

MELZER & KEMPNER

RECHTSANWÄLTE

Das neue Pflegezeitgesetz

**Vortrag vor dem ver.di
Teamenden-Arbeitskreis Stuttgart
27. Februar 2009**

Rechtsanwalt und Fachanwalt für Arbeitsrecht Uwe Melzer, Forststr. 57, 70176 Stuttgart

Inhalt im Überblick

Das Pflegezeitgesetz - Überblick

- **Anwendungsbereich**
- **Größe des Arbeitgebers**
- **Pflegebedürftigkeit eines nahen Angehörigen**
- **Persönliche Pflege in häuslicher Umgebung**
- **Ankündigungspflicht**
- **Dauer der Pflegezeit**
- **Pflegezeit und Vergütungsanspruch**
- **Sonderkündigungsschutz**
- **Pflegezeit und Erholungsurlaub**
- **Pflegezeit als Befristungsgrund**

Das Pflegezeitgesetz - Überblick

Am 30. Mai 2008 ist das Pflegezeitgesetz in Kraft getreten.

Gemäß dem Gesetz soll Beschäftigten die Möglichkeit eröffnet werden, pflegebedürftige Angehörige in häuslicher Umgebung zu pflegen. Hierzu soll die Vereinbarkeit von Beruf und Familie („familiäre Pflege“) verbessert werden.

Dabei gibt das Gesetz einen Anspruch auf Pflegezeit (§ 3). Hiernach sind Beschäftigte von der Arbeitsleistung vollständig oder teilweise freizustellen, wenn sie einen pflegebedürftigen Angehörigen in häuslicher Umgebung pflegen. Der Anspruch besteht nicht gegenüber Arbeitgebern mit i. d. R. 15 oder weniger Beschäftigten.

- Die Pflegezeit beträgt gemäß § 4 des Gesetzes längstens sechs Monate.
- Darüber hinaus regelt das Gesetz - vergleichbar zum BEEG - einen weitreichenden arbeitsrechtlichen Bestandschutz. Kündigungen sind gemäß § 5 des Gesetzes grundsätzlich ausgeschlossen, wobei eine Kündigung ausnahmsweise in besonderen Fällen für zulässig erklärt werden kann.

<http://www.gesetze-im-internet.de/pflegezsg/>

Anwendungsbereich 1

Persönlich gilt § 3 PflegeZG für "Beschäftigte".
Beschäftigte sind nach der Definition in § 7
PflegeZG Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer,

- die zu ihrer Berufsbildung Beschäftigten,
- arbeitnehmerähnliche Personen,
- Heimarbeiter und die ihnen
Gleichgestellten.

Anwendungsbereich 2

Das PflegeZG definiert den Begriff des Arbeitnehmers nicht, es setzt ihn voraus. Arbeitnehmer ist nach der einheitlichen arbeitsrechtlichen Begriffsbestimmung, wer aufgrund eines privatrechtlichen Vertrags im Dienste eines anderen gegen Entgelt zur Leistung weisungsgebundener, fremdbestimmter Arbeit in persönlicher Abhängigkeit verpflichtet ist.

§ 3 PflegeZG gilt auch für zur Berufsbildung Beschäftigte. Zur Bestimmung dieses Personenkreises kann auf die Definition in § 1 BBiG zurückgegriffen werden. Danach sind Berufsbildung die Berufsausbildungsvorbereitung, die Berufsausbildung, die berufliche Fortbildung (§ 53 ff. BBiG), die berufliche Umschulung (§§ 58 ff. BBiG). Damit gilt das Gesetz für Auszubildende, aber auch für Praktikanten oder Volontäre und Umschüler.

Arbeitnehmerähnliche Beschäftigte sind keine Arbeitnehmer, sondern Selbstständige; ihnen fehlt die für Arbeitnehmer typische persönliche Abhängigkeit. Auch ein auf Basis eines freien Dienst- oder Werkvertrags tätiger Selbstständiger hat damit den ihm durch § 3 Abs. 1 PflegeZG eingeräumten Anspruch auf Pflegezeit.

Größe des Arbeitgebers

Anspruchsgegner der Beschäftigten ist der Arbeitgeber. Dies sind nach § 7 Abs. 2 PflegeZG natürliche und juristische Personen sowie rechtsfähige Personengesellschaften, die Beschäftigte im Sinn des Gesetzes beschäftigen. Für arbeitnehmerähnliche Personen, insbesondere für die in Heimarbeit Beschäftigten und die ihnen Gleichgestellten, tritt an die Stelle des Arbeitgebers der Auftraggeber oder Zwischenmeister, § 7 Abs. 2 S. 2 PflegeZG.

Im Gegensatz zum Recht auf Fernbleiben von der Arbeit (§ 2 Abs. 1 PflegeZG) besteht der Anspruch auf Pflegezeit nur gegenüber Arbeitgebern mit **in der Regel mehr als 15 Beschäftigten**, § 3 Abs. 1 S. 2 PflegeZG.

Pflegebedürftigkeit eines nahen Angehörigen

Pflegebedürftig i. S. d. PflegeZG sind zunächst Personen, die die Voraussetzungen nach den §§ 14, 15 SGB XI erfüllen, § 7 Abs. 4 S. 1 PflegeZG. Danach ist pflegebedürftig, wer 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 oder höherem Maße der Hilfe bedarf. Diese Voraussetzungen erfüllen Personen, bei denen **mindestens Pflegestufe I festgestellt ist** (zu den Stufen der Pflegebedürftigkeit vgl. § 15 Abs. 1 SGB XI).

Die Prüfung, ob die Voraussetzungen der Pflegebedürftigkeit erfüllt sind und welche Stufe der Pflegebedürftigkeit vorliegt, obliegt den Pflegekassen, welche diese durch den Medizinischen Dienst der Krankenversicherung (MDK) erledigen lassen. Das Verfahren zur Feststellung der Pflegebedürftigkeit ist in § 18 SGB XI geregelt.

Der Beschäftigte ist verpflichtet, die Pflegebedürftigkeit des nahen Angehörigen nachzuweisen.

Pflegebedürftigkeit eines nahen Angehörigen

Nahe Angehörige im Sinn, deren häusliche Pflege zur Inanspruchnahme der Pflegezeit berechtigt, sind nach § 7 Abs. 3 PflegeZG

- Großeltern und Eltern,
- Schwiegereltern und Schwiegerkinder,
- Ehegatten, Lebenspartner, Partner einer eheähnlichen Gemeinschaft,
- Geschwister,
- eigene Kinder, Adoptiv- oder Pflegekinder,
- die Kinder, Adoptiv- oder Pflegekinder des Ehegatten oder Lebenspartners,
- Enkelkinder.

Persönliche Pflege in häuslicher Umgebung

Der Anspruch auf Pflegezeit setzt nach § 3 Abs. 1 S. 1 PflegeZG voraus, dass der nahe Angehörige in häuslicher Umgebung "gepflegt" wird. "Pflegebedürftig" ist eine Person, 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 oder höherem Maße der Hilfe bedarf.

Diese Hilfe besteht in der Unterstützung, in der teilweisen oder vollständigen Übernahme der Verrichtungen im Ablauf des täglichen Lebens oder in Beaufsichtigung oder Anleitung mit dem Ziel der eigenständigen Übernahme dieser Verrichtungen.

Die Pflege muss durch den Beschäftigten erfolgen. Die bloße Organisation der durch Dritte auszuführenden Pflege ist nicht ausreichend. Die Inanspruchnahme von Pflegeunterstützung, z. B. durch Dienstleistungen eines ambulanten Pflegedienstes ist allerdings unschädlich.

Die Pflege durch den Beschäftigten muss "in häuslicher Umgebung" erfolgen. Dementsprechend ist auch bei Prüfung der Voraussetzungen des § 3 Abs. 1 PflegeZG von einem relativ weit gefassten Begriff der "häuslichen Umgebung" auszugehen. Häusliche Umgebung ist also auch anzunehmen, wenn die Pflege im Haushalt der Pflegeperson oder einer dritten Person, in einer Altenwohnung oder einem Altenwohnheim, in der ein Mindestmaß an eigenständiger Lebensführung und selbstständiger Wahl der Pflegeform möglich ist, erfolgt. Sofern sich der Pflegebedürftige gewöhnlich in einem Wohnheim für behinderte Menschen oder einer Behinderteneinrichtung aufhält und im planmäßigen und regelmäßigen Abstand (z. B. an den Wochenenden und/oder den Ferien) "zu Hause" gepflegt wird, ist in dieser Zeit eine häusliche Umgebung anzunehmen, selbst wenn die Dauer des Aufenthalts in der Behinderteneinrichtung überwiegt.

Ankündigungspflicht

Wenn ein Beschäftigter Pflegezeit in Anspruch nehmen möchte, muss er dies schriftlich ankündigen. D. h., die Ankündigung muss vom Beschäftigten eigenhändig unterschrieben sein, § 126 BGB. Eine Ankündigung per Telefax oder E-Mail genügt nicht.

Die schriftliche Ankündigung muss mindestens zehn Arbeitstage vor dem gewünschten Beginn der Pflegezeit erfolgen. Für die Fristwahrung entscheidend ist der Zugang der Ankündigung beim Arbeitgeber. Eine Höchstfrist innerhalb der der Beschäftigte die Absicht zur Inanspruchnahme frühestens mitteilen darf, ist im Gesetz nicht vorgesehen. Denkbar wäre z. B. der Extremfall, dass der Beschäftigte am ersten Tag des Arbeitsverhältnisses seinem Arbeitgeber mitteilt, dass er beabsichtigt, in einem Jahr Pflegezeit in Anspruch zu nehmen. In der schriftlichen Ankündigung muss der Beschäftigte erklären, **für welchen Zeitraum** er Pflegezeit in Anspruch nehmen will; außerdem, ob er während der Pflegezeit **vollständig oder nur teilweise** von der Arbeitspflicht befreit werden will, § 3 Abs. 3 S. 1 PflegeZG. Beansprucht der Beschäftigte (nur) eine teilweise Befreiung von der Arbeitspflicht, muss er in der Ankündigung neben dem gewünschten Umfang der Befreiung auch die **gewünschte Verteilung** der verbleibenden Arbeitszeit angeben, § 3 Abs. 3 S. 2 PflegeZG.

Die Ankündigung der Pflegezeit ist ein einseitiges Gestaltungsrecht des Beschäftigten. Es bedarf für die Inanspruchnahme keiner Zustimmung des Arbeitgebers. Der Arbeitgeber kann einer vollständigen Freistellung von der Arbeit während der Pflegezeit - wie bei der Elternzeit - insbesondere auch keine betrieblichen Gründe entgegen halten.

Dauer der Pflegezeit

Der Anspruch auf Pflegezeit besteht für **höchstens sechs Monate**, § 4 Abs. 1 S. 1 PflegeZG, und zwar **für jeden pflegebedürftigen nahen Angehörigen**.

Es ist nicht erforderlich, dass bei der (ersten) Ankündigung der Höchstzeitraum von sechs Monaten geltend gemacht wird. Der Beschäftigte kann selbst bestimmen, für welchen Zeitraum er Pflegezeit in Anspruch nehmen will. Die **Verlängerung** bis zur Höchstdauer ist dann allerdings nur noch mit **Zustimmung des Arbeitgebers** möglich, § 4 Abs. 1 S. 2 PflegeZG.

Unter welchen Voraussetzungen der Arbeitgeber die Zustimmung erteilen muss oder verweigern darf, ist im Gesetz nicht geregelt. Insoweit gilt § 315 BGB, d. h. der Arbeitgeber muss seine Entscheidung nach billigem Ermessen treffen.

Einen **Anspruch auf Verlängerung** hat der Beschäftigte allerdings, wenn ein vorgesehener Wechsel in der Person des Pflegenden aus einem wichtigen Grund nicht erfolgen kann. Darlegungs- und beweispflichtig sowohl für die ursprüngliche Absicht des Wechsels in der Person des Pflegenden als auch für den (nachträglich) eingetretenen wichtigen Grund, der den Wechsel unmöglich gemacht hat, ist der Beschäftigte. Ein wichtiger Grund liegt zum Beispiel vor, wenn die Person, die die Pflege übernehmen sollte, selbst schwer erkrankt

Dauer der Pflegezeit - Vorzeitige Beendigung

Das PflegeZG sieht eine Beendigung der Pflegezeit bereits vor Ablauf des ursprünglich geltend gemachten Zeitraums für zwei Fälle vor, nämlich wenn

- der nahe Angehörige nicht mehr pflegebedürftig oder
- die häusliche Pflege des nahen Angehörigen unmöglich oder unzumutbar geworden ist.

Der Beschäftigte ist verpflichtet, den Arbeitgeber unverzüglich, d. h. ohne schuldhaftes Zögern, über die veränderten Umstände zu informieren, § 4 Abs. 2 S. 2 PflegeZG.

Eine bestimmte Form für die Unterrichtung des Arbeitgebers sieht das Gesetz nicht vor. Diese kann also z. B. telefonisch, mündlich, per Fax oder E-Mail, natürlich auch schriftlich erfolgen. Kommt der Beschäftigte seiner Mitteilungspflicht nicht nach, ändert sich an der vorzeitigen Beendigung der Pflegezeit nichts; diese tritt kraft Gesetzes ein.

Pflegezeit

Der Beschäftigte kann vom Arbeitgeber - anstelle einer vollständigen Freistellung - auch eine lediglich **teilweise Freistellung von der Arbeitsleistung** verlangen. Bei einer teilweisen Freistellung muss er mit der Ankündigung der Pflegezeit auch die gewünschte Verteilung der Arbeitszeit angeben.

Nimmt der Beschäftigte nur eine teilweise Freistellung in Anspruch, sieht das PflegeZG vor, dass Arbeitgeber und Beschäftigter eine **schriftliche Vereinbarung über die Verringerung und die Verteilung der Arbeitszeit** zu treffen haben.

Der Arbeitgeber hat den (Teilzeit-)Wünschen des Beschäftigten zu entsprechen, es sei denn, "**dringende betriebliche Belange**" stehen entgegen, § 3 Abs. 4 PflegeZG. Die Regelung ist insoweit dem Bundeselterngeld- und Elternzeitgesetz nachgebildet.

Dringende betriebliche Gründe sollen dem grundsätzlich bestehenden Anspruch auf Pflegezeit nur im Ausnahmefall entgegenstehen. Der Arbeitgeber kann eine Reduzierung der Arbeitszeit zur Pflege von nahen Angehörigen nur ablehnen, wenn sich die Teilzeitarbeit in keiner Weise mit den betrieblichen Belangen in Übereinstimmung bringen lässt.

Pflegezeit und Vergütungsanspruch

Der Beschäftigte, der Pflegezeit in Anspruch nimmt, hat nach dem PflegeZG **keinen Anspruch auf Fortzahlung der Vergütung**. Etwas anderes gilt allerdings nur für den Fall, dass der Beschäftigte lediglich eine teilweise Freistellung beansprucht, also während der Pflegezeit in Teilzeit weiter arbeitet. Hier erhält er das Arbeitsentgelt mindestens in dem Umfang weiter, der dem Anteil seiner Arbeitszeit an der Arbeitszeit vor der Pflegezeit entspricht.

Nach § 616 BGB behält der Arbeitnehmer seinen Anspruch auf Arbeitsentgelt für den Fall, dass er für eine verhältnismäßig nicht erhebliche Zeit durch einen in seiner Person liegenden Grund ohne sein Verschulden seine Arbeitsleistung nicht erbringen kann. § 616 BGB regelt die Fortzahlung der Vergütung für Arbeitnehmer und (freie) Dienstnehmer für die Fälle der Arbeitsverhinderung ohne Krankheit. Die Vorschrift normiert eine Ausnahme von dem Grundsatz: "Ohne Arbeit keinen Lohn". Eine anerkannte Fallkonstellation, in der § 616 BGB eingreift, ist zwar die Pflege erkrankter Angehöriger. Voraussetzung für die Entstehung des Anspruchs ist aber die Verhinderung für einen unerheblichen Zeitraum. Dies sind regelmäßig lediglich wenige Tage. Dauert die Verhinderung eine erhebliche Zeit, so verliert der Arbeitnehmer den Vergütungsanspruch insgesamt, d. h. auch für den nicht erheblichen Zeitraum

Sonderkündigungsschutz 1

Von der Ankündigung bis zur Beendigung der Pflegezeit genießt der Beschäftigte **absoluten Sonderkündigungsschutz**. Der Arbeitgeber darf das Arbeitsverhältnis also ab Zugang der Ankündigung nicht mehr kündigen, § 5 Abs. 1 PflegeZG . Dem jeweiligen Beschäftigten soll dadurch die Sorge vor dem Verlust des Arbeitsplatzes genommen werden . Das Kündigungsverbot gilt sowohl für den Ausspruch einer ordentlichen als auch den Ausspruch einer außerordentlichen, fristlosen Kündigung. Es differenziert auch nicht nach dem Kündigungsgrund; d. h. es gilt sowohl für betriebsbedingte als auch personen- und verhaltensbedingte Kündigungen.

In Anlehnung an § 18 BEEG kann die für den Arbeitsschutz zuständige oberste Landesbehörde oder die von ihr bestimmte Stelle eine **Kündigung ausnahmsweise für zulässig erklären**, § 5 Abs. 2 PflegeZG.

Sonderkündigungsschutz 2

Eine **Höchstfrist**, bis zu der der Beschäftigte die beabsichtigte Pflegezeit maximal vorher ankündigen darf, sieht das PflegeZG **nicht** vor. Dies ist eine erhebliche Abweichung von § 18 Abs. 1 BEEG, wonach der Sonderkündigungsschutz des (künftigen) Elternzeiters mit Zugang des Elternzeitverlangens, höchstens jedoch acht Wochen vor Beginn der Elternzeit besteht. Es ist also durchaus denkbar, dass ein Beschäftigter - mit dem Hinweis auf die damit verbundenen besseren Dispositionsmöglichkeiten des Arbeitgebers - die beabsichtigte Pflegezeit mehrere Monate im Voraus ankündigt. Eine Grenze bilden hier allenfalls die **Grundsätze von Treu und Glauben**; d. h. der Sonderkündigungsschutz besteht dann nicht, wenn die frühzeitige Ankündigung der beabsichtigten Pflegezeit treuwidrig wäre.

Das PflegeZG sieht für das Eingreifen des Sonderkündigungsschutzes **keine Wartezeit** vor. Möglich ist dieser also ab dem ersten Tag des Bestehens des Arbeitsverhältnisses. **Dass das KSchG in den ersten sechs Monaten des Bestehens des Arbeitsverhältnisses nicht gilt, ist unerheblich.** Auch die unter den Beschäftigtenbegriff des Pflegezeitgesetzes fallenden arbeitnehmerähnlichen Personen erhalten (erstmal im Bereich des deutschen Arbeitsrechts) Sonderkündigungsschutz mit der Folge, dass dem Auftraggeber das wirtschaftliche Risiko für den Eintritt eines Pflegefalls in der Familie eines wirtschaftlich abhängigen Selbstständigen angelastet wird.

Sonderkündigungsschutz 3 - Beispiel

Der Arbeitnehmer kündigt im Januar des Jahres an, dass wir vom 1. August bis 31. Dezember Pflegezeit in Anspruch nehmen werde. In dieser Zeit fänden in dem Pflegeheim, in dem sich ihr Vater befinde, größere Renovierungs-, Umbau- und Erweiterungsmaßnahmen statt. Die damit verbundenen Beeinträchtigungen wolle er seinem Vater nicht zumuten, weshalb der sich entschlossen habe, ihn in dieser Zeit bei sich zuhause selbst zu pflegen und zu versorgen. Der Arbeitgeber plant wegen einer Betriebsänderung im März einen Personalabbau in der Abteilung, in welcher der Arbeitnehmer arbeitet.

Mit dem Zugang der Ankündigung bis zur Beendigung der Pflegezeit hat der Arbeitnehmer allerdings Sonderkündigungsschutz. Eine Kündigung wäre nur möglich, wenn der Arbeitgeber zuvor deren Zulässigerklärung bei der nach den landesrechtlichen Regelungen zuständigen Arbeitsschutzbehörde nach § 5 Abs. 2 PflegeZG beantragt.

Pflegezeit und Erholungsurlaub

Der gesetzliche Urlaubsanspruch nach § 1 BUrlG besteht grundsätzlich unabhängig davon, ob der Arbeitnehmer tatsächlich gearbeitet hat. Eine **anteilige** Reduzierung des Urlaubsanspruchs entsprechend der Dauer der Pflegezeit sieht das PflegeZG - anders als § 17 BEEG für die Dauer einer Elternzeit - nicht vor. Eine analoge Anwendung von § 17 BEEG scheidet aus. Eine Reduzierung ist damit nicht **möglich**.

Befindet sich der Arbeitnehmer im Erholungsurlaub und möchte er bereits während des Urlaubs bereits Pflegezeit in Anspruch nehmen, hat dies auf den gewährten Urlaub keinen Einfluss. Insbesondere enthält das PflegeZG keine Regelung, wonach Tage der Pflegezeit nicht auf den Urlaub angerechnet werden.

Die Inanspruchnahme von Pflegezeit beeinflusst den Verfall des Anspruchs auf Erholungsurlaub nicht. Nimmt ein Arbeitnehmer z. B. vom 1. Oktober bis zum 31. März des Folgejahres für sechs Monate Pflegezeit in Anspruch, verfällt eventuell noch vorhandener Resturlaub mit Ablauf des 31. März nach den Regelungen des BUrlG.

Pflegezeit als Befristungsgrund

Die Vertretung eines Beschäftigten in Pflegezeit gilt nach § 6 PflegeZG als **Sachgrund für eine Befristung** des Arbeitsverhältnisses mit einer Ersatzkraft. Der Sachgrund erstreckt sich dabei über die bloße Dauer der Pflegezeit hinaus auch auf eine eventuell notwendige zusätzliche Einarbeitungszeit.

Endet die Pflegezeit vorzeitig, kann der Arbeitgeber das befristete Arbeitsverhältnis mit der Vertretungskraft - in Abweichung von § 622 BGB - unter Einhaltung einer Frist von zwei Wochen kündigen. Das KSchG gilt in diesen Fällen nicht, § 6 Abs. 3 S. 2 PflegeZG; d. h. eine Prüfung der Sozialwidrigkeit der Kündigung findet nicht statt.

Wird für den Beschäftigten in Pflegezeit eine Ersatzkraft eingestellt, zählt der Beschäftigte in Pflegezeit für etwaige gesetzliche Schwellenwerte nicht. Dadurch soll verhindert werden, dass es zu einer Doppelzählung von einem Beschäftigten in Pflegezeit und einer Ersatzkraft kommt[2]. Insoweit entspricht § 7 Abs. 4 PflegeZG der Regelung in § 21 Abs. 7 BEEG.

**Vielen Dank
für die Aufmerksamkeit!!!**