



Kommunaler
Arbeitgeberverband
Bayern e.V.

R U N D S C H R E I B E N

A 10/2008

Juni 2008

Informationsblatt des KAV Bayern e.V.

Herausgeber:

KAV Bayern e.V. • Hermann-Lingg-Str. 3 • 80336 München
Telefon: 089 53 09 87-0 • Telefax: 089 53 09 87-26
e-mail: info@kav-bayern.de • Internet: www.kav-bayern.de

Jahresabonnement: 240,00 € kündbar zum Jahresende;
für Mitglieder im Beitrag enthalten

Die veröffentlichten Rundschreiben einschließlich aller ihrer Teile sind urheberrechtlich geschützt. Jeder Nachdruck bedarf der Einwilligung des KAV Bayern. Dies gilt auch für die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Gesamtherstellung A-Rundschreiben:
Werkstätten für behinderte Menschen GmbH,
Postfach 1941, 85319 Freising

München, 23.06.2008

Az.: 1 – 23

Wu/he

Pflegezeitgesetz	3
I. Einleitung	3
II. Anwendungsbereich	4
III. Kurzzeitige Arbeitsverhinderung	5
1. Anspruchsvoraussetzungen	5
a) Naher Angehöriger	5
b) (zu erwartende) Pflegebedürftigkeit	6
c) Akute Pflegesituation	6
d) Erforderlichkeit der Arbeitsbefreiung	7
2. Beginn und Umfang der kurzzeitigen Arbeitsbefreiung	7
3. Anzeige- und Nachweispflicht	7
a) Anzeigepflicht	7
b) Nachweispflicht	8
4. Entgeltfortzahlungspflicht	8
a) Im Anwendungsbereich des TVöD	9
b) Im Anwendungsbereich des TV-V oder TV-N Bayern	9
c) Bei fehlender Tarifbindung	10
d) Im Ausbildungsverhältnis	10
5. Sozialversicherungsrechtliche Auswirkungen	11
IV. Pflegezeit	11
1. Anspruchsvoraussetzungen	11
a) Pflegebedürftiger naher Angehöriger	11
b) Tatsächliche Pflege / Pflegeabsicht im Zeitpunkt der Antragstellung	11
c) Häusliche Umgebung	12
d) Mindestbeschäftigtenzahl (Schwellenwert)	13
2. Teilzeit während der Pflegezeit	13
a) Umfang des Anspruchs	14
b) Entgegenstehende dringende betriebliche Gründe	14
3. Ankündigung	15
a) Form der Ankündigung	15
b) Ankündigungsfrist	15
4. Nachweispflicht	16
a) Inhalt und Umfang	16
b) Frist	16
c) Verletzung der Nachweispflicht	17

5.	Modalitäten der Inanspruchnahme.....	17
a)	Beginn der Pflegezeit.....	17
b)	Dauer und Verlängerung.....	18
c)	Beendigung.....	19
aa)	Ausnahmefall: vorzeitige Beendigung.....	19
bb)	Unterrichtungspflicht.....	19
6.	Rechtsfolgen.....	20
a)	Stufenlaufzeit, Jahressonderzahlung und Beschäftigungszeit.....	20
b)	Erholungsurlaub.....	20
c)	Im Berufsausbildungsverhältnis.....	21
d)	Sozialversicherungsrechtliche Auswirkungen.....	21
V.	Befristung von Ersatzkräften	22
1.	Verhältnis zum TzBfG.....	22
2.	Zulässige Höchstdauer.....	22
3.	Sonderkündigungsrecht.....	23
a)	Anwendung des KSchG.....	23
b)	(Tarif-)vertraglicher Ausschluss des Kündigungsrechts.....	23
VI.	Sonderkündigungsschutz	24
1.	Reichweite.....	24
2.	Beginn, Dauer und Beendigung.....	25
3.	Sonderkündigungsschutz in der Wartezeit des KSchG?.....	26
VII.	Unabdingbarkeit und das Verhältnis zu Tarifnormen	26
1.	Verhältnis zum TVöD.....	26
a)	Arbeitsbefreiung gem. § 29 TVöD.....	26
b)	Sonderurlaub gem. § 28 TVöD.....	27
c)	Teilzeitbeschäftigung gem. § 11 TVöD.....	28
2.	Verhältnis zum TV-V und TV-N Bayern.....	28
a)	Arbeitsbefreiung gem. § 15 Abs. 2 TV-V/TV-N.....	28
b)	Sonderurlaub gem. § 15 Abs. 1 TV-V/TV-N.....	29
c)	Teilzeitbeschäftigung gem. § 7 Abs. 1 TV-V/TV-N.....	29
VIII.	Fazit	30
 Anlagen		
Anlage 1	– Gesetz über die Pflegezeit vom 30.05.2008 (Auszug aus BGBl. I 2008).....	31
Anlage 2	– Arbeitsvertragsmuster TVöD – befristete Einstellung nach § 6 PflegeZG.....	34
Anlage 3	– Arbeitsvertragsmuster TV-V/TV-N Bayern – befristete Einstellung nach § 6 PflegeZG.....	38

Pflegezeitgesetz

I. Einleitung

Am 01.07.2008 tritt das neue Pflegezeitgesetz (PflegeZG) in Kraft. Der Bundestag hat am 14.03.2008 den Entwurf eines Gesetzes zur strukturellen Weiterentwicklung der Pflegeversicherung (Pflege-Weiterentwicklungsgesetz - PfwG) verabschiedet. Neben umfangreichen Änderungen, vor allem einer Ausweitung der Leistungen im Bereich der Pflegeversicherung und einer sozialversicherungsrechtlichen Absicherung von pflegenden Angehörigen beinhaltet das PfwG in Art. 3 ein Gesetz über die Pflegezeit (BGBl I S. 896). Dieses aus insgesamt acht Paragraphen bestehende Pflegezeitgesetz ist diesem Rundschreiben als **Anlage 1** beigelegt.

Durch die Einführung des PflegeZG soll nach dem Willen des Gesetzgebers die ambulante Pflege, insbesondere auch die häusliche Pflege durch Angehörige, gestärkt werden, da es dem Wunsch vieler pflegebedürftiger Menschen entspricht, durch vertraute Angehörige in gewohnter Umgebung gepflegt zu werden. Um dieses Ziel leichter zu erreichen, soll nach § 1 PflegeZG für Beschäftigte die Möglichkeit eröffnet werden, nahe Angehörige in häuslicher Umgebung zu pflegen und zusätzlich sollen die Rahmenbedingungen für die Vereinbarkeit von Beruf und familiärer Pflege verbessert werden (siehe auch *BT-Drucks. 16/7439, S. 90*).

Die neuen Pflegezeitregelungen basieren dabei auf zwei Säulen: Beim unvorhersehbaren Eintritt einer akuten Pflegesituation haben Beschäftigte das Recht, kurze Zeit, d.h. bis zu zehn Arbeitstage, der Arbeit fernzubleiben, um die sofortige Pflege eines nahen Angehörigen zu organisieren und eine pflegerische Versorgung sicherzustellen (1. Säule). Ist eine längere Pflege in häuslicher Umgebung erforderlich, können berufstätige Angehörige von pflegebedürftigen Personen bis zu einer Dauer von sechs Monaten die vollständige oder teilweise Freistellung von der Arbeit verlangen (2. Säule). Die kurzzeitige Arbeitsverhinderung nach § 2 sowie die Pflegezeit nach § 3 sind somit die zentralen Regelungsgegenstände des Gesetzes. Daneben beinhaltet das PflegeZG eine Zielfestlegung in § 1, Begriffsbestimmungen in § 7, eine Kündigungsschutzregelung in § 5, einen eigenen Schwellenwert für die Inanspruchnahme der Pflegezeit in § 3 sowie Sondertatbestände zum Befristungsrecht in § 6 und letztlich eine Unabdingbarkeitsklausel in § 8.

Damit schafft das PflegeZG ein durch Sonderkündigungsschutz und Befristungsregeln flankiertes System der Freistellung von Beschäftigten zur Pflege naher Angehöriger entweder kurzzeitig bis zu zehn Arbeitstage (§ 2) oder längerfristig durch die Inanspruchnahme einer Pflegezeit bis zu sechs Monate (§ 3), wobei diese längerfristige Freistellung von der Arbeit auch nur teilweise in Form von Teilzeit in Anspruch genommen werden kann. Damit geht das PflegeZG weit über die bisher vorhandenen tariflichen Regelungen zur Freistellung hinaus (*vgl. dazu Ziff. VII., S. 26 ff.*).

II. Anwendungsbereich

Die Regelungen des PflegeZG gelten nach dessen Wortlaut für „Beschäftigte“. Aus § 7 Abs. 1 ergibt sich, dass Beschäftigte i.S.d. PflegeZG

- Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer,
- die zu ihrer Berufsbildung Beschäftigten,
- arbeitnehmerähnliche Personen sowie
- in Heimarbeit Beschäftigte

sind.

Mit der Benennung der Vertragsparteien mit „Arbeitgeber“, „Arbeitnehmer“ oder „Beschäftigte“ soll im Folgenden jeweils sowohl die männliche, als auch die weibliche Form mit erfasst werden. Ausschließlich aus Gründen der besseren Lesbarkeit unserer Ausführungen beschränken sich die Formulierungen im Folgenden auf die männliche Form.

Der Begriff des Arbeitnehmers in § 7 Abs. 1 Nr. 1 bestimmt sich nach dem allgemeinen arbeitsrechtlichen Arbeitnehmerbegriff. Hierzu zählen voll- und teilzeitbeschäftigte Mitarbeiter, Arbeitnehmer, die unter den Geltungsbereich eines Tarifvertrages fallen sowie Arbeitnehmer, für die ein Tarifvertrag nicht gilt, befristet und geringfügig beschäftigte Arbeitnehmer. Neben Arbeitnehmern findet das PflegeZG auch auf alle zu ihrer Berufsbildung Beschäftigten, d.h. Auszubildende, Praktikanten, Diplomanten, Volontäre etc. Anwendung. Zuletzt sind vom Anwendungsbereich sogar an sich selbstständig tätige Personen erfasst, nämlich Personen, die wegen ihrer wirtschaftlichen Unselbständigkeit als arbeitnehmerähnliche Personen anzusehen sind, wozu auch die in Heimarbeit Beschäftigten und ihnen Gleichgestellte gehören sollen. Für arbeitnehmerähnliche Personen enthält das Tarifvertragsgesetz (TVG) in § 12a Abs. 1 Nr. 1 eine Legaldefinition. Danach handelt es sich um Personen, die wirtschaftlich abhängig und vergleichbar einem Arbeitnehmer sozial schutzwürdig sind. Daraus ist zu schlussfolgern, dass neben der in § 7 Abs. 1 Nr. 3 ausdrücklich genannten wirtschaftlichen Unselbständigkeit außerdem die soziale Schutzwürdigkeit Voraussetzung für die Anwendung des PflegeZG ist. Denn ansonsten ist nicht von einer arbeitnehmerähnlichen Person i.S.d. TVG auszugehen. Hierfür spricht auch die Gesetzesbegründung. Dort heißt es: „Arbeitnehmerähnliche Personen sind im Hinblick auf die Inanspruchnahme von Pflegezeit wegen ihrer wirtschaftlichen Abhängigkeit sozial ebenso schutzwürdig wie Arbeitnehmer“ (*BT-Drucks. 16/7439, S. 93 f.*).

Für Beamte, die sich für die Pflege eines Angehörigen freistellen lassen wollen, gelten die arbeitsrechtlichen Regelungen des PflegeZG nicht (*BT-Drucks. 16/7439, S. 40*). In diesem Fall sind ausschließlich die beamtenrechtlichen Vorschriften (vgl. Art. 80b BayBG) anzuwenden, wonach sich Beamte für bis zu zwölf Jahre zur Pflege eines Angehörigen von der Dienstleistung befreien lassen können.

Die Ansprüche aus dem PflegeZG können gegenüber Arbeitgebern geltend gemacht werden. Wer Arbeitgeber ist, bestimmt § 7 Abs. 2. Arbeitgeber i.S.d. PflegeZG sind danach natürliche und juristische Personen sowie rechtsfähige Personengesellschaften, die Personen nach Abs. 1, d.h. Beschäftigte, be-

schäftigen. Für arbeitnehmerähnliche Personen, insbesondere für die in Heimarbeit Beschäftigten und ihnen Gleichgestellten, tritt an die Stelle des Arbeitgebers der Auftraggeber oder Zwischenmeister.

III. Kurzzeitige Arbeitsverhinderung

§ 2 Abs. 1 eröffnet Beschäftigten die Möglichkeit, bis zu zehn Arbeitstage bei akut auftretenden Pflegesituationen der Arbeit fernzubleiben, wenn dies erforderlich ist, um eine bedarfsgerechte Pflege für einen nahen Angehörigen zu organisieren oder eine pflegerische Versorgung eines nahen Angehörigen in dieser Zeit sicherzustellen (kurzzeitige Arbeitsverhinderung).

1. Anspruchsvoraussetzungen

Der Anspruch auf Arbeitsbefreiung bis zu maximal zehn Arbeitstage besteht nur, wenn sämtliche Voraussetzungen des § 2 erfüllt sind. Eine bestimmte Mindestanzahl an Beschäftigten (mehr als 15 Beschäftigte) ist für die kurzzeitige Arbeitsbefreiung, anders als bei der Pflegezeit, keine Anspruchsvoraussetzung.

a) Naher Angehöriger

Zunächst muss es sich bei dem Pflegebedürftigen um einen nahen Angehörigen des Beschäftigten i.S.v. § 7 Abs. 3 handeln. Nahe Angehörige sind danach

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

Lebenspartner i.S.d. PflegeZG sind zwei Personen gleichen Geschlechts, die eine Lebenspartnerschaft i.S.d. Lebenspartnerschaftsgesetz (LPartG) miteinander begründet haben. Der Begriff der eheähnlichen Gemeinschaft i.S.v. § 7 Abs. 3 Nr. 2 ist u.E. sozialrechtlich auszulegen. Eheähnlich ist eine Verbindung zweier Partner unterschiedlichen Geschlechts danach nur, wenn sie auf Dauer angelegt ist, daneben keine weitere Lebensgemeinschaft gleicher Art zulässt und sich durch innere Bindungen auszeichnet, die ein gegenseitiges Entstehen der Partner in Not- und Wechselfällen des Lebens begründen, also über die Beziehung einer reinen Haushalts- und Wirtschaftsgemeinschaft hinausgehen (BSG, Ur. v. 17.10.2002, Az.: B 7 AL 96/90 R). Kriterien für die Ernsthaftigkeit einer eheähnlichen Beziehung sind insbesondere deren Dauerhaftigkeit und Kontinuität, eine bestehende Haushalts- und Wirtschaftsgemeinschaft sowie weitere Umstände, wie z.B. die gemeinsame Versorgung von Angehörigen (BSG, Ur. v. 17.10.2007, Az.: B 11a/7a AL 52/06 R). Schwiegereltern bzw. Schwiegerkinder sind die Eltern bzw. Kinder des Ehegatten bzw. des eingetragenen Lebenspartners (§ 11 Abs. 2 LPartG).

Nicht zu den nahen Angehörigen i.S.v. § 7 Abs. 3 zählen nach der abschließenden

Aufzählung die Kinder, Adoptiv- oder Pflegekinder des Partners in eheähnlicher Gemeinschaft. Auch die Urgroßeltern und Urenkel, Onkel, Tanten, Nichten, Neffen, Schwägerinnen und Schwager sowie die Stiefeltern sind keine nahen Angehörigen i.S.d. PflegeZG. Für diese Personen bestehen Ansprüche nach dem PflegeZG nicht.

b) (zu erwartende) Pflegebedürftigkeit

- aa) Pflegebedürftig i.S.v. § 7 Abs. 4 sind Personen, die die Voraussetzungen nach den §§ 14 und 15 SGB XI erfüllen. Gemäß § 14 Abs. 1 SGB XI sind Personen pflegebedürftig, 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 Maß (§ 15 SGB XI) der Hilfe bedürfen. Diese Voraussetzungen erfüllen alle Personen, bei denen mindestens die Pflegestufe I (erheblich Pflegebedürftige gem. § 15 Abs. 1 Nr. 1 SGB XI) festgestellt ist.
- bb) Gemäß § 7 Abs. 4 Satz 2 reicht es für eine kurzzeitige Freistellung gem. § 2 auch aus, dass der nahe Angehörige des Beschäftigten die Voraussetzungen nach den §§ 14, 15 SGB XI voraussichtlich erfüllt, also eine Pflegestufe voraussichtlich festgestellt wird. Denn aus der Gesetzesbegründung ergibt sich, dass im Hinblick auf das gesetzgeberische Ziel des § 2 auch eine „voraussichtlich zu erwartende Pflegebedürftigkeit“ genügt (*BT-Drucks. 16/7439, S. 94*). Was genau unter „voraussichtlich zu erwartender Pflegebedürftigkeit“ zu verstehen ist, lässt sowohl der Gesetzeswortlaut als auch die Gesetzesbegründung offen. Fest steht, dass die bloße Möglichkeit des Eintritts einer Pflegebedürftigkeit nicht ausreicht. Es müssen vielmehr konkrete Umstände vorliegen, die den Eintritt von Pflegebedürftigkeit i.S.v. §§ 14, 15 SGB XI als (überwiegend) wahrscheinlich erscheinen lassen (*ebenso Müller, Das Pflegezeitgesetz und seine Folgen für die arbeitsrechtliche Praxis, Betriebsberater - BB 2008, 1058, 1059*). Bei Zweifeln kann der Arbeitgeber vom Beschäftigten verlangen, die voraussichtlich zu erwartende Pflegebedürftigkeit durch Vorlage einer ärztlichen Bescheinigung nachzuweisen (*siehe hierzu Ziff. III. 3. b, S. 8*).

c) Akute Pflegesituation

Nach § 2 Abs. 1 muss außerdem eine „akut aufgetretene Pflegesituation“ vorliegen. In der Gesetzesbegründung zur kurzzeitigen Arbeitsverhinderung ist in diesem Zusammenhang von „plötzlich auftretenden Akutereignissen“ sowie dem „unerwarteten Eintritt der besonderen Pflegesituation“ die Rede (*BT-Drucks. 16/7439, S. 90*). Voraussetzung ist demnach, dass der Eintritt der Pflegebedürftigkeit nicht vorhersehbar war, der Beschäftigte also keine Möglichkeit hatte, angemessen durch das frühzeitige Ergreifen geeigneter Maßnahmen zu reagieren. Die Notwendigkeit, sich sehr kurzfristig über Pflegeangebote informieren zu müssen bzw. die erforderlichen Organisationsschritte sehr schnell einzuleiten, muss also auf vom Beschäftigten nicht rechtzeitig erkennbaren Umständen beruhen; er darf sich diesbezüglich nicht selbst unter „Zugzwang“ gesetzt haben, indem er z.B. zu lange untätig war, obwohl sich die Pflegesituation bereits abzeichnete (*Müller, BB 2008, 1058,*

1059). Die Pflegebedürftigkeit muss plötzlich, unerwartet und unvermittelt aufgetreten sein (Müller, a.a.O.).

Fraglich ist, ob der Wortlaut des § 2 Abs. 1 „akut auftretende Pflegesituation“ eine Einschränkung dahingehend beinhaltet, dass nur der erstmalige Eintritt der Pflegesituation einen Anspruch auf kurzzeitige Arbeitsbefreiung auslöst. Dies hätte zur Folge, dass der Beschäftigte, der bereits vier Arbeitstage Arbeitsbefreiung in Anspruch genommen hat, nicht noch einmal verlangen kann, für (die verbleibenden) sechs Arbeitstage freigestellt zu werden, wenn bei demselben Angehörigen später noch einmal eine akute Pflegesituation auftritt. Für dieses Ergebnis spricht die Gesetzesbegründung. Dort heißt es: „Das Recht, der Arbeit fernzubleiben, ist auf Akutfälle begrenzt und kann nur in Anspruch genommen werden, wenn im konkreten Fall die Notwendigkeit einer pflegerischen Versorgung besteht. Dies wird regelmäßig nur einmal je pflegebedürftigen Angehörigen der Fall sein, so dass dieses Recht regelmäßig auch nur einmal pro Pflegefall ausgeübt wird“ (BT-Drucks. 16/7439, S. 91).

d) Erforderlichkeit der Arbeitsbefreiung

Letztlich muss die kurzzeitige Arbeitsbefreiung auch erforderlich sein, um eine bedarfsgerechte Pflege zu organisieren oder eine pflegerische Versorgung sicherzustellen. An der Erforderlichkeit fehlt es zum einen, wenn eine bedarfsgerechte Pflege oder pflegerische Versorgung anderweitig organisiert oder sichergestellt werden kann. Ist also z.B. eine andere Person in der Lage, für den nahen Angehörigen die erforderlichen Maßnahmen zu ergreifen, scheidet ein Anspruch auf kurzzeitige Arbeitsbefreiung aus (ebenso Müller, BB 2008 1058, 1059). Des Weiteren ist die Inanspruchnahme der kurzzeitigen Arbeitsbefreiung auch nur dann erforderlich, wenn der Beschäftigte subjektiv gewillt und objektiv in der Lage ist, die Pflege des nahen Angehörigen zu organisieren bzw. seine Versorgung sicherzustellen.

2. Beginn und Umfang der kurzzeitigen Arbeitsbefreiung

Nach § 2 Abs. 1 besteht der Anspruch längstens bis zu zehn Arbeitstage pro pflegebedürftigen Angehörigen. Da es sich in den Fällen des § 2 um plötzlich und unerwartet auftretende Akutereignisse handelt, hat der Gesetzgeber eine Ankündigungsfrist für nicht erforderlich gehalten. Der Beschäftigte ist bei Eintritt der akuten Pflegesituation berechtigt, sofort der Arbeit fernzubleiben. Allerdings ist die Anzeigepflicht des § 2 Abs. 2 zu beachten (vgl. Ziff. III. 3. a, S. 7).

3. Anzeige- und Nachweispflicht

§ 2 Abs. 2 bestimmt eine Anzeige- und Nachweispflicht bei der Inanspruchnahme der kurzzeitigen Arbeitsbefreiung.

a) Anzeigepflicht

Gemäß § 2 Abs. 2 sind Beschäftigte verpflichtet, dem Arbeitgeber ihre Verhinderung an der Arbeitsleistung und deren voraussichtlicher Dauer unverzüglich mitzuteilen (Anzeigepflicht).

Die Mitteilung hat unverzüglich, d.h. nach der Legaldefinition des § 121 Abs. 1 Satz 1 BGB ohne schuldhaftes Zögern zu erfolgen. Die Regelung in § 2 Abs. 2 ist § 5 Abs. 1 Satz 1 EFZG nachgebildet, weshalb auch die Rechtsprechung zum Entgeltfortzahlungsgesetz auf § 2 Abs. 2 Satz 1 übertragbar ist. Danach bedeutet ohne schuldhaftes Zögern im Normalfall, dass der Beschäftigte dafür Sorge trägt, dass der Arbeitgeber bereits am ersten Tag der festgestellten (oder voraussichtlich zu erwartenden) Pflegebedürftigkeit des nahen Angehörigen während der ersten Betriebsstunden informiert wird (*BAG, AP Nr. 23 zu § 1 KSchG 1969 Verhaltensbedingte Kündigung*). Eine spezielle Form für die Mitteilung schreibt das PflegeZG nicht vor. Sie kann mündlich, telefonisch, per Telefax, E-Mail, SMS und sofern dies noch rechtzeitig möglich ist, auch schriftlich erfolgen. Der Beschäftigte kann die Pflegebedürftigkeit i.S.v. § 2 Abs. 1 selbst anzeigen oder hierzu einen Dritten beauftragen.

b) Nachweispflicht

Gemäß § 2 Abs. 2 Satz 2 hat der Beschäftigte dem Arbeitgeber auf Verlangen eine ärztliche Bescheinigung über die Pflegebedürftigkeit des nahen Angehörigen und die Erforderlichkeit der in Abs. 1 genannten Maßnahmen vorzulegen. Anders als im Fall von § 5 Abs. 1 EFZG trifft den Beschäftigten die Nachweispflicht nicht automatisch kraft Gesetzes, sondern nur auf Verlangen des Arbeitgebers. Die Verletzung der Nachweispflicht hat keinen Einfluss auf die Wirksamkeit der kurzzeitigen Freistellung, sofern die Voraussetzungen für die Freistellung tatsächlich erfüllt sind. Es handelt sich jedoch um eine Nebenpflicht aus dem Arbeitsverhältnis, deren Verletzung zur Abmahnung und Kündigung sowie zur Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen berechtigen kann.

Da die kurzzeitige Arbeitsverhinderung durch Akutereignisse verursacht wird, stellt das Gesetz in diesem Fall geringere Anforderungen an den Nachweis als bei der Inanspruchnahme von Pflegezeit. Hier muss der Beschäftigte - anders als im Fall der Pflegezeit gem. § 3 - keine Bescheinigung über die Begutachtung durch die Pflegekasse oder den Medizinischen Dienst der Krankenkassen vorlegen. Im Fall der kurzzeitigen Arbeitsverhinderung genügt vielmehr die Vorlage einer „einfachen“ ärztlichen Bescheinigung. Einer Begründung durch den Arzt bedarf es hierbei nicht. Es ist erforderlich, aber auch ausreichend, wenn sich aus der Bescheinigung ergibt, dass der namentlich bezeichnete nahe Angehörige (voraussichtlich) pflegebedürftig i.S.v. §§ 14, 15 SGB XI ist und die Organisation bedarfsgerechter Pflege oder die pflegerische Versorgung in der Zeit, für die die Arbeitsbefreiung in Anspruch genommen wird, notwendig ist.

Die Kosten der Bescheinigung sind vom Beschäftigten zu tragen. Denn die gesetzliche Verpflichtung zur Vorlage richtet sich an den Beschäftigten und nicht an den Arbeitgeber. Eine explizite Kostentragungspflicht durch den Arbeitgeber ist im PflegeZG nicht vorgesehen (*vgl. dazu auch A 9/2006 zur Kostenerstattung für Führungszeugnisse im laufenden Arbeitsverhältnis*).

4. Entgeltfortzahlungspflicht

Zur Entgeltfortzahlungspflicht im Fall der kurzzeitigen Arbeitsverhinderung enthält § 2 Abs. 3 lediglich den Hinweis, dass der Arbeitgeber zur Fortzahlung der Vergütung nur verpflichtet ist,

soweit sich eine solche Verpflichtung aus anderen gesetzlichen Vorschriften oder aufgrund einer Vereinbarung ergibt. In der Gesetzesbegründung heißt es dazu, ein gesetzlicher Anspruch auf Fortzahlung der Vergütung könne sich z.B. aus § 616 BGB oder aus § 19 Abs. 1 Nr. 2 Buchst. b) BBiG ergeben, aber auch individual- und kollektivrechtliche Vereinbarungen könnten Ansprüche auf Vergütungszahlungen enthalten (*BT-Drucks. 16/7439 S. 92*). Unter „Vereinbarungen“ i.S.v. § 2 Abs. 3 fallen daher auch tarifvertragliche Regelungen.

a) Im Anwendungsbereich des TVöD

Die Bestimmung des § 616 BGB ist grundsätzlich abdingbar (*BAG, zuletzt mit Urt. v. 23.01.2008, Az.: 5 AZR 1036/06*). Dabei geht die Rechtsprechung regelmäßig davon aus, dass § 616 BGB durch eine Tarifvorschrift auf bestimmte Fälle beschränkt und im Übrigen ausgeschlossen werden kann (*BAG, Urt. v. 17.10.1985, AP Nr. 1 zu § 18 BAT; Urt. v. 25.02.1987, Nr. 3 zu § 52 BAT*). Dies ist mit § 29 TVöD geschehen.

§ 29 Abs. 1 Buchst. e Doppelbuchst. aa) bis cc) TVöD enthält Regelungen zur bezahlten Arbeitsbefreiung von ein bis vier Arbeitstagen im Kalenderjahr in Fällen der schweren Erkrankung von Kindern, deren Betreuungspersonen und sonstigen Angehörigen, soweit sie im Haushalt des Beschäftigten leben. Dabei bestimmt § 29 Abs. 1 Satz 1 TVöD, dass nur diese Anlässe als Fälle nach § 616 BGB gelten und der Beschäftigte nur in diesen Fällen, unter Fortzahlung des Entgelts nach § 21 TVöD von der Arbeit freigestellt werden kann.

Ein Anspruch auf Entgeltfortzahlung bei der Inanspruchnahme kurzzeitiger Arbeitsbefreiung besteht daher im Geltungsbereich des TVöD maximal bis zu vier Arbeitstage pro Kalenderjahr, wenn die Voraussetzungen des § 29 Abs. 1 Buchst. e) Doppelbuchst. aa) bis cc) TVöD erfüllt sind (*vgl. dazu Ziff. VII. 1. a, S. 26f.*). Eine darüber hinausgehende **bezahlte** Freistellung ist ausgeschlossen. Sind die Voraussetzungen des § 29 Abs. 1 Buchst. e) TVöD nicht erfüllt, weil der Angehörige z.B. volljährig ist oder nicht im selben Haushalt lebt oder ist die Höchstgrenze von ein bis vier Tagen überschritten, muss der Arbeitgeber den Beschäftigten gem. § 2 zwar freistellen. Eine Entgeltfortzahlungspflicht besteht in diesen Fällen aber nicht.

b) Im Anwendungsbereich des TV-V oder TV-N Bayern

Gemäß § 15 Abs. 2 TV-V/TV-N kann dem Arbeitnehmer in dringenden Fällen in Anlehnung an § 616 BGB Arbeitsbefreiung unter Fortzahlung des Entgelts aufgrund einer Betriebs- oder Dienstvereinbarung gewährt werden. Sofern also eine Betriebs- oder Dienstvereinbarung existiert, kann diese die Regelung des § 616 BGB konkretisierende Fallgestaltungen enthalten und § 616 BGB - ebenso wie § 29 TVöD und § 29 BMT-G - im Übrigen abbedingen. Es kommt insoweit auf den Wortlaut der jeweiligen Dienst-/Betriebsvereinbarung an. Je nachdem, ob diese an die Grundregel des § 616 BGB anknüpft und diese lediglich für bestimmte Fallgestaltungen konkretisiert, ohne § 616 BGB im Übrigen auszuschließen oder ob § 616 im Übrigen vollständig abbedungen wird, kann ein Anspruch auf Entgeltfortzahlung entstehen. Er richtet sich dann nach den Regelungen der Dienst-/Betriebsvereinbarung. Sofern der konkrete Fall von der Dienst-/Betriebsvereinbarung

erfasst wird, besteht ein Anspruch in dem dort bezeichneten Umfang. Wird der Fall von der Dienst-/Betriebsvereinbarung nicht erfasst, ist aber die Grundregel des § 616 BGB aufrechterhalten worden, ist Entgeltfortzahlung in Anwendung des § 616 BGB zu gewähren (siehe hierzu Ziff. III. 4. c, S. 10). Wird der Fall nicht von der Dienst-/Betriebsvereinbarung erfasst und ist die Anwendung des § 616 BGB neben den in der Dienst-/Betriebsvereinbarung genannten Fällen ausgeschlossen (z.B. durch die Formulierung „als Anlässe im Sinne der von der Dienst-/Betriebsvereinbarung gelten nur“), steht ein Anspruch auf Entgeltfortzahlung nicht zu.

c) Bei fehlender Tarifbindung

Bei fehlender Anwendbarkeit eines Tarifvertrages gilt § 616 BGB. Danach wird der zur Dienstleistung Verpflichtete seines Anspruchs auf die Vergütung nicht dadurch verlustig, dass er für eine verhältnismäßig nicht erhebliche Zeit durch einen in seiner Person liegenden Grund ohne sein Verschulden an der Dienstleistung verhindert wird. Nach der Rechtsprechung waren schon bisher unvorhergesehene Erkrankungen naher Angehöriger, die die häusliche Pflege durch den Arbeitnehmer erfordern, als persönliches Leistungshindernis i.S.v. § 616 BGB anerkannt (*BAG, Urt. v. 20.06.1979, AP Nrn. 49 bis 51 zu § 616 BGB*). Hinsichtlich der Frage, ob noch eine verhältnismäßig nicht erhebliche Zeit der Verhinderung i.S.v. § 616 BGB vorliegt, stellt die Rechtsprechung auf das Verhältnis der Dauer des Arbeitsverhältnisses zur Dauer der Verhinderungszeit ab (*BAG, Urt. v. 17.12.1959, AP Nr. 21 zu § 616 BGB*). Es handelt sich bei der „verhältnismäßig nicht erheblichen Zeit der Verhinderung“ um einen unbestimmten Rechtsbegriff, der eine Festlegung auf eine feste Anzahl von Tagen nicht erlaubt. Es kommt stets auf die Umstände des Einzelfalles an, wobei insbesondere die Dauer, die Art und die Schwere des Verhinderungsfalles ebenso wie die Dauer des Arbeitsverhältnisses zu berücksichtigen sind. Dabei kann es sich aber auch bei schwerwiegenden Verhinderungsgründen regelmäßig nur um einen Anspruch für wenige Tage handeln (*Erf-K/Dörner, § 616 BGB Rn. 10*). Für wie viele Tage bezahlte Freistellung zu gewähren ist, wird letztendlich von der Rechtsprechung unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalles zu klären sein. Es ist dabei nicht auszuschließen, dass die Rechtsprechung einen Entgeltfortzahlungsanspruch nach § 616 BGB für bis zu zehn Arbeitstage in Anlehnung an die Höchstgrenze der kurzzeitigen Freistellung gem. § 2 PflegeZG als angemessen ansehen wird (*ebenso Bauer, Ein Gesetz von mäßiger Qualität, Arbeit und Arbeitsrecht - AuA 2008, S. 321*).

d) Im Ausbildungsverhältnis

Gemäß § 19 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 Buchst. b) BBiG ist dem Auszubildenden die Vergütung bis zur Dauer von sechs Wochen auch dann zu zahlen, wenn er aus einem sonstigen, in seiner Person liegenden Grund, unverschuldet verhindert ist, seine Pflichten aus dem Berufsausbildungsverhältnis zu erfüllen. Die Regelung ist an die des § 616 BGB angelehnt. Sie gibt dem Auszubildenden, anders als § 616 BGB, zum einen - unbeschadet des Verweises in § 12a TVAöD - einen **unabdingbaren** Anspruch (§ 25 BBiG). Zum anderen stellt sie die Auszubildenden auch gegenüber Arbeitnehmern im Anwendungsbereich des § 616 BGB besser, weil der Vergütungsanspruch nach § 19 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 Buchst. b) BBiG im Verhinderungsfall für die Dauer von bis zu sechs Wochen besteht und nicht nur für

eine verhältnismäßig nicht erhebliche Zeit. Auszubildenden ist deshalb bei der kurzzeitigen Pflege eines nahen Angehörigen nach § 2 die Fortzahlung der Ausbildungsvergütung für alle Tage der Arbeitsverhinderung (maximal zehn Arbeitstage) zu gewähren (*zur Anrechnung von Pflegezeit auf Berufsbildungszeiten vgl. Ziff. IV. 6. c, S. 21*).

5. Sozialversicherungsrechtliche Auswirkungen

Im Fall der kurzzeitigen Arbeitsverhinderung gem. § 2 besteht das sozialversicherungsrechtliche Beschäftigungsverhältnis fort. Eine Meldepflicht des Arbeitgeber besteht aus diesem Grunde nicht.

IV. Pflegezeit

Gemäß § 11 Abs. 3 können Beschäftigte die vollständige oder teilweise Freistellung von der Arbeitsleistung verlangen, wenn sie einen pflegebedürftigen nahen Angehörigen in häuslicher Umgebung pflegen (Pflegezeit).

1. Anspruchsvoraussetzungen

Für einen Anspruch auf Pflegezeit müssen die Voraussetzungen des § 3 Abs. 1 erfüllt sein.

a) Pflegebedürftiger naher Angehöriger

Für einen Anspruch auf Pflegezeit muss ein naher Angehöriger des Beschäftigten (*vgl. Ziff. III. 1. a, S. 5*) tatsächlich pflegebedürftig (*vgl. Ziff. III. 1. b aa, S. 6*) sein. Ausdrücklich hervorzuheben ist aber, dass für die Inanspruchnahme einer Pflegezeit - anders als bei der kurzzeitigen Arbeitsverhinderung nach § 2 - eine tatsächlich bestehende Pflegebedürftigkeit vorausgesetzt wird. Eine nur zu erwartende Pflegebedürftigkeit reicht für die Inanspruchnahme von Pflegezeit nicht aus. Es muss also zumindest die Pflegestufe I vorliegen.

b) Tatsächliche Pflege / Pflegeabsicht im Zeitpunkt der Antragstellung

Nach § 3 Abs. 1 besteht der Anspruch auf Pflegezeit nur, wenn der Beschäftigte einen pflegebedürftigen nahen Angehörigen in häuslicher Umgebung tatsächlich pflegt. Man wird davon ausgehen müssen, dass die tatsächliche Pflege des Angehörigen erst ab dem Zeitpunkt verlangt werden kann, zu dem die Pflegezeit, d.h. die Freistellung von der Arbeit, beginnt, auch wenn sich dies aus dem Wortlaut des Gesetzes nicht eindeutig ergibt. Denn zu dem Zeitpunkt, zu dem der Arbeitgeber das Bestehen eines Anspruchs auf Pflegezeit prüfen muss, ist das Vorliegen dieser Voraussetzung daher u.U. noch gar nicht feststellbar. Aus diesem Grund ist es u.E. ausreichend, dass zum Zeitpunkt der Ankündigung der Pflegezeit die ernsthafte Absicht besteht, den nahen Angehörigen während der Pflegezeit tatsächlich selbst zu pflegen und dass die Pflege dann mit dem Beginn der Pflegezeit tatsächlich aufgenommen wird (*ebenso Müller, BB 2008, 1158, 1160*). Dies folgt aus dem Sinn und Zweck des Gesetzes. Das PflegeZG soll dem Beschäftigten durch die Freistellung gerade erst in die Lage versetzen, die tatsächliche Pflege eines nahen Ange-

hörigen zu übernehmen. Aus diesem Grund kann nicht verlangt werden, dass die tatsächliche Durchführung der Pflege bereits zum Zeitpunkt der Ankündigung vorliegt.

Allerdings ist mit Beginn der Pflegezeit in jedem Fall die tatsächliche Pflege des nahen Angehörigen durch den Beschäftigten in eigener Person zwingende Voraussetzung. Das setzt voraus, dass der Beschäftigte tatsächlich gewillt und objektiv auch in der Lage ist, die Pflege seines nahen Angehörigen zu übernehmen.

c) Häusliche Umgebung

Die Pflege des nahen Angehörigen muss in häuslicher Umgebung stattfinden. Weil das PflegeZG im Rahmen des Gesetzes zur strukturellen Weiterentwicklung der Pflegeversicherung eingeführt wurde und sowohl in der Gesetzesbegründung als auch im Gesetzestext an verschiedenen Stellen auf die Regelung des SGB XI (Pflegeversicherung) verweist, bestehen hinreichend sichere Anhaltspunkte dafür, dass der Begriff der „häuslichen Umgebung“ i.S.d. Pflegeversicherungsrechts auszulegen ist (*ebenso Müller, BB 2008, 1058, 1061*). Der Begriff „häusliche Umgebung“ verlangt nicht zwingend die Aufnahme des Angehörigen in den eigenen Haushalt des Beschäftigten. Denn aus der Gesetzesbegründung folgt, dass mit der Einführung einer Pflegezeit dem Wunsch vieler pflegebedürftiger Menschen entsprochen wird „durch vertraute Angehörige in gewohnter Umgebung gepflegt zu werden“ (*BT-Drucks. 16/7439, S. 90*). Das kann - muss aber nicht - im eigenen Haushalt des Beschäftigten geschehen.

Es muss sich aber in jedem Fall um eine „häusliche Umgebung“ handeln. Darunter ist die Pflege in einem Haushalt zu verstehen. Der Begriff „häuslich“ ist so vom Begriff „stationär“ abzugrenzen. Grundsätzlich ist davon auszugehen, dass bei jeder Wohn- und Aufenthaltsform außerhalb von Pflegeheimen gem. § 71 Abs. 2 SGB XI die Voraussetzungen des Haushalts erfüllt sind (*Schulin, Handbuch des Sozialversicherungsrechts, Bd. 4, § 16 Rn. 14*). Nach der Rechtsprechung der Sozialgerichte kann eine häusliche Pflege auch dann vorliegen, wenn der Pflegebedürftige in einem Altenwohnheim oder einer Altenwohnung lebt, und zwar unabhängig davon, ob der Pflegebedürftige die Haushaltsführung eigenverantwortlich regelt oder nicht, solange es sich bei den Wohnheimen nicht um eine stationäre Einrichtung i.S.v. § 71 Abs. 2 SGB XI handelt. Das Gleiche kann gelten, wenn der Pflegebedürftige in einem Wohnheim für behinderte Menschen oder einer sonstigen Behinderteneinrichtung lebt (*BSG, Urt. v. 29.04.1999, USK 9949*). Es kommt auf das Bestehen eines individuellen Wohnumfeldes an. Erforderlich ist jeweils das Vorhandensein eines Haushalts und die Möglichkeit, diesen Haushalt selbst, d.h. auch durch Pflege- oder Betreuungspersonen, aber ohne vollständige Eingliederung in einen Heimbetrieb, zu führen (*Schulin, a.a.O., Rn. 16*). Maßgebend ist damit die Art der Durchführung der Pflege. Erfolgt diese im Rahmen eines umfassenden Vertrages, innerhalb dessen nicht nur die Pflege, sondern darüber hinausgehend auch Leistungen der Unterbringung, der Verpflegung usw. erbracht werden, handelt es sich nicht um eine häusliche Pflege i.S.d. Pflegeversicherungsrechts (*Behr/Orlowski/Rau/Schermer/Wasem/Zipperer, § 36 SGB XI, Rn. 8*).

d) Mindestbeschäftigtenzahl (Schwellenwert)

Gemäß § 3 Abs. 1 Satz 1 besteht der Anspruch auf Pflegezeit nicht gegenüber Arbeitgebern mit in der Regel 15 oder weniger Beschäftigten. Demnach sind sogenannte Kleinunternehmen (nicht Betriebe) mit i.d.R. weniger als 16 Beschäftigten von den Regelungen über die Pflegezeit ausgenommen. Ein Anspruch auf Pflegezeit besteht gegenüber diesen Arbeitgebern nicht.

Fraglich ist, wie bei der Ermittlung des Schwellenwertes mit Teilzeitbeschäftigten, Auszubildenden sowie arbeitnehmerähnlichen Personen umzugehen ist. Nach dem Wortlaut des PflegeZG ist entscheidend, dass beim Arbeitgeber in der Regel mehr als 15 „Beschäftigte“ tätig sind. Gemäß § 7 Abs. 1 zählen zu den Beschäftigten neben den Arbeitnehmern auch die zu ihrer Berufsbildung Beschäftigten sowie arbeitnehmerähnliche Personen. Auf einen Verweis auf den Schwellenwert des Kündigungsschutzgesetzes wurde verzichtet und statt dessen eine eigenständige Regelung des Schwellenwertes geschaffen. Es ist daher möglich, dass die Rechtsprechung bei der Auslegung des § 3 Abs. 1 Satz 1 zur Feststellung Mindestbeschäftigtenzahl Teilzeitarbeitskräfte nicht nur anteilig, sondern voll berücksichtigen wird, weil hierzu eine § 23 Abs. 1 KSchG entsprechende Regelung im PflegeZG fehlt. Andererseits ist auch eine Ausnahme für Personen in der Berufsausbildung - wie in § 15 Abs. 7 Nr. 1 BEEG - nicht in das PflegeZG aufgenommen worden, obwohl der Bundesrat in seiner Stellungnahme zum Entwurf des Pflege-Weiterentwicklungsgesetzes eine Herausnahme von Personen in Berufsbildung aus dem Schwellenwert angeregt hatte (vgl. *BR-Drucks. 718/07*). Dieser Vorschlag wurde abgelehnt, da zur Berufsbildung Beschäftigte auch einen Anspruch auf Pflegezeit haben, sei es systemgerecht, sie bei der Berechnung der Anwendungsschwelle zu berücksichtigen (*BT-Drucks. 16/7486*).

Gemäß § 6 Abs. 4 zählen bei der Ermittlung des Schwellenwertes Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer nicht mit, die sich in Pflegezeit (§ 3) oder kurzzeitiger Arbeitsfreistellung (§ 2) befinden, solange für sie aufgrund von § 6 Abs. 1 eine Vertreterin oder ein Vertreter eingestellt ist. Entsprechendes gilt, wenn es im Rahmen arbeitsrechtlicher Gesetze oder Verordnungen auf die Zahl der beschäftigten Arbeitnehmerinnen oder Arbeitnehmer bzw. auf die Zahl der Arbeitsplätze ankommt. Zweck von § 6 Abs. 4 ist es, eine Doppelzählung der Beschäftigten, die einen pflegebedürftigen nahen Angehörigen versorgen, und der vertretungsweise eingestellten Arbeitskräfte zu vermeiden (*BT-Drucks. 16/7439 S. 93*).

2. Teilzeit während der Pflegezeit

Gemäß § 3 Abs. 4 besteht für Beschäftigte, die nahe Angehörige in häuslicher Umgebung pflegen wollen, auch die Möglichkeit, eine nur teilweise Freistellung von der Arbeit in Anspruch zu nehmen. Mit anderen Worten gibt § 3 Abs. 4 Beschäftigten unter bestimmten Voraussetzungen einen Anspruch auf Teilzeitbeschäftigung während der Pflegezeit.

a) Umfang des Anspruchs

Sofern also nur eine teilweise Freistellung in Anspruch genommen werden soll, haben der Arbeitgeber und der betroffene Beschäftigte über die Verringerung und die Verteilung der Arbeitszeit eine schriftliche Vereinbarung zu treffen. Hierbei hat der Arbeitgeber den Wünschen des Beschäftigten zu entsprechen, es sei denn, dass dringende betriebliche Gründe entgegenstehen. Die Regelung ist insoweit § 15 Abs. 5 BEEG nachgebildet. Allerdings geht der Anspruch auf Teilzeit während der Pflegezeit sogar über den Anspruch auf Teilzeit während der Elternzeit hinaus. Denn nach § 15 Abs. 3 BEEG hat der Beschäftigte nur einen Rechtsanspruch auf eine Verringerung, kann aber eine bestimmte Lage der Arbeitszeit nicht erzwingen. Nach § 3 Abs. 4 besteht ein Rechtsanspruch des Beschäftigten, der teilweise Freistellung von der Arbeit im Rahmen von Pflegezeit verlangt, hingegen nicht nur hinsichtlich der Verringerung der Arbeitszeit, sondern sogar auch hinsichtlich ihrer Verteilung.

b) Entgegenstehende dringende betriebliche Gründe

Der Arbeitgeber darf den Antrag des Beschäftigten auf Verringerung und eine bestimmte Verteilung der Arbeitszeit nur ablehnen, wenn dringende betriebliche Gründe entgegenstehen.

Die Auslegung des unbestimmten Rechtsbegriffs „betriebliche Gründe“ ist entsprechend der Bestimmungen im Teilzeit- und Befristungsgesetz, vorzunehmen (*so auch Buchner/Becker, § 15 BErzGG, Rn. 49 m.w.N.*). Gemäß § 8 Abs. 4 Satz 2 TzBfG liegen betriebliche Gründe insbesondere vor, wenn die Verringerung der Arbeitszeit die Organisation, den Arbeitsablauf oder die Sicherheit im Betrieb wesentlich beeinträchtigt oder unverhältnismäßige Kosten verursacht. Nach der Rechtsprechung kommt es darauf an, ob das Gewicht der der gewünschten Änderung der Arbeitszeit entgegenstehenden betrieblichen Gründe so erheblich ist, dass die Erfüllung des Arbeitszeitwunsches des Arbeitnehmers zu einer wesentlichen Beeinträchtigung der Arbeitsorganisation, des Arbeitsablaufs, der Sicherung des Betriebs oder zu einer unverhältnismäßigen wirtschaftlichen Belastung des Betriebs führen würde (*BAG, Urt. v. 18.2.2003, Az.: 9 AZR 164/02*). Hohe Kosten, die für die Einrichtung eines Teilzeitarbeitsplatzes anfallen können, sowie die grundsätzliche Entscheidung des Arbeitgebers auf Teilzeitarbeitsplätze verzichten zu wollen, reichen jedenfalls nicht aus. Deshalb sind normale betriebliche Beeinträchtigungen, die stets mit einer Verringerung oder anderweitigen Verteilung der Arbeitszeit einhergehen, vom Arbeitgeber hinzunehmen. Erst wenn dem Arbeitgeber besondere oder außergewöhnliche Belastungen oder Beeinträchtigungen abverlangt werden, muss das Interesse des Beschäftigten an der Verringerung seiner Arbeitszeit hinter den betrieblichen Interessen zurückstehen (*LAG Düsseldorf, Urt. v. 19.04.2002, Az.: 9 (12) 11/02 = EzA SD 2002, Nr. 6, 9 bis 11; LAG Köln, Urt. v. 09.04.2003, Az.: 3 Sa 975/02 = LAG-Report 2003, 293 bis 296; LAG Düsseldorf, Urt. v. 02.07.2003, Az.: 12 Sa 407/03 = NZA- RR 2004, 234*). Die Nichtteilbarkeit des Arbeitsplatzes kann einen betrieblichen Grund zur Ablehnung des Teilzeitverlangens darstellen, z.B., wenn eine ständige Anwesenheit bzw. Erreichbarkeit bei einer notwendigen engen Zusammenarbeit mit Kunden erforderlich ist. Dies kann beispielsweise im Außendienst der Fall sein oder bei Leitungsfunktionen, die eine ständige

Anwesenheit des Beschäftigten erfordern und eine Delegation der Arbeitsaufgaben nicht zulassen.

Die betrieblichen Gründe müssen darüber hinaus dringend sein. Dringend sind solche Gründe dann, wenn die Verringerung zu einer erheblichen Beeinträchtigung der betrieblichen Belange führt. Als betrieblicher Grund i.S.d. Teilzeit- und Befristungsgesetzes war zudem das Fehlen einer geeigneten Ersatzkraft anerkannt, sofern sich der Arbeitgeber in der dort geltenden Achtwochenfrist nach Kräften bemüht hatte, eine Arbeitskraft anzuwerben, z.B. durch Nachfrage bei der Arbeitsagentur und das Schalten einer inner- und/oder außerbetrieblichen Stellenausschreibung. Hierbei darf sich der Arbeitgeber darauf beschränken, eine Teilzeitkraft im Umfang der ausfallenden Stunden anzuwerben. Sofern sich geeignete Bewerber finden, bedarf es einer nachvollziehbaren Begründung, falls der Arbeitgeber diese Bewerber mangels Eignung ablehnen will. Fraglich ist, inwieweit es - gerade auch mit Blick auf die sehr kurze Ankündigungsfrist von zehn Arbeitstagen - möglich sein wird, das Teilzeitbegehren eines Mitarbeiters, der einen nahen Angehörigen pflegen will, abzulehnen, mit der Begründung, es ist innerhalb dieser kurzen Frist nicht möglich gewesen, eine entsprechende Ersatzkraft zu finden. Hierbei wird der Arbeitgeber nur Erfolg haben können, wenn er alles ihm Zumutbare unternommen hat, eine Vertretung für die ausfallenden Stunden zu suchen.

Die Anforderungen der Rechtsprechung an das Vorliegen solcher dringender betrieblicher Gründe sind jedenfalls sehr hoch. Dem Arbeitgeber werden hier weitgehende Maßnahmen der Umorganisation bzw. der Beschaffung einer Vertretungskraft abverlangt. Es ist wohl davon auszugehen, dass der Arbeitgeber das Teilzeitverlangen eines Beschäftigten nach § 3 Abs. 4 nur dann ablehnen kann, wenn sich die Teilzeitbeschäftigung in keiner Weise mit den betrieblichen Belangen in Übereinstimmung bringen lässt (*so zumindest Schwedle, ZTR 2007, 655, 660*). Das gleiche gilt auch für die vom Beschäftigten gewünschte Verteilung und Lage der Arbeitszeit. Für das Entgegenstehen dringender betrieblicher Gründe gegen die Verringerung bzw. Verteilung der Arbeitszeit trägt der Arbeitgeber die Beweislast.

3. Ankündigung

Die Anforderungen an die Ankündigung auf Pflegezeit ergeben sich aus § 3 Abs. 3.

a) Form der Ankündigung

Gemäß § 3 Abs. 3 Satz 1 muss die Ankündigung der Pflegezeit gegenüber dem Arbeitgeber schriftlich erfolgen. Hierbei hat der Beschäftigte mitzuteilen, für welchen Zeitraum und in welchem Umfang er Pflegezeit in Anspruch nehmen will. Wenn der Beschäftigte nur eine teilweise Freistellung verlangt, hat er gem. § 3 Abs. 3 Satz 2 darüber hinaus die gewünschte Verteilung der Arbeitszeit anzugeben (*zur Schriftform siehe Ziff. III. 3. a, S. 7f.*).

b) Ankündigungsfrist

Die Ankündigung der Pflegezeit hat nach § 3 Abs. 3 Satz 1 spätestens zehn Arbeitstage vor ihrem Beginn zu erfolgen. Diese kurze Ankündigungsfrist wird die Arbeitgeber in der Praxis

vor erhebliche Herausforderungen stellen, da es nur selten möglich sein wird, innerhalb so kurzer Frist für nur wenige Wochen oder Monate eine qualifizierte Ersatzkraft zu finden. Trotzdem handelt es sich bei der Pflegezeit - wie bei der Elternzeit - um einen zwingenden Rechtsanspruch des Beschäftigten auf Freistellung. Der Arbeitgeber ist nicht berechtigt, die Pflegezeit aus dringenden betrieblichen Gründen abzulehnen. Etwas anderes gilt nur für den Anspruch auf Teilzeit während der Pflegezeit gem. § 3 Abs. 4 Satz 2 aus dringenden betrieblichen Gründen (vgl. Ziff. IV. 2. b, S. 14f.).

4. Nachweispflicht

a) Inhalt und Umfang

Gemäß § 3 Abs. 2 hat der Beschäftigte die Pflegebedürftigkeit des nahen Angehörigen durch Vorlage einer Bescheinigung der Pflegekasse oder des medizinischen Dienstes der Krankenversicherung (MDK) dem Arbeitgeber nachzuweisen. Auch bei privat Pflegepflichtversicherten ist ein entsprechender Nachweis zu erbringen. Damit geht die Nachweispflicht bei der Inanspruchnahme von Pflegezeit deutlich weiter als bei der nur kurzzeitigen Arbeitsverhinderung. Denn dort genügt eine ärztliche Bescheinigung über die Pflegebedürftigkeit des nahen Angehörigen (vgl. hierzu Ziff. III. 3. b, S. 8). Zudem ist der Nachweis bei der kurzfristigen Arbeitsverhinderung nur auf Verlangen zu erbringen. Für den Nachweis der Pflegebedürftigkeit bei der Pflegezeit ist es dagegen erforderlich, die Pflegebedürftigkeit mittels einer Bescheinigung der Pflegekasse oder des MDK unaufgefordert nachzuweisen. Dieser Nachweis ist erbracht, wenn sich aus der Bescheinigung die Pflegebedürftigkeit i.S.d. §§ 14, 15 SGB XI ergibt und die Stufe der Pflegebedürftigkeit angegeben ist.

b) Frist

Aus dem Gesetz ergibt sich keine Frist, innerhalb deren der Nachweis vom Beschäftigten zu erbringen ist. Es ist jedoch davon auszugehen, dass der Arbeitgeber berechtigt ist, dem Beschäftigten eine angemessene Frist für die Vorlage der Bescheinigung zu setzen. Frühestens kann die Bescheinigung zum Beginn der Pflegezeit verlangt werden. Dies folgt aus der Gesetzesbegründung. Dort heißt es: „Wurde die Inanspruchnahme von Pflegezeit gegenüber dem Arbeitgeber angekündigt, ist nach § 18 Abs. 3 SGB XI eine Begutachtung durch den Medizinischen Dienst der Krankenkassen innerhalb von zwei Wochen nach Eingang des Antrags bei der zuständigen Pflegekasse durchzuführen und der Antragsteller seitens des Medizinischen Dienstes der Krankenversicherung unverzüglich schriftlich darüber zu informieren, welche Empfehlung der Medizinische Dienst an die Pflegekasse weiterleitet.“ Sobald der Beschäftigte die Pflegezeit gegenüber seinem Arbeitgeber ankündigt, muss er also gleichzeitig dafür sorgen, dass der nahe Angehörige einen Antrag auf Feststellung der Pflegebedürftigkeit an die Pflegekasse richtet. Diese hat dann innerhalb von zwei Wochen durch den MDK prüfen zu lassen, ob die Voraussetzungen der Pflegebedürftigkeit erfüllt sind und welche Stufe der Pflegebedürftigkeit vorliegt. Der nahe Angehörige ist seitens des MDK unverzüglich schriftlich darüber zu informieren, welche Empfehlung der MDK an die Pflegekasse weiterleitet, d.h., ob die Voraussetzungen der Pflegebedürftigkeit festgestellt wurden oder nicht. Der MDK gibt nach Abschluss der

Begutachtung eine Empfehlung zum Vorliegen von Pflegebedürftigkeit und Pflegestufe ab. Sofern diese Vorgaben eingehalten werden, liegt also zum Zeitpunkt des Beginns der Pflegezeit (zehn Arbeitstage entsprechen i.d.R. zwei Wochen) eine Empfehlung des MDK vor, die dem antragstellenden pflegebedürftigen nahen Angehörigen allenfalls wenige Tage später zugehen wird.

Sofern die Pflegebedürftigkeit bereits festgestellt ist, wird eine Frist von drei Arbeitstagen in Anlehnung an § 5 Abs. 1 EFZG angemessen sein. Ist die Pflegebedürftigkeit noch nicht festgestellt, ist der Beschäftigte in jedem Fall verpflichtet, den nahen Angehörigen zu veranlassen, unverzüglich einen Antrag auf Feststellung der Pflegebedürftigkeit bei der Pflegekasse zu stellen. Im Anschluss daran kommt es auf das Verfahren im Einzelnen an. Es ist davon auszugehen, dass die Feststellung innerhalb von zwei bis drei Wochen vorliegt. Eine dreiwöchige Frist dürfte daher im Regelfall angemessen sein.

Hinsichtlich der privaten Pflege-Pflichtversicherung geht der Gesetzgeber davon aus, dass diese Verfahrensweise auch dort praktiziert wird (*BT-Drucks. 16/7439 S. 92*).

c) Verletzung der Nachweispflicht

Die Vorlage einer Bescheinigung der Pflegekasse bzw. des MDK ist keine Anspruchsvoraussetzung. Allerdings handelt es sich bei der Nachweispflicht aus § 3 Abs. 2 um eine Nebenpflicht aus dem Arbeitsverhältnis, deren Verletzung arbeitsrechtliche Konsequenzen auslösen kann. Außerdem ist zu beachten, dass - auch wenn der Nachweis selbst nicht Voraussetzung für die Inanspruchnahme der Pflegezeit ist - die Pflegebedürftigkeit aber unabhängig vom Nachweis gem. §§ 14, 15 SGB XI tatsächlich bestehen muss. Sofern der Beschäftigte die Pflegezeit beantragt, obwohl eine Pflegestufe noch nicht von den Pflegekassen festgestellt ist, trägt er das Risiko, dass eine Pflegebedürftigkeit i.S.v. §§ 14, 15 SGB XI bei seinem nahen Angehörigen nicht besteht und er daher keinen Anspruch auf Freistellung gem. § 3 hat. In diesem Fall läge eine unberechtigte Arbeitsverweigerung vor, die u.U. geeignet ist, Schadensersatzansprüche auszulösen oder dem Arbeitgeber im Einzelfall ein Recht zur Abmahnung oder sogar Kündigung geben kann.

5. Modalitäten der Inanspruchnahme

Die Modalitäten der Inanspruchnahme der Pflegezeit sowie deren (vorzeitiger) Beendigung sind in § 4 geregelt.

a) Beginn der Pflegezeit

Die Pflegezeit beginnt zu dem vom Beschäftigten gewünschten Termin. Allerdings ist die zehntägige Ankündigungsfrist des § 3 Abs. 3 zu beachten (*vgl. Ziff. IV. 3. b, S. 15f.*). Die Pflegezeit beginnt somit frühestens zehn Arbeitstage, nachdem der Beschäftigte seinem Arbeitgeber gegenüber schriftlich die Inanspruchnahme von Pflegezeit angekündigt hat. Der Beschäftigte kann auch einen späteren Beginn wählen bzw. die Pflegezeit seinem Arbeitgeber gegenüber längerfristig anzeigen. Hierzu ist er aufgrund seiner Loyalitäts- und

Rücksichtnahmepflichten aus dem Arbeitsverhältnis u.E. auch verpflichtet, wenn sich die Notwendigkeit einer Pflegezeit länger als zehn Arbeitstage im Voraus abzeichnet. Dies kann z.B. dann der Fall sein, wenn mehrere Familienmitglieder die Pflege eines nahen Angehörigen so organisiert haben, dass sie hintereinander geschaltet Pflegezeit in Anspruch nehmen. In diesem Fall ist der Beginn der Pflegezeit deutlich länger als nur zehn Arbeitstage im Voraus vorhersehbar. Deshalb ist der Beschäftigte hier verpflichtet, dem Arbeitgeber die Pflegezeit so frühzeitig mitzuteilen, dass dieser eine realistische Chance hat, eine Ersatzkraft bis zum Beginn der Pflegezeit einzustellen. Angemessen dürften in Anlehnung an das BEEG sieben Wochen sein. Zu erwähnen ist allerdings, dass mit der Ankündigung der Inanspruchnahme der Pflegezeit Sonderkündigungsschutz gem. § 5 eintritt (*vgl. hierzu Ziff. VI., S. 24 ff.*).

Im Falle der nur teilweisen Freistellung von der Arbeitspflicht beginnt die Pflegezeit - die Einhaltung der zehntägigen Ankündigungsfrist vorausgesetzt - frühestens zu dem Zeitpunkt, zu dem eine Vereinbarung zwischen dem Beschäftigten und dem Arbeitgeber über die teilweise Arbeitsbefreiung abgeschlossen ist.

b) Dauer und Verlängerung

Gemäß § 4 Abs. 1 Satz 1 beträgt die Pflegezeit für jeden pflegebedürftigen nahen Angehörigen längstens sechs Monate (Höchstdauer). Sie kann für jeden pflegebedürftigen Angehörigen nur einmal pro Berufsleben in Anspruch genommen werden. Die Pflegezeit ist an einem Stück zu nehmen. Es ist nicht möglich, sie auf verschiedene Zeitabschnitte aufzuteilen. Denn diese Möglichkeit sieht das PflegeZG, anders als das BEEG (§ 16 Abs. 1 Satz 5), nicht vor und dies widerspricht auch dem Sinn und Zweck der Pflegezeit (*ebenso Kossens, Das neue Pflegezeitgesetz, AuA 2008, 328, 329*). Sie kann aber auch für einen kürzeren Zeitraum als sechs Monate in Anspruch genommen werden.

§ 4 Abs. 1 Satz 2 sieht zudem die Möglichkeit einer Verlängerung bis zur Höchstdauer vor. Für die Verlängerung ist allerdings die Zustimmung des Arbeitgebers erforderlich, es sei denn, der Verlängerungswunsch beruht darauf, dass ein vorgesehener Wechsel in der Person des Pflegenden aus einem wichtigen Grund nicht erfolgen kann. In dem Fall, in dem sich mehrere Angehörige zur Pflege eines Hilfebedürftigen entschlossen und die gegenseitige Ablösung in der Pflege vereinbart haben, hat der Beschäftigte also einen Anspruch auf Verlängerung seiner Pflegezeit, wenn der ihn ablösende Angehörige aus wichtigem Grund die Pflege nicht übernehmen kann. Gleiches gilt, wenn die Aufnahme in eine stationäre Pflegeeinrichtung aus wichtigem Grund scheitert. In allen anderen Fällen hat der Arbeitgeber über den Antrag auf Verlängerung der Pflegezeit, nach billigem Ermessen zu entscheiden. Er muss die Entscheidung über den Antrag auf Verlängerung der Pflegezeit also unter Abwägung der betrieblichen Belange und der Interessen des Beschäftigten treffen. Erforderlich ist nur eine einfache Interessenabwägung; auf das Vorliegen entgegenstehender „dringender betrieblicher Gründe“ kommt es - anders als bei der Ablehnung eines Teilzeitverlangens gem. § 3 Abs. 4 - hier nicht an.

c) Beendigung

Die Pflegezeit endet grundsätzlich zu dem Zeitpunkt, bis zu dem der Beschäftigte Pflegezeit beantragt hat, spätestens aber nach sechs Monaten (Höchstdauer).

aa) Ausnahmefall: vorzeitige Beendigung

Gemäß § 4 Abs. 2 kann die Pflegezeit ausnahmsweise auch früher beendet werden, wenn

- der nahe Angehörige nicht mehr pflegebedürftig ist,
- die häusliche Pflege des Angehörigen unmöglich oder unzumutbar wird oder
- der Arbeitgeber der vorzeitigen Beendigung zustimmt.

Die Gesetzesbegründung nennt als Beispiele für ein Unmöglichwerden der Pflege durch den Beschäftigten, dass der nahe Angehörige vor Ablauf der Pflegezeit verstirbt oder in eine stationäre Pflegeeinrichtung aufgenommen werden muss. Unzumutbarkeit kann nach der Gesetzesbegründung beispielsweise angenommen werden, wenn aufgrund unvorhergesehener persönlicher Umstände die Finanzierung der Pflegezeit nicht mehr gesichert und der Beschäftigte auf die regelmäßige Arbeitsvergütung angewiesen ist (*BT-Drucks. 16/7439 S. 93*). Daneben sind natürlich auch weitere Fallgestaltungen denkbar: Zum Beispiel wenn der Beschäftigte aufgrund seines eigenen Gesundheitszustandes nicht mehr in der Lage ist, die Pflege des Angehörigen zu übernehmen. Liegen die besonderen Umstände gem. § 4 Abs. 2 Satz 1 vor, endet die Pflegezeit kraft Gesetzes, ohne dass es eines Antrages des Beschäftigten bedarf. Liegt kein derartiger Ausnahmefall vor, kann die Pflegezeit nur mit Zustimmung des Arbeitgebers auf Antrag des Beschäftigten vorzeitig beendet werden.

bb) Unterrichtungspflicht

Nach § 4 Abs. 2 Satz 2 ist der Beschäftigte verpflichtet, den Arbeitgeber unverzüglich über die veränderten Umstände, die ihn zur vorzeitigen Beendigung der Pflege berechtigen, zu unterrichten. Im Falle des Eintritts veränderter Umstände endet die Pflegezeit vier Wochen nach Eintritt dieser Umstände. In allen anderen Fällen kommt es darauf an, ob und zu welchem Zeitpunkt der Arbeitgeber dem vorzeitigen Ende der Pflegezeit zustimmt. Der Arbeitgeber hat ein berechtigtes Interesse, frühzeitig zu erfahren, wenn der Beschäftigte vor Ablauf der angekündigten Pflegezeit an seinen Arbeitsplatz zurückkehrt (*BT-Drucks. 16/7439 S. 93*). Diese Mitteilungspflicht ist zwar keine Voraussetzung für das vorzeitige Ende der Pflegezeit. Demnach berührt auch eine Verletzung dieser Mitteilungspflicht den Anspruch des Beschäftigten, vorzeitig an seinen Arbeitsplatz zurückkehren zu dürfen, nicht (*ebenso Müller, BB 2008, S. 1058, 1062*). Allerdings kann sich der Beschäftigte schadensersatzpflichtig machen, wenn er seine Unterrichtungspflicht schuldhaft verletzt. Außerdem liegt darin die Verletzung einer Nebenpflicht aus dem Arbeitsverhältnis, die zur Abmahnung berechtigen kann.

6. Rechtsfolgen

Sofern die Voraussetzungen des § 3 Abs. 1 (vgl. Ziff. IV. 1. a bis d, S. 11 ff.) erfüllt sind und darüber hinaus beim Verlangen einer nur teilweise Freistellung von der Arbeitspflicht keine dringenden betrieblichen Gründe entgegenstehen, hat der Beschäftigte einen Rechtsanspruch auf die Gewährung von Pflegezeit bzw. Teilzeit in der Pflegezeit. Die Zustimmung des Arbeitgeber ist nicht erforderlich. Die Arbeitsbefreiung erfolgt ohne Entgeltfortzahlung.

a) Stufenlaufzeit, Jahressonderzahlung und Beschäftigungszeit

Sofern eine vollständige Freistellung von der Arbeit gewährt wird, ist davon auszugehen, dass das Arbeitsverhältnis – ebenso wie bei der Inanspruchnahme von Elternzeit – für die Dauer der Inanspruchnahme der Pflegezeit ruht (vgl. BAG, Urt. v. 10.02.1993, Az.: 10 AZR 450/9 = NZA 1993, 801). Dementsprechend ist die Pflegezeit im Geltungsbereich des TVöD - anders als im TV-V/TV-N, wo es nur auf die Betriebszugehörigkeit ankommt - nicht auf die Stufenlaufzeit gem. § 16 Abs. 3 i.V.m. § 17 Abs. 3 TVöD anzurechnen. Zudem führt die Inanspruchnahme von Pflegezeit für jeden vollen Monat auch zu einer Verminderung der Jahressonderzahlung. Das ergibt sich aus § 20 Abs. 4 TVöD sowie aus § 16 Abs. 1 Satz 4 TV-V und § 16 Abs. 2 TV-N Bayern. Auf die Beschäftigungszeit i.S.d. TVöD ist die Pflegezeit u.E. anzurechnen, da § 34 Abs. 3 Satz 2 TVöD lediglich für die Zeiten eines Sonderurlaubs etwas anderes bestimmt.

b) Erholungsurlaub

Für die Auswirkungen auf den Anspruch des Beschäftigten auf Erholungsurlaub ist zu differenzieren. Der **gesetzliche Urlaubsanspruch** ist ausschließlich in den Fällen des § 5 Abs. 1 BUrlG zu zwölfeln (Nichterfüllung der Wartezeit, Ausscheiden in der ersten Jahreshälfte). Diese Regelung über den Teilurlaub ist abschließend. In anderen Fällen kommt eine Zwölfteilung nicht in Betracht, weil dadurch der unabdingbare Anspruch auf Vollurlaub gem. § 3 BUrlG betroffen wäre (Leinemann/Linck, § 5 BUrlG, Rn. 3, m.w.N.). Da das PflegeZG, anders als das BEEG (§ 17 Abs. 1 Satz 1), keine gesetzliche Regelung zur Urlaubskürzung enthält, kann der Mindesturlaub von 24 Werktagen pro Kalenderjahr daher nicht um die Zeiten der Inanspruchnahme der Pflegezeit gekürzt werden.

Etwas anderes gilt für den tariflichen **Urlaubsanspruch gem. § 26 TVöD**. Dieser vermindert sich gem. § 26 Abs. 2 Buchst. c) TVöD für jeden vollen Monat des Ruhens des Arbeitsverhältnisses um ein Zwölftel. Weil das Arbeitsverhältnis u.E. während der Pflegezeit ruht, ist der tarifliche Urlaubsanspruch deshalb für jeden vollen Kalendermonat der Pflegezeit um ein Zwölftel zu kürzen. Er darf jedoch den vollen gesetzlichen Mindesturlaub von 20 Arbeitstagen bei einer Verteilung der Arbeitszeit auf fünf Tage in der Woche nicht unterschreiten. Es ist daher wie beim Ausscheiden in der zweiten Jahreshälfte eine Vergleichsberechnung durchzuführen.

Im **Bereich des TV-V und des TV-N Bayern** fehlt eine derartige Kürzungsvorschrift bei ruhendem Arbeitsverhältnis. Dennoch ist es u.E. auch dort vertretbar, nicht den vollen tariflichen Jahresurlaub zu gewähren, wenn der Beschäftigte im laufenden Urlaubsjahr eine mehrmonatige

Pflegezeit in Anspruch nimmt. Zwar geht das BAG davon aus, dass der Urlaubsanspruch nicht voraussetzt, dass der Beschäftigte zur Erbringung von Arbeitsleistung verpflichtet war. Jedoch hat das BAG trotz der Grundannahme, dass ein Urlaubsanspruch auch für Zeiten des Ruhens des Arbeitsverhältnisses entstehen kann, soweit ersichtlich bisher in keinem Fall der Kürzung gegen einen Arbeitgeber aus dem öffentlichen Dienst entschieden. Weil im Fall des ruhenden Arbeitsverhältnisses alle gegenseitigen Hauptleistungspflichten suspendiert sind und das Arbeitsverhältnis praktisch nur noch als Hülle fortbesteht, halten wir auch im Bereich von TV-V und TV-N Bayern eine Kürzung des tariflichen Anspruchs unter Beachtung des gesetzlichen Mindesturlaubsanspruchs von 24 Werktagen für vertretbar.

c) Im Berufsausbildungsverhältnis

Gemäß § 4 Abs. 2 Satz 4 wird die Pflegezeit nicht auf Berufsbildungszeiten angerechnet. Sofern ein Auszubildender Pflegezeit in Anspruch nimmt, hat er einen Anspruch auf Verlängerung der zunächst vereinbarten Ausbildungszeit. Der Gesetzesbegründung kann hierzu entnommen werden: Soweit bestimmte Berufsbildungszeiten vereinbart worden sind, verlängert sich das der Berufsbildung dienende Vertragsverhältnis um die in Anspruch genommene Pflegezeit (*BT-Drucks. 16/7439, S. 92*).

d) Sozialversicherungsrechtliche Auswirkungen

Da die Versorgung pflegebedürftiger Menschen, nicht zuletzt aufgrund der demographischen Entwicklung in Deutschland, eine gesamtgesellschaftliche Aufgabe darstellt, sollen nach dem Willen des Gesetzgebers pflegebedürftige Angehörige sozialversicherungsrechtlich durch die Solidargesellschaft abgesichert werden. Deshalb wird die Pflegezeit in der Arbeitslosenversicherung als Versicherungszeit berücksichtigt und die Beiträge zur Arbeitslosenversicherung von der Pflegekasse übernommen. In der Kranken- und Pflegeversicherung gewährt die Pflegeversicherung in den Fällen, in denen keine anderweitige Absicherung, insbesondere durch eine Familienversicherung besteht, einen Beitragszuschuss in Höhe des Mindestbetrages zur Kranken- und Pflegeversicherung. Über die sozialversicherungsrechtlichen Konsequenzen der Inanspruchnahme der Pflegezeit hat sich der Beschäftigte selbst zu informieren. Arbeitgeber sollten ihre Beschäftigten diesbezüglich an die zuständigen Stellen verweisen. Hinzuweisen ist jedoch auf Folgendes:

Bei der vollständigen Freistellung von der Arbeitsleistung endet die bisher bestehende Versicherungspflicht am letzten Tag vor der Inanspruchnahme der Pflegezeit. Daher hat der Arbeitgeber den Beschäftigten abzumelden. Bei nur teilweiser Freistellung kommt es darauf an, in welchem Umfang der Beschäftigte weiterbeschäftigt wird. Sofern das Entgelt des Beschäftigten nach der Reduzierung der Arbeitszeit die Geringfügigkeitsgrenze von 400,00 EUR nicht übersteigt, liegt eine versicherungsfreie Beschäftigung vor. Die Beschäftigten sind für die Zeit der teilweisen Freistellung von der Arbeitsleistung im Rahmen der Pflegezeit der Minijob-Zentrale zu melden. In Fällen, in denen das Entgelt des Beschäftigten nach der Reduzierung der Arbeitszeit über 400,00 EUR bis 800,00 EUR liegt, ist die „Gleitzonenregelung“ bei der Beitragsberechnung zu berücksichtigen.

V. Befristung von Ersatzkräften

§ 6 enthält eine spezielle Regelung zur befristeten Einstellung von Ersatzkräften für die Dauer der Inanspruchnahme von Pflegezeit oder kurzzeitiger Arbeitsbefreiung eines Beschäftigten. Gemäß § 6 Abs. 1 liegt ein sachlicher Grund für die Befristung des Arbeitsverhältnisses vor, wenn zur Vertretung eines Beschäftigten für die Dauer der kurzzeitigen Arbeitsverhinderung nach § 2 oder Pflegezeit nach § 3 ein Arbeitnehmer eingestellt wird. Nach der Gesetzesbegründung dient § 6 Abs. 1 im Interesse der Anwenderfreundlichkeit des PflegeZG der Klarstellung, dass die Vertretung für die Dauer der Pflege einen sachlichen Grund für die Befristung eines Arbeitsverhältnisses darstellt. Satz 2 erlaubt eine Verlängerung der sich aus Satz 1 ergebenden zulässigen Höchstdauer der Befristung um die für die Einarbeitung notwendige Zeit (*vgl. hierzu Ziff. V. 2. auf S. 22 f.*).

1. Verhältnis zum TzBfG

§ 6 stellt damit eine Spezialregelung zum das Recht der befristeten Arbeitsverhältnisse umfassend regelnden Teilzeit- und Befristungsgesetz dar. Es ist allerdings davon auszugehen, dass die Vorschriften des TzBfG Anwendung finden, soweit § 6 keine abweichende Regelung enthält. Dies gilt insbesondere für die formellen Anforderungen, wie das Schriftformerfordernis des § 14 Abs. 4 TzBfG und den Zeitpunkt der Beendigung eines zweckbefristeten Arbeitsverhältnisses („befristet für die Dauer der Pflegezeit“ ohne Angabe eines Enddatums). Letzteres endet gem. § 15 Abs. 2 TzBfG frühestens zwei Wochen nach Zugang der schriftlichen Unterrichtung des Arbeitnehmers durch den Arbeitgeber über den Zeitpunkt der Zweckerreichung.

2. Zulässige Höchstdauer

Ein oder mehrere befristete Arbeitsverträge gem. § 6 Abs. 1 Satz 1 sind höchstens für die Dauer der kurzzeitigen Arbeitsverhinderung bzw. für die Dauer der Pflegezeit, also längstens für sechs Monate pro pflegebedürftigen Angehörigen des Vertretenen zulässig. Sie müssen nicht die gesamte Zeit des Ausfalls des Beschäftigten abdecken, sondern können sich auch auf einen Teil dieser Zeit beziehen. Nach § 6 Abs. 1 Satz 2 besteht die Möglichkeit, die zulässige Höchstdauer der Befristung nach Satz 1 (maximal 6 Monate) zu überschreiten, um die für die Einarbeitung der Ersatzkraft notwendigen Zeiten. Fraglich ist, inwieweit die Befristung danach über die Dauer der Pflegezeit hinaus erweitert werden kann. Hier kommt es darauf an, welcher Zeitraum für die Einarbeitung der Ersatzkraft erforderlich ist (*so zumindest die Gesetzesbegründung zum wortgleichen § 21 Abs. 2 BErzGG, BT-Drucks. 10/3792*). Wie viel Zeit benötigt wird, damit der Vertreter die erforderlichen Kenntnisse und Fähigkeiten erlangen kann, lässt sich nicht pauschal sagen. Es wird sich jedoch immer um einen relativ kurzen Zeitraum handeln, weil es nur um die Einarbeitung und nicht um die Vermittlung grundlegender Kenntnisse geht (*Buchner/Becker, § 21 BErzGG, Rn. 21*).

Die Dauer der Befristung muss gem. § 6 Abs. 2 kalendermäßig bestimmt oder zumindest bestimmbar sein oder den in § 6 Abs. 1 genannten Zwecken zu entnehmen sein. Bei der Zeitbefristung ist es erforderlich, dass das Ende des befristeten Arbeitsverhältnisses datumsmäßig angegeben oder zumindest durch die Angabe von z.B. Wochen oder Monaten zweifelsfrei bestimmt werden kann. Möglich ist daneben auch eine Zweckbefristung, indem im Arbeitsvertrag als Befristungsdauer z.B. „für die Dauer der Pflegezeit des/der Herrn/Frau XY“ aufgenommen ist.

Nach dem Willen des Gesetzgebers soll dadurch gewährleistet werden, dass der Endzeitpunkt des befristeten Arbeitsverhältnisses für die Vertragsparteien von Anfang an klargestellt ist (*BT-Drucks. 16/7439, S. 93*). Letztlich besteht auch die Möglichkeit einer sog. Doppelbefristung. Dazu wäre im befristeten Arbeitsvertrag bei der Angabe der Befristungsdauer die Formulierung „für die Dauer der Pflegezeit/kurzfristigen Arbeitsverhinderung des/der Herrn/Frau XY längstens bis zum XX.XX.XXXX“ aufzunehmen. Muster für befristete Arbeitsverträge nach § 6 PflegeZG mit Beschäftigten, für die der TVöD bzw. der TV-V/TV-N gilt, haben wir diesem Rundschreiben als **Anlage 2** und **Anlage 3** beigelegt.

3. Sonderkündigungsrecht

Gemäß § 6 Abs. 3 kann der Arbeitgeber den befristeten Arbeitsvertrag unter Einhaltung einer Frist von zwei Wochen kündigen, wenn die Pflegezeit nach § 4 Abs. 2 Satz 1 vorzeitig endet. Damit erstreckt sich das Sonderkündigungsrecht nur auf die Fälle des Endes der Pflegezeit kraft Gesetzes (entfallene Pflegebedürftigkeit/Unmöglichkeit oder Unzumutbarkeit der häuslichen Pflege). Durch diese Regelung soll vermieden werden, dass der Arbeitgeber in den Ausnahmefällen, in denen der Beschäftigte ohne Zustimmung des Arbeitgebers früher als geplant zu seinem Arbeitsplatz zurückkehrt, sowohl den zurückgekehrten Beschäftigten, als auch die Ersatzkraft gleichzeitig beschäftigen und entlohnen muss (*BT-Drucks. 16/7439, S. 93*). Kein Kündigungsrecht besteht, wenn der Arbeitgeber dem beantragten vorzeitigen Ende der Pflegezeit gem. § 4 Abs. 2 Satz 3 in anderen Fällen zustimmt.

a) Anwendung des KSchG

Nach § 6 Abs. 3 Satz 2 ist die Anwendung des Kündigungsschutzgesetzes in den Fällen der Kündigung der Ersatzkraft gem. § 6 ausgeschlossen. Das bedeutet, neben der Tatsache der vorzeitigen Rückkehr des Vertretenen muss kein weiterer (Kündigungs-)Grund vorliegen.

b) (Tarif-)vertraglicher Ausschluss des Kündigungsrechts

Nach § 6 Abs. 3 Satz 3 kann das Sonderkündigungsrecht für die befristet beschäftigte Ersatzkraft vertraglich ausgeschlossen werden. Hierunter fällt wohl auch die Möglichkeit des Kündigungsausschlusses durch Tarifvertrag (*so zumindest für die Anwendung des BEEG/BERzGG Erf-K/Müller-Glöge, § 21 BEEG, Rn. 10; Gröninger/Thomas, § 21 BERzGG, Rn. 18; Maisel/Sowka, § 21 BERzGG, Rn. 29; Wiegand, § 21 BERzGG, Rn. 18; Zmarzlik/Zipperer/Viethen, § 21 BERzGG, Rn. 23; Buchner/Becker, § 21 BERzGG, Rn. 30*).

Fraglich ist im **Geltungsbereich des TVöD**, ob der Ausschluss der ordentlichen Kündigungsmöglichkeit nach Ablauf der Probezeit bei befristeten Arbeitsverhältnissen mit Beschäftigten, deren Tätigkeit vor dem 01.01.2005 der Rentenversicherung der Angestellten unterlegen hätte, gem. § 30 Abs. 5 TVöD auch das Sonderkündigungsrecht gem. § 6 Abs. 3 erfasst (*so zumindest Maisel/Sowka, § 21 BERzGG, Rn. 25; Buchner/Becker, § 21 BERzGG, Rn. 30*). Dagegen spricht, dass es sich bei der Kündigung gem. § 6 Abs. 3 nicht um eine ordentliche Kündigung i.S.v. § 30 Abs. 5 TVöD handelt. § 6 Abs. 3 gibt ein Sonderkündigungsrecht und damit ein außerordentliches Kündigungsrecht (*ebenso Erf-K/Müller-Glöge, § 21 BEEG, Rn. 9*). Diese Frage wird jedoch keine große praktische

Bedeutung erlangen. Nach § 30 Abs. 4 Satz 1 TVöD gelten bei einem befristeten Arbeitsvertrag mit sachlichem Grund die ersten sechs Monate als Probezeit. Damit besteht im Regelfall für die gesamte Dauer der Befristung die Möglichkeit der Probezeitkündigung gem. § 30 Abs. 4 TVöD. Denn die Pflegezeit ist in ihrer Höchstdauer ebenfalls auf sechs Monate begrenzt. Etwas anderes kann nur gelten, wenn in unmittelbarem Anschluss an ein Ausbildungsverhältnis ein befristeter Arbeitsvertrag zur Vertretung eines Beschäftigten in der Pflegezeit (ohne Probezeit) vereinbart wird, oder die Probezeit einzelvertraglich verkürzt oder ausgeschlossen wird. Aber auch in diesem Fall gehen wir mit den oben angeführten Argumenten davon aus, dass kein tarifvertraglicher Kündigungsausschluss vorliegt.

Im **Bereich des TV-V/TV-N** regelt § 19 Abs. 4, dass befristete Arbeitsverhältnisse in der Probezeit gekündigt werden können. Ansonsten unterliegen befristete Arbeitsverhältnisse wegen § 15 Abs. 3 TzBfG nicht automatisch dem Kündigungsrecht, sondern nur, wenn dies im Arbeitsvertrag oder im anwendbaren Tarifvertrag ausdrücklich vereinbart ist. Der TV-V/TV-N enthält eine derartige Regelung nicht. Das schließt es u.E. aber nicht aus, im Arbeitsvertrag ein Kündigungsrecht nach Ablauf der Probezeit zu vereinbaren (*so auch Herzberg/Schaum, KomTV-V/Kap. B, Abschn. 14, Rn. 7*). Dies sollte auch für die Kündigungsmöglichkeit gem. § 6 Abs. 3 geschehen (*vgl. dazu unser Muster, Anlage 3*).

VI. Sonderkündigungsschutz

1. Reichweite

Gemäß § 5 Abs. 1 darf der Arbeitgeber das Beschäftigungsverhältnis von der Ankündigung bis zur Beendigung der kurzzeitigen Arbeitsverhinderung nach § 2 oder der Pflegezeit nach § 3 nicht kündigen. Damit hat das PflegeZG für den Bereich der Pflegezeit bzw. der kurzzeitigen Arbeitsverhinderung den strengsten Kündigungsschutz geschaffen, den das deutsche Arbeitsrecht kennt und der lediglich mit dem des MuSchG und des BEEG vergleichbar ist. Es handelt sich nach § 5 um einen absoluten Kündigungsschutz, der nur durch die Zustimmung der zuständigen obersten Landesbehörde - in Bayern sind dies die Gewerbeaufsichtsämter - durchbrochen werden kann. Nach den Buchstaben des Gesetzes genießen nach § 5 sogar arbeitnehmerähnliche Personen absoluten Kündigungsschutz, wenn sie Pflegezeit oder kurzzeitige Arbeitsbefreiung ankündigen (*kritisch zum Ganzen, Preis, NZA 2008, 83, 85*).

§ 5 Abs. 2 Satz 2 enthält die zu § 18 Abs. 1 Satz 4 BEEG wortgleiche Ermächtigung der Bundesregierung mit Zustimmung des Bundesrats, allgemeine Verwaltungsvorschriften für die Zulässigkeitserklärung der Kündigung durch die zuständige Landesbehörde zu erlassen. Die zum § 18 BErzGG erlassenen allgemeinen Verwaltungsvorschriften zum Kündigungsschutz bei Elternzeit (BAnz. Nr.1/1986) zählen in § 2 beispielhaft besondere Fälle auf, in denen eine Kündigung in der Elternzeit ausnahmsweise für zulässig erklärt werden kann. Dies soll danach im Falle der Betriebsstilllegung ohne Weiterbeschäftigungsmöglichkeit in einem anderen Betrieb des Unternehmens (*Nr. 1*), der Betriebsabteilungsstilllegung ohne Weiterbeschäftigungsmöglichkeit (*Nr. 2*), der Betriebsverlagerung ohne Weiterbeschäftigungsmöglichkeit (*Nr. 3*) sowie in den vorgenannten Fällen der Fall sein, wenn der Arbeitnehmer eine angebotene zumutbare Weiterbeschäftigung ablehnt (*Nr. 4*), außerdem bei Existenzgefährdung (*Nr. 5*) und bei besonders schweren Verstößen des Arbeitnehmers gegen arbeitsvertragliche Pflichten oder vorsätzliche

strafbare Handlungen des Arbeitnehmers, die dem Arbeitgeber die Aufrechterhaltung des Arbeitsverhältnisses unzumutbar machen (Nr. 6). Es ist anzunehmen, dass die Gewerbeaufsichtsämter unter Zugrundelegung dieser Grundsätze über die Befreiung vom Kündigungsverbot nach § 5 entscheiden, bis für das PflegeZG eine entsprechende Verwaltungsvorschrift erlassen ist.

2. Beginn, Dauer und Beendigung

Gemäß § 5 Abs. 1 besteht der Sonderkündigungsschutz von der Ankündigung bis zur Beendigung der kurzzeitigen Arbeitsverhinderung oder der Pflegezeit. Der absolute Kündigungsschutz tritt somit bereits mit der Ankündigung der kurzzeitigen Arbeitsverhinderung nach § 2 oder der Pflegezeit nach § 3 ein. Das Gesetz sieht jedoch keine Höchstankündigungsfrist vor. Bis zur Grenze des Rechtsmissbrauchs kann daher der Kündigungsschutz auch schon viele Monate vor der Inanspruchnahme der kurzzeitigen Arbeitsbefreiung oder Pflegezeit eintreten. Die Ausübung des Ankündigungsrechts kann dann rechtsmissbräuchlich sein, wenn ihr kein schutzwürdiges Eigeninteresse zugrunde liegt, d.h., wenn die Ausübung dieses Rechts nur als Vorwand für die Erreichung vertragsfremder bzw. unlauterer Zwecke - hier der Erlangung von Sonderkündigungsschutz - dient. Ein rechtsmissbräuchliches Verhalten, für dessen Vorliegen der Arbeitgeber die Beweislast trägt, wird dem Beschäftigten jedoch regelmäßig nur schwer nachzuweisen sein.

Eine weitere Frage, die sich in diesem Zusammenhang des Weiteren stellt, ist, welche Anforderungen an die Ankündigung zu stellen sind. Eine den besonderen Kündigungsschutz des § 5 auslösende Ankündigung liegt u.E. nur dann vor, wenn sich der Termin für den Beginn der Pflegezeit oder der kurzzeitigen Arbeitsbefreiung kalendermäßig bestimmen lässt. Dies ergibt sich einerseits aus dem Wortlaut von § 2 Abs. 2 und § 3 Abs. 3. Danach ist der Beschäftigte im Falle der kurzzeitigen Arbeitsverhinderung verpflichtet, diese sowie deren voraussichtliche Dauer unverzüglich anzuzeigen. Im Falle der Pflegezeit hat er deren Beginn schriftlich anzukündigen und dabei gleichzeitig zu erklären, für welchen Zeitraum und in welchem Umfang er die Freistellung von der Arbeit begehrt. Zudem folgt aus dem Sinn und Zweck dieser Regelungen, dass eine ordnungsgemäße Ankündigung nur dann vorliegt, wenn der Beginn der Arbeitsbefreiung zweifelsfrei kalendermäßig bestimmbar ist. Denn nach der Gesetzesbegründung soll der Arbeitgeber durch die Einhaltung der Ankündigungsfrist in die Lage versetzt werden, die notwendigen organisatorischen Maßnahmen vorzunehmen, z.B. eine Umverteilung der Arbeit anzuordnen oder für die Dauer der Arbeitsbefreiung eine Ersatzkraft zu suchen (*BT-Drucks. 16/7439, S. 91*). Dies ist nur möglich, wenn im Vorhinein feststeht, wann die Arbeitsbefreiung stattfinden soll. Die Ankündigung eines Beschäftigten, im Anschluss an einen stationären Aufenthalt eines nahen pflegebedürftigen Angehörigen, dessen häusliche Pflege übernehmen zu wollen, ohne ein konkretes Datum zu nennen, stellt daher keine ordnungsgemäße Ankündigung i.S.d. PflegeZG dar. Eine solche Ankündigung ist daher auch nicht geeignet, den Sonderkündigungsschutz des § 5 auszulösen (*ebenso Schwerdtle, ZTR 2007, 655, 661*).

Der Sonderkündigungsschutz tritt auch dann ein, wenn der Beschäftigte nur eine teilweise Freistellung von der Arbeitsleistung beantragt hat.

3. Sonderkündigungsschutz in der Wartezeit des KSchG?

Da § 5 keine dem § 8 Abs. 1 TzBfG entsprechende Wartezeit für den Eintritt des besonderen Kündigungsschutzes enthält, ist es denkbar, dass ein Beschäftigter bereits in den ersten 6 Monaten seines bestehenden Beschäftigungsverhältnisses, in denen er noch keinen Kündigungsschutz nach dem KSchG genießt, absoluten Sonderkündigungsschutz gem. § 5 durch die Ankündigung von kurzfristiger Pflege oder Pflegezeit erlangt (*ebenso Schwerdle, ZTR 2007, 555, 561*). Aus diesem Grund kann es empfehlenswert sein, bei erheblichen Zweifeln an der Eignung des Beschäftigten die Kündigung sofort auszusprechen und nicht zu lange (bis zum Ende der sechsmonatigen Wartezeit gem. § 1 Abs. 1 KSchG) zuzuwarten.

VII. Unabdingbarkeit und das Verhältnis zu Tarifnormen

§ 8 bestimmt, dass von den Vorschriften des PflegeZG nicht zu Ungunsten der Beschäftigten abgewichen werden kann. Damit stellen die Regelungen des PflegeZG zwingendes Gesetzesrecht dar, das nach dem Rangprinzip u.a. auch kollektiv-rechtlichen Regelungen vorgeht. Mit anderen Worten: Vom PflegeZG darf weder durch Tarifvertrag oder Dienst-/Betriebsvereinbarung noch durch den Arbeitsvertrag abgewichen werden.

1. Verhältnis zum TVöD

Im TVöD werden die Regelungsgegenstände des PflegeZG zum Teil von den Vorschriften der §§ 11, 28 und 29 TVöD erfasst.

a) Arbeitsbefreiung gem. § 29 TVöD

Nach § 29 Abs. 1 Buchst. e) Doppelbuchst. bb) TVöD haben Beschäftigte im Fall der schweren Erkrankung eines Kindes, das das 12. Lebensjahr noch nicht vollendet hat, einen Anspruch auf bezahlte Arbeitsbefreiung bis zu vier Arbeitstagen im Kalenderjahr, wenn im laufenden Kalenderjahr kein Anspruch nach § 45 SGB V besteht oder bestanden hat. Ein Anspruch auf bezahlte Arbeitsbefreiung besteht ferner nach § 29 Abs. 1 Buchst. e) Doppelbuchst. cc) TVöD bis zu vier Arbeitstage im Kalenderjahr für den Fall der schweren Erkrankung einer Betreuungsperson, wenn der Beschäftigte deshalb die Betreuung seines Kindes, das das 8. Lebensjahr noch nicht vollendet hat oder wegen körperlicher, geistiger oder seelischer Behinderung dauernd pflegebedürftig ist, übernehmen muss. § 29 Abs. 1 Buchst. e) Doppelbuchst. aa) TVöD gibt daneben einen Anspruch auf bezahlte Arbeitsbefreiung für einen Tag im Kalenderjahr im Fall der schweren Erkrankung einer/eines Angehörigen, soweit er/sie in demselben Haushalt lebt wie der Beschäftigte.

Damit konkretisiert und beschränkt § 29 TVöD den § 616 BGB (*vgl. dazu unter Ziff. III. 4. a, S. 9*). Das heißt, unabhängig von den Regelungen des PflegeZG hat ein Beschäftigter einen (bezahlten) Anspruch auf Arbeitsbefreiung in Höhe von maximal vier Arbeitstagen, sofern die tariflichen Voraussetzungen vorliegen. Im Übrigen kann der Arbeitgeber nach § 29 Abs. 3 Satz 1 TVöD in sonstigen dringenden Fällen Arbeitsbefreiung unter Fortzahlung des Entgelts nach § 21 bis zu drei Tagen gewähren. Nach § 29 Abs. 3 Satz 2 TVöD kann in begründeten Fällen bei Verzicht auf das Entgelt kurzzeitige Arbeitsbefreiung gewährt werden, wenn die

dienstlichen oder betrieblichen Verhältnisse es gestatten. Die Protokollerklärung zu Abs. 3 Satz 2 nennt hier als Beispiel Umzug aus persönlichen Gründen.

Der gesetzliche Anspruch nach § 2 geht darüber hinaus. Denn er gewährt dem Beschäftigten einen Anspruch auf Freistellung von der Arbeitsleistung bis zu zehn Arbeitstagen pro pflegebedürftigen nahen Angehörigen. Kündigt der Beschäftigte kurzfristige Arbeitsverhinderung i.H.v. zehn Arbeitstagen an, darf der Arbeitgeber diese nicht unter Verweis auf § 29 Abs. 1 Buchst. e) TVöD ablehnen. Der Beschäftigte muss freigestellt werden. Die Entgeltfortzahlung richtet sich allerdings gem. § 2 Abs. 3 nach den Regelungen des § 29 TVöD (vgl. hierzu Ziff. III. 4. a, S. 9). Wird Arbeitsbefreiung für einen in § 29 Abs. 1 Buchst. e) TVöD genannten nahen Angehörigen in Anspruch genommen und gem. § 2 Abs. 3 i.V.m. § 29 Abs. 1 Buchst. e) TVöD auch Entgeltfortzahlung gewährt, ist der Anspruch für das laufende Kalenderjahr auf tarifliche Arbeitsbefreiung nach § 29 TVöD in der gewährten Höhe erloschen. Der Beschäftigte kann nicht noch einmal über die zehntägige Arbeitsbefreiung nach dem PflegeZG hinaus tarifliche Arbeitsbefreiung aus dem gleichen Anlass verlangen. In den Folgejahren kann der Anspruch jedoch erneut entstehen, weil der tarifliche Anspruch anders als der des PflegeZG pro Kalenderjahr entsteht und nicht pro pflegebedürftigen Angehörigen.

b) Sonderurlaub gem. § 28 TVöD

Gemäß § 28 TVöD können Beschäftigte bei Vorliegen eines wichtigen Grundes unter Verzicht auf die Fortzahlung des Entgelts Sonderurlaub erhalten. In der tatsächlichen Betreuung eines nahen pflegebedürftigen Angehörigen kann u.U. ein wichtiger Grund i.S.v. § 28 TVöD liegen. Dies war in § 50 Abs. 1 Buchst. b) BAT sowie § 47a Abs. 1 Buchst. b) BMT-G ausdrücklich geregelt. Es ist nicht davon auszugehen, dass die Gewährung von Sonderurlaub aus diesem Grund durch die Tarifreform generell eingeschränkt oder ausgeschlossen werden sollte. Der Beschäftigte muss sich entscheiden, ob er Pflegezeit nach § 3 oder Sonderurlaub nach § 28 TVöD beantragt. Er kann auch im Anschluss an die auf sechs Monate begrenzte Pflegezeit tariflichen Sonderurlaub in Anspruch nehmen, wenn die tariflichen Voraussetzungen erfüllt sind. Zur Dauer des Sonderurlaubs trifft § 28 TVöD keine Regelung. Über den Antrag auf Sonderurlaub als solchen als auch über die beantragte Dauer hat der Arbeitgeber unter Berücksichtigung der beiderseitigen Interessen nach billigem Ermessen zu entscheiden. Im Rahmen der Interessenabwägung ist auf Seiten des Arbeitgebers zu berücksichtigen, ob es ihm möglich ist, den Ausfall des Beschäftigten durch Umorganisation oder die befristete Einstellung einer Ersatzkraft auszugleichen und mit welchen organisatorischen Schwierigkeiten und finanziellen Belastungen dies verbunden ist.

Beantragt der Beschäftigte im Anschluss an die Pflegezeit Sonderurlaub, wird es dem Arbeitgeber nur in Ausnahmefällen gelingen, darzulegen, dass seine allgemeinen betrieblichen Interessen höher zu bewerten sind, als das persönliche Interesse des Beschäftigten an der Betreuung und Pflege seines nahen Angehörigen. Denn dass die betrieblichen Schwierigkeiten überwindbar sind, wird im Regelfall aus der zurückliegenden Inanspruchnahme der Pflegezeit deutlich werden.

c) Teilzeitbeschäftigung gem. § 11 TVöD

Gemäß § 11 Abs. 1 TVöD soll mit Beschäftigten auf Antrag eine geringere als die vertraglich festgelegte Arbeitszeit vereinbart werden, wenn sie einen nach ärztlichem Gutachten pflegebedürftigen Angehörigen tatsächlich betreuen oder pflegen und dringende dienstliche bzw. betriebliche Belange nicht entgegenstehen. Nach Satz 2 ist die Teilzeitbeschäftigung auf Antrag auf bis zu fünf Jahre zu befristen. Der Arbeitgeber hat bei der Gestaltung der Arbeitszeit im Rahmen der dienstlichen bzw. betrieblichen Möglichkeiten der besonderen Situation des Beschäftigten nach Satz 1 Rechnung zu tragen. Auch hier hat der Beschäftigte ein Wahlrecht. Er kann sein Teilzeitverlangen entweder auf § 11 TVöD oder auf § 3 PflegeZG stützen und sich bei Letzterem den besonderen Kündigungsschutz gem. § 5 sowie einen unbedingten Anspruch auf Teilzeitbeschäftigung sichern, ohne dass es darauf ankommt, ob dringende dienstliche oder betriebliche Gründe entgegenstehen. Auch hier hat der Beschäftigte die Möglichkeit, im Anschluss an die sechsmonatige teilweise Arbeitsbefreiung gem. § 3 einen tariflichen Anspruch auf Teilzeitbeschäftigung gem. § 11 TVöD geltend zu machen. Dringende dienstliche oder betriebliche Gründe, die einer Reduzierung der Arbeitszeit entgegenstehen, kann der Arbeitgeber dann wohl nur noch in Ausnahmefällen geltend machen. Der besondere Kündigungsschutz besteht ausschließlich nach § 3, nicht aber auch bei einer Teilzeitbeschäftigung nach § 11 TVöD.

2. Verhältnis zum TV-V und TV-N Bayern

Auch der TV-V und der TV-N sehen in den §§ 7 Abs. 1, 15 Abs. 1 und Abs. 2 Regelungen zur Teilzeitbeschäftigung, zum Sonderurlaub und zur Arbeitsbefreiung vor.

a) Arbeitsbefreiung gem. § 15 Abs. 2 TV-V/TV-N

Danach kann dem Arbeitnehmer in dringenden Fällen in Anlehnung an § 616 BGB Arbeitsbefreiung unter Fortzahlung des Arbeitsentgelts aufgrund einer Betriebs- oder Dienstvereinbarung gewährt werden. § 15 Abs. 2 TV-V/TV-N verlagert die Möglichkeit der Konkretisierung von Fällen, in denen dem Beschäftigten unter Fortzahlung des Entgelts Arbeitsbefreiung gewährt werden soll, auf die Betriebsparteien. § 15 Abs. 2 TV-V/TV-N ist aus unserer Sicht nicht zu entnehmen, dass in den Fällen, in denen keine Betriebs-/Dienstvereinbarung geschlossen wurde, eine Anwendung des § 616 BGB ausgeschlossen sein soll. Sofern also eine betriebliche Vereinbarung nicht existiert, hat sich die bezahlte Arbeitsbefreiung an den von der Rechtsprechung zu § 616 BGB entwickelten Grundsätzen zu orientieren (*vgl. hierzu Ziff. III. 4. c, S. 10*).

Auch hier geht das PflegeZG nach dem Rangprinzip einer Betriebs-/Dienstvereinbarung vor. Das heißt, der Beschäftigte hat Anspruch auf Inanspruchnahme kurzzeitiger Arbeitsbefreiung zur pflegerischen Versorgung oder deren Organisation bis zu zehn Arbeitstage pro pflegebedürftigen nahen Angehörigen unabhängig davon, ob die Dienst-/Betriebsvereinbarung einen solchen Anspruch vorsieht oder nicht. Die Entgeltfortzahlung richtet sich jedoch gem. § 2 Abs. 3 nach den Regelungen der Betriebs-/Dienstvereinbarung oder – sofern eine solche nicht existiert – nach § 616 BGB (*vgl. hierzu Ziff. III. 4. b und c, S. 9f.*).

b) Sonderurlaub gem. § 15 Abs. 1 TV-V/TV-N

Danach kann der Arbeitnehmer bei Vorliegen eines wichtigen Grundes unter Verzicht auf die Fortzahlung des Entgelts Sonderurlaub erhalten, wenn die betrieblichen Verhältnisse es zulassen. Auch hier hat der Arbeitgeber, wenn auf Seiten des Beschäftigten ein wichtiger Grund i.S.v. § 15 Abs. 1 TV-V/TV-N vorliegt, über einen entsprechenden Antrag des Beschäftigten – ebenso wie im Geltungsbereich des TVöD – unter Berücksichtigung der beiderseitigen Interessen anhand der Grundsätze der billigen Ermessensausübung zu entscheiden. In der tatsächlichen Pflege eines nahen pflegebedürftigen Angehörigen kann ein wichtiger Grund i.S.d. Tarifvorschrift liegen (*vgl. hierzu Ziff. VII. 1. b, S. 27*). Auch hier muss der Beschäftigte wählen, ob er Pflegezeit nach § 3 oder Sonderurlaub nach § 15 Abs. 1 TV-V/TV-N beantragen will. Zudem besteht die Möglichkeit, Sonderurlaub im Anschluss an die Pflegezeit zu beantragen (*vgl. hierzu Ziff. VII. 1. b, S. 27*).

Im Bereich des TV-V ist zudem – anders als im Geltungsbereich des TV-N – bei der Entscheidung über den Antrag auf Sonderurlaub Absatz 1 Satz 1 Buchst. b) i.V.m. Satz 4 der Protokollerklärung zu § 7 Abs. 1 TV-V zu beachten, wenn der Beschäftigte einen nach ärztlichem Gutachten pflegebedürftigen Angehörigen tatsächlich betreut oder pflegt und dringende betriebliche Belange nicht entgegenstehen. Denn gem. Absatz 1 Satz 4 der Protokollerklärung zu § 7 Abs. 1 TV-V gilt § 7 Abs. 1 TV-V sinngemäß auch für Arbeitnehmer, die einen Antrag auf Beurlaubung ohne Fortzahlung des Entgelts stellen. Dies ergibt aus unserer Sicht nur insoweit Sinn, als dass auch diesbezüglich die Protokollerklärung zu § 7 Abs. 1 Satz 1 Anwendung finden soll. Denn dass der Arbeitnehmer bei Vorliegen eines wichtigen Grundes Sonderurlaub erhalten soll, wenn die betrieblichen Verhältnisse es zulassen, ergibt sich schon aus § 15 Abs. 1 TV-V und den Grundsätzen der billigen Ermessensausübung. Wohingegen Absatz 1 Satz 1 der Protokollerklärung zu § 7 Abs. 1 bei Arbeitnehmern, die einen nach ärztlichem Gutachten pflegebedürftigen sonstigen Angehörigen betreuen, regelt, dass dem Antrag dem Beschäftigten entsprochen werden soll, wenn keine **dringenden** betrieblichen Belange entgegenstehen. Darin liegt eine Einschränkung des Ermessens des Arbeitgebers.

c) Teilzeitbeschäftigung gem. § 7 Abs. 1 TV-V/TV-N

Danach ist dem Wunsch eines vollbeschäftigten Arbeitnehmers auf Teilzeit Rechnung zu tragen, wenn die betrieblichen Verhältnisse es zulassen. § 7 Abs. 1 TV-V enthält zudem eine Protokollerklärung, wonach mit vollbeschäftigten Arbeitnehmern auf Antrag eine geringere als die regelmäßige Arbeitszeit vereinbart werden soll, wenn sie mindestens ein Kind unter 18 Jahren oder einen nach ärztlichem Gutachten pflegebedürftigen sonstigen Angehörigen tatsächlich betreuen oder pflegen und dringende betriebliche Belange nicht entgegenstehen, wobei die Teilzeitbeschäftigung auf Antrag auf bis zu fünf Jahre zu befristen ist und verlängert werden kann. Der entsprechende Antrag muss spätestens sechs Monate vor Ablauf der vereinbarten Teilzeitbeschäftigung gestellt werden. Bezüglich des Verhältnisses der tariflichen Teilzeitregelung in § 7 Abs. 1 TV-V/TV-N zum Anspruch auf teilweise Freistellung von der Arbeitsleistung gem. § 3 PflegeZG wird auf die Ausführungen unter Ziff. VII. 1. c, S. 28) verwiesen.

VIII. Fazit

Das mit dem PflegeZG verfolgte gesetzgeberische Ziel, die Vereinbarkeit von Beruf und familiärer Pflege zu verbessern, ist insbesondere in Anbetracht der demographischen Entwicklung durchaus zu begrüßen. Allerdings werden Arbeitgeber durch die Einführung dieses Gesetzes mit seinen weitreichenden Freistellungsansprüchen zum Teil ganz ohne, zum Teil mit einer sehr kurzen Ankündigungsfrist von zehn Arbeitstagen, sicherlich vor erhebliche Herausforderungen gestellt. Nicht zuletzt werden auch die Anordnung eines absoluten Sonderkündigungsschutzes für Angehörige pflegende Beschäftigte sowie die weitreichenden Ansprüche auf Teilzeitbeschäftigung die betriebliche Praxis belasten.

Welche Bedeutung das PflegeZG für die Personalarbeit erlangen wird, lässt sich derzeit nur schwer ermessen. Nach einer Stellungnahme im Anhörungsverfahren zum Gesetzentwurf, ist bei konstanten Pflegequoten bis 2015 mit einer Zunahme der Anzahl der Pflegebedürftigen von derzeit gut 2,1 Mio. auf ca. 2,6 Mio., d.h. um nahezu 25 % zu rechnen. Bis 2050 ist trotz abnehmender Bevölkerung eine Zunahme auf rund 4,5 Mio., d.h. mehr als eine Verdoppelung gegenüber dem heutigen Stand, zu erwarten (*Prof. Dr. Eckardt Bomsdorf, Köln, Stellungnahme vom 15.01.2008 abrufbar unter www.bundestag.de/ausschuesse/a14/anhoerungen*). Danach wird die Bedeutung des PflegeZG auf lange Sicht mit Sicherheit zunehmen. Wie die Rechtsprechung auf die zahlreichen noch offenen Fragen, die das PflegeZG in seiner Anwendung stellt, reagieren wird, bleibt abzuwarten. Über diese Entwicklung werden wir Sie selbstverständlich, wie immer, per Rundschreiben auf den Laufenden halten.

KAV A 10/2008
Fundstelle: -
Bezug: PflegeZG
Az.: 7 – 10, Wu/he

Anlage 1 zum KAV A 10/2008

896

Bundesgesetzblatt Jahrgang 2008 Teil I Nr. 20, ausgegeben zu Bonn am 30. Mai 2008

Vereinigungen der Träger der Pflegeeinrichtungen auf Bundesebene, die Bundesarbeitsgemeinschaft der überörtlichen Träger der Sozialhilfe und die Bundesvereinigung der kommunalen Spitzenverbände bis zum 30. September 2008 unter Beteiligung des Medizinischen Dienstes des Spitzenverbandes Bund der Krankenkassen zu vereinbaren. Die maßgeblichen Organisationen für die Wahrnehmung der Interessen und der Selbsthilfe der pflegebedürftigen und behinderten Menschen, unabhängige Verbraucherorganisationen auf Bundesebene sowie der Verband der privaten Krankenversicherung e. V. und die Verbände der Pflegeberufe auf Bundesebene sind frühzeitig zu beteiligen. Ihnen ist unter Übermittlung der hierfür erforderlichen Informationen innerhalb einer angemessenen Frist vor der Entscheidung Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben; die Stellungnahmen sind in die Entscheidung einzubeziehen. Kommt eine Festlegung über die Kriterien der Veröffentlichung einschließlich der Bewertungssystematik bis zum 30. September 2008 nicht zustande, werden sie auf Antrag eines Vereinbarungspartners oder des Bundesministeriums für Gesundheit bis zum 31. Dezember 2008 durch die Schiedsstelle nach § 113b festgesetzt.“

- c) In Absatz 3 Satz 1 werden die Wörter „oder aus der Leistungs- und Qualitätsvereinbarung (§ 80a)“ gestrichen.
75. § 116 wird wie folgt geändert:
- a) Absatz 1 wird aufgehoben.
- b) Der bisherige Absatz 2 wird Absatz 1 und wie folgt gefasst:
- „(1) Die Prüfkosten bei Wirksamkeits- und Wirtschaftlichkeitsprüfungen nach § 79 sind als Aufwand in der nächstmöglichen Vergütungsvereinbarung nach dem Achten Kapitel zu berücksichtigen; sie können auch auf mehrere Vergütungszeiträume verteilt werden.“
- c) Der bisherige Absatz 3 wird Absatz 2.
- d) Der bisherige Absatz 4 wird Absatz 3 und wie folgt geändert:
- aa) In Satz 1 werden die Nummer 1 aufgehoben und die Angabe „2.“ gestrichen.
- bb) In Satz 2 zweiter Halbsatz werden die Wörter „der mit der Erteilung von Leistungs- und Qualitätsnachweisen beauftragten unabhängigen Sachverständigen oder Prüfstellen (§ 113) und“ gestrichen.
76. § 117 wird wie folgt geändert:
- a) Absatz 1 wird wie folgt geändert:
- aa) In Satz 1 werden die Wörter „dem Heimgesetz“ durch die Wörter „den heimrechtlichen Vorschriften“ ersetzt.
- bb) In Satz 3 wird die Angabe „§ 20 Abs. 5 des Heimgesetzes“ durch die Wörter „den heimrechtlichen Vorschriften“ ersetzt.
- b) In Absatz 4 Satz 1 werden die Wörter „dem Heimgesetz“ durch die Wörter „den heimrechtlichen Vorschriften“ ersetzt.

77. § 118 wird aufgehoben.

78. § 120 Abs. 2 Satz 1 wird wie folgt gefasst:

„Der Pflegedienst hat nach Aufforderung der zuständigen Pflegekasse unverzüglich eine Ausfertigung des Pflegevertrages auszuhändigen.“

79. § 122 wird wie folgt geändert:

a) Der bisherige Wortlaut wird Absatz 1.

b) Folgender Absatz 2 wird angefügt:

„(2) Die Spitzenverbände der Pflegekassen haben die nach § 45b Abs. 1 Satz 4 in der ab dem 1. Juli 2008 geltenden Fassung vorgesehenen Richtlinien unter Beteiligung des Medizinischen Dienstes der Spitzenverbände der Krankenkassen, des Verbandes der privaten Krankenversicherung e. V., der kommunalen Spitzenverbände auf Bundesebene und der maßgeblichen Organisationen für die Wahrnehmung der Interessen und der Selbsthilfe der pflegebedürftigen und behinderten Menschen auf Bundesebene zu beschließen und dem Bundesministerium für Gesundheit bis zum 31. Mai 2008 zur Genehmigung vorzulegen. § 17 Abs. 2 gilt entsprechend.“

Artikel 2

Weitere Änderung des
Elften Buches Sozialgesetzbuch

§ 110 Abs. 2 Satz 2 bis 4 des Elften Buches Sozialgesetzbuch – Soziale Pflegeversicherung – (Artikel 1 des Gesetzes vom 26. Mai 1994, BGBl. I S. 1014, 1015), das zuletzt durch Artikel 1 dieses Gesetzes geändert worden ist, wird wie folgt gefasst:

„Die in Absatz 1 Nr. 1 und 2 Buchstabe a bis f genannten Bedingungen gelten auch für Verträge mit Personen, die im Basistarif nach § 12 des Versicherungsaufsichtsgesetzes versichert sind. Für Personen, die im Basistarif nach § 12 des Versicherungsaufsichtsgesetzes versichert sind und deren Beitrag zur Krankenversicherung sich nach § 12 Abs. 1c Satz 4 oder 6 des Versicherungsaufsichtsgesetzes vermindert, darf der Beitrag 50 vom Hundert des sich nach Absatz 1 Nr. 2 Buchstabe e ergebenden Beitrags nicht übersteigen; die Beitragsbegrenzung für Ehegatten oder Lebenspartner nach Absatz 1 Nr. 2 Buchstabe g gilt für diese Versicherten nicht. Für die Aufbringung der nach Satz 3 verminderten Beiträge gilt § 12 Abs. 1c Satz 5 oder 6 des Versicherungsaufsichtsgesetzes entsprechend; dabei gilt Satz 6 mit der Maßgabe, dass der zuständige Träger den Betrag zahlt, der auch für einen Bezieher von Arbeitslosengeld II in der sozialen Pflegeversicherung zu tragen ist.“

Artikel 3

Gesetz
über die Pflegezeit
(Pflegezeitgesetz – PflegeZG)

§ 1

Ziel des Gesetzes

Ziel des Gesetzes ist, Beschäftigten die Möglichkeit zu eröffnen, pflegebedürftige nahe Angehörige in häuslicher Umgebung zu pflegen und damit die Vereinbarkeit von Beruf und familiärer Pflege zu verbessern.

§ 2

Kurzzeitige Arbeitsverhinderung

(1) Beschäftigte haben das Recht, 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) Beschäftigte sind verpflichtet, dem Arbeitgeber ihre Verhinderung an der Arbeitsleistung und deren voraussichtliche Dauer unverzüglich mitzuteilen. Dem Arbeitgeber ist auf Verlangen eine ärztliche Bescheinigung über die Pflegebedürftigkeit des nahen Angehörigen und die Erforderlichkeit der in Absatz 1 genannten Maßnahmen vorzulegen.

(3) Der Arbeitgeber ist zur Fortzahlung der Vergütung nur verpflichtet, soweit sich eine solche Verpflichtung aus anderen gesetzlichen Vorschriften oder auf Grund einer Vereinbarung ergibt.

§ 3

Pflegezeit

(1) Beschäftigte sind von der Arbeitsleistung vollständig oder teilweise freizustellen, wenn sie einen pflegebedürftigen nahen Angehörigen in häuslicher Umgebung pflegen (Pflegezeit). Der Anspruch nach Satz 1 besteht nicht gegenüber Arbeitgebern mit in der Regel 15 oder weniger Beschäftigten.

(2) Die Beschäftigten haben die Pflegebedürftigkeit des nahen Angehörigen durch Vorlage einer Bescheinigung der Pflegekasse oder des Medizinischen Dienstes der Krankenversicherung nachzuweisen. Bei in der privaten Pflege-Pflichtversicherung versicherten Pflegebedürftigen ist ein entsprechender Nachweis zu erbringen.

(3) Wer Pflegezeit beanspruchen will, muss dies dem Arbeitgeber spätestens zehn Arbeitstage vor Beginn schriftlich ankündigen und gleichzeitig erklären, für welchen Zeitraum und in welchem Umfang die Freistellung von der Arbeitsleistung in Anspruch genommen werden soll. Wenn nur teilweise Freistellung in Anspruch genommen wird, ist auch die gewünschte Verteilung der Arbeitszeit anzugeben.

(4) Wenn nur teilweise Freistellung in Anspruch genommen wird, haben Arbeitgeber und Beschäftigte über die Verringerung und die Verteilung der Arbeitszeit eine schriftliche Vereinbarung zu treffen. Hierbei hat der Arbeitgeber den Wünschen der Beschäftigten zu entsprechen, es sei denn, dass dringende betriebliche Gründe entgegenstehen.

§ 4

Dauer der Pflegezeit

(1) Die Pflegezeit nach § 3 beträgt für jeden pflegebedürftigen nahen Angehörigen längstens sechs Monate (Höchstdauer). Für einen kürzeren Zeitraum in Anspruch genommene Pflegezeit kann bis zur Höchstdauer verlängert werden, wenn der Arbeitgeber zustimmt. Eine Verlängerung bis zur Höchstdauer kann verlangt werden, wenn ein vorgesehener Wechsel in der Person des Pflegenden aus einem wichtigen Grund nicht erfolgen kann. Die Pflegezeit wird auf Berufsbildungszeiten nicht angerechnet.

(2) Ist der nahe Angehörige nicht mehr pflegebedürftig oder die häusliche Pflege des nahen Angehörigen unmöglich oder unzumutbar, endet die Pflegezeit vier Wochen nach Eintritt der veränderten Umstände. Der Arbeitgeber ist über die veränderten Umstände unverzüglich zu unterrichten. Im Übrigen kann die Pflegezeit nur vorzeitig beendet werden, wenn der Arbeitgeber zustimmt.

§ 5

Kündigungsschutz

(1) Der Arbeitgeber darf das Beschäftigungsverhältnis von der Ankündigung bis zur Beendigung der kurzzeitigen Arbeitsverhinderung nach § 2 oder der Pflegezeit nach § 3 nicht kündigen.

(2) In besonderen Fällen kann eine Kündigung von der für den Arbeitsschutz zuständigen obersten Landesbehörde oder der von ihr bestimmten Stelle ausnahmsweise für zulässig erklärt werden. Die Bundesregierung kann hierzu mit Zustimmung des Bundesrates allgemeine Verwaltungsvorschriften erlassen.

§ 6

Befristete Verträge

(1) Wenn zur Vertretung einer Beschäftigten oder eines Beschäftigten für die Dauer der kurzzeitigen Arbeitsverhinderung nach § 2 oder der Pflegezeit nach § 3 eine Arbeitnehmerin oder ein Arbeitnehmer eingestellt wird, liegt hierin ein sachlicher Grund für die Befristung des Arbeitsverhältnisses. Über die Dauer der Vertretung nach Satz 1 hinaus ist die Befristung für notwendige Zeiten einer Einarbeitung zulässig.

(2) Die Dauer der Befristung des Arbeitsvertrages muss kalendernmäßig bestimmt oder bestimmbar sein oder den in Absatz 1 genannten Zwecken zu entnehmen sein.

(3) Der Arbeitgeber kann den befristeten Arbeitsvertrag unter Einhaltung einer Frist von zwei Wochen kündigen, wenn die Pflegezeit nach § 4 Abs. 2 Satz 1 vorzeitig endet. Das Kündigungsschutzgesetz ist in diesen Fällen nicht anzuwenden. Satz 1 gilt nicht, soweit seine Anwendung vertraglich ausgeschlossen ist.

(4) Wird im Rahmen arbeitsrechtlicher Gesetze oder Verordnungen auf die Zahl der beschäftigten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer abgestellt, sind bei der Ermittlung dieser Zahl Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer, die nach § 2 kurzzeitig an der Arbeitsleistung verhindert oder nach § 3 freigestellt sind, nicht mitzuzählen, solange für sie auf Grund von Absatz 1 eine Vertreterin oder ein Vertreter eingestellt ist. Dies gilt nicht, wenn die Vertreterin oder der Vertreter nicht mitzuzählen ist. Die Sätze 1 und 2 gelten entsprechend, wenn im Rahmen arbeitsrechtlicher Gesetze oder Verordnungen auf die Zahl der Arbeitsplätze abgestellt wird.

§ 7

Begriffsbestimmungen

- (1) Beschäftigte im Sinne dieses Gesetzes sind
1. Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer,
 2. die zu ihrer Berufsbildung Beschäftigten,
 3. Personen, die wegen ihrer wirtschaftlichen Unselbständigkeit als arbeitnehmerähnliche Personen an-

898

Bundesgesetzblatt Jahrgang 2008 Teil I Nr. 20, ausgegeben zu Bonn am 30. Mai 2008

zusehen sind; zu diesen gehören auch die in Heimarbeit Beschäftigten und die ihnen Gleichgestellten.

(2) Arbeitgeber im Sinne dieses Gesetzes sind natürliche und juristische Personen sowie rechtsfähige Personengesellschaften, die Personen nach Absatz 1 beschäftigen. Für die arbeitnehmerähnlichen Personen, insbesondere für die in Heimarbeit Beschäftigten und die ihnen Gleichgestellten, tritt an die Stelle des Arbeitgebers der Auftraggeber oder Zwischenmeister.

(3) 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.

(4) Pflegebedürftig im Sinne dieses Gesetzes sind Personen, die die Voraussetzungen nach den §§ 14 und 15 des Elften Buches Sozialgesetzbuch erfüllen. Pflegebedürftig im Sinne von § 2 sind auch Personen, die die Voraussetzungen nach den §§ 14 und 15 des Elften Buches Sozialgesetzbuch voraussichtlich erfüllen.

§ 8

Unabdingbarkeit

Von den Vorschriften dieses Gesetzes kann nicht zu Ungunsten der Beschäftigten abgewichen werden.

Artikel 4

Änderung des

Dritten Buches Sozialgesetzbuch

Das Dritte Buch Sozialgesetzbuch – Arbeitsförderung – (Artikel 1 des Gesetzes vom 24. März 1997, BGBl. I S. 594, 595), zuletzt geändert durch Artikel 2 Abs. 9 des Gesetzes vom 16. Mai 2008 (BGBl. I S. 842), wird wie folgt geändert:

1. § 26 wird wie folgt geändert:

- a) Nach Absatz 2a wird folgender Absatz 2b eingefügt:

„(2b) Versicherungspflichtig sind Personen in der Zeit, in der sie eine Pflegezeit nach § 3 Abs. 1 Satz 1 des Pflegezeitgesetzes in Anspruch nehmen und eine pflegebedürftige Person pflegen, wenn sie unmittelbar vor der Pflegezeit versicherungspflichtig waren oder eine als Arbeitsbeschaffungsmaßnahme geförderte Beschäftigung ausgeübt haben, die ein Versicherungspflichtverhältnis oder den Bezug einer laufenden Entgeltersatzleistung nach diesem Buch unterbrochen hat.“

- b) Absatz 3 wird wie folgt geändert:

aa) In Satz 5 werden nach der Angabe „Absatz 2a“ die Angabe „und 2b“ und nach dem Wort „Erziehung“ die Wörter „oder Pflege“ eingefügt.

- bb) Folgender Satz wird angefügt:

„Trifft eine Versicherungspflicht nach Absatz 2a mit einer Versicherungspflicht nach

Absatz 2b zusammen, geht die Versicherungspflicht nach Absatz 2a vor.“

2. § 28a wird wie folgt geändert:

- a) Absatz 1 wird wie folgt geändert:

aa) In Satz 2 Nr. 1 und 2 werden jeweils nach den Wörtern „des Ersten Abschnitts gestanden“ das Wort „oder“ durch ein Komma ersetzt und nach dem Wort „bezogen“ die Wörter „oder eine als Arbeitsbeschaffungsmaßnahme geförderte Beschäftigung ausgeübt hat, die ein Versicherungspflichtverhältnis oder den Bezug einer laufenden Entgeltersatzleistung nach diesem Buch unterbrochen“ eingefügt.

- bb) Folgende Sätze werden angefügt:

„Der Antrag muss spätestens innerhalb von einem Monat nach Aufnahme der Tätigkeit oder Beschäftigung, die zur freiwilligen Weiterversicherung berechtigt, gestellt werden. Nach einer Pflegezeit im Sinne des § 3 Abs. 1 Satz 1 des Pflegezeitgesetzes muss der Antrag abweichend von Satz 3 innerhalb von einem Monat nach Beendigung der Pflegezeit gestellt werden.“

- b) Absatz 2 Satz 2 wird aufgehoben.

3. In § 130 Abs. 2 Satz 1 wird nach Nummer 3 folgende Nummer 3a eingefügt:

„3a. Zeiten, in denen der Arbeitslose eine Pflegezeit nach § 3 Abs. 1 Satz 1 des Pflegezeitgesetzes in Anspruch genommen hat, wenn wegen der Pflege das Arbeitsentgelt oder die durchschnittliche wöchentliche Arbeitszeit gemindert war.“

4. § 345 wird wie folgt geändert:

- a) In Nummer 7 wird der Punkt durch ein Komma ersetzt.

- b) Folgende Nummer 8 wird angefügt:

„8. die als Pflegenden während einer Pflegezeit versicherungspflichtig sind (§ 26 Abs. 2b), ein Arbeitsentgelt in Höhe von 10 Prozent der monatlichen Bezugsgröße; dabei ist die Bezugsgröße für das Beitrittsgebiet maßgebend, wenn der Tätigkeitsort im Beitrittsgebiet liegt.“

5. § 347 wird wie folgt geändert:

- a) In Nummer 9 wird der Punkt durch ein Komma ersetzt.

- b) Folgende Nummer 10 wird angefügt:

„10. für Personen, die als Pflegenden während einer Pflegezeit versicherungspflichtig sind (§ 26 Abs. 2b) und einen

a) in der sozialen Pflegeversicherung versicherten Pflegebedürftigen pflegen, von der Pflegekasse,

b) in der privaten Pflege-Pflichtversicherung versicherten Pflegebedürftigen pflegen, von dem privaten Versicherungsunternehmen,

c) Pflegebedürftigen pflegen, der wegen Pflegebedürftigkeit Beihilfeleistungen

Anlage 2 zum KAV A 10/2008

**Arbeitsvertragsmuster
für Beschäftigte, auf die der TVöD Anwendung findet
und die befristet nach 6 PflegeZG eingestellt werden ¹
(TVöD)**

Zwischen

.....
vertreten durch (Arbeitgeber)

und

Frau/Herr
wohnhaft in
..... (Beschäftigte/r)
wird - vorbehaltlich ²
..... - folgender

ARBEITSVERTRAG

geschlossen:

§ 1

(1) ¹Frau/Herr
wird ab

- als vollbeschäftigte/r Beschäftigte/r ³
- als nicht vollbeschäftigte/r Beschäftigte/r ³
 - mit der Hälfte der durchschnittlichen regelmäßigen wöchentlichen Arbeitszeit einer/s entsprechenden vollbeschäftigten Beschäftigten ³
 - mit der durchschnittlichen regelmäßigen wöchentlichen Arbeitszeit einer/s entsprechenden vollbeschäftigten Beschäftigten ^{3,4}
 - mit einer durchschnittlichen regelmäßigen wöchentlichen Arbeitszeit von Stunden ^{3,5}

befristet nach § 6 Pflegezeitgesetz (PflegeZG) in der jeweils geltenden Fassung zur Vertretung von Frau/Herr.....eingestellt.

²Der Arbeitsvertrag ist wegen Vorliegens eines sachlichen Grundes i.S.v. § 6 PflegeZG

- befristet ⁶ für die Dauer einer kurzzeitigen Arbeitsverhinderung nach § 2 PflegeZG/sowie einer ggf. anschließenden Pflegezeit nach § 3 PflegeZG/der Pflegezeit nach § 3 PflegeZG/sowie für die Dauer einer notwendigen Einarbeitung längstens bis zum.....^{3, 7, 8, 9}
 - kalendermäßig befristet ⁶ bis zum³
 - zweckbefristet ⁶ für die Dauer der kurzzeitigen Arbeitsverhinderung nach § 2 PflegeZG/sowie einer ggf. anschließenden Pflegezeit nach § 3 PflegeZG/der Pflegezeit nach § 3 PflegeZG/sowie für die Dauer einer notwendigen Einarbeitung.^{3, 7, 8, 9}
- (2) Die/Der Beschäftigte verpflichtet sich, im Rahmen begründeter betrieblicher/dienstlicher Notwendigkeiten auch zur Leistung von Bereitschaftsdienst, Rufbereitschaftsdienst, Überstunden und Mehrarbeit.

§ 2

¹Das Arbeitsverhältnis bestimmt sich nach der durchgeschriebenen Fassung des Tarifvertrags für den öffentlichen Dienst (TVöD) für den Dienstleistungsbereich

- Verwaltung (TVöD-V)³
- Krankenhäuser (TVöD-K)³
- Pflege- und Betreuungseinrichtungen (TVöD-B)³
- Sparkassen (TVöD-S)³
- Flughäfen (TVöD-F)³
- Entsorgung (TVöD-E)³

und den ergänzenden, ändernden oder ersetzenden Tarifverträgen in der für den Bereich der Vereinigung der kommunalen Arbeitgeberverbände (VKA) jeweils geltenden Fassung einschließlich des Tarifvertrags zur Überleitung der Beschäftigten der kommunalen Arbeitgeber in den TVöD und zur Regelung des Übergangsrechts (§ 1 Abs. 2 TVÜ-VKA).
²Außerdem finden die im Bereich des Arbeitgebers jeweils geltenden sonstigen einschlägigen Tarifverträge Anwendung.

§ 3 ¹⁰

Die Probezeit beträgt sechs Monate.

§ 4

Die/Der Beschäftigte ist in der Entgeltgruppe des TVöD eingruppiert (§ 17 TVÜ-VKA).

§ 5

¹Das Arbeitsverhältnis kann vor dem in § 1 Abs. 1 vereinbarten Beendigungszeitpunkt

- jederzeit gemäß § 34 Abs. 1 TVöD ordentlich ^{3,11}
- nach Maßgabe des § 30 Abs. 4 Satz 2 und Abs. 5 TVöD ^{3,12}

gekündigt werden.

²Das Recht zur außerordentlichen Kündigung gem. § 626 BGB sowie das Kündigungsrecht gem. § 6 Abs. 3 PflegeZG bleiben unberührt.

§ 6

Änderungen und Ergänzungen dieses Arbeitsvertrages sind nur wirksam, wenn sie schriftlich vereinbart werden. Auch das Schriftformerfordernis selbst kann nur schriftlich abbedungen werden.

§ 7

(1) Es wird folgende Nebenabrede vereinbart:

.....

.....

.....

(2) Die Nebenabrede kann unabhängig von diesem Arbeitsvertrag mit einer Frist

- von zwei Wochen zum Monatschluss ³
- von
- zum ³

gesondert schriftlich gekündigt werden.

(3) § 6 gilt entsprechend.

.....
(Ort, Datum)

.....
(Arbeitgeber)

.....
(Beschäftigte/r)

- 1 Dieses (allgemeine) Vertragsmuster ist nicht für Krankenhausärzte (vgl. Entgeltordnung für Ärztinnen und Ärzte gemäß § 12.1 TVöD-K), für Musikschullehrer und für Lehrkräfte zu verwenden Neben dem Abschluss dieses Arbeitsvertrages ist eine Niederschrift gem. 2 Abs. 1 des Nachweisgesetzes zu fertigen.
- 2 Auszufüllen, wenn die Wirksamkeit des Vertrages z.B. von dem Ergebnis einer Prüfung oder einer ärztlichen Untersuchung abhängig gemacht wird.
- 3 Zutreffendes bitte ankreuzen und ggf. ausfüllen!
- 4 Auszufüllen, wenn ein anderer Anteil als die Hälfte der regelmäßigen Arbeitszeit (z.B. drei Viertel; 60 v.H.) vereinbart werden soll.
- 5 Nur auszufüllen, wenn die vereinbarte Stundenzahl auch bei einer allgemeinen tariflichen Änderung der regelmäßigen wöchentlichen Arbeitszeit unverändert bleiben soll.
- 6 Befristete Arbeitsverträge sind nach § 30 Abs. 1 Satz 1 TVöD nach Maßgabe des Teilzeit- und Befristungsgesetzes (TzBfG) sowie anderer gesetzlicher Vorschriften (hier: § 6 PflegeZG) zulässig.
- Für Beschäftigte, deren Tätigkeit vor dem 01.01.2005 der Rentenversicherung der Angestellten unterlegen hätte, gelten ergänzend die in § 30 Abs. 2, 4 und 5 TVöD geregelten Besonderheiten.
- 7 Nicht Zutreffendes bitte streichen!
- 8 Zum Begriff und den Anforderungen an die „Dauer der notwendigen Einarbeitung“ vgl. KAV-RdSchr. A 10/2008.
- 9 Bei zweckbefristeten Arbeitsverträgen ist zu beachten, dass das Arbeitsverhältnis nicht automatisch mit Erreichen des Zwecks (z.B. Ende der Pflegezeit) endet, sondern gem. § 15 Abs. 2 TzBfG erst zwei Wochen nach Zugang der schriftlichen Unterrichtung des Beschäftigten durch den Arbeitgeber über den Zeitpunkt der Zweckerreichung.
- 10 Wird die/der Beschäftigte im unmittelbaren Anschluss an ein erfolgreich abgeschlossenes Ausbildungsverhältnis bei derselben Dienststelle oder bei demselben Betrieb übernommen (§ 2 Abs. 4 S. 2 TVöD), ist der Text des § 3 wie folgt zu fassen:
- „Eine Probezeit entfällt.“*
- 11 Anzukreuzen bei Beschäftigten, deren Tätigkeit vor dem 01.01.2005 der Rentenversicherung der Arbeiter und Arbeiterinnen unterlegen hätte!
- Denn gem. § 15 Abs. 3 TzBfG unterliegt ein befristetes Arbeitsverhältnis nur dann der ordentlichen Kündigung, wenn dies einzelvertraglich oder im anwendbaren Tarifvertrag vereinbart ist. Da die Kündigungsmöglichkeit in § 30 TVöD nur für Beschäftigte gilt, deren Tätigkeit vor dem 01.01.2005 der Rentenversicherung der Arbeiter und Arbeiterinnen unterlegen hätte, muss bei den übrigen Beschäftigten die Möglichkeit der ordentlichen Kündigung ausdrücklich in den befristeten Arbeitsvertrag aufgenommen werden.
- 12 Anzukreuzen bei Beschäftigten, deren Tätigkeit vor dem 01.01.2005 der Rentenversicherung der Angestellten unterlegen hätte!

Anlage 3 zum KAV A 10/2008

**Arbeitsvertragsmuster
für Arbeitnehmer, auf die der TV-V/TV-N Bayern ⁵ Anwendung findet
und die befristet nach 6 PflegeZG eingestellt werden
(TV-V/TV-N Bayern ⁶)**

Zwischen

.....
vertreten durch (Arbeitgeber)

und

Frau/Herr
wohnhaft in
..... (Arbeitnehmer/in)
wird - vorbehaltlich ¹
..... - folgender

ARBEITSVERTRAG

geschlossen:

§ 1

- (1) ¹Frau/Herr
wird ab
- als vollbeschäftigte/r Arbeitnehmer/in ²
 - als teilzeitbeschäftigte/r Arbeitnehmer/in ²
 - mit der Hälfte der durchschnittlichen regelmäßigen wöchentlichen Arbeitszeit einer/s entsprechenden vollbeschäftigten Arbeitnehmerin/Arbeitnehmers ²
 - mit der durchschnittlichen regelmäßigen wöchentlichen Arbeitszeit einer/s entsprechenden vollbeschäftigten Arbeitnehmerin/Arbeitnehmers ^{2,3}
 - mit einer durchschnittlichen regelmäßigen wöchentlichen Arbeitszeit von Stunden ^{2,4}

befristet nach § 6 Pflegezeitgesetz (PflegeZG) in der jeweils geltenden Fassung zur Vertretung von Frau/Herr.....eingestellt.

²Der Arbeitsvertrag ist wegen Vorliegens eines sachlichen Grundes i.S.v. § 6 PflegeZG

- befristet für die Dauer einer kurzzeitigen Arbeitsverhinderung nach § 2 PflegeZG/ sowie einer ggf. anschließenden Pflegezeit nach § 3 PflegeZG/der Pflegezeit nach § 3 PflegeZG/sowie für die Dauer einer notwendigen Einarbeitung längstens bis zum.....^{2, 5, 6, 7}
 - kalendermäßig befristet bis zum.....²
 - zweckbefristet für die Dauer der kurzzeitigen Arbeitsverhinderung nach § 2 PflegeZG/sowie einer ggf. anschließenden Pflegezeit nach § 3 PflegeZG/der Pflegezeit nach § 3 PflegeZG/sowie für die Dauer einer notwendigen Einarbeitung.^{2, 5, 6, 7}
- (2) Die/Der Beschäftigte verpflichtet sich, im Rahmen begründeter betrieblicher/ dienstlicher Notwendigkeiten auch zur Leistung von Bereitschaftsdienst, Rufbereitschaftsdienst, Überstunden und Mehrarbeit.

§ 2

Das Arbeitsverhältnis bestimmt sich nach dem Tarifvertrag Versorgungsbetriebe (TV-V)/ nach dem Tarifvertrag Nahverkehrsbetriebe Bayern (TV-N)⁵ und den ergänzenden, ändernden oder ersetzenden Tarifverträgen in der jeweils geltenden Fassung.

§ 3

Die Probezeit

- beträgt drei/ sechs⁵ Monate (§ 2 Abs. 2 Satz 1 TV-V/TV-N⁵)²
- beträgt Monate (§ 2 Abs. 2 Satz 2 TV-V/TV-N⁵)^{2, 8}
- entfällt (§ 2 Abs. 2 Satz 2 bzw. Satz 3 TV-V/TV-N⁵)²

§ 4

Die/Der Arbeitnehmer/in ist in der Entgeltgruppe der Anlage 1 zum TV-V/TV-N⁵ eingruppiert (§ 5 Abs. 1 TV-V/TV-N⁵).

§ 5

- (1) ¹Das Arbeitsverhältnis kann vor dem in § 1 Abs. 1 vereinbarten Beendigungszeitpunkt gekündigt werden, in der Probezeit (§ 3) mit einer Frist von zwei Wochen zum Monatsschluss, nach Ablauf der Probezeit mit einer Frist von einem Monat zum Monatsschluss.
- (2) Das Recht zur außerordentlichen Kündigung gem. § 626 BGB sowie das Kündigungsrecht gemäß § 6 Abs. 3 PflegeZG bleiben unberührt.

§ 6

Änderungen und Ergänzungen dieses Arbeitsvertrages sind nur wirksam, wenn sie schriftlich vereinbart werden. Auch das Schriftformerfordernis selbst kann nur schriftlich abbedungen werden.

.....
(Ort, Datum)

.....
(Arbeitgeber)

.....
(Beschäftigte/r)

- 1 Auszufüllen, wenn die Wirksamkeit des Vertrages z.B. von dem Ergebnis einer Prüfung oder einer ärztlichen Untersuchung abhängig gemacht wird.
- 2 Zutreffendes bitte ankreuzen und ggf. ausfüllen!
- 3 Auszufüllen, wenn ein anderer Anteil als die Hälfte der regelmäßigen Arbeitszeit (z.B. drei Viertel; 60 v.H.) vereinbart werden soll.
- 4 Nur auszufüllen, wenn die vereinbarte Stundenzahl auch bei einer allgemeinen tariflichen Änderung der regelmäßigen wöchentlichen Arbeitszeit unverändert bleiben soll.
- 5 Nicht Zutreffendes bitte streichen!
- 6 Zum Begriff und den Anforderungen an die „Dauer der notwendigen Einarbeitung“ vgl. KAV-RdSchr. A 10/2008
- 7 Bei zweckbefristeten Arbeitsverträgen ist zu beachten, dass das Arbeitsverhältnis nicht automatisch mit Erreichen des Zwecks (z.B. Ende der Pflegezeit) endet, sondern gem. § 15 Abs. 2 TzBfG erst zwei Wochen nach Zugang der schriftlichen Unterrichtung des Beschäftigten durch den Arbeitgeber über den Zeitpunkt der Zweckerreichung.
- 8 Die Probezeit darf höchstens sechs Monate betragen (§ 2 Abs. 2 Satz 2 TV-V/TV-N).