

Entgeltfortzahlung bei menstruationsbedingtem Arbeitsausfall in Spanien

Spanien schafft als erstes Land in Europa rechtliche Regelungen bei vorübergehender Arbeitsunfähigkeit aufgrund von Menstruationsbeschwerden

María Luisa Molero Marañón

Professorin für Arbeits- und Sozialversicherungsrecht, Universidad Rey Juan Carlos, Madrid; übersetzt von **Katharina Miller**, LL.M. (Luxemburg), Gründungsvorsitzende der djb-Regionalgruppe Madrid und Gründungspartnerin der Kanzlei Miller International Knowledge und **Nora Tuchelt**, Jurastudentin und Praktikantin in der djb-Geschäftsstelle, Berlin

Am 1. März 2023 wurde in Spanien das *Ley Orgánica 1/2023* vom 28. Februar 2023 im Staatsanzeiger (*BOE*) veröffentlicht.¹ Mit diesem wurde die seit 2010 geltende Rechtslage über die sexuelle und reproduktive Gesundheit und den freiwilligen Schwangerschaftsabbruch reformiert. So ist Spanien heute das erste Land in der Europäischen Union, in dem ein Recht auf sozialen Schutz bei vorübergehender Arbeitsunfähigkeit aufgrund von Menstruationsbeschwerden gesetzlich anerkannt wird.

Zuvor wurden bereits in einigen Stadtverwaltungen in Spanien (Girona, Castellón de la Plana) gesetzliche Regelungen zum Schutz vor Lohnwegfall wegen menstruationsbedingten Arbeitsausfällen erlassen. Im Rahmen von Tarifverträgen wurde eine Sondererlaubnis geschaffen, die es Frauen*,² die an Dysmenorrhoe (Menstruationsbeschwerden) leiden, ermöglicht, sich während der Periode für bis zu acht Stunden von der Arbeit freizustellen. Diese menstruationsbedingte fehlende Arbeitsleistung musste daraufhin in den drei darauffolgenden Monaten nachgeholt werden. So sollte es Menstruierenden ermöglicht werden, kurzfristig bei starken Regelbeschwerden nach Hause gehen zu können und die Arbeitsstunden nachzuholen, wenn es ihnen besser geht.

Das im März verabschiedete Gesetz hingegen erkennt ein neues Recht auf Krankschreibung in allgemeiner Form an. Außerdem wurde eine neue und ganzheitliche Definition bezüglich der sexuellen und reproduktiven Gesundheit von Frauen* geschaffen. Denn ähnlich wie der Hohe Kommissar der Vereinten Nationen für Menschenrechte die sexuelle und reproduktive Gesundheit von Frauen mit der Wahrung von Menschenrechten in Verbindung bringt, heißt es in der Präambel des *LO 1/2023*, dass „das Recht auf sexuelle und reproduktive Gesundheit Teil des Rechts aller Menschen auf das erreichbare Höchstmaß an körperlicher und geistiger Gesundheit“ ist. Darunter fällt das Recht auf Leben, Gesundheit, Privatsphäre, Bildung und das Verbot der Diskriminierung. In der Entschließung des Europäischen Parlaments vom 24. Juni 2021 zur Lage der sexuellen und reproduktiven Gesundheit und der damit verbundenen Rechte in der Europäischen Union wird im Zusammenhang mit der Frauengesundheit betont, wie wichtig es sei, die sexuellen und reproduktiven Rechte in der EU zu gewährleisten. Dabei wird

die reproduktive und sexuelle Gesundheit als ein Zustand des körperlichen, emotionalen, geistigen und sozialen Wohlbefindens in Bezug auf alle Aspekte der Sexualität und Fortpflanzung und nicht nur als die Abwesenheit von Krankheiten, Funktionsstörungen oder Gebrechen definiert. Genau diese vom EU-Parlament beschriebenen sexuellen und reproduktiven Rechte der Frauen soll das neue spanische Gesetz schützen und gewährleisten (s. Artikel 2.4 des *LO 1/2023* vom 28. Februar).

Bislang fielen unter den Begriff der Frauengesundheit grundsätzlich lediglich die Zustände der Schwangerschaft, der Geburt und des Wochenbetts. Mit dem neu verabschiedeten Gesetz sind in Spanien nun auch andere (Zyklus-)Phasen – wie die Menstruation, die Menopause und der Abbruch der Schwangerschaft mit umfasst. Um Fehlzeiten zu verhindern, wurden diese Faktoren bislang jedoch, auch wenn sie sich auf die Arbeitsfähigkeit ausgewirkt haben, von Betroffenen still erduldet. Dieses Versäumnis soll mit der Gesetzesnovelle behoben werden, indem sie zwei Zustände explizit berücksichtigt: die Arbeitsunfähigkeit aufgrund eines (freiwilligen oder unfreiwilligen) Abbruchs der Schwangerschaft und die sogenannten sekundären Menstruationsbeschwerden. Die Neuregelungen im letzteren Fall werden im Folgenden näher beleuchtet:

Die neue Verordnung bewertet arbeitseinschränkende Menstruationsbeschwerden als eine „besondere Situation der vorübergehenden Arbeitsunfähigkeit aufgrund allgemeiner Umstände“ (Art. 5b *LO*). Dafür müssen zwei Voraussetzungen vorliegen: Zum einen muss die Leistungsempfängerin* eine öffentliche Krankenversicherung haben und zum anderen muss sie arbeitsunfähig sein. Für die Geldleistung bei vorübergehender Arbeitsunfähigkeit genügten zuvor Menstruationsbeschwerden rechtlich betrachtet allein dann, wenn sie durch eine zuvor diagnostizierte Krankheit verursacht wurden (Art. 2.6 *LO 2/2010* vom 3. März 2010). Die Voraussetzung der diagnostizierten Krankheit stand jedoch unter Kritik: Denn Auswirkungen der Menstruation, die auch ohne vorherige Erkrankung entstehen können, blieben unbeachtet. Die Menstruation kann jedoch auch ohne frühere Grunderkrankung derart schmerzhafte Symptome und starke Blutungen hervorrufen, dass das Verrichten der Arbeit für die betroffene Person unmöglich wird. Zudem werden in der Präambel des *LO 1/2023* auch Krankheiten oder

1 Die *leyes orgánicas* – übersetzt: die Organgesetze und im Folgenden *LO* genannt – regeln gemäß Art. 81 der spanischen Verfassung bestimmte in der spanischen Verfassung aufgezählte Materien und unterliegen im Gesetzgebungsprozess besonderen verfahrensrechtlichen Bestimmungen im Vergleich zu den Vorgaben bzgl. „gewöhnlicher Gesetze“, den *leyes ordinarias*.

2 Das * wird hier verwendet, um zu markieren, dass mit „Frauen“ auch andere menstruierende Personen gemeint sind.

gesundheitsbeeinträchtigende Zustände wie „Endometriose, (...), polyzystischen Eierstöcken oder Schwierigkeiten beim Abfluss des Menstruationsblutes jeglicher Art (...)“ als weitere zur Arbeitsunfähigkeit gereichende Faktoren erwähnt.

Außerdem wird der Zugang zur vollständigen Gehaltszahlung erleichtert. So braucht die Leistungsempfängerin* gem. Art. 169.1 a), 172.1 des *Ley General Seguridad Social*³ nicht die Mindestbeitragszeit für die Sozialversicherung eingehalten haben, um die Gehaltszahlung über den Arbeitsausfall hinweg zu erhalten.

Zudem werden Krankheitszeiten aufgrund von Menstruationsbeschwerden für die Höchstdauer der Fortzahlung nicht kumuliert (Art. 169.2 *LGSS*). Das bedeutet, dass jede Krankschreibung als „neuer und unabhängiger Vorgang“ betrachtet wird, sodass die Höchstdauer auch bei einer zyklischen Wiederholung nicht ausgeschöpft wird. Im Gegensatz zur Leistung bei vorübergehender Arbeitsunfähigkeit, die vom vierten bis zum fünfzehnten Tag von der Arbeitgeber*in gezahlt wird, wird diese Leistung gem. Art. 173.1 *LGSS* ab dem ersten Tag des Arbeitsausfalls in voller Höhe von der Sozialversicherung übernommen. Die Arbeitgeber*in ist mithin bei der Gehaltszahlung aufgrund von menstruationsbedingtem Arbeitsausfall entlastet.

Besonders hervorzuheben ist, dass die wirtschaftlichen Kosten des menstruationsbedingten Ausfalls nun „sozialisiert“ werden. Denn nunmehr soll die nicht geleistete Arbeitszeit nicht von der Arbeitgeber*in oder der Menstruierenden, sondern von der Sozialversicherung kompensiert werden. Die Entlastung der Arbeitgebenden stellt zusätzlich ein geeignetes Mittel dar, um die gesellschaftliche Voreingenommenheit bezüglich der Fehlzeiten aufgrund von Menstruationsbeschwerden entgegenzuwirken. Denn läge die Lohnfortzahlung in der Verantwortung der Arbeitgeber*in bestünde die Gefahr, die Diskriminierung von Frauen* auf dem Arbeitsmarkt weiter zu vertiefen, da aufgrund des Risikos möglicherweise auf eine Einstellung oder Beförderung von Frauen* verzichtet werden würde.

Um die Vorurteile bezüglich periodenbedingten Fernbleibens von der Arbeit und der Diskriminierung von Frauen* weiter abzubauen, wären auch andere Maßnahmen denkbar

gewesen – beispielsweise ein gesetzlich festgesetztes Recht auf mobile Arbeit von zu Hause oder eine zeitweilige Änderung der Tätigkeitsart. Denn für die berufliche Kontinuität und den Karriereaufstieg würde so in jedem Fall versucht werden, der betroffenen Person das Erbringen ihrer Arbeitsleistung zu ermöglichen oder zu erleichtern, während als letzte Möglichkeit stets die Freistellung von der Arbeit und die Entgeltfortzahlung möglich wären. Der Anspruch auf Lohnfortzahlung bei vorübergehender Arbeitsunfähigkeit hätte dann – ähnlich wie bei den Regelungen für Leistungen während der Schwangerschaft oder der Stillzeit – *ultima ratio* sein können.

Neben dem Versäumnis des Erlasses eines solchen Rechts auf Modifizierung der Arbeit, wurde das periodenbedingte Freistellungsrecht darüber hinaus von Kritiker*innen als nicht notwendig erachtet. Laut ihnen könnten sich Betroffene einfach „normal“ krankschreiben lassen. Dies ist jedoch in Spanien nicht der Fall. Denn anders als in Deutschland besteht der Anspruch auf Lohnfortzahlung in Spanien erst ab dem dritten Krankheitstag – was häufig in etwa die Dauer der Arbeitsunfähigkeit aufgrund von Menstruation ist. Zudem liegt ein weiteres Problem in der zyklischen Wiederholung der Menstruationsbeschwerden. Diese kann zu einer Stigmatisierung der Betroffenen führen und hält viele davon ab, der Arbeit fernzubleiben, obwohl sie eigentlich arbeitsunfähig sind.

Auch aus diesem Grund sieht die Reform einen arbeitnehmer*innenfreundlicheren und effektiven Zugang zur Leistung bei vorübergehender Arbeitsunfähigkeit vor. Darüber hinaus stellen die Neuerungen grundsätzlich eine positive Entwicklung für Menstruierende dar. Denn die teils belastenden Situationen werden erstmals anerkannt und besonders geschützt. Dies könnte neben der Eindämmung der negativen gesellschaftlichen Wahrnehmung und der geschlechtsspezifischen Voreingenommenheit auch zur grundsätzlichen Enttabuisierung des Themas rund um die Frauen*gesundheit beitragen.

3 Im Folgenden *LGSS* genannt.

DOI: 10.5771/1866-377X-2023-3-142

Bericht: CSW67 – Innovation and technological change, and education in the digital age for achieving gender equality and the empowerment of all women and girls

Valentina Chiofalo

Wissenschaftliche Mitarbeiterin und Doktorandin am Lehrstuhl für Öffentliches Recht und Europarecht an der Freien Universität Berlin

Vom 6. bis zum 17. März 2023 fand in New York City die sogenannte CSW67 statt – dabei handelt es sich um die 67.

Sitzung der UN-Frauenrechtskommission (Commission on the Status of Women), dem Vertragsorgan der UN-Frauenrechtskonvention (CEDAW). Diese Sitzungen bieten Staaten, regionalen Vertreter*innen und Organisationen der Zivilgesellschaft einmal jährlich eine internationale Plattform, um gemeinsam über ausgewählte Themen sprechen zu können. Dieses Jahr