

1.2. Kommunalen Arbeitgeberverband Baden-Württemberg e. V. (KAV) Rundschreiben M 18/2008

Pflege-Weiterentwicklungsgesetz Ansprüche von Beschäftigten auf Freistellung

Zum 1. Juli 2008 tritt das „Gesetz zur strukturellen Weiterentwicklung der Pflegeversicherung- Pflegeweiterentwicklungsgesetz - (PfwG)" in Kraft (BGBl. I S. 874 ff.). Mit dieser Novellierung möchte der Gesetzgeber das bewährte Konzept der Pflegeversicherung fortschreiben und erkannte Defizite des Pflegesystems ausgleichen.

Neben einigen sozialrechtlichen Änderungen beinhaltet das in Artikel 3 des Gesetzes neu eingeführte „Pflegezeitgesetz (PflegeZG)" interessante arbeitsrechtliche Neuerungen. So sind für von einem familiären Pflegefall betroffene Beschäftigte zwei unterschiedliche Ansprüche auf Freistellung von der Arbeitspflicht vorgesehen. Zum einen ist das der Anspruch auf kurzzeitige Arbeitsbefreiung von bis zu 10 Arbeitstagen, zum anderen der Anspruch auf Gewährung einer bis zu sechsmonatigen „Pflegezeit". Daneben enthält das Gesetz ein Verbot des Arbeitgebers, Kündigungen im Zusammenhang mit der Inanspruchnahme der Freistellungsansprüche auszusprechen. Das Gesetz sieht jedoch nur den Anspruch auf unbezahlte Freistellung vor - nicht vorgesehen ist ein Anspruch auf gleichzeitige Fortzahlung des Entgelts.

Pflegezeitgesetz; Allgemeine Grundlagen

Der persönliche Anwendungsbereich des Gesetzes und damit der Ansprüche sowohl auf kurzzeitige Arbeitsbefreiung als auch auf Pflegezeit umfasst die Beschäftigten. Dazu zählt das Gesetz Arbeitnehmer, Auszubildende und arbeitnehmerähnliche Personen, z.B. Heimarbeiter (§ 7 Abs. 1 PflegeZG).

Die Ansprüche aus dem Gesetz richten sich gegen den Arbeitgeber. Bei arbeitnehmerähnlichen Personen tritt an die Stelle eines Arbeitgebers der Auftraggeber oder Zwischenmeister.

Wichtig ist, dass das Gesetz hinsichtlich der beiden Ansprüche nach der Unternehmensgröße unterscheidet: der Anspruch auf die kurzzeitige Arbeitsbefreiung nach § 2 PflegeZG gilt für jeden Arbeitnehmer, unabhängig von der Größe des Unternehmens. Den Anspruch auf die Pflegezeit nach § 3 PflegeZG gewährt das Gesetz nur in Unternehmen, die regelmäßig mehr als fünfzehn Arbeitnehmer beschäftigen (§ 7 Abs. 2 PflegeZG).

Die Ansprüche stehen den Beschäftigten ab dem ersten Tag ihres Beschäftigungsverhältnisses zu. Mehrmonatige Wartezeiten wie beispielsweise im Kündigungsschutzrecht oder im Urlaubsrecht kennt das Pflegezeitgesetz nicht.

Kurzzeitige Arbeitsbefreiung

Das Pflegezeitgesetz gewährt in § 2 Abs. 1 PflegeZG jedem Beschäftigten das Recht, bei einer akut auftretenden Pflegesituation eines nahen Angehörigen bis zur Höchstdauer von zehn Arbeitstagen der Arbeit fernzubleiben.

Berufstätige sollen in einem solchen Fall die Möglichkeit haben, sich über Pflegeleistungsangebote zu informieren und die erforderlichen organisatorischen Vorkehrungen zu treffen oder ihre Angehörigen zunächst kurzfristig selbst zu Hause zu versorgen, bis diese in einer geeigneten Pflegeeinrichtung untergebracht werden können.

Voraussetzungen des Anspruchs auf kurzzeitige Arbeitsbefreiung

Entscheidend ist zunächst, dass ein naher Angehöriger pflegebedürftig ist. Das Pflegezeitgesetz verweist in § 7 Abs. 4 PflegeZG diesbezüglich auf die Begriffsbestimmungen der §§ 14 und 15 Sozialgesetzbuch XI. Danach ist pflegebedürftig, wer wegen einer körperlichen, geistigen oder seelischen Krankheit oder Behinderung für die gewöhnlichen und regelmäßig wiederkehrenden Verrichtungen im Ablauf des täglichen Lebens auf Dauer, voraussichtlich für mindestens sechs Monate, in erheblichem oder höherem Maße der Hilfe bedarf. Die Pflegebedürftigkeit gliedert sich in drei Pflegestufen (Pflegestufe I = erheblich pflegebedürftig; Pflegestufe II = schwerpflegebedürftig; Pflegestufe III = schwerstpflegebedürftig), wobei bereits das Erreichen der ersten Pflegestufe die Voraussetzungen des Pflegezeitgesetzes erfüllt.

Zu beachten ist, dass es für den Anspruch auf kurzzeitige Arbeitsbefreiung genügt, wenn die zu pflegende Person voraussichtlich pflegebedürftig im o. g. Sinne ist. Diese Regelung befreit den Beschäftigten von dem Risiko eines unerlaubten, vertragswidrigen Fernbleibens von der Arbeit, wenn sich im Nachhinein herausstellt, dass ein Pflegefall nicht eingetreten ist. Oftmals wird es dem Beschäftigten in der Notsituation nicht möglich sein, sich Gewissheit über die rechtlich zutreffende Einstufung des Krankheitsbildes zu verschaffen.

Die Pflegebedürftigkeit muss sich auf einen nahen Angehörigen des Beschäftigten beziehen. Wer dies sein kann, bestimmt das Gesetz in § 7 Abs. 3 PflegeZG: Großeltern, Eltern und Schwiegereltern; Ehegatten, Lebenspartner, Partner einer eheähnlichen Gemeinschaft sowie Geschwister; leibliche Kinder, Adoptiv- und Pflegekinder sowie solche des Ehegatten oder Lebenspartners, Schwieger- und Enkelkinder.

Schließlich ist das Recht, der Arbeit fernzubleiben, auf Akutfälle begrenzt und kann nur in Anspruch genommen werden, wenn die Freistellung des Beschäftigten für die Organisation einer bedarfsgerechten Pflege oder einer pflegerischen Versorgung in dieser Zeit erforderlich ist. Dies dürfte jedenfalls dann der Fall sein, wenn der Beschäftigte der einzige erwachsene nahe Verwandte des pflegebedürftigen Angehörigen ist. Bei mehreren nahen Angehörigen oder bei teilzeitbeschäftigten, insbesondere geringfügig beschäftigten Arbeitnehmern, wird es an der Erforderlichkeit eher fehlen.

Informationspflicht des Beschäftigten

Die Freistellung bedarf nicht der vorherigen Zustimmung des Arbeitgebers. Der Beschäftigte ist nur verpflichtet, dem Arbeitgeber die Verhinderung an der Arbeitsleistung und deren voraussichtliche Dauer unverzüglich mitzuteilen (§ 2 Abs. 2 PflegeZG).

„Unverzüglich“ im Rechtssinn bedeutet „ohne schuldhaftes Zögern“. D. h. die Information hat zu erfolgen, sobald der Beschäftigte in der Lage ist, die Pflegesituation und ihre Dauer im Hinblick auf ihre Einschränkung bei der Erbringung der Arbeitsleistung einzuschätzen. Ein bestimmter zeitlicher Vorlauf zwischen der Mitteilung an den Arbeitgeber und dem Beginn der Freistellung wird damit nicht gefordert. Der späteste Termin dürfte im Ausnahmefall noch am ersten Tag der gewünschten Freistellung liegen; regelmäßig ist allerdings davon auszugehen, dass die akute Pflegesituation sich bei vorangehenden Klinikaufenthalten o.Ä. des pflegebedürftigen Angehörigen zumindest einige Tage, u. U. auch Wochen vorher, ankündigt.

Unklar sind die Rechtsfolgen unterbliebener Mitteilung. Ein Leistungsverweigerungsrecht des Arbeitgebers hinsichtlich der Lohnzahlung analog § 7 Abs. 1 EFZG kann nicht in Betracht kommen, da der Arbeitgeber nach dem Gesetz nicht zur Entgeltfortzahlung verpflichtet ist. Sicherlich aber stellt die unterbliebene Mitteilung einen Arbeitspflichtverstoß dar. Eine Kündigung dürfte allerdings in Anlehnung an die Rechtsprechung zum EFZG nur im Wiederholungsfall in Betracht kommen.

Der Arbeitgeber kann zusätzlich eine ärztliche Bescheinigung verlangen, die Auskunft gibt über die Pflegebedürftigkeit des Angehörigen und die Erforderlichkeit der Freistellung (§ 2 Abs. 2 PflegeZG).

Anspruchsdauer

Der Freistellungsanspruch besteht grundsätzlich, solange dies für die Organisation der Pflege oder die eigenständige Durchführung der pflegerischen Versorgung erforderlich ist; der Anspruch ist jedoch auf maximal 10 Tage begrenzt (§ 1 Abs. 1 PflegeZG).

Entgeltfortzahlung

Das Pflegezeitgesetz selbst sieht keinen spezialgesetzlichen Anspruch des Beschäftigten auf Entgeltfortzahlung während der Freistellung vor. Dennoch können sich für die betroffenen Arbeitgeber Lohnzahlungsverpflichtungen ergeben. Dies ist immer dann der Fall, wenn sich ein solcher Anspruch aus Regelungen außerhalb des PflegeZG ergibt. Nach § 2 Abs. 3 PflegeZG kann es sich dabei um gesetzliche Vorschriften, um „Vereinbarungen“ wie Tarifverträge und Betriebsvereinbarungen, aber auch individualvertragliche Vereinbarungen handeln. Für den Bereich des öffentlichen Dienstes enthält § 29 Abs. 1 lit. e) aa) - cc) TVöD/TV-L eine abschließende spezielle Regelung über einen Freistellungsanspruch mit Lohnfortzahlung.

Ein allgemeiner Anspruch auf Lohnfortzahlung in allen Fällen kurzzeitiger Arbeitsbefreiung ergibt sich aus § 616 BGB. Voraussetzung ist, dass eine Arbeitsverhinderung für eine „verhältnismäßig nicht erhebliche Zeit durch einen in seiner Person liegenden Grund“ gegeben ist. Die Notwendigkeit, einen nahen Angehörigen bei unvorhergesehener Erkrankung häuslich zu pflegen, ist nach ständiger Rechtsprechung als persönlicher Grund im o.g. Sinne anerkannt. Ob die Dauer der Arbeitsverhinderung erheblich ist, ist nach dem Verhältnis der Dauer des Arbeitsverhältnisses zur Dauer der Verhinderungszeit zu bestimmen. Regelmäßig sind 5 bis 10 Arbeitstage eine nicht erhebliche Zeit. Zu beachten ist, dass die Vorschrift des § 616 BGB von den Tarifpartnern, aber auch von den Arbeitsvertragsparteien abdingbar ist; der Anspruch auf Lohnfortzahlung nach § 616 BGB kann also komplett oder auch nur für einzelne Fallkonstellationen, z.B. einen Pflegefall im Sinne des PflegeZG, ausgeschlossen werden.

§ 19 Abs. 1 Nr. 2 Buchst. b des Berufsbildungsgesetzes (BBiG) enthält eine spezialgesetzliche Regelung des Anspruchs auf Lohnfortzahlung für Auszubildende.

Recht auf Pflegezeit

Das Pflegezeitgesetz gewährt in § 3 Abs. 1 PflegeZG Beschäftigten einen Anspruch auf vollständige oder auch nur teilweise Arbeitsfreistellung für die Pflege eines pflegebedürftigen Angehörigen. Im Unterschied zum Anspruch auf kurzzeitige Arbeitsbefreiung besteht der Anspruch auf Pflegezeit nur in Unternehmen mit regelmäßig mehr als fünfzehn Beschäftigten.

Voraussetzungen des Anspruchs auf Pflegezeit im Einzelnen

Auch der Anspruch auf Pflegezeit setzt voraus, dass eine Pflegesituation eines nahen Angehörigen vorliegt (vgl. Anspruch auf kurzzeitige Arbeitsbefreiung). Angesichts des abweichenden Regelungsziels des § 3 PflegeZG wird ein „voraussichtlicher“ Pflegefall nicht erfasst.

Der Beschäftigte muss den Angehörigen in häuslicher Umgebung pflegen. Dies ist sicherlich der Fall, wenn es zu einer dauerhaften Begründung eines gemeinsamen Haushalts, z.B. die Aufnahme des Angehörigen in den Haushalt des Beschäftigten, kommt. Die Voraussetzung dürfte aber auch dann erfüllt sein, wenn der Beschäftigte den Angehörigen in dessen Haushalt pflegt, ohne seinen eigenen Haushalt aufzugeben. Der Nachweis einer tatsächlichen Pflegeleistung des Beschäftigten wird nicht zu fordern sein.

Nach § 3 Abs. 2 PflegeZG hat der die Pflegebedürftigkeit des nahen Angehörigen durch Vorlage einer Bescheinigung der Pflegekasse oder des Medizinischen Dienstes der Krankenversicherung nachzuweisen. Im Fall privater Versicherung ist ein entsprechender Nachweis zu erbringen. Keine Aussage trifft das Gesetz über den Zeitpunkt des Nachweises; damit ist auch die nachträgliche Vorlage nicht von vornherein ausgeschlossen, ohne dass der Anspruch entfällt. Dies bedeutet allerdings ein erhebliches Risiko für den Arbeitgeber bei der Beurteilung des Freistellungsbegehrens. Aus Rechtssicherheitsgründen ist daher der Nachweis vorab zu fordern.

Geltendmachung des Anspruchs auf Pflegezeit

Das Gesetz sieht in § 3 Abs. 3 und Abs. 4 PflegeZG ein abgestuftes Verfahren für die Geltendmachung des Pflegezeitanspruchs vor:

Zunächst muss der Beschäftigte seinen Pflegezeitwunsch spätestens 10 Arbeitstage vor Beginn der Pflegezeit dem Arbeitgeber schriftlich ankündigen. Bei nicht ordnungsgemäßer Einhaltung der Frist dürfte nur der Beginn der Pflegezeit nach hinten verschoben werden; die Ankündigung ist keine Wirksamkeitsvoraussetzung des Freistellungsanspruchs.

Gleichzeitig muss der Beschäftigte erklären, für welchen Zeitraum er die Pflegezeit beansprucht. Sofern er nur eine Reduzierung seiner bisherigen Arbeitszeit anstrebt, muss er zudem erklären, in welchem Umfang er die Freistellung wünscht und wie er die reduzierte Arbeitszeit auf die einzelnen Arbeitstage verteilen möchte.

Bei der völligen Freistellung handelt es sich um ein einseitig vom Beschäftigten zu erklärendes Recht (sog. einseitiges Gestaltungsrecht). Entscheidend ist allein der Zugang der Erklärung beim Arbeitgeber. Die Inanspruchnahme der Pflegezeit bedarf nicht der Zustimmung des Arbeitgebers. Insbesondere kann der Arbeitgeber nicht einwenden, betriebliche Belange oder sonstige unternehmerische Interessen stünden dem Freistellungsanspruch entgegen. Bei Erfüllung der genannten Voraussetzungen tritt die Freistellung ohne weiteres Zutun des Arbeitgebers zum gewünschten Zeitpunkt in Kraft.

Anders liegt der Fall bei einer gewünschten Arbeitszeitreduzierung. Hier fordert das Gesetz eine schriftliche Vereinbarung zwischen den Parteien über den Umfang der Verringerung und über die Verteilung der Arbeitszeit. Anders als beim Teilzeitanspruch nach dem TzBfG hat der Gesetzgeber keine Konsequenzen an ein passives Verhalten des Arbeitgebers geknüpft, sodass nach dem Wortlaut dieser das Freistellungsbegehren durch Verweigerung einer Vereinbarung zumindest erheblich verzögern kann. In jedem Fall kann der Arbeitgeber dem Reduzierungswunsch des Arbeitnehmers eigene dringende betriebliche Belange entgegenhalten. Dabei genügt nicht jedes aner kennenswerte sachliche Interesse, sondern es bedarf eines gewissen Gewichts der betrieblichen Interessen.

Anspruchsdauer

Der Freistellungsanspruch besteht grundsätzlich, solange dies vom Beschäftigten geltend gemacht worden ist; der Anspruch ist jedoch auf maximal 6 Monate je pflegebedürftigen Angehörigen begrenzt (§ 4 Abs. 1 PflegeZG).

Hat der Beschäftigte bei der anfänglichen Festlegung des Freistellungsanspruchs den Sechs-Monats-Zeitraum nicht voll ausgeschöpft, ist eine Verlängerung der Pflegezeit bis zur höchst zulässigen Dauer möglich (§ 4 Abs. 1 PflegeZG). Grundsätzlich kann dies jedoch nur mit Zustimmung des Arbeitgebers erfolgen. Der Arbeitgeber kann diese Zustimmung ohne weitere Begründung verweigern. Eine Ausnahme gilt für den Fall, dass die Freistellung deshalb nicht vollumfänglich in Anspruch genommen wurde, weil ursprünglich ein Wechsel in der Person des Pflegenden vorgesehen war, der im Nachhinein aus wichtigen Gründen nicht erfolgen kann. In diesem Fall kann der Beschäftigte einseitig eine Verlängerung bis zur Höchstdauer von sechs Monaten verlangen.

Grundsätzlich ist die vorzeitige Beendigung der Pflegezeit einseitig durch den Beschäftigten nicht zulässig. Ebenso wie bei der Verlängerung ist dies nur im Wege einer einvernehmlichen Lösung mittels Zustimmung des Arbeitgebers möglich. Eine Ausnahme gilt für den Fall, dass der Angehörige nicht mehr pflegebedürftig ist oder die häusliche Pflege dem Beschäftigten unmöglich oder unzumutbar geworden ist. Dann endet die Pflegezeit kraft Gesetzes vorzeitig (§ 4 Abs. 2 PflegeZG). Dem Beschäftigten wird die Pflege z.B. unmöglich, wenn der nahe Angehörige vor Ablauf der Pflegezeit verstirbt oder in eine stationäre Pflegeeinrichtung aufgenommen wird. Eine Unzumutbarkeit kann etwa angenommen werden, wenn aufgrund unvorhergesehener Umstände die Finanzierung der Pflegezeit nicht mehr gesichert und der Beschäftigte auf die regelmäßige Arbeitsvergütung angewiesen ist. Das Gesetz sieht in diesen Fällen - vor allem im Interesse des Arbeitgebers - eine vierwöchige Auslauffrist der Pflegezeit ab dem Eintritt der geänderten Umstände vor. Der Beschäftigte muss den Arbeitgeber über den Wunsch, die Pflegezeit aufgrund dieser besonderen Umstände vorzeitig zu beenden, unverzüglich informieren.

Entgeltfortzahlung

Das Gesetz trifft für die Pflegezeit, anders als für die kurzzeitige Arbeitsverhinderung, keinen ausdrücklichen Anspruchsausschluss des Beschäftigten auf Entgeltfortzahlung. Dennoch folgt aus dem Charakter als längerfristigen Freistellungsanspruch, dass es sich um einen Anspruch ohne Entgeltfortzahlung handelt. Auch insoweit sind theoretisch spezielle Lohnzahlungsvereinbarungen möglich, in der Praxis aber nahezu ausgeschlossen. § 616 BGB ist bereits tatbestandlich nicht einschlägig.

Kündigungsverbot

Einen, dem besonderen Kündigungsschutz während Mutterschutz und Elternzeit entsprechenden, Sonderkündigungsschutz regelt § 5 Abs. 1 PflegeZG: eine Kündigung, die ab dem Zeitpunkt der Ankündigung der kurzzeitigen Arbeitsverhinderung nach § 2 PflegeZG oder der Inanspruchnahme der Pflegezeit nach § 3 PflegeZG bis zur Beendigung der Freistellungszeiträume ausgesprochen wird, ist unwirksam. Auf den Kündigungsgrund kommt es dabei nicht an. Ausnahmen können nach § 5 Abs. 2 PflegeZG von der für den Arbeitsschutz zuständigen obersten Landesbehörde ausnahmsweise für zulässig erklärt werden. Dies dürfte insbesondere bei betriebsbedingten Kündigungen der Fall sein.

Es handelt sich um ein sog. „absolutes“ Kündigungsverbot, d.h. es besteht unabhängig von der sechsmonatigen Wartezeit für die Anwendbarkeit des Kündigungsschutzgesetzes und im Fall der kurzzeitigen Arbeitsfreistellung auch unabhängig von der Unternehmensgröße.

Freistellung als Befristungsgrund

Die Vertretung eines kurzzeitig freigestellten Arbeitnehmers oder eines Arbeitnehmers in Pflegezeit gilt nach § 6 PflegeZG als Sachgrund für eine Befristung im Sinne des § 14 Abs. 1 TzBfG. Die Dauer der Befristung kann dabei auch den zusätzlich erforderlichen Einarbeitungszeitraum umfassen; damit kann die Befristung u.U. deutlich über den Sechs-Monats-Zeitraum ausgedehnt werden, da im Einzelfall auch Einarbeitungszeiten von mehreren Monaten möglich sind.

Einen Sonderkündigungstatbestand regelt § 6 Abs. 3 PflegeZG: endet die Pflegezeit vorzeitig, kann der Arbeitgeber das befristete Arbeitsverhältnis mit einer zweiwöchigen Frist kündigen, ohne dass der Arbeitnehmer sich dagegen auf das Kündigungsschutzgesetz berufen und Kündigungsschutzklage erheben kann.

Unabdingbarkeit

Es ist weder in Tarifverträgen und Betriebsvereinbarungen, noch einzelvertraglich möglich, verschlechternde Vereinbarungen zu treffen. Eine solche Vereinbarung wäre wegen Verstoß gegen § 8 PflegeZG unwirksam.

Az.: 5702