

AUFSÄTZE

Martin Franzen

Vereinbarkeit von Familie und Beruf – Der Beitrag des Arbeitsrechts

1 Einleitung

Das Thema „Vereinbarkeit von Familie und Beruf“ beschäftigt das Arbeitsrecht schon seit geraumer Zeit. So hat sich der 60. Deutsche Juristentag im Jahr 1994 auf der Grundlage des arbeitsrechtlichen Gutachtens von *Rolf Birk* und des sozialrechtlichen Gutachtens von *Maximilian Fuchs* dieser Thematik angenommen.¹ Die Diskussion war stets verknüpft mit gleichstellungspolitischen Aspekten.² Wenn Frauen in wesentlich stärkerem Umfang als Männer Zeit für die Erfüllung von Familienpflichten aufwenden, liegt es nahe, dass Maßnahmen zur Förderung der Gleichstellung von Frauen mit Männern im Berufsleben wenigstens mittelbar auch der Vereinbarkeit von Familie und Beruf dienen. Rechtlich sind beide Zielrichtungen gleichwohl zu trennen. In der Vergangenheit wurde das Thema vor allem mit Blick auf die bessere Integration von Familien – und das heißt aufgrund der geringeren Erwerbsbeteiligung von Frauen gegenüber Männern insbesondere von Frauen – mit Kindern in den Arbeitsmarkt diskutiert. In jüngerer Zeit erweitert sich das Blickfeld vor dem Hintergrund der demografischen Entwicklung auf die ältere und pflegebedürftig werdende Generation.³ Hierzu beigetragen hat auch der Gesetzgeber mit dem Gesetz über die Pflegezeit (PflegeZG) vom 28. Mai 2008 und dem Gesetz über die Familienpflegezeit vom 6. Dezember Jahr 2011 (FPfZG).

Im Folgenden soll beleuchtet werden, welchen Beitrag das Arbeitsrecht zu einer besseren Vereinbarkeit von Familie und Beruf leisten kann. Hierzu müssen zunächst die Handlungsfelder benannt werden, bei denen Familienpflichten mit Arbeitspflichten kollidieren können (unter 2). Im Anschluss daran werden die im Arbeitsrecht maßgeblichen Akteure und deren Beitrag zum Thema beleuchtet (unter 3) – der Gesetzgeber ist nur einer von vielen (unter 3.4). Auf dieser Basis sollen ausgewählte Einzelfragen (unter 4) näher analysiert werden.

2 Handlungsfelder

Zunächst muss man Klarheit gewinnen über die Anforderungen, die Familien an die Gestaltung der Arbeitsbedingungen stellen. Im Idealfall benötigen Familien stabile und stetige Arbeitsbeziehungen mit einem festen Anteil freier Zeit und einem hohen Maß an Zeitsouveränität bei unvorher-

1 Siehe *Birk*, Gutachten E zum 60. Deutschen Juristentag Münster 1994; *Fuchs*, Gutachten F zum 60. Deutschen Juristentag Münster 1994.

2 Siehe beispielsweise *Körner-Dammann*, NJW 1994, 2056.

3 Siehe dazu Achter Familienbericht, Zeit für Familie – Familienzeitpolitik als Chance einer nachhaltigen Familienpolitik, 2012, BT-Drucksache 17/9000, S. 100 ff.

sehbaren Situationen. Diese Anforderungen sind nicht gleichbedeutend mit flexiblen Arbeitszeiten, bei denen sich das Ausmaß der Flexibilität in erster Linie aus dem Interesse des Unternehmens heraus definieren lässt.⁴ Bei dieser Bedürfnisbeschreibung liegen als Handlungsfelder die Arbeitszeit und die Arbeitsorganisation auf der Hand: die Arbeitszeit schon deshalb, weil die Wahrnehmung von Betreuungsleistungen in der Familie – sei es gegenüber Kindern oder pflegebedürftigen Erwachsenen – zeitintensiv ist und daher geradezu zwangsläufig mit Arbeitspflichten kollidieren kann. Betroffen ist ferner die Arbeitsorganisation, weil ein häufig wechselnder örtlicher Arbeits-einsatz von Arbeitnehmern die familieninterne Organisation vor große Herausforderungen stellt. Außerdem können Familien- und Arbeitspflichten durch Heimarbeitsplätze („Homeoffice“) besser in Einklang gebracht werden.

In der Phase der Familiengründung ist der Zeitbedarf besonders hoch. Dem tragen der deutsche und der europäische Gesetzgeber Rechnung durch Freistellungszeiten vor, während und nach der Entbindung (§ 3 Abs. 2 MuSchG, § 6 MuSchG; Art. 8 RL 92/85/EWG⁵) sowie die sich daran bis zur Vollendung des 3. Lebensjahres des Kindes anschließende Elternzeit⁶, die zum Teil bis zur Vollendung des 8. Lebensjahres des Kindes genommen werden kann (§ 15 Abs. 1 und 2 BEEG; § 2 Anhang RL 2010/18/EU⁷). Diese weitgehenden Freistellungszeiten, die vor allem das deutsche Recht ermöglicht – eine pro Kind im Grundsatz dreijährige Elternzeit nach § 15 Abs. 2 BEEG gegenüber vier Monaten Mindesterziehungsurlaub nach § 2 Anhang RL 2010/18/EU⁸ –, führen zu einem weiteren Problem: Der Elternteil, der eine längere berufliche Freistellung in der Phase der Familiengründung in Anspruch genommen hat, muss wieder in die Berufswelt zurückzufinden können, sofern er dies möchte (siehe dazu näher unten 4. 4). Bestehen hier Schwierigkeiten, ist es um die Vereinbarkeit von Familie und Beruf in einem wichtigen Bereich nicht gut bestellt. Außerdem wirkt dies zurück auf die gleichstellungspolitische Dimension des Themas: Da überwiegend Frauen eine familienbedingte Auszeit nehmen, tragen Hemmnisse in diesem Bereich zu einer niedrigeren Frauenerwerbsquote und in der Folge zu einem niedrigeren Arbeitseinkommen von Frauen bei, was unter dem Stichwort der „Lohnzahlungslücke“ intensiv diskutiert wird⁹.

Als weiteres Handlungsfeld wird vielfach bereits im Ansatz das Angebot von stetigen und nicht erwerbsschwachen Arbeitsverhältnissen genannt: Befristete und/oder erwerbsschwache Arbeits-

4 Deutlich bereits *Körner*, in *Rieble/Junker* (Hrsg.), Familienschutz und Familienverträglichkeit des Arbeitsrechts, ZAAR-Schriftenreihe, Bd. 9, 2007, S. 35, 48 Rn. 47 ff.

5 Richtlinie 92/85/EWG des Rates vom 19. Oktober 1992 über die Durchführung von Maßnahmen zur Verbesserung der Sicherheit und des Gesundheitsschutzes von schwangeren Frauen, Wöchnerinnen und stillenden Arbeitnehmerinnen am Arbeitsplatz (ABl. EU 1992 Nr. L 348/1).

6 Eine Bemerkung zur Terminologie: Der deutsche Gesetzgeber des BEEG bezeichnet Freistellungen des Arbeitnehmers wegen Kinderbetreuung seit 2000 als Elternzeit (vorher: Erziehungsurlaub). Dies befremdet, weil „Elternzeit“ nicht befristet ist, sondern lebenslang währt. Der europäische Gesetzgeber der Richtlinie 2010/18/EG verwendet die zutreffendere Bezeichnung „Elternurlaub“ (englisch: parental leave; französisch: congé parental).

7 Richtlinie 2010/18/EU des Rates vom 8. März 2010 zur Durchführung der von BUSINESSEUROPE, UEAPME, CEEP und EGB geschlossenen überarbeiteten Rahmenvereinbarung über den Elternurlaub und zur Aufhebung der Richtlinie 96/34/EG (ABl. EU 2010 L 68/13); siehe zu dieser Richtlinie *Dahm*, EuZA 4 (2011), 30 ff. § 2 Anhang RL 2010/18/EU sieht nur einen Mindestelternurlaubsanspruch von 4 Monaten vor.

8 Siehe die Kurzübersicht über die Dauer des Elternurlaubs in anderen EU-Mitgliedstaaten bei *Dahm*, EuZA 4 (2011), 30, 33 f. mit Fn. 10.

9 Frauen verdienen im Durchschnitt in Deutschland im Jahr 2010 pro Stunde ca. 23 % weniger als Männer (sogenannte unbereinigte Lohnzahlungslücke); siehe dazu im einzelnen *Finke*, in Statistisches Bundesamt (Hrsg.), Wirtschaft und Statistik, Januar 2011, S. 36, 37 f. Demgegenüber beträgt die bereinigte Lohnzahlungslücke, die auf den Lohnunterschied zwischen Männern und Frauen mit denselben individuellen und betriebsbezogenen Merkmalen abzielt, ca. 8 %; näher siehe *Finke*, in Statistisches Bundesamt (Hrsg.), Wirtschaft und Statistik, Januar 2011, S. 36, 47; *Schmidt/Diekmann/Schäfer*, Die Lohnungleichheit zwischen Frauen und Männern, 2009, S. 12 ff.

verhältnisse könnten nicht die Garantie für stabile Arbeitsbeziehungen gewährleisten, die junge Menschen benötigen, um sich für die Familiengründung zu entscheiden.¹⁰ Mit dieser Argumentation müsste man allerdings in gleicher Weise die Möglichkeiten der Beendigung des Arbeitsverhältnisses in den Blick nehmen: Die Aussicht, den Arbeitsplatz alsbald wieder verlieren zu können, kann junge Arbeitnehmer ebenso gut von der Gründung einer Familie abhalten. Die Möglichkeiten für Arbeitgeber, befristete Arbeitsverhältnisse abschließen oder eingegangene Arbeitsverhältnisse kündigen zu können, stellen aber ganz grundlegende Regeln über den Zugang zum Arbeitsmarkt dar. Solche Regelungen wirken sich eher mittelbar auf die Vereinbarkeit von Familien und Beruf aus und sollten daher nicht ausschließlich unter diesem Gesichtspunkt diskutiert werden. Außerdem dürften Regulierungen in diesem Bereich ganz generell zurückwirken auf das Arbeitsplatzangebot im Allgemeinen. Ist dieses hoch, werden auch Familien davon profitieren. Arbeitsrechtliche Regelungen über Befristung und Kündigung von Arbeitsverhältnissen sollen, weil sie die Vereinbarkeit von Familie und Beruf aus den genannten Gründen allenfalls mittelbar beeinflussen, daher nicht in die folgende Betrachtung einbezogen werden.

Damit sind mit der Arbeitszeit, der Arbeitsorganisation und der Gestaltung der Rückkehr nach längerer familienbedingter Freistellung die für das Thema Vereinbarkeit und Beruf relevanten Handlungsfelder benannt.

3 Akteure

3.1 Arbeitsvertragsparteien

3.1.1 *Durch einseitige Gestaltung des Arbeitgebers*

Zunächst kann der Arbeitgeber viele Fragen der Arbeitszeit und der Arbeitsorganisation einseitig durch Ausübung seines Weisungsrechts gestalten, sofern es keine gesetzlichen oder tarifvertraglichen Vorgaben gibt und ein Betriebsrat nicht existiert, dessen Mitwirkungsrechte zu beachten wären (dazu noch unten 3.3). Der Arbeitgeber darf allerdings sein arbeitsvertragliches Weisungsrecht nach § 106 GewO nur nach billigem Ermessen ausüben. In diesem Rahmen fließen auch grundrechtliche Wertungen etwa aus Art. 6 GG – Schutz von Ehe und Familie – ein. Der Arbeitgeber ist also verpflichtet, im Rahmen der Gestaltung der Arbeitsorganisation und der Lage der Arbeitszeit auf Familienpflichten des Arbeitnehmers Rücksicht zu nehmen, soweit dem Arbeitgeber dies zugemutet werden kann. Dies entspricht bereits dem geltenden Recht, könnte aber noch deutlicher im Gesetzestext aufscheinen. Erwägenswert wäre daher, die ausdrückliche Erwähnung von Behinderungen des Arbeitnehmers in § 106 S. 3 GewO um Familienpflichten des Arbeitnehmers zu erweitern. Der Arbeitnehmer wiederum kann die Ausübung des Weisungsrechts gerichtlich überprüfen lassen (§ 315 Abs. 3 S. 2 BGB).

3.1.2 *Durch Vereinbarung*

Außerdem können die Arbeitsvertragsparteien individuell und konsensual vor allem die Arbeitszeit und auch den Arbeitsort festlegen und dabei Regelungen mit Blick auf die bessere Vereinbarkeit von Familie und Beruf finden. Das Direktionsrecht des Arbeitgebers wird insoweit vertraglich eingeschränkt. So können beispielsweise Arbeitszeitkonten vereinbart werden, die in der Arbeits-

10 Vgl. etwa *Nebe*, Festschrift Bepler, 2012, S. 439, 443 f.

welt bereits weit verbreitet sind. Zeitguthaben und Zeitschulden werden auf einem Arbeitszeitkonto geführt, das innerhalb gewisser Zeiträume ausgeglichen werden soll. Im Einzelnen divergieren die in der Praxis angewandten Modelle erheblich.¹¹ Allerdings sind Arbeitszeitkonten nicht automatisch familienfreundlich, sondern nur, wenn die Arbeitnehmer die Zeitguthaben auch für diese Zwecke eigenverantwortlich verwenden können und die Ausgleichszeiträume hinreichend lang bemessen sind. Diese Anforderungen dürften in der Praxis wohl nur Langzeitkonten vollständig erfüllen.¹² Der Gesetzgeber hat für solche langfristig angelegten Arbeitszeitkonten durch die §§ 7b ff. SGB IV flankierende Regelungen über Wertguthaben geschaffen. Der Arbeitnehmer kann solche Wertguthaben dadurch aufbauen, dass er über die arbeitsvertraglich geschuldete Arbeitszeit hinaus arbeitet und sich das daraus entfallende Arbeitsentgelt nicht auszahlen lässt (§ 7b Nr. 4 SGB IV). Das Wertguthaben kann dann unter anderem in Anspruch genommen werden für Freistellung für die Pflege eines nahen Angehörigen oder für eine Elternzeit nach Maßgabe von § 7c SGB IV.

Darüber hinaus muss man allerdings anerkennen, dass die Interessen von Arbeitgeber und Arbeitnehmer in diesem Bereich der Flexibilisierung der Arbeitszeit doch nicht unerheblich divergieren – was bereits angedeutet wurde (oben 2). Jede Partei des Arbeitsvertrags kann aus ihrem jeweiligen Interesse heraus Flexibilität ganz unterschiedlich interpretieren: Aus der Perspektive des Familienpflichten unterliegenden Arbeitnehmers sind stabile Arbeitsbedingungen mit Zeitsouveränität und kurzfristiger Veränderbarkeit aus familiären Gründen essentiell. Demgegenüber heißt Flexibilität aus Arbeitgebersicht in erster Linie, dass die Arbeitnehmer möglichst nach Arbeitsanfall eingesetzt werden können. So wünschens- und begrüßenswert also die konsensuale Gestaltung der Arbeitszeit sein mag, damit Familien- und Arbeitspflichten in Einklang gebracht werden können, so offenkundig ist auch, dass dieses Feld nicht vollständig vertragsautonomer Gestaltung überlassen bleiben kann. Daher sind weitere Akteure gefragt.

3.2 Tarifvertragsparteien

Für weite Bereiche der Arbeitswelt setzen die Tarifvertragsparteien die wesentlichen Arbeitsbedingungen. Dies gilt insbesondere für die Dauer der Arbeitszeit. Zahlreiche Tarifverträge enthalten die bereits angesprochenen Arbeitskonten – auch in Form der hier allein interessierenden Langzeitkonten (siehe oben 3.1.2). Die Tarifvertragsparteien unterliegen hierbei nur wenigen Vorgaben. Etablieren sie Wertguthaben auf tarifvertraglicher Grundlage, müssen sie die gesetzlichen und bereits kurz angesprochenen Vorgaben der §§ 7b ff. SGB IV beachten. Im übrigen besitzen die Tarifvertragsparteien aufgrund der grundrechtlichen Gewährleistung der Tarifautonomie (Art. 9 Abs. 3 GG) in diesem Bereich einen weiten Gestaltungsspielraum. Für die Etablierung flexibler, die Familienfreundlichkeit berücksichtigender Arbeitszeitmodelle sind daher die Tarifvertragsparteien die primär hauptverantwortlichen Akteure.¹³

11 Siehe näher zu Arbeitszeitkonten unter dem Blickwinkel der Familienverträglichkeit Körner, in Rieble/Junker (Hrsg.), Familienschutz und Familienverträglichkeit des Arbeitsrechts, ZAAR-Schriftenreihe, Bd. 9, 2007, S. 35, 48 ff. Rn. 46 ff.

12 Vgl. Körner, in Rieble/Junker (Hrsg.), Familienschutz und Familienverträglichkeit des Arbeitsrechts, ZAAR-Schriftenreihe, Bd. 9, 2007, S. 35, 49 f. Rn. 50 ff.

13 Vgl. auch Achter Familienbericht, Zeit für Familie – Familienzeitpolitik als Chance einer nachhaltigen Familienpolitik, 2012, BT-Drucksache 17/9000, S. 121 f.

3.3 Betriebsrat

Eine wichtige Stellung kommt ferner dem Betriebsrat zu. Nach § 80 Abs. 1 Nr. 2b BetrVG gehört es zu seinen allgemeinen Aufgaben, die Vereinbarkeit von Familie und Erwerbstätigkeit zu fördern. Diese allgemeine gesetzliche Aufgabe soll seine gesamte Tätigkeit grundieren. Er hat somit etwa bei der Ausübung von Mitbestimmungsrechten beispielsweise über die Lage der Arbeitszeit nach § 87 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG oder über die vorübergehende Veränderung der Arbeitszeit nach § 87 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG auf Familienfreundlichkeit zu achten. Ferner stehen dem Betriebsrat nach § 92 Abs. 3 BetrVG Informations-, Beratungs- und Vorschlagsrechte zu, um im Rahmen der Personalplanung die Vereinbarkeit von Familie und Beruf zu fördern. Schließlich sind die Beteiligungsrechte des Betriebsrat im Zusammenhang mit der beruflichen Bildung der Arbeitnehmer zu nennen: Nach § 96 Abs. 2 S. 2 BetrVG müssen Arbeitgeber und Betriebsrat bei der Auswahl der Teilnehmer an solchen beruflichen Bildungsmaßnahmen die Belange älterer Arbeitnehmer, Teilzeitbeschäftigter und Arbeitnehmern mit Familienpflichten berücksichtigen. Diese Vorschrift zeigt aber schon, dass die Vereinbarkeit von Familie und Beruf nicht die einzige Aufgabe des Betriebsrats ist; er soll sich auch noch um Gleichstellung von Frauen und Männern (§ 80 Abs. 1 Nr. 2a BetrVG), Schwerbehinderte (§ 80 Abs. 1 Nr. 4 BetrVG), Ausländer (§ 80 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG), ältere Arbeitnehmer (§ 80 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG) und den Umweltschutz (§ 80 Abs. 1 Nr. 8 BetrVG) kümmern. Familienverträglichkeit hat nach der Gesetzeslage also keine Priorität gegenüber den anderen genannten Aufgaben.¹⁴

Damit korrespondiert möglicherweise, dass sozialwissenschaftlichen Studien zufolge das Thema der Vereinbarkeit von Beruf und Familie in der Betriebsratsarbeit nur eine geringe Rolle spielt.¹⁵ Falls dies zutrifft, ist dies zumindest von den Anreizstrukturen her erklärbar: Betriebsräte wollen wiedergewählt werden. Sie werden sich daher in ihrem eigenen Interesse den Themen annehmen, welche der Belegschaft bzw. einem größeren und meinungsstarken Teil davon wichtig sind. Werden Familienpflichten und deren Vereinbarkeit mit kollidierenden Arbeitspflichten also nicht gegenüber dem Betriebsrat in stärkerem Maße thematisiert, wird der Betriebsrat dies auch nicht aufgreifen. Insoweit erscheinen längere Freistellungsphasen, die zur vollständigen Abwesenheit vom Betrieb führen, kontraproduktiv, da insoweit Beschäftigte mit Familienpflichten und deren Themen dann nicht oder nur eingeschränkt wahrgenommen werden. Allerdings bleiben Mitarbeiter, die sich in Elternzeit befinden, trotz Ruhen ihres Arbeitsverhältnisses für den Betriebsrat wahlberechtigt und auch wählbar.¹⁶ Und das Bundesarbeitsgericht hat sogar Reisekosten, die einem Betriebsratsmitglied in Elternzeit entstanden sind, um an Betriebsratssitzungen im Betrieb teilzunehmen, als vom Arbeitgeber zu erstattende Betriebsratskosten nach § 40 BetrVG eingeordnet.¹⁷

3.4 Gesetzgeber

Angesichts der Fülle von Akteuren, welche im Arbeitsleben eine Rolle spielen und sich des Themas der Vereinbarkeit von Familie und Beruf annehmen können, bleibt dem arbeitsrechtlichen Gesetzgeber vor allem die Aufgabe, Umfeldregelungen zu gestalten – wie etwa die vorstehend (oben 3.1.2) skizzierten Regelung über Wertguthaben nach §§ 7b ff. SGB IV, welche die Akteure auf be-

14 Kritisch daher zum Betriebsrat als Akteur *Rieble*, in *Rieble/Junker* (Hrsg.), Familienschutz und Familienverträglichkeit des Arbeitsrechts, ZAAR-Schriftenreihe, Bd. 9, 2007, S. 10, 23.

15 Vgl. *Döge/Behnke*, Betriebs- und Personalräte als Akteure familienbewusster Personalpolitik, in *berufundfamilie* (Hrsg.), 2006, S. 13.

16 Siehe nur *Raab*, in *Gemeinschaftskommentar zum BetrVG*, 10. Aufl. 2014, § 7 Rn. 22 m. w. N.

17 BAG 25. 5. 2005 – AP Nr. 13 zu § 24 BetrVG 1972.

trieblicher oder tariflicher Ebene ausgestalten können. Ferner hat der Gesetzgeber die Aufgabe, dort Regelungen zur besseren Vereinbarkeit von Familie und Beruf zu schaffen, wo angesichts des Interessengegensatzes von Arbeitgeber und Arbeitnehmer und der strukturellen Unterlegenheit des Arbeitnehmers im Arbeitsvertrag vertragsautonome Lösungen kaum Realisierungschancen haben. Dies hat der Gesetzgeber im Hinblick auf die Arbeitszeit insbesondere durch Regelungen über Elternzeit, Teilzeit und die kurzfristigen Freistellungen zu Familienzwecken getan. Darauf soll im Folgenden der Schwerpunkt liegen.

4 Ausgewählte Einzelfragen zur Arbeitszeit

4.1 Teilzeitanpruch

Um die Jahrtausendwende und noch davor hat man Teilzeitarbeit überwiegend positiv bewertet. Man hat die Teilzeitarbeit als eine Möglichkeit gesehen, Personen verstärkt in den Arbeitsmarkt zu integrieren. Diese Vorstellung lag auch dem mit dem TzBfG im Jahr 2001 eingeführten Teilzeitanpruch nach § 8 TzBfG (dazu sogleich unten 4.1.2) zugrunde: Der Gesetzgeber erhoffte sich hierdurch eine gleichmäßigere Verteilung des Arbeitsvolumens auf mehr Beschäftigte.¹⁸ Inzwischen sieht man Teilzeitbeschäftigung kritischer: Zum einen wird zunehmend erkannt, dass Teilzeitarbeit nicht notwendigerweise, aber häufig ertragsschwache Arbeitsverhältnisse generiert, was sich auf die Einkommensverhältnisse der Beteiligten und auf deren Ruhegeldansprüche und insgesamt auf die sozialen Sicherungssystem negativ auswirkt¹⁹. Zum anderen steht hinter der Idee der „Umverteilung“ von Arbeit auf mehrere Personen durch vermehrte Teilzeitbeschäftigung die Vorstellung, ein bestimmtes Arbeitsvolumen sei gleichsam naturgesetzlich oder anderweitig vorgegeben. Diese Vorstellung ist ökonomisch nicht haltbar. Arbeit in den Formen des Arbeitsrechts wird nachgefragt, weil die entsprechende Tätigkeit für einen anderen – den Arbeitgeber – wirtschaftlich verwertbar ist. Daher dürfte der Gedanke plausibler sein, dass – angemessen entlohnte – Beschäftigung die Nachfrage nach weiterer Arbeit erst stimuliert.

4.1.1 Teilzeit in der Elternzeit (§ 15 BEEG)

Arbeitnehmer, die mit ihrem Kind in einem Haushalt leben und dieses selbst betreuen, haben einen Anspruch auf Elternzeit bis zur Vollendung des dritten Lebensjahres des Kindes (§ 15 Abs. 1 i. V.m. Abs. 2 BEEG). Davon können bis zu zwölf Monate bis zur Vollendung des achten Lebensjahres des Kindes aufgeschoben werden (§ 15 Abs. 2 S. 4 BEEG). Die Elternzeit kann nach § 15 Abs. 3 BEEG, auch anteilig, von jedem Elternteil allein oder von beiden gemeinsam in Anspruch genommen werden. Während der (vollständigen) Freistellungsphase im Rahmen der Elternzeit ruht der Anspruch auf Arbeitsentgelt. Finanziell wird dies durch den Anspruch auf Elterngeld nach § 2 BEEG kompensiert, das längstens bis zur Vollendung des 14. Lebensmonats des Kindes in Höhe von 67% des bisherigen Einkommens – maximal 1800,- € – bezahlt wird (§ 2 Abs. 1 BEEG, § 4 Abs. 1 BEEG).

Die Eltern in Elternzeit können während der Elternzeit einer Erwerbstätigkeit von maximal 30 Wochenstunden im Durchschnitt eines Monats nachgehen (§ 15 Abs. 4 BEEG). Dies kann auch

¹⁸ Siehe die Begründung des Regierungsentwurfs, BT-Drucksache 14/4347, S. 11, 17.

¹⁹ In dieser Richtung vor allem *Waltermann*, Gutachten B zum 68. Deutschen Juristentag Berlin 2010, B 25 ff.

beim selben Arbeitgeber geschehen, was eine Elternteilzeitbeschäftigung ermöglicht. Hierbei muss man zwei Verfahren zur Verringerung der Arbeitszeit unterscheiden: Das Konsensverfahren nach Maßgabe von § 15 Abs. 5 BEEG und das Anspruchsverfahren nach Maßgabe von § 15 Abs. 6 und 7 BEEG. Beim Konsensverfahren sollen sich Arbeitgeber und Arbeitnehmer auf den Umfang der während der Elternzeit zu leistenden Teilzeitarbeit einigen. Darüber hinaus kann der sich in Elternzeit befindliche Arbeitnehmer innerhalb der Elternzeit zweimal eine Verringerung seiner Arbeitszeit nach Maßgabe von § 15 Abs. 7 BEEG beanspruchen. Dieser Anspruch setzt voraus, dass der Arbeitnehmer dem Betrieb mindestens sechs Monate angehört, der Arbeitgeber mehr als 15 Arbeitnehmer beschäftigt und der Verringerung keine dringenden betrieblichen Gründe entgegenstehen. Die Verringerung der Arbeitszeit muss für mindestens zwei Monate geplant sein und die Arbeitszeit auf einen Umfang zwischen 15 und 30 Wochenstunden festlegen. Der Arbeitnehmer muss dies sieben Wochen vor dem geplanten Beginn beim Arbeitgeber beantragen und soll gleichzeitig die gewünschte Verteilung der verringerten Arbeitszeit angeben. Lehnt der Arbeitgeber den Antrag innerhalb von vier Wochen mit schriftlicher Begründung ab, bleibt es bei der bisherigen Vereinbarung über die Dauer der Arbeitszeit. Der Arbeitnehmer muss dann Klage vor dem Arbeitsgericht erheben, um die Arbeitszeit mit Erfolg reduzieren zu können. In diesem Rahmen prüft das Arbeitsgericht, ob dringende betriebliche Gründe vorliegen, die einer Verringerung der Arbeitszeit entgegenstehen. Dieser unbestimmte Rechtsbegriff stellt hohe Anforderungen auf; die entgegenstehenden betrieblichen Interessen müssen zwingende Hindernisse für die beantragte Verkürzung der Arbeitszeit darstellen.²⁰

Die Unterscheidung zwischen beiden Verfahren zur Verringerung der Arbeitszeit – Konsens- und Anspruchsverfahren – ist deshalb wichtig, weil das Bundesarbeitsgericht die einvernehmliche Verringerung im Rahmen des Konsensverfahrens nicht auf das Anspruchsverfahren anrechnet – der Arbeitnehmer kann dann noch zweimal einen Verringerungsanspruch geltend machen.²¹ Dieses Erfordernis kann allerdings kontraproduktiv wirken, da Arbeitgeber davon abgehalten werden können, einem Antrag des Arbeitnehmers auf Arbeitszeitverringerung in der Elternzeit einfach zuzustimmen.

4.1.2 Teilzeit außerhalb der Elternzeit (§ 8 TzBfG)

Außerhalb der Elternzeit existiert der allgemeine Anspruch auf Verringerung der Arbeitszeit nach § 8 TzBfG. Dieser Anspruch ist ähnlich konzipiert wie derjenige nach § 15 Abs. 7 BEEG. Manche Voraussetzungen wie Unternehmensgröße (§ 8 Abs. 7 TzBfG, § 15 Abs. 7 S. 1 Nr. 1 BEEG) und Vorbeschäftigung (§ 8 Abs. 1 TzBfG, § 15 Abs. 7 S. 1 Nr. 2 BEEG) sind deckungsgleich. Außerdem ist ein Verringerungsverlangen nach § 8 Abs. 6 TzBfG nur alle zwei Jahre zulässig. Es bestehen aber einige nicht unbedeutende Unterschiede im Vergleich zur Elternteilzeit: Der allgemeine Teilzeitananspruch nach § 8 TzBfG ist nur unbefristet ausgestaltet. Hat der Arbeitnehmer die Reduzierung der Arbeitszeit durchgesetzt, gilt die neue Arbeitszeit dann als maßgebliche zeitlich unbegrenzt. Außerdem bezieht sich der allgemeine Teilzeitananspruch nach § 8 TzBfG nicht nur auf die Verringerung der Arbeitszeit, sondern auch auf deren Verteilung (§ 8 Abs. 3 S. 2 TzBfG). Teilweise wird dieser Anspruch sogar als Vehikel verwendet, um eine für den Arbeitnehmer angenehme Lage der Arbeitszeit festzulegen.²² Demgegenüber kann der Arbeitnehmer in Elternteil-

²⁰ Siehe etwa BAG 15. 12. 2009 – 9 AZR 72/09 – NZA 2010, 447.

²¹ BAG 19. 2. 2013 – 9 AZR 461/11 – NZA 2013, 907.

²² Siehe dazu etwa den Sachverhalt BAG 11. 6. 2013 – 9 AZR 786/11 – DB 2013, 2091.

zeit die gewünschte Lage seiner Arbeitszeit nur beschränkt über die Bindung des Arbeitgeberdirektionsrechts nach § 106 GewO durchsetzen.²³

In der Sache muss wie im Rahmen der Elternteilzeit der Arbeitnehmer aktiv werden und die Arbeitszeitverringerung nach Maßgabe von § 8 Abs. 2 TzBfG beim Arbeitgeber beantragen. Der Arbeitgeber ist nach der gesetzgeberischen Konzeption gehalten, mit dem Arbeitnehmer den Verringerungswunsch zu erörtern und eine Einigung zu erzielen. Lehnt der Arbeitgeber die Verringerung frist- und formgerecht ab, bleibt es bei der bisherigen Vereinbarung der Arbeitszeit (§ 8 Abs. 5 S. 2 und 3 TzBfG). Der Arbeitnehmer hat nun die Handlungslast und muss Klage beim Arbeitsgericht erheben, um die Verringerung der Arbeitszeit zu erreichen. Das Arbeitsgericht prüft, ob betriebliche Gründe nach § 8 Abs. 4 TzBfG der Verringerung der Arbeitszeit entgegenstehen. In dieser materiell-rechtlichen Anspruchsvoraussetzung unterscheidet sich der allgemeine Teilzeitananspruch nach § 8 TzBfG dem Gesetzestext nach erheblich von dem Elternteilzeitananspruch nach § 15 Abs. 7 BEEG. Dort muss der Arbeitgeber wie dargelegt dringende betriebliche Gründe gegen den Teilzeitananspruch geltend machen; bei § 8 TzBfG genügen an sich einfache betriebliche Gründe. Allerdings hat die Rechtsprechung des BAG die Anforderungen an die betrieblichen Gründe des § 8 TzBfG durch das Erfordernis einer dreistufigen Prüfung²⁴ verschärft und damit etwas an die dringenden betrieblichen Gründe des § 15 Abs. 7 BEEG angenähert.²⁵

Der allgemeine Teilzeitananspruch des § 8 TzBfG setzt auf Seiten des Arbeitnehmers kein besonderes Interesse voraus. Der durch § 8 TzBfG einseitig legitimierte Eingriff in die vertragliche Gestaltung der Arbeitszeit wird also nur durch das Interesse an Ausdehnung von Teilzeitarbeit auf Seiten des Arbeitnehmers gestützt. Es ist gleichgültig, wie der Arbeitnehmer die gewonnene freie Zeit zu verwenden beabsichtigt.²⁶ Dies ist im Rahmen des Elternteilzeitanpruchs nach § 15 Abs. 4 – 7 BEEG anders. Zwar setzt dieser Anspruch nach dem Gesetzestext nicht ausdrücklich voraus, dass der Arbeitnehmer die zusätzliche freie Zeit bestimmten für nützlich gehaltenen Zwecken widmet – wegen des Zusammenhangs mit der Elternzeit kann man aber davon ausgehen, dass der Arbeitnehmer seine Arbeitszeit reduziert, um Familienpflichten nachzukommen. Der Teilzeitananspruch nach § 3 Abs. 4 PflegeZG, der aber von vornherein nach § 4 Abs. 1 PflegeZG auf sechs Monate begrenzt ist, setzt die Pflege eines nahen Angehörigen sogar ausdrücklich als Anspruchsvoraussetzung voraus – darauf sei nur nebenbei hingewiesen.

Als Fazit kann man festhalten: Der allgemeine Teilzeitananspruch nach § 8 TzBfG verlangt kein für gewichtig empfundenes Interesse des Arbeitnehmers an der Reduzierung der Arbeitszeit; der Grund, weshalb der Arbeitnehmer entgegen der vertraglichen Vereinbarung weniger arbeiten möchte, hat niemanden zu interessieren. Demgegenüber wird die im Rahmen der freilich zeitlich begrenzten Teilzeitanprüche der § 15 Abs. 4–7 BEEG und § 3 Abs. 4 PflegeZG gewonnene Zeit in aller Regel der Familie zugute kommen. § 3 Abs. 4 PflegeZG setzt dies sogar tatbestandlich voraus.

23 Vgl. Rieble, in Rieble/Junker (Hrsg.), Familienschutz und Familienverträglichkeit des Arbeitsrechts, ZAAR-Schriftenreihe., Bd. 9, 2007, S. 10, 12.

24 Siehe näher Laux, in Laux/Schlachter, TzBfG, 2. Aufl. 2011, § 8 TzBfG Rn. 168.

25 Kritisch hierzu etwa Preis, in Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 14. Aufl. 2014, § 8 TzBfG Rn. 23 f.

26 Vgl. Achter Familienbericht, Zeit für Familie – Familienzeitpolitik als Chance einer nachhaltigen Familienpolitik, 2012, BT-Drucksache 17/9000, S. 124.

4.2 Aufstockung der Arbeitszeit

Diese vorstehend herausgearbeitete Antinomie der nach dem Gesetz bestehenden Teilzeitanprüche setzt sich bei der Aufstockung der Arbeitszeit fort. Endet die Elternzeit oder die Pflegezeit, gilt die ursprünglich vor diesen Freistellungsphasen vereinbarte Arbeitszeit. Eltern in Elternzeit, die auch nach Ablauf der Elternzeit weiter auf Teilzeitarbeit angewiesen sind, müssen daher den Anspruch aus § 8 TzBfG geltend machen, und konkurrieren dann mit den nicht notwendigerweise familienbedingten Teilzeitwünschen anderer Arbeitnehmer. Betriebliche Gründe, die eine Ablehnung der Teilzeit nach Maßgabe von § 8 Abs. 4 TzBfG dann rechtfertigen könnten, dürften in solchen Konstellationen freilich kaum vorliegen.²⁷

Will in einer solchen Konstellation derjenige Elternteil, welcher die Familienlasten überwiegend übernommen hat, mit zunehmenden Alter der Kinder aber die Arbeitszeit aufstocken, ist dies mit Schwierigkeiten verbunden. Denn nun befinden sich diese Eltern in dem allgemeinen Teilzeitsystem des TzBfG. Die entsprechende Anspruchsnorm des § 8 TzBfG sieht keinen Anspruch auf befristete Arbeitsreduzierung vor. Außerdem setzt § 8 TzBfG ein irgendwie privilegiertes Interesse des Arbeitnehmers an einer Reduzierung der Arbeitszeit nicht voraus und behandelt insoweit die Teilzeitwünsche aller Arbeitnehmer ungeachtet ihrer Motivation gleich. Die einschlägige Vorschrift des § 9 TzBfG kennt daher auch keinen Rechtsanspruch auf Rückkehr in die Vollzeitbeschäftigung.²⁸ Der Arbeitgeber ist im Rahmen von § 9 TzBfG nur verpflichtet, den Verlängerungswunsch eines teilzeitbeschäftigten Arbeitnehmers bei gleicher Eignung vorrangig zu berücksichtigen, sofern ein freier Arbeitsplatz im Betrieb zur Verfügung steht. Diese Norm ist für sich genommen konsequent, wenn man sie im Kontext des Teilzeitkonzepts des TzBfG sieht. Dieses sieht Teilzeitarbeit generell positiv und differenziert auf Arbeitnehmerseite nicht nach den Motiven, welche den Wunsch nach Verringerung der Arbeitszeit tragen. Aus Sicht des Arbeitgebers stellt sich das Reduzierungsverlangen des Arbeitnehmers als Eingriff in die bisherige vertragliche Vereinbarung dar, welches nicht durch ein spezifisches Interesse des Arbeitnehmers gerechtfertigt werden muss und im Gegensatz zu sonstigen Änderungen anderer Verträge aufgrund Gesetzes auch nicht ein Sonderkündigungs- oder Rücktrittsrecht des Vertragspartners auslöst – etwa im Reisevertragsrecht nach § 651a Abs. 5 S. 2 BGB oder im Mietvertragsrecht nach § 561 BGB. Ein Rückkehrwunsch des Arbeitnehmers in die Vollzeitbeschäftigung ist dann richtigerweise nicht mehr besonders privilegiert. Ein entsprechender voraussetzungsloser Anspruch auf Aufstockung der Arbeitszeit aus § 9 TzBfG würde die Abschlussfreiheit des Arbeitgebers unangemessen stark belasten. Aus diesen Gründen ist den derzeit diskutierten Überlegungen zu widersprechen, § 9 TzBfG als Rechtsanspruch auszugestalten, um Arbeitnehmern mit Familienpflichten einen Weg zur Rückkehr in die Vollzeitbeschäftigung zu ebnen.²⁹ Vielmehr sollte das gesamte System der Teilzeitanprüche umgestellt und stärker an den Bedürfnissen der Arbeitnehmer mit Familienpflichten ausgerichtet werden.³⁰ In einen solchen Rahmen könnte sich dann auch unter bestimmten Voraussetzungen ein Anspruch auf Rückkehr in die Vollzeitbeschäftigung einfügen (siehe zu diesem Konzept unten 4.4).

27 Vgl. Laux, in Laux/Schlachter, TzBfG, 2. Aufl. 2011, § 8 Rn. 153.

28 Vgl. Laux, in Laux/Schlachter, TzBfG, 2. Aufl. 2011, § 9 Rn. 23.

29 Vgl. den Antrag der Bundestagsfraktion der SPD BT-Drucksache 17/13084; Antrag der Bundestagsfraktion von Bündnis 90/Die Grünen BT-Drucksache 17/12843.

30 In dieser Richtung auch Achter Familienbericht, Zeit für Familie – Familienzeitpolitik als Chance einer nachhaltigen Familienpolitik, 2012, BT-Drucksache 17/9000, S. 124; angedeutet auch von Waltermann, Gutachten B zum 68. Deutschen Juristentag Berlin 2010, B 27.

4.3 Kurzfristige Freistellung zu Familienzwecken

Familien sind neben stabilen, Kontinuität versprechenden Arbeitsbedingungen auf Flexibilität im Einzelfall angewiesen. Standardbeispiel hierfür ist das plötzlich erkrankte Kind. Für diese Konstellation hat das Krankenversicherungsrecht für gesetzlich versicherte Arbeitnehmer eine gewisse Vorsorge getroffen: Nach § 45 Abs. 1 SGB V steht Versicherten ein Anspruch auf Krankengeld zu, wenn sie wegen Betreuung eines bis zu zwölfjährigen erkrankten und versicherten Kindes der Arbeit fernbleiben müssen – und zwar pro Kalenderjahr für jedes Kind für höchstens 10 Arbeitstage, maximal 25 Arbeitstage, bei allein erziehenden Arbeitnehmern für jedes Kind für höchstens 20 Arbeitstage, maximal 50 Arbeitstage (§ 45 Abs. 2 SGB V). Die arbeitsvertragliche Lage ist nicht ganz so deutlich im Gesetz geregelt³¹: Das Fernbleiberecht beruht für gesetzlich versicherte Arbeitnehmer auf § 45 Abs. 3 SGB V, eine Vorschrift, die nach § 45 Abs. 5 SGB V auch auf andere Arbeitnehmer anwendbar ist. Damit erfüllt Deutschland die Vorgaben der EU-Elternurlaubsrichtlinie 2010/18/EG, welche das Fernbleiberecht in solchen Fällen in § 7 Anhang RL 2010/18/EU fordert. Der Anspruch auf Entgeltfortzahlung folgt aus § 616 BGB, wonach eine „verhältnismäßig nicht erhebliche Zeit“ vorausgesetzt wird, oder aus Tarifverträgen, welche dieses Problem aufgreifen und regeln. Ferner lassen sich auf das Leistungsverweigerungsrecht für persönliche Leistungshindernisse nach § 275 Abs. 3 BGB sowie auf § 616 BGB auch andere unvorhersehbare familienbedingte Arbeitsausfälle von kurzer Dauer stützen.³²

Für die Pflege naher Angehöriger gilt § 2 PflegeZG. Danach können Beschäftigte bis zu zehn Arbeitstagen der Arbeit fernbleiben, um für einen pflegebedürftigen nahen Angehörigen in einer akut aufgetretenen Pflegesituation eine bedarfsgerechte Pflege zu organisieren oder sicherzustellen. § 2 Abs. 3 PflegeZG verweist für die Fortzahlung der Vergütung auf andere Tatbestände und gewährt selbst keinen entsprechenden Anspruch. Hierfür wird man wiederum auf § 616 BGB zurückgreifen können.³³

4.4 Gestaltung der Rückkehr nach familienbedingter Erwerbsunterbrechung

4.4.1 Ausgangssituation

Als weiteren Problembereich wurde vorstehend (unter 2) die Gestaltung der Rückkehr an den Arbeitsplatz nach der familienbedingten Erwerbsunterbrechung identifiziert. Die Ausgangslage ist klar und einfach: Endet die Elternzeit, endet das hierdurch ausgelöste Ruhen des Arbeitsverhältnisses; es leben dann die vor der Elternzeit vereinbarten Arbeitsbedingungen wieder auf. Diese können aber auf eine erheblich veränderte betriebliche Realität treffen. Drei Jahre – die Höchstdauer für Elternzeit für ein Kind (§ 15 Abs. 2 BEEG) – und gegebenenfalls länger, wenn sich mehrere Kinder eingestellt haben – sind für die moderne Arbeitswelt eine lange Zeit. Betriebe und Arbeitsplätze können umstrukturiert sein; die Arbeitsanforderungen unterliegen stetigen Veränderungen. Aus diesen Gründen halten manche die in Deutschland geltende Elternzeit von maximal drei Jahren pro Kind für zu lange, weil dies falsche Anreize für eine zu lange Erwerbsunterbrechung setze, was die beruflichen Qualifikationen entwerte und den Wiedereinstieg erschwere.³⁴

31 Siehe dazu im einzelnen Brose, NZA 2011, 719 ff.

32 Siehe dazu im einzelnen Henssler, in Münchener Kommentar zum BGB, 6. Aufl. 2012, § 616 BGB Rn. 27 ff.

33 Näher Gallner, in Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 14. Aufl. 2014, § 2 PflegeZG Rn. 4.

34 Vgl. Achter Familienbericht, Zeit für Familie – Familienzeitpolitik als Chance einer nachhaltigen Familienpolitik, 2012, BT-Drucksache 17/9000, S. 126.

Um dies bewerten zu können, sollte man allerdings zwei grundlegende Konstellationen unterscheiden: Haben die Eltern durch Elternteilzeit den Kontakt zu ihrem Arbeitgeber oder allgemein zur Arbeitswelt gehalten, fällt die Besorgnis beruflicher Dequalifikation kaum ins Gewicht. Allerdings kann die Beendigung der Teilzeitarbeit und Wiederaufnahme der Vollzeittätigkeit nach dem Ablauf der dreijährigen Elternzeit unter dem Gesichtspunkt der Erfüllung von Familienpflichten zu früh einsetzen.³⁵ Insoweit wäre die Elternzeit – gedacht als Elternteilzeit – zu kurz (siehe bereits oben 4.2). Die grundlegend andere Konstellation ist diejenige, dass ein Elternteil die Elternzeit zeitlich und vom Freistellungsumfang her vollständig wahrnimmt und während der Elternzeit überhaupt keiner Erwerbstätigkeit nachgeht. In dieser Konstellation sind die vorstehend genannten Argumente – berufliche Dequalifikation durch zu lange Abwesenheit vom betrieblichen Alltag und Erschwerung des Wiedereinstiegs – nicht von der Hand zu weisen. Wenn man in diesem Sinne einer Verkürzung der Elternzeit das Wort redet, muss man daher gewährleisten, dass die Eltern außerhalb der Elternzeit die Möglichkeit haben, Teilzeit zu arbeiten und zur Vollzeitbeschäftigung zurückzukehren, falls dies sich nach der Einschätzung der Eltern mit den kollidierenden Familienpflichten vereinbaren lässt. Dies lässt sich derzeit jedoch wie dargelegt (oben 4.2) nur eingeschränkt verwirklichen.

4.4.2 Lösungskonzept

Im Folgenden soll vorliegend ein Lösungskonzept entwickelt werden, welches dem vorstehend skizzierten Rückkehrproblem besser abhelfen kann als die derzeitige Rechtslage. Es besteht aus drei Elementen: Der Anspruch auf Teilzeit sollte sich auf familienbedingte Teilzeitwünsche beschränken (4.4.2.1) und dann aber auch mit einem Anspruch auf Rückkehr in die Vollzeitbeschäftigung versehen werden (4.4.2.2). Abgerundet werden könnte dies durch eine maßvolle Absenkung der Dauer der Elternzeit (4.4.2.3).

4.4.2.1 Anspruch auf Teilzeit nur bei familienbedingtem Teilzeitwunsch

In einem ersten Schritt erscheint es erforderlich, das bisherige Teilzeitkonzept des § 8 TzBfG außerhalb der Elternzeit in Gänze auf den Prüfstand zu stellen. Eltern außerhalb der Elternzeit konkurrieren mit den Teilzeitwünschen anderer Arbeitnehmer. Dies führt auf Arbeitgeberseite zu einem Verteilungsproblem ohne notwendigen Vorrang für diejenigen Arbeitnehmer, deren Teilzeitwunsch familienbedingt motiviert ist.³⁶ Vor dem Hintergrund des Umstands, dass Teilzeitarbeit als solche heute ohnehin kritisch gesehen wird (oben 4. 1), sollte § 8 TzBfG nach alledem in dieser Form abgeschafft werden. An dessen Stelle sollte ein Anspruch auf Reduzierung und Neuverteilung der Arbeitszeit treten, der voraussetzt, dass der Arbeitnehmer mit Teilzeitwunsch Familienpflichten erfüllen will.

³⁵ Vgl. Dahm, EuZA 4 (2011), 30, 45 f.

³⁶ Siehe dazu näher Rieble, in Rieble/Junker (Hrsg.), Familienschutz und Familienverträglichkeit des Arbeitsrechts, ZAAR-Schriftenreihe, Bd. 9, 2007, S. 10, 18 ff.

4.4.2.2 *Anspruch auf Rückkehr in die Vollzeitbeschäftigung mit flankierenden Regelungen für die Kündigung und Befristung der Arbeitsverträge mit Ersatzkräften*

Diesen und nur diesen Arbeitnehmern muss dann aber auch die Möglichkeit eingeräumt werden, zur Vollzeitbeschäftigung zurückzukehren, was dann als Anspruch ausgestaltet werden sollte. Dies kann auch dadurch bewerkstelligt werden, dass der Anspruch auf Teilzeit von vornherein befristet ausgestaltet wird.

Allerdings beeinträchtigt ein solcher Anspruch auf Rückkehr in die Vollzeitbeschäftigung die unternehmerische Entscheidungsfreiheit in erheblichem Maße. Zum einen stellt dies an die Unternehmen erhebliche organisatorische Anforderungen, denen Kleinbetriebe kaum gewachsen sein dürften. Daher sollten diese von vornherein von einem solchen Rückkehranspruch verschont bleiben. Orientierungspunkte könnten insoweit § 8 Abs. 7 TzBfG und § 15 Abs. 7 S. 1 Nr. 1 BEEG mit dem Schwellenwert von 15 Arbeitnehmern sein.

Zum anderen besteht die Gefahr, dass sich die Unternehmen von Ersatzkräften nicht hinreichend sicher und rechtzeitig trennen können, die sie eingestellt haben, um das aufgrund der Arbeitszeitverkürzung weggefallene Arbeitsvolumen zu kompensieren. Dies würde die Unternehmen letztlich zwingen, Arbeitsplätze aufzubauen und vorzuhalten, die sie nicht mehr benötigen. Daher muss ein Anspruch auf Arbeitszeitverlängerung flankiert werden durch gesetzliche Regelungen, welche diese Folge zu vermeiden suchen. Da die Dauer der familienbedingten Arbeitszeitreduzierung zumeist nicht im Vorhinein absehbar ist, werden die meisten Arbeitgeber angeworbenen Ersatzkräften einen unbefristeten Arbeitsvertrag anbieten. Nach geltendem Recht liegt zwar ein Grund für eine betriebsbedingte Kündigung nach § 1 Abs. 2 KSchG vor, wenn der Stammarbeitnehmer seine familienbedingte Arbeitszeitverkürzung beendet, weil dann der Personalbedarf übersteigt und ein Arbeitskräfteüberhang entsteht.³⁷ Allerdings steht der konkret zu kündigende Arbeitnehmer damit noch nicht fest. Vielmehr wird dieser erst im Rahmen einer nach Maßgabe von § 1 Abs. 3 KSchG durchzuführenden Sozialauswahl ermittelt, in die grundsätzlich alle vergleichbaren Arbeitnehmer des Betriebs einzubeziehen wären³⁸ und die ganz generell fehleranfällig ist. Daher sollte eine gesetzliche flankierende Regelung klarstellen, dass die erfolgreiche Geltendmachung des Anspruchs auf Arbeitszeitverlängerung ein dringendes betriebliches Erfordernis im Sinne von § 1 Abs. 2 S. 1 KSchG für die Kündigung eines als Ersatzkraft eingestellten Arbeitnehmers darstellt und die Sozialauswahl nach § 1 Abs. 3 KSchG in solchen Fällen ausgeschlossen ist. Ferner sollte die Frist, mit der ein solches Arbeitsverhältnis gekündigt werden kann, nach dem Vorbild des § 113 InsO auf drei Monate verkürzt werden, wenn nicht ohnehin kürzere Fristen maßgeblich sind, um denkbare Überlappungszeiträume so kurz wie möglich zu halten.

Außerdem sollte die Möglichkeit erweitert werden, eine Ersatzkraft befristet einstellen zu können. Ohne eine gesetzliche Regelung ist nämlich bereits unsicher, ob die Befristung des Arbeitsvertrags einer Ersatzkraft überhaupt möglich ist. Zum Zeitpunkt der Einstellung einer etwaigen Ersatzkraft in Zusammenhang mit dem Beginn der familienbedingten Teilzeitbeschäftigung des Stammarbeitnehmers ist dessen Rückkehr in den Betrieb regelmäßig völlig ungewiss. Daher kommt im Rechtssinne nicht der Abschluss eines befristeten Arbeitsvertrags, sondern nur eines auflösend bedingten Arbeitsvertrags mit der Ersatzkraft in Betracht; der Arbeitsvertrag stünde unter der auflösenden Bedingung der erfolgreichen Geltendmachung des Arbeitszeitverlänge-

³⁷ Vgl. nur Krause, in von Hoyningen-Huene/Linck, KSchG, 15. Aufl. 2013, § 1 Rn. 748 ff.

³⁸ Zur Bildung des Personenkreises vgl. nur Krause, in von Hoyningen-Huene/Linck, KSchG, 15. Aufl. 2013, § 1 Rn. 915 ff., speziell zur Problematik Teilzeitbeschäftigter Rn. 940 ff.

rungsanspruchs durch den zuvor teilzeitbeschäftigten Stammarbeitnehmer. Für eine auflösende Bedingung gelten zwar nach § 21 TzBfG die meisten Vorschriften über die Befristung eines Arbeitsvertrags entsprechend. Gleichwohl bliebe äußerst unsicher, unter welchen Voraussetzungen eine derartige auflösende Bedingung zulässig wäre.³⁹ Wegen dieser Unsicherheiten sollte der Gesetzgeber klarstellen, dass ein sachlicher Grund für eine Befristung des Arbeitsvertrags im Sinne von § 14 Abs. 1 TzBfG auch dann vorliegt, wenn ein Arbeitnehmer zur Vertretung eines anderen Arbeitnehmers eingestellt wird, weil dieser seine Arbeitszeit familienbedingt verringert hat. Gesetzgebungstechnisch könnte dies durch eine entsprechende Erweiterung des § 21 Abs. 1 BEEG auf solche Fälle bewerkstelligt werden.

Insgesamt zeigen diese wenigen Überlegungen, dass ein Rechtsanspruch auf Arbeitszeitverlängerung nach vorheriger familienbedingter Arbeitszeitreduzierung mit erheblichen Folgeproblemen belastet ist und sorgfältiger gesetzgeberischer Umsetzung bedarf. Außerdem könnte sich ein derartiger Anspruch ungewollt als ein Förderprogramm für befristete Arbeitsverträge und auch Leiharbeit erweisen.

4.4.2.3 Maßvolle Verkürzung der Dauer der Elternzeit

Unter den vorstehend (4.4.2.1 und 4.4.2.2) genannten Bedingungen erscheint eine maßvolle Verkürzung der Elternzeit in Deutschland sinnvoll, weil dann Anreize für eine überlange Erwerbsunterbrechung überwiegend von Frauen wegfielen – mit all den negativen Auswirkungen im Hinblick auf deren Integration in den Arbeitsmarkt. Allerdings muss noch geklärt werden, ob eine Verkürzung der Elternzeit überhaupt zulässig ist.

§ 2 Abs. 2 Anhang RL 2010/18/EU schreibt eine Mindestdauer des Elternurlaubs von vier Monaten vor und würde daher einer Verkürzung bis auf diese Mindestdauer nicht im Wege stehen. Allerdings enthält § 8 Abs. 2 Anhang RL 2010/18/EU ein sogenanntes Verschlechterungsverbot: Die Umsetzung dieser europarechtlichen Vorgabe darf nicht zur Rechtfertigung für eine Verringerung des allgemeinen Schutzniveaus der unter diese Richtlinie fallenden Regelungen führen. Dieses Verschlechterungsverbot ist allerdings nach der Rechtsprechung des EuGH zu anderen EU-Richtlinien mit ähnlichen Regelungen einschränkend zu interpretieren: Es soll in erster Linie gewährleisten, dass die Mitgliedstaaten die Umsetzung einer EU-Richtlinie nicht dazu nutzen, das Schutzniveau des durch die EU-Richtlinie erfassten Bereichs im innerstaatlichen Recht abzusenken und politisch hierfür die EU verantwortlich machen zu können. Dieses Verschlechterungsverbot soll demnach nicht verhindern, dass die Mitgliedstaaten außerhalb der ausdrücklichen Umsetzung einer EU-Richtlinie neue Politikkonzepte erproben, die das Schutzniveau der innerstaatlichen Regeln in manchen Bereichen auch absenken können, solange nur die Mindeststandards der Richtlinie eingehalten werden.⁴⁰ Die hier vorgeschlagene maßvolle Absenkung der Elternzeit fügt sich in ein Gesamtkonzept, das die Stellung von Eltern mit Arbeits- und Familienpflichten insgesamt sogar verbessert, weil Erschwernisse bei der Rückkehr aus der Elternzeit reduziert werden. Insofern entspricht dieses Konzept der Zielvorgabe des § 6 Anhang RL 2010/18/EU, wonach die Mitgliedstaaten die Rückkehr aus dem Elternurlaub durch geeignete Maßnahmen erleichtern sollen. Einer maßvollen Absenkung der Elternzeit auf etwa 24 Monate steht daher die EU-Elternurlaub-Richtlinie 2010/18/EU nicht entgegen.

39 Zur entsprechenden Anwendung des vorliegend besonders wichtigen Sachgrunds der Vertretung nach § 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 TzBfG im Rahmen des § 21 TzBfG vgl. *Schlachter*, in *Laux/Schlachter*, TzBfG, 2. Aufl. 2011, § 21 Rn. 22.

40 Siehe beispielsweise EuGH 23. 4. 2009 – C-378-380/07 – Slg. 2009, I-3071 (Angelidaki); EuGH 24. 6. 2010 – C-98/09 – NZA 2010, 805 (Sorge); zum Problem umfassend *Kerwer*, EuZA 3 (2010), 253, 257 ff.

5 Zusammenfassung in Thesen

1. Die Elternzeit von grundsätzlich drei Jahren pro Kind sollte maßvoll verkürzt werden, weil eine derart lange Elternzeit Anreize setzt, die Erwerbstätigkeit übermäßig lange zu unterbrechen. Dies entwertet die beruflichen Fähigkeiten der Betroffenen und erschwert den Wiedereinstieg in das Berufsleben.
2. Die Möglichkeit von Teilzeitbeschäftigung außerhalb der Elternzeit muss aus Gründen der Übernahme von Familienverantwortung ausgebaut werden. Zu diesem Zweck sollte der allgemeine Teilzeitanspruch nach § 8 TzBfG abgeschafft und durch einen Anspruch auf Verringerung und Neuverteilung der Arbeitszeit ersetzt werden, der nur noch bei familienbedingter Arbeitsreduzierung zum Tragen kommt und auch befristete Arbeitsreduzierung ermöglichen sollte.
3. Abgerundet werden sollte dieses Konzept durch einen Anspruch auf Aufstockung der Arbeitszeit für solche Arbeitnehmer, die aus familienbedingten Gründen ihre Arbeitszeit reduziert hatten. Dies muss flankiert werden durch gesetzliche Regelungen, welche den Arbeitgebern erlauben, eingestellte Ersatzkräfte relativ leicht zu kündigen bzw. deren Arbeitsverträge von vornherein zu befristen. Anderenfalls würde ein derartiger Anspruch auf Verlängerung der Arbeitszeit nach familienbedingter Arbeitszeitverkürzung die unternehmerische Entscheidungsfreiheit unzumutbar stark beeinträchtigen.
4. Dieses Konzept kann die Problematik der Rückkehr aus einer familienbedingten Erwerbsunterbrechung besser bewältigen als die derzeitige Rechtslage.

Verf.: Prof. Dr. Martin Franzen, LMU München, Juristische Fakultät, Lehrstuhl für deutsches, europäisches, internationales Arbeitsrecht und Bürgerliches Recht, Professor-Huber-Platz 2, 80539 München, E-Mail: lehrstuhl.franzen@jura.uni-muenchen.de.