der allgemeinen Schulbildung befinden – auch von der gesteigerten Unterhaltspflicht der Eltern erfaßt sind. Man könnte es auf diese erstrecken, bis sie Abitur machen oder die allgemeine Berufsschulbildung abgeschlossen haben. Das wäre dann auch im Familienrecht ein festgelegter Grenzpunkt. Es wäre vielleicht in sich stimmiger, diesen Zeitpunkt als Grenze zu haben und nicht den 18. Geburtstag. 62

Privatdozentin Dr. Kerstin Strick, Universität zu Köln:

Ja, in der Tat. Wenn man das streng dogmatisch oder auch in Hinblick auf die Schutzzwecke des Familienrechts betrachtet, würde ich dem zustimmen. Man hat dann aber das Problem, daß die Regelung erheblich komplizierter wird, und ich tendiere dazu, obwohl ich das nicht mit der gleichen Vehemenz wie die Kinder vertreten würde. Aber ich plädiere auch dafür, nicht auf die Unterhaltslast zu schauen. Wenn einen dann die Frage der Unterhaltspflicht gar nicht mehr interessiert, ist es eigentlich auch egal, ob die volljährigen Kinder noch im Haushalt wohnen. Es treten dann auch Probleme auf, denn man sagt ja, wenn die Kündigungen im Raum stehen: Zieh wieder bei uns ein, weil dann habe ich, werde ich ... Das sind Anreizwirkungen, die ich vermeiden will. Wenn man dagegen an die Volljährigkeit anknüpft, ist das neutral. Am Geburtszeitpunkt wird sich da nichts mehr ändern. Wenn man wirklich auf die Feinabstimmung achten würde, würde man das so machen. Aber ich plädiere eher für die Brechstangenmethode. 63

Professor Dr. Marita Körner, Fachhochschule für Wirtschaft, Berlin:

- 64** Ich wollte nur ergänzend etwas dazu sagen. Ich finde dies auf den ersten Blick völlig richtig und habe es in anderem Zusammenhang auch in meinem Vortrag über die Selbstverantwortung erwachsener Personen in finanzieller Hinsicht gesagt. Aber wenn wir sagen, wir wollen die Familie schützen, muß man natürlich auch zugrunde legen, wo diese erwachsenen Personen a) untereinander gesetzliche Unterhaltspflichten haben und b) wo die Selbstverantwortung vielleicht nicht funktioniert.

Sie, Frau *Strick*, haben dagegen jetzt radikal die über 18-jährigen Kinder ausgeschlossen. Sie, Frau *Kaiser*, haben es etwas abgemildert. Die Eltern haben aber, Sie kennen die BGH-Rechtsprechung, eine Unterhaltsverpflichtung auch gegenüber den studierenden oder in sonstiger Berufsausbildung befindlichen Kindern. Das ist das eine. Das andere, ein Problem, das noch viel größer werden wird: die alten und pflegebedürftigen Eltern. Jetzt haben Sie das natürlich relativ schnell so vom Tisch gewischt und gesagt, die hätten eben nicht genug vorgesorgt. Das kommt natürlich ein bißchen auf die finanzielle Situation im Berufsleben an. Es kann jemand in der Pflegeversicherung versichert sein, privat vorgesorgt haben und trotzdem ein schwerer Pflegefall werden. Und diese Fälle werden ein Massenphänomen werden. Und dann müssen die unterhaltspflichtigen Kinder diese Eltern unterhalten und ich weiß nicht, ob man das einfach, nur um eine klare Regelung zu haben, vom Tisch wischen kann. Wir leben in einer komplexen Welt und da sind die rechtlichen Regelungen eben auch komplexer. Das ist natürlich ein wenig plakativ gesagt, aber es ist zutreffend. Ich sehe hier Probleme, obwohl mir das Grundprinzip gefällt.

Kerstin Strick:

- 65** Ich muß sagen, daß das natürlich richtig ist. Die Eltern des Arbeitnehmers können Unterhaltsansprüche haben, sie können pflegebedürftig sein und es kann sich um eine erhebliche soziale Notlage handeln. Aber damit hat der Arbeitgeber nichts zu tun. Das ist dann eben deren Problem. Wenn die Pflegeversicherung das nicht abdeckt, muß man sich privat versichern. Ist das nicht möglich, hat man eine soziale Notlage. Aber dafür ist der Staat verantwortlich. Hier geht es um Kündigungsschutz im Arbeitsverhältnis und es stellt sich die Frage: Kann man dem Arbeitgeber deshalb aufbürden, an diesen Arbeitnehmer gebunden zu bleiben? Und ist es auch aus Sicht der Arbeitskollegen konsequent, deren Eltern vielleicht lebenslang in eine hohe Rente eingezahlt haben, was dann aber nicht zählt. Die können sich dann selbst unterhalten?

Privatdozentin Dr. Martina Benecke, Georg-August-Universität Göttingen:

- 66** Ich habe eine Frage zur Ergänzung der beiden Referate, die sich insofern anbietet. Es wurde ja gesagt, minderjährige Kinder sollen – eine Grenze wollen wir jetzt nicht im einzelnen festlegen – bei der Sozialauswahl berücksichtigt werden. Und deswegen stellt sich auch in Ergänzung zu dem, was ich gesagt habe, folgende Frage: Welche Kriterien der Sozialauswahl soll es außerdem geben? Und wenn es mehrere

Kriterien geben soll, wie will man verhindern, daß das Phänomen entsteht, welches Herr *Rieble* in seinem Referat angedeutet hat, nämlich, daß es zwar im Gesetz steht, es aber in der Praxis gegenüber den anderen Kriterien eine relativ geringe Rolle spielt, so daß der familienrechtliche oder der arbeitsrechtliche Familienbestandschutz oder so etwas ähnliches dann letztlich doch weitgehend wirkungslos bleibt?

Kerstin Strick:

Darauf bin ich in der Tat nicht mehr eingegangen und, ehrlich gesagt, sehe ich das auch wirklich als rechtspolitische Frage an. Ich meine auch nicht, daß man zwingend – das habe ich ja auch gesagt, das ergibt sich auch nicht aus Art. 6 I GG – den Familienschutz im Kündigungsrecht verankern muß. Wenn ich das selbst entscheiden könnte, würde ich allerdings die Betriebszugehörigkeit deutlich zurückfahren, auf das Alter sowieso nicht mehr abstellen und den Familienschutz erheblich stärken. Die Betriebszugehörigkeit ist ein altes, ehrwürdiges Kriterium, aber ich glaube nicht, daß es heute noch die Bedeutung hat, die es früher einmal hatte. 67

Professor Dr. Abbo Junker, ZAAR:

Ich würde das nicht so radikal sehen wie Sie. Da wird sich vielleicht auch noch Widerspruch formieren. Aber ich finde Ihren Vorschlag jedenfalls insofern sympathisch, als er familienfreundlich ist und Dinge eben infrage stellt, die wir im Grunde zu lange als selbstverständlich hingenommen haben. Sie merken ja auch an der Reaktion des Auditoriums, daß das jetzt für die Teilnehmerinnen und Teilnehmer keineswegs zu radikal gewesen ist. 68

Professor Dr. Volker Rieble, ZAAR:

Ich habe zwei Fragen. Einmal an Sie, Frau *Strick*: Was machen Sie eigentlich bei gescheiterten Familien? Kriegt dann nur derjenige die Kinder gutgeschrieben, der sie auch hat, also betreut, oder ist der Unterhaltspflichtige, der die Kinder nicht hat, aber für sie zahlt, auch sozusagen berücksichtigungsfähig, oder machen wir es wie bei der Lohnsteuerkarte: Jeder kriegt sie halb? Das ist doch angesichts der Vielzahl gescheiterter Familien eine nicht völlig einfache Frage. 69

Und von Ihnen, Frau *Benecke*, möchte ich noch mal wissen, ob Sie vielleicht etwas sagen können zu der Tatsache, daß es mich schockiert hat, daß die Berücksichtigung des Doppelverdienstes wirklich eine Diskriminierung der Frau sein soll. Denn für mich diskriminiert das vor allem die Alleinerziehenden. Das haben Sie gesagt, aber Sie haben sich ja vorhin mit dem Begriff der mittelbaren Diskriminierung auseinandergesetzt und dieses 75%-Quorum oder diese Hürde aufgestellt, ob man nicht unter Umständen durch höhere Anforderungen an die mittelbare Diskriminierung auch da ein paar schlechterverdienende Ehegattinnen schlechterstellt, Kündigungsschutzrechtlich aber einen deutlich stärkeren Schutz für Alleinerziehende er-

reicht, die es deutlich schwerer haben als die mitarbeitende Zahnarztehefrau, und die es auch deutlich schwerer haben als viele andere.

Kerstin Strick:

- 70 Ja, vielleicht zu der letzten Frage zuerst, obwohl die ja eigentlich an Frau *Benecke* gerichtet war. Ich finde das sehr interessant. Ich würde es einfach so machen: Jedes minderjährige Kind zählt, egal in welcher Familiensituation sich die Eltern befinden, geschieden, nicht geschieden, die Frage ist nur: Ist das ein Abkömmling ersten Grades? Ist die Vaterschaft festgestellt? Das sind rechtliche Dinge, die man feststellen kann. Das ist nicht weiter problematisch. Ich würde die Kinder auch nicht aufteilen, sondern, wenn es um die Kündigung eines Elternteils geht, die Kinder immer voll zählen lassen.

Was aber sehr interessant ist, ist die Frage, ob man die alleinerziehenden Eltern berücksichtigen sollte? Da würde ich sagen: Das kann man auch statusrechtlich ganz gut regeln, wenn es sich tatsächlich um eine Ein-Elternschaft handelt wie in folgendem Fall: Der Vater steht nicht fest, ich bin das Kind, ich habe nur eine Mutter, wer der Vater ist, weiß ich vielleicht, aber rechtlich gesehen steht die Vaterschaft nicht fest. Dann kann man das vielleicht stärker gewichten. In dem Moment, in dem die Vaterschaft feststeht, habe ich einen Unterhaltsschuldner. Insofern ist das eigentlich kein großer Unterschied zu der Frage, ob sie verheiratet sind oder nicht. Es geht, aus der Sicht des Kindes, eigentlich nur um die Frage, wieviele Unterhaltsschuldner es hat.

Volker Rieble:

- 71 Gut, der Vater kann ja auch weg sein. Es gibt ja soundsoviele, die einfach nicht da sind.

Kerstin Strick:

- 72 Aber damit kann ich meiner Meinung nach den Arbeitgeber nicht belasten. Er müßte nachforschen. Ist der Vater da? Könnte die Mutter den Unterhaltsanspruch geltend machen? Und so weiter.

Martina Benecke:

- 73 Herr *Rieble*, ich bin Ihnen für diesen Hinweis überaus dankbar – die Berücksichtigung des Doppelverdienstes als mittelbare Diskriminierung der Frau. Das zeigt, was dieser Begriff der mittelbaren Diskriminierung für Folgewirkungen haben kann. Man muß im Grunde eigentlich überhaupt nur in irgendeine Richtung denken und dann überlegt man sich schon, wer da mittelbar diskriminiert werden soll. Das, denke ich, wird man, zumindest in Anbetracht der noch bestehenden Einkommenssituation, nicht von der Hand weisen können, wenn wir die Grenze bei 75% ziehen. Und ich

denke, daß diese sich auch ungefähr in dem Bereich bewegen wird. Wahrscheinlich verdienen 75% der Männer doch mehr als ihre Frauen. Ich habe hierzu keine Statistik nachgelesen, aber ich denke, das ist zumindest naheliegend. Dann wird sich das tatsächlich dahingehend auswirken. Wenn in Doppelverdienerehen berücksichtigt wird, daß der Mann der Frau Unterhalt schuldet – weil er mehr verdient und dadurch ein Bestandsschutz des Mannes aufgebaut wird – dann führt das mittelbar dazu, daß Frauen diskriminiert werden. Das kann man jetzt gut oder schlecht finden. Man kann es als einen Anreiz dafür ansehen, daß Frauen möglicherweise mehr verdienen werden, aber es zeigt eben, welche Folgen dieser Begriff der mittelbaren Diskriminierung hat. Dazu gleich.

Volker Rieble:

Darf ich da noch einmal nachhaken? Dann kann ich das Problem der Diskriminierung 74 aber auch anders lösen, indem ich nämlich einfach sage: Wenn der Mann mehr verdient und die Frau weniger, berücksichtige ich dieses Detail nicht – unterhaltsrechtlich ist es auch sehr die Frage, ob er überhaupt einen Anspruch auf Ausgleich hat –, sondern dann sage ich einfach, dadurch bekommt der Mann gar keinen Kündigungsschutz und die Frau auch nicht und dann sind beide gleichgestellt. Dann habe ich mein Ziel, daß auf der Basis des geltenden Rechts diejenigen, bei denen nur ein Elternteil versorgt oder nur insgesamt ein Elternteil da ist, nicht von den Doppelverdienerehen herausgeschossen werden können, erreicht.

Martina Benecke:

Ja, ich denke, die einfachste Problemlösung – aber das ist ja eben eine rechts- 75 politische, wie wir gerade gesehen haben – ist die, die *Kerstin Strick* gerade vorgestellt hat. Wir kommen aus diesem Bereich ohne weiteres heraus, indem man alle anderen möglichen Unterhaltspflichten etc. herausläßt und sagt, auch erwachsene Frauen sind durchaus in der Lage, für sich selbst zu sorgen. Und wir beschränken die Berücksichtigung bei der Sozialauswahl einfach auf Unterhaltspflichtige gegenüber minderjährigen Kindern. Das wäre die einfachste und radikalste Problemlösung, aber eben nur *de lege ferenda*. Solange wir dieses Nebeneinander von Kündigungsschutz und Diskriminierungsrecht haben, werden wir mit diesen ganzen Abgrenzungsproblemen leben, aber für uns als Juristen ist das ja schön.

Bernhard Kessel, Verband der Bayerischen Metall- und Elektro-Industrie:

Frau *Dr. Strick*, als Sie sich zur geltenden Rechtslage äußerten, haben Sie unter 76 anderem die Befristung angesprochen und haben dabei für mich den überraschenden Satz gesagt, das sei nichts anderes als eine vorweggenommene Kündigung. Ich würde das nicht ansprechen, hätten Sie nicht daraus rechtspolitische Folgerungen abgeleitet. Deshalb bitte ich um Nachhilfeunterricht, wieso die Befristung eine vorweggenommene Kündigung ist? Ich hätte allenfalls den Vergleich zu einem Auf-

hebungsvertrag gezogen, da es sich um eine zweiseitige Vereinbarung handelt, aber ich lasse mich da gerne bereichern.

Kerstin Strick:

- 77** Sie haben natürlich, wenn Sie die Rechtsgeschäftslehre zugrunde legen, völlig recht. Die Kündigung ist ein einseitiges Rechtsgeschäft, das plötzlich vom Arbeitgeber ausgesprochen wird, eine einseitige Willenserklärung, während die Befristung natürlich in einem Vertrag zustandegekommen ist und die Arbeitnehmerin ja zugestimmt hat. Das ist richtig. Auf der anderen Seite gibt es für keinen bzw. für fast keinen Arbeitnehmer einen Grund, einer Befristung zuzustimmen. Der Arbeitnehmer wird diese Befristung in der Regel nur unterschreiben, weil er sonst den Arbeitsvertrag nicht erhält. Es mag Arbeitnehmer geben, die ein Interesse an befristeten Arbeitsverträgen haben, aber ansonsten ist eine Befristung etwas, was im Grunde den Arbeitnehmer schlechterstellt. Ich habe auch daraus insofern keine rechtspolitischen Folgerungen gezogen.

Ich habe nur gesagt, daß das doch wertungstechnisch vielleicht nicht ganz sauber ist, wenn man wirklich sagt, die einseitige Kündigung einer schwangeren Frau ist ausgeschlossen, aber die Befristung kann einfach auslaufen. Ich habe das auch in der Vorlesung erlebt, wenn ich das vorgestellt habe. Dann stehen die Studentinnen auf und sagen: Ja und wenn ich jetzt einen befristeten Arbeitsvertrag habe, hört der dann einfach auf? Und dann muß man sagen: Ja, der endet einfach. Ich will nur darauf hinweisen, daß sich das als rechtspolitische Flanke erweisen kann, daß es sein kann, daß da einmal Aktivitäten kommen. Ich persönlich bin auch ein großer Freund der Rechtsgeschäftslehre und Vertragsfreiheit, und ich finde das nicht so schlimm, aber ich will doch darauf hinweisen. Das ist eigentlich sehr interessant, denn wenn man die kündigungsschutzrechtliche Literatur betrachtet, geht es immer um dieses Thema, daß niemand die Frau schützt. Der EuGH hat die Hinwendung zum Kindeswohlprinzip schon viel mehr vollzogen, indem er auf das Kind sieht und sich fragt, ob das werdende Leben gefährdet ist, weil die Mutter in diese Streßsituation kommt? Der EuGH hat zwar nur in anderen Zusammenhängen darüber entschieden, aber aus diesem Grund kann es vielleicht einmal ein aktuelleres Thema werden.

Abbo Junker:

- 78** Die Diskrepanz zwischen Befristungs- und Kündigungsschutz, um noch ein Zwischenwort zu sagen, ist, glaube ich, allen offensichtlich, Herr Kessel/. Aber es ist genauso offensichtlich, daß das ein äußerst heißes Eisen ist. Denn wenn Sie da anfassen, ist die Frage, wo hören Sie auf, mit Ihren rechtspolitischen Dingen? Diese Bedenken hätte ich auch.

Martina Benecke:

Nur ergänzend: Bei der Rechtsgeschäftslehre hinkt dieser Vergleich sicherlich vor dem Hintergrund, den Sie genannt haben. Aber wenn man sich die frühere Rechtsprechung des BAG zum befristeten Arbeitsvertrag ansieht – das muß ich an dieser Stelle einflechten, weil Gesetzesumgehung mein Habilitationsthema war – war diese begründet vor dem Teilzeit- und Befristungsgesetz durch die Umgehung des Kündigungsschutzes. Schon daran zeigt sich der auch von der Rechtsgeschäftslehre her vorhandene Zusammenhang zwischen den beiden Gebieten. **79**

Professor Dr. Hermann Reichold, Eberhard Karls Universität Tübingen:

Noch kurz: Zu diesem Thema, Herr *Kessel*, hatten wir in Tübingen eine Tagung. Auch zum Thema der flexiblen Arbeitsverhältnisse. Meine Assistentin, Frau *Däuble*, hat herausgearbeitet, daß es in der Tat signifikante Zusammenhänge zwischen der so unschön genannten Reproduktionsrate und den flexiblen Beschäftigungsverhältnissen gerade junger Frauen gibt. Es ist ganz offenkundig, daß ein Zweijahresvertrag der rechtskundigen Arbeitnehmerin natürlich nicht gerade die naheliegende Möglichkeit einer Schwangerschaft für diese Zeit als Planungshorizont eröffnet und insoweit ist es – wohlgemerkt, wir sprechen immer für die rechtspolitische Güterabwägung – in der Tat auch ein Beitrag des Gesetzgebers zur Familienförderung, wenn er diese sachgrundlose Befristung zumindest relativ stark reguliert. Dazu kann man ganz unterschiedlich argumentieren. **80**

Die Beschäftigungsförderung ist in der Tat auch durch befristete Verträge möglicherweise durchaus in Teilen der Beschäftigungssegmente positiv anzusehen. Auf der anderen Seite müssen wir ganz klar sagen, daß gerade junge Menschen in dieser Altersphase, in der sich nur befristete Arbeitsverhältnisse als realistische Beschäftigungsmöglichkeiten darstellen, natürlich ihre durchaus naheliegende und mögliche Gebärfähigkeit und ihre entsprechende Reproduktionsquote eindeutig darauf einstellen. Das läßt sich mit schlichten Befragungen von entsprechenden Personen sehr leicht empirisch ermitteln. Und insoweit – ich muß noch einmal ganz kurz zu Ihnen kommen, Frau *Strick*, – ist es rechtspolitisch ausgesprochen richtig, was Sie sagen. Wohingegen mir das mit dem Aufhebungsvertrag und der Widerrufsfrist weniger einleuchtet. Ich wiederhole mich nicht, ich habe das schon bei den Arbeitsrechtslehrern so gesagt. Aber wer schwanger ist und einen Aufhebungsvertrag schließt oder kurz davor steht, der wird ihn nun einfach nicht abschließen, und das läßt sich durch eine siebentägige Widerrufsfrist wohl auch kaum mehr retten. Insoweit ist das Problem beim Aufhebungsvertrag, glaube ich, keines. Aber die Befristung halte ich in der Tat in dem Punkt für eine sehr wichtige Geschichte, die man in Zukunft bedenken muß.

Dr. Stefan Greiner, Universität zu Köln:

Ich hätte zwei Fragen zu dem Vortrag von Frau *Benecke*: Zum einen haben Sie die Maßnahmen der Familienförderung und des Familienschutzes im Arbeitsverhältnis vor allem als denkbare Problem vor dem Hintergrund einer mittelbaren Benach- **81**

teilung wegen der sexuellen Identität und gegebenenfalls des Lebensalters herausgearbeitet. Mir stellt sich die Frage, ob man das nicht gegebenenfalls auch genau umgekehrt sehen kann? Daß sich also aus dem AGG auch in gewisser Weise bei einem extensiven Verständnis der mittelbaren Benachteiligung ein mittelbarer Familienschutz ergeben könnte? Wenn man sich z.B. vorstellt, daß ein Arbeitgeber das Konzept verfolgt, keine Arbeitnehmer mit kleinen Kindern einzustellen, ist das zwar keine unmittelbare Benachteiligung nach dem AGG, weil keiner der Gründe in § 1 unmittelbar betroffen ist. Aber man könnte ja auf den Gedanken kommen, daß es gegebenenfalls auch eine mittelbare Benachteiligung aufgrund der sexuellen Identität ist, da statistisch gesehen Heterosexuelle doch häufiger Kinder haben als Homosexuelle, und gegebenenfalls auch wegen des Alters, weil kleine Kinder auch nur in einem bestimmten Lebensalter auftreten. Möglicherweise kommt man hier ja auch mit der 75%-Schwelle weiter. Aber mir stellt sich doch die Frage, ob man eventuell nicht zu einem eingrenzenden Verständnis der mittelbaren Benachteiligung aus teleologischen Gründen, also unter Schutzzweckgesichtspunkten, kommen muß. Dazu würde mich Ihre Meinung interessieren.

Die zweite Sache wäre: Rechtspolitisch wurde ja jetzt vor allem schon über die Fragen der Sozialauswahl diskutiert. Im Kontext des Arbeitsvertragsgesetzesentwurfs von *Preis/Henssler* interessiert mich vor allem auch, wo Sie an anderen Stellen auch noch rechtspolitische Handlungsspielräume, auch vor dem europäischen Rechtsrahmen, sehen, die Familienförderung zu realisieren.

Martina Benecke:

- 82** Zu Ihrer ersten Frage: Sie haben hier ein gutes Beispiel gebracht: einen Arbeitgeber, der keine Arbeitnehmer mit kleinen Kindern einstellen will. Diesbezüglich stellen sich allerdings zwei Probleme, die, meine ich, auch miteinander interdependent sind. Nämlich erstens, daß sich das in der Praxis aus biologischen Gründen schlecht durchsetzen lassen wird. Wer noch keine Kinder hat, kann jederzeit welche bekommen. Bei Frauen gibt es zwar eine biologische Grenze, bei Männern gibt es eine solche jedenfalls weitestgehend nicht, und das bringt dann gleichzeitig das Problem der mittelbaren Diskriminierung mit sich. Wenn man also die 75%-Grenze zieht und ein Arbeitgeber kommt auf eine so absurde Idee, wird darin wahrscheinlich keine mittelbare Diskriminierung wegen des Alters oder aus anderen Gründen liegen, weil eben bei Männern die Fruchtbarkeit ja theoretisch unbegrenzt und bei Frauen zumindest während der Zeit der Erwerbstätigkeit weitgehend vorhanden ist. Daher sehe ich da dieses Problem der mittelbaren Diskriminierung eigentlich nicht so sehr. Hier würde sich das vielleicht sogar familienpolitisch positiv auswirken. Aber trotzdem: Auch vor diesem Hintergrund bleibe ich dabei, daß man diesen Begriff der mittelbaren Diskriminierung einfach, um ihn nicht zu sehr ausufern zu lassen, einschränken muß. Anders geht es auch rechtspolitisch nicht. Glücklicherweise ist auch der EuGH in diese Richtung eingeschwenkt – schon in seiner früheren Rechtsprechung, jetzt auch in dieser Kettenentscheidung.

Zu Ihrer zweiten Frage, der Frage, was familienrechtspolitisch zu berücksichtigen ist, möglicherweise auch in einem Entwurf des Arbeitsvertragsgesetzes. Darüber habe

ich auch schon gründlich nachgedacht. Also, eine naheliegende Methode wäre, daß man zu diesen ganzen Diskriminierungskriterien des § 1 AGG das Haben einer Familie noch hinzufügt. Ich habe dazu ein Beispiel aus einer Dissertation, die ich kürzlich gelesen habe: Ein Wirt darf eine laute ausländische Familie aus seinem Lokal möglicherweise nicht herauswerfen. Er darf aber eine laute Familie mit kleinen Kindern aus diesem Lokal herauswerfen, wenn sie ihm nicht paßt. Die einen sind eben aufgrund ihrer Nationalität vor Diskriminierung geschützt, die anderen sind es nicht. Auf der anderen Seite muß man den Anwendungsbereich eines ohnehin schon zweifelhaften Gesetzes auch noch erweitern? Ich sehe ein bißchen die Gefahr, daß man immer dann, wenn man sagt „das eine ist geschützt, das andere aber nicht“ – als nächstes dann die Familien – erst mal die Frage stellen muß, wie man das eingrenzen will. Zu der begrifflichen Problematik hat *Kerstin Strick* ja schon einiges gesagt, daß man die Familien jetzt also auch vor Diskriminierung schützt.

Ein weiterer möglicher Ansatzpunkt ist, daß man den Familienstand in irgendeiner Weise als Rechtfertigung vor Diskriminierungen einfügen kann, wie ich das ja auch schon angesprochen hatte. Aber die bisherigen gesetzgeberischen Versuche, insbesondere der überaus misslungene § 10, zeigen, daß davon auch nicht so viel zu erwarten ist. Deswegen denke ich, daß auch rechtspolitisch in gleicher Weise angesetzt werden kann, wie ich es hier auf dem Boden der Auslegung des geltenden Rechts gemacht habe. Nämlich in der Weise, daß man bei dem Begriff der mittelbaren Diskriminierung ansetzt. Es ist wirklich dieser Begriff, an dem das ganze Absurde hängt. Wer diskriminiert heutzutage schon gezielt und gibt das auch noch zu? Man muß dies ja auch in irgendeiner Form noch beweisen. Und darin steckt wirklich der Knackpunkt. Es ist dieser Begriff der mittelbaren Diskriminierung. Ein Ansatzpunkt könnte sein, daß man beispielsweise die Formulierung, die ich der Literatur entnommen habe, und den Bereich der früheren BGB-Regelung zur Geschlechterdiskriminierung in irgendeiner Form klarstellt im Gesetz, daß hier eine Gruppe wesentlich stärker betroffen sein muß. Und in diesem Begriff des Wesentlichen sollte diese 75%-Regel bitte nicht gesetzt werden. Wir haben in dem AGG-Entwurf schon eine ganze Menge Prozentregeln drin, diese muß da nicht auch noch rein. Aber wenn das „wesentlich stärker betroffen“ bei der mittelbaren Diskriminierung reinkäme, denke ich, wäre das schon ein guter und auch allgemein nachvollziehbarer Ansatzpunkt.

Volker Rieble:

Ja, ich glaube, daß man erstens das Problem „Was ist Familie?“ wieder mit dem *Strick'schen* Ansatz lösen kann, daß man sagt, man knüpft an das Haben minderjähriger Kinder an, Punkt. Und darauf erstreckt sich dann das Diskriminierungsverbot zugunsten von Müttern und Vätern mit minderjährigen Kindern. Dann ist hier auch Systemgerechtigkeit gewährleistet.

Der zweite Punkt ist: Natürlich ist das AGG von seiner Grundkonzeption durchweg zweifelhaft. Aber wenn wir es nun mal haben, komme ich wieder zu dem Problem, das ich geschildert habe: der Aufmerksamkeitsverschiebung. Dann werden sie allein dadurch, daß jetzt diese Väter und Mütter keinen Diskriminierungsschutz haben,

letztlich in dem Wettlauf um Rechtsaufmerksamkeit benachteiligt. Und deswegen würde ich sagen: Wenn ich schon ein Diskriminierungsschutzkonzept verfolge, weil ich das muß, weil die Europäische Union mit der deutschen Stimme damals diese Richtlinie verabschiedet hat, dann bitte schön auch zugunsten der Väter und Mütter. Ich glaube aber, daß das nicht die geringste Umsetzungschance hat, denn wir haben das damals mehreren Sachverständigen bei den Anhörungen zum AGG bereits vorgeschlagen. Das hat den Ausschuß nicht einen Hauch interessiert, weil es nicht ganz in die rot-grüne Ideologie hineingepaßt hat, sich um Eltern zu kümmern.

Dagmar Kaiser:

- 84** Wenn man bei dem Begriff der Familie nur an das Bestehen leiblicher oder rechtlicher Kinder abstellt, dann paßt das natürlich auf den Bestandsschutz für die Frage der Sozialauswahl oder ähnlichem. Aber bei der Frage der Vereinbarkeit von Berufstätigkeit und Familie paßt dieser Familienbegriff vielleicht nicht, wenn es darum geht, Kinderbetreuung zu ermöglichen, Teilzeitanprüche durchzusetzen oder um eine Reduzierung der Arbeitszeit, um die Berufstätigkeit zu erlauben. Da stellt ja auch das Bundeserziehungsgeldgesetz jetzt sogar schon auf Großeltern ab, auf die Betreuung von Pflegekindern usw. Der Stiefvater darf auch Erziehungsurlaub nehmen, um ein Stiefkind zu betreuen. Bei dieser Vereinbarkeit von Berufstätigkeit und Familie, da wäre der Begriff, der allein auf die rechtliche Vater- und Mutterschaft abstellt, meines Erachtens zu eng und da hätte man noch Probleme. Ich habe jetzt keine Lösung, aber ich denke, er ist da zu eng.

§ 5 Familienrechtliche Fern- und Folgewirkungen des Arbeitsrechts

Rn.

A. Referat Dagmar Kaiser	1
I. Arbeitnehmer-Ehegatte: Grundlegende Unterschiede zwischen Arbeits- und Familienrecht	1
II. Unterhaltsschuldner: Verlust des Arbeitsplatzes	6
1. Verschuldete Leistungsunfähigkeit	6
a. Grundsatz	6
b. Eigenkündigung und Aufhebungsvertrag	8
c. Arbeitgeberkündigung	11
d. Obliegenheit zur Kündigungsschutzklage	15
2. Erwerbsobliegenheit des Unterhaltspflichtigen	17
a. Grundsatz	17
b. Gesteigerte Erwerbsobliegenheit gegenüber Kindern	20
III. Erwerbsobliegenheit des Unterhaltsgläubigers	22
1. Betreuungsunterhalt der geschiedenen Mutter aus § 1570 BGB	22
a. Grundsatz und Höhe des Unterhaltsanspruchs	22
b. Erwerbsobliegenheit der unterhaltsberechtigten Mutter	25
2. Unterhaltsanspruch der Mutter eines nichtehelichen Kindes gem. § 1615I Abs. 2 Satz 3 BGB	30
3. Ausblick: Reform des Unterhaltsrechts	33
IV. Abfindungen wegen Beendigung des Arbeitsverhältnisses	34
V. Zusammenfassung	42
B. Diskussion	47

A. Referat Dagmar Kaiser***I. Arbeitnehmer-Ehegatte: Grundlegende Unterschiede zwischen Arbeits- und Familienrecht**

- 1 Arbeits- und Familienrecht haben vielfältige Berührungspunkte. Ein Fall als Beispiel: Nach – zutreffender – Auffassung des OLG Düsseldorf sind Gewerkschaftsbeiträge (im konkreten Fall für die IG Metall) bei der Berechnung des Nettoeinkommens des Unterhaltsschuldners nicht abzugsfähig, wenn der Unterhaltsschuldner nicht in der Lage ist, den Mindestunterhalt für sein minderjähriges Kind zu decken; dem einem Kind unterhaltspflichtigen Arbeitnehmer sei es zuzumuten, seine monatlichen Ausgaben auf das Allernotwendigste zu beschränken. Art. 9 Abs. 3 GG stehe dem nicht entgegen, weil zugunsten der Kinder Art. 2 Abs. 1, 6 Abs. 1 GG vorrangig seien, soweit es um das Existenzminimum der Kinder gehe.¹
- 2 Der Fall zeigt exemplarisch: Während die unterhaltssichernde Funktion des Arbeitseinkommens arbeitsrechtlich nur punktuell beachtet wird – über die Berücksichtigung der Unterhaltspflichten in der Sozialauswahl nach § 1 Abs. 3 KSchG bei betriebsbedingten Kündigungen und bei der Berechnung von Sozialplanabfindungen nach § 112 BetrVG, ist die unterhaltssichernde Funktion des Arbeitseinkommens für das Familienrecht zentral: Das Arbeitseinkommen des Unterhaltsschuldners sichert den Familienunterhalt, eigenes Arbeitseinkommen des Unterhaltsgläubigers mindert dessen Bedürftigkeit und damit die Höhe des Unterhaltsanspruchs.
- 3 Demgegenüber betrachtet das Arbeitsrecht vor allem das Zusammenleben von Eltern und Kindern in der Familie als Schutzobjekt: Das Arbeitsrecht fördert die Vereinbarkeit von Familie und Beruf und will dem Arbeitnehmer die Betreuung seiner Kinder trotz seiner Arbeitstätigkeit ermöglichen: durch den Schutz der werdenden und frisch gebackenen Mutter nach dem MuSchG (einschließlich der der Mutter nach § 7 MuSchG einzuräumenden Stillzeiten), durch die Gewährung von Elternzeit nach § 15 Abs. 2 BEEGG, durch den Anspruch auf Herabsetzung der Arbeitszeit nach § 8 TzBfG, durch die Möglichkeit des Arbeitnehmers aus § 275 Abs. 3 BGB, der Arbeit fern zu bleiben, um ein erkranktes Kind zu betreuen (finanziell abgesichert durch tarifvertragliche Entgeltfortzahlungsansprüche und das Krankengeld nach § 45 SGB V) sowie durch die Pflicht des Arbeitgebers nach § 7 Abs. 1 BUrlG, bei der Gewährung des Jahresurlaubs familiäre Belange zu berücksichtigen.
- 4 Die Vereinbarkeit von Familie und Beruf interessiert den Familienrichter hingegen allenfalls am Rande: Während der intakten Ehe ist es nach § 1353 BGB Sache der Ehegatten, ihre ehelichen Lebensverhältnisse unbeeinträchtigt von Eingriffen Dritter selbst zu gestalten und nach § 1356 Abs. 1 BGB in beiderseitigem Einvernehmen zu regeln, wer den Haushalt führt und die Kinder betreut. Erst wenn die Ehe und damit die einvernehmliche Lebensgestaltung gescheitert ist, greift das Familienrecht. Während der Arbeitsrichter und das Arbeitsrecht auf gesunde Ehen blicken, hat der Familienrichter zwangsläufig die pathologischen Fälle vor Augen. Im Mittelpunkt der

* Professor Dr. Dagmar Kaiser, Johannes Gutenberg-Universität Mainz.

1 OLG Düsseldorf vom 25.4.2005 – 2 UF 225/04 – FamRZ 2005, 2016 = NJW 2005, 1955.

Streitigkeiten zwischen getrennt lebenden und geschiedenen Ehegatten stehen Unterhaltsansprüche. Um Unterhaltspflichten zu erfüllen, erwartet das Familienrecht vom Unterhaltsschuldner größtmögliche Anstrengungen – auf Kosten der Kinderbetreuung.

Damit komme ich zu meiner ersten These: Arbeitsrecht und Familienrecht betrachten den Arbeitnehmer aus unterschiedlichen Blickwinkeln. Im folgenden möchte ich den besonderen, auf die Unterhaltungsfunktion des Arbeitseinkommens fixierten Blick des Familienrechts belegen und den Einfluß des Arbeitsrechts auf die vom Familiengericht betrachteten „pathologischen“ Fälle schildern: zunächst die Auswirkungen, die der Arbeitsplatzverlust des Unterhaltsschuldners auf dessen Unterhaltspflichten hat (unter II), anschließend die Frage, ab welchem Zeitpunkt es der die Kinder betreuenden Mutter obliegt, selbst erwerbstätig zu werden und nicht allein vom Unterhalt des Vaters der Kinder zu leben (unter III) und schließlich die Frage, wie wegen des Arbeitsplatzverlustes gezahlte Abfindungen familienrechtlich berücksichtigt werden – ob sie im Zugewinnausgleich zwischen den Ehegatten aufgeteilt werden oder als unterhaltspflichtiges Einkommen den laufenden Unterhalt des anderen Ehegatten (typischerweise der Frau) und der Kinder sichern (unter IV). Dabei werde ich auch eine zweite These verdeutlichen: Familienrecht und Arbeitsrecht bewerten denselben Vorgang anhand unterschiedlicher Maßstäbe.

II. Unterhaltsschuldner: Verlust des Arbeitsplatzes

1. Verschuldete Leistungsunfähigkeit

a. Grundsatz

Unterhalt leisten muß nur der Leistungsfähige. Leistungsfähig ist, wer über die zur Unterhaltszahlung nötigen Mittel tatsächlich verfügt oder sie unter Berücksichtigung von Vorbildung, Fähigkeiten und Arbeitsmarktlage bei gutem Willen in zumutbarer Weise beschaffen könnte.² Ist der Schuldner nicht leistungsfähig, weil er seinen Arbeitsplatz verloren hat, schuldet er grundsätzlich keinen Unterhalt. Die Unterhaltspflicht entfällt auch dann, wenn der Unterhaltsschuldner seine Leistungsunfähigkeit schuldhaft herbeigeführt hat.³

Dieser Grundsatz gilt nach der Rechtsprechung aber nicht uneingeschränkt. Unter Anlehnung an die Voraussetzungen, unter denen ein Unterhaltsberechtigter nach §§ 1579 Abs. 1 Nr. 3, 1611 Abs. 1 BGB den Unterhaltsanspruch wegen selbstverschuldeter Herbeiführung seiner Bedürftigkeit verliert, verwehren es die Gerichte dem Unterhaltsschuldner nach Treu und Glauben ausnahmsweise, sich auf seine Leistungsunfähigkeit zu berufen, wenn er diese durch verantwortungsloses, zumindest leichtfertiges Verhalten herbeigeführt hat.⁴ Es muß sich dabei um ein unter-

² BGH vom 9.7.2003 – XII ZR 83/00 – FamRZ 2003, 1471, 1473.

³ BGH vom 9.7.2003 – XII ZR 83/00 – FamRZ 2003, 1471 mit Anm. Luthin; BGH vom 20.2.2002 – XII ZR 104/00 – FamRZ 2002, 813 – NJW 2002, 813 jeweils m.w.N.; MünchKomm/Luthin, Band 8, 4. Aufl. (2002), § 1603 Rn. 1, 31; Erman/Hammermann, BGB, Band II, 11. Aufl. (2004) Rn. 70.

⁴ Siehe nur BGH vom 26.9.1984 – IVb ZR 17/83 – FamRZ 1985, 158 = NJW 1985, 732 m.w.N.; BGH

haltsbezogenes Fehlverhalten handeln: Der Unterhaltsschuldner muß die Leistungsunfähigkeit als Folge seines Handelns erkennen und sich darüber in Verantwortungs- und Rücksichtslosigkeit gegenüber dem Unterhaltsgläubiger hinwegsetzen. Dafür reicht es aus, daß er im Bewußtsein einer möglichen Leistungsunfähigkeit, wenn auch im Vertrauen auf den Nichteintritt jener Folge handelt.⁵

b. Eigenkündigung und Aufhebungsvertrag

- 8 Gibt ein Unterhaltsschuldner seinen Arbeitsplatz auf, kann er sich auf den Verlust seiner Leistungsfähigkeit gem. § 242 BGB nicht berufen, wenn er den Arbeitsplatz aufgegeben hat, um sich der Unterhaltspflicht zu entziehen⁶ oder die Aufgabe des Arbeitsplatzes mit Blick auf die Unterhaltspflicht in hohem Maße verantwortungslos, zumindest leichtfertig war. Unterhaltsrechtlich leichtfertig ist es etwa, wenn der Unterhaltspflichtige sein Arbeitsverhältnis durch Eigenkündigung wegen Konflikten am Arbeitsplatz ohne konkrete Aussicht auf einen neuen Arbeitsplatz selbst beendet⁷ oder einen sicheren Arbeitsplatz mit gutem Einkommen aufgibt, um ohne Aussicht auf Arbeit in eine strukturschwache Region zu ziehen (etwa in die neuen Bundesländer zurückzukehren)⁸ oder um einen schlechter bezahlten Arbeitsplatz anzunehmen.⁹
- 9 Gefährdet die Aufhebung des Arbeitsverhältnisses den Unterhalt, darf der Unterhaltsschuldner auch einem Aufhebungsvertrag nicht zustimmen,¹⁰ es sei denn, der Aufhebungsvertrag greift einer berechtigten Kündigung des Arbeitsverhältnisses vor.¹¹ Schließt der Arbeitnehmer mit dem Arbeitgeber einen Altersteilzeitarbeitsvertrag, wonach seine Arbeitszeit halbiert wird und sich seine Einkünfte entsprechend reduzieren, so ist diese Einkommensminderung unterhaltsrechtlich nicht zu berücksichtigen, wenn der Unterhaltspflichtige keine erheblichen Gründe für die Altersteilzeit anführen kann.¹² Ein solcher erheblicher Grund kann darin liegen, daß der Arbeitnehmer angesichts drohender betriebsbedingter Kündigungen durch einen

vom 21.1.1987 – IVb ZR 94/85 – FamRZ 1987, 372 = NJW-RR 1987, 770; BGH vom 12.4.2000 – XII ZR 79/98 – FamRZ 2000, 815 = NJW 2000, 2391; BGH vom 9.7.2003 – XII ZR 83/00 – FamRZ 2003, 1471 = NJW 2003, 3122; *Born*, Verlust der Arbeit und Bewerbungsbemühungen – ein Bonus für sorgloses Verhalten?, FamRZ 1995, 523, 524; *Graba*, Fiktives Einkommen im Unterhaltsrecht, FamRZ 2001, 1257 ff. und *ders.*, Die Abänderung von Unterhaltspflichten bei fingierten Verhältnissen, FamRZ 2002, 6 ff.; MünchKomm/Luthin (Fn. 3), § 1603 Rn. 31; Erman/Hammermann (Fn. 3), § 1603 Rn. 70.

5 BGH vom 12.4.2000 – XII ZR 79/98 – FamRZ 2000, 815 = NJW 2000, 2351.

6 BGH vom 26.9.1984 – IVb ZR 17/83 – FamRZ 1985, 158 = NJW 1985, 732, dies im konkreten Fall einer Eigenkündigung ablehnend; OLG Hamm vom 13.1.1999 – 8 UF 319/98 – FamRZ 1999, 1528; *Born* (Fn. 4), 523, 524; Jauernig/Berger, BGB, 11. Aufl. (2004), §§ 1601-1604 Rn. 13.

7 OLG Hamm vom 9.8.1996 – 5 UF 73/96 – FamRZ 1997, 357.

8 OLG Dresden vom 23.4.1997 – 10 WF 64/97 – FamRZ 1998, 979 = NJ 1998, 89 (LS).

9 OLG Stuttgart vom 8.9.1999 – 15 UF 172/99 – NJWE-FER 1999, 322: schlechter bezahlter Arbeitsplatz in Tschechien.

10 OLG Hamm vom 26.5.1997 – 8 UF 529/96 – OLGR Hamm 1997, 251 = FamRZ 1997, 1417 (LS).

11 Vgl. OLG Schleswig vom 17.5.1984 – 8 WF 115/84 – FamRZ 1984, 1093; Palandt/Diederichsen, BGB, 66. Aufl. (2007), § 1603 Rn. 40.

12 OLG Koblenz vom 22.3.2004 – 13 UF 656/03 – NJW-RR 2004, 938 = ZfJ 2005, 33, allerdings eingeordnet als Verletzung der Erwerbsobliegenheit.

Betriebserwerber einen freiwilligen Beitrag zu den notwendigen Personalanpassungen leistet und so seinen Arbeitsplatz für einen längeren Zeitraum sichert.¹³

Diese Rechtsprechung illustriert meine erste These: Ein unterhaltspflichtiger Arbeitnehmer darf seine Arbeitszeit nicht reduzieren, um mehr Zeit für seine Kinder zu haben. Es geht dem Familienrecht nicht um die Vereinbarkeit von Familie und Beruf, sondern um die unterhaltssichernde Funktion des Arbeitseinkommens. **10**

c. Arbeitgeberkündigung

Kündigt der Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis, bejaht die Rechtsprechung ein unterhaltsrechtlich leichtfertiges Verhalten nur dann, wenn das zum Verlust des Arbeitsplatzes führende Verhalten des unterhaltspflichtigen Arbeitnehmers gleichzeitig eine Verletzung der Unterhaltspflicht bedeutet. Für den erforderlichen unterhaltsrechtlichen Bezug reicht es nicht aus, daß das Verhalten des Arbeitnehmers für den Arbeitsplatzverlust kausal geworden ist, oder daß der Arbeitsplatzverlust sich auch auf den Lebensstandard seiner unterhaltsberechtigten Angehörigen auswirkt: Derartige Folgen träfen die Angehörigen auch in intakten Familien und seien als durch die Wechselfälle des Lebens bedingt hinzunehmen. Aus der bloßen Vorhersehbarkeit des Arbeitsplatzverlustes folgt damit keine unterhaltsrechtliche Leichtfertigkeit. Vielmehr bedarf es nach der Rechtsprechung einer auf den Einzelfall bezogenen Wertung dahin, ob sich die Vorstellungen und Antriebe des Unterhaltsschuldners gerade auch auf die Verminderung seiner unterhaltsrechtlichen Leistungsfähigkeit erstreckt haben.¹⁴ **11**

Die an die unterhaltsrechtliche Leichtfertigkeit insofern angelegten Maßstäbe sind aber uneinheitlich. Etwa soll eine verhaltensbedingte Kündigung, die der Arbeitgeber ausspricht, weil der Arbeitnehmer ihn bestohlen hat, in aller Regel nicht ausreichen, um dem Arbeitnehmer die Möglichkeit zu nehmen, sich gem. § 242 BGB auf seine geschwundene Leistungsfähigkeit zu berufen.¹⁵ Den Verlust des Arbeitsplatzes aufgrund einer verhaltensbedingten Kündigung wegen zweimaligen Arbeitsantritts in alkoholisiertem Zustand hat der BGH nicht als unterhaltsrechtlich leichtfertig gewertet, obwohl der Arbeitgeber den Unterhaltsschuldner nach dem ersten Alkoholkonsum abgemahnt hatte. Der BGH hat dies damit begründet, daß der einfach strukturierte junge Mann sich zu den Gaststättenbesuchen und dem Alkoholgenuß vor Antritt seiner Spätschicht durch typisch jugendlich unüberlegtes Verhalten habe **12**

13 OLG Hamm vom 15.10.2004 – 11 UF 22/04 – NJW 2005, 161 = FamRZ 2005, 1177 (LS).

14 BGH vom 12.4.2000 – XII ZR 79/98 – FamRZ 2000, 815 = NJW 2000, 2351; BGH vom 10.11.1993 – XII ZR 113/92 – FamRZ 1994, 240 = NJW 1994, 258; BGH vom 12.5.1993 – XII ZR 24/92 – FamRZ 1993, 1055 = NJW 1993, 1974.

15 BGH vom 12.4.2000 – XII ZR 79/98 – FamRZ 2000, 815 = NJW 2000, 2351: Diebstahl; BGH vom 12.5.1993 – XII ZR 24/92 – FamRZ 1993, 1055 = NJW 1993, 1974: Schrottdiebstahl; OLG Düsseldorf vom 5.8.1993 – 6 UF 148/92 – FamRZ 1994, 1049 = NJW-RR 1994, 326, Eigenkündigung eines Systemanalytikers einer Bank, um der fristlosen Kündigung der Arbeitgeberin wegen Diebstahls einer ca. 50.000 DM teuren Computeranlage zuvorzukommen; OLG Schleswig vom 27.2.2006 – 13 UF 5/05 – MDR 2006, 1117 = SchlHA 2006, 236, Kündigung eines Berufsfeuerwehrmannes in der Probezeit wegen sexueller Nötigung; a.A. OLG Bamberg vom 9.12.1987 – 2 UF 290/87 – FamRZ 1988, 974 = NJW-RR 1988, 1096, zur Veruntreuung von Firmengeldern durch einen Gesellschafter-Geschäftsführer.

hinreißen lassen; dies schließe die Annahme aus, seine Vorstellungen und Antriebe hätten sich beim Alkoholkonsum nicht nur auf einen drohenden Verlust seines Arbeitsplatzes, sondern darüber hinaus auch auf eine Verminderung seiner unterhaltsrechtlichen Leistungsfähigkeit erstreckt.¹⁶ Nach einer älteren Entscheidung des OLG Köln soll eine Trunkenheitsfahrt mit nachfolgender Fahrerlaubnisentziehung, die zum Verlust des fast zehnjährigen Arbeitsplatzes als Busfahrer führt, allein noch keine unterhaltsrechtliche Leichtfertigkeit begründen;¹⁷ hingegen soll die Trunkenheitsfahrt eines Berufskraftfahrers mit der Folge des Führerscheilverlustes nach OLG Bamberg unterhaltsrechtlich leichtfertig sein, wenn dem Unterhaltsschuldner aufgrund eines früheren Strafverfahrens klar sein mußte, daß er wegen der Trunkenheitsfahrt die Fahrerlaubnis und damit auch den Arbeitsplatz verlieren könne; daß er nicht in der Absicht gehandelt habe, sich der Unterhaltspflicht zu entziehen, ändere daran nichts.¹⁸

- 13** Andererseits hat es die Rechtsprechung dem Unterhaltsschuldner verwehrt, sich auf seine fehlende Leistungsfähigkeit zu berufen, wenn ihm der Arbeitgeber wegen Bummellei¹⁹ oder wegen mehrmaligen unentschuldigter Fernbleibens von der Arbeit gekündigt hat.²⁰ Ebenso soll ein Unterhaltsschuldner unterhaltsrechtlich leichtfertig handeln, wenn er die Kündigung dadurch veranlaßt, daß er sich trotz tatsächlich nicht bestehender Arbeitsunfähigkeit mehrfach vom Arzt hat krank schreiben lassen,²¹ oder wenn er dem Arbeitgeber einen beabsichtigten Arztbesuch nicht mitteilt.²² Weigert sich ein Fahrer während des Probearbeitsverhältnisses, eine Sonntagstour zu übernehmen und werde ihm deswegen gekündigt, sei dies unterhaltsrechtlich leichtfertig, da ein Arbeitnehmer während der Probezeit in einem besonderem Maße Arbeitseinsatz und Flexibilität zeigen müsse.²³
- 14** Die Wertungen der Familiengerichte, wann der selbstverschuldete Verlust des Arbeitsplatzes unterhaltsrechtlich leichtfertig ist, verdeutlicht meine zweite These: Die Wertungen des Arbeitsrechts und die des Familienrechts decken sich nicht. Das ist von den Familiengerichten gewollt, die mit der unterhaltsrechtlichen Leichtfertigkeit einen eigenen, strengen Maßstab an die fiktive Fortschreibung des Arbeitseinkommens trotz des Arbeitsplatzverlustes des Unterhaltspflichtigen aufstellen. Die Wertungen der Familiengerichte sind aber so uneinheitlich und damit unvorherseh-

16 BGH vom 10.11.1993 – XII ZR 113/92 – NJW 1994, 258 = FamRZ 1994, 240 mit abl. Anm. *Raiser* (817); siehe aber *Kalthoener/Büttner*, Die Entwicklung des Unterhaltsrechts bis Anfang 1993, NJW 1993, 1826, 1830.

17 OLG Köln vom 18.12.1979 – 4 UF 35/79 – FamRZ 1980, 362.

18 OLG Bamberg vom 7.1.1987 – 2 WF 316/86 – FamRZ 1987, 699 = NJW-RR 1987, 774.

19 BGH vom 26.9.1984 – IVb ZR 17/83 – FamRZ 1985, 158 = NJW 1985, 732: Bummellei; auch OLG Hamm vom 10.7.1987 – 5 UF 6/87 – FamRZ 1987, 1265 = NJW-RR 1988, 1097; MünchKomm/Luthin (Fn. 3), § 1603 Rn. 31; *Kalthoener/Büttner* (Fn. 16), 1826, 1830.

20 OLG Hamm vom 10.7.1987 – 5 UF 6/87 – FamRZ 1987, 1265 = NJW-RR 1988, 1097, Fernbleiben von der Arbeit für drei Tage, weil der Arbeitnehmer übermäßig Alkohol und Tabletten konsumiert hatte; OLG Karlsruhe vom 30.4.1992 – 16 UF 202/91 – NJW-RR 1992, 1412, dreimaliges Fernbleiben von der Arbeit, Abmahnung nach dem ersten Mal.

21 OLG Hamm vom 17.9.1997 – 10 UF 32/97 – OLGR Hamm 1997, 313 = FamRZ 1998, 979: Kaufhausdetektiv, mit Anm. *Born* (1980 f.) und Anm. *Struck* (1610).

22 OLG Schleswig vom 31.5.2006 – 12 UF 65/05 – OLGR Schleswig 2006, 675 = NJW-RR 2007, 152.

23 OLG Schleswig vom 31.5.2006 – 12 UF 65/05 – OLGR Schleswig 2006, 675 = NJW-RR 2007, 152.

bar, daß über eine Zugrundelegung arbeitsrechtlicher Wertungen zumindest nachgedacht werden sollte.

d. Obliegenheit zur Kündigungsschutzklage

Viele Oberlandesgerichte verwehren es dem Unterhaltsschuldner, sich darauf zu be- **15**
rufen, er sei wegen des Arbeitsplatzverlustes außerstande, Unterhalt zu zahlen,
wenn er sich nicht zuvor mit der Kündigungsschutzklage gegen die Arbeit-
geberkündigung gewehrt hat – sofern die Kündigungsschutzklage Erfolg verspricht.²⁴
Für die Erfolgsaussichten der Kündigungsschutzklage versuchen die Familiengerichte
die Anforderungen zugrunde zu legen, die die Arbeitsgerichte an die Wirksamkeit von
Kündigungen stellen. Etwa muß ein Unterhaltsschuldner nach Auffassung des OLG
Hamm nicht gegen eine Kündigung wegen Alkoholkrankheit klagen, wenn die vom
BAG aufgestellten Kriterien für eine Kündigung wegen Trunksucht erfüllt sind.²⁵ Die
Famliengerichte vollziehen arbeitsrechtliche Wertungen aber allenfalls oberflächlich
nach: So hat es der BGH für unterhaltsrechtlich nicht vorwerfbar gehalten, wenn
sich ein Arbeitnehmer in den neuen Bundesländern nicht mit einer
Kündigungsschutzklage gegen eine betriebsbedingte Kündigung wehrt.²⁶

Da es sich bei dem dreitägigen Fernbleiben des Arbeitnehmers wegen übermäßigen **16**
Alkohol- und Tablettenkonsums um ein einmaliges Fehlverhalten gehandelt habe, hat
es das OLG Hamm einem Arbeitnehmer auferlegt, sich gegen die Kündigung zu weh-
ren, da die Kündigungsschutzklage „voraussichtlich nicht ohne Erfolgsaussicht ge-
wesen wäre“. ²⁷ Das OLG Hamburg hat einem Betonbauer, dem wegen Berufsunfähig-
keit gekündigt worden war, angesonnen, Kündigungsschutzklage zu erheben, da
„nicht auszuschließen sei, daß der Kl. mit Hilfe des ArbG seine Arbeitgeberin dazu
bringen könne, ihm entweder einen seinem Körperzustand angemessenen Arbeits-
platz zu verschaffen oder aber die bereits vorliegende faktische Kündigung seines
Arbeitsverhältnisses klar zu stellen und ihm angesichts seiner langen Betriebszuge-
hörigkeit eine Abfindung zu zahlen, die es ihm ermöglicht, den Unterhalt (...) aufzu-
bringen.“²⁸

2. Erwerbsobliegenheit des Unterhaltspflichtigen

a. Grundsatz

Verliert der Unterhaltsschuldner seinen Arbeitsplatz und kann ihm sein bisheriges **17**
Arbeitseinkommen nicht fiktiv zugerechnet werden, trifft ihn die Obliegenheit, seine
Arbeitskraft und andere Erwerbsmöglichkeiten einzusetzen, um für angemessenen
Unterhalt zu sorgen (Erwerbsobliegenheit): Er kann zur Aufnahme einer Arbeitstätig-
keit durch die Unterhaltsgläubiger (Kinder und Exehgatten) nicht gezwungen wer-

24 OLG Hamm vom 10.7.1987 – 5 UF 6/87 – FamRZ 1987, 1265 = NJW-RR 1988, 1097; OLG Hamm
vom 21.1.2002 – 6 UF 157/01 – FamRZ 2002, 1427; Erman/Hammermann (Fn. 3), § 1603 Rn. 65.

25 OLG Hamm vom 12.1.1996 – 10 UF 538/94 – FamRZ 1996, 1017 = NJW-RR 1996, 963.

26 BGH vom 15.12.1993 – XII ZR 172/92 – FamRZ 1994, 372 = NJW 1994, 1002; auch OLG Dresden
vom 15.1.1997 – 10 UF 485/96 – OLGR Dresden 1997, 203 = FamRZ 1997, 836.

27 OLG Hamm vom 10.7.1987 – 5 UF 6/87 – FamRZ 1987, 1265 = NJW-RR 1988, 1097.

28 OLG Hamburg vom 4.4.1997 – 2 WF 16/97, 2 WF 17/97 – FamRZ 1998, 619.

den, muß aber die Folgen fehlender Bemühungen tragen und sich unterhaltsrechtlich die fiktiven Einkünfte anrechnen lassen, die er bei hinreichenden Bemühungen hätte erzielen können²⁹ – wird aber, anders als bei dem Arbeitsplatzverlust, aufgrund unterhaltsrechtlicher Leichtfertigkeit nicht an seinem bisherigen Arbeitseinkommen festgehalten (unter II. 1).

- 18** Die wichtigste Obliegenheit des Unterhaltspflichtigen besteht im Einsatz seiner Arbeitskraft: Der Schuldner muß, um seiner Unterhaltungspflicht nachkommen zu können, eine ihm mögliche, in der Regel vollschichtige Erwerbstätigkeit ausüben.³⁰ Ein arbeitsloser Unterhaltspflichtiger muß sich um eine ihm nach Fähigkeiten, Ausbildung, Berufserfahrung, Alter, Gesundheit, Lebensstellung usw. zumutbare Arbeit bemühen. Dazu reicht die Meldung als Arbeitssuchender bei der Agentur für Arbeit nicht aus;³¹ der Arbeitslose muß sich auch auf dem freien Arbeitsmarkt intensiv um eine Arbeitsstelle bemühen, etwa durch Bewerbungen auf Stellenanzeigen, durch Aufgabe von Stellengesuchen und durch Vorsprache bei möglichen Arbeitgebern.³² Grundsätzlich wird erwartet, daß ein Arbeitsloser mit der Suche nach Arbeit so viel Zeit verbringt, wie sie ein Erwerbstätiger für seinen Beruf aufwendet.³³
- 19** Die Anrechnung fiktiver Einkünfte setzt voraus, daß der Unterhaltsschuldner bei hinreichenden Bemühungen voraussichtlich einen Arbeitsplatz fände: es muß eine reale Beschäftigungschance bestehen.³⁴ Hierfür ist außer den persönlichen Eigenschaften des Bewerbers³⁵ die Arbeitsmarktlage von Bedeutung.³⁶ Ein alkoholkranker Unterhaltsschuldner muß eine Entzugstherapie durchführen, um weitere Tätigkeiten aufnehmen zu können.³⁷ Da der Unterhaltspflichtige die Beweislast für seine fehlende Leistungsfähigkeit trägt, genügt es für die Anrechnung fiktiver Einkünfte,

29 Ständige Rechtsprechung, etwa BGH vom 7.11.1979 – IV ZR 96/78 – BGHZ 75, 272 = FamRZ 1980, 43 = NJW 1980, 340; BGH vom 16.6.1993 – XII ZR 49/92 – FamRZ 1993, 1304 = NJW-RR 1993, 1283; BGH vom 9.7.2003 – XII ZR 83/00 – FamRZ 2003, 1471 = NJW 2003, 3122; Palandt/Diederichsen (Fn. 11), § 1603 Rn. 34. Die Anrechnung fiktiver Einkünfte ist auch verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden: BVerfG vom 8.07.2005 – 1 BvR 1078/05 – FamRZ 2005, 1893, 1894 = NJW-RR 2005, 1448.

30 BGH vom 26.9.1984 – IVb ZR 17/83 – FamRZ 1985, 158 = NJW 1985, 732; BGH vom 15.12.1993 – XII ZR 172/92 – FamRZ 1994, 372 = NJW 1994, 1002; Palandt/Diederichsen (Fn. 11), § 1603 Rn. 34.

31 OLG Sachsen-Anhalt vom 28.8.2002 – 14 WF 155/02 – FamRZ 2003, 1022; van Els, Der Gang zum Arbeitsamt, DAVorm 1988, 955 und ders., Zu den Anforderungen an die Erwerbsobliegenheit eines Unterhaltspflichtigen, FamRZ 1989, 397, 398.

32 BGH vom 15.12.1993 – XII ZR 172/92 – FamRZ 1994, 372 = NJW 1994, 1002; BGH vom 31.5.2000 – XII ZR 119/98 – FamRZ 2000, 1358 = NJW-RR 2000, 1385; OLG Düsseldorf vom 23.6.1980 – 6 UF 31/80 – FamRZ 1980, 1008; OLG Zweibrücken vom 24.3.1983 – 6 UF 189/82 – FamRZ 1983, 1039; OLG Schleswig vom 2.10.1984 – 8 UF 328/81 – FamRZ 1985, 69 = SchlHA 1984, 183.

33 OLG Düsseldorf vom 25.4.2005 – 2 UF 225/04 – FamRZ 2005, 2016 = NJW 2005, 1955.

34 BGH vom 8.4.1987 – IVb ZR 39/86 – FamRZ 1987, 912 = NJW-RR 1987, 962; BGH vom 15.11.1995 – XII ZR 231/94 – NJW 1996, 517 = FamRZ 1996, 345, BGH vom 9.7.2003 – XII ZR 83/00 – FamRZ 2003, 1471 = NJW 2003, 3122.

35 BGH vom 15.11.1995 – XII ZR 231/94 – FamRZ 1996, 345 = NJW 1996, 517; OLG Dresden vom 14.3.1996 – 10 UF 263/95 – FamRZ 1996, 1236: in aller Regel nicht bei Alkoholabhängigkeit des Unterhaltsschuldners.

36 Etwa BGH vom 15.12.1993 – XII ZR 172/92 – FamRZ 1994, 3720 = NJW 1994, 1002.

37 KG Berlin vom 16.2.2001 – 18 UF 4043/00 – FamRZ 2001, 1617.

daß der Erfolg zumutbarer Bemühungen um einen Arbeitsplatz nicht auszuschließen ist.³⁸

b. Gesteigerte Erwerbsobliegenheit gegenüber Kindern

Eltern trifft gegenüber ihren minderjährigen unverheirateten und gegenüber ihren 20
unverheirateten, im Elternhaus wohnenden Kindern in der allgemeinen Schulbildung
vor Vollendung des 21. Lebensjahres eine gesteigerte Erwerbsobliegenheit, § 1603
Abs. 2 BGB.³⁹ Sie müssen äußerste noch zumutbare Anstrengungen unternehmen,
um einen Arbeitsplatz zu behalten oder zu erlangen. 20-30 konkrete Stellengesuche
monatlich sind zumutbar;⁴⁰ allerdings kann vom Unterhaltsschuldner nicht verlangt
werden, daß er sich auf Stellen bewirbt, die aufgrund des Anforderungsprofils von
vorneherein nicht für ihn in Betracht kommen.⁴¹ Bei den Arbeitsmodalitäten muß der
Unterhaltsschuldner aber Zugeständnisse machen: Ihm obliegt es gegebenenfalls,
seiner Ausbildung und seinem Werdegang nicht entsprechende, minderwertigere
Arbeiten anzunehmen,⁴² notfalls Aushilfstätigkeiten und Gelegenheitsarbeiten.⁴³ Er
muß sich auch überregional um einen Arbeitsplatz bemühen und einen Ortswechsel,
z.B. von Würzburg nach München, in Kauf nehmen.⁴⁴ Gegebenenfalls muß der Unter-
haltsschuldner abends und nachts oder in den frühen Morgenstunden⁴⁵ oder am
Wochenende arbeiten.⁴⁶

38 Palandt/Diederichsen (Fn. 11), § 1603 Rn. 38.

39 BGH vom 9.7.1980 – IVb ZR 529/80 – FamRZ 1980, 1113 = NJW 1980, 2414; BGH vom 31.3.1982 – IVb ZR 667/80 – FamRZ 1982, 590 = NJW 1982, 1590; BGH vom 16.6.1993 – XII ZR 49/92 – FamRZ 1993, 1304 = NJW-RR 1993, 1283; BGH vom 15.12.1993 – XII ZR 172/92 – FamRZ 1994, 372 = NJW 1994, 1002; BGH vom 22.10.1997 – XII ZR 278/95 – FamRZ 1998, 357, 359 = NJW-EFER 1998, 64; Palandt/Diederichsen (Fn. 11), § 1603 Rn. 57 f.

40 OLG Thüringen vom 15.12.1998 – WF 87/98 – FamRZ 1999, 1523 = FÜR 2000, 49; OLG Koblenz vom 24.6.1999 – 15 UF 203/99 – FamRZ 2000, 313 = DAVorm 1999, 897; OLG Jena vom 16.10.2003 – 1 UF 101/03 – NJW-RR 2004, 76, 77 = FUR 2004, 304; OLG Naumburg vom 28.8.2002 – 14 WF 155/02 – FamRZ 2003, 1022 = NJW-RR 2003, 3 und OLG Sachsen-Anhalt vom 17.2.2005 – 14 UF 182/04 – OLG-NL 2005, 138 = FamRZ 2005, 2089.

41 Nachweise in Fn. 40.

42 OLG Köln vom 12.2.1997 – 14 WF 14/97 – FamRZ 1997, 1104 = MDR 1997, 651; OLG Hamm vom 16.3.1994 – 11 UF 357/93 – NJW-RR 1994, 965 = FamRZ 1994, 1403 [LS] und OLG Hamm vom 22.1.1996 – 8 UF 329/95 – FamRZ 1996, 957; OLG Bamberg vom 24.6.1998 – 7 WF 69/98 – FamRZ 1999, 398.

43 BGH vom 15.12.1993 – XII ZR 172/92 – FamRZ 1994, 372 = NJW 1994, 1002; OLG Hamm vom 28.2.1995 – 3 UF 473/94 – FamRZ 1995, 756 = NJW-RR 1995, 1476 und OLG Hamm vom 22.1.1996 – 8 UF 329/95 – FamRZ 1996, 957; OLG Köln vom 12.2.1997 – 14 WF 14/97 – FamRZ 1997, 1104 = MDR 1997, 651 und OLG Köln vom 30.1.1998 – 4 UF 153/97 – NJW 1998, 3127 = FUR 1998, 185.

44 BGH vom 7.11.1979 – IV ZR 96/78 – BGHZ 75, 272 = FamRZ 1980, 43 = NJW 1980, 43; BGH vom 3.12.1980 – IVb ZR 532/80 – FamRZ 1981, 341; BGH vom 9.7.1980 – IVb ZR 529/80 – FamRZ 1980, 1113 = NJW 1980, 2414; BGH vom 26.9.1984 – IVb ZR 17/83 – FamRZ 1985, 158 = NJW 1985, 732; BGH vom 15.12.1993 – XII ZR 172/92 – FamRZ 1994, 372 = NJW 1994, 1002. Zur verfassungsrechtlichen Zulässigkeit BVerfG vom 14.11.1984 – 1 BvR 14/82, 1 BvR 1642/82 – BVerfGE 68, 256 = FamRZ 1985, 143 = NJW 1985, 1211.

45 OLG Hamburg vom 4.11.1983 – 16 WF 78/83 – FamRZ 1984, 924; OLG Köln vom 30.1.1998 – 4 UF 153/97 – NJW 1998, 3127 = FUR 1998, 185.

46 OLG Hamburg vom 4.11.1983 – 16 WF 78/83 – FamRZ 1984, 924 und OLG Hamburg vom 26.9.1989 – 2 UF 91/87 U – FamRZ 1990, 784; OLG Köln vom 30.1.1998 – 4 UF 153/97 – NJW

- 21** Ortswechsel und eine übertvollsichtige Tätigkeit werden dem Unterhaltsschuldner auch dann angesonnen, wenn die Zeit der Arbeitstätigkeit auf Kosten des Umgangs mit seinen unterhaltsberechtigten Kindern geht – dies stützt erneut meine erste These, daß es dem Familienrecht nicht um die Vereinbarkeit von Familie und Beruf geht, sondern um die unterhaltssichernde Funktion des Arbeitseinkommens. Vereinzelt gibt es gegenläufige Bewegungen: Das OLG Bamberg hat kürzlich festgehalten, ein Schweißlehrer eines Berufsbildungszentrums müsse keine Nebentätigkeit an den Wochenenden („beispielsweise in Form des Verteilens von Werbematerial oder Bedienens in einer Gaststätte als Aushilfskellner“) aufnehmen, wenn eine solche Nebentätigkeit sein Umgangsrecht mit seinen drei Kindern entgegen § 1684 Abs. 1 BGB und Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG beeinträchtigt.⁴⁷

III. Erwerbsobliegenheit des Unterhaltsgläubigers

1. Betreuungsunterhalt der geschiedenen Mutter aus § 1570 BGB

a. Grundsatz und Höhe des Unterhaltsanspruchs

- 22** Die Erwerbsobliegenheit des Unterhaltsschuldners hat ein Pendant beim Unterhaltsgläubiger: Nach § 1570 BGB kann nach der Ehescheidung der Ehegatte, der gemeinsame Kinder der Eheleute betreut, typischerweise die Mutter, Ehegattenunterhalt verlangen, soweit von ihr wegen der Pflege oder Erziehung des Kindes eine Erwerbstätigkeit nicht erwartet werden kann.
- 23** War nur der Ehemann während der Ehe berufstätig, bestimmt dessen Einkommen die ehelichen Lebensverhältnisse i.S. des § 1578 BGB und damit das Maß des Unterhalts: Das Einkommen des Ehemanns ist auf beide Ehegatten hälftig zu verteilen (Halbteilungsgrundsatz). Dem erwerbstätigen Ehemann wird wegen seiner Aufwendungen für die Erwerbstätigkeit und als Arbeitsanreiz aber ein Erwerbstätigenbonus in Höhe von einem Siebtel gutgeschrieben, so daß die Ehefrau im Ergebnis drei Siebtel des Einkommens des erwerbstätigen Gatten erhält.⁴⁸
- 24** Nimmt die Ehefrau und Mutter nach der Ehe wieder eine Arbeitstätigkeit auf, mindert ihr Einkommen nicht lediglich ihre Bedürftigkeit und damit ihren Unterhaltsanspruch, sondern prägt nach der geänderten Rechtsprechung des BGH die ehelichen Lebensverhältnisse und damit das Maß des Unterhalts: Das nach der Ehe erstmals erzielte Arbeitseinkommen der Frau trete als Surrogat an die Stelle der Haushaltsführung und Kinderbetreuung.⁴⁹ Die beiderseitigen Einkommen werden zusammengerechnet;

1998, 3127 = FUR 1998, 185; OLG Karlsruhe vom 26.1.1993 – 18 UF 140/92 – FamRZ 1993, 1118 = NJW-RR 1994, 141; OLG Hamm vom 21.12.1994 – 6 UF 279/94 – FamRZ 1996, 303 und OLG Hamm vom 11.3.1997 – 7 UF 539/96 – FamRZ 1997, 1223.

⁴⁷ OLG Bamberg vom 19.5.2005 – 2 UF 12/05 – FamRZ 2005, 2090 = FUR 2005, 520.

⁴⁸ Palandt/Brudermüller (Fn. 11), § 1578 Rn. 47 ff.

⁴⁹ BGH vom 13.6.2002 – XII ZR 343/99 – FamRZ 2001, 986 = NJW 2001, 2254; zust. das BVerfG vom 5.2.2002 – 1 BvR 105/95, 1 BvR 559/95, 1 BvR 457/96 – BVerfGE 105, 1 = FamRZ 2002, 527. Weil nicht plausibel ist, warum der Wert der Hausarbeit bei einer ungelernten Ehefrau niedriger sein soll als der einer Akademikerin, wenn beide nach der Scheidung eine ihrer Vorbildung entsprechende Berufstätigkeit aufnehmen, werden andere Begründungsansätze versucht: Sei die Rückkehr in die

jeder Ehegatte hat Anspruch auf die Hälfte des Gesamteinkommens zuzüglich seines jeweiligen Erwerbstätigenbonus und muß sich auf seinen Unterhaltsanspruch dasjenige anrechnen lassen, was er verdient. Um unnötige Rechenschritte zu vermeiden, erhält derjenige Ehegatte, der weniger verdient – typischerweise die Ehefrau und Mutter – drei Siebtel der Differenz beider Einkünfte (Differenzmethode). Ihren Unterhaltsanspruch verliert die unterhaltsberechtignte Mutter damit erst dann, wenn sie genauso viel verdient wie der Ehemann.⁵⁰

b. Erwerbsobliegenheit der unterhaltsberechtignten Mutter

Auch ein kraft Erwerbsobliegenheit fingiertes Einkommen der unterhaltsbedürftigen Mutter prägt die ehelichen Lebensverhältnisse als Surrogat der Haushaltsführung.⁵¹ Ab wann muß aber die geschiedene Ehefrau und Mutter die Unterhaltslasten des Ehemanns mindern, wenn sie Kinder betreut?

War die Mutter während der Ehe ohne Not, also aus freien Stücken und nicht wegen unzureichender Versorgung durch den unterhaltspflichtigen Ehegatten berufstätig, ist dies ein Indiz für die Zumutbarkeit einer Erwerbstätigkeit auch nach der Ehescheidung.⁵² Teilweise formulieren es die Oberlandesgerichte schärfer und sagen, daß sich eine Ehefrau, die während des Zusammenlebens vollschichtig erwerbstätig war und die Erwerbstätigkeit auch nach der Geburt eines gemeinsamen Kindes fortgesetzt hat, sich nach der Trennung in der Regel nicht darauf berufen könne, ihre Tätigkeit sei überobligationsmäßig;⁵³ diese Mutter wird an der Erwerbstätigkeit auch nach der Ehescheidung festgehalten. Nur wenn die Fortsetzung der Erwerbstätigkeit unzumutbar ist, weil die Mehrbelastung nicht mehr durch den Ehemann aufgefangen werden kann, darf die Mutter die Arbeitstätigkeit reduzieren oder ganz aufgeben und Unterhalt vom Ehemann beanspruchen.⁵⁴

Hatte die Mutter die Erwerbstätigkeit zugunsten der Kinderbetreuung aufgegeben oder war diese nie berufstätig, legen die Gerichte einen großzügigen Maßstab an: Nach dem sog. Phasenmodell wird maßgeblich auf das Alter des Kindes⁵⁵ und da-

Berufstätigkeit geplant (z.B. nach Einschulung der Kinder), so präge diese Möglichkeit die ehelichen Lebensverhältnisse als „schlafender Wert“, *Scholz*, Von der Anrechnungs- zur Differenzmethode, FamRZ 2003, 265, 268.

50 Allerdings verneint die Rechtsprechung bei geringfügigen Einkommensunterschieden häufig einen Anspruch auf Aufstockungsunterhalt aus § 1573 Abs. 2 BGB.

51 BGH vom 13.6.2001 – XII ZR 343/99 – NJW 2001, 2254, 2258 = FamRZ 2001, 986, 991: „erzielt oder erzielen kann“; *Scholz*, Zur Berücksichtigung der Haushaltsführung bei der Berechnung des nachehelichen Unterhalts, FamRZ 2001, 1061, 1063; *Büttner*, Neue Rechtsprechung des BGH zur Anrechnungs- und Differenzierungsmethode im Unterhaltsrecht, NJW 2001, 3244, 3245; Palandt/*Brudermüller* (Fn. 11), § 1578 Rn. 59a.

52 BGH vom 4.11.1987 – IVb ZR 81/86 – FamRZ 1988, 145 = NJW-RR 1988, 514; BGH vom 1.3.2006 – XII ZR 157/03 – FamRZ 2006, 846 = NJW 2006, 2182; Palandt/*Brudermüller* (Fn. 11), § 1570 Rn. 8.

53 OLG Hamm vom 9.5.2003 – 11 UF 321/02 – NJW-RR 2003, 1297 = FUR 2003, 418.

54 Nachweise in Fn. 52.

55 BGH vom 30.11.1994 – XII ZR 226/93 – FamRZ 1995, 291 = NJW 1995, 1148; BGH vom 12.3.1997 – XII ZR 153/95 – FamRZ 1997, 671 = NJW 1997, 1851; BGH vom 16.4.1997 – XII ZR 293/95 – FamRZ 1997, 873 = NJW-RR 1997, 897.

neben auf die Anzahl der Kinder abgestellt. Der Mutter, die nur ein Kind betreut, wird eine Erwerbstätigkeit in der Regel nicht zugemutet, bis das Kind das achte Lebensjahr vollendet, d.h. in der Regel die zweite Grundschulklasse beendet hat, um der Tatsache Rechnung zu tragen, daß ein schulpflichtiges Kind in den ersten Schuljahren noch einer verstärkten Beaufsichtigung und Fürsorge bedarf.⁵⁶ Bei Kindern zwischen Vollendung des achten und des elften Lebensjahres kommt es nach Auffassung des BGH auf die konkreten Umstände des Einzelfalls an, insbesondere auf Schulschwierigkeiten, Entwicklungsstörungen und eine besondere Krankheitsanfälligkeit des Kindes.⁵⁷ Die Betreuung eines Kindes zwischen dem elften und dem 15. Lebensjahr soll der Mutter in der Regel Raum für eine Teilzeit-, allerdings nicht zwingend für eine Halbtagsbeschäftigung lassen – insbesondere in den Vormittagsstunden, in denen das Kind die Schule besucht.⁵⁸ Mit Vollendung des 15. Lebensjahres des Kindes entsteht in der Regel eine Vollerwerbsobliegenheit der Mutter.⁵⁹

- 28** Da der Betreuungsaufwand mit der Zahl der Kinder zunimmt, wird die Obliegenheit der unterhaltsberechtigten Mutter mit zwei oder mehreren betreuungsbedürftigen Kindern zum Teil weit über die vorgenannten Altersgrenzen hinausgeschoben: Auch insoweit gilt die Regel, daß eine Erwerbsobliegenheit grundsätzlich nicht besteht, solange das jüngste Kind noch nicht acht Jahre alt ist. Hat von zwei schulpflichtigen Kindern nicht mindestens eines das 15. Lebensjahr vollendet, soll der Mutter auch die Aufnahme einer Teilzeittätigkeit im allgemeinen nicht zumutbar sein.⁶⁰ Etwa soll bei der Betreuung von zwei Kindern eine Teilerwerbsobliegenheit erst dann in Betracht kommen, wenn das ältere Kind 14 oder 15 Jahre⁶¹ oder wenn das jüngere elf Jahre alt ist.⁶²
- 29** Das Altersphasenmodell der Familiengerichte belegt meine zweite These: Zwar stimmen familienrechtliche Wertungen und arbeitsrechtliche Wertungen insoweit überein, als der Gesetzgeber dem Arbeitnehmer einen Anspruch auf Elternzeit nach § 15 Abs. 2 BEEG bis zur Vollendung des dritten Lebensjahres seines Kindes einräumt und es ihm nach § 15 Abs. 2 Satz 4 BEEG freistellt, zwölf Monate der Elternzeit bis zur Vollendung des achten Lebensjahres des Kindes hinauszuschieben, um das Kind in dessen erstem Schuljahr begleiten zu können. Die Familiengerichte verneinen aber jede Erwerbsobliegenheit der Mutter, bevor das Kind das achte Lebensjahr vollendet

56 BGH vom 23.2.1983 – IVb ZR 363/81 – FamRZ 1983, 456 = NJW 1983, 1427; BGH vom 1.3.2006 – XII ZR 157/03 – FamRZ 2006, 846 = NJW 2006, 2182 m.w.N.; Palandt/*Brudermüller* (Fn. 11), § 1570 Rn. 8.

57 BGH vom 21.12.1988 – IVb ZR 18/88 – FamRZ 1989, 487 = NJW 1989, 1083; BGH vom 16.4.1997 – XII ZR 293/95 – FamRZ 1997, 873 = NJW-RR 1997, 897; Palandt/*Brudermüller* (Fn. 11), § 1570 Rn. 8.

58 BGH vom 25.11.1998 – XII ZR 98/97 – FamRZ 1999, 367 = NJW 1999, 717; Palandt/*Brudermüller* (Fn. 11), § 1570 Rn. 8.

59 BGH vom 12.3.1997 – XII ZR 153/95 – FamRZ 1997, 671 = NJW 1997, 1851 und BGH vom 16.4.1997 – XII ZR 293/95 – FamRZ 1997, 873 = NJW-RR 1997, 897; BGH vom 25.11.1998 – XII ZR 33/97 – NJW-RR 1999, 297 = FamRZ 1999, 372.

60 BGH vom 13.4.2005 – XII ZR 48/02 – FamRZ 2005, 967 = NJW-RR 2005, 945.

61 BGH vom 16.4.1997 – XII ZR 293/95 – FamRZ 1997, 873 = NJW-RR 1997, 897.

62 BGH vom 7.10.1981 – IVb ZR 598/80 – FamRZ 1982, 23 = NJW 1982, 232; vgl. auch OLG Oldenburg vom 26.7.1989 – 12 WF 99/89 – FamRZ 1990, 170; OLG Frankfurt vom 6.10.1981 – 3 UF 48/81 – FamRZ 1982, 818.

hat, und berücksichtigen die tatsächlichen Kinderbetreuungsmöglichkeiten, etwa in Betriebskindergärten, und die Möglichkeit zur Aufnahme einer Teilzeittätigkeit nicht für die Obliegenheit der Mutter, ihren Lebensbedarf durch eigenes Einkommen zu decken. Insoweit fällt zudem ein familienrechtlicher Widerspruch auf: Während dem Barunterhaltsschuldner eine Erwerbstätigkeit auf Kosten des Umgangskontakts mit seinen Kindern zugemutet wird (unter II. 2. b), erlaubt die Rechtsprechung dem das Kind betreuenden Elternteil eine zeitlich ausgedehnte Betreuung und mutet diesem im Zweifel überhaupt keine Erwerbstätigkeit zu. Der das Arbeitsrecht prägende Gesichtspunkt der Vereinbarkeit von Familie und Beruf wird insoweit – zu Lasten des Unterhaltsschuldners und zugunsten des Unterhaltsgläubigers – vernachlässigt.

2. Unterhaltsanspruch der Mutter eines nichtehelichen Kindes gem. § 1615I Abs. 2 Satz 3 BGB

Während die geschiedene Mutter frühestens erwerbstätig werden muß, wenn das Kind acht Jahre alt ist, erhält die nichtverheiratete Mutter nach der Geburt des Kindes gem. § 1615I Abs. 2 Satz 3 BGB Betreuungsunterhalt bis zum dritten Geburtstag des Kindes. Maßstab ist nicht das Einkommen des Mannes, sondern sind die Lebensverhältnisse der Mutter: Die Mutter hat Anspruch auf den Unterhalt, den sie ohne das Kind zur Verfügung hätte,⁶³ besteht aber allenfalls in Höhe der hälftigen Differenz der anrechenbaren Einkommen beider Elternteile; der Unterhaltsanspruch ist damit auf den Betrag begrenzt, der dem unterhaltspflichtigen Vater selbst verbleibt.⁶⁴ War die Mutter vor der Geburt des Kindes berufstätig, ist das insoweit erzielte Einkommen maßgeblich; mangels vorausgegangener Erwerbstätigkeit kann der notwendige Eigenbedarf als Maßstab herangezogen werden. Die Einkommensverhältnisse des Kindesvaters sind auch dann nicht ausschlaggebend, wenn er mit der Mutter (und dem Kind) in nichtehelicher Lebensgemeinschaft zusammengelebt hat.

Mit dem dritten Geburtstag des Kindes endet die Unterhaltspflicht, die Mutter muß arbeiten. Mit dieser Frist knüpft der Gesetzgeber an den Rechtsanspruch auf einen Kindergartenplatz für dreijährige Kinder aus § 24 Abs. 1 SGB VIII an: Während der ersten drei Lebensjahre, in denen die Eltern noch nicht zuverlässig auf staatliche Hilfen in Form von Kinderkrippen zurückgreifen können, sei das Kind unabhängig davon, ob es ehelich oder außerhalb einer Ehe geboren wurde, auf eine persönliche Betreuung angewiesen.⁶⁵ Gem. § 1615 Abs. 2 Satz 3 2. Halbsatz BGB kann die Mutter eines nichtehelichen Kindes über die Grenze von drei Jahren hinaus Betreuungsunterhalt nur dann verlangen, wenn die Beendigung der Unterhaltszahlung, insbesondere unter Berücksichtigung der Belange des Kindes, grob unbillig wäre, die Versagung der Unterhaltszahlung also dem Gerechtigkeitsempfinden in unerträglicher Weise widerspricht. Kinderbezogene Gründe für die Verlängerung des Unterhaltsanspruchs bestehen etwa dann, wenn das Kind behindert, dauerhaft krank oder schwer in seiner Entwicklung gestört und deshalb auf weitere Betreuung durch die

63 BGH vom 5.7.2006 – XII ZR 11/04 – FamRZ 2006, 1362 = NJW 2006, 2687; BGH vom 15.12.2004 – XII ZR 121/03 – FamRZ 2005, 442 = NJW 2005, 881.

64 BGH vom 15.12.2004 – XII ZR 121/03 – FamRZ 2005, 442 = NJW 2005, 881.

65 BGH vom 5.7.2006 – XII ZR 11/04 – FamRZ 2006, 1362 = NJW 2006, 2687.

Mutter angewiesen ist, etwa an rheumatischer Polyarthrit is erkrankt ist,⁶⁶ motorische Defizite hat, die eine Langzeittherapie notwendig machen⁶⁷ oder an Wahrnehmungsstörungen und einer deutlichen Verzögerung der Sprachentwicklung leidet, die dreimal wöchentlich eine Therapie notwendig machen.⁶⁸

- 32** Zwar soll auch die – etwa mangels Kindergartenplatzes – fehlende Möglichkeit, das Kind fremdbetreuen zu lassen, die Verlängerung der Unterhaltszahlungen rechtfertigen.⁶⁹ Insoweit werden aber strenge Anforderungen gestellt: Das OLG Nürnberg hat eine Mutter, die wegen der Mittagsschließung des Kindergartens an ihrem Wohnort zwischen 13.00 und 14.00 Uhr keine vollschichtige Erwerbstätigkeit aufnehmen wollte, darauf verwiesen, alle Möglichkeiten auszuschöpfen, etwa für eine stundenweise Fremdbetreuung in der Zeit der Schließung des Kindergartens zu sorgen oder in einen sechs bis sieben Kilometer entfernten Ort mit Ganztagskindergarten zu ziehen, wenn dieser Kindergarten die Betreuung auf in der Ortschaft wohnende Kinder beschränkt.⁷⁰

3. Ausblick: Reform des Unterhaltsrechts

- 33** Die zum 1.1.2008 in Kraft tretende Unterhaltsrechtsreform nähert den Unterhaltsanspruch der Mütter ehelicher und nichtehelicher Kinder praktisch vollständig aneinander an⁷¹ und folgt damit den Vorgaben des BVerfG vom 28.2.2007 (bekannt geworden am 23.5.2007):⁷² Da es gegen Art. 6 Abs. 5 GG verstößt, den Zeitraum, während dessen ein Elternteil vom anderen wegen der Betreuung gemeinsamer Kinder Unterhalt beanspruchen kann, für die Betreuung nichtehelicher Kinder kürzer zu bemessen als für die Betreuung ehelicher Kinder, haben künftig sowohl geschiedene Mütter nach § 1570 Abs. 1 Satz 1 BGB n.F. als auch nichteheliche Mütter nach § 1615I BGB Abs. 2 Satz 3 BGB n.F. Anspruch auf Betreuungsunterhalt für mindestens drei Jahre nach der Geburt des Kindes. Die Dauer des Unterhaltsanspruchs verlängert sich gem. §§ 1570 Abs. 1 Sätze 2 und 3 BGB, 1615I Abs. 2 Sätze 4 und 5 BGB n.F., soweit dies der Billigkeit entspricht; dabei sind die bestehenden Möglichkeiten der Kinderbetreuung zu berücksichtigen. Für die geschiedene Ehefrau verlängert sich der Unterhaltsanspruch nach § 1570 Abs. 2 BGB n.F. zudem, wenn dies unter Berücksichtigung der Gestaltung von Kinderbetreuung und Erwerbstätigkeit in der Ehe sowie der Dauer der Ehe der Billigkeit entspricht. Damit hat sich der Gesetzgeber für den Anspruch der geschiedenen Frau auf Betreuungsunterhalt aus § 1570 BGB vom bisherigen Alterphasenmodell (gerade unter III. 1. b) verabschiedet.

66 OLG Hamm vom 4.11.2004 – 3 UF 555/01 – OLGR Hamm 2005, 69 = NJW 2005, 297.

67 OLG Düsseldorf vom 28.6.2002 – 3 UF 2/02 – FamRZ 2003, 184.

68 OLG Celle vom 21.11.2001 – 21 UF 96/01 – FamRZ 2002, 636.

69 Obiter OLG Nürnberg vom 7.11.2002 – 10 UF 1677/02 – FamRZ 2003, 1320 = NJW 2003, 3065.

70 OLG Nürnberg vom 7.11.2002 – 10 UF 1677/02 – FamRZ 2003, 1320 = NJW 2003, 3065.

71 Siehe Synopse zum bisherigen und zum neuen Unterhaltsrecht in FamRB 2007 Heft 12.

72 BVerfG 28.2.2007, 1 BvL 9/04 n.v. [juris].

IV. Abfindungen wegen Beendigung des Arbeitsverhältnisses

Werden Abfindungen wegen des Verlustes des Arbeitsplatzes erst nach der Ehescheidung gezahlt, haben sie nach ständiger Rechtsprechung Lohnersatzfunktion und sind mithin unterhaltspflichtiges Einkommen.⁷³ „Als (teilweiser) Ersatz des fortgefallenen Arbeitseinkommens soll sie [die Abfindung] es dem (früheren) Arbeitnehmer ermöglichen, trotz des Verlustes des Arbeitsplatzes eine gewisse Zeit lang seine bisherigen wirtschaftlichen Verhältnisse aufrechtzuerhalten und damit auch seinen eigenen Unterhaltsbedarf in der bisherigen Höhe sicherzustellen.“⁷⁴ Hingegen sollen Abfindungen, die der Arbeitnehmer vor der Ehescheidung erhält, über den Zugewinnausgleich nach §§ 1373 ff. BGB ausgeglichen werden.⁷⁵ Wird dem Arbeitnehmer-Ehegatten eine Abfindung während der Ehe gezahlt, ist sie dem Endvermögen hinzuzurechnen und als Vermögen ausgleichspflichtig. In der Regel wendet der Zugewinnausgleich die Abfindung hälftig dem ausgleichsberechtigten Ehegatten zu und entzieht sie insoweit dem für den Unterhalt maßgeblichen Einkommen – zu Lasten unterhaltsberechtigter Kinder. Hingegen wird eine vor der Eheschließung gezahlte Abfindung zum Anfangsvermögen des Arbeitnehmer-Ehegatten gerechnet und ist so dem Zugewinnausgleich entzogen; der Arbeitnehmer-Ehegatte behält die Abfindung voll.

Die Rechtsprechung des BGH zur Berücksichtigung von Abfindungen im Zugewinnausgleich beginnt mit einer Verdienstausschüttung, die dem Ehemann wegen der durch den Verkehrsunfall verursachten Erwerbsunfähigkeit nach § 843 Abs. 3 BGB zustand. Diese Verdienstausschüttung hat der BGH 1981 zum Endvermögen gerechnet.⁷⁶ In seiner ersten Entscheidung zu arbeitsrechtlichen Abfindungen und Zugewinnausgleich hielt der BGH an seiner Auffassung fest, daß Abfindungen in jedem Fall zugewinnausgleichspflichtig seien: Die Abfindung, die der Arbeitgeber aus Anlaß einer Kündigung freiwillig verspreche, bezwecke keinen auf die Zukunft gerichteten Ausgleich, sondern sei „eine Entschädigung für den Verlust des Arbeitsplatzes und den damit verbundenen sozialen Besitzstand“.⁷⁷

Im zweiten, vom BGH entschiedenen Fall hatten Arbeitgeber und Betriebsrat wegen einer geplanten Betriebsstillegung zwei Tage vor der Eheschließung eines Arbeitnehmers im Interessenausgleich festgelegt, daß der Arbeitgeber für Abfindungen ein Gesamtvolumen von 9,3 Mio. DM zur Verfügung stellt, die Verteilung des Geldes auf die 149 Mitarbeiter aber auf den künftig abzuschließenden Sozialplan verschoben.

73 Zum Ehegattenunterhalt: BGH vom 23.12.1981 – IVb ZR 604/80 – AP Nr. 13 zu § 112 BetrVG 1972 = FamRZ 1982, 250; BGH vom 14.1.1987 – IVb ZR 89/85 – FamRZ 1987, 359 = NJW 1987, 1554; OLG Karlsruhe vom 12.10.2000 – 2 UF 214/99 – FamRZ 2001, 1615 = FUR 2001, 547; OLG Oldenburg vom 24.10.1995 – 12 UF 131/95 – FamRZ 1996, 672; OLG Koblenz vom 17.12.1990 – 13 UF 843/90 – FamRZ 1991, 573; zum Kindesunterhalt: OLG Brandenburg vom 12.1.1995 – 9 UF 90/94 – OLG-NL 1995, 180 = FamRZ 1995, 1220.

74 BGH vom 14.1.1987 – IVb ZR 89/85 – FamRZ 1987, 359 = NJW 1987, 1554.

75 BGH vom 15.11.2000 – XII ZR 197/98 – FamRZ 2001, 278 = NJW 2001, 433, zu einer Sozialplanabfindung; ebenso BGH vom 13.11.1997 – IX ZR 37/97 – FamRZ 1998, 362 = NJW 1998, 749, zu einer vertraglich vereinbarten Abfindung.

76 BGH vom 29.10.1981 – IX ZR 94/80 – BGHZ 82, 145, 147 = FamRZ 1982, 148 = NJW 1982, 279 Nr. 5.

77 BGH vom 13.11.1997 – IX ZR 37/97 – FamRZ 1998, 362 = NJW 1998, 749.

Der BGH hat die Abfindung dem Anfangsvermögen des Mannes hinzugerechnet, da eine geschützte Anwartschaft bestanden habe.⁷⁸ Daß der Sozialplan erst zwei Monate später abgeschlossen wurde und der Anspruch auf die Abfindung in Höhe von 84.598,40 DM erst mit dem Ausscheiden des Mannes aus dem Arbeitsverhältnis nach weiteren fünfeinhalb Wochen fällig wurde, hielt der BGH für unerheblich: Für die Anwartschaft genüge es, daß der „qualifizierte Interessenausgleich“ das Gesamtvolumen für die Abfindungen festlege, die Betriebspartner nach § 75 Abs. 1 BetrVG verpflichtet seien, das Gesamtvolumen gerecht und gleichmäßig unter den Arbeitnehmern zu verteilen und davon auszugehen sei, daß die Betriebspartner die typischen Maßstäbe (Lebensalter, gegebenenfalls Unterhaltspflichten, Dauer der Betriebszugehörigkeit und Höhe des Bruttolohns) berücksichtigen werden. Ebenso genüge es, daß die Kündigung mit Sicherheit zu erwarten sei. Das ist arbeitsrechtlich falsch und stützt meine zweite These, daß das Familienrecht arbeitsrechtliche Wertungen allenfalls nachzuvollziehen versucht: Der vom BGH sogenannte „qualifizierte Interessenausgleich“ begründet keine Ansprüche der Arbeitnehmer, sondern verpflichtet den Arbeitgeber lediglich gegenüber dem Betriebsrat auf eine bestimmte Abfindungsgesamtsumme. Zudem stand mit Abschluß des Interessenausgleichs nicht einmal ansatzweise fest, daß jeder Arbeitnehmer, und damit auch der Arbeitnehmer-Ehegatte, einen Abfindungsanspruch erhält; den Betriebspartnern hätte es etwa freigestanden, Arbeitnehmer mit Anschlußarbeitsverhältnis oder Rentenanspruch ganz aus den Sozialplanabfindungen herauszunehmen.

- 37** Die Zurechnung der Abfindung zum Anfangsvermögen begründet der BGH damit, daß die Betriebspartner sich im Sozialplan vergangenheitsbezogen darauf geeinigt hätten, für die Höhe der Abfindung an die Dauer der Betriebszugehörigkeit anzuknüpfen, und die Abfindung ohne Rücksicht darauf zugesprochen hätten, ob der einzelne Mitarbeiter einen neuen Arbeitsplatz als Grundlage für ein künftiges Erwerbseinkommen gefunden habe. Die Abfindung sei daher für den Verlust des Arbeitsplatzes und des damit verbundenen Besitzstandes gewährt worden.⁷⁹ Daß die Betriebspartner für die Abfindung nicht ausschließlich an die Betriebszugehörigkeit angeknüpft, sondern diese um pauschale Zulagen für Kinder, Ehegatten und Schwerbehinderung erhöht hatten und damit zukunftsgerichtet auf Kriterien abstellten, die für die Chancen der gekündigten Arbeitnehmer auf dem Arbeitsmarkt (Schwerbehinderung) oder für die Höhe ihrer Unterhaltspflichten maßgeblich sind (Ehegatte, Kinder), hat der BGH nicht beachtet.
- 38** In seinem jüngsten Urteil geht der BGH davon aus, daß die aufgrund einer Vereinbarung zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer wegen Vorruhestands gezahlte Abfindung dem Endvermögen hinzuzurechnen sei. Der BGH räumt den Eheleuten aber die Möglichkeit ein, durch Ehevertrag die Abfindung dem güterrechtlichen Ausgleich zu entziehen und stattdessen in einen Unterhaltsvergleich einzubeziehen. Im konkreten Fall hatte sich der Ehemann verpflichtet, Unterhalt in einer Höhe zu zahlen, die er nur mit Hilfe der Abfindung, nicht aber aufgrund des empfangenen

78 BGH vom 15.11.2000 – XII ZR 197/98 – BGHZ 146, 64 = FamRZ 2001, 278; ebenso Vorinstanz OLG Hamm vom 26.5.1998 – 7 UF 9/98 – FamRZ 1999, 1068, 1070.

79 BGH vom 15.11.2000 – XII ZR 197/98 – FamRZ 2001, 278, 281 f. = NJW 2001, 439.

Arbeitslosengeldes zahlen konnte. Daß die Eheleute für die Unterhaltsvereinbarung die nach § 1408 Abs. 1 BGB erforderliche Form des Ehevertrages nicht eingehalten hatten, ist nach Auffassung des BGH unerheblich: Wegen der einvernehmlichen Unterhaltsregelung stehe dem Zugewinnausgleich unter Einbezug der Abfindung der Einwand widersprüchlichen Verhaltens (§ 242 BGB) entgegen.⁸⁰ Damit scheidet ein güterrechtlicher Ausgleich aus, wenn die Ehegatten – gegebenenfalls stillschweigend – die Abfindung in die Unterhaltsvereinbarung einbezogen haben; andernfalls würde der unterhaltsberechtigten und zugewinnausgleichsberechtigte Ehegatte zu Lasten des anderen Ehegatten doppelt begünstigt.⁸¹

Will der BAG die arbeitsrechtlichen Wertungen folgen, scheint die Rechtsprechung **39** des BAG die Berücksichtigung aller Abfindungen im Zugewinnausgleich zu erzwingen, die nicht aufgrund eines Sozialplans gezahlt werden. Denn das BAG mißt allein der Sozialplanabfindung eine zukunftsorientierte Überbrückungs- und Vorsorgefunktion zu.⁸² Hingegen soll § 113 BetrVG als Sanktionsnorm in erster Linie die Rechte des Betriebsrats sichern und den Unternehmer durch die drohende Sanktion des Nachteilsausgleichs dazu anhalten, das Interessenausgleichsverfahren durchzuführen;⁸³ darüber hinaus soll der Nachteilsausgleich den Arbeitnehmern eine Entschädigung dafür gewähren, daß die Chance nicht genutzt worden ist, durch einen Interessenausgleich Entlassungen zu vermeiden.⁸⁴ Die Abfindung nach §§ 9, 10 KSchG entschädigt den Arbeitnehmer nach ganz h.M. für den Verlust seines Arbeitsplatzes, d.h. dafür, daß er den Arbeitsplatz durch gerichtliches Auflösungsurteil verliert, obwohl die Kündigung sozial ungerechtfertigt ist;⁸⁵ als vermögensrechtliches Äquivalent für den Arbeitsplatz habe die Abfindung Entschädigungs- und Abgeltungscharakter.⁸⁶ Bei Abfindungen in Aufhebungs- und Abwicklungsverträgen sowie in

80 BGH vom 21.4.2004 – XII ZR 185/01 – FamRZ 2004, 1352 = NJW 2004, 2675, unter Zurückverweisung an das OLG München; schon BGH vom 11.12.2002 – XII ZR 27/00 – FamRZ 2003, 432 = NJW 2003, 1396 zum Einbezug der Gewinnanteile, die der Ehemann als stiller Gesellschafter an einer Mitarbeiter-KG nach dem Stichtag erhielt, als Einkommen in den Unterhaltsvergleich.

81 BGH vom 21.4.2004 – XII ZR 185/01 – FamRZ 2004, 1352 = NJW 2004, 2675.

82 Schon BAG vom 23.4.1985 – 1 ABR 3/81 – AP Nr. 26 zu § 112 BetrVG 1972 = EzA § 122 BetrVG 1972 Nr. 34 unter B II 3; BAG vom 31.5.2005 – 1 AZR 254/04 – AP Nr. 175 zu § 112 BetrVG 1972 = EzA § 112 BetrVG 2001 Nr. 14 unter II 1 b bb.

83 BAG vom 24.1.1996 – 1 AZR 542/95 – AP Nr. 16 zu § 50 BetrVG 1972 = EzA § 113 BetrVG 1972 Nr. 24 unter II 1; BAG vom 23.9.2003 – 1 AZR 576/02 – AP Nr. 43 zu § 113 BetrVG 1972 = EzA § 113 BetrVG 2001 Nr. 3 unter II 3 c aa.

84 BAG vom 29.11.1983 – 1 AZR 523/82 – und BAG vom 20.11.2001 – 1 AZR 97/01 – AP Nr. 10 (unter 2) und Nr. 39 (unter II 1 b) zu § 113 BetrVG 1972 = EzA § 113 BetrVG 1972 Nr. 11 und Nr. 29; krit. *Fitting*, Betriebsverfassungsgesetz, 23. Aufl. (2006), § 113 Rn. 32; *ErfK/Kania*, 7. Aufl. (2007), § 113 BetrVG Rn. 2. Von der Literatur wird die vollständige Anrechnung wegen des Sanktionscharakters des Nachteilsausgleichs teilweise abgelehnt: *DKK/Däubler*, Betriebsverfassungsgesetz, 10. Aufl. (2006), §§ 112, 112a Rn. 60, 60 a; *GK-BetrVG/Oetker*, 8. Aufl. (2005), § 113 Rn. 100.

85 BAG vom 6.12.1984 – 7 AZR 280/82 – AP Nr. 12 zu § 9 KSchG 1969 = EzA § 9 KSchG n.F. Nr. 17 unter II 2 b aa.

86 Grundlegend BAG vom 22.4.1971 – 2 AZR 205/70 – AP Nr. 24 zu § 7 KSchG = EzA § 7 KSchG Nr. 6; BAG vom 6.12.1984 – 7 AZR 280/82 – AP Nr. 12 zu § 9 KSchG 1969 = EzA § 9 KSchG n. F. Nr. 17; BAG vom 25.6.1987 – 2 AZR 504/86 – EzA § 9 KSchG n.F. Nr. 23 unter II 4 c; *Münch-Komm/Hergenröder*, Band 4, 4. Aufl. (2005), § 10 KSchG Rn. 4.

Rationalisierungsschutztarifverträgen kommt es auf den vereinbarten Zweck an;⁸⁷ die nach § 1a KSchG gezahlte Abfindung ist Gegenleistung dafür, daß der Arbeitnehmer darauf verzichtet, Kündigungsschutzklage zu erheben.⁸⁸

- 40** Ein vollständiges Anknüpfen an arbeitsrechtliche Wertungen verbietet sich aber. Denn anders als das Familienrecht stellt das Arbeitsrecht nicht ausschließlich auf die Funktion der Abfindung für den Arbeitnehmer ab, sondern auch – häufig primär – auf die Funktion für den Arbeitgeber. Das gilt insbesondere für die Abfindungen, die Sanktionscharakter haben: für den Nachteilsausgleich nach § 113 BetrVG und für die Abfindung nach §§ 9, 10 KSchG. Ob eine Abfindung als Entschädigung für den Verlust des Arbeitsplatzes oder als Überbrückungshilfe gezahlt wird, ist arbeitsrechtlich zum einen dafür maßgeblich, welche Arbeitnehmer von Abfindungszahlungen ausgenommen und welche Kriterien für die Höhe der Abfindung berücksichtigt werden dürfen. Zum anderen ist der Zweck einer Abfindung maßgeblich dafür, ob und inwieweit die Abfindung auf andere Leistungen, etwa auf das Arbeitslosengeld angerechnet werden kann.⁸⁹ Zudem hat – bei Licht betrachtet – jede Abfindung eine Lohnersatz- und Überbrückungsfunktion.⁹⁰
- 41** Für die familienrechtliche Bewertung kann nur an den Zweck des Zugewinnausgleichs angeknüpft werden, einen während der Ehe erwirtschafteten Vermögenszuwachs auszugleichen. Anders als beispielsweise dem enteigneten Grundstückseigentümer wird dem Arbeitnehmer mit dem Arbeitsplatz aber kein gegenwärtiges vermögenswertes Gut entzogen, anders als die Enteignungsentschädigung ist die Abfindung kein Äquivalent für einen bis dahin bestehenden Vermögenswert: Endet die Ehe und ist ein Ehegatte noch im Besitz des Grundstücks, erhöht der Grundstückswert sein Endvermögen; ist er enteignet worden, tritt die Enteignungsentschädigung an die Stelle des bisher im Grundstück verkörperten Vermögenswerts. Wird ein Arbeitnehmer geschieden, ist der Arbeitsplatz kein Vermögenswert, der sein Endvermögen erhöht: Der Arbeitsplatz vermittelt keinen unabhängig vom Arbeitsentgelt bestehenden geldwerten Vorteil, sondern ermöglicht es lediglich, künftig Geld und damit den Lebensunterhalt zu verdienen. Ist der Arbeitsplatz kein geldwerter Vermögensvorteil, wird er dazu auch nicht dadurch, daß der Arbeitnehmer den Arbeitsplatz verliert und dafür eine Abfindung erhält. Wie der Arbeitsplatz schützt die Abfindung nur die Erwerbsaussichten und damit den künftigen Unterhalt des Arbeitnehmers. Das entspricht auch den pfändungsrechtlichen, lohnsteuerrechtlichen und sozialversicherungsrechtlichen Wertungen, die die Abfindung als Arbeitseinkommen bzw. Einnahmen zum Lebensunterhalt einordnen. Abfindungen erhöhen entgegen der Rechtsprechung damit nie das zugewinnausgleichspflichtige Vermögen des Abfindungsempfängers, sondern sind dem

87 Etwa BAG vom 20.2.1997 – 6 AZR 760/95 – AP Nr. 2 zu § 7 TV RatAng = EzA § 4 TVG Abfindung Nr. 3.

88 So ausdrücklich *Löwisch/Spinner*, KSchG, 8. Aufl. (2004), § 1a Rn. 4; *Rolfs*, Die betriebsbedingte Kündigung mit Abfindungsangebot (§ 1 KSchG), ZIP 2004, 333, 342; siehe auch *Däubler*, Neues zur betriebsbedingten Kündigung, NZA 2004, 177, 178.

89 Etwa BAG (Fn. 83 ff.).

90 Näher *Kaiser*, Abfindungen wegen Beendigung des Arbeitsverhältnisses – Zugewinnausgleichspflichtiges Vermögen oder unterhaltsprägendes Einkommen?, in FS für Schwab (2005), S. 495 ff.

eigenen Unterhalt und dem Unterhalt des Ehegatten und der Kinder dienendes Einkommen.⁹¹

V. Zusammenfassung

1. Das Arbeitsrecht und das Familienrecht gehen von unterschiedlichen Ausgangspunkten aus (erste These): Das Arbeitsrecht fördert die Vereinbarkeit von Familie und Beruf und will dem Arbeitnehmer die Betreuung seiner Kinder trotz seiner Arbeitstätigkeit ermöglichen. Die unterhaltssichernde Funktion des Arbeitseinkommens betrachtet das Arbeitsrecht nur punktuell – über die Berücksichtigung der Unterhaltungspflichten in der Sozialauswahl nach § 1 Abs. 3 KSchG und bei der Berechnung von Sozialplanabfindungen nach § 112 BetrVG. Demgegenüber ist die unterhaltssichernde Funktion des Arbeitseinkommens für das Familienrecht zentral: Das Arbeitseinkommen des Unterhaltsschuldners sichert den Familienunterhalt, eigenes Arbeitseinkommen des Unterhaltsgläubigers mindert dessen Bedürftigkeit und damit die Höhe des Unterhaltsanspruchs. Grund für diese unterschiedliche Sichtweise ist es auch, daß die Familiengerichte frühestens bei Getrenntleben der Ehegatten, in aller Regel aber erst mit der Ehescheidung auf den Plan gerufen werden: Während der Arbeitsrichter und das Arbeitsrecht auf gesunde Ehen blickt, hat der Familiengerichter zwangsläufig die pathologischen Fälle vor Augen. **42**
2. Aus den unterschiedlichen Ausgangspunkten folgt: Während das Arbeitsrecht dem Arbeitnehmer über die Elternzeit und Ansprüche auf Teilzeitarbeit die Möglichkeit gibt, Berufstätigkeit und Kinderbetreuung miteinander zu verbinden, erwartet das Familienrecht vom barunterhaltspflichtigen Elternteil, typischerweise dem Ehemann und Vater, eine Erwerbstätigkeit in möglichst großem Umfang auszuüben – auf Kosten der Kinderbetreuung: Dem Unterhaltsschuldner wird sein bisheriges Einkommen fiktiv als fortbestehend zugerechnet, wenn er seinen Arbeitsplatz unterhaltsrechtlich leichtfertig verliert. Ihn trifft darüber hinaus eine Erwerbsobliegenheit: Er muß, um seiner Unterhaltungspflicht nachzukommen, in der Regel eine vollschichtige Erwerbstätigkeit aufnehmen. Wegen der gesteigerten Erwerbsobliegenheit gegenüber Kindern aus § 1603 Abs. 2 BGB muß er sich überregional um einen Arbeitsplatz bemühen und einen Ortswechsel (gegebenenfalls auf Kosten des Umgangs mit den Kindern) in Kauf nehmen, ebenso muß er abends und nachts oder in den frühen Morgenstunden oder am Wochenende arbeiten. **43**
3. Arbeitsrecht und Familienrecht messen mit unterschiedlichen Maßstäben (zweite These): Kündigt der Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis, fingieren die Familiengerichte das bisherige Einkommen nicht schon dann als fortbestehend, wenn der Arbeitgeber eine verhaltensbedingten Kündigung ausspricht und der Verlust des Arbeitsplatzes für den Arbeitnehmer vorhersehbar war, sondern nur dann, wenn der Unterhaltsschuldner den Verlust seiner Leistungsfähigkeit als Folge seines Verhaltens erkannt und sich darüber aus Verantwortungs- und **44**

91 Näher *Kaiser* (Fn. 91), S. 495 ff., m.w.N.; abw. zuletzt *Hoppertz*, Zur Konkurrenz von Unterhalt und Zugewinnausgleich, FamRZ 2006, 1242 ff. mit ausführlichen Nachweisen.

Rücksichtslosigkeit gegenüber dem Unterhaltsgläubiger hinwegsetzt hat. Die an die unterhaltsrechtliche Leichtfertigkeit angelegten Maßstäbe sind uneinheitlich und decken sich nicht mit den arbeitsrechtlichen Anforderungen an verhaltensbedingte Kündigungen: Den Arbeitsplatzverlust aufgrund einer verhaltensbedingten Kündigung, die der Arbeitgeber wegen Diebstahls von Betriebseigentum ausspricht, soll in aller Regel nicht für die unterhaltsrechtliche Leichtfertigkeit des Arbeitnehmers ausreichen, ebenso wenig der Arbeitsantritt in alkoholisiertem Zustand nach entsprechender Abmahnung, wohl aber die Kündigung wegen mehrmaligen unentschuldigter Fernbleibens von der Arbeit oder wegen Bummelei.

- 45** 4. Nach § 1570 BGB kann der Ehegatte, der nach der Ehescheidung gemeinsame Kinder betreut, typischerweise die Mutter, Ehegattenunterhalt verlangen, soweit von ihr wegen der Kindeserziehung eine Erwerbstätigkeit nicht erwartet werden kann. Der Anspruch der geschiedenen Mutter nach § 1570 BGB endet nach der ständigen Rechtsprechung frühestens dann, wenn das jüngste Kind acht Jahre alt ist; die Mutter trifft frühestens ab diesem Zeitpunkt eine Obliegenheit zur Aufnahme einer Teilzeitbeschäftigung. Demgegenüber erhält die Mutter eines nicht ehelichen Kindes gem. § 1615I Abs. 2 Satz 3 BGB Betreuungsunterhalt nur bis zum dritten Geburtstag des Kindes, da das Kind ab diesem Zeitpunkt nach § 24 SGB VIII einen Rechtsanspruch auf einen Kindergartenplatz hat. Angesichts des BVerfG-Beschlusses vom 28.2.2007 wird die Unterhaltsrechtsreform an diesen unterschiedlichen Maßstäben nicht festhalten können. Aber auch in der Reformdiskussion wird lediglich auf die staatlichen Kinderbetreuungsmöglichkeiten abgestellt, wenn es darum geht, der Mutter eine Erwerbsobliegenheit zur Minderung ihrer Bedürftigkeit aufzuerlegen. Weder bisher noch nach dem Reformvorhaben werden arbeitsrechtliche Möglichkeiten berücksichtigt, der Mutter über eine Teilzeitbeschäftigung oder über die Betreuung des Kindes in einem Betriebskindergarten die Vereinbarkeit von Familie und Beruf zu erleichtern.
- 46** 5. Nach der Rechtsprechung des BGH sollen Abfindungen, die dem Arbeitnehmer während der Ehe wegen der Auflösung des Arbeitsverhältnisses versprochen werden, das im Zugewinnausgleich auszugleichende Vermögen erhöhen. Die Zurechnung einer während der Ehe gezahlten Abfindung zum Endvermögen wendet die Abfindung in der Regel hälftig dem ausgleichsberechtigten Ehegatten zu und entzieht sie insoweit dem für den Unterhalt maßgeblichen Einkommen – zu Lasten unterhaltsberechtigter Kinder. Der BGH begründet dies damit, daß arbeitsrechtliche Abfindungen – einschließlich der Sozialplanabfindungen – keinen auf die Zukunft gerichteten Ausgleich bezweckten, sondern „eine Entschädigung für den Verlust des Arbeitsplatzes und den damit verbundenen sozialen Besitzstand“ seien. Das trifft weder arbeitsrechtlich noch familienrechtlich zu: Der Arbeitsplatz vermittelt keinen unabhängig vom Arbeitsentgelt bestehenden geldwerten Vorteil, sondern ermöglicht es dem Arbeitnehmer lediglich, künftig Geld zu verdienen. Eine Abfindung wegen des Verlustes des Arbeitsplatzes ist damit Lohnersatz und mithin unterhaltspflichtiges Einkommen, aber kein zugewinnausgleichspflichtiges Vermögen.

B. Diskussion

Professor Dr. Volker Rieble, ZAAR:

Hier ein Hinweis an die Praxis: Jeder Arbeitsrechtsberater muß jetzt einen Mandanten, der bald eine Abfindung bekommt, zum fürsorglichen Scheidungsantrag ermuntern, um die Abfindung aus dem Zugewinnausgleich herauszuholen. Er muß sich zumindest erkundigen, ob es familiäre Probleme gibt. Ansonsten wäre das natürlich ein massiver Beratungsfehler, vielleicht auch ein Grund zur Anwaltshaftung, wenn man hier die familienrechtlichen Folgen nicht berücksichtigt. Jeder Arbeitsrechtsanwalt muß ja die sozialrechtlichen Folgen der Abfindung kennen. Dementsprechend wird man von ihm auch die Einhaltung der Rechtsordnung verlangen dürfen sowie in Zukunft, daß er die familienrechtlichen Folgen kennt. Im übrigen hat mich schwerst schockiert, daß wir im Arbeitsrecht eigentlich familienfreundlicher sein sollen als das Familienrecht. Das ist schwer zu fassen. 47

Professor Dr. Dagmar Kaiser, Johannes Gutenberg-Universität Mainz:

Wenn ich vielleicht gerade noch einmal zusammenfassen darf: Der erste Fall des Bundesgerichtshofs war ein Fall der Anwaltshaftung. Die Anwälte hatten zum Unterhaltsvergleich geraten und die Abfindung aber nicht im Zugewinnausgleich berücksichtigt. Die Frau hat dann Schadensersatzansprüche gegen die Anwälte erfolgreich durchgesetzt – mit Hilfe des Bundesgerichtshofs. In der letzten Entscheidung hat der Bundesgerichtshof gesagt, die Eheleute könnten etwas Abweichendes vereinbaren. Als Anwalt kann man also auch sagen: Ihr dürft die Abfindung dem Unterhalt zuschlagen, das müßt ihr dann aber auch irgendwie vereinbaren, nicht zwingend in der Form des Ehevertrags, aber ihr müßt es vereinbaren. Wenn man aber nichts vereinbart, dann fällt es eben nach der Rechtsprechung in den Zugewinnausgleich. 48

Professor Dr. Marita Körner, Fachhochschule für Wirtschaft, Berlin:

Frau Kaiser, ich habe nur eine kleine Zusatzfrage. Sie haben am Anfang gesagt, im Familienrecht ginge es nur ums Geld – ich weiß schon, es ist plakativ gemeint – und dann den sehr eindringlichen Satz hinzugefügt: Die Vereinbarkeit von Beruf und Familie interessiert das Familienrecht nicht. In diesem Zusammenhang ist mir gleich das Stichwort Kindeswohl eingefallen und ich habe mich erinnert, daß in den siebziger und achtziger Jahren – also insbesondere nach der großen Familienrechtsreform in den siebziger Jahren – dieses Kindeswohl für lange Zeit ganz oben auf der Agenda zu den Sorgerechtsfragen stand. Und jetzt meine Frage: Ist das völlig untergegangen? Man könnte sich ja vorstellen, daß man gerade aus Kindeswohlüberlegungen diese Erwerbsobliegenheiten etwas zurückstellen müsse. Sie haben ja nur den einen Fall genannt, wo das mal ausnahmsweise so war, damit das Kind ordnungsgemäß betreut ist. Mittlerweile hat man ja kinderpsychologisch neu erforscht, daß es auch wichtig ist, daß die Kinder mit beiden Elternteilen Umgang ha- 49

ben. Also, gibt es da Ansätze in der Rechtsprechung? Wenn nein, kann man da was machen? Sollte es sie geben? Soll der Gesetzgeber tätig werden? Wie kann man das möglicherweise integrieren?

Dagmar Kaiser:

- 50** Das Kindeswohl ist natürlich nicht heruntergefallen, auch durch die Kindschaftsrechtsreform 1998. So ist es natürlich noch viel stärker ins Gesetz gekommen. Wobei das eben immer mehr eine Appellfunktion an die Eltern ist. Aber in den unterhaltsrechtlichen Fragen wird es überhaupt nicht berücksichtigt. Das Kindeswohl steht in den ganzen Unterhaltsparagraphen nicht drin. Das geht eben mehr bei der Personensorge. Da ist natürlich das Kindeswohl im Vordergrund. Auch bei der Frage, wer das Sorgerecht nach der Scheidung der Ehe bekommt, ist das Kindeswohl schon noch im Mittelpunkt. Man kann es auch überlegen bei Sorgerechten von Stiefeltern, aber sobald es um Geld geht, interessiert das Kindeswohl nicht. Und, wie gesagt, das Urteil des Oberlandesgerichts Bamberg ist noch relativ jung, der Fall ist zwei bis drei Jahre alt. Das war der einzige Fall, den ich gefunden habe, wo das überhaupt einmal eine Rolle gespielt hat. Sonst wurde eher gesagt, arbeite wirklich nachts, egal wann, und zieh um, damit du arbeiten kannst. Man darf auch nicht den Arbeitsplatz aufgeben, um in die Nähe der Kinder zu ziehen, wie es ein Unterhaltsschuldner getan hat, der wieder in die neuen Bundesländer zurückgezogen ist, wo er dann eben keine Arbeit fand. Wie kann man das ändern? Etwas ins Gesetz hineinschreiben? Da müßte man einmal darauf hinarbeiten. Es scheint sich ja ein bißchen was zu ändern, wobei, wie gesagt, bei einer Unterhaltsrechtsreform mit Blick auf die Erwerbsobliegenheiten der Mütter, die Kinder betreuen, eher das Gegenteil der Fall wäre. Die Mutter will eben, daß mehr gearbeitet wird, um den anderen unterhaltsrechtlich nicht zu belasten.

Marita Körner:

- 51** Nur ein Nachsatz: Es heißt ja dann eigentlich, wir haben nicht nur einen Widerspruch zwischen Familienrecht und Arbeitsrecht, sondern auch innerhalb des Familienrechts. Das sind ja ganz unterschiedliche Wertungen. Das Kindeswohl beachten wir nur bei Sorgerechtsfragen und im Unterhaltsrecht vergessen wir das plötzlich wieder vollständig? Ist der Eindruck richtig?

Dagmar Kaiser:

- 52** Kann man so sagen. Das wäre jedenfalls meine Wertung. Ob das jeder so unterschreibt, weiß ich allerdings nicht.

Professor Dr. Abbo Junker, ZAAR:

Das ist ja interessant: Nicht nur Teilrechtsgebiete sind nicht aufeinander abgestimmt – was man verstehen kann, weil unterschiedliche Gerichtszweige damit befaßt sind – sondern auch innerhalb des Familienrechts hat man Diskrepanzen. **53**

Dr. Steffen Klumpp, ZAAR:

Zu dieser Kongruenz von Familienrecht und Arbeitsrecht: Der Vorschlag von Frau *Strick* vorhin, nur die minderjährigen Kinder in die Sozialauswahl einzubeziehen, halbt nach, und ich habe darüber nachgedacht, was Sie gesagt haben. Es ist ja scheinbar paradox und widerspricht sich. Das Familienrecht versucht, die Menschen über Unterhaltspflichten quasi ins Arbeitsverhältnis zu drängen, jedenfalls wenn man die Fälle, die sie genannt haben, betrachtet. Und das Arbeitsrecht nimmt das in der jetzigen Form des § 1 Abs. 3 KSchG auch mit den Unterhaltspflichten auf. Der Vorschlag von Frau *Strick* wendet sich ja dagegen, indem er sagt, Unterhaltspflichten werden gerade nicht mehr umfassend berücksichtigt. Ich denke aber, das ist nur ein scheinbares Paradox. Und hier heißt es dann vielleicht auch im Arbeitsrecht: vom Familienrecht lernen, heißt siegen lernen. Weil ja das Familienrecht bei den Unterhaltspflichten und der Begründung der Unterhaltspflichten – insbesondere was das Eingehen eines Arbeitsverhältnisses betrifft – doch das Prinzip der Selbstverantwortung des Unterhaltspflichtigen hoch hängt. Und das ist ja auch die Lehre von Frau *Strick*, wenn ich das richtig verstanden habe, daß auch die Selbstverantwortung derjenigen, die Unterhalt bekommen und über 18 sind, gefordert wird. So daß man dann auch durchaus systemkongruent ist. **54**

Dagmar Kaiser:

Ja, das finde ich auch. Als Frau *Strick* ihren Vortrag gehalten hat, habe ich auch dran gedacht, daß es ja eigentlich zusammenpaßt, also zumindest die momentanen Bestrebungen im Unterhaltsrecht, die Mutter praktisch wieder stärker in die Pflicht zu nehmen und in die Arbeitstätigkeit zu drängen. Das paßt dazu, daß sie eben selbst für sich sorgen muß, und daß dann tatsächlich nur die Unterhaltspflichten gegenüber Kindern – das ganze jetzt noch einmal offengelassen – maßgeblich sind. **55**

Marita Körner:

Was Sie jetzt gesagt haben – und was Sie ja auch unterstützen –, diese beiden Positionen, die stützen – wahrscheinlich nicht beabsichtigt – auch meine Position. Ich habe gesagt, ich plädiere eigentlich für Gleichstellungsmaßnahmen, um Vereinbarkeit von Familie und Beruf zu fördern. Und diese sollen natürlich darauf hinauslaufen, daß zwei erwachsene Personen sich selbst unterhalten. Also im Grunde genommen kriege ich da für meine Position Unterstützung von zwei Seiten, das freut mich ganz besonders. **56**

Dagmar Kaiser:

- 57** Das, was sich wirklich aus familienrechtlicher Sicht herauskristallisiert und dann auch zur Vereinbarkeit von Familie und Beruf aus arbeitsrechtlicher Sicht führen kann, sind eben gesteigerte Kinderbetreuungsmöglichkeiten. Ich meine dieser Anspruch auf einen Kindergartenplatz steht zwar im Gesetz, aber, je nachdem, wo dieser dann gerade liegt und was für Öffnungszeiten er hat, ermöglicht er eine Berufstätigkeit ja dann doch nur eingeschränkt. Und da wären Ansatzpunkte – vielleicht über Betriebskindergärten oder Kooperationen von Unternehmen mit öffentlichen Trägern – Betreuungsmöglichkeiten zu schaffen. Das würde das am ehesten – gerade in den Fällen, in denen nur ein alleinerziehender Mensch da ist – unterstützen.

Volker Stück, IBM Business Services GmbH:

- 58** Ich habe aktuell gerade den Fall – und da geht es jetzt um die betriebliche Altersversorgung –, daß wir von einem Mann, der sich im Scheidungsverfahren befindet, eine Anfrage haben. Die betriebliche Altersversorgung ist so ausgestaltet, daß die Ansprüche nicht auszahlbar sind, das heißt, sie werden erst fällig im Versorgungsfall. Die Frau verlangt jetzt über den Zugewinnausgleich die entsprechende Kapitalisierung. Und – das habe ich jetzt ihren Ausführungen entnommen – es geht im Familienrecht ums Geld. Jetzt einfach die Frage: Ist das richtig bzw. was ist die Ratio dahinter, daß die Frau jetzt von dem Mann einen Geldanspruch verlangen kann, obwohl der selbst an die Leistungen gar nicht herankommen könnte?

Dagmar Kaiser:

- 59** Weil jetzt die Ehe geschieden wird. Versorgungsausgleich. Sie bekommt den Anspruch, sie bekommt den Versorgungsausgleich. Ich bin keine Fachfrau des Versorgungsausgleichs. Das können nur ganz wenige. Das sind Versicherungsmathematiker, die Ihnen da weiterhelfen können.

Volker Stück:

- 60** Ich meine, sie hat einen Auszahlungsanspruch und keinen Anspruch nur auf Übertragung der Anwartschaft.

Dagmar Kaiser:

- 61** Da bin ich mir nicht sicher, wie das bei der betrieblichen Altersversorgung ist. Da bin ich jetzt wirklich überfragt, weil ich mich mit diesen Versorgungsausgleichsfragen zum Glück nicht befasse. Ich bin ja schon im Schwerpunkt Arbeitsrechtlerin und nicht Familienrechtlerin.

Volker Rieble:

Ich kann dazu was sagen. Es ist folgendermaßen: Dem privaten Arbeitgeber wird grundsätzlich nicht zugemutet, mit der Ehefrau in ein Versorgungsverhältnis zu treten. Das wird nur den staatlichen Rentenversicherungsträgern zugemutet, deswegen kann dort die Anwartschaft übergeleitet werden. Bei der betrieblichen Altersversorgung ist es so, daß der Versorgungsausgleich dadurch gesichert wird, daß die Ehefrau erst in der Sekunde an den Bezügen partizipiert, in der der Versorgungsfall eintritt. Ich möchte Ihnen aber raten, machen Sie als Arbeitgeber um Gottes willen keine Scheidungs- und Versorgungsausgleichsberatung, denn wenn Sie falsch beraten, haften Sie garantiert für jeden Fehler. Da würde ich wirklich sagen, Scheidung ist das absolute Privatvergnügen des Arbeitnehmers. Da muß der Arbeitgeber keine Hilfestellung leisten. 62

Professor Dr. Hermann Reichold, Eberhard Karls Universität Tübingen:

Noch einmal ganz kurz: Ich habe bei Ihrem Referat, Frau *Kaiser*, natürlich ein bißchen auf das berühmt-berüchtigte Diktum von *Bernd Rüthers* gewartet. Der hat sich ja jahrzehntelang mit dem Satz durch große Vorträge gehangelt: „Meine sehr geehrten Damen und Herren, Sie wissen, die Ehe ist leichter zu scheiden als das Arbeitsverhältnis“. Es war jahrelang gut für Lacherfolge und ich frage mich, ob dies vielleicht so eine Art gemeinsamen Nenner für dieses Referat möglich macht. Ich bin mir nicht sehr sicher. Das einzige, was mir richtig zu sein scheint, ist, daß wir diese sozusagen historische Sicht der Familie natürlich im Unterhaltsrecht einerseits und im Arbeitsrecht andererseits zunehmend ad acta legen müssen. Man könnte auch sagen, die Industrialisierung hat die Familie möglicherweise so stark im Griff, daß wir einem familienpolitischen Leitbild entgegenlaufen, das dazu führt – wie zuletzt auch in der FAZ wieder stand – daß sich die Familie morgens um halb acht in alle Winde zerstreut und frühestens um 18.00 Uhr wieder zusammenkommt. Also mit diesen Leitbildern, glaube ich, machen wir natürlich keineswegs Rechtsregeln. Wir müssen uns nur im klaren sein, daß es in der Tat die Lebenswirklichkeit erfordert, auch davon ausgehen zu können. Und ich denke, sowohl das Familienrecht wie auch das Arbeitsrecht hat dieses letztendlich schon im Blick. Wobei das, was ich heute gelernt habe, ist, daß der Fokus jetzt stärker auf die minderjährigen Kinder zu richten ist. Und da könnte man vielleicht, wenn ich das etwas sehr vereinfache, sagen, daß das Kindeswohl auf der einen Seite im Scheidungsfall und im Unterhaltsfall auf der anderen Seite im Vordergrund stehen soll. Das ist jetzt die Aufgabe, die im Arbeitsrecht eigentlich noch aussteht. Ich denke, daß im Arbeitsrecht Familienschutzregelungen stärker im Auge bleiben sollten. Das heißt nicht mehr die eheliche Partnerschaft für sich genommen, sondern die Fürsorge bzw. der Unterhalt der Familie. Und wenn man das tut – das ist jetzt die sehr umständlich vorgenommene Fragestellung an Sie – kann man das nicht vielleicht doch als eine Art von Ertrag Ihres schwierigen Themas aus dem ganzen ableiten? Das war jetzt dazu zu sagen: Von *Rüthers* bis zu *Kaiser* ist es eben ein langer Weg. 63

Dagmar Kaiser:

- 64** Also für mich sowieso. Ich glaube schon, daß man sich wirklich stärker auf das Kind, also auf das Wohl des Kindes, konzentrieren sollte. Und in der Tat ist das auch beim Unterhalt mitzuberücksichtigen. Und wie macht man das? Es ist schwierig. Der einzige Vorschlag, der jetzt auch mit dem Familienrecht bei diesen pathologischen Fällen harmoniert, wäre eben mehr Kinderbetreuung. Momentan sind die pathologischen Fälle ja noch nicht in der Mehrzahl. Wobei: Der letzte Mikrozensus hat ergeben, daß 18% der Kinder in Deutschland bei Alleinerziehenden aufwachsen, die anderen 70% in Ehen und die anderen in Lebenspartnerschaften, die nicht näher spezifiziert werden, nichtehelich oder gleichgeschlechtlich. Wobei natürlich gerade die Unterhaltsansprüche teilweise diese Kinder betreffen, weil das auch Zweit- und Drittehen sind, wo dann trotzdem solche Unterhaltsansprüche geltend gemacht werden. Das haben wir jetzt auch noch gar nicht berücksichtigt, dieses Zusammenleben nicht nur mit den biologischen Eltern, sondern mit Zweit-, Dritteltern, als Stiefeltern und so weiter.

Privatdozentin Dr. Martina Benecke, Georg-August-Universität Göttingen:

- 65** Mir ist beim Zuhören Ihres Referats und bei den Diskussionsbeiträgen ein ein bißchen provozierendes Fazit eingefallen. Da wollte ich Sie fragen, ob das stimmt, daß man das so auf den Punkt bringen kann. Wir haben ja in dieser Veranstaltung oft darüber diskutiert, was eigentlich das Familienwohl ist, was dem Kindeswohl entspricht. Und mir ist gerade eingefallen, daß man es im Grunde eigentlich provozierend so auf den Punkt bringen könnte: Im Arbeitsrecht entspricht es dem Familien- und Kindeswohl, die Betreuung der Kinder auch durch die berufstätigen Eltern zu ermöglichen und im Familienrecht scheint es eher umgekehrt zu sein. Da entspricht es nämlich offenbar dem Familien- bzw. Kindeswohl, daß die Eltern, ungeachtet des Betreuungsbedarfs der Kinder, möglichst viel arbeiten. Kann man das so zusammenfassen? Und liegt das möglicherweise auch daran, daß das Familienrecht, wie Sie schon richtig gesagt haben, nur die pathologischen Fälle erfaßt?

Dagmar Kaiser:

- 66** Also daran, daß es nur die pathologischen Fälle erfaßt, liegt es mit Sicherheit. Das sind dann zwei verschiedene Arten von Kindeswohl. Das eine ist das leibliche Kindeswohl - das Kind umsorgt von Mutter oder Vater, typischerweise der Mutter. Das Familienrecht hat nur das pekuniäre Kindeswohl im Auge. Es handelt sich um ein Einheitskind. In der Tat, muß man einfach sagen, daß es im Familienrecht wirklich in den meisten Fällen, die entschieden werden, um das Existenzminimum geht, um die Grundsicherung des Kindes mit Hilfe des Arbeitsentgelts. Und dahinter tritt das leibliche Wohl - also das Umhegtwerden - zurück.

Abkürzungsverzeichnis

a.A.	anderer Auffassung	betr.	betrifft
ABIEG	Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaft	BetrVG	Betriebsverfassungsgesetz
abw.	abweichend	BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
a.F.	alte Fassung	BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
abl.	ablehnend	BGBI	Bundesgesetzblatt
Abs.	Absatz	BGH	Bundesgerichtshof
abw.	abweichend	BMFSFJ	Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen und Jugend
AcP	Archiv für civilistische Praxis	BMJ	Bundesministerium der Justiz
ADG	Antidiskriminierungsgesetz	BT-Drucks	Drucksachen des Deutschen Bundestages
AGB	Allgemeine Geschäftsbedingungen	BUrlG	Bundesurlaubsgesetz
AGG	Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz	BVerfG	Bundesverfassungsgericht
AiB	Arbeitsrecht im Betrieb	ca.	circa
Anm.	Anmerkung	CERTOP	Centre d'Etude et de Recherche Travail Organisation Pouvoir
AP	Arbeitsrechtliche Praxis	CNRS	Centre National de la Recherche Scientifique
APS	Ascheid/Preis/Schmidt, Kündigungsrecht	d.h.	das heißt
ArbG	Arbeitsgericht	DAVorm	Der Amtsvormund
ArbVG	Arbeitsverfassungsgesetz	ders.	derselbe
ArbZG	Arbeitszeitgesetz	DGB	Deutscher Gewerkschaftsbund
Art.	Artikel	DIHK	Deutscher Industrie- und Handelskammertag
ATG	Altersteilzeitgesetz	DKK	Däubler/Kittner/Klebe: Kommentar zum Betriebsverfassungsgesetz
AuA	Arbeit und Arbeitsrecht	DM	Deutsche Mark
Aufl.	Auflage	DStR	Deutsches Steuerrecht
AuR	Arbeit und Recht	dt.	deutsche/r/s
BAG	Bundesarbeitsgericht	ErfK	Erfurter Kommentar
BAT	Bundesangestellten-tarifvertrag	EstG	Einkommensteuergesetz
BB	Der Betriebs-Berater		
Bd.	Band		
BEEG	Bundeseltern- und Elternzeitgesetz		
Beil.	Beilage		
BErzGG	Bundeserziehungsgeld-gesetz		

EU.....	Europäische Union	ILO	International Labour Organization
EuGH.....	Europäischer Gerichtshof	JArbSchG	Jugendarbeitsschutzgesetz
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht	JZ.....	Juristenzeitung
EVV	Europäischer Verfassungsvertrag	KG	Kommanditgesellschaft
EWG.....	Europäische Wirtschaftsgemeinschaft	Kl.	Kläger
EzA	Entscheidungssammlung zum Arbeitsrecht	KR	Gemeinschaftskommentar zum Kündigungsschutzgesetz
f.	folgende Seite	krit.	kritisch
FamRZ	Zeitschrift für das gesamte Familienrecht	KSchG	Kündigungsschutzgesetz
FAZ	Frankfurter Allgemeine Zeitung	LAG.....	Landesarbeitsgericht
ff.	folgende Seiten	LS.....	Leitsatz
FFG	Forschungszentrum Familienbewusste Personalpolitik	MDR.....	Monatsschrift für Deutsches Recht
FS	Festschrift	Mio.	Million/en
FÜR.....	Familie, Partnerschaft, Recht	Mrd.	Milliarde/n
FuR	Familie und Recht	MTV	Manteltarifvertrag
GewO	Gewerbeordnung	MünchHdbuch ...	Münchner Handbuch
GG	Grundgesetz	MünchKomm.....	Münchner Kommentar
GK	Großkommentar; Gemeinschaftskommentar	MuSchG	Mutterschutzgesetz
GK-BetrVG.....	Gemeinschaftskommentar zum Betriebsverfassungsgesetz	m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
Hg.....	Herausgeber	n.F.	neue Fassung
HK-KSchG	Handkommentar Kündigungsschutzgesetz	n.v.	nicht veröffentlicht
i.d.R.	in der Regel	NJW	Neue Juristische Wochenschrift
i.V.m.	in Verbindung mit	NJW-RR	NJW-Rechtsprechungs-Report
IAB	Institut für Arbeitsmarkt- und Berufsforschung	Nr.	Nummer
IBM	International Business Machines	Nrn.	Nummern
IG Metall.....	Industriegewerkschaft Metall	NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
		NZA	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht
		NZA-RR	NZA-Rechtsprechungs-Report
		o.a.	oben angegeben
		o.ä.	oder ähnliches
		OECD	Organisation for Economic Cooperation and Development
		OLG	Oberlandesgericht
		OLG-NL.....	OLG-Rechtsprechung Neue Länder

OLGR	OLG-Report	vgl.....	vergleiche
OVG	Oberverwaltungsgericht	WSI	Wirtschafts- und
PflegeZG	Pflegezeitgesetz		Sozialwissenschaftliches
PfWG	Pflege-Weiter- entwicklungsgesetz		Forschungsinstitut in der Hans-Böckler-Stiftung
Rn.	Randnummer	z.B.	zum Beispiel
S.	Seite; Satz	z.T.	zum Teil
s.	siehe	z.Zt.	zur Zeit
SchIHA	Schleswig-Holsteinische Anzeigen	ZAAR	Zentrum für Arbeits- beziehungen und Arbeitsrecht
SGB	Sozialgesetzbuch	ZBR	Zeitschrift für Beamtenrecht
sog.	sogenannte/r/s	ZDG.....	Zivildienstgesetz
TAG	Tagesbetreuungs- ausbaugesetz	ZfA	Zeitschrift für Arbeitsrecht
THW	Technisches Hilfswerk	ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
TV RatAng	Tarifvertrag über den Rationalisierungsschutz für Angestellte	ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik
TVG	Tarifvertragsgesetz	ZTR	Zeitschrift für Tarif-, Arbeits- und Sozialrecht des öffentlichen Dienstes
TzBfG	Teilzeit- und Befristungsgesetz		
u.a.	unter anderen/unter anderem		
u.ä.	und ähnliches		
USA.	United States of America		
v.	von/m		
ver.di	vereinte Dienstleistungs- gewerkschaft		

Sachregister

Arbeitnehmerähnliche § 1 52 f.

Arbeitnehmerschutzrecht § 1 50

- arbeitsrechtlicher Bestandsschutz
- kein Bestandsschutz bei Aufhebungsvertrag **§ 4 19**
- kein Bestandsschutz bei Befristung **§ 4 14**
- kein Bestandsschutz bei Nichtigkeit und Anfechtung **§ 4 22**
- und Familie **§ 4 1**
- Arbeitszeitkonten **§ 2 49 ff.**

Benachteiligung

- Begriff **§ 3 15**
- Rechtfertigung **§ 3 18**
- Rechtsfolge **§ 3 22**

Betreuungseinrichtung § 1 10, § 1 13, § 2 27, § 2 60

- Betriebsvereinbarung
- Berufsrückkehr- und Qualifikationsmaßnahmen **§ 2 42**
- Kontrolle der Familienverträglichkeit **§ 1 47**
- Verlängerung der Elternzeit **§ 2 39 f.**
- zum Thema Familie und Beruf **§ 2 35**
- zum TzBfG **§ 2 36**

Diskriminierung § 3 9

- wegen der sexuellen Identität **§ 3 12**

- wegen des Alters **§ 3 10**
- wegen des Geschlechts **§ 3 9**

Diskriminierungsschutz

- § 1 8**
- AGG **§ 3 14 f.**
- Hintergrund **§ 3 1**
- Verhältnis zum Kündigungsschutz **§ 3 32 f.**
- Verhältnis zur Sozialauswahl **§ 3 37 f.**
- Diskriminierungsverbot
- Entgeltgleichheit **§ 3 43**
- Doppelverdienst **§ 4 40 ff.**

Ehegattensplitting

- § 2 10**
- Ehegattenunterhalt **§ 5 45**
- Elterngeld **§ 1 23, § 2 10**
- Elternzeit **§ 1 17, § 1 24, § 1 4, § 2 29, § 5 29**
- Kredit **§ 2 54, § 2 65**

Familie

- Begriff **§ 4 6**
- Familienbericht
- siebter **§ 2 4**
- Familienförderung **§ 2 7 ff.**
- mittelbare Ungleichbehandlung **§ 3 45, § 3 53**

Gleitzeit § 2 27, § 2 48

Homeoffice § 2 71

Interessenvertretungen § 1 44, § 1 48

Kinderbetreuung § 2 60

- in Betriebsvereinbarungen **§ 2 38**
- Kosten-Nutzen-Rechnung **§ 2 2**
- Kündigung
- betriebsbedingt **§ 4 29**
- personenbezogen **§ 4 26**
- verhaltensbedingt **§ 4 27**
- Kündungsverbot **§ 1 4, § 4 12, § 4 24**

mittelbare

- Diskriminierung**
- Begriff **§ 3 51**
- Mutterschaftsgeld **§ 1 23**
- Mutterschutz **§ 1 4**

niedersächsisches Modell § 2 25

Return-Programme § 2 43

- Sozialbindung des Vertrages § 1 20, § 1 51**
- Sozialplan **§ 1 26, § 5 39**

- Teilzeitanpruch § 1 38, § 1 4, § 1 5, § 1 60**
- Telearbeit **§ 2 37, § 2 77**

Unterhaltsgläubiger

- Erwerbsobliegenheit
§ 5 22 ff.

Unterhaltungspflicht

- und Sozialauswahl
§ 4 34 ff.

Unterhaltsrechtsreform

§ 5 33

Unterhaltsschuldner

- Erwerbsobliegenheit
§ 5 17
- gesteigerte Erwerbsobliegenheit
§ 5 20

- Obliegenheit zur Kündigungsschutzklage
§ 5 15
- verschuldete Leistungsunfähigkeit
§ 5 6 ff.

Vereinbarkeit von Beruf

**und Familie § 2 16 f.,
§ 2 2, § 2 44, § 2 61,
§ 5 49**

Verteilungseffekte

§ 1 28 ff., § 1 58

- Wirkung **§ 1 35**

Vertrauensarbeitszeit

§ 2 71, § 2 74, § 2 76

Verwässerungseffekte

§ 1 36 ff.

Work-Life-Balance

§ 2 19, § 2 61

Zugewinnausgleich

§ 5 34, § 5 35

ZAAR Schriftenreihe

Herausgegeben von Volker Rieble und Abbo Junker

ISSN 1863-0847

Band 1

Zukunft der Unternehmensmitbestimmung

1. ZAAR-Kongreß

ZAAR Verlag 2004, ISBN 978-3-9809380-1-3

Band 2

Zukunft des Arbeitskampfes

1. Ludwigsburger Rechtsgespräch

ZAAR Verlag 2005, ISBN 978-3-9809380-2-0

Band 3

Zukunft der Arbeitsgerichtsbarkeit

2. ZAAR-Kongreß

ZAAR Verlag 2005, ISBN 978-3-9809380-3-7

Band 4

Robert Lubitz

Sicherung und Modernisierung der Unternehmensmitbestimmung

ZAAR Verlag 2005, ISBN 978-3-9809380-4-4

Band 5

Transparenz und Reform im Arbeitsrecht

2. Ludwigsburger Rechtsgespräch

ZAAR Verlag 2006, ISBN 978-3-9809380-5-1

Band 6

Reformdruck auf das Arbeitsrecht in Europa – Wie reagieren nationale Rechtsordnungen?

3. ZAAR-Kongreß

ZAAR Verlag 2006, ISBN 978-3-9809380-7-5

Band 7

Till Broucker

Unternehmensmitbestimmung und Corporate Governance

ZAAR Verlag 2006, ISBN 978-3-9809380-8-2

Band 8

Folgenabschätzung im Arbeitsrecht

Tagung am Bundesarbeitsgericht

ZAAR Verlag 2007, ISBN 978-3-9809380-9-9