

entfallen ist.¹ Er muss z.B. darlegen, in welchem Umfang die Arbeiten des gekündigten Arbeitnehmers zukünftig anfallen und wie diese Arbeiten von dem verbliebenen Personal ohne überobligatorische Leistungen erledigt werden können.

☞ **Praxistipp:** Aus dem Konzept des Arbeitgebers muss sich konkret ergeben, wie die Bewältigung der betrieblichen Arbeitsabläufe künftig ohne den gekündigten Arbeitnehmer sichergestellt ist. Der Arbeitgeber muss im Ergebnis dieselben organisatorischen Entscheidungen treffen, die erforderlich sind, wenn der Arbeitnehmer gegen seinen Willen etwa durch einen schweren Unfall ausscheidet und nicht durch einen Nachfolger ersetzt werden soll. Für ein überzeugendes Konzept kann es erforderlich sein, die ständigen Arbeitsaufgaben des gekündigten Arbeitnehmers zu atomisieren und die einzelnen Teile konkret anders zu organisieren, z.B. durch ersatzlosen Wegfall oder durch Übertragung auf andere Arbeitnehmer zur zusätzlichen Miterledigung. Dieses Konzept i.S. einer „Vorher-Nachher-Betrachtung“ kann zur schlüssigen Darstellung der Unternehmensentscheidung einer innerbetrieblichen Organisationsmaßnahme gefordert werden, da die Entscheidung für einen Verzicht auf den gekündigten Arbeitnehmer ohne ein solches Konzept – abgesehen vom Ausnahmefall des schon bisher völlig beschäftigungslos untätigen Arbeitnehmers – nicht zu verantworten und damit unsachlich wäre. 244

Im Wege der abgestuften Darlegungs- und Beweislast ist es dann Sache des Arbeitnehmers, hierauf – soweit ihm dies, z.B. aus seiner bisherigen Arbeit möglich ist – zu erwidern und Tatsachen vorzutragen, die auf offenbare Sachwidrigkeit oder Willkür schließen lassen. Danach muss sich der Arbeitgeber konkret auf den Vortrag des Arbeitnehmers einlassen.² 245

b) Umverteilung von Beschäftigungsvolumen

Im Rahmen seiner unternehmerischen Entscheidungsfreiheit kann der Arbeitgeber sich nicht nur dazu entschließen, den Personalbestand zu reduzieren und eine Arbeitsverdichtung hinzunehmen, sondern er kann sich auch dafür entscheiden, das vorhandene Beschäftigungsvolumen aufzulösen und die Aufgaben neu zu verteilen. Auch in diesem Fall kann es zu einer Arbeitsverdichtung kommen, z.B. wenn Arbeitsvorgänge, die bisher von einem bestimmten Arbeitsplatz aus erledigt wurden, auf andere Arbeitnehmer zur Miterledigung umverteilt werden. Entfällt aufgrund der Umverteilung ein Arbeitsplatz völlig, rechtfertigt dies eine betriebsbedingte Kündigung des dort beschäftigten Arbeitnehmers. Der Arbeitgeber ist – von Fällen der Willkür und des Missbrauchs abgesehen – 246

1 BAG v. 1.3.2007 – 2 AZR 650/05, EzA § 1 KSchG Betriebsbedingte Kündigung Nr. 154.

2 BAG v. 12.4.2002 – 2 AZR 740/00; v. 17.6.1999 – 2 AZR 1999, NZA 1999, 1095; v. 17.6.1999 – 2 AZR 456/99, NZA 1999, 1157; v. 17.6.1999 – 2 AZR 141/99, NZA 1999, 1098; aus der Literatur z.B. KR/Griebeling, § 1 KSchG Rz. 557; Schrader, Die geänderte Rechtsprechung des BAG zur Unternehmerentscheidung, NZA 2000, 401, 404; Bitter, Der kündigungsrechtliche Dauerbrenner: Unternehmerfreiheit ohne Ende?, DM 1999, 1214, 1216; APS/Kiel, § 1 Rz. 465; kritisch zu den Entscheidungen des BAG Quecke, Unternehmerentscheidung und Personalabbau, NZA 1999, 1247, 1250, 1251.

frei, die betrieblichen Abläufe so zu organisieren, wie er es für zweckmäßig hält. Das dadurch beschriebene betriebliche Erfordernis berechtigt ihn zur Auflösung oder Umgestaltung der vorhandenen Arbeitsverhältnisse in eben dem Maße, in dem es zur Anpassung an die neue Organisation notwendig ist, allerdings unter Beachtung der weiteren, sich aus dem Gesetz ergebenden Maßgaben (z.B. Berücksichtigung anderweitiger Beschäftigungsmöglichkeiten, Sozialauswahl). Dem gemäß ist ein verändertes, betriebliches Gesamtkonzept, das den Anspruch von Beendigungs- und Änderungskündigungen umfasst, nicht zu beanstanden, welches die bisherigen Tätigkeitszuweisungen an Spezialarbeitsplätze aufgibt und die Zuweisung aller anfallenden Arbeiten an alle Arbeitnehmer vorsieht. Daran ändert auch die mit einer solchen Konzeptänderung einhergehende Reduzierung der für die betrieblichen Aufgaben zur Verfügung gestellten Arbeitskapazität und die damit verbundene Zielsetzung, zukünftig die bisherigen Tätigkeiten nur noch in dem Umfang ausführen zu lassen, in dem die vom Arbeitgeber festgelegte Kapazität dies ermöglicht, nichts.¹

- 247 Beachtung verdient hier jedoch die Darlegungs- und Beweislast des Arbeitgebers. Der Arbeitgeber muss den Gerichten substantiiert darlegen, weshalb aufgrund der Umverteilung das Bedürfnis zur Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers entfallen ist. Er muss schlüssig und nachvollziehbar ausführen, was mit den vom bisherigen Arbeitsplatzinhaber wahrgenommenen Aufgaben zukünftig geschieht, wie sie also entweder ganz entfallen oder ganz oder teilweise auf die verbleibende Belegschaft verteilt werden.² Der Arbeitgeber muss konkret regeln, was aus der bisher von dem zur Kündigung vorgesehenen Arbeitnehmer wahrgenommenen Arbeitsvorgängen werden soll. Er muss als dauerhafte Regelung dieselben Entscheidungen treffen, die er treffen müsste, wenn der Arbeitnehmer als Folge eines unerwarteten Unfalls nicht mehr zur Verfügung steht und auch nicht ersetzt werden kann oder soll. Erst wenn geregelt ist, was mit der bisher durchgeführten Arbeit werden soll, kann der Arbeitgeber auf den Arbeitnehmer verzichten. Diese konkrete Neuregelung der Arbeitsvorgänge ist das Konzept, das den Kern der unternehmerischen Entscheidung im Hinblick auf die Kündigung ausmacht.
- 248 ☞ **Praxistipp:** Um der Darlegungslast des Arbeitgebers gerecht werden zu können, hat es sich in der Praxis bewährt, die einzelnen Arbeitsvorgänge des wegfallenden Arbeitsplatzes konkret und vollständig in einer Spalte einer Tabelle einzeln aufzulisten und in der benachbarten Spalte darzustellen, wie, durch wen und an welchem Arbeitsplatz die einzeln aufgeführten Arbeitsvorgänge zukünftig miterledigt werden oder ersatzlos entfallen. Eine derartige Aufstellung ermöglicht es dem Arbeitgeber sowohl, die Umverteilung genau zu durchdenken, als auch einen substantiierten Vortrag vor Gericht vorzubereiten und dies zugleich zur eventuell erforderlichen Information an den Betriebsrat zu verwenden.

1 BAG v. 22.9.2005 – 2 AZR 365/04 (n.v.) sowie BAG v. 22.9.2005 – 2 AZR 208/05 (Parallelentscheidung), BB 2006, 1575.

2 v. Hoyningen-Huene/Linck, § 1 Rz. 715.

c) Arbeitsmangel und Auftragsrückgang

Zu einem Arbeitsmangel, d.h. zu einem Rückgang des Arbeitsanfalles, kommt es neben anderen, betriebsinternen Ursachen, wie z.B. Rationalisierungsmaßnahmen auch durch Auftrags- oder Umsatzrückgang. Nicht schon jeder – geringfügige – Auftragsrückgang berechtigt allerdings zu einer betriebsbedingten Kündigung. Kurzfristige Auftragslücken sind generell nicht geeignet, eine betriebsbedingte Kündigung sozial zu rechtfertigen.¹ Erforderlich ist vielmehr, dass die Verminderung des Umsatzes im Betrieb dazu führt, dass der Arbeitsanfall so zurückgeht, dass **für einen oder mehrere Arbeitnehmer auf Dauer ein Bedürfnis zur Weiterbeschäftigung entfällt.**² 249

Da es sich bei dem Umsatzrückgang um eine **externe Ursache** handelt, rechtfertigt dieser noch nicht unmittelbar eine betriebsbedingte Kündigung. Wie bei allen außerbetrieblichen Gründen ist auch hier eine gestaltende unternehmerische Entscheidung notwendig. Die betriebswirtschaftliche Situation eines Unternehmens als solche führt in keinem Fall zu einem Wegfall eines Arbeitsplatzes. Der Arbeitgeber kann selbst entscheiden, wie er auf eine rückläufige Auftragslage reagiert und welches Konzept er dafür entwickelt. Er muss nicht zwangsläufig einen/mehrere Arbeitnehmer entlassen, sondern kann z.B., insbesondere, wenn er berechtigte Hoffnungen hat, dass der Auftragsrückgang nur von kurzer Dauer sein wird, Kurzarbeit einführen und auf Kündigungen vorläufig verzichten, beispielsweise bei witterungsabhängigem Beschäftigungsrückgang. Unterliegt in einem Betrieb der Arbeitsanfall je nach Jahreszeit erheblichen, witterungsbedingten Schwankungen und haben die Tarifvertragsparteien und die Betriebspartner für dieses Problem durch die Festlegung einer flexiblen Jahresarbeitszeit eine Lösung geschaffen, die betriebsbedingte Kündigungen vermeiden soll, so ist ein dringendes betriebliches Erfordernis zu einer Beendigungskündigung regelmäßig erst dann anzunehmen, wenn der Arbeitgeber diese Möglichkeiten der flexiblen Arbeitszeitgestaltung ausgenutzt hat und trotzdem noch ein Beschäftigungsüberhang besteht.³ 250

Entscheidet er sich jedoch für ein neues Betriebskonzept, durch das im Betrieb Beschäftigungsbedarf entfällt, kann dies ein betriebliches Erfordernis zur Kündigung eines oder mehrerer Arbeitnehmer darstellen.⁴

Von dieser Regel, dass der Auftragsrückgang zunächst innerbetrieblich umgesetzt werden muss, gibt es keine Ausnahmen. Dies gilt auch, wenn der Arbeitgeber seinen Betrieb so organisiert hat, dass er die Anzahl der benötigten Arbeitnehmer unmittelbar aus dem Auftragsvolumen errechnet. In diesem Fall erfolgt zwar nach dem Umsatzrückgang keine gestaltende Unternehmerentscheidung mehr. Der Personalbedarf berechnet sich vielmehr unmittelbar nach der verringeren Arbeitsmenge, die sich wiederum aus dem Rückgang des Umsatzes er- 251

1 BAG v. 18.5.2006 – 2 AZR 412/05, RdA 2007, 176 sowie bereits LAG Köln v. 10.12.1998 – 6 Sa 493/98, NZA 1999, 991.

2 BAG v. 30.5.1985 – 2 AZR 321/84, NZA 1986, 155; v. 15.6.1989 – 2 AZR 600/88, NZA 1990, 65; v. 22.9.2005 – 2 AZR 365/04 (n.v.) sowie v. 22.9.2005 – 2 AZR 208/05 (Parallelentscheidung), BB 2006, 1575.

3 BAG v. 8.11.2007 – 2 AZR 418/06, EzA – SD 2008 Nr. 5, 6.

4 APS/Kiel, § 1 KSchG Rz. 484.

gibt, so dass ein Umsatzrückgang automatisch den Wegfall von Arbeitsplätzen bewirkt.¹ Auch in diesem Fall liegt jedoch eine Unternehmerentscheidung vor, die vom BAG als „**verdeckte Unternehmerentscheidung**“² oder als „**Selbstbindung des Arbeitgebers**“³ bezeichnet wird. Der Entschluss, den Personalbedarf von konkreten Umsatzzahlen oder von den – entsprechend den erteilten Aufträgen – tatsächlich vorhandenen Beschäftigungsmöglichkeiten abhängig zu machen, stellt eine vorweggenommene Unternehmerentscheidung dar, die später automatisch zum Wegfall von Arbeitsplätzen führt.⁴

- 252 Hinsichtlich der **Darlegungs- und Beweislast im Prozess** gelten die allgemeinen Grundsätze. Der Arbeitgeber muss darlegen und beweisen, dass die Kündigung durch dringende betriebliche Erfordernisse bedingt ist. Im Fall des Auftragsrückgangs als Kündigungsursache genügt er seiner Darlegungs- und Beweislast nicht schon dann, wenn er die rückläufigen Umsatz- oder Auftragszahlen vorträgt. Er muss vielmehr substantiiert und für das Gericht nachvollziehbar darlegen und beweisen, dass durch den Auftragsrückgang mangels ausreichenden Arbeitsanfalles ein Arbeitskräfteüberhang entsteht.⁵ Im Rahmen der Arbeitnehmerüberlassung entsteht ein entsprechender Überhang an Leiharbeitnehmern, wenn der Einsatz von Leiharbeitnehmern endet, ohne dass der Arbeitnehmer wieder bei anderen Entleihern oder im Betrieb des Verleihers sofort oder auf absehbare Zeit eingesetzt werden kann. Dabei reicht ein bloßer Hinweis auf einen auslaufenden Auftrag und auf einen fehlenden Anschlussauftrag regelmäßig nicht aus, um einen – dauerhaften – Wegfall des Beschäftigungsbedürfnisses zu begründen. Der Arbeitgeber muss anhand der Auftrags- und Personalplanung vielmehr darstellen, warum es sich nicht nur um eine – kurzfristige – Auftragschwankung, sondern um einen dauerhaften Auftragsrückgang handelt und ein anderer Einsatz des Arbeitnehmers bei einem anderen Kunden bzw. in einem anderem Auftrag – auch ggf. nach entsprechenden Anpassungsfortbildungen – nicht in Betracht kommt.⁶ Liegt eine sog. Selbstbindung des Arbeitgebers vor, berechnet er also den Personalbedarf unmittelbar nach der Arbeitsmenge, so genügt er seiner Vortragslast, wenn er die Richtigkeit des Berechnungsmodus so darlegt, dass aus der Verringerung des Umsatzes auf die Veränderung der Beschäftigungsmöglichkeiten geschlossen werden kann.⁷ Die Gerichte unterstellen dabei offensichtlich, dass der Arbeitgeber vor Ausspruch der strittigen Kündigungen ein entsprechendes Konzept ausgearbeitet hat. In der Praxis stellt dies jedoch oft ein Problem dar. Viele Arbeitgeber beschränken sich nur darauf, den sich aus dem Auftragsrückgang und dem entsprechenden verringerten Arbeitsanfall ergebenden Personalbedarf mehr oder weniger grob und deshalb mehr oder weniger ungenau zu schätzen. Die meisten Probleme der Arbeitgeber bei Prozessen über betriebsbedingte Kündigungen ergeben sich dann aus der Diskre-

1 BAG v. 15.6.1989 – 2 AZR 600/88, NZA 1990, 65.

2 BAG v. 30.5.1985 – 2 AZR 321/84, NZA 1986, 155.

3 BAG v. 15.6.1989 – 2 AZR 600/88, NZA 1990, 65.

4 KR/Griebeling, § 1 KSchG Rz. 518; ErfK/Oetker, § 1 KSchG Rz. 227.

5 BAG v. 18.5.2006 – 2 AZR 412/05, RdA 2007, 176; v. 30.5.1985 – 2 AZR 321/84, NZA 1986, 155.

6 BAG v. 18.5.2006 – 2 AZR 412/05, RdA 2007, 176.

7 BAG v. 15.6.1989 – 2 AZR 600/88, NZA 1990, 65.

panz zwischen ihrer ungenauen Schätzung und den Erwartungen der Gerichte an einen exakten Sachvortrag.¹

Die Nachprüfung des Gerichts ist im Streitfall beschränkt. Die Unternehmerentscheidung, die der Arbeitgeber trifft, um seinen Betrieb an die veränderte Auftragslage anzupassen, unterliegt der **beschränkten Missbrauchskontrolle**, kann also nur darauf überprüft werden, ob sie offenbar unsachlich, unvernünftig oder willkürlich ist.² Die Arbeitsgerichte prüfen nur, ob durch einen außerbetrieblichen Grund – Auftragsrückgang – ein Überhang an Arbeitskräften entstanden ist, durch den unmittelbar oder mittelbar das Bedürfnis zur Weiterbeschäftigung eines oder mehrerer Arbeitnehmer entfallen ist. Bei dieser Prüfung ist nicht auf einen „bestimmten räumlich fixierten Arbeitsplatz“ abzustellen, weil Art und Ort der Tätigkeit eines Arbeitnehmers oft wechseln und es wegen des Gebots der sozialen Auswahl nach § 1 Abs. 3 KSchG bei mehreren vergleichbaren Arbeitsplätzen kündigungserichtlich unerheblich ist, welcher bestimmte Arbeitsplatz entbehrlich geworden ist. Es kommt vielmehr darauf an, ob unter Respektierung einer etwa bindenden Unternehmerentscheidung mit einem geringeren oder veränderten Arbeitsanfall auch das Bedürfnis zur Weiterbeschäftigung für die gekündigten Arbeitnehmer entfallen oder innerhalb einer Gruppe vergleichbarer Arbeitnehmer gesunken ist. So hat beispielsweise ein Arbeitgeber, der ein Bauunternehmen betreibt und drei Maurern gekündigt hat, schlüssig dargelegt, die Kündigungen seien aus dringenden betrieblichen Gründen erfolgt, wenn er in nachvollziehbarer Weise ausgeführt hat, aus einem bestimmten Auftragsrückgang in Verbindung mit dem Auslaufen einer bestimmten Zahl von Baustellen ergebe sich, dass für drei von zehn Maurern kein Beschäftigungsbedürfnis mehr bestehe. Unerheblich für die Betriebsbedingtheit der Kündigung ist, ob gerade auf der Baustelle, auf der die gekündigten Maurer beschäftigt wurden, noch Arbeit vorhanden ist. Welchen drei der zehn Maurern gekündigt werden kann, ist eine Frage der sozialen Auswahl gem. § 1 Abs. 3 KSchG.³

253

Hinsichtlich des Vorliegens dieser Voraussetzungen ist – wie allgemein für die Prüfung der Wirksamkeit einer Kündigung⁴ – der **Zugang der Kündigungserklärung** der maßgebliche Zeitpunkt.⁵ Es ist auf die im Zeitpunkt des Zugangs bestehenden betrieblichen Verhältnisse abzustellen, wozu auch eine **Prognose** für die Zeit nach dem Kündigungstermin gehört. Es ist daher nicht erforderlich, dass bereits bei der Kündigungserklärung der Arbeitsanfall zurückgegangen ist. Wird eine Kündigung auf die künftige Entwicklung der betrieblichen Verhältnisse gestützt, so kann sie ausgesprochen werden, wenn die betrieblichen Umstände konkrete und greifbare Formen angenommen haben. Davon ist aus-

254

1 Zepter, DB 2000, 474, 475.

2 BAG v. 9.5.1996 – 2 AZR 438/95, NZA 1996, 1145; v. 26.9.1996 – 2 AZR 200/96, NZA 1997, 202; v. 10.11.1994 – 2 AZR 242/94, NZA 1995, 566.

3 BAG v. 30.5.1985 – 2 AZR 321/84, NZA 1986, 155; v. 15.6.1989 – 2 AZR 600/88, NZA 1990, 65.

4 St. Rspr. vgl. BAG v. 27.2.1997 – 2 AZR 160/96, EzA KSchG § 1 Wiedereinstellungsanspruch Nr. 1 EzA m.w.N.

5 BAG v. 30.5.1985 – 2 AZR 321/84, NZA 1986, 155; LAGE Köln v. 10.12.1998 – 6 Sa 493/98, NZA 1999, 991.

Teil 11

Sonderkündigungsschutz in der Pflegezeit

A. Einleitung

Zum 1.7.2008 ist das Pflegezeitgesetz (PflegeZG) als Artikel 3 des Gesetzes zur strukturellen Weiterentwicklung der Pflegeversicherung vom 28.5.2008 in Kraft getreten.¹ Ziel des Gesetzes ist nach § 1 PflegeZG, Beschäftigten die Möglichkeit zu eröffnen, pflegebedürftige nahe Angehörige in häuslicher Umgebung zu pflegen und damit die Vereinbarkeit von Beruf und familiärer Pflege zu verbessern. Der Pflegezeitanspruch soll Menschen, die bereit sind ihre Angehörigen zu pflegen und somit Verantwortung zu übernehmen, vor einer Verschlechterung ihrer beruflichen Entwicklungschancen bewahren, indem der Beschäftigte nach der Freistellung zu denselben Arbeitsbedingungen in den Betrieb zurückkehrt.

Dieser angestrebten **Verbesserung der Vereinbarkeit von familiärer Pflege und Erwerbstätigkeit** will das Gesetz auf zwei Wegen gerecht werden:

Tritt plötzlich eine Pflegesituation ein, so sollen die Beschäftigten nach Anzeige beim Arbeitgeber berechtigt sein, kurzzeitig – bis zu zehn Arbeitstage – der Arbeit fern zu bleiben, um für einen pflegebedürftigen nahen Angehörigen in einer akut aufgetretenen Pflegesituation eine bedarfsgerechte Pflege zu organisieren oder eine pflegerische Versorgung in dieser Zeit sicherzustellen, § 2 PflegeZG (sog. **kurzzeitige Arbeitsverhinderung**). Berufstätigen Personen soll dadurch ermöglicht werden, bei Akutereignissen die sofortige pflegerische Versorgung eines nahen Angehörigen sicherzustellen.² Dem Beschäftigten steht in diesem Fall nach überwiegender Ansicht ein **Leistungsverweigerungsrecht** zu.³ Während der kurzzeitigen Arbeitsverhinderung des Beschäftigten ist der Arbeitgeber zur Fortzahlung der Vergütung nur dann verpflichtet, wenn sich eine solche Verpflichtung aus anderen Bestimmungen ergibt (§ 2 Abs. 3 PflegeZG), z.B. aus § 616 BGB oder aus dem Arbeitsvertrag, einer Betriebsvereinbarung oder einem Tarifvertrag.

Die §§ 3, 4 PflegeZG räumen dem Beschäftigten einen Anspruch auf vollständige oder teilweise Freistellung von der Arbeitszeit ein, um einen pflegebedürftigen nahen Angehörigen in häuslicher Umgebung zu pflegen (sog. **Pflegezeit**). Die Pflegezeit kann längstens **bis zu sechs Monate** betragen. Wurde zunächst eine kürzere Zeit beansprucht, kann die Pflegezeit i.d.R. nur noch mit Zustimmung des Arbeitgebers auf die Höchstdauer ausgeweitet werden. Ohne Zustimmung des Arbeitgebers kann dies nur dann geschehen, wenn ein vorgesehener

1 BGBl. I, 874, 896.

2 Vgl. BT-Drucks. 16/7439, S. 90.

3 Fröhlich, ArbRB 2008, 84 (85); Erk/Gallner, § 2 PflegeZG Rz. 1; Jousen NZA 2009, 69 (70); Linck, BB 2008, 2738 (2739); Preis/Nehring NZA 2008, 729 (730); a.A. Küttner/Reinecke, Pflegezeit Rz. 7 (Unmöglichkeit i.S.d. § 275 Abs. 1 BGB).

Wechsel in der Person des Pflegenden aus einem wichtigen Grund nicht erfolgen kann.

- 5 Beantragt der Beschäftigte die Verringerung der Arbeitszeit, werden nach vorheriger Einigung mit dem Arbeitgeber Arbeitszeit und Vergütungspflicht anteilig suspendiert. Ist der Mitarbeiter vollständig freigestellt, ruht das Beschäftigungsverhältnis. Den Arbeitgeber trifft **keine Pflicht zur Lohnfortzahlung**. Finanzielle Einbußen des Pflegezeitberechtigten werden durch das Pflegegeld aufgefangen, das der pflegebedürftige Angehörige dem Pflegenden überlassen kann. Die Pflegekasse leistet nach der zeitgleich mit dem PflegeZG neu eingefügten Vorschrift des § 44a SGB XI Zuschüsse zur Kranken- und Pflegeversicherung und entrichtet die Beiträge des Pflegenden zur Arbeitslosenversicherung.¹
- 6 Nach der Gesetzesbegründung sollte die Pflegezeit in Anlehnung an die Regelungen zur Inanspruchnahme von Elternzeit (vgl. §§ 15 ff. BEEG) ausgestaltet werden.² Diesem Anliegen folgt auch **§ 5 PflegeZG**, der ähnlich wie § 18 BEEG zu Gunsten des Pflegezeitberechtigten ein **Kündigungsverbot mit Erlaubnisvorbehalt** enthält. Allerdings weicht § 5 PflegeZG in wesentlichen Einzelheiten von § 18 BEEG ab. Dadurch kommt es **in der Praxis häufig zu Problemen** im Zusammenhang mit Kündigungen und der Inanspruchnahme von Pflegezeit.

B. Persönlicher Anwendungsbereich

1. Anspruchsberechtigte

- 7 Das PflegeZG verwendet durchgängig den Terminus des „Beschäftigten“, dem die Ansprüche aus dem PflegeZG zustehen. Wer Beschäftigter i.S.d. PflegeZG ist, definiert abschließend § 7 Abs. 1 PflegeZG.
- 8 Dies sind zum einen **Arbeitnehmer**, also alle auf der Grundlage eines Arbeitsvertrags Beschäftigten. Es gilt der allgemeine Arbeitnehmerbegriff. Damit unterfallen auch Teilzeit- und befristete Arbeitskräfte und leitende Angestellte dem PflegeZG.³
- 9 Zu den Beschäftigten i.S.d. PflegeZG gehören des Weiteren **die zu ihrer Berufsbildung Beschäftigten**. Dazu gehören Auszubildende i.S.v. §§ 1 Abs. 3, 10 Abs. 1 BBiG, die zur Berufsausbildungsvorbereitung, zur beruflichen Fortbildung und zur beruflichen Umschulung Beschäftigten i.S.v. § 1 Abs. 1, 2, 4, 5 BBiG sowie die in sog. anderen Vertragsverhältnissen nach § 26 BBiG Beschäftigten.⁴
- 10 Ferner sind Beschäftigte i.S.d. PflegeZG Personen, die wegen ihrer wirtschaftlichen Unselbständigkeit als **arbeitnehmerähnliche Personen** anzusehen sind,

1 Zu den sozialversicherungsrechtlichen Auswirkungen siehe ausführlich Müller/Stuhlmann, ZTR 2008, 290 (295).

2 BT-Drucks. 16/7439, S. 91.

3 ErfK/Gallner, § 7 PflegeZG Rz. 1; Linck, BB 2008, 2738.

4 ErfK/Gallner, § 7 PflegeZG Rz. 1; Linck, BB 2008, 2738.

wozu auch die in Heimarbeit Beschäftigten und die ihnen Gleichgestellten gehören.

Nicht pflegezeitberechtigt sind öffentlich-rechtliche Bedienstete.¹ Für Beamte gilt die Beurlaubungsregelung des § 72a Abs. 4 BBG. 11

2. Arbeitgeber

Arbeitgeber im Sinne des Gesetzes sind nach § 7 Abs. 2 PflegeZG natürliche und juristische Personen sowie rechtsfähige Personengesellschaften, die die o.g. Personen beschäftigen. 12

3. Pflegebedürftige nahe Angehörige

Nach § 7 Abs. 3 PflegeZG sind **nahe Angehörige** i.S.d. Gesetzes 13

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

Nicht zu den nahen Angehörigen i.S.d. PflegeZG gehören damit Tanten und Onkel sowie leibliche Kinder, Adoptiv- und Pflegekinder des Partners einer eheähnlichen Gemeinschaft.² Trotz dieser Einschränkung handelt es sich um einen eher **weit gefassten Personenkreis**. 14

Nahe Angehörige sind **pflegebedürftig**, wenn sie 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 die **Voraussetzungen einer der drei Pflegestufen** der §§ 14f. SGB XI erfüllen, vgl. § 7 Abs. 4 Satz 1 PflegeZG. Für das Leistungsverweigerungsrecht des § 2 Abs. 1 PflegeZG reicht es aus, wenn die Voraussetzungen der §§ 14f. SGB XI voraussichtlich erfüllt werden, § 7 Abs. 4 Satz 2 PflegeZG. 15

C. Voraussetzungen des Kündigungsverbots

Nach § 5 Abs. 1 PflegeZG darf der Arbeitgeber das Beschäftigungsverhältnis von der Ankündigung bis zur Beendigung der kurzzeitigen Arbeitsverhinderung nach § 2 oder der Pflegezeit nach § 3 nicht kündigen. Die für den Arbeitsschutz zuständigen obersten Landesbehörden oder die von ihnen bestimmten Stellen können in besonderen Fällen eine Kündigung ausnahmsweise für zulässig erklären, vgl. § 5 Abs. 2 PflegeZG. Es handelt sich bei dem Kündigungsschutz des 16

1 ErfK/Gallner, § 7 PflegeZG Rz. 1; Küttner/Reinecke, Pflegezeit Rz. 2.

2 ErfK/Gallner, § 7 PflegeZG Rz. 2.

Pflegezeitberechtigten damit um ein **Kündigungsverbot mit Erlaubnisvorbehalt**. Dem Beschäftigten soll durch den Sonderkündigungsschutz die Sorge vor dem Verlust des Arbeitsplatzes genommen werden.¹

- 17 Abhängig davon, ob der Beschäftigte nach § 2 PflegeZG kurzzeitig zur Leistung seiner Arbeitspflicht verhindert ist oder teilweise bzw. vollständig Pflegezeit beansprucht hat, gelten **unterschiedliche Voraussetzungen** für das Eingreifen des Kündigungsschutzes.

1. Kündigungsverbot bei kurzzeitiger Arbeitsverhinderung

a) Sachlicher Anwendungsbereich

- 18 Der Anspruch auf Arbeitsbefreiung und damit einhergehend der Kündigungsschutz nach § 5 PflegeZG unterliegt **keiner Wartezeit**. Er kann also theoretisch ab dem ersten Arbeitstag geltend gemacht werden. Allerdings ist die Höchstdauer im Fall der Akutpflege auf zehn Arbeitstage limitiert. Nach deren Ablauf besteht kein nachwirkender Kündigungsschutz.² Der Arbeitgeber kann ohne Darlegung der sozialen Rechtfertigung kündigen, wenn die sechs-Monats-Frist des § 1 Abs. 1 KSchG noch nicht abgelaufen ist. Zu den Missbrauchsmöglichkeiten im Zusammenhang mit der Beantragung von Pflegezeit siehe Rz. 33.
- 19 Der Kündigungsschutz im Rahmen der sog. Akutpflege besteht unabhängig von der Größe des Betriebs und der Anzahl der Beschäftigten. Er gilt somit **auch im Kleinbetrieb**.³

b) Akut aufgetretene Pflegesituation und erforderliche Hilfeleistungen des Beschäftigten

- 20 Der Sonderkündigungsschutz tritt nur bei einer kurzzeitigen Arbeitsverhinderung ein. Eine solche liegt dann vor, wenn eine **akute Pflegesituation** auftritt und daher die **Organisation einer bedarfsgerechten Pflege erforderlich** ist, § 2 Abs. 1 PflegeZG. Dies ist z.B. der Fall, wenn ein Elternteil des Beschäftigten vorzeitig von einem stationären Krankenhausaufenthalt zurückkehrt und der Beschäftigte infolge dessen die Pflege sicherstellen muss, etwa durch Einschalten eines Pflegedienstes.
- 21 Das Gesetz benennt **keine Frist zur Ankündigung** der Arbeitsbefreiung. Mit Ankündigung der kurzfristigen Arbeitsverhinderung tritt der Sonderkündigungsschutz des Beschäftigten ein. Allerdings muss die Pflegesituation nach § 2 Abs. 1 PflegeZG akut aufgetreten sein. Aus dieser Formulierung ergibt sich, dass die Pflegebedürftigkeit **unerwartet und plötzlich** eingetreten sein und auf nicht rechtzeitig vorhersehbaren Umständen beruhen muss.⁴ Nur in diesem Fall besteht ein Bedürfnis des berufstätigen Beschäftigten, zeitnah zu reagieren

1 Vgl. BT-Drucks. 16/7439, S. 93.

2 ErfK/Gallner, § 5 PflegeZG Rz. 2.

3 Müller/Stuhlmann, ZTR 2008, 290 (291).

4 Freihuber/Sasse, DB 2008, 1320; Linck, BB 2008, 2738 (2739); Müller, BB 2008, 1058 (1059); Preis/Nehring, NZA 2008, 729 (730).