

Die Coronapandemie hat zahlreiche rechtliche Fragen aufgeworfen und tut es noch. Einzelne Personengruppen sind von den Folgen der Pandemie mehr betroffen als andere. Einschneidende Konsequenzen hatten die Geschehnisse des vergangenen Jahres insbesondere für berufstätige Eltern. Als Arbeitnehmer möglicherweise ohnehin betroffen von Betriebsschließungen und Kurzarbeit traten Schulschließungen, Quarantäne von Schulklassen und mögliche Erkrankungen der eigenen Kinder hinzu. Es gilt, die Kinderbetreuung auch unter diesen besonderen Umständen sicherzustellen, was in Zeiten der Pandemie eine ganz besondere Herausforderung sein kann.

Die Debatte um die bessere Vereinbarkeit von Familie und Beruf ist keineswegs neu. Nicht nur auf deutscher, auch auf europäischer Ebene diskutiert man hier seit langem. Die Pandemie allerdings hat neuen Schwung in die Auseinandersetzung gebracht. So liegen dem Deutschen Bundestag derzeit drei Reformvorschläge von Oppositionsparteien¹ vor, die sich mit dem Ausbleiben der Arbeitsleistung bei Erkrankung der eigenen Kinder sowie deren Folgen befassen. Der folgende Beitrag nimmt dies zum Anlass, die Problematik neu zu beleuchten, die bereits geltenden Rechtsgrundlagen zu erörtern und sich auf dieser Basis mit den aktuellen Vorschlägen auseinanderzusetzen. Abschließend werden eigene, in der Stoßrichtung gänzlich andere Lösungsvorschläge zur besseren Vereinbarkeit von Familie und Beruf vorgestellt.

I. Die Vereinbarkeit von Familie und Beruf bleibt eine zentrale Herausforderung und Auftrag des Grundgesetzes

Wir wollen Familie – und was können wir dafür tun, dass mehr Menschen den Mut zur Familiengründung fassen? Oftmals ist es das Entweder-Oder, zu dem sich Eltern – zumeist Frauen – gezwungen sehen: entweder Familie oder Karriere. Viel wäre gewonnen, hier die Wahlfreiheit zu erhöhen und Zwischenwege zu eröffnen. Die Forderung nach einer besseren Work-Life-Balance ist heute gesellschaftliches Allgemeingut. Dennoch ist bislang zu wenig passiert.

Es kann nicht oft genug wiederholt² werden: Es ist Zeit, dass die Vereinbarkeit von Familie und Beruf stärker im Fokus der Politik steht als ehemals. Dabei ist der Grundkonflikt³ offensichtlich:

¹ Siehe Vorschlag der FDP-Fraktion, Familienpolitik krisensicher und verlässlich gestalten, BT-Drucks. 19/21589; Vorschlag der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN, Eltern mit kranken Kindern besser unterstützen – Lohnfortzahlungsanspruch und Kinderkrankengeld lebensnah reformieren, BT-Drucks. 19/22501; Vorschlag der Fraktion DIE LINKE, Entwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der Vereinbarkeit von Familie und Beruf durch klare Regelung des Freistellungs- und Entgeltfortzahlungsanspruches bei Erkrankung der Kinder, BT-Drucks. 19/22496.

² S. bereits Thüsing, jM 2017, S. 242.

³ Dieser Grundkonflikt und mögliche Handlungsoptionen wurden bereits – z.T. wörtlich übereinstimmend mit dem vorliegenden Text – im 8. Familienbericht der Bundesregierung formuliert (BT-Drucks. 17/9000). Der Verfasser Thüsing war Vorsitzender der Kommission und Verfasser des entsprechenden Berichtsteils.

Arbeitnehmer sind am Arbeitsplatz ihrem Arbeitgeber arbeitsvertraglich verpflichtet. Daneben aber sind sie auch Ehegatten, Lebenspartner, Familienväter und -mütter und auch selbst Kinder ihrer Eltern. Damit sind sie anderen Menschen persönlich verpflichtet. Die Verpflichtungen sind nur vereinzelt verrechtlicht, so z.B. in § 1626 Abs. 1 (Elterliche Sorge) oder in § 1353 Abs. 1 des Bürgerlichen Gesetzbuchs (Eheliche Lebensgemeinschaft). Überwiegend sind sie dagegen emotionaler und ethischer Natur. Pflichtenkollisionen sind vorprogrammiert, aber die Familie als Gemeinschaft mit eigenen Interessen und Voraussetzungen ist dennoch kein genuiner Topos des Arbeitsrechts, dient es doch in erster Linie dem Ausgleich des Verhandlungsungleichgewichts zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer. Die Familie ist hier nicht unmittelbar verortet. Arbeitsrechtliche Vorschriften, die die Familie als Schutzsubjekt einbeziehen, fehlen immer noch zu oft. Und dies obwohl Art. 6 Abs. 1 des Grundgesetzes Ehe und Familie dem besonderen Schutz durch die staatliche Ordnung unterstellt. Familienbezogene Interessen werden nur insoweit geschützt, als es sich um Interessen auch des Arbeitnehmers selbst handelt.

II. Was wir haben

Deshalb ist es gut und richtig, dass diese Frage bewusst adressiert wird. Bevor man sich nun aber Vorschlägen von Anpassungen und Erweiterungen des Rechts widmen kann, muss man eben diese vorhandenen Normen in den Blick nehmen. Die Anträge der Fraktionen DIE LINKE und BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN bezwecken vor allem eine finanzielle Entlastung von betreuenden Eltern. Wer das fordert, muss genau schauen, was wir haben. Wo ermöglicht das Arbeits- und Sozialrecht bereits die Berücksichtigung familiärer Verpflichtungen? Was ist hier zielführend, wo bestehen Schutzlücken? Nur wer das geltende Recht eingehend untersucht, kann es fortentwickeln und verbessern.

Nun gibt es zahlreiche Vorschriften des Arbeitsrechts, die Auswirkungen auf das Privat- und Familienleben des Arbeitnehmers haben.⁴ Arbeitszeit- und Urlaubsregelungen sorgen für mehr Zeit für die Familie. Der Mutterschutz gewährleistet die Absicherung der Frau während der Schwangerschaft und nach der Geburt. Die Vorgaben der Sozialauswahl im Kündigungsschutz ermöglichen, ja gebieten die Berücksichtigung von Unterhaltspflichten und damit eben auch familiärer Verpflichtungen. Um all diese Vorschriften soll es nun aber nicht gehen. Im Zentrum der aktuellen Debatte steht die Frage nach dem Umgang des Arbeits- und Sozialrechts mit erkrankten Kindern, die die Betreuung ihrer Eltern benötigen.

1. Krankengeld bei Betreuungsbedürftigkeit erkrankter Kinder, § 45 SGB V

⁴ Einen Überblick über die wesentlichen Regelungen des Familienarbeitsrechts bietet *Vofskühler*, RdA 2019, 121 (122).

Auch diese hat bereits eine ausdrückliche Regelung erfahren: § 45 Abs. 1 SGB V gibt Versicherten der gesetzlichen Krankenversicherung einen Anspruch auf Krankengeld, wenn sie zur Betreuung eines erkrankten, unter 12-jährigen oder behinderten Kindes der Arbeit fernbleiben müssen. Der Anspruch ist auf 10 Arbeitstage – bzw. 20 Arbeitstage für Alleinerziehende – pro Jahr beschränkt, s. § 45 Abs. 2 SGB V. Weiterhin besteht nach § 45 Abs. 4 SGB V die Möglichkeit des Bezugs von Krankengeld bei palliativmedizinischer Behandlung des Kindes. Über den finanziellen Anspruch hinaus enthält die Norm in ihren Abs. 3, 5 arbeitsrechtliche Freistellungsansprüche.⁵

Hier wurde schon Hand angelegt. In der Pandemie wurde § 45 SGB V um die Abs. 2a und 2b erweitert. Eltern haben für das Jahr 2021 einen Krankengeldanspruch von längstens 45 Arbeitstagen, Alleinerziehende von längstens 90 Arbeitstagen. Dies gilt auch, wenn das Kind nicht selbst erkrankt ist, aber von infektionsschutzrechtlichen Maßnahmen wie Schulschließungen oder Absonderungsanordnungen betroffen ist, s. § 45 Abs. 2a S. 3 SGB V. Das klingt viel, aber muss es noch mehr werden?

2. Lohnfortzahlung nach § 616 BGB

Der Gesetzgeber hat die Problematik der Pflichtenkollision für berufstätige Eltern mit erkrankten Kindern also durchaus erkannt. Der Krankengeldanspruch ruht allerdings nach § 49 Abs. 1 Nr. 1 SGB V, soweit und solange Versicherte beitragspflichtiges Arbeitsentgelt oder Arbeitseinkommen erhalten. Vorrangig vor der Inanspruchnahme der Krankenversicherung ist also zu prüfen, ob ein Lohnfortzahlungsanspruch gegen den Arbeitgeber besteht. Ein solcher ist für den Fall der Erkrankung des Kindes bislang ausdrücklich nicht geregelt. Das heißt jedoch nicht, dass berufstätige Eltern ihre arbeitsvertraglichen Pflichten verletzen müssen und ihren Lohnanspruch stets verlieren, wenn sie zur Betreuung ihrer Kinder der Arbeit fernbleiben. Vielmehr handelt es sich hier um einen klassischen Anwendungsfall der Arbeitsverhinderung aus persönlichen Gründen, die Niederschlag in § 616 BGB gefunden hat.⁶ Führt ein in der Person des Arbeitnehmers liegender Grund ohne sein Verschulden für eine verhältnismäßig nicht erhebliche Zeit zu einem Ausbleiben der Arbeitsleistung, besteht der Lohnanspruch fort. In dem Fall geht er auch dem Anspruch auf Krankengeld vor, der Arbeitgeber ist primär in der Pflicht.⁷

⁵ BSG, Urt. v 22.10.1980 – 3 RK 56/79, AP RVO 185c Nr. 1; KassKomm/*Schifferdecker*, 111. EL (Stand: September 2020), § 45 SGB V Rn. 43; *Greiner*, NZA 2007, 490.

⁶ Hier geht es allerdings nur um den Lohnfortzahlungsanspruch, das Entfallen der Arbeitspflicht richtet sich nach § 275 Abs. 3 BGB, vgl. *Greiner*, NZA 2007, 490 (492); *Treichel*, NZA 2016, 459 (460); a.A. wohl *Richardi*, NZA 2002, 1004 (1007).

⁷ *Brose*, NZA 2011, 719 (722); auch im Hinblick auf den Freistellungsanspruch nach § 45 Abs. 3 SGB V *Treichel*, NZA 2016, 459 (460).

Die Norm bringt Ungewissheiten mit sich, die wir schon lange kennen: Welche Zeitspanne ist noch verhältnismäßig nicht erheblich? Wie lange darf der Arbeitnehmer also sein krankes Kind versorgen, ohne finanzielle Einbußen befürchten zu müssen? Hierüber wird seit langem intensiv gestritten. Zum Teil will man das Verhältnis der Verhinderungsdauer zur Gesamtdauer des Arbeitsverhältnisses berücksichtigen.⁸ Einzelne schlagen hier schon konkretere Maßstäbe vor.⁹ Andere wiederum betrachten als maßgebliches Kriterium nicht die Dauer des Arbeitsverhältnisses, sondern den Grund für die Arbeitsverhinderung.¹⁰ Hier will man sich überwiegend nicht auf eine feste Zahl von Tagen festlegen,¹¹ in Teilen aber auch an verwandten Regelungen wie etwa § 2 PflegeZG oder eben § 45 SGB V orientieren.¹²

Eindeutig ist eigentlich nur eines: Man ist sich nicht einig.¹³ Richtigerweise wird man das Telos der Norm berücksichtigen müssen, die es eben nur bezweckt, geringfügige Störungen im Dienstverhältnis unberücksichtigt zu lassen.¹⁴ Verhinderungen von mehr als 10 Tagen dürften hiervon jedenfalls nicht mehr erfasst sein, überwiegend zieht man die Grenze bei fünf Tagen.¹⁵ Was man auch sagt: Eine starre Grenze ist praktikabel, hat aber immer etwas dezisionistisches an sich.

3. Ist das zu wenig?

Nun wird es Stimmen geben, die sagen, das sei zu wenig. Kinder können für mehr als ein paar Tage erkranken und bedürfen dann der Betreuung. Doch man darf an dieser Stelle den Blick nicht verschließen für das Ineinandergreifen verschiedener Sicherungssysteme. Fällt der Elternteil nur kurzfristig bei der Arbeit aus, greift § 616 BGB. Hier wird vorgebracht, die Norm sei abdingbar und deshalb nicht zur finanziellen Absicherung geeignet.¹⁶ Insoweit muss man sich aber zunächst

⁸ Etwa BGH, Urt. v. 30.11.1978 – III ZR 43/77, NJW 1979, 422 (425); BAG, Urt. v. 13.11.1969 – 4 AZR 35/69, DB 1970, 211 (212); Erman/*Riesenhuber*, 16. Aufl. 2020, § 616 BGB Rn. 50; *Löwisch*, DB 1979, 209 (210); *Schaub*, AuA 1996, 82 (83); *Stöß/Putzer*, NJW 2020, 1465 (1468).

⁹ Siehe die zeitliche Staffelung je nach Bestand des Arbeitsverhältnisses bei *Schaub*, AuA 1996, 82 (83); zustimmend Erman/*Riesenhuber*, 16. Aufl. 2020, § 616 BGB Rn. 51.

¹⁰ HWK/*Krause*, 9. Aufl. 2020, § 616 BGB Rn. 41; MHdbArbR/*Tillmanns*, 4. Aufl. 2018, § 77 Rn. 27; MüKoBGB/*Henssler*, 8. Aufl. 2020, § 616 Rn. 68; *Schaub/Linck*, 18. Aufl. 2019, § 97 Rn. 18; *Staudinger/Oetker*, Neubearb. 2019, § 616 BGB Rn. 101.

¹¹ BeckOK ArbR/*Joussen*, 56. Ed. (Stand: 1.6.2020), § 616 BGB Rn. 48; ErfK/*Preis*, 20. Aufl. 2020, § 616 BGB Rn. 10a; MüKoBGB/*Henssler*, 8. Aufl. 2020, § 616 Rn. 68; MHdbArbR/*Tillmanns*, 4. Aufl. 2018, § 77 Rn. 27.

¹² In diese Richtung ErfK/*Gallner*, 20. Aufl. 2020, § 2 PflegeZG Rn. 4; *Schaub/Linck*, 18. Aufl. 2019, § 97 Rn. 18; *Sievers*, jM 2020, 189 (191).

¹³ Kritisch auch *Greiner*, NZA 2007, 490 (492).

¹⁴ BeckOK ArbR/*Joussen*, 57. Ed. (Stand: 1.9.2020), § 616 BGB Rn. 3; MüKoBGB/*Henssler*, 8. Aufl. 2020, § 616 Rn. 2; *Staudinger/Oetker*, Neubearb. 2019, § 616 BGB Rn. 15.

¹⁵ Zu dieser zeitlichen Grenze und ihrer Herleitung *Brose*, NZA 2011, 719 (720 f.) m.w.N.

¹⁶ Vgl. etwa. BT-Drucks. 19/22496, S. 8.

fragen, ob das denn tatsächlich passiert – viele Tarifverträge weisen eher in eine andere Richtung.¹⁷ Weiterhin geht eine Abbedingung im Fall der Erkrankung eines Kindes nicht zu Lasten des Arbeitnehmers, sondern zu Lasten der Krankenversicherung¹⁸ – der Anspruch nach § 45 SGB V ruht nämlich nur, wenn tatsächlich beitragspflichtiges Arbeitsentgelt ausbezahlt wird.¹⁹ Greift § 616 BGB aufgrund individual- oder tarifvertraglicher Regelung nicht ein, gilt unmittelbar der Krankengeldanspruch nach § 45 SGB V.

Auch zeigt ein Blick über die eigenen Grenzen: Was das deutsche Recht bietet, ist schon viel. In Großbritannien wird Arbeitnehmern zwar eine verhältnismäßige Zeitspanne der Arbeitsfreistellung gewährt, um familiären Notfällen wie auch der Erkrankung eines Kindes zu begegnen, eine Lohnfortzahlungspflicht besteht allerdings nicht.²⁰ Besonderheiten aufgrund von Schulschließungen während der Pandemie wird durch die Anwendung von Regeln zur Kurzarbeit begegnet.²¹ Das französische Recht kennt eine Befreiung von der Arbeitspflicht bei Erkrankung des Kindes, die allerdings unbezahlt und grundsätzlich auf drei Tage pro Jahr beschränkt ist.²² Die *Allocation journalière de présence parentale*, eine Art Krankentagegeld für die Eltern, die infolge der Betreuung erkrankter Kinder ihrer Arbeit nicht nachgehen können und die auch in der Begründung des Gesetzesentwurfs der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN in Bezug genommen wird, ist auf Fälle besonderer Schwere, darüber hinaus auch in der Höhe auf ca. 50 € pro Tag beschränkt.²³ Für die Zeit der Pandemie wurden in Frankreich Sonderregelungen geschaffen, erst eine Erweiterung des Krankengeldes, später erfolgte ein verstärkter Einsatz von Kurzarbeit.²⁴ In Irland ist die Zeitspanne der Arbeitsfreistellung bei Erkrankung eines Kindes grundsätzlich auf drei Tage in einem 12-Monats-Zeitraum beschränkt.²⁵ Und auch in Italien bestand vor Eintritt der Pandemie lediglich für fünf Arbeitstage pro Jahr das Recht, der Arbeit – unbezahlt! – fernzubleiben, wenn ein Kind zwischen drei und acht Jahren erkrankt war.²⁶

¹⁷ S. BMFSFJ, Familienfreundliche Regelungen in Tarifverträgen und Betriebsvereinbarungen, Beispiele guter Praxis, abrufbar unter <https://www.bmfsfj.de/blob/76376/34cf5d066c64a0f498ed612b45a6b1a7/familienfreundliche-regelungen-data.pdf> (letzter Abruf: 9.2.2021).

¹⁸ Brose, NZA 2011, 719 (721); Greiner, NZA 2007, 490 (492).

¹⁹ Vgl. KassKomm/Schiffederdecker, 111. EL (Stand: September 2020), § 49 SGB V Rn. 15; Krauskopf/Riecke, 108. EL (Stand: September 2020), § 49 SGB V Rn. 9.

²⁰ S. <https://www.gov.uk/time-off-for-dependants> (letzter Abruf: 8.2.2021).

²¹ S. <https://www.gov.uk/guidance/coronavirus-covid-19-what-to-do-if-youre-employed-and-cannot-work#if-you-have-caring-responsibilities-because-of-coronavirus> (letzter Abruf: 8.2.2021). Aufgrund des *Corona Virus Job Retention Scheme* kann der Arbeitgeber im Falle der Kurzarbeit staatliche Gelder beantragen und so unterhalb einer Höchstgrenze von 2500 £ mindestens 80% des Gehalts auszahlen.

²² Art. L. 1225-61 Code du travail.

²³ Art. L544-1 Code de la sécurité sociale; <https://www.service-public.fr/particuliers/vosdroits/F15132> (letzter Abruf: 9.2.2021).

²⁴ S. Art. 1 1° Décret n°2020-227 v. 9.3.2020; Art. 20 I al. 4 Loi n°2020-473 v. 25.4.2020; s. auch Marié, Droit Social 2020, 683 (684).

²⁵ Parental Leave Act 1998, Sect. 13.

²⁶ D.Lgs. 26/03/2001, n. 151 Artt. 47.

Es gibt auch Staaten, die weiter gehen. In Schweden etwa können Eltern bis zu 120 Tage im Jahr eine Kompensation für ausgefallene Arbeitszeit infolge der Erkrankung des eigenen Kindes erhalten.²⁷ Richtig ist, dass die § 616 BGB und § 45 SGB V einen derart langwierigen Arbeitsausfall nicht kompensieren können. Dafür sind beide Normen auch weder geschaffen noch geeignet – es geht, mit Ausnahme des § 45 Abs. 4 SGB V, um die finanzielle Absicherung bei kurzfristiger Arbeitsverhinderung. Lohnfortzahlung und Kinderkrankengeld versetzen Eltern in die Lage, kurzfristig auf Betreuungsbedarf zu reagieren. Damit dürfte ein Großteil der Fälle bereits erfasst sein, denn in der Regel dauert die Erkrankung eines im Übrigen gesunden Kindes wohl nicht länger als wenige Tage. Bei länger andauernder Erkrankung geben die bestehenden Regelungen den Eltern die Möglichkeit, die anderweitige Versorgung des Kindes zu organisieren. Und gerade das ist in der aktuellen Debatte ein wichtiger Punkt. Dass die langfristige Betreuung des erkrankten Kindes durch den Arbeitnehmer selbst im Arbeits- und Sozialrecht – mit Ausnahme des § 45 Abs. 4 SGB V – nicht vorgesehen ist, ist zutreffend. Für sich genommen ist das aber noch nicht problematisch, denn die höchstpersönliche Betreuung ist nicht die einzige Möglichkeit, den elterlichen Pflichten nachzukommen.²⁸ Schwierig wird es erst da, wo zumutbare Betreuungsalternativen nicht gegeben sind, weil der andere Elternteil ebenfalls berufstätig ist, Verwandte – wie heute immer häufiger²⁹ – ebenso nicht zur Verfügung stehen und auch Dritte als Betreuungspersonen ausscheiden.

Hier sollte man aber nicht außer Acht lassen, dass das Recht des Arbeitnehmers, seine Kinder im Krankheitsfall zu betreuen, auch über die Grenzen der § 616 BGB und § 45 SGB V hinausgeht – soweit eine Unzumutbarkeit nach § 275 Abs. 3 BGB besteht, kann der Arbeitnehmer sich durch Erheben der Einrede von seiner Arbeitspflicht befreien.³⁰ Er muss dann nicht mit arbeitsrechtlichen Repressalien rechnen – erhält bei Überschreiten der Grenzen des § 616 BGB bzw. § 45 SGB V gleichwohl auch keinen Lohn. Das wird im Einzelfall, bei nur um einige Tage längerem Arbeitsausfall, für viele Arbeitnehmer verkraftbar sein.³¹

Bei sehr viel längerem oder sogar dauerhaftem Betreuungsbedarf gilt es hingegen, andere, flexiblere Lösungen zu finden (siehe hierzu III). Eine Erweiterung der bisherigen Tatbestände, die mit dem Abfedern kurzfristiger Arbeitsverhinderungen eine andere Zielrichtung verfolgen, ist kein geeigneter Ausweg.

²⁷ S. <https://www.forsakringskassan.se/english/parents/care-of-a-sick-child-vab> (letzter Abruf: 9.2.2021).

²⁸ *Treichel*, NZA 2016, 459 (461) betont in Bezug auf die Unzumutbarkeit nach § 275 Abs. 3 BBG aber das Recht, die elterliche Sorge persönlich auszuüben, anstatt sie zu delegieren.

²⁹ Vgl. *Brose*, NZA 2011, 719 (724); *Treichel*, NZA 2016, 459.

³⁰ Für die vorrangige Bedeutung dieser Norm *Treichel*, NZA 2016, 459; Zur fehlenden Deckungsgleichheit des § 275 Abs. 3 BGB mit § 616 BGB *Brose*, NZA 2011, 719 (721); s. auch *Greiner*, NZA 2007, 490 ff.

³¹ So auch *Treichel*, NZA 2016, 459.

III. Warum die Vorschläge nicht alle zielführend sind

Insbesondere die jetzt vorliegenden Vorschläge gehen im Einzelnen zu weit. Das von der Fraktion DIE LINKE vorgeschlagene Modell führt zu unkalkulierbaren Kosten für Arbeitgeber und Versicherungsgemeinschaft. Der Anspruch gegen den Arbeitgeber mag nach dem vorgeschlagenen § 3b Abs. 2 EFZG-E zeitlich begrenzt sein, nicht so jedoch der angeratene Freistellungsanspruch.³² Da dieser auch nicht auf Fälle begrenzt ist, in denen eine anderweitige Betreuung des Kindes nicht möglich ist,³³ könnten sich Arbeitnehmer veranlasst sehen, die Betreuung in jedem Fall selbst zu übernehmen und den Arbeitsausfall hinzunehmen – ein Umstand, der die Personalplanung maßgeblich erschweren und aufgrund der dann erforderlichen Reaktionsmöglichkeiten wohl auch erheblich kostenintensiver machen würde. Falsche Anreize führen zu falschen Verhalten. Auch die drohende Belastung für die Versicherungsgemeinschaft liegt auf der Hand – der Krankengeldanspruch soll nach dem Gesetzesentwurf zeitlich unbefristet gewährt werden; bislang fehlt eine Rechnung, wieviel das kosten würde.³⁴ Das BMG rechnet derzeit mit Kosten in Höhe von rund einer halben Milliarde Euro bereits für die bestehenden Erweiterungen, je nach Inanspruchnahme, die durch einen Steuerzuschuss aufgefangen wird.³⁵ Hier ist eine dauerhafte Regelung angestrebt, die sehr viel weiter geht. Auch soll dies nicht auf Fälle tatsächlicher Notwendigkeit der Betreuung beschränkt, sondern nur im Falle der Betreuung durch eine andere im Haushalt lebende volljährige Person ausgeschlossen sein. Die gesetzlichen Krankenversicherungen müssten hierbei zwangsläufig mit höheren Beiträgen reagieren, um das im Vergleich zur jetzigen Rechtslage deutlich erhöhte Risiko eines Versicherungsfalls abdecken zu können. Ist das gewollt? Sinnvoller ist insoweit der Vorschlag der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN, der zwar eine Erhöhung der Tagesgrenze für das Kinderkrankengeld fordert, an der zeitlichen Begrenzung aber gleichwohl festhält.³⁶

Dieser zweite Vorschlag differenziert auch zwischen den in Zeiten der Pandemie notwendigen Anpassungen und denen des im Übrigen geltenden Rechts. Das ist richtig und sinnvoll. Die Besonderheiten der Pandemie, hervorgerufen durch Schulschließungen und ein erhöhtes Krankheitsrisiko, müssen adressiert werden. Rechtliche Anpassungen sind hier temporär richtig, dürfen aber gleichwohl nicht perpetuiert werden. Die Sachlage, nach der gesunde, aber

³² S. BT-Drucks. 19/22496, S. 6.

³³ So aber gerade auch die Unzumutbarkeitseinrede nach § 275 Abs. 3 BGB, s. *Greiner*, NZA 2007, 490.

³⁴ BT-Drucks. 19/22496, S. 6, 10.

³⁵ Ärzteblatt vom 8.1.2021, Umsetzung für zusätzliches Kinderkrankengeld unklar, abrufbar <https://www.aerzteblatt.de/nachrichten/119987/Umsetzung-fuer-zusaetzliches-Kinderkrankengeld-unklar>

³⁶ S. BT-Drucks. 19/22501, S. 2.

betreuungsbedürftige Kinder wochenlang zu Hause sind, entspricht nicht dem Normalzustand – sie sollte einer dauerhaften Reform daher auch nicht zugrunde gelegt werden.

Der Ausnahmesituation selbst ist bereits begegnet worden – § 56 Abs. 1a IfSG gibt Eltern einen gegenüber anderweitigen Ansprüchen subsidiären³⁷ Anspruch auf staatliche Entschädigung, wenn sie infolge der Schließung von Schulen und Betreuungseinrichtungen keine anderweitige Betreuungsmöglichkeit haben und so der Arbeit fernbleiben müssen. Wenn die FDP also Lohnentschädigungsregelungen für Krisenauswirkungen auf Familien fordert,³⁸ muss man sagen – die gibt es derzeit schon. Eine Überlegung wert ist es allerdings – und so kann man auch den Vorschlag der FDP-Fraktion verstehen – hier anstatt einer Übergangslösung ein dauerhaftes Regelungsinstrument mit Blick auf künftige Krisenzeiten zu schaffen.³⁹

IV. Was stattdessen möglich ist

Aber es gibt auch Vorschläge, die sinnvoll sind, ohne dass es unberechenbare Kostensteigerungen für Arbeitgeber, Steuerzahler und Versichertengemeinschaft bedeuten würde. Aufmerksamkeit sollte man aber vorrangig der letzten Anregung der FDP-Fraktion schenken, in der sie die Bundesregierung auffordert, „Rahmenbedingungen zu schaffen, die Eltern echte Wahlfreiheit geben, Erwerbs- und Sorgearbeit nach individuellen Wünschen und Bedürfnissen untereinander aufzuteilen, z. B. flexible Arbeitsmodelle für eine bessere Vereinbarkeit von Familie und Beruf für Mütter und Väter“.⁴⁰ Dies weist in Richtung dessen, was wirklich eine langfristige und zukunftsorientierte Perspektive für Familie im Berufsleben schaffen kann. Denn während sich die Vorschläge der Fraktionen DIE LINKE sowie BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN auf Fragen der Arbeitsfreistellung unter Lohnfortzahlung fokussieren, wird hier darüber hinausgedacht. Und das ist richtig. Wenn man unter dem Begriff Vereinbarkeit von Familie und Beruf diskutiert, dann sollte es doch gerade darum gehen, ein Nebeneinander zu ermöglichen. Unbegrenzte Perioden ohne Arbeitsleistung erreichen das nicht – das zu gewähren bestärkt eher die Vorstellung, Berufstätigkeit und Familienleben seien gleichzeitig nur schwer zu verwirklichen. Insbesondere aber zur Minderung der Konflikte zwischen Arbeitszeit und Zeit für Familienverantwortung können gesetzgeberische Maßnahmen erwogen werden, Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern eine größere Arbeitszeitsouveränität zu geben. Die Bandbreite gesetzgeberischer Regelungsmöglichkeiten ist hier groß.

³⁷ Die Subsidiarität des Entschädigungsanspruchs ist umstritten, ergibt sich aber aus dem Erfordernis des Verdienstausfalls sowie aus der Gesetzesbegründung zum BSeuchG, s. BT-Drucks. 3/1888, S. 27. Ausführlich zur Diskussion und m.w.N. *Preis/Mazurek/Schmid*, NZA 2020, 1137 (1138).

³⁸ S. BT-Drucks. 19/21589, S. 2.

³⁹ Vgl. BT-Drucks. 19/21589, S. 1.

⁴⁰ BT-Drucks. 19/21589, S. 2.

1. Diskriminierungsverbot für Fürsorgerleistende

Anhaltspunkte liefern zunächst das Völker- und Europarecht. Die Europäische Sozialcharta in ihrer revidierten Fassung, erst kürzlich vom Deutschen Bundestag ratifiziert,⁴¹ macht die Vereinbarkeit von Berufs- und Familienpflichten sowie ein Verbot der Diskriminierung zulasten solcher, die bei bestehenden Familienpflichten erwerbstätig sind oder werden wollen, zur Leitlinie der Politik.⁴² Ihr Art. 27 verpflichtet die Mitgliedsstaaten, Maßnahmen zu ergreifen, um eben diese Vereinbarkeit zu gewährleisten, insbesondere auch, um den Bedürfnissen von Fürsorgerleistenden bei den Beschäftigungsbedingungen Rechnung zu tragen. Im Recht der Europäischen Union macht die in Deutschland noch umzusetzende Work-Life-Balance-Richtlinie 2019/1158 Vorgaben zur besseren Vereinbarkeit von Beruf und Familie. In ihrem Art. 11 sieht die Richtlinie 2019/1158 ein Diskriminierungsverbot für all jene vor, die Rechte in Anspruch nehmen, welche gerade diese Vereinbarkeit gewährleisten sollen.

Man sollte dies zum Anlass nehmen, über ein allgemeines Verbot der Diskriminierung von Fürsorgerleistenden, also Personen, die erzieherische oder pflegerische Verpflichtungen im familiären Bunde erfüllen, nachzudenken.⁴³ Diese Verpflichtungen treffen sie nicht nur auf moralischer Ebene. Das jetzige System der Pflege für Alte und Kranke führt oftmals dazu, dass entsprechende Leistungen mangels Alternative von den Arbeitnehmern selbst erbracht werden. Das SGB XI kann nicht ersetzen, was Millionen von Familienmitgliedern ohne und außerhalb rechtlicher Rahmenbedingungen leisten.⁴⁴ Was im familiären Kontext persönlich empfundener Verantwortung und Verbundenheit entspricht, überträgt die Pflegeversicherung auf das Verhältnis der Generationen zueinander. Ebenso wird das System der Rentenversicherung getragen von einer Garantiefunktion der Kindererziehung: Ohne die nachrückende Generation kann es nicht funktionieren⁴⁵ – das System braucht Kinder, und Kinder brauchen Eltern, die sie erziehen.

Die gezielte Benachteiligung von Personen mit familiären Verpflichtungen (sog. *Caregiver Discrimination*) kann derzeit allein über die mittelbare Diskriminierung wegen des Geschlechts nach §§ 3 Abs. 2, 7 Abs. 1 AGG erfasst werden. Das reicht nicht. Denn es führt nicht nur zu Schutzlücken,⁴⁶ es perpetuiert auch geschlechtsspezifische Stereotypen, denen es entgegenzutreten

⁴¹ Art. 1 EUSozChrRevG.

⁴² S. Teil I Ziffer 27 RESC.

⁴³ So auch schon *Dahm*, EuZA 2011, 30 (43).

⁴⁴ Pflegende Angehörige leisten einen wesentlichen Beitrag zur Pflegesituation in Deutschland: Ca. 2/3 der zu Pflegenden werden im häuslichen Umfeld betreut, s. https://www.aok-bv.de/lexikon/h/index_06441.html (letzter Abruf: 9.2.2021).

⁴⁵ BAG, Urt. v. 20.4.2010 – 3 AZR 370/08, NZA 2010, 1188 (1192).

⁴⁶ Wer etwa alle Eltern gleich schlecht behandelt, seien es Mütter oder Väter, der diskriminiert nicht wegen des Geschlechts. Und auch eine Benachteiligung von Fürsorgerleistenden, die im Einzelfall eine mittelbare

gilt.⁴⁷ Die faktisch bestehende Ungleichheit zwischen den Geschlechtern, die gesellschaftlich anerkannte Norm, es sei die Aufgabe der Frau, Pflegeleistungen zugunsten von Kindern und Alten zu übernehmen, wird durch die alleinige Einordnung der *Caregiver Discrimination* als Diskriminierung wegen des Geschlechts bestärkt. Sie trifft die Aussage, die Arbeitnehmerin werde benachteiligt, weil sie Fürsorgeleistende ist, und Fürsorgeleistende sei sie, weil sie eine Frau ist. Fürsorgeleistende sollen aber nicht als Frauen, Männer, Zugehörige sonstigen oder keines Geschlechts geschützt werden, sondern als Personen, die Verantwortung für die Ihren übernehmen, wie es zum Teil rechtlich, jedenfalls aber gesellschaftlich gefordert und in tatsächlicher Hinsicht auch schlichtweg erforderlich ist.

Ein solches Diskriminierungsverbot kann auch vor mehr schützen als vor gezielten, benachteiligenden Maßnahmen des Arbeitgebers. Erkennt man eine Pflicht zur *reasonable accommodation* als Bestandteil des Diskriminierungsrechts an, also die Pflicht, angemessene Vorkehrungen zu treffen, um Merkmalsträgern eine gleichberechtigte Teilhabe am Berufsleben zu ermöglichen, könnte das insbesondere eine Berücksichtigung familiärer Bedürfnisse bei der Festlegung und Flexibilisierung der Arbeitszeiten zur Folge haben. Wie wichtig die Lage der Arbeitszeit für die Organisation des familiären Lebens neben dem Beruf ist, zeigt europäische wie deutsche Rechtsprechung und die einschlägige Literatur.⁴⁸ Instruktiv ist auch die Rechtssache *Johnstone* aus Kanada.⁴⁹ Hat der Vater oder die Mutter das Recht, die Lage der Arbeitszeit mit zu beeinflussen, dann kann die Harmonisierung der familiären mit den beruflichen Pflichten gelingen, ohne dass Abstriche gemacht werden müssen. Dies kann auch und gerade bei langfristiger Erkrankung der eigenen Kinder Abhilfe schaffen.

Ob das Diskriminierungsrecht eine entsprechende Rücksichtnahmepflicht des Arbeitgebers beinhaltet, ist indes noch nicht eindeutig geklärt.⁵⁰ Ausdrücklich vorgesehen ist sie im europäischen Recht nur in Bezug auf das Merkmal der Behinderung in Art. 5 Richtlinie 2000/78/EG, der keine

Benachteiligung von Frauen darstellt, kann einem gleichwohl betroffenen Mann im Einzelfall nicht helfen, s. hierzu MüKoBGB/Thüsing, 8. Aufl. 2018, § 15 AGG Rn. 6.

⁴⁷ S. auch *Vofskühler*, RdA 2019, 121.

⁴⁸ S. EuGH, Urt. v. 18.9.2019 – C-366/18, NZA 2019, 1341; hierzu die Anmerkung von *Wenckebach*, ZESAR 2020, 234; BAG, Urt. v. 23.9.2004 – 6 AZR 567/03, 359 (361); *Kocher u.a.*, Das Recht auf eine selbstbestimmte Erwerbsbiographie, 2013, S. 147 ff., 263 ff.; *Greiner*, NZA 2007, 490.

⁴⁹ Dem Arbeitgeber wurde hier aufgegeben, die auf familiären Verpflichtungen beruhenden Bedürfnisse einer Arbeitnehmerin in der Form zu berücksichtigen, dass ihr das Arbeiten in festen Schichten ermöglicht werde, s. *Canada (Attorney General) v. Johnstone*, [2015] 2 RCF 595, 2014 CAF 110 (CanLII).

⁵⁰ S. die Erwägungen bei *Bribosia/Rorive*, Reasonable Accommodation beyond Disability in Europe?, abrufbar unter <https://op.europa.eu/de/publication-detail/-/publication/d7715f13-cd38-428e-873b-e21b8c6ecb71/language-en> (letzter Abruf: 10.2.2021); *Vickers*, Religion and Belief Discrimination in Employment – the EU law, S. 19 ff., abrufbar unter

https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&ved=2ahUKEwj24ZiWrrzuAhUIO8AKHf7_AAIQFjABegQIARAC&url=http%3A%2F%2Fec.europa.eu%2Fsocial%2FBlobServlet%3FdocId%3D1689%26langId%3Den&usq=AOvVaw0mkouSflZbnKx7jIF1s4Ib (letzter Abruf: 10.2.2021); *Stein*, NZA 2014, 1053.

unmittelbare Umsetzung ins deutsche Recht erfahren hat.⁵¹ Andere Staaten sind da schon weiter.⁵² Will man hier Sicherheit schaffen, sollte man eine ausdrückliche Normierung erwägen.

2. Anspruch auf Mitgestaltung der Arbeitszeit

Diese muss nicht zwingend im Diskriminierungsrecht verankert sein. Möglich erscheint auch eine Neuausrichtung des Rechts auf Teilzeit, sei es befristet oder unbefristet nach den §§ 8, 9a TzBfG oder aber als Elternteilzeit nach § 15 Abs. 7 BEEG. Der Arbeitnehmer bekommt hier ein einseitiges Recht zur Vertragsänderung, das insbesondere auch der besseren Vereinbarkeit von Familie und Beruf dient.⁵³ An die Seite dieses Anspruchs könnte eine andere gesetzgeberische Neuerung gestellt werden, die für die Vereinbarkeit von Familie und Beruf ebenso, vielleicht sogar noch besser, geeignet ist: Der gesetzliche Anspruch auf Teilzeit besteht zurzeit unabhängig vom Motiv, für das er in Anspruch genommen wird. Hier könnte die Politik ansetzen und den Anspruch reduzieren auf Arbeitnehmer, die familiäre Pflichten wahrnehmen wollen. Im Ausgleich dafür könnte der Anspruch erweitert werden, nicht nur auf einen Anspruch auf eine Reduzierung der Arbeitszeit, sondern auf einen Anspruch auf Mitsprache bei der Lage der Arbeitszeit.

Ein solcher besteht derzeit nur, sofern die Arbeitszeit auch verringert wird. Eine Verringerung der Arbeitszeit geht allerdings stets mit finanziellen Einbußen einher.⁵⁴ Dies kann für Familien eine erhebliche Belastung bedeuten und ist vermeidbar, wenn die Kinderbetreuung auch durch die alleinige Veränderung der Lage der Arbeitszeit sichergestellt werden könnte.⁵⁵ Zwar berücksichtigt die Rechtsprechung familiäre Bedürfnisse der Arbeitsplanung und -einteilung teilweise auch außerhalb des Anspruchs auf Teilzeit: So geht das BAG davon aus, bei vertraglich nicht festgelegter Arbeitszeit entspreche die Bestimmung der Lage der Arbeitszeit durch den Arbeitgeber nur dann billigem Ermessen, wenn er die familiären Belange der Arbeitnehmer hinreichend berücksichtigt.⁵⁶ Dass das aber in der Praxis nicht immer ausreicht, zeigen Fälle, in denen Arbeitnehmer ihre Arbeitszeit gezielt nur um wenige Stunden im Monat reduzieren, um dann in Anknüpfung an die Regelungen zur Teilzeit dem Arbeitgeber vorgeben zu können, wann die verbleibende Arbeit

⁵¹ Vielmehr ist die Norm nach Ansicht des BAG bei der Auslegung der § 8 Abs. 1 AGG, § 241 Abs. 2 BGB zu berücksichtigen, s. BAG, Urt. v. 22.5.2014 – 8 AZR 662/13, NZA 2014, 924 (927); Urt. v. 19.12.2013 – 6 AZR 190/12, NZA 2014, 372 (378).

⁵² Insbesondere in den USA gilt die Pflicht, angemessene Vorkehrungen zu treffen, auch im Hinblick auf die Religion, s. Civil Rights Act 1964, Title VII Sec. 701 (j); s.a. EEOC, Religious Discrimination, Religious Discrimination & Reasonable Accommodation, abrufbar unter <https://www.eeoc.gov/religious-discrimination> (letzter Abruf: 26.1.2021); in Kanada ist sie für sämtliche Diskriminierungsmerkmale anerkannt, s. S. Canadian Human Rights Act, Purpose of Act.

⁵³ S. BT-Drucks. 14/4374, S. 11. Vorrangig ist allerdings stets eine Einigung der Arbeitsvertragsparteien anzustreben, s. §§ 8 Abs. 3, 9a Abs. 3 TzBfG, § 15 Abs. 5 BEEG.

⁵⁴ Es gilt der pro-rata-temporis-Grundsatz, s. Meinel/Heyn/Herms/*Herms*, TzBfG, 5. Aufl. 2015, § 4 Rn. 42.

⁵⁵ Zur Möglichkeit, durch Veränderung der Lage der Arbeitszeit Konflikte zu vermeiden auch *Greiner*, NZA 2007, 490.

⁵⁶ BAG, Urt. v. 23.9.2004 – 6 AZR 567/03, 359 (361).

geleistet werden soll – bis zur Grenze des Rechtsmissbrauchs hat das BAG auch dies für zulässig erachtet.⁵⁷

Eine gesetzliche Neuerung sollte den direkten Weg erlauben. Würde der Anwendungsbereich des allgemeinen Teilzeitanpruchs auf familienbedingte Arbeitszeitwünsche – die der Gesetzgeber bereits als insoweit wichtigsten Beweggrund anerkannt hat⁵⁸ – reduziert, so könnte er zugleich erweitert werden auf ein Recht des Arbeitnehmers zur Mitbestimmung bei der Lage der Arbeitszeit. Auch hier kann man einschränkend ein Ablehnungsrecht des Arbeitgebers aus betrieblichen Gründen vorsehen. Wo aber keine betrieblichen Gründe bestehen, würde eine entsprechende Regelung zu einer besseren Vereinbarkeit von Familie und Beruf führen. Dies erfolgte nicht durch eine Erweiterung des Arbeitsrechts und von Arbeitnehmerrechten, sondern eine familienbewusste Neuausrichtung und Fokussierung.

V. Was bleibt?

Es ist an der Zeit, dass die Familie im Arbeitsrecht einen ihr angemessenen Schutz erfährt. Jede politische und juristische Initiative, die hier zu einem ehrlichen Diskurs führt, ist zu begrüßen. Solange Berufsleben und Fürsorgeverantwortung zwei miteinander nur schwer in Einklang zu bringende Positionen bleiben, fehlt es unserer Gesellschaft und Arbeitswelt an Modernität, an Zukunftsperspektive und an Gleichberechtigung. Die hierzu vorliegenden Vorschläge der Oppositionsfraktionen setzen aber überwiegend am falschen Punkt an. Zentrales Problem sind nicht die Phasen, in denen die Arbeitsleistung zugunsten familiärer Verpflichtungen ausbleibt. Es sind diejenigen, in denen der Arbeitnehmer den Anforderungen des Berufs- und Privatlebens gleichermaßen gerecht werden muss. Hier muss man etwas verändern, um die Vereinbarkeit von Beruf und Familie wirklich zu fördern. Möglichkeiten gibt es viele – hier wurden zwei besonders wirksame vorgestellt. Ein Diskriminierungsschutz zugunsten von Fürsorgeleistenden sowie die Möglichkeit, die Lage der Arbeitszeit mitzubestimmen, würde so manche Pflichtenkollision bereits beseitigen.

⁵⁷ BAG, Urt. v. 11.6.2013 – 9 AZR 786/11, NZA 2013, 1074 (1075); Urt. v. 18.8.2009 – 9 AZR 517/08, NZA 2009, 1207 (1210).

⁵⁸ S. BT-Drucks. 14/4374, S. 11.