

## Arbeitsrechtliche Rahmenbedingungen

# Pflege naher Angehöriger



**Dr. Reinhard Möller**

Rechtsanwalt und Fachanwalt für Arbeitsrecht sowie Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht, Bartsch Rechtsanwälte, Karlsruhe

**Familienpflegezeit oder Pflegezeit – was ähnlich klingt und den betroffenen Angehörigen bei der Pflege helfen soll, ist unterschiedlich ausgestaltet. Wie sehen die arbeitsrechtlichen Rahmenbedingungen aus und wie wirken sich die zahlreichen Neuregelungen Ende des letzten Jahres aus?**

## 1 Familienpflegezeit

Mit einer zunehmenden Zahl von pflegebedürftigen alten Menschen gewinnt die Problematik der Pflege von Angehörigen in häuslicher Umgebung stark an Bedeutung. Dem hat der Gesetzgeber mit der Einführung von Pflegezeit am 28.5.2008 (PflegeZG) und der Familienpflegezeit am 6.12.2011 (FPfZG) Rechnung getragen. Das bisherige Konzept der Familienpflegezeit hat sich aber praktisch nicht bewährt. Auch wenn es keine offizielle Statistik gibt, ist die Zahl der Anträge auf Familienpflegezeit weit hinter den Erwartungen zurückgeblieben. In der ersten Jahreshälfte 2014 stellten bundesweit nur 71 Menschen Anträge auf Familienpflegezeit (Süddeutsche Zeitung vom 16.7.2014 unter Berufung auf das Bundesfamilienministerium). Deshalb änderte der Gesetzgeber mit dem Gesetz zur besseren Vereinbarkeit von Familien, Pflege und Beruf vom 23.12.2014 das Konzept der Familienpflegezeit grundlegend. Andere Neuregelungen, insbesondere die Einführung eines Pflegeunterstützungsgelds für die Kurzzeitpflege flankieren die Neukonzeption. Damit will man die Möglichkeiten für Arbeitnehmer verbessern, nahe Angehörige in häuslicher Umgebung zu pflegen.

Alle drei Möglichkeiten zur Freistellung bestehen nur für Arbeitnehmer, die einen pflegebedürftigen nahen Angehörigen in häuslicher Umgebung pflegen.

## 2 Pflege von nahen Angehörigen

§ 7 Abs. 3 PflegeZG unterteilt die nahen Angehörigen in drei Gruppen:

- Großeltern, Eltern, Schwiegereltern und Stiefeltern,
- Ehegatten, Lebenspartner, Partner einer eheähnlichen oder lebenspartnerschaftsähnlichen Gemeinschaft, Geschwister, Schwägerinnen und Schwäger, und
- Kinder, Adoptiv- oder Pflegekinder, Kinder des Ehegatten oder Lebenspartners, Schwiegerkinder und Enkelkinder.

In § 7 Abs. 3 PflegeZG sind also die nahen Angehörigen, für die die Pflegezeiten in Anspruch genommen werden können, klar definiert. Abgrenzungsschwierigkeiten ergeben sich nur bei den eheähnlichen und lebenspartnerschaftsähnlichen Gemeinschaften. Bis zur Neuregelung des Pflegezeitrechts war nur der Partner einer eheähnlichen Gemeinschaft ein naher Angehöriger i. S. d. § 7 Abs. 3 PflegeZG, nicht aber der Partner in einer gleichgeschlechtlichen Gemeinschaft. Darin wurde eine Diskriminierung wegen der sexuellen Identität gesehen und der Gesetzgeber erweiterte deshalb mit der zum 1.1.2015 in Kraft getretenen Neuregelung den Kreis der nahen Angehörigen um die Partner einer lebenspartnerschaftsähnlichen Gemeinschaft. Es bleibt aber dabei, dass die Feststellung, ob ein eheähnliches oder lebenspartnerschaftsähnliches Verhältnis besteht, schwierig, wenn nicht gar unmöglich ist. In der Rechtsprechung sind diese Abgrenzungsfragen weitgehend ungeklärt. Diese Gemeinschaften haben einen informellen Charakter, so dass sich ein konkreter Zeitpunkt für den Beginn des maßgeblichen Zusammenlebens nicht feststellen lässt. Das PflegeZG knüpft für den Anspruch auf Pflegezeit und Familienpflegezeit an das Bestehen einer solchen Gemeinschaft an, demnach ist eine Abgrenzung von anderen Formen des Zusammenlebens notwendig.

### Wichtig

Für eine eheähnliche oder lebenspartnerschaftsähnliche Gemeinschaft wird man jedenfalls ein nach außen sichtbares verfestigtes Zusammenleben verlangen, das sich durch objektivierte, also nachweisbare äußere Umstände manifestiert.

Da sich ehe- oder lebenspartnerschaftsähnliche Gemeinschaften ohne Formalien begründen lassen, besteht ein erhebliches Missbrauchspotenzial. Mit der Pflege- oder Familienpflegezeit können Arbeitnehmer einen besonderen Kündigungsschutz und damit eine Besserstellung für die Sozialauswahl bei betriebsbedingten Kündigungen erlangen. Diese Missbrauchsmöglichkeiten haben aber in der Praxis bisher keine größere Bedeutung erlangt.

### Definition

#### Pflegebedürftigkeit

Pflegebedürftig sind Personen, die wegen einer körperlichen, geistigen oder seelischen Krankheit oder Behinderung für die gewöhnlichen und regelmäßig wiederkehrenden Verrichtungen im Ablauf des täglichen Lebens auf Dauer, voraussichtlich für mindestens sechs Monate in erheblichem Maß der Hilfe bedürfen.

Diese Definition ergibt sich aus § 14 SGB XI und ist auch für die Beurteilung der Pflegebedürftigkeit nach dem PflegeZG maßgeblich. Es genügt sogar, dass die sozialrechtlichen Anforderungen an die Pflegebedürftigkeit voraussichtlich erfüllt werden.

Wer Pflegezeit oder Familienpflegezeit in Anspruch nehmen will, muss die Pflegebedürftigkeit des nahen Angehörigen durch Vorlage einer Bescheinigung der Pflegekasse oder des Medizinischen Dienstes der Krankenversicherung nachweisen. Sollte der Pflegebedürftige nicht in der gesetzlichen Kranken- und Pflegeversicherung versichert sein, muss der Angehörige einen Nachweis von der privaten Pflegeversicherung einreichen.

### 3 Sonderkündigungsschutz

Beschäftigte, die Kurzzeitpflege, Pflegezeit oder Familienpflegezeit in Anspruch nehmen, genießen einen besonderen Kündigungsschutz. Es besteht ein gesetzliches Kündigungsverbot (§ 5 PflegeZG, § 2 Abs. 2 FPfZG). Die für Arbeitsschutz zuständige Behörde kann in besonderen Fällen die Kündigung zulassen. Im Unterschied zu § 18 Abs. 1 Satz 4 BEEG gibt es noch keine Verwaltungsvorschrift, wann die Behörde eine Kündigung zulassen soll. Man kann hier auf die behördliche Praxis für die Zustimmung zu Kündigungen während des Mutterschutzes oder der Elternzeit zurückgreifen. Besondere Fälle, in denen eine Kündigung für zulässig erklärt werden kann, sind also insbesondere

- die Stilllegung des Betriebs oder
- besonders schwere Pflichtverletzungen des Arbeitnehmers.

Der Sonderkündigungsschutz führt dazu, dass die betroffenen Mitarbeiter von der Sozialauswahl ausgenommen werden. Dies birgt ein erhebliches Missbrauchspotenzial. Wenn es ernsthafte Anzeichen für einen Missbrauch gibt, kann das dem Sonderkündigungsschutz entgegenstehen. Solche Anzeichen wird es aber nur in Ausnahmefällen geben. Zudem muss der Arbeitgeber die Tatsachen, die hierfür sprechen, nachweisen.

#### Praxistipp

Wenn ein Arbeitnehmer bei einer im Betrieb bekannten bevorstehenden betriebsbedingten Kündigung eine Pflegezeit beantragt, sollten die Voraussetzungen für die Pflegezeit genau geprüft werden, um Missbrauchsfälle aufzudecken. Kann ein Missbrauch aber nicht klar nachgewiesen werden, sollte der Arbeitgeber zur Vermeidung der Unwirksamkeit der Sozialauswahl vom Sonderkündigungsschutz ausgehen.

### 4 Die neue Familienpflegezeit

Die Familienpflegezeit war ursprünglich der Altersteilzeit im Blockmodell nachgebildet. Da das Bedürfnis zur Pflege eines nahen Angehörigen aber nicht planbar ist, erfolgte die Freistellung im ersten Block. Mit der Neuregelung, die am 1.1.2015 in Kraft trat, wurde dieses Blockmodell abgeschafft. Die Familienpflegezeit ist jetzt als besonderer gesetzlicher Teilzeitananspruch ausgestaltet. Während der Familienpflegezeit ist der Arbeitnehmer teilweise freizustellen. Die verringerte Arbeitszeit muss wöchentlich mindestens 15 Stunden betragen. Der Arbeitgeber kann die mit der Familienpflegezeit verbundene Reduzierung der Arbeitszeit nur ablehnen, wenn dringende betriebliche Gründe entgegenstehen (§ 2a Abs. 2 FPfZG). Die Familienpflegezeit entspricht damit weitgehend dem Teilzeitananspruch während der Elternzeit nach § 15 Abs. 5 bis 7 BEEG.



(c) RainerSturm / pixelio.de

Bisher gab es keinen gesetzlichen Anspruch auf Familienpflegezeit. Sie konnte nur erhalten, wer mit dem Unternehmen eine Vereinbarung über die Familienpflegezeit abschloss. Das ist mit der Neuregelung anders. § 2 FPfZG enthält einen gesetzlichen Anspruch für die Dauer von 24 Monaten. Die Familienpflegezeit ist jetzt also gerichtlich durchsetzbar. Auch insoweit entspricht die rechtliche Situation dem Teilzeitananspruch während der Elternzeit. Der gesetzliche Anspruch auf Familienpflegezeit besteht aber nur, wenn der Arbeitgeber i. d. R. mehr als 25 Arbeitnehmer beschäftigt. Auszubildende finden bei der Feststellung der Betriebsgröße keine Berücksichtigung.

### 5 Verfahren

Wer Familienpflegezeit beanspruchen will, muss dies dem Arbeitgeber spätestens acht Wochen vor dem gewünschten Beginn schriftlich ankündigen und gleichzeitig erklären, für welchen Zeitraum und für welchen Umfang die Freistellung in Anspruch genommen werden soll.

Nach der gesetzlichen Regelung müssen die Arbeitsvertragsparteien eine Vereinbarung über die Verringerung der Arbeitszeit und deren Verteilung treffen. Der Vorgesetzte muss die Wünsche des Mitarbeiters umsetzen, wenn keine dringenden betrieblichen Gründe entgegenstehen. Das Gesetz regelt aber nicht, in welchem Zeitraum der Arbeitgeber reagieren muss und welche Rechtsfolgen es hat, wenn er dies gar nicht tut. Für den Teilzeitananspruch nach § 8 TzBfG und § 15 BEEG gibt es eine ausdrückliche Regelung, dass die vom Arbeitnehmer gewünschte Verringerung der Arbeitszeit verbindlich ist, wenn keine schriftlich begründete Ablehnung vorliegt. Man wird zwar diese Regelungen nicht ohne weiteres entsprechend anwenden können, weil der Gesetzgeber möglicherweise bewusst auf eine Regelung im FPfZG verzichtet hat. Die gewünschte Familienpflegezeit dürfte aber jedenfalls dann verbindlich werden, wenn der Arbeitgeber bis zum gewünschten Beginn nicht reagiert hat. Die Frage, welche Rechtsfolgen es hat, wenn keine Reaktion auf die Ankündigung der Familienpflegezeit vorliegt, werden die Gerichte beantworten müssen. Bis dahin verbleibt eine erhebliche rechtliche Unsicherheit.

**Praxistipp**

Unternehmen, die die Familienpflegezeit in der vom Beschäftigten gewünschten Form ablehnen wollen, sollten dies schriftlich innerhalb von vier Wochen tun. Damit vermeiden sie das Risiko, dass das Arbeitsgericht von einer Zustimmung zur Familienpflegezeit in entsprechender Anwendung des § 15 Abs. 7 BEEG ausgeht.

Die Betroffenen, die Familienpflegezeit oder Pflegezeit wahrnehmen, haben Anspruch auf ein zinsloses Darlehen. Das Darlehen gewährt das Bundesamt für Familie und zivilgesellschaftliche Aufgaben. Die Höhe beträgt 50 % der Differenz zwischen dem monatlichen Nettoentgelt vor und während der Freistellung. Damit sollen die Einkommensverluste durch die Pflege und Familienpflegezeit abgemildert werden. Den Antrag auf das Darlehen stellt der Arbeitnehmer. Der Arbeitgeber hat hier Mitwirkungspflichten und muss insbesondere den Arbeitsumfang sowie das Arbeitsentgelt vor der Freistellung bescheinigen. Der Antragsteller muss das Darlehen innerhalb von 48 Monaten nach Beginn der Freistellung zurückzahlen, i. d. R. in gleichbleibenden monatlichen Raten. Nach § 7 FPfZG kann in besonderen Härtefällen die Rückzahlung gestundet werden, ohne dass hierfür Zinsen anfallen.

Die neue Familienpflegezeit ist ein besonderer gesetzlicher Teilzeitananspruch, der für die Arbeitnehmer gegenüber dem Teilzeitananspruch nach § 8 TzBfG folgende Vorteile bringt: Die Reduzierung der Arbeitszeit kann nur aus dringenden betrieblichen Gründen abgelehnt werden. Während der Teilzeit besteht ein besonderer gesetzlicher Kündigungsschutz. Mit Ende der Familienpflegezeit endet auch die Reduzierung der Arbeitszeit. Der Angehörige ist also für die Rückkehr zur Vollzeitbeschäftigung nicht darauf angewiesen, dass entsprechende freie Arbeitsplätze bestehen. Einkommensverluste durch die Reduzierung der Arbeitszeit können über ein zinsloses Darlehen des Bundesamts für Familien und zivilgesellschaftliche Aufgaben abgemildert werden.

**6 Pflegezeit**

Die Pflegezeit nach § 3 PflegeZG ist als besonderer gesetzlicher Freistellungsanspruch für die Dauer von bis zu sechs Monaten konzipiert. Der Mitarbeiter muss die Pflegezeit mindestens zehn Arbeitstage vor Beginn schriftlich ankündigen und erklären, für welchen Zeitraum und in welchem Umfang er die Freistellung in Anspruch nehmen will. Es ist also auch eine teilweise Freistellung von der Arbeit möglich, so dass die Unterschiede zur Familienpflegezeit fließend sind. Allerdings hat sich durch die Neuregelung der Familienpflegezeit die Konzeption der Pflegezeit nicht geändert. Neu sind nur die Regelungen zum Verhältnis von Pflegezeit und Familienpflegezeit.

**Wichtig**

Der Anspruch auf Pflegezeit besteht nur, wenn der Arbeitgeber i. d. R. mehr als 15 Arbeitnehmer beschäftigt. In Betrieben mit mehr als 15, aber nicht mehr als 25 Beschäftigten besteht also nur der Anspruch auf Pflegezeit, nicht aber der Anspruch auf die Familienpflegezeit.

Bei einer teilweisen Freistellung ist auch die gewünschte Verteilung der Arbeitszeit anzugeben. Dies ist aber keine Voraussetzung für einen wirksamen Antrag auf Pflegezeit. Die Pflegezeit mit einer vollständigen Freistellung kann der Arbeitgeber nicht ablehnen. Wenn nur eine teilweise Freistellung in Anspruch genommen wird, müssen die Beteiligten über die Verringerung der Arbeitszeit und die Verteilung eine schriftliche Vereinbarung treffen. Der Arbeitgeber hat den Wünschen zu entsprechen, wenn keine dringenden betrieblichen Gründe entgegenstehen.

Auch hier regelt das Gesetz nicht, welche Rechtsfolgen eintreten, wenn das Unternehmen nicht reagiert. Es besteht also die gleiche rechtliche Unsicherheit wie bei Anträgen auf Familienpflegezeit.

Auch die Pflegezeit wird durch ein zinsloses Darlehen des Bundesamts für Familie und zivilgesellschaftliche Aufgaben gefördert. Diese Förderung ist nicht im PflegeZG geregelt. Der Anspruch auf das Arbeitnehmerdarlehen ergibt sich aus der neuen Regelung in § 3 des FPfZG.

Das Gesetz definiert kein Rangverhältnis zwischen Pflegezeit und Familienpflegezeit. Der Betroffene, der einen nahen Angehörigen pflegen möchte, entscheidet, ob und in welchem Umfang er Pflegezeit und Familienpflegezeit in Anspruch nimmt. Wenn die Ankündigung keine eindeutige Festlegung enthält, welche Variante in Anspruch genommen werden soll, gilt dies als Erklärung der Ankündigung von Pflegezeit. Nach den übereinstimmenden Regelungen in § 3 Abs. 3 PflegeZG und § 2a Abs. 1 Satz 3 FPfZG gilt ein Vorrang der Pflegezeit.

**Wichtig**

Pflegezeit und Familienpflegezeit können kombiniert werden, müssen aber unmittelbar aneinander anschließen. Die Höchstdauer der Pflegezeit beträgt sechs Monate. Die Höchstdauer der Familienpflegezeit beträgt 24 Monate. Bei einer Kombination dürfen aber Pflegezeit und Familienpflegezeit zusammen die Höchstdauer von 24 Monaten nicht überschreiten (§ 2 Abs. 2 FPfZG).

Wird die Pflegezeit zuerst genommen, muss sich die Familienpflegezeit unmittelbar an die Pflegezeit anschließen. Die Ankündigungsfrist für die Familienpflegezeit beträgt dann drei Monate. Auch wenn zuerst die Familienpflegezeit in Anspruch genommen wird, muss sich die Pflegezeit unmittelbar anschließen. Die Ankündigungsfrist für die Pflegezeit beträgt in diesem Fall acht Wochen.

Ein Arbeitnehmer, der einen nahe Angehörigen pflegen will, muss entscheiden, ob er eine Familienpflegezeit oder eine Pflegezeit beantragt. Der wesentliche Unterschied besteht darin, dass bei der Familienpflegezeit nur eine Reduzierung der Arbeitszeit bis zu einem Mindestumfang von 15 Stunden pro Woche verlangt werden kann, während bei der Pflegezeit auch die Möglichkeit zu einer vollständigen Freistellung besteht.

**7 Kurzzeitpflege**

Nach § 2 PflegeZG können Arbeitnehmer bis zu zehn Arbeitstage der Arbeit fernbleiben, wenn dies in einer akut auftretenden Pflegesituation eines nahen Angehörigen erforderlich ist. Dieser Freistellungsanspruch für die Kurzzeitpflege ist dem gesetzlichen Freistellungsanspruch zur Betreuung eines kranken Kindes (§ 45 Abs. 5 SGB V) nachgebildet.

Für die Kurzzeitpflege besteht keine Ankündigungs-, sondern lediglich eine Mitteilungspflicht wie im Falle einer Erkrankung. Der Mitarbeiter muss die Verhinderung und deren voraussichtliche Dauer unverzüglich mitteilen und auf Verlangen eine ärztliche Bescheinigung über die Pflegebedürftigkeit des nahe Angehörigen vorlegen.

Das Pflegezeitgesetz regelt keinen Anspruch auf Entgeltfortzahlung während der Kurzzeitpflege. Ein solcher kann sich aber aus den vertraglichen Vereinbarungen oder anderen gesetzlichen Regelungen ergeben. Wenn die Parteien hierzu keine Vereinbarung getroffen haben, besteht ein Entgeltfortzahlungsanspruch aus § 616 BGB bei einer vorübergehenden unverschuldeten Verhinderung.

Dieser Entgeltfortzahlungsanspruch besteht aber nicht für die komplette Dauer der Kurzzeitpflege, sondern nur für eine „verhältnismäßig nicht erhebliche Zeit“. Das dürften in Anlehnung an die ältere Rechtsprechung zur Betreuung erkrankter Kinder lediglich fünf Arbeitstage sein. Auch hier müssen die Gerichte noch für eine Klärung sorgen. Der Entgeltfortzahlungsanspruch nach § 616 BGB ist nicht zwingend. In Arbeitsverträgen lassen sich also abweichende Regelungen vereinbaren.

### Praxistipp

Da die Reichweite des Entgeltfortzahlungsanspruchs in akuten Pflegesituationen nicht geklärt ist, sollten die Verantwortlichen den Fall im Arbeitsvertrag regeln. Dabei kann man den Anspruch aus § 616 BGB sogar vollständig ausschließen. Eine andere Möglichkeit ist, den Anspruch auf Entgeltfortzahlung für akute Pflegesituationen auf eine bestimmte Anzahl von Tagen pro Jahr zu begrenzen.

Da es keinen allgemeinen Entgeltfortzahlungsanspruch in akuten Pflegesituationen gibt, hat der Gesetzgeber das Pflegeunterstützungsgeld eingeführt. Nach § 44a Abs. 3 SGB XI haben Arbeitnehmer, die nahe Angehörige in akuten Pflegesituationen betreuen, einen Anspruch auf Ausgleich für entgangenes Arbeitsentgelt. Dieses Pflegeunterstützungsgeld wird nur gewährt, wenn kein Entgeltfortzahlungsanspruch gegen den Arbeitgeber besteht. Das Pflegeunterstützungsgeld erhalten Betroffene für bis zu zehn Arbeitstage je pflegebedürftigem Angehörigen, es beträgt i. d. R. 90 % des ausgefallenen Nettoarbeitsentgelts. Voraussetzung ist eine Antragstellung. Der Antrag ist bei der Pflegekasse oder dem Versicherungsunternehmen des pflegebedürftigen nahen Angehörigen zu stellen.

## 8 Fazit

Die Pflege von nahen Angehörigen basiert auf drei Säulen:

- Für die Pflege in akuten Situationen gibt es einen Freistellungsanspruch von bis zu zehn Tagen (Kurzzeitpflege). Sofern während dieser Zeit kein Entgeltfortzahlungsanspruch gegen den Arbeitgeber besteht, wird die Kurzzeitpflege durch das Pflegeunterstützungsgeld staatlich gefördert.
- Die zweite Säule ist die Pflegezeit, die der Elternzeit nachgebildet ist. Für die Dauer von bis zu sechs Monaten kann ein Beschäftigter die Freistellung zur Pflege naher Angehöriger beantragen. Wie bei der Elternzeit handelt es sich um eine unentgeltliche Freistellung unter Erhalt des Arbeitsplatzes.
- Die dritte Säule ist die Familienpflegezeit, die jetzt als besonderer gesetzlicher Teilzeitananspruch für die Dauer von bis zu 24 Monaten ausgestaltet ist.

Ein Anspruch auf Pflege- und Familienpflegezeit besteht nur in Betrieben mit mehr als 25 Beschäftigten. Beide Varianten sind kombinierbar, müssen aber unmittelbar im Anschluss genommen werden und dürfen zusammen nicht mehr als 24 Monate betragen. Während der Pflegezeit und der Familienpflegezeit besteht ein besonderer Kündigungsschutz. Ein zinsloses Darlehen kann die Einkommensverluste abmildern.