

# TAUSCHE WICHTIGEN GEGEN GUTEN ARBEITSPLATZ

Gute Frage –

## Was sagt die Rechtsprechung zum Dienstplan?

Die folgenden Fragen und Antworten hat Rechtsanwältin Anja Sollmann (DBfK Nordwest) zusammengestellt. Es sind die häufigsten Fragen, die ihr im Rahmen der Mitgliederberatung in Sachen Arbeitszeit und Dienstplan gestellt werden.

### ? *Bis wann muss der Dienstplan bekanntgegeben werden?*

Eine gesetzliche Vorschrift, wann spätestens der Dienstplan bekannt gegeben werden muss, gibt es nicht. Jedoch folgt aus der Fürsorgepflicht des Arbeitgebers, dass ein Arbeitnehmer sowohl seine Dienstzeit als auch seine Freizeit rechtzeitig planen kann. Keinesfalls darf die Frist unter der Abrufarbeit gemäß § 12 Absatz 2 TzBfG (Teilzeit- und Befristungsgesetz) von mindestens vier Tagen liegen.

### ? *Sind kurzfristige Dienstplanänderungen rechters?*

Nach Bekanntgabe des Dienstplans wird kurzfristig, d.h. am selben Tage oder einen Tag vorher frei gegeben oder zum Dienst gerufen. Das ist einseitig nicht möglich, sondern kann nur mit Einverständnis der Pflgenden erfolgen. Der Arbeitgeber hat kein Weisungs- bzw. Direktionsrecht in der Freizeit.

### ? *Ist ein Dienstplan „unter Vorbehalt“ gültig und möglich?*

Das ist nicht zulässig. Da Pflgende in aller Regel keine Abrufarbeit leisten, muss der Dienstplan verbindlich bekannt gegeben werden. Siehe § 12 TzBfG: Arbeit auf Abruf. Es bedarf einer vertraglichen Vereinbarung, dass der Arbeitnehmer seine Arbeitsleistung entsprechend dem Arbeitsanfall zu leisten hat. Aber auch hier gilt, dass der Abruf zur Arbeit vier Tage vorher erfolgen muss.

### ? *Gibt es eine Dienstverpflichtung im Notfall?*

Gerne wird angeführt, dass bei Personalmangel ein Notfall vorliege und dass der Arbeitgeber daher zum Dienst verpflichten kann. Das ist nicht richtig. Ein struktureller Personalmangel ist kein Notfall, sondern liegt im Betriebsrisiko des Arbeitgebers. Sein Betriebsrisiko kann der Arbeitgeber jedoch nicht auf die Mitarbeiter abwälzen. Der Arbeitgeber hat für die ausreichende Personalbesetzung zu sorgen.

### ? *Wie ist die Rechtslage beim „Einspringen“?*

(betr. Anrufe im Frei oder sogar im Urlaub, damit Pflgende kurzfristig für erkrankte Kolleg/innen einspringen) Siehe unter „kurzfristige Dienstplanänderungen“. Durch Bekanntgabe des Dienstplans hat der Arbeitgeber sein Weisungsrecht über die Verteilung der Arbeit auf die einzelnen Dienste und Schichten wirksam ausgeübt. Der Arbeitnehmer hat seine Sollarbeitszeit erfüllt und ist nicht verpflichtet, seine Freizeit oder seinen Urlaub zu unterbrechen.

Ein Krankenhaus war besonders findig: Es wollte ein System einführen, wonach die Pflgenden für alle kommenden Dienstpläne in ihrem Frei Tage angeben, an denen sie bereit sein würden, im Fall des kurzfristigen Ausfalls von Personal freiwillig einzuspringen. Das sollte eine Art „Einspringbörse“ werden. Es sollten an allen Tagen Mitarbeiter eingetragen sein, die sich zur kurzfristigen Dienstaufnahme in Bereitschaft halten. Das ist ein Rufbereitschaftsdienst durch die Hintertür und nicht zulässig.

Eine Abmahnung oder sonstige arbeitsrechtliche Konsequenzen, weil eine Mitarbeiterin in ihrem Frei nicht am Telefon erreichbar war, sind unzulässig! Eine Arbeitgeberin tauchte sogar persönlich vor der Haustür der Arbeitnehmerin auf, um sie zur kurzfristigen Dienstaufnahme zu bewegen. Als

die Mitarbeiterin nicht öffnete, gab es eine (rechtswidrige) Abmahnung, da die Arbeitnehmerin sich der Erreichbarkeit entzogen habe.

### ? *Wie steht es mit Überstunden?*

Die Verpflichtung zur Ableistung von Überstunden muss vertraglich oder tariflich vereinbart werden. Klauseln, wonach die Überstunden mit dem Gehalt in unbegrenzter Anzahl abgegolten sind, sind unzulässig. Eine Begrenzung ist dagegen zulässig, z.B. dass 6 Überstunden monatlich im Gehalt enthalten sind. Hier ist jedoch dringend zu empfehlen, dass sich Pflegende ihren Arbeitsvertrag vor der Unterschrift genau ansehen, denn letztlich werden so nicht 40 Stunden wöchentlich, sondern durch die Überstundenklausel 46 Stunden vereinbart – für das gleiche Gehalt! Das sollte niemand akzeptieren.

Die Abgeltung von Überstunden wird häufig hinausgezögert mit dem Argument, man habe kein Personal, um Freizeit zu geben und kein Geld, um die Stunden zu bezahlen. Das darf nicht akzeptiert werden. Insbesondere wegen der meistens vereinbarten Verfall- bzw. Ausschlussfristen ist dringend zu empfehlen, dass die geleisteten Überstunden monatlich schriftlich geltend gemacht werden. Es kommt tatsächlich vor, dass Arbeitgeber in einem Rechtsstreit nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses die Ableistung der Überstunden bestreiten bzw. sich (zulässigerweise) auf die Verfallklausel berufen.

### ? *Was muss man zum Thema „Minusstunden“ wissen?*

Auch das kommt vor. Arbeitgeber haben teilweise (insbesondere in der ambulanten Pflege) zu wenig Arbeit, weil Patienten verstorben oder ins Heim/Krankenhaus gekommen sind. Dass zu wenig Arbeit vorhanden ist, liegt im Betriebsrisiko des Arbeitgebers, das er nicht auf seine Arbeitnehmer abwälzen kann. Er muss Arbeit anbieten, u.U. auch eine Ersatzbeschäftigung. Den Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern ist zu empfehlen, ihre Arbeitskraft ausdrücklich anzubieten, damit sie ihren Vergütungsanspruch behalten.

Darf der Arbeitgeber in einer solchen Situation kurzfristig Urlaub oder Überstundenabbau anordnen? Urlaub nicht, da dieser der Erholung dient und nicht für kurzfristigen Arbeitsmangel eingesetzt werden darf. Außerdem steht vor der Urlaubsgenehmigung zunächst der Urlaubswunsch der Arbeitnehmer. Überstunden können jedoch auch kurzfristig abgebaut werden. Es besteht kein Anspruch auf Erholung während des Überstundenabbaus, da dies lediglich eine Verlagerung von Arbeitszeit und Freizeit ist.

Bei dauerhaftem Arbeitsmangel kann der Arbeitgeber Kurzarbeit anmelden, sofern dies im Arbeitsvertrag vereinbart wurde. Das ist jedoch in den Pflegearbeitsverträgen kaum der Fall. Beruhen die Minusstunden auf betrieblichen Störungen, d.h. Arbeitsmangel, können diese nicht vom Gehalt abgezogen werden.

### ? *Welche arbeitsrechtlichen Regeln gibt es zum Urlaub?*

Ein Arbeitgeber ordnet an, dass zusammenhängender Urlaub nur über jeweils *ein* Dienstwochenende genommen werden kann. Das heißt, dass bei einem Dienst an jedem zweiten Wochenende ein dreiwöchiger Urlaub nicht genehmigt wird. Nach dem Bundesurlaubsgesetz (BUrlG) ist Urlaub grundsätzlich zusammenhängend zu gewähren. Das bedeutet aber, dass der komplette Jahresurlaub an einem Stück genommen werden soll. Das möchte sicher kaum ein Arbeitnehmer. Das BUrlG sagt weiter, dass bei einer Teilung des Urlaubsanspruchs einer der Teile mindestens 12 Werktage (nicht Arbeitstage!) umfassen muss. Das ist die Zeit von Montag der ersten Woche bis Samstag der zweiten Woche, da Samstage Werktage sind.

Teilweise ordnen Arbeitgeber an, dass an dem Sonntag der zweiten Woche der Dienst wieder angetreten werden muss. Der Arbeitnehmer hatte ja dann seine 12 Werktage am Stück und der Sonntag gilt nicht als Urlaubstag. Das ist nach dem BUrlG leider zulässig, spricht aber nicht für eine fürsorgliche Haltung des Arbeitgebers und widerspricht an sich auch dem Erholungszweck des Urlaubs.

In der Pflege wird auch gerne mal der Urlaub einer Nachtwache an dem Tag begonnen, an dem der Nachtdienst morgens um 6 Uhr beendet wird. Der „Ausschlaftag“ ist damit der erste Urlaubstag.

Nach dem Arbeitszeitgesetz gilt als Arbeitstag der Tag, an dem der Dienst begonnen wurde. Das kann aber eigentlich nicht als Argument für die Urlaubsplanung genommen werden, da der Erholungszweck des Urlaubs am ersten Urlaubstag nicht erreicht wird.

In einem Fall berichtete eine Pflegende, dass der Arbeitgeber selbst die Urlaubsanträge ausfüllt und die Arbeitnehmer keine eigenen Wünsche einreichen dürfen. Das ist unzulässig! Die Bestimmung des Urlaubszeitpunkts obliegt nämlich nicht dem Ermessen des Arbeitgebers, sondern dieser ist als Schuldner des Urlaubsanspruchs verpflichtet, nach § 7 Abs. 1 BUrlG die Urlaubswünsche der Arbeitnehmer zu berücksichtigen.

#### ? *Wie ist die Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall geregelt?*

Arbeitgeber lassen jetzt häufiger Minusstunden bei Arbeitsunfähigkeit entstehen. Die Pflegenden sind laut Dienstplan z.B. für Dienste von 8 oder mehr Stunden regelmäßig vorgeplant, bekommen jedoch nur die individuelle Durchschnittsarbeitszeit angerechnet. Eine Teilzeitbeschäftigte hat z.B. eine Durchschnittsarbeitszeit wöchentlich von 3,5 Stunden und machte damit im Krankheitsfall bei einem geplanten 8-Stunden-Dienst 4,5 Minusstunden. Das ist mit dem Lohnausfallprinzip nach dem Entgeltfortzahlungsgesetz nicht zulässig. Danach gilt, dass die Stunden gutzuschreiben sind, die ohne die Arbeitsunfähigkeit gearbeitet worden wären. Und das sind eben 8 Stunden statt 3,5.

#### ? *Was ist eine gesetzlich definierte Pause?*

Eine Pflegende, die in der Nacht ganz alleine im Haus ist, kann nicht zur Pause abgelöst werden. Trotzdem wird eine Pause von 45 Minuten von der Arbeitszeit abgezogen. Das ist nicht rechtmäßig und verstößt gegen das Arbeitszeitgesetz. Die Arbeitsschutzbehörde hat diesen Fall geprüft und keine Verstöße festgestellt. Möglicherweise hat der Arbeitgeber einen Hintergrunddienst, der nicht im Haus ist, als Pausenablösung deklariert. Es ist zu empfehlen, dass Arbeitnehmer in solchen Fällen die abgezogene Arbeitszeit schriftlich geltend machen und letztlich die dafür anfallende Stundenvergütung einklagen. Vor diesem Schritt schrecken Pflegende jedoch leider regelmäßig zurück.

#### ? *Sind Doppeldienste zulässig?*

Doppeldienste/geteilte Dienste sind bei Einhaltung der Bestimmungen des Arbeitszeitgesetzes zulässig. Das heißt, die Ruhezeit zwischen Beendigung des zweiten Dienstteils und Beginn des nächsten Dienstes am folgenden Arbeitstag von 10 Stunden muss eingehalten sein. Der Doppeldienst macht den Arbeitstag nicht zu zwei Arbeitstagen. Die Zeit zwischen den Dienstteilen ist dann einfach Pause oder Frei. Anders sieht es mit „Doppelschichten“ aus: Es überschreitet die im Arbeitszeitgesetz definierte Höchstgrenze an zulässiger Arbeitszeit bei weitem, wenn ein Arbeitnehmer im Anschluss an einen Frühdienst beispielsweise auch noch einen vollen Spätdienst leistet.

#### ? *Hat der Arbeitgeber Zugriffsrecht trotz Freistellung wegen Erkrankung des Kindes?*

Ein Pflegender war aufgrund der Erkrankung seines Kindes gemäß § 45 SGB V freigestellt und bezog Krankengeld von der Krankenkasse. Der Arbeitgeber trug das Ansinnen an ihn heran, doch tagsüber mal für ein bis zwei „Stündchen“ arbeiten zu kommen. Dazu ist der Mitarbeiter nicht verpflichtet. Außerdem bezahlt der Arbeitgeber während dieser Zeit kein Gehalt, sondern profitiert davon, dass die Krankenkasse bezahlt. Der Arbeitgeber würde also auf Kosten der Versicherungsgemeinschaft die Arbeitskraft des Arbeitnehmers unbezahlt in Anspruch nehmen. Das heißt, dieses Ansinnen ist seitens der Pflegenden unbedingt abzulehnen.

#### ? *Und wenn die Besetzung überhaupt nicht mehr reicht? - Überlastungsanzeige*

Der Arbeitgeber droht damit, dass jede/r eine Abmahnung erhält, der/die eine Überlastungsanzeige abgibt. Das ist nicht zulässig. Pflegende sollten sich dadurch nicht einschüchtern lassen. Bei Mobbing nach Abgabe einer Überlastungsanzeige greift § 612 a BGB (Maßregelungsverbot), wonach der Arbeitgeber den Arbeitnehmer nicht benachteiligen darf, wenn dieser zulässigerweise seine Rechte ausübt.

Es muss unbedingt darauf geachtet werden, dass die Überlastungsanzeige keine Angriffsfläche für persönliche Überlastung darstellt. Oftmals wird das vom Arbeitgeber nämlich dahingehend umgedeutet, wenn die Überlastungsanzeige zu subjektiv geschrieben ist. Zu empfehlen ist auch, sich mehrere Kolleg/innen ins Boot zu holen.