

§ 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 nahelegen, 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 schönen 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.erfolgskfaktor-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 **Arbeitszeitlage** können Eltern nur ausnahmsweise durchsetzen:

- 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 = ArbUR 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 Einstellungs-vorrang 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 Beschäftigungsverbotens 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. In- des 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 zuvorige 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*, Ordnungswirtschaftliche 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 Teilzeitanpruch 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 familiennütziges 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 Teilzeitanspruch nach § 8 TzBfG, der neben den Elternzeitanspruch und den Teilzeitanspruch der Schwerbehinderten tritt. Diese Verwässerung äußert sich in zwei Wirkungen:

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

Diese Verwässerung ist schlechterdings nicht nachvollziehbar: Der einzelne Arbeitnehmer kann aus schlechthin egoistischen Gründen Teilzeit und deren Lage beanspruchen, sei es für ein lukratives Zweitarbeitsverhältnis, für Vorarbeiten zur beruflichen Verselbständigung, im Interesse einer zeitraubenden Freizeitgestaltung oder auch nur aus Faulheit. Daß Eltern mit einem anerkennenswerten zeitlichen Betreuungsbedarf für ihre Kinder hier im wesentlichen solchen Egoisten gleichgestellt sind, ja hinsichtlich der Arbeitszeitalage sogar schlechter stehen, begreife ich nicht. **39**

Eine starke und ebenso angreifbare Verwässerung der Elternposition erfolgt im Rahmen der Sozialauswahl: Die Berücksichtigung von Unterhaltslasten in der Sozialauswahl³⁹ ist ein schnödes Feigenblatt. Letztlich werden Eltern mit betreuungsbedürftigen Kindern durch die starke Betonung von Alter und Betriebszugehörigkeit benachteiligt⁴⁰:

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 Arbeitnehmer 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 Auswahl 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 Arbeitszeitlage 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 *Niederhoff*, 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 überprüfbarem 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 Arbeitszeitlage, 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.