

Lena-Marie Schauß

Der Beitrag des Pflegezeitgesetzes
zur besseren Vereinbarkeit von
Angehörigenpflege und Beruf



Nomos

**Studien zum
deutschen und europäischen Arbeitsrecht**

Herausgegeben von

Prof. Dr. Martin Henssler, Universität zu Köln
Prof. Dr. Martin Franzen, Universität München
Prof. Dr. Abbo Junker, Universität München
Prof. Dr. Peter Schüren, Universität Münster

Band 67

Lena-Marie Schauß

Der Beitrag des Pflegezeitgesetzes zur besseren Vereinbarkeit von Angehörigenpflege und Beruf



Nomos

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Zugl.: Köln, Univ., Diss., 2017

ISBN 978-3-8487-4680-4 (Print)

ISBN 978-3-8452-8910-6 (ePDF)

1. Auflage 2017

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2017. Gedruckt in Deutschland. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im April 2016 als Dissertation von der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität zu Köln angenommen.

Besonders herzlich danke ich meinem Doktorvater Prof. Dr. Martin Henssler. Er stand mir mit offenem Ohr und wegweisenden Anregungen zur Seite und ließ mir gleichzeitig uneingeschränkte Freiheit bei der Verwirklichung meiner Vorstellungen in dieser Arbeit. Ihm und den weiteren Herausgebern, Prof. Dr. Martin Franzen, Prof. Dr. Abbo Junker und Prof. Dr. Peter Schüren, danke ich für die Aufnahme in die Schriftenreihe Studien zum deutschen und europäischen Arbeitsrecht.

Bei Prof. Dr. Dr. h.c. Ulrich Preis bedanke ich mich für die Erstellung des Zweitgutachtens.

Ein herzliches Dankeschön gilt Inga Schmalz und Felix Rimkus, die durch ihr Lektorat und ihr kritisches Hinterfragen zum Gelingen der Arbeit beitragen. Willi Dück danke ich sehr für seinen Rückhalt und sein Vertrauen in mich.

Besonderer Dank gebührt meiner Familie, allen voran meinen Eltern. Sie haben es mir ermöglicht, meine Ziele zu verwirklichen und mich in jeder Lebenslage unterstützt. Ihnen ist die Arbeit gewidmet.

Köln, im Oktober 2017

Lena-Marie Schauß

Inhaltsverzeichnis

Einleitung	17
A. Problemaufriss	17
B. Ziel der Untersuchung	21
Kapitel 1: Arbeitsrechtliche Instrumente zur Realisierung der Pflege von Angehörigen außerhalb des Pflegezeitgesetzes	22
A. Die kurzzeitige Befreiung von der Arbeitspflicht	23
I. Leistungsverweigerungsrecht nach § 275 Abs. 3 BGB	23
1. Rechtsnatur	25
2. Allgemeine Voraussetzungen	26
3. Familiäre Ereignisse als entgegenstehendes Hindernis	28
a. Verpflichtung zur Personensorge	29
(1) Personensorge als Pflicht von Verfassungsrang	29
(2) Einfachgesetzliche Pflichten für Ehegatten und eingetragene Lebenspartnerschaften	30
(3) Strafrechtliche Garantenpflicht	30
(4) Sittlich-ethische Verpflichtungen	31
b. Kollision der Pflichten als Voraussetzung der Unzumutbarkeit der Leistungserbringung	33
c. Zwischenergebnis	35
4. Besondere Voraussetzungen für die Pflege von nahen Angehörigen	35
a. Pflegebedürftigkeit	36
b. Integration des Angehörigen in den Haushalt	37
c. Sonstige Voraussetzungen	37
5. Rechtsfolgen	38
a. Bestand des Arbeitsverhältnisses	38
b. Schicksal des Vergütungsanspruchs	39
c. Irrtumsrisiko	40
6. Zusammenfassung	40
II. Arbeitsbefreiung nach § 45 SGB V	41

III. Direktionsrecht des Arbeitgebers nach § 106 GewO, § 315 Abs. 1 BGB	44
1. Allgemeines	44
2. Berücksichtigung familiärer Interessen im Rahmen der Ausübung billigen Ermessens	45
a. Bestimmung der Lage der Arbeitszeit	46
b. Bestimmung der Dauer der Arbeitszeit	48
3. Pflicht zur Ausübung des Weisungsrechts?	49
a. Gesetzeslage	50
b. Rechtsprechung	51
c. Ergebnis und Bewertung	52
IV. Fürsorgepflicht des Arbeitgebers, Freistellung nach §§ 242, 241 Abs. 2 BGB	54
V. Kollektivvertragliche Arbeitsbefreiung	55
B. Die langfristige Befreiung von der Arbeitspflicht	57
I. Leistungsverweigerungsrecht nach § 275 BGB	58
II. Arbeitsbefreiung nach § 45 SGB V	62
III. Direktionsrecht des Arbeitgebers nach § 106 GewO, § 315 BGB; Fürsorgepflicht des Arbeitgebers nach §§ 242, 241 Abs. 2 BGB	63
IV. Kollektivvertragliche Arbeitsbefreiung	63
C. Reduzierung der Arbeitszeit	65
I. Der allgemeine Teilzeitananspruch gemäß § 8 TzBfG	66
1. Allgemeines	67
2. Die Verhandlung über das Teilzeitbegehren	68
a. Verhandlungszwang vs. Verhandlungslösung	68
b. Folgen der unterbliebenen Verhandlung	69
c. Zusammenfassung	70
3. Entscheidung des Arbeitgebers über das Teilzeitbegehren	71
a. Ablehnung des Teilzeitbegehrens aus betrieblichen Gründen	72
b. Unterbliebene Reaktion des Arbeitgebers	73
4. Prozessuale Durchsetzbarkeit des Teilzeitbegehrens	74
5. Betriebsverfassungsrechtliche Aspekte	75
II. Anspruch auf befristete Arbeitszeitverkürzung	76

III. Isolierter Anspruch auf Änderung der persönlichen Arbeitszeitverteilung	78
1. Meinungsstand	79
2. Stellungnahme und Vorschlag	82
IV. Verlängerung der Arbeitszeit nach Wegfall der Pflugesituation	83
V. Pflicht zur Leistung von Überstunden	83
VI. Kollektivvertragliche Teilzeitregelungen	84
D. Flexible Arbeitszeitmodelle	85
E. Bestehende pflegefreundliche Regelungen in der Praxis	87
F. Zusammenfassung und Bewertung	90
Kapitel 2: Entwicklung des Pflegezeitrechts	93
A. Pflegezeitgesetz i. d. F. v. 01.07.2008	93
I. Regelungsanliegen	93
II. Übersicht über die Regelungen des PflegeZG	95
III. Entstehungsgeschichte	96
B. Familienpflegezeit	98
I. Das Familien-Pflegezeit-Modell 2012	99
II. Familienpflegezeit für Beamte	101
C. Weitere Entwicklungen	101
I. Vorschläge in der Politik	101
II. Gesetzgeberische Reaktion	103
1. Neuerungen im PflegeZG	103
2. Neuerungen im FPfZG	104
Kapitel 3: Die Regelungen des Pflegezeitgesetzes im Einzelnen	106
A. Begriffsbestimmungen des Pflegezeitgesetzes	106
I. Beschäftigte im Sinne des Gesetzes	106
1. Besonderheit: Arbeitnehmerähnliche Personen	107
a. Soziale Schutzbedürftigkeit	108
(1) Stimmen in der Literatur	109
(2) Stellungnahme	109
b. Auswirkung der Einbeziehung von arbeitnehmerähnlichen Personen	112
2. Bewertung des Beschäftigtenbegriffs	113

II. Arbeitgeber gemäß § 7 Abs. 2 PflegeZG	115
III. Nahe Angehörige gemäß § 7 Abs. 3 PflegeZG	116
IV. Pflegebedürftigkeit im Sinne des § 7 PflegeZG	118
1. Begriffsbestimmung	118
2. Kritik am Pflegebedürftigkeitsbegriff	119
B. Die kurzzeitige Befreiung von der Arbeitspflicht, § 2 PflegeZG	120
I. Voraussetzungen und Rechtsfolgen im Überblick	121
II. Genauere Betrachtung der Voraussetzungen	122
1. Akute Pflegesituation	122
2. Voraussichtliche Pflegebedürftigkeit	124
3. Erforderlichkeit	125
III. Dauer der kurzzeitigen Arbeitsverhinderung	127
1. Berechnung der Dauer der Arbeitsverhinderung	128
a. Abstellen auf die individuell, vertraglich vereinbarte Arbeitszeit	128
b. Abstellen auf die beim Arbeitgeber übliche Arbeitszeit	130
c. Abstellen auf eine Fünf-Tage-Woche	130
d. Stellungnahme	131
e. Zusammenfassung und Bewertung	132
2. Insbesondere: Berechnung bei Teilzeitbeschäftigten	133
3. Fernbleiben eines vollen Arbeitstages trotz fehlender Erforderlichkeit	134
4. Arbeitsverhinderung an verschiedenen, nicht zusammenhängenden Arbeitstagen	136
IV. Wiederholte Berufung auf § 2 PflegeZG bei wiederkehrender Krankheit oder Verschlechterung?	138
V. Die Mitteilung der Arbeitsverhinderung gemäß § 2 Abs. 2 PflegeZG	142
1. Die Mitteilung der Arbeitsverhinderung	143
2. Die Form der Mitteilung	145
VI. Die ärztliche Bescheinigung und ihr Beweiswert	146
1. Anforderungen an die ärztliche Bescheinigung	146
2. Kosten der Bescheinigung	147
3. Beweiswert der ärztlichen Bescheinigung	147
VII. Die Rechtsnatur des § 2 PflegeZG	150
1. Insbesondere: Leistungsverweigerungsrecht vs. Zurückbehaltungsrecht	151

2. Insbesondere: Gestaltungsrecht vs. Leistungsverweigerungsrecht	152
3. Insbesondere: Leistungsverweigerungsrecht vs. Anspruch auf Freistellung	152
4. Insbesondere: Leistungsverweigerungsrecht vs. gesetzlicher Unmöglichkeitstatbestand	154
VIII. Darlegungs- und Beweislast	159
IX. Verhältnis zu anderen Bestimmungen	160
1. Verhältnis zu § 275 BGB	160
2. Verhältnis zu § 616 BGB	164
3. Verhältnis zu § 45 SGB V	164
4. Verhältnis zu kollektiv- und einzelvertraglichen Vereinbarungen	165
X. Betriebsverfassungsrechtliche Aspekte	166
XI. Stellungnahme zu § 2 PflegeZG	166
C. Die langfristige, vollständige Befreiung von der Arbeitspflicht, §§ 3, 4 PflegeZG	167
I. Voraussetzungen	168
1. Tatsächlich bestehende Pflegebedürftigkeit	169
2. Pflege in häuslicher Umgebung	170
a. Pflege	170
(1) Umfang der Pflege	170
(2) Häusliche Umgebung	171
b. Erforderlichkeit der Arbeitsbefreiung	173
3. Schwellenwert	175
a. Einführung eines neuen Schwellenwertes	175
b. Darlegungs- und Beweislast	178
4. Die Ankündigung der Pflegezeit	181
a. Die Ankündigungsfrist	183
(1) Kritik an der Kürze der Frist	183
(2) Berechnung der Frist	184
b. Der Inhalt der Ankündigung	186
c. Die Form der Ankündigung	187
5. Der Nachweis der Pflegebedürftigkeit	188
II. Die Dauer der Pflegezeit, § 4 PflegeZG	190
1. Maximale Dauer	190
2. Vorzeitige Beendigung der Pflegezeit	191
3. Verlängerung der Pflegezeit	194

III. Die Rechtsnatur des § 3 PflegeZG	196
IV. Die Rechtsfolgen der Pflegezeit	200
1. Ruhen des Arbeitsverhältnisses	200
2. Arbeitgeberleistungen	200
3. Urlaub	202
a. Kürzung des Urlaubsanspruchs	202
b. Verfall nicht genommenen Urlaubs	204
4. Erfüllen von Wartezeiten	206
5. Erkrankung des Beschäftigten	206
6. Nebentätigkeit	206
7. Verlängerung des Berufsausbildungsverhältnisses	208
V. Die Rechtsstellung nach Beendigung der Pflegezeit	209
VI. Sonderprobleme	210
1. Pflege durch mehrere Beschäftigte	210
2. Mehrmalige Inanspruchnahme von Pflegezeit	213
3. Aufteilen der Pflegezeit in mehrere Abschnitte	219
VII. Betriebsverfassungsrechtliche Aspekte	220
VIII. Verhältnis zu anderen Bestimmungen	221
1. Verhältnis zu § 275 BGB	221
2. Verhältnis zu § 45 SGB V, § 616 BGB	222
3. Verhältnis zu kollektiv- und einzelvertraglichen Vereinbarungen	222
4. Verhältnis zwischen PflegeZG und FPfZG	223
IX. Stellungnahme zur vollständigen, langfristigen Befreiung von der Arbeitspflicht nach §§ 3, 4 PflegeZG	225
D. Die Pflgeteilzeit	226
I. Allgemeines	227
II. Wartezeit	229
III. Zeitliche Anforderungen an die Pflgeteilzeit	230
IV. Einvernehmliche Verringerung der Arbeitszeit	232
V. Fehlende Einigung zwischen Beschäftigtem und Arbeitgeber	233
1. Gescheiterte Einigung	234
a. Kontrahierungszwang vs. Verhandlungslösung	235
b. Rechtsfolgen einer gescheiterten Einigung	236
2. Schweigen des Arbeitgebers auf Teilzeitverlangen	238
a. Fehlende Verhandlung	239
b. Reaktionsfrist	239

c. Rechtsfolgen einer unterbliebenen Reaktion des Arbeitgebers	242
VI. Ablehnung des Antrags auf Teilzeitbeschäftigung aus dringenden betrieblichen Gründen	242
1. Anforderungen an dringende betriebliche Gründe	243
2. Entgegenstehende Gründe bzgl. Verteilung der Arbeitszeit jedoch nicht bzgl. des Teilzeitbegehrens	244
VII. Isolierter Anspruch auf Verteilung der Arbeitszeit?	245
VIII. Prozessuale Durchsetzbarkeit des Teilzeitbegehrens	246
IX. Rückkehrrecht zur ursprünglichen Arbeitszeit / Nebentätigkeit	246
X. Betriebsverfassungsrechtliche Aspekte	247
XI. Verhältnis zu § 8 TzBfG	247
XII. Stellungnahme	248
E. Befristete Einstellung einer Ersatzkraft, § 6 PflegeZG	250
I. Vertretung als Befristungsgrund	250
II. Notwendigkeit der Regelung	251
III. Verhältnis von § 6 PflegeZG zum TzBfG	253
IV. Darlegungs- und Beweislast	254
V. Kündigungsrecht des Arbeitgebers, § 6 Abs. 3 PflegeZG	254
VI. Anrechnung der Ersatzkraft auf Schwellenwerte	256
VII. Betriebsverfassungsrechtliche Aspekte	256
VIII. Zusammenfassung und Bewertung	257
Kapitel 4: Die Entgeltfortzahlung	259
A. Entgeltfortzahlung nach dem Pflegezeitgesetz	260
B. Pflegeunterstützungsgeld	261
I. Bisherige Rechtslage	261
II. Einführung eines Pflegeunterstützungsgeldes	262
C. Entgeltfortzahlung nach §§ 616, 611 BGB	263
I. Voraussetzungen	264
1. Unzumutbarkeit als Grundvoraussetzung	265
2. Angehörigenbegriff des § 616 BGB	267
3. Integration des Beschäftigten in den Haushalt	269
4. Unvermeidbarkeit der Arbeitsverhinderung	270
5. Fehlendes Verschulden	271
6. Kausalität	271

7. Regelungsvorschlag	271
II. Zeitraum der Lohnfortzahlung	272
1. Konkretisierung des unbestimmten Rechtsbegriffs der verhältnismäßig nicht erheblichen Zeit i.S.d. § 616 BGB	273
2. Ausdehnung der bisherigen Rechtsprechung aufgrund der Regelungen des PflegeZG	274
3. Zusammenfassung	276
III. Abdingbarkeit von § 616 BGB	277
IV. Unanwendbarkeit für Heimarbeiter	278
D. Pflegekrankengeld nach § 45 SGB V	278
I. Voraussetzungen	279
II. Nutzen des § 45 SGB V für die Befreiungstatbestände des PflegeZG	281
E. Entgeltfortzahlung nach § 19 BBiG	282
F. Tarifliche Ergänzungen und Restriktionen zu § 616 BGB, § 45 SGB V	283
G. Zusammenfassung und Bewertung	283
Kapitel 5: Der Kündigungsschutz	286
A. Voraussetzungen	287
I. Sonderkündigungsschutz für arbeitnehmerähnliche Personen	288
1. Veränderung der bisherigen Rechtslage	288
2. Generelle Ausweitung des Schutzniveaus für arbeitnehmerähnliche Personen	289
a. Verstoß gegen Art. 3 GG	289
b. Ergebnis	293
3. Tatsächliche Auswirkung der Einbeziehung arbeitnehmerähnlicher Personen	294
4. Bewertung	295
II. Beginn und Ende des Sonderkündigungsschutzes	295
III. Keine Wartezeit	297
IV. Höchstfrist für die Ankündigung der Pflegezeit und das Eingreifen des Sonderkündigungsschutzes	299
1. Analoge Anwendung des § 18 Abs. 1 S. 1 BEEG als Korrekturversuch	302

2. Vergleich mit anderen Schutzgesetzen / teleologische Reduktion	303
3. Analoge Anwendung von § 4 Abs. 2 S. 1 PflegeZG	305
4. Grenze: Rechtsmissbrauch	306
5. Verfassungswidrigkeit?	307
6. Bewertung	308
B. Auswirkungen des Sonderkündigungsschutzes auf andere Arbeitnehmer	309
C. Behördliche Zulassung der Kündigung	310
D. Verzicht auf den Sonderkündigungsschutz	311
E. Verfahren bei Bedenken gegen das Vorliegen der Voraussetzungen für den Sonderkündigungsschutz	311
I. Klage auf Erbringung des Nachweises	312
II. Vorsorglicher Zustimmungsantrag	313
F. Kündigung durch den Beschäftigten	314
G. Betriebsverfassungsrechtliche Aspekte	314
H. Zusammenfassung und Bewertung	315
Kapitel 6: Die Sozialversicherung	316
A. Die soziale Absicherung während der kurzzeitigen Befreiung von der Arbeitspflicht nach § 2 PflegeZG	317
B. Die soziale Absicherung während der Pflege(teil-)zeit nach § 3 PflegeZG	318
I. Sofortiges Ende der Versicherungspflicht	318
II. Kranken- und Pflegeversicherung	319
III. Arbeitslosenversicherung	321
IV. Rentenversicherung	322
V. Unfallversicherung	323
C. Zusammenfassung	323
Kapitel 7: Bewertung des Beitrags des Pflegezeitgesetzes zur besseren Vereinbarkeit von Angehörigenpflege und Beruf / Vorschläge zur Veränderung des Status Quo	324
A. Einheitliche Kodifikation des Arbeitsrechts	326
B. Einführung einer Lohnersatzleistung	327

Inhaltsverzeichnis

C. Weiterentwicklung des Teilzeitrechts	328
Literaturverzeichnis	331

Einleitung

A. Problemaufriss

„Familien sind der größte und günstigste Pflegedienst Deutschlands.“¹ Diese Aussage ist der demographischen Entwicklung in der Bundesrepublik Deutschland geschuldet, die einen erheblich steigenden Betreuungsbedarf älterer Menschen erwarten lässt, der durch Pflegeeinrichtungen allein kaum zufriedenstellend gedeckt werden kann.² Bei gleichbleibenden Rahmenbedingungen wird die Zahl der Pflegebedürftigen von heute 2,9 Millionen³ auf voraussichtlich 3,5 Millionen im Jahre 2030 ansteigen.⁴

Das Bedürfnis nach der vermehrten Übernahme der Pflege durch nahe Angehörige zum Zwecke der Entlastung der Pflegekassen entspricht auch dem Wunsch der Pflegebedürftigen, in häuslicher Umgebung durch vertraute Personen gepflegt zu werden.⁵ Hinzu kommt, dass laut Angaben des Bundesministeriums für Familie, Senioren, Frauen und Jugend 76 %⁶ der Beschäftigten in Deutschland ihre Angehörigen soweit wie möglich selbst zu Hause pflegen möchten.⁷ Etwa 1,74 Millionen, und damit über zwei

-
- 1 *Frank* in: Süddeutsche Zeitung vom 21.10.2011, abrufbar unter <http://www.sueddeutsche.de/karriere/gesetz-zur-vereinbarkeit-von-beruf-und-pflege-gut-gemeint-schlecht-umgesetzt-1.1169644>.
 - 2 Gesetzentwurf der Bundesregierung für das erste von zwei Pflegestärkungsgesetzen v. 28.05.2014, S. 1, abrufbar unter https://www.bundesgesundheitsministerium.de/fileadmin/dateien/Downloads/P/Pflegestaerkungsgesetze/Entwurf_Pflegestaerkungsgesetz_Stand_Kabinett_28.5.2014.pdf; *Backes/Armrhein/Wolfinger*, Gender in der Pflege, S. 43 zufolge beträgt der Wert der häuslichen Pflege 44 Milliarden Euro und übersteigt damit die Ausgaben der Pflegeversicherung um das Dreifache.
 - 3 *Statistisches Bundesamt*, Pflegestatistik 2015, S. 5 und 7.
 - 4 Gesetzentwurf der Bundesregierung für das erste von zwei Pflegestärkungsgesetzen v. 28.05.2014, S. 18 (vgl. Fn. 2).
 - 5 TNS, Abschlussbericht, S. 9.
 - 6 <http://www.familien-wegweiser.de/wegweiser/stichwortverzeichnis,did=175946.html>.
 - 7 BR-Drs. 718/07, S. 217.

Drittel der pflegebedürftigen Menschen, werden bereits heute von Angehörigen in häuslicher Umgebung gepflegt.⁸

Werden die anfallenden Pflegeaufgaben innerhalb der Familie wahrgenommen, stehen die pflegenden Angehörigen oftmals vor der Herausforderung, ihre Erwerbstätigkeit mit der Pflegesituation zu vereinbaren.⁹ Dabei ist zu berücksichtigen, dass der Eintritt, die Dauer und die Entwicklung der Pflegebedürftigkeit eines Angehörigen nur bedingt vorhersehbar¹⁰ sowie die psychischen Belastungen häufig erheblich sind. Oftmals sehen sich die Pflegenden darüber hinaus starken Einschränkungen im Alltag ausgesetzt.¹¹ Zudem nehmen die Belastungen mit zunehmendem Alter der pflegebedürftigen Person meist zu. Die Vereinbarkeit von Beruf und Pflege ist daher mit der Vereinbarkeit von Beruf und Kinderbetreuung, bei der die Belastung mit zunehmendem Alter des Kindes im Regelfall abnimmt, nur bedingt vergleichbar.¹² Der steigende Pflegebedarf in Deutschland betrifft allerdings nicht allein die Arbeitnehmerschaft. Es liegt auch im Interesse der Unternehmen, die Vereinbarkeit von Beruf und Pflegeaufgaben zu

8 Gesetzentwurf der Bundesregierung für das erste von zwei Pflegestärkungsgesetzen v. 28.05.2014, S. 1, (vgl. Fn. 2); ausweislich der Angaben des Statistischen Bundesamtes waren es im Jahre 2011 noch 1,18 Millionen, vgl. *Statistisches Bundesamt*, Pflegestatistik 2011, S. 5 und 7; laut der im Jahr 2011 veröffentlichten Infratest-Studie „Wirkungen des Pflege-Weiterentwicklungsgesetzes“ sind 72 % der pflegenden Angehörigen Frauen, vgl. *TNS*, Abschlussbericht, S. 27. Während Frauen die Pflege des nahen Angehörigen übernehmen, kümmern sich Männer eher um das Pflegemanagement und um die Organisation. Ein (kurzzeitiger) Ausstieg aus dem Berufsleben ist dafür in aller Regel nicht notwendig. Aber auch bei Männern ist eine zunehmend erhöhte Bereitschaft zur Übernahme der Pflege von nahen Angehörigen zu verzeichnen. Diese Bereitschaft beschränkt sich derzeit allerdings vornehmlich auf die Partnerpflege im Alter. Dies ist dem Umstand geschuldet, dass Männer nach wie vor regelmäßig in Vollzeit arbeiten und mehr verdienen, während die Teilzeittätigkeit und die damit verbundenen finanziellen Einbußen bereits aufgrund der häufigen Übernahme der Kindererziehung bei den Frauen weiter verbreitet ist, vgl. *Hammer*, FAZ v. 25.05.2014, S. 49.

9 Vgl. *Institut für Demoskopie Allensbach*, Monitor Familienleben 2010, S. 38 ff.; von den Frauen, die Pflegeaufgaben innerhalb der Familie wahrnehmen, sind mehr als 40 % erwerbstätig, vgl. *TNS*, Abschlussbericht, S. 27.

10 *Reuyß*, Freistellungen zur Pflege und Betreuung, S. 6.

11 *Hammer*, FAZ v. 25.05.2014, S. 49.

12 Vgl. *Gaus*, Vereinbarkeit von Pflege und Beruf, S. 10; *Reuyß*, Freistellungen zur Pflege und Betreuung, S. 6; vgl. zu der Forderung der erwerbstätigen Angehörigen nach einer besseren Vereinbarkeit von familiärer Pflege und Beruf: *Institut für Demoskopie Allensbach*, Monitor Familienleben 2010, S. 38 ff.

fördern. Ohne tragbare Lösungen zur Vereinbarkeit von Beruf und Pflege werden sich Unternehmen der Gefahr ausgesetzt sehen qualifizierte Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter¹³ zu verlieren.¹⁴

Das Gesetz zur strukturellen Weiterentwicklung der Pflegeversicherung (Pflege-Weiterentwicklungsgesetz) vom 28.05.2008¹⁵ hat die notwendige Reformierung der im Jahre 1995 eingeführten Pflegeversicherung zum Ziel und möchte dem demographischen Wandel und den damit einhergehenden Bedürfnissen sowohl der Solidargemeinschaft als auch der Familien Rechnung tragen. Neben Änderungen sozialversicherungsrechtlicher Regelungen enthält es arbeitsrechtliche Regelungen in Form des am 01.07.2008 Inkraft getretenen, massiv kritisierten¹⁶ und durch das zum 01.01.2015 Inkraft getretene Gesetz zur besseren Vereinbarkeit von Familie, Pflege und Beruf¹⁷ modifizierten Gesetzes über die Pflegezeit (Pflegezeitgesetz – PflegeZG)¹⁸, das die häusliche Pflege von nahen Angehörigen in Vereinbarkeit mit der Erwerbstätigkeit der privaten Pflegepersonen bringen und damit als erwünschter Nebeneffekt zur Entlastung der Pflegekassen beitragen soll.¹⁹ Im Wesentlichen enthält das PflegeZG hierzu zwei Instrumente: Nach § 2 PflegeZG ist der Beschäftigte berechtigt, der Arbeit im Falle einer akut auftretenden Pflegesituation eines nahen Angehörigen bis zu zehn Tagen fernzubleiben, um eine bedarfsgerechte Pflege zu organisieren oder eine pflegerische Versorgung in dieser Zeit sicherzustellen. § 3 PflegeZG regelt demgegenüber in Anlehnung an §§ 15 f. BEEG²⁰ die längerfristige Pflegezeit. Danach kann der Beschäftigte zur längerfristigen Pflege eines nahen Angehörigen in häuslicher Umgebung eine vollständige oder teilweise Pflegezeit bis zu einer Dauer von sechs Monaten beanspruchen. Ergänzt werden diese beiden Regelungen im Interesse einer

13 Nachfolgend werden Personenbezeichnungen aus Gründen der besseren Lesbarkeit nur in der männlichen Form verwendet. Die weibliche Form ist selbstverständlich immer mit eingeschlossen.

14 Vgl. *Gaus*, Vereinbarkeit von Pflege und Beruf, S. 3 auch hinsichtlich weiterer Auswirkungen.

15 BGBl. I 2008, S. 874.

16 Vgl. die Empfehlungen der Ausschüsse v. 19.11.2007, BR-Drs. 718/1/07, S. 33 ff.; *Bauer*, AuA 2008, 321; *Berger-Delhey*, ZTR 2007, 604 f.; *Grobys*, NJW 2008, Heft 31; *Preis/Weber*, NZA, 82 ff.

17 BGBl. I 2014, S. 2462 ff.

18 BGBl. I 2008, S. 874, 896.

19 *Preis/Nehring*, NZA 2008, 729.

20 BT-Drs. 16/7439, S. 91.

effektiven Rechtswahrnehmung von einem in § 5 PflegeZG geregelten eigenständigen besonderen Kündigungsschutz.

Die Verbesserung der Vereinbarkeit von Erwerbstätigkeit und familiärer Pflege hat damit auch im Arbeitsrecht erheblich an Bedeutung gewonnen. Mit der Einführung des PflegeZG sollte nun auch außerhalb der Kinderbetreuung ein Beitrag zur Förderung der Vereinbarkeit von Erwerbstätigkeit und familiärer Pflege geleistet werden. Auch wenn die Motivation hinter dem Gesetz breite Zustimmung erfährt,²¹ wird kritisiert, dass erneut ein arbeitsrechtliches Spezialgesetz geschaffen worden sei, das den ohnehin schon bestehenden „arbeitsrechtlichen Flickenteppich“²² erweitere.²³ Bereits der Regierungsentwurf²⁴ der arbeitsrechtlichen Regelungen des Pflege-Weiterentwicklungsgesetzes ist auf erhebliche Kritik gestoßen, da er die Rechtszersplitterung und Überregulierung im Arbeitsrecht weiter vorantreibe und sowohl unausgegoren als auch unausgewogen sei.²⁵ Bislang nicht bewahrheitet hat sich die Befürchtung der missbräuchlichen Flucht in den Sonderkündigungsschutz,²⁶ was unter anderem daran liegen mag, dass einer Forsa-Umfrage zufolge die Regelungen des PflegeZG vielen Beschäftigten unbekannt sind.²⁷ Dementsprechend fehlt es bislang weitgehend sowohl an höchstrichterlicher- als auch Instanzrechtsprechung zu den heiklen Unklarheiten des PflegeZG.²⁸

21 Vgl. nur *Bauer*, AuA 2008, 321; *Besgen*, B+P, Beihefter Nr. 1/2008 zu Heft 7/2008, S. 1; *Preis/Weber*, NZA 2008, 32 ff.; kritisch im Hinblick auf das Risiko der mittelbaren Diskriminierung bei der Einstellung von Frauen: *Waldenmaier/Langenhahn-Komus*, RdA 2008, 312, 314.

22 *Preis/Weber*, NZA 2008, 82, 85.

23 Diesbezüglich ebenfalls kritisch *Bauer*, AuA 2008, 321.

24 BR-Drs. 718/07.

25 *Bauer*, NJW 2008, Heft 8, Editorial; *Preis/Weber*, NZA 2008, 82.

26 Vgl. nur *Böhm*, ArbRB 2011, 320.

27 *ZQP*, Vereinbarkeit von Beruf und Pflege, Frage 7 und 9.

28 Zum Streitwert der Antragsstellung im einstweiligen Verfügungsverfahren auf Bewilligung von Pflegezeit: LAG Baden-Württemberg v. 14.09.2010 – 5 Ta 180/10, ArbR 2011, 48; Zwei Bruttomonatsgehälter im einstweiligen Verfügungsverfahren; zu der breit diskutierten Frage der Teilbarkeit der Pflegezeit in verschiedene Abschnitte: ArbG Stuttgart v. 24.09.2009 – 12 Ca 1792/09, BB 2010, 705; LAG Baden-Württemberg v. 31.03.2010 – 20 Sa 87/09, BB 2010, 1541 f.; BAG v. 15.11.2011 – 9 AZR 348/10, NZA 2012, 323 ff.; siehe dazu Kapitel 3 C VI 2 und 3.

B. Ziel der Untersuchung

Die vorliegende Arbeit setzt sich zum Ziel herauszuarbeiten, welchen Beitrag das PflegeZG zur besseren Vereinbarkeit von Beruf und familiärer Pflege zu leisten vermag. Dabei werden die in der Literatur kritisierten Schwachstellen und die aufgeworfenen Rechtsfragen dargestellt, bewertet sowie Lösungsvorschläge unterbreitet. Der gesetzgeberische Schritt zur Einführung eines Pflegezeitgesetzes wirft zudem die Frage nach dem Verhältnis der Neuregelung des PflegeZG zu den bereits bestehenden Vorschriften des Arbeits-, Sozial- und Zivilrechts auf. Es wird untersucht, ob der in der Literatur geäußerte Vorwurf der Erweiterung des „arbeitsrechtlichen Flickenteppichs“²⁹ berechtigt ist.³⁰ Unter Berücksichtigung der pflegespezifischen Reformen im Arbeitsrecht wird dargestellt, wie sich die Regelungen des PflegeZG in das System bereits bestehender Regelungen einfügen. Außerdem werden die Vorschläge der Politik zur weiteren Verbesserung der Vereinbarkeit von Beruf und familiärer Pflege untersucht und auf ihre arbeitsrechtliche Tauglichkeit hin überprüft sowie schließlich eigene Vorschläge zur Verbesserung des Status Quo unterbreitet.³¹

29 *Preis/Weber*, NZA 2008, 82, 85.

30 Diesbezüglich ebenfalls kritisch *Bauer*, AuA 2008, 321.

31 Flexible Arbeitszeitmodelle, die unzweifelhaft ebenfalls einen Beitrag zur besseren Vereinbarkeit von Beruf und familiärer Pflege leisten können, sollen keinen Schwerpunkt dieser Arbeit darstellen.

Kapitel 1: Arbeitsrechtliche Instrumente zur Realisierung der Pflege von Angehörigen außerhalb des Pflegezeitgesetzes

Bereits vor Inkrafttreten des PflegeZG existierten Regelungen, von denen Arbeitnehmer in einer akuten oder längerfristigen Pflegesituation profitieren konnten. Eine speziell die Pflege von Angehörigen betreffende arbeitsrechtliche Norm fand sich allerdings bis zum Inkrafttreten des PflegeZG lediglich in § 45 SGB V, der eine Befreiungsmöglichkeit des Arbeitnehmers für die Pflege und Betreuung seines erkrankten Kindes vorsieht. Für die Befreiung von der Arbeitspflicht zur Pflege sonstiger Angehöriger musste hingegen auf die allgemeinen Regelung der berechtigten Leistungsverweigerung nach § 275 Abs. 3 BGB sowie das arbeitgeberseitige Direktionsrechts nach § 106 S. 1 GewO, welche grundsätzliche Aussagen zu den Grenzen der Arbeitspflicht enthalten,³² auf den Teilzeitanpruch nach § 8 TzBfG oder auf etwaig bestehende individual- oder kollektivvertragliche Regelungen zurückgegriffen werden.

Ein grundlegendes Verständnis der mit dem PflegeZG verfolgten Verbesserung der bisherigen Rechtslage ist ohne Betrachtung dieser Regelungen schwer möglich. Daher sollen im Folgenden zunächst diese schon vor Inkrafttreten des PflegeZG existierenden Regelungen, die unter anderem der Vereinbarkeit von Erwerbstätigkeit und familiären Belangen dienen, näher beleuchtet werden. Nur bei Kenntnis der bisherigen Rechtslage kann die Notwendigkeit einer Neuregelung durch das PflegeZG beurteilt werden. Im Anschluss daran werden das Verhältnis des PflegeZG zu den bisherigen Instrumentarien dargestellt und schließlich die Veränderungen und Verbesserungen der bisherigen Rechtslage durch das PflegeZG aufgezeigt.

Bei der Darstellung der Instrumente, die eine Befreiung von der Arbeitspflicht außerhalb des PflegeZG ermöglichen, bietet es sich an, zwischen der kurzzeitigen, der langfristigen sowie der nur teilweisen Befreiung von der Arbeitspflicht zu differenzieren.

32 *Hanau*, FS Buchner, S. 281.

A. Die kurzzeitige Befreiung von der Arbeitspflicht

Die notwendige pflegerische Versorgung naher Angehöriger tritt oftmals nach einem Akutereignis auf. So kann eine plötzliche Erkrankung, ein Unfall oder der Wegfall einer bis dahin organisierten Versorgung eines nahen Angehörigen das sofortige Tätigwerden des Arbeitnehmers erfordern. Zu denken sind dabei sowohl an die Organisation einer (neuen) Versorgungsmöglichkeit als auch an die Vornahme der Versorgung selbst, bis eine langfristige Pflege sichergestellt ist.

I. Leistungsverweigerungsrecht nach § 275 Abs. 3 BGB

Bereits vor der Schuldrechtsmodernisierung im Jahre 2002³³ griff die Rechtsprechung zur Behandlung von Leistungsstörungen aus der ideell-persönlichen Sphäre des Arbeitnehmers auf die Rechtsfigur eines bis dahin nicht kodifizierten Leistungsverweigerungsrechts zurück.³⁴ In der Literatur wurde ein solches überwiegend aus der Generalklausel des § 242 BGB abgeleitet,³⁵ während die Rechtsprechung ein Leistungsverweigerungsrecht zumeist ohne weitergehende Erörterung auf § 616 BGB gestützt hat,³⁶ da die Aufrechterhaltung des Lohnanspruches nach § 616 BGB naturgemäß das Bestehen eines Leistungsverweigerungsrechts voraussetze. Bereits zu diesem Zeitpunkt wurde klargestellt, dass der objektiven Unmöglichkeit Fälle gleichstehen, in denen die Erbringung der Dienstleistung dem Dienstverpflichteten nicht zuzumuten ist.³⁷ § 616 BGB regelt dem Wortlaut zufolge allerdings nicht, ob und inwiefern ein Leistungsverweigerungsrecht besteht, sondern ordnet in Abweichung vom

33 Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts vom 26.11.2001, BGBl. I 2001, S. 3138.

34 Vgl. nur BAG v. 19.04.1978 – 5 AZR 834/76, NJW 1978, 2316 zur Pflege eines erkrankten Kindes; BAG v. 22.12.1982 – 2 AZR 282/82, NJW 1983, 2782, 2784; *Henssler*, AcP 190 (1990) 538, 539; siehe zu den dogmatischen Einordnungsschwierigkeiten *Henssler* in: Das neue Schuldrecht in der Praxis, 618.

35 Vgl. *Henssler*, AcP 190 (1990), 538, 545 ff. m.w.N.

36 Vgl. nur BAG v. 19.04.1978 – 5 AZR 834/76, NJW 1978, 2316: „In solchen Fällen darf der Arbeitnehmer von der Arbeit fern bleiben. Er kann, sofern auch die weiteren Voraussetzungen des § 616 Abs. 1 S. 1 BGB gegeben sind, Weiterzahlung des Lohnes beanspruchen.“

37 BAG v. 19.04.1978 – 5 AZR 834/76, NJW 1978, 2316.

Grundsatz „Ohne Arbeit kein Lohn“, der durch den in § 326 Abs. 1 BGB angeordneten grundsätzlichen Entfall des Anspruchs auf die Gegenleistung Ausdruck gefunden hat, die Aufrechterhaltung des Vergütungsanspruchs im Falle der kurzzeitigen Leistungsverhinderung aus persönlichen Gründen an.

Im Rahmen der Reformierung des Schuldrechts durch das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz³⁸ hat der Gesetzgeber die Leistungsstörungen im Arbeitsverhältnis sodann in seine Erwägungen einbezogen.³⁹ Durch die Einführung eines § 275 Abs. 3 BGB wurde ein eigenständiger Sondertatbestand der Leistungsstörung wegen persönlicher Unzumutbarkeit geschaffen, der im Arbeitsrecht besondere Bedeutung hat.⁴⁰ Seitdem ist die „Doppelfunktion“⁴¹ des § 616 BGB aufgehoben. In Abs. 3 des § 275 BGB ist nunmehr ausdrücklich festgeschrieben, dass der Schuldner die Leistung verweigern kann, wenn sie ihm unter Abwägung des seiner Leistung entgegenstehenden Hindernisses mit dem Leistungsinteresse des Gläubigers nicht zugemutet werden kann. Dies soll es insbesondere Arbeitnehmern⁴² ermöglichen, in Situationen, in denen die Erbringung der Arbeitsleistung für sie aus persönlichen Gründen unzumutbar ist, ohne Verstoß gegen ihre arbeitsvertragliche Pflichten, der Arbeit fernzubleiben. Die Frage nach dem Schicksal des Vergütungsanspruchs des Arbeitnehmers, einer etwaigen Schadensersatzpflicht oder gar nach kündigungsrechtlichen Konsequenzen wird durch § 275 Abs. 3 BGB nicht beantwortet und auch nicht präjudiziert.⁴³ Dieser entscheidet allein über die Befreiung von der Arbeitspflicht.⁴⁴ Der Vergütungsanspruch entfällt nach wie vor grundsätzlich gemäß § 326 Abs. 1 BGB. Er kann allerdings auch nach neuer Rechtslage

38 Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts vom 26.11.2001, BGBl. I 2001, S. 3138.

39 BT-Drs. 14/6040, S. 130; ausführlich *Gotthardt*, Schuldrechtsreform, Rz. 35 ff.; *Henssler* in: Das neue Schuldrecht in der Praxis, 615.

40 *Gotthardt*, Schuldrechtsreform, Rz. 39; MüKoBGB/*Müller-Glöge*, § 611 BGB, Rz. 1036.

41 *Greiner*, Ideelle Unzumutbarkeit, S. 223.

42 BT-Drs. 14/6040, S. 130: § 275 Abs. 3 BGB betrifft insbesondere Arbeits- und Dienstverträge, aber u.U. auch Werk- und Geschäftsbesorgungsverträge.

43 *Henssler* in: Das neue Schuldrecht in der Praxis, 617; bereits zur Rechtslage vor der Schuldrechtsreform: *Henssler*, AcP 190 (1990), 538, 554, 566.

44 *Gotthardt*, Schuldrechtsreform, Rz. 87; eine verhaltensbedingte Kündigung ist bei berechtigter Arbeitsverweigerung mangels Pflichtverletzung ohnehin ausgeschlossen; vgl. dazu: LAG Hamm v. 27.08.2007 – 6 Sa 751/07, ArbuR 2008, 117 f.; *Gotthardt*, Schuldrechtsreform, Rz. 118: Eine verhaltensbedingte Kündigung kom-

unter den Voraussetzungen des § 616 BGB oder aufgrund einer vertraglichen Vereinbarung aufrechterhalten bleiben.

1. Rechtsnatur

§ 275 Abs. 3 BGB normiert anders als § 275 Abs. 1 BGB keinen eigenständigen Unmöglichkeitstatbestand, sodass die Pflicht zur Arbeitsleistung nicht bei Eintreten bestimmter Umstände unabhängig von dem Willen des Arbeitnehmers ipso iure entfällt.⁴⁵ Im Unterschied zu § 275 Abs. 1 BGB hat der Arbeitnehmer vielmehr hinsichtlich des Merkmals der persönlichen Unzumutbarkeit gemäß § 275 Abs. 3 BGB einen eigenen Entscheidungsspielraum, da die Leistungserbringung faktisch noch möglich ist. Durch die Ausgestaltung des Leistungsverweigerungsrechts als Einrede⁴⁶ hat der Arbeitnehmer also die Wahl, ob er sich auf die Unzumutbarkeit der Erbringung der Arbeitsleistung berufen möchte und ggf. seinen Vergütungsanspruch verliert oder die Leistung überobligationsmäßig doch erbringt.⁴⁷ Die Ausgestaltung als Einrede ist wegen des grundsätzlichen Verlusts des Vergütungsanspruchs gemäß § 326 Abs. 1 BGB und der schnellen Durchsetzbarkeit eines Leistungsverweigerungsrechts gegenüber einem gerichtlich in der Regel nicht rechtzeitig durchsetzbaren Freistellungsanspruch⁴⁸ sachgerecht.⁴⁹

me nur bei Vorliegen eines Pflichtenverstößes durch ein außerhalb der Leistungsverweigerung liegendes Verhalten in Betracht; so auch *Henssler*, AcP 190 (1990), 538, 554; zum Vorliegen eines Pflichtverstößes mit Blick auf eine etwaige Schadensersatzpflicht; siehe auch *Henssler* in: *Das neue Schuldrecht in der Praxis*, 617 und 623.

45 *Greiner*, NZA 2007, 490, 491.

46 ErfK/*Preis*, § 611 BGB, Rz. 685; *Gotthardt*, Schuldrechtsreform, Rz. 36; *Henssler/Von Westphalen/Dedek*, Praxis der Schuldrechtsreform, § 275 BGB, Rz. 9; *Huber/Faust*, Schuldrechtmodernisierung, 2/5; HWK/*Thüsing*, § 611 BGB, Rz. 392.

47 ErfK/*Preis*, § 611 BGB, Rz. 685; *Gotthardt*, Schuldrechtsreform, Rz. 98; *Huber/Faust*, Schuldrechtmodernisierung, 2/6; MüKoBGB/*Müller-Glöge*, § 611 BGB, Rz. 1036.

48 *Greiner*, NZA 2007, 490, 491.

49 Es ist auch eine rückwirkende Berufung auf die Einrede möglich, wobei sie auf den Zeitpunkt zurückwirkt, in dem das Leistungsverweigerungsrecht entstanden ist, vgl. ErfK/*Preis*, § 611 BGB, Rz. 685.

2. Allgemeine Voraussetzungen

Dass § 275 Abs. 3 BGB „ganz auf das Arbeitsrecht zugeschnitten[...]“⁵⁰ ist, zeigt sich bereits daran, dass das Leistungsverweigerungsrecht nur bei Leistungsverpflichtungen greift, die der Schuldner persönlich zu erfüllen hat.⁵¹ Da der Arbeitnehmer die Arbeitsleistung gemäß § 613 BGB grundsätzlich nicht übertragen und damit nicht vollständig durch einen Erfüllungsgehilfen erbringen lassen darf, ist diese Voraussetzung in der Regel gegeben.⁵² Anders als § 2 PflegeZG,⁵³ der die kurzzeitige Arbeitsverhinderung aufgrund einer akut eingetretenen Pflegesituation regelt, erfasst § 275 Abs. 3 BGB regelmäßig nicht arbeitnehmerähnliche Personen und vor allem in Heimarbeit Beschäftigte, da sie in der Regel nicht zur persönlichen Leistungserbringung verpflichtet sind. Für Heimarbeiter ergibt sich dies aus §§ 1 und 2 HAG, wonach in Heimarbeit Beschäftigte und ihnen Gleichgestellte die geschuldete Tätigkeit in gewissem Rahmen auf eigene Mitarbeiter wie Familienangehörige oder außenstehende Hilfskräfte übertragen können.⁵⁴

Die Unzumutbarkeit der Erbringung der Arbeitsleistung muss das Ergebnis einer Abwägung zwischen dem Leistungshindernis des Arbeitnehmers und dem Leistungsinteresse des Arbeitgebers, dem die Berufsfreiheit nach Art. 12 Abs. 1 GG zugrunde liegt,⁵⁵ sein.⁵⁶ Ein etwaiges Verschulden des Arbeitnehmers ist für das Bestehen des Leistungsverweigerungsrechts des § 275 Abs. 3 BGB – im Gegensatz zu der subjektiven Unmöglichkeit nach § 275 Abs. 2 BGB⁵⁷ – ohne Bedeutung.⁵⁸ Die schuldhaftige Arbeitsverhinderung kann allerdings über das Schicksal der Vergütungsfortzah-

50 *Henssler* in: Das neue Schuldrecht in der Praxis, 615.

51 *Huber/Faust*, Schuldrechtsmodernisierung, 2/81.

52 *HWK/Thüsing*, § 611 BGB, Rz. 392; *MüKoBGB/Ernst*, § 275 BGB, Rz. 113.

53 Siehe dazu Kapitel 3 B.

54 Siehe dazu Kapitel 3 A I 1.

55 *Brose/Greiner*, NZA 2011, 719.

56 *Greiner*, NZA 2007, 490.

57 Im Rahmen der subjektiven Unmöglichkeit des § 275 Abs. 2 BGB ist das Verschulden als Kriterium zur Beurteilung des Maßes der zumutbaren Anstrengungen heranzuziehen, vgl. BT-Drs. 14/6857, S. 47.

58 BT-Drs. 14/6857, S. 47; *Gotthardt*, Schuldrechtsreform, Rz. 39; *Henssler* in: Das neue Schuldrecht in der Praxis, 617; *HWK/Thüsing*, § 611 BGB, Rz. 392; *Huber/Faust*, Schuldrechtsmodernisierungsgesetz, 2/89; *Jauernig/Stadler*, § 275 BGB, Rz. 30; a.A.: *BGB – Schuldrecht/Dauner-Lieb*, § 275 BGB, Rz. 63.

lung (z.B. nach § 616 BGB) entscheiden⁵⁹ sowie ggf. Schadensersatzansprüche des Arbeitgebers begründen.⁶⁰ Auch eine teilweise Unzumutbarkeit wird von dem Leistungsverweigerungsrecht des § 275 Abs. 3 BGB erfasst.⁶¹

Die frühere Rechtsprechung zu § 616 BGB, die eine Unzumutbarkeit i.S.d. § 616 BGB aufgrund der erforderlichen Pflege oder Betreuung eines nahen Angehörigen und damit das Bestehen eines – wenn auch nicht normierten – Leistungsverweigerungsrecht angenommen hat, kann für die Bestimmung der Unzumutbarkeit nach § 275 Abs. 3 BGB herangezogen werden. Insofern wird in der Literatur allerdings vertreten, dass an § 275 Abs. 3 BGB ein weiterer Maßstab anzulegen sei, als für die Aufrechterhaltung des Vergütungsanspruchs nach § 616 BGB.⁶² Dies wird damit begründet, dass § 275 Abs. 3 BGB das synallagmatische Austauschverhältnis unberührt lässt, indem mit der Befreiung von der Arbeitspflicht nach § 275 Abs. 3 BGB auch der Anspruch auf Zahlung der Vergütung gemäß § 326 Abs. 1 BGB grundsätzlich entfällt. Zu einer Störung des Synallagmas kommt es erst bei Eingreifen der Regelung des § 616 BGB oder anderen anspruchserhaltenden Vereinbarungen. Aus diesem Grund können – nach zutreffender Ansicht – von § 275 Abs. 3 BGB auch Fälle erfasst werden, in denen der Vergütungsanspruch nicht nach § 616 BGB aufrechterhalten wird. Losgelöst davon verlangt die überwiegende Auffassung in der Literatur in Übereinstimmung mit der Gesetzesbegründung, dass die Unzumutbarkeit in ihrer Intensität der Unmöglichkeit gleichstehen muss.⁶³

59 BT-Drs. 14/6857, S. 47; *Gotthardt*, Schuldrechtsreform, Rz. 97; *Henssler* in: Das neue Schuldrecht in der Praxis, 617.

60 *Gotthardt*, Schuldrechtsreform, Rz. 117; *Henssler* in: Das neue Schuldrecht in der Praxis, 617.

61 *Gotthardt*, Schuldrechtsreform, Rz. 39; HWK/*Thüsing*, § 611 BGB, Rz. 392.

62 *Gotthardt*, Schuldrechtsreform, Rz. 111; HWK/*Krause*, § 616 BGB, Rz. 14; *Kothe/Nebe*, Anmerkung zu LAG Düsseldorf v. 20.03.2007 – 3 Sa 30/07, jurisPR-ArbR 36/2007; allerdings wird im Rahmen von § 616 BGB auch diskutiert, ob nicht sogar an § 616 BGB weniger strenge Anforderungen zu stellen seien, als an § 275 Abs. 3 BGB. So spricht sich *Reichhold* dafür aus, dass bei § 616 BGB lediglich ein in der Person liegender Grund gegeben sein muss, die Unzumutbarkeit der Erbringung der Arbeitsleistung hingegen nicht. Begründet wird dies mit der Begrenzung der Lohnfortzahlung auf eine „nicht erhebliche Zeit“, MünchArbR/*Reichhold*, § 39, Rz. 17.

63 BT-Drs. 14/6040, S. 130; *Gotthardt*, Schuldrechtsreform, Rz. 99 m.w.N.

3. Familiäre Ereignisse als entgegenstehendes Hindernis

Den Hauptanwendungsbereich der persönlichen Unzumutbarkeit nach § 275 Abs. 3 BGB sollen nach dem gesetzgeberischen Willen Kollisionen der Arbeitspflicht mit familiären und sonstigen persönlichen Ereignissen darstellen.⁶⁴ Zu einem der Leistung entgegenstehenden Hindernis zählen nach der Begründung des Regierungsentwurfs die für eine Vergütungsfortzahlung nach § 616 BGB typischen Fälle, so auch die notwendige Versorgung schwerwiegend erkrankter Angehöriger.⁶⁵ Dieses potentiell entgegenstehende Hindernis muss sodann im Einzelfall nach Abwägung der widerstreitenden Interessen der Vertragsparteien zur Unzumutbarkeit der Erbringung der Arbeitsleistung führen, wobei auch die Vertragsbindung als „Element der verfassungsrechtlich geschützten Rechtssicherheit“⁶⁶ Berücksichtigung finden muss.

Auch nach der Einführung von § 275 Abs. 3 BGB blieb die Frage unbeantwortet, wann eine rechtlich relevante Kollision zwischen der Arbeitspflicht und einer familiär bedingten Leistungsverhinderung besteht.⁶⁷ Mit Blick auf die Angehörigenpflege ist also in einem ersten Schritt zu untersuchen, ob und in welchen Fällen eine rechtlich relevante Pflicht zur Pflege eines nahen Angehörigen überhaupt existiert. Zu unterscheiden ist hierbei zwischen Pflichten von Verfassungsrang, einfachgesetzlichen Pflichten und rein sittlichen Pflichten. Nur im Falle des Bestehens einer rechtlichen Verpflichtung zur Pflege eines nahen Angehörigen kann es zu einer echten Kollision zwischen Rechtspflichten kommen, wobei sodann ggf. zu klären ist, welcher Pflicht der Vorrang gebührt. Sofern es sich bei der Pflege des Angehörigen nicht um eine rechtliche Verpflichtung handelt, stellt sich die Frage, ob auch eine rein sittliche Pflicht mit der rechtlichen Bindung an den Arbeitsvertrag kollidieren kann und ob nicht die rechtlichen Bindung an den Arbeitsvertrag ohne weiteres Vorrang genießt. In einem zweiten Schritt ist zu untersuchen, ob die familiäre Pflicht im konkreten Einzelfall tatsächlich mit der Leistungsverpflichtung kollidiert. Nur im Fall einer

64 BT-Drs. 14/6040, S. 130, dort noch vorgesehen als Abs. 2 S. 2; ErfK/Preis, § 611 BGB, Rz. 686; *Gotthardt*, Schuldrechtsreform, Rz. 111.

65 BT-Drs. 14/6040, S. 130; so schon die Rechtsprechung des BAG zu § 616 BGB bei Pflichtenkollisionen vor der Schuldrechtsreform: BAG v. 19.04.1978 – 5 AZR 834/76, NJW 1978, 2316; BAG v. 20.06.1979 – 5 AZR 479/77, DB 1979, 1946.

66 *Henssler*, AcP 1990 (190), 539, 549.

67 *Greiner*, Ideelle Unzumutbarkeit, S. 207.

Kollision dieser Pflichten kann die Leistungserbringung für den Arbeitnehmer unzumutbar i.S.d. § 275 Abs. 3 BGB sein.⁶⁸ Ausschlaggebend hierfür ist das Ergebnis einer umfassenden Interessenabwägung über die zivilrechtliche Erheblichkeit der Pflichtenkollision.⁶⁹

a. Verpflichtung zur Personensorge

(1) Personensorge als Pflicht von Verfassungsrang

Eine explizite Pflicht zur Personensorge von Verfassungsrang⁷⁰ wird lediglich für die elterliche Sorge in Art. 6 Abs. 2 GG statuiert.⁷¹ Dort heißt es, dass die Pflege und Erziehung der Kinder nicht nur das „natürliche Recht der Eltern“, sondern auch die „zuvörderst ihnen obliegende Pflicht“ sind, wobei jedoch keine Aussage dahingehend getroffen wird, dass die Pflege und Erziehung der Kinder durch die Eltern selbst, also höchstpersönlich, vorgenommen werden muss.⁷² Die Elternverantwortung hat zudem in der einfachgesetzlichen Regelung des § 1626 BGB zur Personensorgepflicht Ausdruck gefunden.⁷³ Die zu § 616 BGB ergangene Rechtsprechung und Stimmen in der Literatur räumen der notwendigen Versorgung des Kindes regelmäßig den Vorrang vor den Interessen des Arbeitgebers ein.⁷⁴ Die Obergrenze des § 45 Abs. 4 SGB V mit einem Lebensalter

68 Greiner, NZA 2007, 490.

69 Henssler, AcP 1990 (190), 539, 550, der darauf hinweist, dass auch die verfassungsrechtlichen Interessen des Vertragspartners Berücksichtigung finden müssen, die Grundrechte das Ergebnis der Interessenabwägung zwar beeinflussen, aber nicht abschließend entscheidend sein können.

70 BVerfG v. 06.02.2001 – 1 BvR 12/92, NJW 2001, 957, 959; BVerfG v. 29.07.1968 – 1 BvL 20/63, 31/66 und 5/67, NJW 1968, 2233.

71 Auf eine umfassende Darstellung zur Pflichtenkollision im Rahmen der elterlichen Sorge wird angesichts der fehlenden Relevanz für das Thema Angehörigenpflege mit Blick auf die demographische Entwicklung verzichtet; siehe dazu ausführlich Greiner, Ideelle Unzumutbarkeit, S. 207 ff.

72 Daraus schließt Henssler, AcP 1990 (190), 539, 562 f., dass es keine rechtliche Pflicht zur „höchstpersönlichen“ Versorgung pflegebedürftiger Kinder gebe und das Leistungshindernis demnach an der allgemeinen Unzumutbarkeit zu messen sei.

73 Brose/Greiner, NZA 2011, 719, 720.

74 BAG v. 31.07.2002 – 10 AZR 578/01, BeckRS 2002 30275363; Greiner, Ideelle Unzumutbarkeit, S. 244 ff.; Staudinger/Oetker, § 616 BGB, Rz. 59.

von vollendeten zwölf Jahren könne hierbei als Richtwert herangezogen werden, sei jedoch nicht als starre verbindliche Grenze zu verstehen.⁷⁵

Eine vergleichbare verfassungsrechtliche Pflicht kommt angesichts der bisherigen Beschränkung des Familienbegriffs des Art. 6 GG auf die Kleinfamilie⁷⁶ in Form von Kindern und (auch unverheirateten)⁷⁷ Eltern nur für die Versorgung schwer erkrankter Eltern durch die Kinder in Betracht.

(2) Einfachgesetzliche Pflichten für Ehegatten und eingetragene Lebenspartnerschaften

Der Abwehr- und Schutzauftrag des Staates erstreckt sich nicht nur auf Regelungen, die die jeweiligen Familienmitglieder mit Rechten ausstatten, um die Familie vor schädigenden Einflüssen zu wahren. Vielmehr wird der Staat seinem Schutzauftrag nur dann gerecht, wenn er zur Wahrung und zum Schutze der Familie auch rechtlich verbindliche Pflichten für die Familienangehörigen selbst schafft.⁷⁸ Solche einfachgesetzliche Beistandspflichten sind für Ehepartner in § 1353 BGB und für eingetragene Lebenspartnerschaften in § 2 LPartG vorgesehen.⁷⁹

(3) Strafrechtliche Garantenpflicht

Die Grenze der Zumutbarkeit mit Blick auf die Pflicht zur Dienstleistung ist abseits von einer verfassungsrechtlichen oder einfachgesetzlichen Verpflichtung zur Personensorge *Oetker* und *Greiner* zufolge immer dann erreicht, wenn der Dienstverpflichtete zur Erfüllung der Vertragspflicht

75 HWK/Krause, § 616 BGB, Rz. 24; Staudinger/Oetker, § 616 BGB, Rz. 59.

76 Vgl. BVerfG v. 29.07.1959 – 1 BvR 205/58, BVerfGE 10, 59, 66; Rauscher, Familienrecht, S. 33.

77 Rauscher, Familienrecht, S. 33.

78 Eine Beschränkung der gesetzgeberischen Ausgestaltung derartiger Pflichten besteht nur durch das Über- und Untermaßverbot, vgl. *Greiner*, Ideelle Unzumutbarkeit, S. 248 m.w.N.

79 *Greiner*, Ideelle Unzumutbarkeit, S. 251.