

## Das neue Pflegezeitgesetz

### - Arbeits- und sozialversicherungsrechtliche Brennpunkte der Pflege -

Am 01. Juli 2008 ist im Rahmen der Reform der Pflegeversicherung das Gesetz über die Pflegezeit (PflegeZG) in Kraft getreten, mit dem die Rahmenbedingungen für die Vereinbarung familiärer Pflege mit der Berufstätigkeit verbessert werden sollen. Neben flankierenden Maßnahmen zur sozialversicherungsrechtlichen Absicherung hat der Gesetzgeber die Rechtsstellung pflegender Angehöriger gegenüber dem Arbeitgeber erheblich gestärkt. Zum ersten Mal wird den Beschäftigten das Recht auf eine bis zu 10 Tage dauernde Freistellung von der Arbeit eingeräumt, falls dies zur Pflege eines nahen Angehörigen erforderlich ist. Auch können Beschäftigte eine bis zu sechs Monate dauernde Pflegezeit in Anspruch nehmen, um einen nahen Angehörigen zu pflegen. Die mit diesem Schutz intendierte Erweiterung der häuslichen Pflege kommt vornehmlich den Beschäftigten, aber auch den Pflegekassen zugute. Die erweiterte berufliche Flexibilität pflegender Arbeitnehmer birgt jedoch auch Potential für arbeitsrechtliche Auseinandersetzungen.

Die nachfolgenden Ausführungen sollen Arbeitgebern und Arbeitnehmern einen Einblick in die gesetzliche Neuregelung vermitteln.

#### I. Begriffsbestimmungen:

Der persönliche Anwendungsbereich des Pflegezeitgesetzes ist weit gefasst. Die Rechte aus dem Pflegezeitgesetz stehen allen Beschäftigten zu. Zu diesen zählen gemäß § 7 Abs. 1 PflegeZG

- Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer,
- die zu ihrer Berufsbildung Beschäftigten und
- arbeitnehmerähnliche Personen einschließlich der in Heimarbeit Beschäftigten und die ihnen Gleichgestellten

Diese Personen dürfen zur Pflege „naher Angehöriger“ gemäß § 7 Abs. 3 PflegeZG die von dem Pflegezeitgesetz eingeräumten Rechte in Anspruch nehmen.

Zu den Begriffsbestimmungen im Einzelnen:

1. Arbeitnehmer/-innen sind Personen, die im rechtlichen Rahmen eines Arbeitsverhältnisses auf Grund eines privatrechtlichen Vertrags (Arbeitsvertrag) verpflichtet sind, ihre Arbeitskraft weisungsgebunden gegen Entgelt zur Verfügung zu stellen. Zu den Beschäftigten i.S.d. PflegeZG zählen daher alle Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen unabhängig von Art und Umfang ihrer Tätigkeit; pflegezeitberechtigt sind demnach Voll- und Teilzeitkräfte einschließlich der geringfügig Beschäftigten, ebenso befristet Beschäftigte. Nicht pflegezeitberechtigt sind GmbH-Geschäftsführer und AG-Vorstände, wohl aber leitende Angestellte und Führungskräfte.
2. Zu den Anspruchsberechtigten zählen weiterhin die zu ihrer Berufsbildung Beschäftigten. Dazu gehören aufgrund der Wortwahl des Gesetzes nicht nur die Auszubildenden innerhalb regulärer Ausbildungsberufe, sondern auch Volontäre, Praktikanten und andere Beschäftigte, die vorwiegend zu Ausbildungszwecken beschäftigt werden. Um sicherzustellen, dass diesen Beschäftigten durch die Pflege keine Nachteile im Ausbildungsgang entstehen, bestimmt § 4 Abs. 1 Satz 4 PflegeZG, dass die Pflegezeit nicht auf die Berufsbildungszeit angerechnet wird; ist das Berufsbildungsverhältnis für eine bestimmte Dauer eingegangen worden, verlängert es sich daher um die Dauer der Pflegezeit.
3. Schließlich werden - eine viel kritisierte Besonderheit des Pflegezeitgesetzes - auch arbeitnehmerähnliche Personen in den Anwendungsbereich des Gesetzes mit einbezogen. Die arbeitnehmerähnliche Person zeichnet sich dadurch aus, dass sie nicht in persönlicher, wohl aber in wirtschaftlicher Hinsicht von einem Auftraggeber abhängig ist. Eine arbeitnehmerähnliche Person ist selbständiger Unternehmer, der nicht in die betriebliche Organisation eingliedert ist und seine Arbeitszeit im Wesentlichen frei bestimmen kann. Auch Heimarbeiter und die ihnen Gleichgestellten iSd. Heimarbeitsgesetzes (HAG), die idR von ihren Auftraggebern ebenfalls wirtschaftlich abhängig sind, gehören zu den arbeitnehmerähnlichen Selbständigen. Mangels persönlicher Abhängigkeit sind andere Schutzvorschriften des Arbeitsrechts auf arbeitnehmerähnliche Personen grundsätzlich nicht anwendbar. Für die Anwendbarkeit des PflegeZG auf diese Gruppe ist es dennoch ausreichend, dass die arbeitnehmerähnliche Person wirtschaftlich auf die selbständige Tätigkeit angewiesen ist; einer mit den Arbeitnehmern vergleichbaren sozialen Schutzbedürftigkeit etwa dahingehend, dass die persönliche Leistungserbringung geschuldet ist und der Selbständige bei Eintritt des Pflegefalls nicht in der Lage ist, die Erfüllung der vertraglich vereinbarten Tätigkeit durch

den Einsatz eigener Mitarbeiter sicherzustellen, bedarf es nach dem eindeutigen Gesetzeswortlaut in § 7 Abs. 1 Nr. 3 PflegeZG demgegenüber nicht.

**HINWEIS:**

Von entscheidender Bedeutung ist, dass es für die Inanspruchnahme der Rechte aus dem PflegeZG nicht auf die Dauer der Betriebszugehörigkeit ankommt; das PflegeZG gilt daher auch für Arbeitnehmer, die in den ersten sechs Monaten der Beschäftigung noch keinen Kündigungsschutz genießen.

4. Das Pflegezeitgesetz erfasst nicht jede Pflegesituation, sondern nur die Pflege naher Angehöriger. Hierzu zählen gemäß § 7 Abs. 3 PflegeZG vor allem die Partner einer Lebensgemeinschaft und die Verwandten direkter Abstammungslinien. Darunter fallen:
- Großeltern, Eltern und Schwiegereltern,
  - Ehegatten sowie Lebenspartner und Partner einer nichtehelichen Gemeinschaft,
  - Geschwister, sowie
  - Kinder, Adoptivkinder und Pflegekinder des Beschäftigten oder dessen Lebenspartners, sowie Schwieger- und Enkelkinder.

**HINWEIS:**

Trotz dieses weiten Kreises sind weder Stiefvater oder Stiefmutter, noch Stiefkinder als nahe Angehörige bezeichnet. Bei einer eheähnlichen Gemeinschaft ist zu beachten, dass zwar der Partner selbst zu den nahen Angehörigen zählt, nicht jedoch dessen Kinder. Auch weiter entfernte Verwandte, wie Onkel und Tanten, Nichten oder Neffen sind vom Anwendungsbereich des Pflegezeitgesetzes nicht erfasst.

## II. Freistellung zur Pflege

Das PflegeZG ermöglicht den Beschäftigten zwei verschiedene Formen der Freistellung von der Arbeit: die kurzzeitige Freistellung zur Pflege gemäß § 2 PflegeZG sowie die bis zu sechs Monate andauernde Pflegezeit nach Maßgabe der §§ 3, 4 PflegeZG.

## 1. Kurzzeitige Freistellung zur Pflege gemäß § 2 PflegeZG

Wird ein naher Angehöriger plötzlich zum Pflegefall, so dürfen Beschäftigte aufgrund des in § 2 PflegeZG normierten Leistungsverweigerungsrechts bis zu zehn Arbeitstage der Arbeit fern bleiben. Die freie Zeit soll von den Beschäftigten dazu genutzt werden können, sich über Pflegeleistungen zu informieren, die erforderlichen organisatorischen Vorkehrungen zu treffen, Behörden aufzusuchen oder den Angehörigen zunächst kurzfristig zu Hause zu versorgen, bis dieser in einer geeigneten Pflegeeinrichtung untergebracht werden kann oder seine Pflege anderweitig organisiert ist.

➤ **TIPP** für den Beschäftigten:

Der Anspruch auf kurzfristige Pflegefreistellung besteht unabhängig von der Unternehmensgröße, kann somit auch in Kleinbetrieben mit nur wenigen Beschäftigten geltend gemacht werden.

**BEISPIEL:**

Der Vater einer Arbeitnehmerin wird wenige Tagen nach einem Schlaganfall aus dem Krankenhaus entlassen. Nach dem Krankenhausaufenthalt bedarf der Vater verstärkter Pflege. Die Arbeitnehmerin kann zur Organisation beispielsweise einer Kurzzeitpflege oder eines Pflegedienstes für ihren Vater bis zu zehn Arbeitstage der Arbeit fernbleiben. Sie entscheidet selbst, ob sie den Freistellungsanspruch nur zum Teil oder bis zur Maximalgrenze von zehn Arbeitstagen ausschöpfen will.

### a. Voraussetzungen des Leistungsverweigerungsrechts

Die kurzzeitige Freistellung zur Pflege dient der Bewältigung von Notsituationen. Der Anspruch auf Freistellung hängt daher von folgenden Voraussetzungen ab:

– **Pflegebedürftigkeit des nahen Angehörigen**

Gemäß § 7 Abs. 4 PflegeZG gelten Personen als pflegebedürftig, wenn sie die Voraussetzungen nach den §§ 14 und 15 SGB XI erfüllen, wenn sie also wegen einer körperlichen, geistigen oder seelischen Krankheit oder Behinderung für die gewöhnlichen und regelmäßig wiederkehrenden Verrichtungen im Ablauf des täglichen Lebens auf Dauer, voraussichtlich aber für mindestens sechs Monate, in erheblichem oder höherem Maße der Hilfe bedürfen. Diese Voraussetzung erfül-

len alle Personen, bei denen mindestens Pflegestufe I festgestellt ist. Auch der plötzliche Eintritt des Sterbeprozesses eines Pflegebedürftigen soll nach der Begründung des Gesetzgebers unter diese Regelung fallen, wenn dieser zusätzliche Betreuungs- und Versorgungsmaßnahmen nach sich zieht.

**HINWEIS:**

Ausreichend für die Inanspruchnahme der kurzfristigen Freistellung ist bereits die voraussichtliche Pflegebedürftigkeit, § 7 Abs. 4 Satz 2 PflegeZG. Jedoch reicht die bloße Möglichkeit einer Pflegebedürftigkeit nicht aus; vielmehr sind Tatsachen erforderlich, auf deren Grundlage der Eintritt der Pflegebedürftigkeit als überwiegend wahrscheinlich einzuschätzen ist.

- **Akut aufgetretene Pflegesituation**

Die Pflegebedürftigkeit des nahen Angehörigen muss akut, d.h. plötzlich und unerwartet eingetreten sein. Ein solches Akutereignis liegt nicht vor, wenn sich die voraussichtliche Pflegebedürftigkeit des Angehörigen aufgrund längerer Krankheit bereits abgezeichnet hat und die entsprechenden organisatorischen Maßnahmen bereits hätten umgesetzt werden können, ebenso wenig bei einer bereits bestehenden Pflegebedürftigkeit, bei der keine entscheidende Veränderung stattgefunden hat.

➤ **TIPP** für den Arbeitgeber:

Erlangt der Arbeitgeber von gravierenden Krankheitsfällen im Angehörigenkreis des Beschäftigten Kenntnis, kann er diesen frühzeitig auf eventuell erforderliche Maßnahmen zur Sicherstellung der Pflege hinweisen; solange der Angehörige noch anderweitig versorgt ist, besteht ein Freistellungsanspruch auch dann nicht, wenn der Beschäftigte Zeit benötigt, um die spätere Versorgung zu organisieren. Versäumt der Beschäftigte die notwendige Organisation, kann er sich mangels einer akut aufgetretenen Pflegesituation später nicht auf den Freistellungsanspruch berufen.

Auch bei einer bereits bestehenden Pflegebedürftigkeit des Angehörigen liegt jedoch ein Akutereignis vor, wenn etwa die bisherige Pflegekraft unvorhergesehen vorübergehend ausfällt und eine anderweitige Versorgung des Angehörigen nicht möglich ist.

Eine akute Pflegesituation kann sich für jeden pflegebedürftigen Angehörigen ergeben, so dass der Anspruch auf Arbeitsfreistellung von einem Beschäftigten auch mehrfach geltend gemacht werden kann. Bei demselben Angehörigen wird eine solche Situation im Regelfall nur einmal auftreten. Allerdings ist nicht ausgeschlossen, dass auch für denselben Angehörigen eine erneute Freistellung beansprucht werden kann, wenn dessen (voraussichtliche) Pflegebedürftigkeit zunächst wegfällt und zu einem späteren Zeitpunkt erneut auftritt.

- **Erforderlichkeit der Freistellung**

Schließlich muss das Fernbleiben des Beschäftigten von der Arbeit entsprechend § 45 SGB V objektiv erforderlich sein, um die bedarfsgerechte Pflege des nahen Angehörigen organisieren oder sicherstellen zu können. Dies ist - anders als bei Inanspruchnahme der Pflegezeit (siehe unten) - nicht der Fall, wenn eine andere hierzu (körperlich) fähige und dazu bereite Person die Pflege bereits organisiert oder den Angehörigen pflegt.

- **Dauer der Freistellung**

Die kurzzeitige Freistellung kann einen Zeitraum von bis zu 10 Arbeitstagen umfassen. Aus dem Gesetz ist nicht zu entnehmen, dass diese Tage zwingend aufeinanderfolgen müssen. Der Arbeitnehmer kann die Tage daher zusammenhängend in Anspruch nehmen oder auf mehrere Zeitabschnitte verteilen.

**b. Geltendmachung der Freistellung**

Die Arbeitsbefreiung erfolgt durch einseitige Erklärung des Arbeitnehmers, die auch mündlich erfolgen kann. Die Zustimmung des Arbeitgebers ist nicht erforderlich. Der Arbeitgeber muss jedoch unverzüglich, d.h. ohne schuldhaftes Zögern über die Verhinderung an der Arbeitsleistung und deren voraussichtliche Dauer (!) informiert werden. Eine Ankündigungsfrist ist allerdings nicht erforderlich; der Arbeitnehmer kann der Arbeit unmittelbar im Anschluss an die Information des Arbeitgebers fernbleiben.

➤ **TIPP** für den Beschäftigten:

Um dem Arbeitgeber zu ermöglichen, die Berechtigung der Freistellung zu überprüfen, muss diesem nicht nur die Verhinderung an sich, sondern auch der Verhinderungsgrund, d.h. die Tatsache

der Pflegebedürftigkeit des nahen Angehörigen, mitgeteilt werden; Art und Ursache der Pflegebedürftigkeit muss der Beschäftigte allerdings nicht offenbaren.

### c. Nachweispflichten

Auf Verlangen ist dem Arbeitgeber eine ärztliche Bescheinigung über die (voraussichtliche) Pflegebedürftigkeit des - in der ärztlichen Bescheinigung namentlich zu bezeichnenden - nahen Angehörigen vorzulegen. Eine vorherige Begutachtung durch den Medizinischen Dienst der Krankenkassen ist dabei jedoch nicht erforderlich.

Die ärztliche Bescheinigung muss neben der Pflegebedürftigkeit - die von der bloßen Krankheit abzugrenzen ist - auch die Erforderlichkeit der Freistellung bescheinigen. Dies beinhaltet auch die Bescheinigung über den Mangel anderweitiger Versorgung und die Bestätigung einer Akutsituation.

#### **HINWEIS:**

Hier muss mit einer entsprechend großzügigen Verfahrensweise der Ärzte gerechnet werden, die vor die Schwierigkeit gestellt werden zu beurteilen, ob das Fernbleiben des Beschäftigten von seiner Arbeit tatsächlich erforderlich ist, um die Pflege des Angehörigen zu organisieren. Eine objektive Beurteilung der Situation ist dabei oftmals nicht möglich, zumal sich die Ärzte neben einer etwaigen Kenntnis des Angehörigen regelmäßig nur auf die Angaben des Beschäftigten stützen können. Dennoch ist der tatsächliche Beweiswert einer ärztlichen Bescheinigung für die inhaltliche Richtigkeit der Bescheinigung in der Praxis kaum zu erschüttern; liegen anderweitige Informationen nicht vor, ist der Arbeitgeber daher an den Inhalt der Bescheinigung gebunden.

Legt der Beschäftigte trotz Aufforderung die ärztliche Bescheinigung nicht vor, verstößt er gegen seine vertraglichen Nebenpflichten. Darüber hinaus dient die Bescheinigung dem Nachweis, dass die Freistellung berechtigt in Anspruch genommen wurde. Bleibt der Beschäftigte der Arbeit daher fern, ohne eine entsprechende Bescheinigung vorlegen zu können, riskiert er arbeitsrechtliche Sanktionen wie Abmahnung und Kündigung, ggf. sogar Schadensersatzansprüche des Arbeitgebers, wenn die unvermittelte Abwesenheit zu Nachteilen für den Arbeitgeber geführt hat.

#### d. Entgeltfortzahlung während der Freistellung

Ein Vergütungsanspruch für die Freistellungszeit ist in das PflegeZG ausdrücklich - entgegen vorangegangener politischer Bestrebungen - nicht aufgenommen worden. Auch das ursprünglich vorgesehene Pflegeunterstützungsgeld durch die Krankenkassen ist wieder fallen gelassen worden. Für die Dauer der Pflegefreistellung kann der Beschäftigte eine Vergütung von dem Arbeitgeber daher nur dann fordern, wenn sich eine solche Verpflichtung aus dem Gesetz oder einer Vereinbarung ergibt, § 2 Abs. 3 PflegeZG.

Bisweilen sehen Tarifverträge, Betriebsvereinbarungen oder Arbeitsverträge die bezahlte Freistellung bei der Erkrankung eines nahen Angehörigen vor. Fehlt eine solche Regelung, kann sich ein Vergütungsanspruch unter Umständen aus § 616 BGB ergeben, der den Vergütungsanspruch des Arbeitnehmers sichert, wenn es diesem für eine verhältnismäßig nicht erhebliche Zeit unzumutbar ist, die Arbeitsleistung zu erbringen. Eine solche Unzumutbarkeit kann sich auch aus einer akuten Pflegesituation ergeben, wobei § 616 BGB dies - nach bisheriger Rechtsprechung - nur bei sehr engen Angehörigen (Eltern, Ehegatten und Lebenspartnern, Geschwistern, Kindern und Enkelkindern) vorsieht. Auch hängt der Vergütungsanspruch nach § 616 BGB davon ab, dass die Fehlzeit „nicht unverhältnismäßig lang“ ist; bislang wurde hier in der Regel ein Zeitraum von maximal fünf Tagen anerkannt. Nach derzeitiger Rechtsprechung besteht ein Vergütungsanspruch aus § 616 BGB daher nur dann, wenn die Abwesenheit von vornherein auf maximal fünf Tage beschränkt ist; bei längerer Abwesenheit entfällt der Vergütungsanspruch nicht nur für die diesen Zeitraum übersteigende Zeit, sondern für die gesamte Abwesenheit.

#### **HINWEIS:**

Nicht auszuschließen ist allerdings, dass die Rechtsprechung § 616 BGB in Pflegesituationen künftig weiter auslegt, um Wertungswidersprüche zu den Regelungen des Pflegezeitgesetzes zu vermeiden. Der Arbeitgeber wäre dann zur vollständigen Vergütung der Freistellungszeit verpflichtet. Hier bleibt die weitere Entwicklung abzuwarten.

#### ➤ **TIPP** für den Arbeitgeber:

Die Norm des § 616 BGB kann durch individuelle Vereinbarung im Arbeitsvertrag grundsätzlich abbedungen werden. Allerdings ist bislang ungeklärt, ob dies auch in Formularverträgen uneingeschränkt zulässig ist. Zulässig dürfte es jedoch sein, den Anspruch auf Entgeltfortzahlung in Pfl-

gefallen auf sehr nahe Angehörige und auf wenige Tage zu beschränken, sowie eine Obergrenze der jährlichen Fehlzeiten zu vereinbaren.

Bei den zur Berufsbildung Beschäftigten gilt demgegenüber eine Besonderheit: sie besitzen gemäß § 19 Abs. 1 Nr. 2 lit. b BBiG einen unabdingbaren Entgeltfortzahlungsanspruch bis zur Dauer von sechs Wochen, wenn ihnen die Ausbildungsleistung - etwa aufgrund der anders nicht zu bewältigenden Pflegesituation - aus persönlichen Gründen unzumutbar ist.

## 2. Pflegezeit zur Gewährleistung häuslicher Pflege gemäß § 3 PflegeZG

Neben dem Anspruch auf kurzfristige Freistellung räumt das PflegeZG den Beschäftigten unter den Voraussetzungen der §§ 3, 4 PflegeZG einen Anspruch auf die Inanspruchnahme einer bis zu sechs Monate andauernden Pflegezeit ein. Dabei ermöglicht das Pflegezeitgesetz - ähnlich wie die Regelungen zur Elternzeit - den Beschäftigten die Inanspruchnahme einer vollständigen Freistellung ebenso wie die Beibehaltung einer Teilzeittätigkeit für die Dauer der Pflegezeit. Dadurch soll die häusliche Pflege naher Angehöriger ohne Gefährdung des Arbeitsplatzes ermöglicht werden.

### HINWEIS:

Im Gegensatz zu der kurzzeitigen Arbeitsbefreiung besteht dieser Anspruch nicht in Kleinunternehmen, sondern erst ab einer Unternehmensgröße von regelmäßig mehr als 15 Beschäftigten. Allerdings wird die Beschäftigtenzahl „nach Köpfen“ ermittelt; Teilzeitbeschäftigte wie auch zur Berufsbildung Beschäftigte und arbeitnehmerähnliche Selbständige sind in die Beschäftigtenzahl voll einzurechnen.

### a. Voraussetzungen des Anspruchs auf Pflegezeit

Die Pflegezeit dient, anders als die kurzzeitige Freistellung, nicht der Bewältigung von Notsituationen, sondern der Gewährleistung der häuslichen Pflege, durch die die Heimunterbringung pflegebedürftiger Angehöriger vermieden werden soll. Der Anspruch auf Pflegezeit hängt von folgenden Voraussetzungen ab:

- **Pflegesituation eines nahen Angehörigen**

Der Anspruch auf Pflegezeit setzt voraus, dass eine Pflegesituation eines nahen Angehörigen vorliegt. Hier gelten zur Begriffsbestimmung des nahen Angehörigen wie auch der Pflegebedürftigkeit die vorstehenden Ausführungen entsprechend, wobei allerdings eine nur voraussichtliche Pflegebedürftigkeit nicht ausreicht; die Pflegebedürftigkeit muss daher von der Pflegekasse verbindlich festgestellt sein.

Auch sonst bestehen zu dem Anspruch auf kurzfristige Freistellung bedeutsame Unterschiede: Zum Einen muss die Pflegesituation nicht akut eingetreten sein. Zum anderen hängt der Anspruch auf Pflegezeit nicht davon ab, dass die Freistellung des Beschäftigten zur Sicherstellung der Pflege erforderlich ist; der Beschäftigte muss daher weder einen bestimmten Mindestumfang an Pflegeleistungen erbringen, noch muss seine Pflegeleistung überhaupt erforderlich sein. Auch wenn die Pflege letztendlich überwiegend durch andere Pflegepersonen oder ambulante Pflegedienste gewährleistet wird, bleibt der Anspruch auf Pflegezeit unberührt, sofern der Beschäftigte nur überhaupt einen Pflegebeitrag leistet.

**BEISPIEL:**

Bei Oma Erna wurde mittlerweile Pflegestufe I festgestellt. Nicht nur ihre Kinder und eventuell vorhandenen Schwiegerkinder, sondern auch alle ihre Enkelkinder können Oma Erna gemeinsam pflegen und sich hierfür jeweils - gleichzeitig oder nacheinander - bis zu sechs Monate von der Arbeit freistellen lassen.

- **Pflege in häuslicher Umgebung**

Die Pflege des nahen Angehörigen muss lediglich in häuslicher Umgebung stattfinden, wozu sowohl der eigene Haushalt der pflegebedürftigen Person zählt, als auch jeder andere Haushalt, in den die pflegebedürftige Person aufgenommen worden ist. Da der Gesetzgeber in umfassender Weise dem Wunsch pflegebedürftiger Menschen, durch vertraute Angehörige in gewohnter Umgebung gepflegt zu werden, Rechnung tragen wollte, ist eine Einschränkung, etwa auf den eigenen Haushalt des Pflegebedürftigen oder der Pflegeperson, nicht gerechtfertigt. Ob die Pflege in Tagespfleeinrichtungen noch unter die häusliche Pflege fällt, ist allerdings zweifelhaft.

**b. Dauer und Umfang der Pflegezeit**

Die Pflegezeit beträgt maximal sechs Monate für jeden pflegebedürftigen nahen Angehörigen. Sie ist in einem zusammenhängenden Zeitraum zu nehmen und kann nicht aufgeteilt werden. Innerhalb der gesetzlichen Höchstdauer kann der Beschäftigte frei entscheiden, wie lange die Pflegezeit dauern soll. An diese Entscheidung ist der Beschäftigte dann allerdings auch gebunden.

Die Pflegezeit beginnt mit Zugang der form- und fristgerechten Ankündigung beim Arbeitgeber (siehe dazu unten) und endet mit Ablauf des gewünschten Zeitraums, spätestens mit Ablauf der sechsmonatigen Höchstdauer. Gemäß § 4 Abs. 2 Satz 1 PflegeZG endet die Pflegezeit ausnahmsweise auch vor Ablauf des angekündigten Zeitraums innerhalb von vier Wochen nachdem die Pflegebedürftigkeit entfallen oder die häusliche Pflege unmöglich oder unzumutbar geworden ist; hierüber muss der Beschäftigte den Arbeitgeber unverzüglich informieren, damit dieser, etwa durch Kündigung einer eingestellten Ersatzkraft, auf die veränderte Situation reagieren kann.

➤ **TIPP** für den Arbeitgeber:

Teilt der Beschäftigte das Ende der Pflegezeit nicht unverzüglich mit, kann der Arbeitgeber Schadensersatz fordern, wenn er aus diesem Grund beispielsweise die Vertretungskraft nicht rechtzeitig kündigen konnte.

Eine (einseitige) Verlängerung der Pflegezeit innerhalb der gesetzlichen Höchstgrenze ist gemäß § 4 Abs. 1 Satz 3 PflegeZG möglich, wenn ein zunächst vorgesehener Wechsel in der Person des Pflegenden aus einem wichtigen Grund nicht erfolgen kann. In allen anderen Fällen ist eine vorzeitige Rückkehr des Beschäftigten auf den Arbeitsplatz ebenso wie eine Verlängerung der Pflegezeit grundsätzlich nur mit Zustimmung des Arbeitgebers möglich.

**HINWEIS:**

Der Anspruch auf Pflegezeit kann von einem Beschäftigten auch mehrfach nacheinander geltend gemacht werden, wenn er über mehrere pflegebedürftige nahe Angehörige verfügt. Auf diese Weise kann der Sechsmonatszeitraum wiederholt ausgeschöpft werden.

Der Beschäftigte kann für die Dauer der Pflegezeit die vollständige Freistellung ebenso verlangen wie eine bloße Reduzierung der Arbeitszeit. Anders als im Rahmen der Elternzeit macht das Gesetz insoweit auch keine Vorgaben für eine Mindest- oder Höchstarbeitszeit während der Pflegezeit. Der Beschäftigte ist daher grundsätzlich frei in seiner Entscheidung, in welchem Umfang er während der Pflegezeit arbeiten will.

### c. Inanspruchnahme der Pflegezeit

An die Inanspruchnahme der Pflegezeit sind - anders als bei der kurzzeitigen Pflegeverhinderung - stren- gere formelle Anforderungen geknüpft, um dem Arbeitgeber zu ermöglichen, den längerfristigen Ausfall organisatorisch zu bewältigen. Der Beschäftigte hat insoweit gemäß § 3 Abs. 3 PflegeZG neben der Inanspruchnahme der Pflegezeit mitzuteilen, für welchen Angehörigen, für welchen Zeitraum und in welchem Umfang er die Freistellung beanspruchen will; ist eine Teilzeittätigkeit in der Pflegezeit gewünscht, muss der Beschäftigte auch die gewünschte Verteilung der reduzierten Arbeitszeit angeben.

Die Ankündigung der Pflegezeit ist darüber hinaus form- und fristgebunden:

- Form: Schriftliche Erklärung unter Angabe von Beginn und Umfang der Pflegezeit (Schriftform erfordert eine eigenhändig unterschriebene Erklärung oder eine elektronische Signatur; die Erklärung per Email oder Telefax reicht demgegenüber nicht aus!)
  - Frist: Zugang der Erklärung beim Arbeitgeber spätestens zehn Arbeitstage vor dem angekündigten Beginn der Pflegezeit. Damit wird eine Mindestfrist festgelegt; eine Vorgabe, ab welchem Zeitpunkt die Inanspruchnahme der Pflegezeit *frühestens* angekündigt werden kann, enthält das Gesetz demgegenüber nicht.
- **TIPP** für den Arbeitnehmer:  
Fehlt der Erklärung ein inhaltlicher Bestandteil oder wird die Schriftform nicht eingehalten, ist die Pflegezeit nicht wirksam geltend gemacht. Dies birgt das Risiko in sich, dass der Beschäftigte der Arbeit unberechtigt fernbleibt, womit - in der Regel nach entsprechender Abmahnung - eine verhaltensbedingte Kündigung riskiert wird; auch der besondere Kündigungsschutz gemäß § 5 PflegeZG gilt bei unzureichender Geltendmachung der Pflegezeit nicht.

Dagegen ist die Versäumung der zehntägigen Ankündigungsfrist weitgehend unschädlich; in diesem Fall wird der Beginn der Pflegezeit auf den frühestmöglichen Zeitpunkt der Inanspruchnahme (10 Tage nach Ankündigung) hinausgeschoben.

Die Zustimmung des Arbeitgebers zur Inanspruchnahme der Pflegezeit ist nicht erforderlich, wenn eine vollständige Freistellung erfolgen soll. Die Pflegezeit wird allein durch die Erklärung des Beschäftigten begründet. Diese Erklärung ist für beide Vertragspartner verbindlich; auch der Beschäftigte ist an eine wirksam geltend gemachte Pflegezeit gebunden.

Bei einer nur teilweisen Arbeitsbefreiung während der Pflegezeit sieht das Gesetz in § 3 Abs. 4 PflegeZG demgegenüber vor, dass Beschäftigter und Arbeitgeber eine schriftliche Vereinbarung über den Umfang der Verringerung und die künftige Verteilung der Arbeitszeit zu treffen haben. In diesem Fall beinhaltet die Inanspruchnahme der Pflegezeit durch den Beschäftigten keine einseitige Gestaltungserklärung, sondern ein Angebot an den Arbeitgeber zur Verringerung seiner Arbeitszeit. Dieses Angebot muss der Arbeitgeber annehmen, wenn dem Verringerungs- und Verteilungswunsch des Beschäftigten keine dringenden betrieblichen Gründe entgegenstehen.

➤ **TIPP** für den Beschäftigten:

Lehnt der Arbeitgeber eine teilweise Freistellung oder die gewünschte Verteilung der verbleibenden Arbeitszeit ab oder äußert er sich nicht innerhalb angemessener Zeit, so ist der Beschäftigte nicht berechtigt, die Pflegezeit in dem angekündigten Umfang eigenmächtig anzutreten. Vielmehr ist er darauf verwiesen, die Ersetzung der Zustimmungserklärung beim Arbeitsgericht zu erwirken. In eiligen Fällen, in denen etwa die Pflege des Angehörigen anderweitig nicht sichergestellt ist, kann auch der Erlass einer einstweiligen Verfügung beantragt werden.

Alternativ kann der Beschäftigte nach Ablehnung der Pflegezeit auch eine Pflegezeit unter vollständiger Freistellung beantragen. In diesem Fall kann er den Arbeitgeber auf Schadensersatz, etwa für den entgangenen Verdienstausschlag, in Anspruch nehmen, wenn die Pflegezeit zu Unrecht abgelehnt worden ist.

Der Arbeitgeber kann die Inanspruchnahme der Pflegezeit daher nicht verhindern, wenn die vollständige Arbeitsbefreiung angestrebt wird. Begehrt der Beschäftigte eine nur teilweise Freistellung, kann der Arbeitgeber diesem Verlangen - vergleichbar der Situation in der Elternzeit - lediglich dringende betriebliche

Gründe entgegenhalten. Hierbei muss es sich um gewichtige Gründe handeln, die Vorrang vor den Interessen an der häuslichen Pflege verdienen.

➤ **TIPP** für den Arbeitgeber:

Stellt sich nach Abschluss eines gerichtlichen Verfahrens heraus, dass der Arbeitgeber die Zustimmung zu der Pflegezeit zu Unrecht verweigert hat, kann der Beschäftigte bei entsprechender Antragstellung Schadensersatzansprüche gegen den Arbeitgeber geltend machen, etwa weil er für den beabsichtigten Zeitraum der Pflegezeit die Arbeitsleistung voll erbracht und die Pflege deshalb durch kostenträchtige andere Maßnahmen - ambulanter Pflegedienst, Heimunterbringung - sicherstellen musste. Das damit verbundene - erhebliche - Kostenrisiko ist bei der Entscheidung über Pflegezeiten und der Bewertung der dringenden betrieblichen Gründe stets zu berücksichtigen.

**FORMULIERUNGSBEISPIEL:**

„Sehr geehrte Damen und Herren,

hiermit kündige ich die Inanspruchnahme von Pflegezeit nach § 3 PflegeZG an, um meine/meinen \_\_\_\_ (*naben Angehörigen mit Namen und Angehörigenverhältnis*) in häuslicher Umgebung pflegen zu können. Die Freistellung von der Arbeitsleistung wird in Anspruch genommen ab dem \_\_\_\_ (*Datum, Mindestankündigungsfrist beachten!*) und wird bis zum \_\_\_\_ (*Datum, maximaler Zeitraum: sechs Monate*) dauern.

Die Freistellung soll vollständig erfolgen. *Alternativ:* Während der Freistellungsphase möchte ich statt wie bisher in Vollzeit, nur noch in Teilzeit tätig werden. Die Arbeitszeit möchte ich auf \_\_\_\_ Stunden wöchentlich verringern. Die Stunden sollen sich auf die Arbeitstage \_\_\_\_ (*Wochentage angeben*) zu folgenden Uhrzeiten \_\_\_\_ (*Angabe der genauen Uhrzeit oder Zeitraums*) verteilen.

Zum Nachweis der Pflegebedürftigkeit meines Angehörigen füge ich die Bescheinigung der Pflegekasse diesem Schreiben bei.

Ort/Datum Unterschrift des Beschäftigten

Wir sind mit der Verringerung der Arbeitszeit und deren Verteilung, wie von Frau/Herrn \_\_\_\_ im Ankündigungsschreiben vom \_\_\_\_ beschrieben, einverstanden.

Ort /Datum Unterschrift des Arbeitgebers“

**c. Nachweispflichten**

Gemäß § 3 Abs. 2 PflegeZG muss der Beschäftigte, der Pflegezeit beanspruchen will, die Pflegebedürftigkeit seines - namentlich bezeichneten - nahen Angehörigen durch Vorlage einer Bescheinigung der Pflegekasse oder des Medizinischen Dienstes der Krankenkassen nachweisen. Bei in der privaten Pflegeversicherung versicherten Pflegebedürftigen ist ein entsprechender Nachweis zu erbringen.

**HINWEIS:**

Anders als bei der kurzzeitigen Arbeitsverhinderung nach § 2 PflegeZG hat der Beschäftigte die Bescheinigung nicht erst auf Verlangen des Arbeitgebers, sondern unaufgefordert vorzulegen.

Die von der Pflegekasse veranlasste Begutachtung durch den Medizinischen Dienst ist bei einem Antrag auf Pflegezeit gemäß § 18 Abs. 3 SGB XI innerhalb von ein bis zwei Wochen vorzunehmen, so dass der Beschäftigte in der Regel zeitnah über den Nachweis der Pflegebedürftigkeit verfügen wird. Eine Frist zur Vorlage des Nachweises ist jedoch gesetzlich nicht vorgegeben; die Vorlage muss nicht vor Beginn der Pflegezeit erfolgen, sondern kann nachgeholt werden. Auch besteht der Anspruch auf die Pflegezeit grundsätzlich unabhängig von der Vorlage der Bescheinigung. Da die Bescheinigung dem Arbeitgeber jedoch die Möglichkeit geben soll, die Berechtigung der Inanspruchnahme der Pflegezeit zu überprüfen, können sich aus der unterbliebenen oder verspäteten Vorlage der Bescheinigung arbeitsrechtliche oder auch schadenersatzrechtliche Nachteile für den Arbeitnehmer ergeben. Insbesondere riskiert der Beschäftigte, dass er ohne die Bescheinigung die Berechtigung der Pflegezeit nicht nachweisen kann und sich aufgrund der dann vorliegenden unentschuldigten Fehlzeit einer Kündigung des Arbeitsverhältnisses aussetzt.

**d. Vergütung während der Pflegezeit**

Während der Pflegezeit besteht grundsätzlich kein Anspruch auf Fortzahlung der Vergütung, wenn nicht vertraglich etwas anderes vereinbart wurde. Das Arbeitsverhältnis bleibt während der Dauer der Pflegezeit in seinem Bestand unberührt, die wechselseitigen Hauptpflichten sind jedoch vorübergehend suspendiert. Dementsprechend erhält der Beschäftigte weder Vergütung noch Entgeltfortzahlung im Krankheitsfalle. Die Einnahmefälle der Pflegeperson sollen nach der Vorstellung des Gesetzgebers durch die Weiterleitung des Pflegegeldes an die Pflegeperson kompensiert und diese durch weitergehende

Maßnahmen der Pflegeversicherung (vgl. §§ 44, 44a SGB XI, § 28a SGB III) hinreichend sozial abgesichert werden.

Sonstige Leistungen aus dem Arbeitsverhältnis bleiben dem Beschäftigten insoweit erhalten, als diese allein auf den rechtlichen Bestand des Arbeitsverhältnisses, nicht auf die Erbringung der Arbeitsleistung abstellen. So bleibt etwa der Urlaubsanspruch ungeachtet der Pflegezeit in vollem Umfang erhalten. Auch Sonderzahlungen, die allein die Betriebszugehörigkeit honorieren sollen, können wegen der Pflegezeit nicht gekürzt werden.

### III. Sonderkündigungsschutz aus Anlass der Pflegezeit

Die weitreichendste Rechtsfolge der Inanspruchnahme der Pflegezeit ist der neu geschaffene Sonderkündigungsschutz in § 5 PflegeZG. Danach darf der Arbeitgeber das Beschäftigungsverhältnis von der Ankündigung der Inanspruchnahme bis zur Beendigung der kurzzeitigen Arbeitsverhinderung gemäß § 2 PflegeZG oder der Pflegezeit gemäß § 3 PflegeZG grundsätzlich nicht kündigen.

Mit diesem Kündigungsschutz soll den Beschäftigten die Sorge vor dem Verlust des Arbeitsplatzes genommen und so die Vereinbarkeit von Beruf und Pflege weiter verbessert werden. In Anlehnung an die Situation während der Elternzeit ist während des geschützten Zeitraums jede Kündigung, ordentlich wie außerordentlich, untersagt. Lediglich in besonderen Fällen, etwa bei einer beabsichtigten Betriebsschließung, kann der Arbeitgeber die Zustimmung der zuständigen Verwaltungsbehörde zu der Kündigung einholen.

#### 1. Zeitliche Dauer des Kündigungsschutzes

Der besondere Kündigungsschutz beginnt nicht erst mit der tatsächlichen Inanspruchnahme der Arbeitsfreistellung bzw. Pflegezeit, sondern bereits mit deren (form- und fristgerechten) Ankündigung. Er endet mit der regulären oder vorzeitigen Beendigung der Freistellung / Pflegezeit.

➤ **TIPP** für den Beschäftigten:

Der Beschäftigte sollte zum Nachweis des Kündigungsschutzes die Inanspruchnahme der Arbeitsfreistellung / Pflegezeit daher stets schriftlich abgeben und den Zugang beim Arbeitgeber dokumentieren.

Anders als in § 18 Abs. 1 BEEG für den Kündigungsschutz während der Elternzeit ist im Pflegezeitgesetz keine Frist vorgesehen, ab wann die Pflegezeit *frühestens* geltend gemacht werden kann. Nach dem Wortlaut des Gesetzes kann der Beschäftigte den Sonderkündigungsschutz daher bereits dadurch begründen, dass er die Inanspruchnahme der Pflegezeit zu einem erheblich späteren Zeitraum ankündigt. Damit lässt sich nicht nur eine drohende Kündigung während der Probezeit vermeiden, sondern auch ein langfristiger Kündigungsschutz erreichen. Dieser Kündigungsschutz kann auch zu Lasten anderer Beschäftigter wirken, da besonders kündigungsgeschützte Arbeitnehmer bei betriebsbedingten Kündigungen nicht in die Sozialauswahl einzubeziehen sind.

**BEISPIEL:**

Bei Oma Erna, allein zu Hause lebend, wurde bereits vor längerer Zeit Pflegestufe I festgestellt. Ihr Enkel Ernst hat nach dem Studium eine Tätigkeit als Unternehmensberater begonnen. Noch während der Probezeit zeigt sich der Arbeitgeber mit den Leistungen von Ernst unzufrieden und droht mit Kündigung. Ernst kündigt daraufhin schriftlich an, in 18 Monaten Pflegezeit für die Dauer von vier Wochen in Anspruch zu nehmen.

**BEISPIEL:**

Der Arbeitgeber beabsichtigt, im Rahmen einer Massenentlassung ein Drittel der Belegschaft, mithin 100 Arbeitnehmer zu entlassen. Einen Tag nach der Ankündigung der Maßnahmen in der Betriebsversammlung erhält der Arbeitgeber von nahezu 250 Arbeitnehmern die Ankündigung, in drei Monaten Pflegezeit in Anspruch zu nehmen, um diverse Elternteile zu pflegen. Es handelt sich hierbei in weiten Teilen um Arbeitnehmer, die eine geringe soziale Schutzwürdigkeit aufweisen.

**BEISPIEL:**

Eine Woche bevor der Arbeitnehmer den im Tarifvertrag vorgesehenen Status der ordentlichen Unkündbarkeit erreicht, erfährt er vom Betriebsrat, dass der Arbeitgeber den Ausspruch einer Kündigung beabsichtigt. Spontan erkrankt der Bruder des Arbeitnehmers, der die pflegebedürftige Mutter bislang gepflegt hat, an einer pflegebedingten akuten Depression. Um die Fortsetzung der Pflege zu gewährleisten, beansprucht der Arbeitnehmer eine 10-tägige Freistellung zur Gewährleistung der Pflege.

Um die mit einer derart weitreichenden Einschränkung des Kündigungsrechts verbundene Belastung der Arbeitgeber zu beschränken, wird erwogen, den Kündigungsschutz in Anlehnung an § 18 BEEG frühestens acht Wochen vor Beginn der Pflegefreistellung bzw. Pflegezeit eingreifen zu lassen. Eine derartige Begrenzung des Kündigungsschutzes wäre zwar sachgerecht, lässt sich dem Gesetz jedoch nicht entnehmen, so dass fraglich ist, ob die Rechtsprechung diesem Ansatz folgen wird. Dem Arbeitnehmer wird bei

der Geltendmachung des Sonderkündigungsschutzes dann nur der Einwand des Missbrauchs gemäß § 242 BGB entgegengehalten werden können.

- **TIPP** für den Beschäftigten:  
Wird während der Pflegezeit eine Teilzeittätigkeit gewünscht, hängt der besondere Kündigungsschutz davon ab, dass der Arbeitgeber dieser keine wichtigen betrieblichen Gründe entgegenhalten kann. Soll mit der Pflegezeit daher die Kündigung verhindert werden, sollte zur Minimierung des prozessualen Risikos eine Pflegezeit mit vollständiger Freistellung von der Arbeit beansprucht werden.

## 2. Persönliche Anwendung des Sonderkündigungsschutzes

Der Sonderkündigungsschutz des § 5 PflegeZG erstreckt sich auf alle Beschäftigten im Sinne dieses Gesetzes, mithin auch auf arbeitnehmerähnliche Personen. Diese Einbeziehung selbständiger Unternehmer stellt eine Abkehr von dem bisherigen arbeitsrechtlichen Schutzsystem dar, das bislang ausschließlich Arbeitnehmern besonderen Schutz gegen die einseitige Beendigung des Arbeitsverhältnisses geboten hat. Selbständige profitieren weder von den Regelungen des allgemeinen Kündigungsschutzgesetzes noch von dem Sonderkündigungsschutz, der sich etwa durch Schwangerschaft, Elternzeit, Schwerbehinderung oder (Grund-) Wehrdienst ergibt. Auch Heimarbeiter sind zwar eigenen Kündigungsregeln unterworfen (vgl. § 29 HAG), genießen jedoch ebenfalls keinen Kündigungsschutz nach dem Kündigungsschutzgesetz. Als Pflegepersonen unterfallen jedoch auch sie dem besonderen Kündigungsschutz; nach Ankündigung und während einer Pflegezeit können daher auch Dienst- und Werkverträge mit wirtschaftlich abhängigen selbständigen Unternehmern nicht mehr gekündigt werden.

## IV. Kompensation der Pflegezeit durch (befristete) Ersatzeinstellung

Der Arbeitgeber kann zur Vertretung des Beschäftigten, der eine Freistellung nach § 2 PflegeZG oder eine Pflegezeit nach § 3 PflegeZG in Anspruch nimmt, eine Vertretungskraft einstellen. Das Arbeitsverhältnis dieser Vertretungskraft kann befristet werden, wobei entweder eine kalendermäßig bestimmte oder bestimmbare Zeitbefristung oder eine Zweckbefristung für die Dauer der pflegebedingten Abwesenheit vereinbart werden kann. Eine solche Befristung ist grundsätzlich sachlich gerechtfertigt i.S.v. § 14 Abs. 1 TzBfG.

Endet die Pflegezeit unabhängig von einer Zustimmung des Arbeitgebers gemäß § 4 Abs. 2 Satz 1 PflegeZG vorzeitig, kann der Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis mit der Vertretungskraft mit einer Frist von zwei Wochen kündigen; das Kündigungsschutzgesetz findet in diesem Fall keine Anwendung. Dieses Sonderkündigungsrecht kann allerdings vertraglich ausgeschlossen werden.

➤ **TIPP** für den Arbeitgeber:

Die Vertretungskraft kann sich zwar nicht auf das Kündigungsschutzgesetz berufen. Ein anderweitig bestehender Sonderkündigungsschutz etwa wegen Schwangerschaft, Schwerbehinderung oder Elternzeit ist jedoch auch in diesem Fall zu beachten.

#### IV. Sozialversicherungsrechtliche Situation der Pflegeperson

Während die kurzfristige Freistellung zur Pflege keinen Einfluss auf den sozialversicherungsrechtlichen Status des Beschäftigten hat, endet bei der Inanspruchnahme der vollständigen Pflegezeit die Versicherungspflicht in der Sozialversicherung mit dem Tag vor Beginn der Freistellung, da keine Beschäftigung i.S.d. § 7 SGB IV mehr gegeben ist.

**HINWEIS:**

Der Arbeitgeber muss den Arbeitnehmer demzufolge zum letzten Tag der Beschäftigung vor der Pflegezeit abmelden (Meldegrund 30). Mit dem Tag, an dem der Arbeitnehmer die Beschäftigung wieder aufnimmt, ist dieser wieder anmelden (Meldegrund 13).

Der Pflegende ist während des Freistellungszeitraums entweder beitragsfrei in der Familienversicherung mitversichert oder muss sich selbst kranken- und pflegeversichern. Gemäß § 44 a SGB XI kann ein Anspruch auf Zuschuss zur Kranken- und Pflegeversicherung gegenüber der Pflegekasse geltend gemacht werden. Die Pflegekasse übernimmt zudem die Beiträge zur Rentenversicherung, wenn die pflegende Person regelmäßig nicht mehr als 30 Stunden wöchentlich erwerbstätig tätig ist, § 44 i.V.m. § 19 SGB XI. Der Pflegende ist zudem gemäß dem zum 01.07.2008 neu eingefügten § 26 Abs. 2 lit. b SGB III in der Arbeitslosenversicherung zu versichern. Auch diese Beiträge werden gemäß § 44 a Abs. 2 SGB XI von der Pflegekasse übernommen.

#### V. Fragen?

Haben Sie Fragen zum neuen Pflegezeitgesetz? Wir beantworten Sie gern!