

**Ausschuss für Familie, Senioren, Frauen
und Jugend
Ausschussdrucksache 16(13)81e**

Zur Anhörung eingeladen: Dr. Christine Fuchsloch



**Deutscher
Juristinnenbund
e.V.**
Vereinigung der Juristinnen,
Volkswirtinnen und
Betriebswirtinnen

Berlin, 29. Juni 2006

Geschäftsstelle / Office:
Anklamer Straße 38
D-10115 Berlin
fon: ++49 – (0)30 – 443270-0
fax: ++49 – (0)30 – 443270-22
geschaeftsstelle@djb.de
<http://www.djb.de>

S t e l l u n g n a h m e

zum Gesetzentwurf der CDU/CSU und SPD zur Einführung eines Elterngeldes Bundestags – Drucksache 16/1889 vom 20.6.2006

Vorbemerkung

In der nachfolgenden Stellungnahme werden die wichtigsten Gesichtspunkte zu dem vorgelegten Elterngeldgesetzentwurf aufgegriffen. Ergänzend wird zu Detailfragen, insbesondere zu der nicht unproblematischen Ermittlung des Einkommens, auf die Stellungnahme des Deutschen Juristinnenbundes zu dem Entwurf des Ministeriums (<http://www.djb.de/Kommissionen/kommission-recht-der-sozialen-sicherung-familienlastenausgleich/St-06-10-Elterngeld/>) verwiesen.

Grundsätzliches

Der Deutsche Juristinnenbund begrüßt die geplante Einführung eines Elterngeldes als Lohnersatzleistung für entgangenes Einkommen im ersten Jahr nach der Geburt eines Kindes. Das Elterngeld ist geeignet, die Vereinbarkeit von Elternschaft und Erwerbsarbeit für Frauen und Männer sowie die Partizipation von Vätern an der Familienarbeit zu fördern. Untersuchungen zeigen, dass es bisher häufig finanzielle Gründe und unzureichende Kinderbetreuungsmöglichkeiten sind, weshalb erwerbstätige Mütter von Kleinkindern länger unterbrechen oder weniger Stunden berufstätig sind als sie es wünschen. Viele Väter würden demgegenüber lieber ihre Arbeitszeit verkürzen und mehr Zeit mit ihren Kindern verbringen als dies gegenwärtig der Fall ist. Ein Elterngeld als Lohnersatzleistung erleichtert es, dass Eltern partnerschaftliche Lösungen bei der Kleinkindbetreuung im ersten

Lebensjahr finden und mildert die durch die Geburt des Kindes verursachten finanziellen Einbußen ab.

Um das Ziel der stärkeren Beteiligung von Vätern zu erreichen, begrüßt der djb nachdrücklich die vorgeschlagene Reservierung von zwei so genannten „Partnermonaten“, wenn der andere Elternteil auch Elterngeld in Anspruch nimmt. Der djb hält längerfristig eine Ausweitung der Förderung väterlicher Erziehungszeit über die zwei Partnermonate hinaus für erforderlich. Die Regelung ist verfassungsrechtlich unbedenklich. Der Staat entspricht damit seiner Verpflichtung aus Art 3 Abs. 2 Satz 2 des Grundgesetzes, auf die tatsächliche Durchsetzung der Gleichberechtigung von Frauen und Männern und die Beseitigung bestehender Nachteile hinzuwirken. Umgekehrt wären familienpolitische Maßnahmen, die faktisch die Stellung von Frauen im Berufsleben verschlechtern, verfassungsrechtlich problematisch. Es ist zu erwarten, dass die finanziell attraktive Inanspruchnahme der Partnermonate von Vätern der nach wie vor bestehenden Einstellung entgegenwirkt, Kleinkindbetreuung sei „nur Frauensache“ und „Privatsache“, was zur Benachteiligung von Frauen (ob mit oder ohne Kind) im Erwerbsleben beiträgt. Für nachbesserungsbedürftig bei dem vorgelegten Gesetzentwurf hält der djb die Regelungen zur gemeinsamen Teilzeiternzeit beider Eltern. In der vorgeschlagenen Form benachteiligt das Gesetz Eltern, die sich dafür entscheiden, gemeinsam und gleichzeitig Kindererziehung und Berufstätigkeit zu verbinden.

Das Elterngeld, das eine Lohnersatzleistung für einen Höchstzeitraum von 14 Monaten darstellt, ersetzt keinesfalls bedarfsgerechte frühkindliche Bildungs- und Betreuungsangebote, sondern bedingt sie vielmehr. Nur eine Betreuungsmöglichkeit nach dem Ende der Elternzeit kann die gewünschte Vereinbarkeit von Familie und Berufstätigkeit nachhaltig verbessern. Der djb schlägt vor, zusammen mit dem Elterngeld einen Rechtsanspruch auf einen Betreuungsplatz eines Kindes erwerbstätiger, erwerbssuchender oder in Ausbildung befindlicher Eltern spätestens ab dem vollendeten ersten Lebensjahr des Kindes einzuführen. Die möglichen Effekte des Elterngeldes werden verpuffen, wenn Eltern, die nach Ablauf der ersten 12 oder 14 Lebensmonate des Kindes ihre Erwerbstätigkeit wieder aufnehmen wollen, keine sichere Anschlusslösung für die Betreuung ihrer Kinder finden. Außerdem sollte für Eltern, die keinen Anspruch auf Elterngeld im ersten Lebensjahr des Kindes haben, weil sie weiterhin voll erwerbstätig sind, eine Ausgleichsregelung bei der Kinderbetreuung eingeführt werden. Diese könnte darin bestehen, dass im ersten Lebensjahr des Kindes die tatsächlich entstehenden Kinderbetreuungskosten in vollem Umfang steuerlich geltend gemacht werden können oder ein pauschaler Zuschuss zur Kinderbetreuung in Höhe von 300 Euro geleistet wird.

Im Einzelnen:

Zu § 1 (Anspruchsberechtigung)

Es wird vorgeschlagen, nach Abs. 1 einen Absatz mit folgendem Wortlaut einzufügen:

(2) Wird eine Einigung mit einem nach Abs. 1 anspruchsberechtigten, nicht sorgeberechtigten Elternteil nicht erzielt, kommt es allein auf die Entscheidung des sorgeberechtigten Elternteils an.

Zugleich wird vorgeschlagen, die entsprechende Regelung in § 5 Abs. 3 zu streichen.

Die Anspruchsberechtigung in § 1 setzt nicht voraus, dass ein Elternteil das Sorgerecht hat. Vielmehr kann auch ein nicht sorgeberechtigter Elternteil Elterngeld in Anspruch nehmen, wenn er mit dem Kind in einem Haushalt lebt und er das Kind selbst betreut und erzieht. Eine Regelung für Konfliktfälle sollte klarstellen, dass es allein auf die Entscheidung des sorgeberechtigten Elternteils ankommt, wenn eine Einigung zwischen beiden Elternteilen nicht erzielt werden kann. Da einem alleinsorgeberechtigten Elternteil im Rahmen seiner

Personensorge nach § 1626 BGB das Entscheidungsrecht darüber zusteht, wie die Erziehung und Betreuung des Kindes gestaltet werden soll, ist die Zustimmung des sorgeberechtigten Elternteils zur Inanspruchnahme des Elterngeldes durch den nicht sorgeberechtigten Elternteil erforderlich, denn nur mit dessen Zustimmung kann der nicht sorgeberechtigte Elternteil das Kind in seinem Haushalt selbst betreuen und erziehen. Hat beispielsweise der mit der Mutter zusammenlebende Vater nicht das gemeinsame Sorgerecht mit ihr, dann darf er ohne die Zustimmung der Mutter nicht das Kind erziehen und hat folgerichtig auch keinen Anspruch auf Elterngeld. Die fehlende Zustimmung in Konfliktfällen schließt eine Anspruchsberechtigung nach § 1 Abs. 1 in diesen Fällen aus. Deshalb sollte die Regelung systematisch in § 1 eingefügt und in § 5 Abs. 3 gestrichen werden.

Zu § 1 Abs. 4

Zur Klarstellung sollte das Wort „*der Eltern*“ durch „*beider Eltern*“ ersetzt werden.

Zu § 2 Elterngeld

Zu § 2 Abs. 1 und Abs. 4

Zu den Änderungen gegenüber dem ursprünglichen Entwurf des Ministeriums: Die Erweiterung der Rahmenfrist bei Einkommensausfall wegen schwangerschaftsbedingter Arbeitsunfähigkeit hat eine Lücke geschlossen und ist auch verwaltungsmäßig praktikabel. Auch die ebenfalls vom djb geforderte verlängerte Rahmenfrist von 12 Monaten ist zu begrüßen.

Um die Prüfung der Einkommensunterlagen zu vereinfachen, sollte für beide Elternteile derselbe Zeitraum gewählt werden, nicht ein um 6 Wochen versetzter (für Väter nach Abs. 1 S 1 für Mütter regelmäßig nach Abs. 1 S 3). Dabei könnte einheitlich auf die zwölf Monate vor dem Beginn der Schutzfrist nach dem Mutterschutzgesetz ungeachtet des Bezuges vom Mutterschaftsgeld abgestellt werden.

Es wird angeregt, Satz 2 und 3 sowie Abs. 4 *zu streichen* und statt dessen Satz 2 wie folgt zu fassen:

„Die nach Satz 1 maßgeblichen zwölf Kalendermonate sind ohne Berücksichtigung von Zeiten des Bezuges von Mutterschaftsgeld, Elterngeld im Bezugszeitraum nach § 4 Abs. 1 und ohne die Zeiten zu bestimmen, in denen das Einkommen wegen einer maßgeblich auf die Schwangerschaft zurückgehenden Erkrankung ganz oder teilweise ausfällt.“

Die Formulierung erscheint klarer und ist an Verlängerungstatbestände für andere Lohnersatzleistungen angelehnt (z.B. § 130 SGB III). Die Einbeziehung früheren Elterngeldbezuges in die Verlängerungstatbestände verhindert, dass der aktuelle Elterngeldanspruch sinkt, wenn im Bemessungszeitraum auch Elterngeldzeiten für ältere Kinder liegen. Dies kann bei Geburten in kurzen Abständen der Fall sein, nachdem der Bemessungszeitraum von 3 auf 12 Monate verlängert wurde.¹

¹ Beispiel 1: Die Mutter bezieht nach Geburt eines Kindes am 10.1.2007 Elterngeld in Höhe von 1.800 Euro, nachdem sie zuvor 12 Monate lang ein Nettoeinkommen von 2.700 Euro erzielt hat. Mit dem ersten Geburtstag ihres Kindes nimmt sie ihre Erwerbstätigkeit wieder auf (Nettoeinkommen weiterhin 2.700 Euro). Am 10.9.2008 wird ihr zweites Kind geboren, Beginn der Schutzfrist und des Mutterschaftsgeldes ist der 20.7.2008. Die zwölf Monate vor Beginn der Schutzfrist reichen von Juli 2007 bis Juni 2008. In dieser Zeit hat sie 6 x 2.700 Euro und 6 x 0 Euro (Elterngeld ist kein Einkommen aus Erwerbstätigkeit) erzielt. Das ist ein durchschnittliches Nettoeinkommen von 1.350 Euro und entspricht damit einem Elterngeld von 904,50 Euro. Erst durch die Zuschlagsberechnung nach Abs. 4 wird dieser Betrag auf 1.352,25 Euro aufgestockt. Bei

Die Einbeziehung von Elterngeld in die Verlängerungstatbestände ermöglicht eine klare, einfache und den Zielen des Gesetzes angemessene Einkommensermittlung auch für das Elterngeld beim zweiten und weiteren Kindern. Der Gesetzentwurf sieht hier eine klug konzipierte aber komplizierte Lösung mit der Zuschlagsregelung nach Abs. 4 vor.² Diese Zuschlagsregelung birgt viel Konfliktstoff in sich. Es handelt sich um eine sogenannte **harte Stichtagsregelung**: je nachdem, ob das Geschwisterkind einen Tag früher oder später geboren wird, wird das Elterngeld für dieses und möglicherweise noch weitere Geschwisterkinder bis zu 1.050 Euro monatlich betragen oder nur 300 Euro, wenn kein oder nur ein geringes Erwerbseinkommen zwischen den Kindern erzielt wurde. Harte Stichtagsregelungen bei denen hohe Leistungen oder Leistungskürzungen von Stichtagen oder festen Einkommensgrenzen abhängen werden aber in der Praxis als besonders ungerecht empfunden. Daher sehen moderne Gesetze so weit wie möglich Staffelungen oder degressive Lösungen vor.

Ein prägnantes Beispiel für eine als ungerecht empfundene Stichtagsregelung ist der gegenwärtige Protest gegen die Einführung des Elterngeldes erst zum 1. Januar 2007 von Eltern, deren Kinder im Jahr 2006 geboren sind oder werden. Obwohl diese Stichtagsregelung sachlich gut begründet ist, können viele es nicht akzeptieren, dass eine hohe Leistung von dem zufälligen Geburtstag ihres Kindes abhängt. Verbleibt es bei der Zuschlagsregelung des Abs. 4 werden sich auch künftig alle Eltern, deren Kind knapp nicht in dem Zeitraum von 24 Monaten nach dem Geschwisterkind geboren wurde, benachteiligt fühlen.

Zu § 4 Bezugszeitraum

Zu § 4 Abs. 1

Es wird vorgeschlagen Abs. 2 S 2 und 3 wie folgt zu ändern:

„Die Eltern haben insgesamt Anspruch auf zwölf Monatsbeträge. Ein Monatsbetrag im Sinne von Satz 2 liegt auch bei einer gleichzeitigen Inanspruchnahme des Elterngeldes durch Einkommensreduzierung nach § 2 Abs. 3 vor, wenn das Einkommen bei jedem Elternteil höchstens um die Hälfte reduziert wird.“

Der gemeinsame Teilelterngeldbezug beider Elternteile führt gegenwärtig zu einer Halbierung der Anspruchsdauer. Die Konstruktion fördert die „Vollzeiternternteit“. So wie die Regelungen ineinander greifen, benachteiligen sie Fälle, in denen die Eltern gemeinsam

der hier vorgeschlagenen Formulierung beläuft sich das Elterngeld ungeachtet einer Zuschlagsregelung auch für das zweite Kind auf 1.800 Euro.

² Beispiel 2: Wie Beispiel 1, aber die Mutter erzielt wegen Teilzeit nur noch 1.300 Euro netto im zweiten Jahr nach der Geburt. Berechnung des Elterngeldes für das zweite Kind nach dem Gesetzentwurf: Es wird eine fiktive Vergleichsberechnung mit Zuschlag durchgeführt werden ($1/12 \times 67\%$ aus 6×1300 (Einkommen zwischen den Kindern) und 6×0 (Zeit des früheren Elterngeldbezuges) = 435,50 Euro Elterngeld. Die Aufstockung nach Abs. 4. beläuft sich auf 682,25 Euro mit der Folge, dass das Elterngeld für das 2. Kind endgültig 1.117,75 Euro beträgt. Nach unserem Vorschlag: $1/12 \times 67\%$ aus 6×1300 (Einkommen zwischen den Kindern) und 6×2.700 (Einkommen vor dem älteren Kind) = 1.340 Euro; eine zusätzliche Zuschlagsregelung ist entbehrlich.

Beispiel 3: wie Beispiel 1, aber es wird kein Einkommen zwischen den Kindern erzielt. Berechnung des Elterngeldes für das zweite Kind nach dem Gesetzentwurf: $1/12 \times 67\%$ aus 12×0 , aber nach § 2 Abs. 5 RE Höchstbetrag 300 Euro Elterngeld. Der Aufstockungsbetrag nach Abs. 4 wäre 750 Euro (halbe Differenz aus 1.800 und 300) mit der Folge, dass das Elterngeld 1.050 Euro beträgt. Nach unserem Vorschlag: $1/12 \times 67\%$ aus (6×2.700 und 6×0) = 904,50 Euro.

entscheiden, dass sie durch *gleichzeitige* Reduzierung der Arbeitszeit (Elternteilzeit) das Kind gemeinsam erziehen.

Beispiel: Zwei Eltern, die als Sozialpädagogen bei einem Träger angestellt sind regeln mit der Einrichtung, dass sie sich im ersten Lebensjahr des Kindes eine Stelle teilen können. Folge: Sie erhalten nur in den ersten sieben Lebensmonaten des Kindes Elterngeld für **ein** ausgefallenes Sozialpädagogengehalt, dann ist die maximale Bezugsdauer ausgeschöpft. Sie werden daher vernünftigerweise entscheiden, dass die Mutter 12 Monate ganz zu Hause bleibt, danach der Vater für zwei weitere Monate. In diesem Fall wird für 14 Monate Elterngeld für **ein** ausgefallenes Sozialpädagogengehalt gewährt.³

Eine Aufteilung von Erziehungs- und Erwerbsarbeit, bei der keiner der Partner ganz auf die Berufstätigkeit verzichtet, wäre aus Sicht des djb der Prototyp einer partnerschaftlichen Arbeitsteilung, der von einem modernen Gesetz zur Familienförderung begünstigt und nicht behindert werden sollte. Angesichts der Flexibilisierung der Arbeitszeiten nicht nur bei Selbständigen werden vor allem in akademischen Berufen solche Arbeitszeitmodelle während der Kindererziehung immer lebbarer sein und sollten die volle Unterstützung des Staates haben. Stattdessen benachteiligt der Gesetzentwurf gleichzeitige Elternteilzeit bei der Höhe des Elterngeldes. Die hier vorgeschlagene Änderung ist regelungstechnisch einfach gestaltet, so dass sie auch in diesem späten Gesetzgebungsverfahren ohne weitere Friktionen eingefügt werden kann. Sie führt weder zu einer Verlängerung der Elterngelddauer über 14 Monate hinaus noch begünstigt sie die Teilzeiternteilzeit gegenüber der Vollzeiternteilzeit. Ersetzt wird jeweils das Einkommen, das durch die Erziehung des Kindes im ersten Lebensjahr entfällt. Durch die finanzielle Deckelung bei dem hier

³ Die nachfolgenden Beispiele verdeutlichen mit zahlenmäßigen Beispielen die Problematik des Gesetzentwurfs:

Beispiel 1: Nach der Mutterschutzfrist entscheiden sich die Eltern (bereinigtes Nettoeinkommen jeweils 2.700 Euro), ihre Arbeitszeit um 50% zu reduzieren, damit beide den Kontakt zum Beruf erhalten und das Kind betreuen können. Beide Elternteile erzielen also ab dem 3. Lebensmonat ein Nettoeinkommen von (vereinfacht) 1.350 Euro³ und erhalten jeweils ein Elterngeld von 900 Euro. Weil nur insgesamt 12 bzw. max. 14 Monate Elterngeld gewährt werden, endet das Elterngeld in diesem Beispiel nach 6 gemeinsamen Monaten also mit dem 8. Lebensmonat des Kindes. Der Staat hat also nur für 6 Monate 1.800 Euro Einkommensersatz gewährt, selbst wenn das Kind bis zum 14. Lebensmonat allein von den Eltern erzogen wird. Gesamtaufwendungen Elterngeld: 10.800 Euro.

Beispiel 2: wie Beispiel 1, nur arbeitet die Mutter 12 Monate nach der Geburt gar nicht, der Vater in Anschluss daran nicht. Nach dem Bezug des Mutterschaftsgeldes erhält die Frau in diesem Fall für 10 volle Monate einen Einkommensersatz von 1.800 Euro, der Vater anschließend für weitere 2 Monate. Gesamtaufwendungen Elterngeld: 21.600 Euro.

Beispiel 3: Der Vater reduziert nach der Mutterschutzfrist sein bereinigtes Nettoeinkommen von 3.300 Euro um 33 % auf 2.200 Euro monatlich, die Mutter, die nur 2.000 Euro netto verdient, um die Hälfte auf 1.000. Der Elterngeldanspruch des Vaters errechnet sich wie folgt: Einkommensverlust Vater an sich 1.100 Euro, aber wegen der Deckelung des Basiswertes nach § 2 Abs. 3 RE nur 67 % von 500 Euro (2.700 Basiswert minus 2.200 tatsächlich erzielttes Einkommen) also 335 Euro Elterngeld. Der Elterngeldanspruch der Mutter beträgt 67 % von 1.000 Euro Einkommensverlust und damit 670 Euro. Der Elterngeldanspruch endet nach der Mutterschutzfrist nach 6 gemeinsamen Elternzeitmonaten in denen der Vater 6 x 335 Euro und die Mutter 6 x 670 Euro erhalten haben. Gesamtaufwendungen Elterngeld: 6.030 Euro.

Beispiel 4: wie Beispiel 3, nur ist der Vater nach der Mutterschutzfrist für 12 Monate nicht erwerbstätig. Gesamtaufwendungen Elterngeld: 12 x 1.800 = 21.000 Euro.

Beispiel 5: wie Beispiel 3, nur setzt die Mutter vollständig aus, der Vater nimmt keine Partnermonate in Anspruch. Gesamtaufwendungen Elterngeld nach der Mutterschutzfrist: 10 Monate x 1.340 (67 % aus 2.000 Euro) Gesamtaufwendungen Elterngeld 13.400 Euro.

vorgelegten Vorschlag auf maximal die Hälfte des Einkommens wird für ein Elternteil maximal 900 Euro Elterngeld gezahlt und es wird sichergestellt, dass nicht mehr als zwei halbe Einkommen ersetzt werden können.

Nach Auffassung des Juristinnenbundes ist die Regelung im Gesetzentwurf zur gemeinsamen Teilzeiternzeit im Hinblick auf den Gleichheitssatz nach Art. 3 Abs. 1 des Grundgesetzes problematisch, weil für ein Kind, das gleichzeitig von seinem (teilzeitbeschäftigten) Vater und seiner (teilzeitbeschäftigten) Mutter betreut wird, Einkommensersatz nur im Umfang von maximal 7 Monaten gewährt wird, anders als bei einer Vollzeitbetreuung von 12 bzw. 14 Monaten durch einen Elternteil allein. Durch die vorgeschlagene Regelung werden diese Gleichheitsprobleme beseitigt, denn es wird jeweils der tatsächliche Einkommensverlust in den ersten 12/14 Lebensmonaten des Kindes ersetzt, ohne nach der Art der Arbeitszeitgestaltung durch die Eltern zu unterscheiden.

Zu § 4 Abs. 3

Es wird vorgeschlagen Abs. 3 S. 3 *zu streichen* und Abs. 3 S. 4 folgendermaßen zu fassen:

„Elterngeld für 14 Monate steht einem Elternteil zu, wenn eine Minderung des Einkommens aus Erwerbstätigkeit erfolgt und ihm die elterliche Sorge allein zusteht oder bei gemeinsamer elterlicher Sorge nach den vom Berechtigten glaubhaft zu machenden tatsächlichen Umständen zwischen den Eltern keine Lebensgemeinschaft besteht und der andere Elternteil weder mit ihm noch mit dem Kind in einer Wohnung lebt.“

Nach dem Gesetzentwurf kann ein einzelnes Elternteil unter folgenden Ausnahmen 14 statt 12 Monate Elterngeld beziehen:

- a) wenn die Betreuung durch den anderen Elternteil unmöglich ist,
- b) wenn das Kindeswohl gefährdet ist,
- c) wenn ihm die elterliche Sorge allein zusteht,
- d) wenn ihm das Aufenthaltsbestimmungsrecht allein zusteht oder
- e) wenn eine einstweilige Anordnung erlassen wurde, mit der diesem Elternteil die elterliche Sorge oder zumindest das Aufenthaltsbestimmungsrecht für das Kind vorläufig übertragen worden ist.

Zusätzlich zu allen Ausnahmen muss eine Einschränkung der Erwerbstätigkeit erfolgen (vgl. S 4 Nr. 2), die Regelung findet also in keinem Fall Anwendung auf die Arbeitslosengeld II-Empfängerin, auf den auch vor der Geburt nicht erwerbstätigen Hausmann oder die Studentin. Zu den Voraussetzungen c – e muss nach der Formulierung des Gesetzentwurfes zusätzlich noch die Voraussetzung erfüllt sein, dass der andere Elternteil weder mit ihm noch mit dem Kind in einer Wohnung lebt. Das heißt, dass eine vorgetragene Kindeswohlgefährdung oder Unmöglichkeit der Erziehung bei Zusammenleben der Elternteile die einzigen „Fallgestaltungen sind, bei denen ein Elternteil, das bereits 12 Monate Elterngeld erhalten hat, dies auch im 13. und 14. Monat erhalten kann.

Wir schlagen vor, die Ausnahmen Unmöglichkeit und Kindeswohlgefährdung zu streichen und die Regelung für die „echten Alleinerziehenden“ so zu formulieren, dass an die tatsächlichen Verhältnisse angeknüpft wird. Angesichts des Zwecks der beiden „Partnermonate“, die Beteiligung von Vätern an der Kinderbetreuung zu fördern, sollten die Ausnahmen begrenzt und eng gefasst werden. Nur so kann der gleichstellungspolitische Zweck der Partnermonate erreicht werden. Nach den Erfahrungen der Praktikerinnen des Juristinnenbundes unter anderem aus der Einführung der Grundsicherung für Arbeitssuchende wird die verwaltungstechnische Einführung des Elterngeldgesetzes bei der Einkommensermittlung, Leistungsberechnung und Einkommensanrechnung ohnehin schwierig genug sein. Die Verwaltung und die Gerichte sollten nicht zusätzlich und ohne Not durch Probleme bei den Übertragungsmöglichkeiten für Partnermonate belastet werden. Zusätzlich besteht die Gefahr, dass sich - zumal bei der Verwendung von Bundesmitteln -

aus einer verständlichen Überforderungssituation der Verwaltung sehr großzügige Maßstäbe bei den Übertragungsmöglichkeiten von Partnermonaten entwickeln.

Zu a)

Das Tatbestandsmerkmal der „Unmöglichkeit der Betreuung“ ist vor dem Hintergrund dieses Gesetzes auszulegen ohne dass auf einen festen Begriff z.B. nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch zurückgegriffen werden kann. Der Begriff ist ungenau, wenig praktikabel und anfällig für Umgehungsabsprachen. So stellt sich in den Fällen, in denen der Antrag auf Elternzeit durch das Unternehmen abgelehnt wurde oder bei der Elternteilzeit dem nur zu ungünstigen Arbeitszeiten entsprochen wurde, ernsthaft die Frage, ob wegen arbeitsvertraglicher Pflichten die Betreuung des Kindes noch möglich ist. Damit hätte es jedoch das Unternehmen ohne weiteres (unter Umständen mit Einverständnis des Elternteils) in der Hand, die Anspruchsvoraussetzungen zur Übertragung der Partnermonate herzustellen. Auch in Fällen, in denen sich z.B. der Vater vertraglich verpflichtet hat, für einige Jahre im Ausland zu arbeiten, wäre es zumindest vertretbar, wegen dieser vertraglichen Pflichten eine Unmöglichkeit der Kinderbetreuung anzunehmen. Sicher wird auch ein Selbständiger, der glaubt, die Existenz seines Betriebes sei gefährdet, wenn er zwei Monate fehle, angeben, die Betreuung des Kindes sei ihm nicht möglich. Im Ergebnis bedeutet dies, dass bestimmte Berufsgruppen leichter dieses Tatbestandsmerkmal „erfüllen“ als andere: Ein Resultat, das mit der Zielsetzung dieser staatlichen Elternzeitförderung nicht vereinbar ist.

Auch die gesundheitlichen Gründe, aus denen nach der Gesetzesbegründung die Betreuung des Kindes nicht möglich sein könnte, sind problematisch. Ein behandelnder Arzt wird nicht in einem Attest bescheinigen (können), dass eine Kinderbetreuung nicht möglich ist. Bestätigt werden könnte, dass ein Elternteil nicht mehr als 5 Kilo heben und tragen soll oder dass nervlich belastende Situationen zu vermeiden sind. Beides wären Leistungseinschränkungen, die der Arbeit in einer Kinderkrippe entgegenstünden. Sind diese gesundheitlichen Einschränkungen dann auch ausreichend, um einer Vollzeitbetreuung des eigenen Kindes entgegengehalten zu werden? Soll bei einer Arbeitsunfähigkeit im krankensicherungsrechtlichen Sinne, die sich immer auf die konkrete Erwerbstätigkeit bezieht, auch eine krankheitsbedingte Unmöglichkeit der Kinderbetreuung vorliegen? Schließlich stellen sich weitere Fragen. Auf welchen Zeitpunkt soll es ankommen - muss die „Unmöglichkeit“ während der gesamten ersten 14 Lebensmonate des Kindes vorliegen? Oder reicht es aus, dass die Unmöglichkeit erst ab dem Zeitpunkt vorliegt, den der Elternteil in dem Antrag auf Elterngeld als Beginn seines Elterngeldanspruchs angegeben hat? Bestünde bei einer vorübergehenden Erkrankung zunächst die Pflicht, einen anderen Zeitraum zu wählen? All diese Probleme müssten von den Elterngeldstellen zu prüfen, im Rahmen der Amtsermittlung aufzuklären und zu bescheiden sein.

Hinzu kommt, dass die in der Gesetzesbegründung für dieses Tatbestandsmerkmal genannten Fallgestaltungen Tod eines Elternteils und Haft ohnehin aus anderen Gründen 14 Monate Elterngeld an ein Elternteil zu gewähren sind. Denn es besteht – ggf. nach Feststellung des Familiengerichts - die alleinige elterliche Sorge (§ 1674 und 1677 BGB) und natürlich auch kein Zusammenleben in einer Wohnung.

Zu b) Kindeswohlgefährdung

Das Merkmal der Kindeswohlgefährdung sollte ebenfalls *gestrichen* werden. Die Regelung hat keinen Nutzen für das Kindeswohl, da sie bei Uneinigkeit der Eltern über die Gefährdung des Kindeswohls ohnehin keine Anwendung findet.⁴ Nach der Logik des Gesetzentwurfs

⁴ Beispiel 1: Die Mutter ist drogenabhängig und kann nach laienhaften Maßstäben tatsächlich ihr Kind nicht betreuen. Die Elternteile wollen jeweils das Kind betreuen und Elterngeld beziehen. Die Mutter beantragt - wie auch der Vater des Kindes - für alle 14 Monate Elterngeld. Der Vater will

greift der Ausnahmetatbestand Kindeswohlregelung bei zusammen lebenden Eltern nur dann, wenn beide Eltern sich einig darüber sind, dass eine Kindeswohlgefährdung durch die Erziehung des einen Elternteils vorliegen würde. Nach der knappen Gesetzesbegründung zu dieser Regelung („Auch bei einer mit einem Betreuungswechsel verbundenen Gefährdung des Kindeswohls kann der betreuende Elternteil die gesamten 14 Monate in Anspruch nehmen.“ S. 49), die zur Auslegung des Gesetzes herangezogen werden wird, ist zu befürchten, dass nicht die strengen Maßstäbe der Kindeswohlgefährdung im Sinne des § 1666 BGB herangezogen werden. Damit würde durch die Regelung eine leichte Möglichkeit eröffnet, die Partnermonate zu umgehen.⁵

Zu c, d und e) Alleinsorge, Aufenthaltsbestimmungsrecht und vorläufige gerichtliche Entscheidung

Der Tatbestand der Alleinsorge ist eindeutig und wirft keine weiteren Probleme auf, so dass daran angeknüpft werden kann. Allerdings bedarf er eines sinnvollen Alternativtatbestandes, um nicht dem familienrechtlichen Leitbild der gemeinsamen Sorge beider Elternteile auch bei nichtehelichen Kindern entgegenzulaufen. Es kommt hinzu, dass es nach einer Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts Ausfluss des auch nichtehelichen Vätern zustehenden Elternrechts aus Art 6 Abs. 2 GG ist, unter bestimmten Voraussetzungen Zugang zur gemeinsamen Sorge zu haben.⁶ Dem wird der Gesetzentwurf nicht gerecht, wenn er alternativ zur alleinigen elterlichen Sorge nur auf das Aufenthaltsbestimmungsrecht

wegen der von ihm näher gegenüber der Elterngeldstelle dargelegten Drogenabhängigkeit seiner Frau/Partnerin allein 14 Monate Elterngeld beziehen. Klare Lösung nach dem Gesetzentwurf: jedem Elternteil werden für 7 Monate Elterngeld bewilligt (vgl. § 5 Abs. 2). Das gilt selbst dann, wenn die Sachbearbeiterin der Elterngeldstelle berechtigt überzeugt davon wäre, dass bei einer Erziehung durch die Mutter das Kind vernachlässigt wird. Und dieses Ergebnis ist auch richtig. Die Erziehung der Kinder ist ein verfassungsrechtlich geschütztes Elternrecht, in das nur unter engen Voraussetzungen auf der Grundlage eines hinreichend bestimmten Gesetzes eingegriffen werden kann. So steht es allein dem Familiengericht zu, die elterliche Sorge einzuschränken, wenn das körperliche, geistige oder seelische Wohl eines Kindes durch ein Versagen der Eltern gefährdet ist (§ 1666 BGB). Weder Elterngeldstellen noch Sozialgerichte können auf der Grundlage des Elterngeldgesetzes verantwortlich eine Kindeswohlgefährdung feststellen. Der Vater oder das Jugendamt haben es in der Hand, bei einer drohenden Kindeswohlgefährdung durch die Erziehung der Mutter die elterliche Sorge durch das Familiengericht einschränken zu lassen. Erst dann kann der Vater 12 (bei Getrenntleben 14) Monate Elterngeld erhalten.

⁵ Beispiel 2: Wegen starker beruflicher Anspannung hat der Vater wenig Zeit für sein Kind. Er kennt den Tagesrhythmus (wann spielen, schlafen, essen, wickeln usw.) nicht so genau. Er ist eigentlich niemals für längere Zeit allein mit ihm, weil es dann häufig weint. Die Eltern sind beide ernsthaft davon überzeugt, dass es nicht gut für das Kind wäre, wenn jetzt plötzlich die Mutter voll erwerbstätig wäre und der Vater sich den Tag über um das Kind kümmerte. Sie beantragen zusammen bei der Elterngeldstelle, die Übertragung des 13. und 14. Elterngeldmonats auf die Mutter, weil andernfalls das Wohl des Kindes gefährdet wäre. Mit welcher Begründung lehnt die Elterngeldstelle das ab, wenn doch der „Betreuungswechsel“ als einzige Erläuterung in den Materialien genannt wird. Selbst wenn dieses Ergebnis offenkundig dem politischen Willen der Partnermonate und auch Gesamtkontext des Gesetzes widerspricht, ist nicht auszuschließen, dass es einzelne Verwaltungs- oder auch Gerichtsentscheidungen geben wird, die in Fällen dieser Art eine Übertragung der Partnermonate zulassen. Ein prominenter Richter am Landessozialgericht Hessen hat anlässlich der Diskussion über Vätermonate in der Presse zur Verfassungswidrigkeit der Vätermonate erklärt: „Von der Dauer her ist ein Jahr lächerlich. Und der Beziehungswechsel im ersten Lebensjahr ist von schlimmstem Einfluss auf das Kind.“ (Kölner Stadtanzeiger vom 18.11.05).

⁶ BVerfG, Entscheidung vom 29.01.2003, FamRZ 2003, 258 ff.

abstellt, das vom Familiengericht nur bei einer erheblichen Meinungsverschiedenheit der Elternteile angeordnet wird. Angesichts der im Gesetzentwurf vorgesehenen Regelung wäre es für die Mutter eines nicht ehelich geborenen Kindes, die nicht mit dem Vater zusammenlebt, wirtschaftlich unvernünftig, eine Sorgerechtsklärung nach § 1626a BGB zu Gunsten des Kindesvaters abzugeben, weil damit der Elterngeldanspruch im 13. und 14. Lebensmonat des Kindes verloren geht, ohne dass der Vater (mangels Zusammenleben) einen erhalten würde. Es muss daher eine Umschreibung von echten Alleinerziehenden und in Scheidung lebenden Ehepartnern gefunden werden, bei denen eine Übertragung der Partnermonate angemessen ist. Dabei sollte an die tatsächlichen Verhältnisse angeknüpft werden. Die hier vorgeschlagene Formulierung erscheint sozialrechtlich handhabbar und gut über den Erlass von Durchführungsanweisungen zu konkretisieren. Ebenfalls gut handhabbar wäre der Tatbestand, dass keine häusliche Gemeinschaft/Lebensgemeinschaft besteht und der Berechtigte diese ablehnt (Anlehnung an § 1567 BGB - Getrenntleben von Ehegatten -).

Zu § 16 Abs. 7 S. 3

Es wird vorgeschlagen, nach § 16 Abs. 7 S. 3 einen Satz einzufügen:

„Berechtigten Interessen der Arbeitnehmerin/des Arbeitnehmers an der Lage und Verteilung der Elternteilzeit ist zu entsprechen, wenn dem keine dringenden betrieblichen Gründe entgegenstehen.“

Die Möglichkeit, dass beide Elternteile Elternzeit gleichzeitig und auch als Elternteilzeit in Anspruch nehmen, kann in Kombination mit dem Elterngeld, das die finanziellen Einbußen im ersten Lebensjahr des Kindes verringert, partnerschaftliche Arrangements ermöglichen. Bei Umsetzung der bisher geltenden Elternzeitregelungen hat sich ein Problem gezeigt, das eine Klarstellung erfordert. In Streitfällen zwischen Arbeitgeber/in und Arbeitnehmer/in, in denen es um Elternzeit und die Lage und Verteilung der verringerten Arbeitszeit geht (etwa: nur vormittags? an bestimmten Wochentagen? beliebig?) war bisher umstritten, ob das Direktionsrecht es dem Arbeitgeber ermöglicht, die reduzierte Arbeitszeit nach § 315 BGB zu verteilen⁷, auch wenn dies den Wünschen des/der Arbeitnehmer/in nicht entspricht. Der Gesetzgeber sollte die Reform nutzen, um dies im Gesetz zu klären und den berechtigten, durch Art. 6 Abs. 2 GG geschützten Interessen des/der Arbeitnehmer/in hinsichtlich der Verteilung der reduzierten Arbeitszeit Rechnung zu tragen. Die Vereinbarkeit der Arbeitszeit und der Kinderbetreuungszeit (die durch die eingeschränkten Öffnungszeiten von Kindertageseinrichtungen ja häufig sehr reduziert ist) soll dadurch ermöglicht werden. Ein uneingeschränktes Entscheidungsrecht der Arbeitgeberseite über die Verteilung der reduzierten Arbeitszeit entspricht nicht dem Gesetzeszweck der Elternzeit und der EU-Richtlinie 96/34.

Dr. Christine Fuchsloch

Stellv. Vorsitzende der Kommission Recht der sozialen Sicherung,
Familienlastenausgleich

⁷ Nachweis bei Kohte in BMFSFJ (2004) Bericht über die Auswirkungen der §§ 15 und 16 BErzGG, S. 126f.