

Prof. Dr. Gregor Thüsing, LL.M. (Harvard)

Der Entwurf eines Gesetzes zur besseren Vereinbarkeit von Familie, Pflege und Beruf

I. Vereinbarkeit von Familie und Beruf: Eine gesamtgesellschaftliche Herausforderung¹

1. Das Ziel ist klar

„Das weibliche Talent ist unentbehrlich in allen Ausdrucksformen des Gesellschaftslebens; aus diesem Grund muss die Gegenwart der Frauen auch im Bereich der Arbeit garantiert werden.“² Man mag es anders formulieren, man mag andere Stimmen zitieren³, aber diese Forderung ist richtig – und dies nicht nur aus ökonomischen Gründen. Die Familie ist Keimzelle gesellschaftlicher Organisation. Sie wird nicht aus Verpflichtung, sondern aus Wunsch gegründet und entspricht dabei einem urmenschlichen Bedürfnis: Der Mensch ist auf Gemeinschaft hingeordnet, er bedarf von klein auf der Zuwendung, wie er auch von klein auf das Bedürfnis hat, sich dem Gegenüber zuzuwenden. Keine Gesellschaft besteht daher ohne familiäre Bindungen. Familie ist aber nicht nur emotionale Gemeinschaft, sondern eben auch Verantwortungsgemeinschaft. Die wechselseitige Verbundenheit und Gemeinschaft führen zu Solidarität. Die Verantwortung in der Familie wird nicht nur persönlich empfunden; sie wird vielmehr auch gesellschaftlich eingefordert. Dem Recht zur Erziehung der Kinder entspricht die Verpflichtung zur elterlichen Sorge. Ehegatten sind wechselseitig zum Unterhalt berechtigt, aber auch verpflichtet (§ 1360 S. 1 BGB).

Die in der Familie gelebte Verantwortung entspricht damit zunächst dem Wunsch des Einzelnen. Sie ist aber auch Grundlage für gesellschaftliches Gelingen. Das gilt zunächst für die Bereitschaft, familiäre Verantwortung zu übernehmen: Eine Gesellschaft ohne Kinder überaltert und stirbt. Die demographische Entwicklung in Deutschland ist Ursache vielfältiger Herausforderungen. Das gilt dann auch in der gelebten Familie: Die Erziehung der Kinder erfordert elterliches Engagement. Sie kann und muss durch staatliches Handeln erleichtert und unterstützt werden, wobei sie jedoch auch dann unter elterlicher Verantwortung steht. Wie groß die Rolle der Möglichkeiten und des Einsatzes der Eltern in

¹ Dieser einleitende Abschnitt beruht teilweise auf dem 8. Familienbericht der Bundesregierung (BT-Drucks. 17/9000), der vom Autor *Thüsing* mit verfasst wurde.

² *Evangelii Gaudium*, Abschn. 103 unter Bezugnahme auf Päpstlicher Rat für Gerechtigkeit und Frieden, *Kompendium der Soziallehre der Kirche*, Abschn. 295.

³ S. bereits *Emma Ihrer*, die im Jahre 1898 mit ihrer Schrift "Die Arbeiterinnen im Klassenkampf" einen damals wichtigen Beitrag zur sozialistischen Frauenbewegung leistete.

der Erziehung und Bildung ihrer Kinder ist, zeigt sich – es kann nicht laut genug beklagt werden – immer noch daran, wie stark der schulische Erfolg von Kindern vom Bildungsstand ihrer Eltern abhängt.⁴

Bei der Förderung der Vereinbarkeit von Familie und Beruf geht es also um deutlich mehr, als das Humankapital einer Volkswirtschaft auszuschöpfen. Es verwundert daher kaum, dass die Vereinbarkeit von Familie und Beruf stärker im Fokus der Politik steht als ehemals.

2. Der Weg muss noch gefestigt werden

Damit Familie gelingen kann, bedarf es ökonomischer, vor allem aber auch zeitlicher Ressourcen. Die erforderliche Zeit zu finden, ist heute schwieriger geworden als ehemals. Der Wandel der Zeitinstitutionen ist offensichtlich: Der Sonntagsschutz wird durch immer flexiblere Ladenöffnungszeiten in Frage gestellt, die Arbeitszeiten allgemein werden gleitender und fließend.

Dabei ist der Grundkonflikt evident: Arbeitnehmer sind am Arbeitsplatz ihrem Arbeitgeber arbeitsvertraglich verpflichtet, daneben sind sie aber auch Ehegatten, Lebenspartner, Familienväter und -mütter und selbst Kinder ihrer Eltern. Die Verpflichtungen sind nur vereinzelt verrechtlicht⁵; überwiegend sind sie dagegen emotionaler und ethisch-moralischer Natur. Pflichtenkollisionen sind vorprogrammiert: Samstag gehört Vati mir – oder muss er doch dem Arbeitgeber zur Verfügung stehen? In jüngerer Vergangenheit hat der Staat auf das gesamtgesellschaftliche Anliegen der Förderung der Vereinbarkeit von Beruf und Familie reagiert und rechtliche Rahmenbedingungen geschaffen, die familiäre Interessen gezielt berücksichtigen: Eine zentrale Maßnahme war sicherlich das Bundeselterngeld- und Elternzeitgesetz (BEEG), das berufstätigen Eltern einen Anspruch auf Elternzeit einräumt.

Kinder machen indes nicht den einzigen zu berücksichtigenden Betreuungsaufwand innerhalb der Familie aus. In einer alternden Gesellschaft nehmen auch die Aufgaben der Pflege von Angehörigen zu.⁶ In Deutschland sind aktuell rund 2,63 Millionen Menschen pflegebedürftig – Tendenz steigend. Davon werden rund 1,85 Millionen ambulant versorgt und von diesen rund zwei Drittel ausschließlich

⁴ Vgl. hierzu etwa jüngst die OECD-Studie „Bildung auf einen Blick 2014“, abrufbar unter: <http://www.oecd.org/edu/Germany-EAG2014-Country-Note-german.pdf> (Stand: Nov. 2014); s. auch PISA-Studie 2012, abrufbar unter: <http://www.oecd.org/berlin/themen/PISA-2012-Zusammenfassung.pdf> (Stand: Nov. 2014).

⁵ So z.B. in § 1626 Abs. 1 BGB (Elterliche Sorge) oder in § 1353 Abs. 1 BGB (Eheliche Lebensgemeinschaft).

⁶ *Klenner*, Erwartungen von Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern an einen familienfreundlichen Betrieb, in: *Dilger/Gerlach/Schneider* (Hrsg.), *Betriebliche Familienpolitik. Potenziale und Instrumente aus multidisziplinärer Sicht*, 2007, S. 159, 160.

durch Angehörige.⁷ Auch diese Seite gelebter familiärer Verantwortung ist ebenso wie die Kindererziehung eine wichtige Stütze unserer Gesellschaft: Das System der Pflegeversicherung wäre nicht durchführbar ohne den großen Anteil familiärer Pflege. Das Sozialgesetzbuch (SGB) XI kann nicht ersetzen, was Millionen von Familienmitgliedern ohne und außerhalb rechtlicher Rahmenbedingungen leisten. Was im familiären Kontext persönlich empfundener Verantwortung und Verbundenheit entspricht, überträgt die Pflegeversicherung auf das Verhältnis der Generationen zueinander.

3. Ein erster Schritt: das Pflegezeitgesetz

Wollen Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer ihre Eltern oder andere nahe Angehörige pflegen, so erwachsen auch hieraus arbeitsrechtliche Konflikte. Hierauf hat der Gesetzgeber durch das Pflegezeitgesetz⁸ bislang nur unzureichend reagiert: Dieses am 1.7.2008 in Kraft getretene Gesetz räumt Beschäftigten zunächst das Recht ein, bis zu zehn Arbeitstage der Arbeit fernzubleiben, wenn dies erforderlich ist, um für einen pflegebedürftigen nahen Angehörigen in einer akut aufgetretenen Pflegesituation eine bedarfsgerechte Pflege zu organisieren oder eine pflegerische Versorgung in dieser Zeit sicherzustellen (§ 2 PflegeZG). Weiterhin ist es dem Beschäftigten auch möglich, sich für bis zu sechs Monate vollständig oder teilweise von seinen arbeitsvertraglichen Pflichten freistellen zu lassen, wenn er einen pflegebedürftigen nahen Angehörigen in häuslicher Umgebung pflegt (= Pflegezeit, s. §§ 3, 4 PflegeZG).⁹

Ein Pendant zur Elternzeit nach dem Gesetz zum Elterngeld und zur Elternzeit fehlte jedoch zunächst. Eine „Auszeit“ von mehr als sechs Monaten ist dem Arbeitnehmer mit familiären Betreuungsverpflichtungen nach dem Pflegezeitgesetz nicht möglich.

⁷ BT-Drucks. 18/3124, S. 1; BR-Drucks. 463/14, S. 1.

⁸ Gesetz über die Pflegezeit vom 28. Mai 2008, BGBl. I S. 874, 896.

⁹ Freilich nur bei einem Arbeitgeber mit regelmäßig mehr als 15 Beschäftigten, s. § 3 Abs. 1 S. 2 PflegeZG.

II. Familienpflegezeit als Fortschritt

Hier wurde ein erster Versuch der Abhilfe durch das Gesetz über die Familienpflegezeit¹⁰ (FPfZG) geschaffen. Familienpflegezeit ist danach eine „förderfähige Verringerung der Arbeitszeit von Beschäftigten, die einen pflegebedürftigen nahen Angehörigen in häuslicher Umgebung pflegen, für die Dauer von längstens 24 Monaten bei gleichzeitiger Aufstockung des Arbeitsentgelts durch den Arbeitgeber“ (§ 2 Abs. 1 FPfZG).

Das FPfZG ist nunmehr seit 1.1.2012 in Kraft und eröffnet pflegenden Angehörigen die Möglichkeit, in einem Zeitraum von zwei Jahren mit reduzierter Stundenzahl (auf bis zu 15 Stunden, § 1 Abs. 1 S. 2 FPfZG) im Beruf weiter zu arbeiten. Es setzt für Arbeitgeber einen Anreiz, durch einen Entgeltvorschuss das Einkommen von Beschäftigten aufzustocken, die wegen der Pflege eines nahen Angehörigen für einen Zeitraum von maximal 24 Monaten ihre Arbeitszeit reduzieren. Dadurch wird das Einkommen nur halb so stark reduziert wie die Arbeitszeit. Wenn beispielsweise Vollzeitbeschäftigte ihre Arbeitszeit von 40 auf 20 Wochenstunden verringern, um Angehörige zu pflegen, erhalten sie ein Gehalt von 75 Prozent des letzten Bruttoeinkommens.¹¹ Die Aufstockung erfolgt entweder durch die Entnahme von Arbeitsentgelt aus einem Wertguthaben (§ 7b SGB IV) oder von Arbeitszeit aus einem Arbeitszeitguthaben (§ 116 SGB IV). Zum Ausgleich des Wert- oder Arbeitszeitguthabens muss der Arbeitnehmer nach Beendigung der Familienpflegezeit wieder Vollzeit arbeiten, erhält dann aber zunächst weiterhin nur 75 Prozent des Gehalts – so lange, bis die durch den Vorschuss vorab vergütete Arbeitszeit nachgearbeitet ist (sog. Nachpflegephase, § 3 Abs. 1 Nr. 1 lit. c FPfZG).

Der Arbeitgeber kann den Vorschuss durch ein zinsloses Darlehen des Bundesamts für Familie und zivilgesellschaftliche Aufgaben finanzieren (§ 3 Abs. 1 FPfZG). Das Ausfallrisiko, das durch Tod oder Erwerbsunfähigkeit der Pflegeperson entstehen kann, ist durch eine vom Bundesamt für Familie und zivilgesellschaftliche Aufgaben zertifizierte Familienpflegezeitversicherung abzudecken (§§ 4, 11 FPfZG). Flankiert wird diese Förderung durch einen Sonderkündigungsschutz: Gem. § 9 Abs. 3 S. 1 FPfZG darf der Arbeitgeber das Beschäftigungsverhältnis während der Inanspruchnahme der Familienpflegezeit und der Nachpflegephase grundsätzlich nicht kündigen.

¹⁰ Gesetz über die Familienpflegezeit vom 6. Dezember 2011, BGBl. I S. 2564; vgl. hierzu zusammenfassend *Glatzel*, NJW 2012, 1175; *Barkow von Creytz*, DStR 2012, 191; *Göttling/Neumann*, NZA 2012, 119.

¹¹ <http://www.bmfsfj.de/BMFSFJ/aeltere-menschen,did=183784.html> (Stand: Nov. 2014).

III. Weitere Verbesserungen durch den Entwurf eines Gesetzes zur besseren Vereinbarkeit von Familie, Pflege und Beruf: das Reformvorhaben im Überblick

Freilich ist ein einklagbarer Rechtsanspruch auf Familienpflegezeit gegenüber dem Arbeitgeber bislang nicht gegeben.¹² Diese Einschränkung sowie die zahlreichen gesetzessystematischen Defizite und die Schwierigkeiten bei der Umsetzung der bürokratisch ausgestalteten Familienpflegezeit konnten aus familienpolitischer Sicht nicht befriedigen¹³ – und so ist es gut, dass die Koalitionsparteien sich auf die Fortentwicklung zu einem echten einklagbaren Anspruch für die Beschäftigten geeinigt haben.¹⁴

Dieses Vorhaben soll nun umgesetzt werden. Der Entwurf eines Gesetzes zur besseren Vereinbarkeit von Familie, Pflege und Beruf¹⁵ beseitigt eine Reihe von Defiziten des bisherigen FPfZG:

- Kern der Reform ist sicherlich die Einführung eines Rechtsanspruchs auf Familienpflegezeit. Nach § 2 Abs. 1 S. 1, 4 FPfZG-E sind Beschäftigte von Arbeitgebern mit in der Regel mehr als 15 Beschäftigten für längstens 24 Monate von der Arbeitsleistung teilweise freizustellen. PflegeZG und FPfZG bleiben dabei nebeneinander bestehen, werden aber miteinander verzahnt. Die Dauer der Reduzierung der Arbeitszeit kann (auch bei Kombination beider Ansprüche) insgesamt maximal 24 Monate betragen.¹⁶
- Die Geltendmachung des Anspruchs auf Familienpflegezeit muss dem Arbeitgeber lediglich acht Wochen vor dem gewünschten Beginn schriftlich angekündigt werden (§ 2a Abs. 1 S. 1 FPfZG-E). Das bisherige Vereinbarungserfordernis nach § 3 FPfZG entfällt zwar nicht vollständig, es beschränkt sich allerdings auf die Verringerung und Verteilung der Arbeitszeit (§ 2a Abs. 2 S. 1 FPfZG-E). Dabei muss der Arbeitgeber grundsätzlich den Wünschen des Beschäftigten entsprechen, es sei denn, dass dringende betriebliche Gründe entgegenstehen (§ 2a Abs. 2 S. 2 FPfZG-E).
- Beschäftigte, die Familienpflegezeit in Anspruch nehmen, haben zugleich einen Anspruch auf finanzielle Förderung durch ein zinsloses Darlehen, um so die mit der Teilzeitarbeit

¹² Vgl. *Göttling/Neumann*, NZA 2012, 119, 120: In dem am 20.10.2011 verabschiedeten Gesetzesentwurf der Bundesregierung (BT-Drucks. 17/6000) war der Anspruch auf Abschluss eines Vertrages nach dem Familienpflegezeitgesetz entfallen. In Anlehnung an das Altersteilzeitgesetz sollten die Arbeitgeber nicht zur Familienpflegezeit gezwungen werden können.

¹³ Vgl. die treffende Kritik bei *Göttling/Neumann*, NZA 2012, 119, 126 f.; ferner *Glatzel*, NJW 2012, 1175, 1179 f.

¹⁴ Deutschlands Zukunft gestalten – Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD, abrufbar unter <http://www.cdu.de/koalitionsvertrag> (Stand: Nov. 2014): „Wer einen anderen Menschen pflegt, braucht dafür Zeit und muss die Pflege mit dem Beruf vereinbaren können. Wir werden die Möglichkeiten des Pflegezeit- und Familienpflegezeitgesetzes unter einem Dach mit Rechtsanspruch zusammenführen und weiterentwickeln, um die Vereinbarkeit von Pflege und Beruf besser zu unterstützen“ (S. 84).

¹⁵ BT-Drucks. 18/3124; BR-Drucks. 463/14.

¹⁶ BT-Drucks. 18/3124, S. 29.

verbundene Gehaltsreduzierung abmildern zu können (§§ 3 ff. FPfZG-E). Die bisherige Regelung zu Wertguthaben und Arbeitszeitguthaben wird damit durch Direktdarlehen ergänzt¹⁷, sodass eine weniger bürokratische Umsetzung der Familienpflegezeit möglich ist. Die Rückzahlung des Darlehens muss innerhalb von 48 Monaten nach Beginn der Freistellung erfolgen, wobei die erste Rate grundsätzlich im Monat nach Ende der Förderung der Freistellung zu leisten ist (§ 6 Abs. 1, 2 FPfZG-E).

- Nicht nur die Familienpflegezeit wird reformiert, sondern auch die Pflegezeit wird ausgebaut. Zunächst wird – für Familienpflegezeit und Pflegezeit gleichermaßen – der Kreis der nahen Angehörigen erweitert, indem nun auch Schwägerinnen und Schwager, Stiefeltern sowie Partner aus lebenspartnerschaftsähnlichen Gemeinschaften gepflegt werden können.¹⁸ Außerdem ist eine Erweiterung des Anspruchs auf Pflegezeit zur Begleitung von nahen Angehörigen in der letzten Lebensphase vorgesehen (§ 3 Abs. 6 PflegeZG-E). Dieser Anspruch erfordert zudem keine Pflege in häuslicher Umgebung.
- Ferner soll eine Pflege in außerhäuslichen Einrichtungen künftig auch zur Betreuung pflegebedürftiger minderjähriger Kinder ermöglicht werden (§ 3 Abs. 5 PflegeZG-E sowie § 2 Abs. 5 FPfZG-E).
- Eine weitere wichtige Änderung des Gesetzesentwurfs liegt darin, dass ein Pflegeunterstützungsgeld nun auch als Lohnersatzleistung für die bis zu zehntägige Auszeit nach § 2 PflegeZG eingeführt werden soll (§ 44a Abs. 3-7 SGB XI-E). Dadurch wird der Anspruch auf kurzzeitige Arbeitsfreistellung nach § 2 PflegeZG wesentlich gestärkt, war dieser doch bislang nicht zwingend mit einer Entgeltfortzahlung verbunden.¹⁹ Das Pflegeunterstützungsgeld folgt in seiner Leistungsbemessung dem Kinderkrankengeld gem. § 45 SGB V. Im Zuge der Neuregelung der Berechnung von Kinderkrankengeld wird für die Bemessung der Beiträge zur Arbeitsförderung auf das während der Freistellung ausgefallene, laufende Arbeitsentgelt abgestellt.
- Schließlich wird beim BMFSFJ ein unabhängiger „Beirat für die Vereinbarkeit von Pflege und Beruf“ mit 21 Mitgliedern geschaffen (§ 14 FPfZG-E). Dieses Gremium erfüllt eine beratende Funktion, Themen kann es selbst setzen oder aber durch das BMFSFJ vorgegeben bekommen. Alle vier Jahre muss der Beirat einen Bericht mit Handlungsempfehlungen vorlegen.

¹⁷ BR-Drucks. 463/14, S. 25.

¹⁸ Umgesetzt wird dies durch eine entsprechende Änderung von § 7 Abs. 3 PflegeZG, auf den im Familienpflegezeitgesetz verwiesen wird, § 2 Abs. 3 FPfZG-E.

¹⁹ Nach § 2 Abs. 3 PflegeZG ist der Arbeitgeber nur zur Fortzahlung der Vergütung verpflichtet, „soweit sich eine solche Verpflichtung aus anderen gesetzlichen Vorschriften oder auf Grund einer Vereinbarung ergibt.“ Ein Anspruch auf Lohnfortzahlung kann insbesondere im Falle des § 616 BGB bestehen, der jedoch an engere Voraussetzungen geknüpft ist als der Anspruch nach § 2 Abs. 1 PflegeZG, vgl. *Joussen*, in: BeckOK ArbR, Stand: 01.09.2014, § 2 PflegeZG Rn. 15 ff.

IV. Offene Fragen und Nachbesserungsbedarf im Detail

Auch wenn somit die Reform viele wichtige Schritte in die richtige Richtung beinhaltet, so sollte doch an einigen Stellen noch einmal nachgebessert werden.

1. Gesetzesästhetik und -systematik

Schon zur bisherigen Fassung von PflegeZG und FPfZG kritisierten *Göttling* und *Neumann* zu Recht, man solle doch „die Paragraphen und Absätze so ordnen, dass erst die Begriffe und dann deren Anwendung erläutert werden; auch wären mehrere einfache Sätze statt eines verschlungenen Schachtel(ab)satzes (wie z. B. in § 9 Abs. 2 FPfZG) hilfreich.“ Man wird leider kaum sagen können, dass in dieser Hinsicht wesentliche Verbesserungen erzielt wurden. Im Gegenteil: Auch in den neuen Vorschriften findet sich schwer verdauliche Kost.²⁰

Im Hinblick auf die Systematik bestehen handwerkliche Defizite, so etwa bei der Definition des Begriffs der nahen Angehörigen. Die aktuelle Fassung des § 7 Abs. 3 PflegeZG lautet:

„Nahe Angehörige im Sinne dieses Gesetzes sind

- 1. Großeltern, Eltern, Schwiegereltern,*
- 2. Ehegatten, Lebenspartner, Partner einer eheähnlichen Gemeinschaft, Geschwister,*
- 3. Kinder, Adoptiv- oder Pflegekinder, die Kinder, Adoptiv- oder Pflegekinder des Ehegatten oder Lebenspartners, Schwiegerkinder und Enkelkinder.“*

Abgesehen davon, dass es aus guten Gründen unüblich ist, eine für den Anwendungsbereich eines Gesetzes elementare Begriffsbestimmung eher am Ende des Gesetzes zu verstecken, so ist diese Regelung auch hinsichtlich der systematischen Stellung der Lebenspartner irreführend. Dadurch, dass diese in Nr. 2 und Nr. 3 jeweils aufgeführt werden, wird suggeriert, dass *e contrario* kein Anspruch auf Pflege der in Nr. 1 genannten nahen Angehörigen eines Lebenspartners besteht. Dies wird durch den Reformvorschlag nicht beseitigt, sondern durch Einfügen der „lebenspartnerschaftsähnlichen Gemeinschaft“ in Nr. 2 verschlimmert. Dies scheint deutlich zu machen, dass bisher keine Gleichstellung von Lebenspartnerschaft und Ehe gewollt war und wirft weiterhin die Frage auf, ob auch für die Pflege der Schwiegereltern (Nr. 1) durch den jeweiligen Lebenspartner Pflegezeit beansprucht

²⁰ So etwa §§ 2a Abs. 1, 3 Abs. 3 FPfZG –E, 3 Abs. 3 PflegeZG-E.

werden kann. Dies sollte indes schon aufgrund einer verfassungskonformen Auslegung im Lichte von Art. 3 Abs. 1 GG gewährleistet sein. Außerdem spricht hierfür die Regelung des § 11 Abs. 1, Abs. 2 S. 1 LPartG. Gleichwohl verbleiben Restzweifel. Es empfiehlt sich daher eine Neuformulierung von § 7 Abs. 3 PflegeZG, bei der die geschützten verwandten und verschwägerten Personen aufgezählt werden und dann ein nachfolgender Satz angefügt wird: „Für Lebenspartner gilt der – *vorstehende Satz* – entsprechend.“ Diese Regelungstechnik hat sich in anderen Gesetzen bewährt. Sie hätte außerdem den Charme, dass man sich das Wort „lebenspartnerschaftsähnliche Gemeinschaft“ sparen könnte.

Von solchen kleineren Monita abgesehen wäre es lohnenswert, noch einmal grundlegend über eine einheitliche Kodifikation nachzudenken, denn die strukturellen Unterschiede, die bislang zwischen Pflegezeit und Familienpflegezeit bestanden, werden durch die avisierte Reform weitestgehend beseitigt. Durch eine einheitliche Regelung von Pflegezeit und Familienpflegezeit könnte sich der Gesetzgeber die umständliche Verweisungstechnik (§ 2 Abs. 3 FPfZG-E) sparen.

2. Kombination und Aneinanderreihung von Pflegezeit und Familienpflegezeit

Die teils verwirrende Systematik sollte zudem nicht allein aus ästhetischen Gründen noch einmal entflochten werden, sondern auch zur Vermeidung von absehbaren Auslegungsschwierigkeiten. Problematisch ist etwa das Verhältnis der verschiedenen Ansprüche zueinander.

Im Ausgangspunkt ist der Entwurf zwar zunächst eindeutig: Es besteht ein Anspruch auf Pflegezeit für längstens 6 Monate (§ 4 Abs. 1 S. 1 PflegeZG); zusätzlich oder stattdessen besteht ein Anspruch auf Familienpflegezeit, insgesamt können aber nicht mehr als 24 Monate durch den Beschäftigten verlangt werden. Im Ergebnis besteht also ein kombinierter Anspruch: Jeder Beschäftigte hat ein Recht auf insgesamt 24 Monate Pflegezeit und Familienpflegezeit, davon jedoch nur maximal 6 Monate vollständige Befreiung, im Übrigen Teilzeit. Diese zeitliche Beschränkung ist umständlich in § 2 Abs. 1 S. 1 und Abs. 2 FPfZG-E sowie § 4 PflegeZG-E geregelt; Abs. 2 dürfte hier wohl ausreichen.

Sind manche Sätze eher redundant, so wäre andernorts die ein oder andere Klarstellung wünschenswert. Dem Wortlaut nach erfasst die Höchstgrenze in § 2 Abs. 2 FPfZG-E „Pflegezeit und Familienpflegezeit“. Diese beiden Begriffe sind in § 3 Abs. 1 S. 1 PflegeZG und § 2 Abs. 1 S. 1 FPfZG-E legaldefiniert. Nicht erfasst sind damit auf den ersten Blick die kurzzeitige Arbeitsverhinderung (§ 2 Abs. 1 PflegeZG), der Anspruch auf außerhäusliche Pflege von Minderjährigen (§ 3 Abs. 5 PflegeZG-E, § 2 Abs. 5 FPfZG-E) sowie der Anspruch auf Begleitung in der letzten Lebensphase (§ 3 Abs. 6 PflegeZG-E). Im Hinblick auf die kurzzeitige Arbeitsverhinderung dürfte dies auch gewollt sein, nicht aber bei den

anderen Ansprüchen, denn nach der vorgeschlagenen Regelung soll eine entsprechende Klarstellung in einem neuen § 4 Abs. 3 PflegeZG erfolgen. Diese recht verwirrende Systematik macht erneut deutlich, dass vermutlich eine Regelung in einem einheitlichen Gesetz vielleicht sinnvoller wäre.

Außerdem stellt sich aus rechtspolitischer Sicht die Frage, ob eine Anrechnung beim Anspruch auf Begleitung in der letzten Lebensphase (§ 3 Abs. 6 PflegeZG-E) wirklich zumutbar ist. Dies würde bedeuten, dass nach längerer Pflege eines kranken Angehörigen über beispielsweise 23 Monate eine Begleitung im Sterbeprozess nach einem Monat abgebrochen werden müsste. Dies sollte geändert werden, denn die Ermöglichung einer Sterbebegleitung durch nahe Angehörige ist ein derart gewichtiges Anliegen, dass im Einzelfall auch eine – naturgemäß zeitlich nicht allzu lange – weitere Pflegezeit eingeräumt werden sollte.

Andererseits sollte überdacht werden, ob die zeitliche Begrenzung für jeden Pflegefall neu laufen soll, ob also beispielsweise erst der Vater für 24 Monate gepflegt werden darf und dann die Mutter. Dies wurde bereits zur aktuell geltenden Fassung des PflegeZG diskutiert. Die herrschende Lehre bejaht hier zu Recht die Möglichkeit einer „Ketten-Pflegezeit“.²¹ Falls eine solche Aneinanderreihung möglich ist – wofür auch bei der Neuregelung entscheidend das Telos des Gesetzes sowie der Wortlaut („je pflegebedürftigem Angehörigen“) streiten –, kann dies bei der gleichzeitigen Erweiterung des Angehörigenkreises zu einer sehr starken Belastung des Arbeitgebers führen. Es sollte daher die Einführung absoluter Höchstgrenzen erwogen werden.

3. Der personelle Anwendungsbereich

Noch einmal erörtert werden sollte auch die Regelung zum personellen Anwendungsbereich. Nach § 7 Abs. 1 PflegeZG, auf den § 3 Abs. 3 FPfZG-E verweist, „sind Beschäftigte 1. Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer, 2. die zu ihrer Berufsbildung Beschäftigten, 3. Personen, die wegen ihrer wirtschaftlichen Unselbständigkeit als arbeitnehmerähnliche Personen anzusehen sind; zu diesen gehören auch die in Heimarbeit Beschäftigten und die ihnen Gleichgestellten.“ Dies wirft Fragen auf: Warum sind von dem Beschäftigtenbegriff nicht auch Beamte, Soldaten und Richter erfasst?²² Können

²¹ S. etwa *Göttling/Neumann*, NZA 2012, 119, 126; ebenso *Joussen*, in: BeckOK ArbR, Stand: 01.09.2014, § 3 FPfZG Rn. 4: „Zutreffenderweise wird man Abs. 6 in den Fällen teleologisch auszulegen haben, in denen eine zweite unmittelbar an die erste anschließende Familienpflegezeit gefördert wird, allerdings mit einer anderen Pflegeperson. Im Interesse des Pflegedürftigen steht daher Abs. 6 einer solchen zweiten Familienpflegezeit mit einer anderen Pflegeperson nicht entgegen [...]“

²² In der Gegenäußerung der Bundesregierung zu der Stellungnahme des Bundesrates wird zugesagt, eine Übertragung für Bundesbeamten sorgfältig zu prüfen, BT-Drucks. 18/3157. Hier sollte direkt ein mutiger Schritt getan werden und eine Erstreckung gesetzlich verankert werden. Es besteht aus teleologischer Sicht jedenfalls kein Grund, bei Beamten von einer Verbesserung der Vereinbarkeit von Familie, Pflege und Beruf abzusehen.

auch Führungskräfte wie etwa GmbH-Geschäftsführer Arbeitnehmer sein wie dies z.B. im Diskriminierungsrecht aus unionsrechtlichen Gründen der Fall ist? Auch bei ihnen besteht sicherlich ein gesellschaftliches Anliegen für eine verbesserte Vereinbarkeit von Familie, Pflege und Beruf. Nicht eindeutig ist ferner, ob Leiharbeitnehmer – wie dies auch bei § 23 KSchG nach neuerer Rechtsprechung der Fall ist²³ – bei der Berechnung der Schwellenwerte (§§ 3 Abs. 1 S. 2 PflegeZG, 2 Abs. 1 S. 3 FPfZG-E) mitzählen.

Was die Erweiterung des Begriffs der nahen Angehörigen auf sämtliche Schwägerinnen und Schwager betrifft, so stellt sich die Frage, warum nicht auch Onkel und Tanten gepflegt werden dürfen. Die Grenzziehungen sollten hier insgesamt überdacht werden, auch im Hinblick auf die denkbaren Belastungen für Arbeitgeber im Falle einer Aneinanderreihung mehrerer (Familien-) Pflegezeiten von jeweils 24 Monaten.

Die Sinnfrage sollte auch noch einmal bei der Erweiterung der (Familien-)Pflegezeit von minderjährigen Kindern gestellt werden, die nun auch in außerhäuslichen Einrichtungen sowie beim Pflegenden zu Hause ermöglicht wird.²⁴ Telos dieser Regelung ist ausweislich der Gesetzesbegründung: „Eltern wird es so ermöglicht, ihre minderjährigen Kinder insbesondere in zeitaufwändigen und Nähe bedürftigen Lebens- oder Behandlungsphasen eng zu betreuen.“²⁵ Dies ist zweifelsohne ein legitimes Anliegen. Es stellt sich aber die Frage, warum dies bei anderen nahen Angehörigen, insbesondere bei den besonders nahestehenden Eltern, nicht möglich sein soll. Hier ist eine außerhäusliche Betreuung nur in der letzten Lebensphase vorgesehen (§ 3 Abs. 6 PflegeZG-E).

Sowohl bei den Begrenzungen als auch bei den Erweiterungen ist also stets auf eine folgerichtige Umsetzung zu achten.

4. Kündigungsschutz: Negative Reflexwirkung vermeiden

Ein letzter diskussionswürdiger Punkt ist der Sonderkündigungsschutz. Dieser besteht bereits heute für Pflegezeit, Familienpflegezeit und Nachpflegephase (§ 5 PflegeZG und § 9 Abs. 3 FPfZG) und er soll auch nach der Neufassung des FPfZG aufrecht erhalten bleiben (§ 2 Abs. 3 FPfZG -E iVm. § 5 PflegeZG). Sollte eine hintereinandergeschaltete Pflegezeit von je 24 Monaten für unterschiedliche Angehörige möglich sein (s. oben), dann führt dies zu einer sehr starken Belastung der Arbeitgeber, zumal nach

²³ BAG, NZA 2013, 726.

²⁴ Dies folgt aus einem Umkehrschluss: § 2 Abs. 5 FPfZG-E (bzw. § 3 Abs. 5 PflegeZG-E) sieht anders als § 2 Abs. 1 FPfZG (bzw. § 3 Abs. 1 PflegeZG-E) keine Begrenzung auf die Pflege in häuslicher Umgebung vor.

²⁵ BR-Drucks. 463/14, S. 32 f.

der Neuregelung eben ein einseitiger Anspruch auf Familienpflegezeit besteht und somit mittelbar als Rechtsreflex auch der Sonderkündigungsschutz durch den Arbeitnehmer herbeigeführt werden kann. Will man an dieser Regelung nicht rütteln, so sollte die Bundesregierung möglichst zeitnah von der Verordnungsermächtigung des § 5 Abs. 2 S. 2 PflegeZG Gebrauch machen und rechtssichere Vorgaben machen, wann eine Kündigung im Ausnahmefall zulässig sein kann. Hierbei wird man gerade auch den Fall der Ketten-Pflegezeit berücksichtigen müssen.