

Blick ins Arbeitsrecht
Teil 3 / 2008

I.

Einleitung

Die letzten Ausgaben des Blick ins Arbeitsrecht konzentrierten sich auf die aktuelle Rechtsprechung, weil es in den vergangenen Monaten kaum neue Gesetzesvorhaben gab, die für die arbeitsrechtliche Praxis bedeutsam gewesen wären. Der vorliegende Blick ins Arbeitsrecht weist wieder die gewohnte Gliederung in neue Gesetze einerseits und aktuelle Rechtsprechung andererseits auf, nachdem zum 01. Juli 2008 das Gesetz zur strukturellen Weiterentwicklung der Pflegeversicherung in Kraft getreten ist.

II.

Gesetzgebung

Am 25. April 2008 hat der Bundesrat das Gesetz zur strukturellen Weiterentwicklung der Pflegeversicherung gebilligt. Intention der Pflegereform ist die schrittweise Erhöhung der Leistungen für die Pflegebedürftigen und ihre pflegenden Angehörigen. Das Gesetz soll das ehrenamtliche Engagement stärken und Pflegerinnen und Pfleger entlasten. Außerdem soll die Qualität der Pflege verbessert und unnötige Bürokratie abgebaut werden. Ob all diese Ziele erreicht werden, werden die nächsten Jahre zeigen.

Das seit dem 01. Juli 2008 geltende Pflegezeitgesetz (PflegeZG) bringt sowohl für Arbeitnehmer als auch Arbeitgeber maßgebliche Veränderungen. Viele pflegebedürftige Personen möchten zu Hause in vertrauter Umgebung und von Angehörigen gepflegt werden. Berufstätige Angehörige können oder wollen für die Pflege Angehöriger aber oftmals nicht vollständig auf ihre Berufstätigkeit verzichten. Um den – eventuell sehr plötzlichen – Eintritt eines Pflegefalls mit der Berufstätigkeit pflegender Angehöriger in Einklang zu bringen, gibt das PflegeZG Arbeitnehmern verschiedene Ansprüche. So besteht zum einen die Möglichkeit, kurzfristig von der Verpflichtung zur Arbeitserbringung freigestellt zu werden. Zum anderen kann unter bestimmten Voraussetzungen auch eine länger andauernde Pflegezeit von bis zu

sechs Monaten in Anspruch genommen werden. Damit soll dem unterschiedlichen Pflegebedarf einzelfallbezogen und flexibel Rechnung getragen werden:

Tritt ein Pflegefall plötzlich auf, so können Beschäftigte kurzfristig bis zu zehn Tage von der Arbeit fern bleiben, um auf diesem Wege die Pflege sicherzustellen oder eine bedarfsgerechte Pflege zu organisieren (§ 2 PflegeZG, „Kurzzeitige Arbeitsverhinderung“). Voraussetzung ist, dass eine akute Pflegesituation vorliegt, d.h. eine kurzfristig und überraschend eingetretene Pflegebedürftigkeit, die nicht schon länger absehbar war. Es muss sich um eine Pflegebedürftigkeit im Sinne zumindest der „Pflegestufe 1“ handeln, wobei die Pflegebedürftigkeit des Angehörigen nur „voraussichtlich“ bestehen muss. Der freizustellende Mitarbeiter muss „Beschäftigter“ sein. Hierzu zählen nicht nur Arbeitnehmer, sondern auch Auszubildende und arbeitnehmerähnliche Personen, z.B. in Heimarbeit Beschäftigte, nicht aber Beamte. Die Freistellung des Beschäftigten zur Pflege des Angehörigen muss „erforderlich“ sein. Ein Anspruch auf Freistellung nach § 2 PflegeZG besteht also nicht, wenn die Pflege durch andere Personen organisiert oder geleistet werden kann. Dies gilt auch, wenn der pflegende Angehörige in so geringem Umfang beschäftigt ist, dass sich die Pflege mit seiner beruflichen Tätigkeit ohne weiteres vereinbaren lässt. Der Arbeitgeber kann eine ärztliche Bescheinigung verlangen, aus der sich die voraussichtliche Pflegebedürftigkeit des nahen Angehörigen sowie die Notwendigkeit ergibt, eine angemessene Pflege zu organisieren oder selbst sicherzustellen. Einen Freistellungsanspruch haben nur nahe Angehörige, d.h. vor allem Ehegatten, Lebenspartner oder Partner einer eheähnlichen Gemeinschaft, Geschwister, Eltern, Schwiegereltern und Großeltern sowie Kinder, nicht aber z.B. Onkel und Tanten des Pflegebedürftigen. Ein Anspruch auf Freistellung bis zu zehn Tage wegen akuter Pflegesituation besteht auch in Kleinbetrieben. Es kommt also nicht darauf an, wie viele Mitarbeiter beim Arbeitgeber oder im jeweiligen Betrieb beschäftigt werden.

Durchaus von praktischer Bedeutung, aber nicht eindeutig geklärt ist die Frage, ob der Arbeitgeber während der kurzen Arbeitsverhinderung des Beschäftigten zur Fortzahlung dessen Vergütung verpflichtet ist. Das PflegeZG regelt dies nicht. Allerdings ergibt sich aus § 616 BGB ein Anspruch auf Fortzahlung der Vergütung bei vorübergehender, von Beschäftigten nicht zu vertretender Verhinderung. Diese Regelung dürfte einschlägig sein, kann aber abbedungen werden. Es besteht also die Möglichkeit, mit dem Beschäftigten im Arbeitsvertrag zu vereinbaren, dass im Falle einer kurzfristigen Freistellung nach § 2 PflegeZG keine Fortzahlung der Vergütung geschuldet ist.

Beschäftigte haben nach § 3 PflegeZG („Pflegezeit“) außerdem einen Anspruch, sich für bis zu sechs Monate ohne Lohn- und Gehaltszahlung von der Arbeit freistellen zu lassen, um

einen Angehörigen zu pflegen. Voraussetzung hierfür ist unter anderem, dass der Arbeitgeber über mehr als fünfzehn Beschäftigte verfügt. Bei kleineren Arbeitgebern besteht ein solcher Anspruch also nicht. Für das Erreichen der Grenze von 15 Beschäftigten kommt es nicht auf die Betriebsgröße, sondern allein auf die Anzahl aller Arbeitnehmer des Arbeitgebers und auf die so genannte Kopfzahl an, was bedeutet, dass auch Teilzeitangestellte und geringfügig Beschäftigte sowie Auszubildende voll gezählt werden.

Für den Anspruch auf Pflegezeit gibt es keine Wartezeit; der Anspruch auf Freistellung besteht beim Vorliegen der sonstigen Voraussetzungen schon ab Beginn des Beschäftigungsverhältnisses. Allerdings muss die Pflegebedürftigkeit sicher feststehen und durch Bescheinigung nachgewiesen werden. Außerdem ist – anders als bei einer kurzzeitigen Freistellung nach § 2 PflegeZG – die Inanspruchnahme der Pflegezeit mit einer Vorlaufzeit von zumindest zehn Tagen schriftlich anzukündigen und dem Arbeitgeber muss mitgeteilt werden, über welchen Zeitraum und in welchem Umfang die Pflegezeit in Anspruch genommen werden soll. Der Anspruch ist nicht von der Zustimmung des Arbeitgebers abhängig. Der Arbeitgeber ist insbesondere nicht berechtigt, den Anspruch mit der Begründung abzulehnen, ihm stünden betriebliche Gründe entgegen. Nimmt der Mitarbeiter aber Pflegezeit zunächst nur in geringerem Umfang als sechs Monate in Anspruch, so kann er eine Verlängerung nur verlangen, wenn der Arbeitgeber dem zustimmt oder ein eigentlich vorgesehener Wechsel in der Person des Pflegenden aus einem wichtigen Grund nicht erfolgen kann.

Die Pflegezeit endet vorzeitig vier Wochen nach Eintritt der veränderten Umstände, wenn die gepflegte Person verstirbt, in eine stationäre Einrichtung aufgenommen oder ihre Pflege und Betreuung aus anderen Gründen unzumutbar oder unmöglich wird (§ 4 Abs. 2 PflegeZG). Ansonsten kann die Pflegezeit nur mit Zustimmung des Arbeitgebers vorzeitig beendet werden. Auf diesem Wege wird dem Bedürfnis des Arbeitgebers nach einer gewissen Planungssicherheit Rechnung getragen.

Während der Pflegezeit und einer kurzzeitigen Arbeitsverhinderung besteht ein besonderer Kündigungsschutz. Eine Kündigung darf erst nach Zustimmung der obersten Landesbehörde ausgesprochen werden, die nur im Ausnahmefall erteilt wird (§ 5 PflegeZG). Anderenfalls ist sie unwirksam. Der besondere Kündigungsschutz beginnt bereits mit der Ankündigung der kurzzeitigen Arbeitsverhinderung bzw. der Inanspruchnahme der Pflegezeit. Er gilt auch für solche Beschäftigte, die keinen allgemeinen Kündigungsschutz nach dem Kündigungsschutzgesetz genießen, also auch für Arbeitnehmer in Kleinbetrieben oder wenn die sechsmonatige Wartezeit bis zur Anwendbarkeit des Kündigungsschutzgesetzes noch nicht erfüllt ist.

Nach § 6 Abs. 1 PflegeZG kann ein Arbeitsverhältnis zur Vertretung eines Beschäftigten für die Dauer der kurzfristigen Arbeitsverhinderung oder der Pflegezeit befristet werden. Die Vertretung während der Pflegezeit gilt als sachlicher Befristungsgrund. Endet die Pflegezeit vorzeitig, so kann der Arbeitgeber den befristeten Arbeitsvertrag unter Einhaltung einer Frist von zwei Wochen kündigen, ohne dass sich der Arbeitnehmer auf den Kündigungsschutz des Kündigungsschutzgesetzes berufen könnte.

Die Regelungen des PflegeZG sind sicherlich zu begrüßen. Allerdings bleiben einige Fragen offen. So ist beispielsweise nicht geregelt, wie sich die Pflegezeit auf Urlaubsansprüche auswirkt, ob es also zu einer anteiligen Kürzung des Urlaubs für den Zeitraum der Pflegezeit kommen darf. Offen ist auch, welche Auswirkungen eine Pflegezeit auf vom Arbeitgeber zu leistende Sonderzahlungen hat. Hier dürfte folgende Regel gelten: Bei Zulagen, die ausschließlich leistungsbezogen sind, kann der Zeitraum der Pflegezeit, in der keine Arbeitsleistung erbracht wird, anspruchsmindernd berücksichtigt werden. Soll indessen allein die Betriebstreue des Mitarbeiters belohnt werden, darf eine Pflegezeit auf die Höhe einer Sonderzahlung grundsätzlich keine Auswirkung haben.

III.

Aktuelle Rechtsprechung

1. Verringerung der Arbeitszeit

BAG, Urteil vom 24. Juni 2008, 9 AZR 514/07

Arbeitnehmer haben beim Vorliegen bestimmter Voraussetzungen nach § 8 des Teilzeit- und Befristungsgesetzes (TzBfG) einen Anspruch auf Verringerung ihrer vertraglich vereinbarten Arbeitszeit. Dabei sollen die Arbeitnehmer auch die gewünschte Verteilung der Arbeitszeit angeben. Der Arbeitgeber hat mit dem Arbeitnehmer die gewünschte Verringerung der Arbeitszeit mit dem Ziel zu erörtern, zu einer Vereinbarung zu gelangen. Außerdem soll mit dem Arbeitnehmer Einvernehmen über die von ihm festzulegende Verteilung der Arbeitszeit erzielt werden. In einem jüngst vom Bundesarbeitsgericht zu entscheidenden Fall hatte die Angestellte einer Rechtsanwaltskanzlei einen Wunsch auf Verringerung ihrer Arbeitszeit geäußert und mit ihrem Arbeitgeber erörtert. Danach beantragte sie eine Verringerung der Arbeitszeit auf 33 Stunden wöchentlich bei einer bestimmten Verteilung auf die einzelnen Arbeitstage. Der Arbeitgeber lehnte dies ab, woraufhin die Arbeitnehmerin die entsprechende Verringerung und Verteilung der Arbeitszeit gerichtlich geltend machte. Im Laufe des Prozesses hat sie ihren Verteilungswunsch mehrfach geändert. Das Arbeitsgericht hatte die Klage abgewiesen. Das Landesarbeitsgericht gab der Klägerin recht. Das Bundesarbeitsge-

richt hat das die Klage abweisende Urteil des Arbeitsgerichts wieder hergestellt. Es begündete dies damit, die Mitarbeiterin hätte ihren Verteilungswunsch während des Prozesses nicht mehr ändern dürfen. Zwar könne ein Arbeitnehmer sein Angebot auf Verringerung der regelmäßigen Arbeitszeit davon abhängig machen, dass der Arbeitgeber auch seinem Verteilungswunsch zustimmt. Damit unterbreite er ein einheitliches Vertragsangebot. Nach Erörterung der gewünschten Veränderungen dürfe der Arbeitnehmer seinen Verteilungswunsch auch erstmals äußern und einen vorher geäußerten Verteilungswunsch nochmals ändern. Danach sei er hieran aber gebunden. Der Mitarbeiterin verbleibt damit nur, die Verringerung der Arbeitszeit erneut zu beantragen und dabei die Festlegung der jetzt von ihr gewünschten Verteilung zu verlangen.

2. Darlegungs- und Beweislast für die Anwendbarkeit des Kündigungsschutzgesetzes BAG, Urteil vom 26. Juni 2008, 2 AZR 264/07

Gemäß § 23 Abs. 1 des Kündigungsschutzgesetzes (KSchG) bedürfen ordentliche Kündigungen in so genannten Kleinbetrieben keiner sozialen Rechtfertigung. Ein Kündigungsgrund im Sinne des Kündigungsschutzgesetzes ist also nicht erforderlich. Unter Kleinbetrieben versteht man Betriebe, in denen in der Regel zehn oder weniger Arbeitnehmer beschäftigt werden. Beruft sich ein Arbeitnehmer im Rahmen eines Kündigungsschutzverfahrens darauf, eine ihm gegenüber ausgesprochene Kündigung sei sozial ungerechtfertigt und deswegen unwirksam, so ist es seine Sache darzulegen und im Bestreitensfalle auch zu beweisen, dass die Schwelle von mehr als zehn Arbeitnehmern in seinem Betrieb erreicht ist. In dem vom Bundesarbeitsgericht zu entscheidenden Fall hatte sich die Klägerin darauf berufen, die Kündigung sei sozial ungerechtfertigt und in ihrem Betrieb seien 14 Arbeitnehmer beschäftigt. Der Arbeitgeber berief sich darauf, seine Kündigung bedürfe keiner sozialen Rechtfertigung, weil im Betrieb nicht mehr als zehn Arbeitnehmer beschäftigt würden. Die Vorinstanzen hatten die Klage abgewiesen, weil die Klägerin nicht ausreichend konkret dargelegt habe, dass die Beklagte mehr als zehn Arbeitnehmer beschäftigte. Das Bundesarbeitsgericht hielt die insoweit gestellten Anforderungen für überzogen. Der Arbeitnehmer genügt seiner Darlegungslast vielmehr schon dann, wenn er die ihm bekannten Anhaltspunkte dafür vorträgt, dass kein Kleinbetrieb vorliegt. Dies kann beispielsweise dadurch geschehen, dass er die Personen näher beschreibt, die im Betrieb regelmäßig erscheinen und weisungsgebunden arbeiten. Der Arbeitgeber muss sich daraufhin vollständig zur Anzahl der Beschäftigten erklären. Bleibt auch nach Beweiserhebung unklar, ob die für den Kündigungsschutz erforderliche Beschäftigtenzahl erreicht ist, so geht dies zu Lasten des Arbeitnehmers.

3. Beschränkung einer Änderungskündigung auf das unbedingt erforderliche Maß BAG, Urteil vom 26. Juni 2008, 2 AZR 147/07

Hält ein Arbeitgeber eine Änderungskündigung für erforderlich, so muss er sich dabei auf das unbedingt notwendige Maß beschränken. Er darf nicht darüber hinausgehende, nicht erforderliche Änderungen vornehmen. Anderenfalls ist die Änderungskündigung insgesamt unwirksam.

Der Kläger war bei einer Kirchengemeinde langjährig als Hausmeister eines Gemeindehauses beschäftigt. Nach dem einschlägigen Tarifvertrag war er ordentlich unkündbar, aber das Gemeindehaus wurde zum 01. Oktober 2006 geschlossen. Deswegen bot die Kirchengemeinde dem Kläger die Stelle eines Küsters in ihrer Gemeindekirche an, allerdings nur unter der Bedingung, dass er in die Küsterwohnung einziehe. Der Kläger lehnte dies ab, wohin es zum Ausspruch einer Änderungskündigung kam: Die Kirchengemeinde kündigte das Arbeitsverhältnis und bot dem Kläger zugleich die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses als Küster und Hausmeister in der Kirche verbunden mit dem Bezug der Dienstwohnung an. Der Kläger nahm das Änderungsangebot nicht an, auch nicht unter Vorbehalt, und erhob Klage. Alle drei Instanzen gaben dem Kläger recht. Die ausgesprochene Änderungskündigung sei unwirksam, weil sich das Änderungsangebot der Gemeinde nicht auf das unbedingt erforderliche Maß beschränkte. Es bestand keine (betriebliche) Notwendigkeit, vom Kläger den Bezug der Dienstwohnung zu verlangen. Er hätte seiner neuen Tätigkeit ohne weiteres von seiner privaten Wohnung aus nachgehen können und auch die Küsterordnung der Kirche, bei der der Kläger beschäftigt ist, verlangt nicht zwingend, dass ein Küster in unmittelbarer Nähe der Kirche wohnt.

Die arbeitsrechtliche Praxis zeigt immer wieder, dass Arbeitgeber im Zusammenhang mit einer tatsächlich erforderlichen Änderungskündigung versuchen, noch weitere, betrieblich nicht notwendige Änderungen der arbeitsvertraglichen Konditionen herbeizuführen. Das vorliegende Urteil macht nochmals überdeutlich, wie dringend von solchen Vorhaben abzuraten ist.

4. Anspruch auf Teilzeit und Betriebsvereinbarung BAG, Urteil vom 24. Juni 2008, 9 AZR 313/07

Macht ein Arbeitnehmer nach dem Teilzeit- und Befristungsgesetz einen Anspruch auf Verringerung und Neuverteilung seiner Arbeitszeit geltend, so kann der Arbeitgeber diesen Teilzeitwunsch ablehnen, wenn diesem betriebliche Gründe entgegenstehen. Als Beispiele hier-

für nennt das Gesetz wesentliche Beeinträchtigungen der Betriebsorganisation oder des Arbeitsablaufs, aber auch durch die vom Arbeitnehmer gewünschte Arbeitszeitverringerung verursachte unverhältnismäßig hohe Kosten. Eine gesetzliche Öffnungsklausel sieht vor, dass die Ablehnungsgründe in Tarifverträgen, nicht hingegen in Betriebsvereinbarungen festgelegt werden können. Obwohl Betriebsvereinbarungen somit die dem Arbeitgeber zur Verfügung stehenden Ablehnungsgründe nicht direkt festlegen können, haben sie oftmals erheblichen mittelbaren Einfluss auf die Entscheidung des Arbeitgebers über Arbeitszeitverringerungswünsche, weil der Arbeitgeber durch eine Betriebsvereinbarung zum Beispiel hinsichtlich Lage und Dauer der Arbeitszeit rechtlich gebunden sein kann: Eine Zustimmung wäre in einem solchen Falle unter Umständen nur unter Verstoß gegen die die Arbeitszeit regelnde Betriebsvereinbarung möglich. Diesbezüglich hat das Bundesarbeitsgericht bereits entschieden, dass jedenfalls solche, die Arbeitszeit betreffenden Betriebsvereinbarungen, die der Betriebsrat notfalls im Wege der Einigungsstelle erzwingen könnte, einen betrieblichen Grund für die Ablehnung des Teilzeitverlangens darstellen können.

Das Bundesarbeitsgericht hatte jetzt über die Klage eines Flugkapitäns zu entscheiden. Dieser ist bei einem Luftfahrtunternehmen beschäftigt, für welches das Betriebsverfassungsgesetz nicht gilt. Allerdings sieht eine tarifliche Regelung vor, dass die bei dem Unternehmen gebildete Personalvertretung über die Feststellung der sogenannten Umlaufpläne des Cockpitpersonals auf den einzelnen Flugstrecken mitbestimmen darf. Eine Betriebsvereinbarung regelt verschiedene Teilzeitmodelle, wobei die vorgesehenen Blockzeitmodelle nur befristet auf das Kalenderjahr angeboten werden. Der Kläger verlangte die unbefristete Verringerung seiner Arbeitszeit um 30 Kalendertage und beantragte eine Blockfreizeit vom jeweils 15. Dezember bis zum 15. Januar des Folgejahres.

Der Kläger bekam durch alle drei Instanzen hinweg recht, weil dem Verringerungs- und Neuverteilungswunsch des Klägers keine betrieblichen Gründe entgegenstehen. Das Bundesarbeitsgericht führte aus, solche Gründe könnten sich nicht aus der Betriebsvereinbarung über Teilzeit ergeben. Die Beschränkung auf befristete Blockteilzeit gelte nur für die auf ihrer Grundlage angebotenen Teilzeitmodelle. Der gesetzliche Anspruch auf unbefristete Verringerung und Neuverteilung der Arbeitszeit nach dem Teilzeit- und Befristungsgesetz könne durch eine Betriebsvereinbarung nicht zeitlich begrenzt werden. Ob eine freiwillige Betriebsvereinbarung einem Teilzeitanspruch entgegenstehen kann, hatte der Senat nicht zu entscheiden; er ließ dies erneut offen.

5. Kündigung wegen Alkoholabhängigkeit

Arbeitsgerichts Nauenburg, Urteil vom 06. September 2007, 1 Ca 956/07

Eine Kündigung wegen Alkoholabhängigkeit ist nur zulässig, wenn alle Voraussetzungen einer krankheitsbedingten Kündigung gegeben sind. Bei einer echten Alkoholabhängigkeit handelt es sich um eine Erkrankung. Liegt eine solche Alkoholerkrankung vor, kommt wegen damit verbundener Nachteile des Arbeitgebers, vor allem im Falle häufiger alkoholbedingter Erkrankungen, lediglich eine krankheitsbedingte Kündigung, nicht aber eine verhaltensbedingte Kündigung in Betracht. Eine fristlose Kündigung aufgrund Alkoholerkrankung ist nur unter ganz besonderen Umständen, also im absoluten Ausnahmefall statthaft. Insbesondere hat der Arbeitgeber genau zu prüfen, ob ihm nicht – notfalls auch zu geänderten Konditionen - eine Weiterbeschäftigung des Mitarbeiters bis zum Ablauf der Kündigungsfrist auf einem anderen Arbeitsplatz möglich ist. Erst wenn der Arbeitgeber bei einer solchen Überprüfung zu dem Ergebnis kommt, dass dies nicht möglich ist, darf er eine fristlose Kündigung in Erwägung ziehen. Darüber hinaus hat der Arbeitgeber zuvor grundsätzlich ein so genanntes betriebliches Eingliederungsmanagement durchzuführen, also Maßnahmen vorzunehmen, die dem Arbeitnehmer helfen können, seine alkoholbedingte Arbeitsunfähigkeit zu überwinden, einer erneute Arbeitsunfähigkeit vorzubeugen und die somit zum Erhalt des Arbeitsplatzes beitragen sollen.

Ihr Rechtsanwalt

Michael Eckert

www.edk.de | eckert@edk.de