

DR. KOCH
Rechtsanwalt

MANDANTENINFORMATION

Gesundheitswesen Nr. 1/2013

INHALT

PATIENTENORIENTIERTER KOSTENEFFIZIENTER EINSATZ VON PFLEGEKRÄFTEN

- I. Ausgangsposition	3
- II. Fragestellungen	3
- III. Grundstruktur der Eingruppierung nach dem TVöD/BAT	4
- IV. Typische Fehler in der Dienstplanung	5
- V. Korrektur etwaiger festgesetzter, festgestellter Fehler	6
- 1. Fehlerquellenanalyse	7
- 2. Mögliche Fehlerquellen bei der Dienstplanung	7
- 3. Fehlende Patienten-/Bedarfsorientierung der Dienstplanung	8
- VI. Korrektur fehlerhafter Eingruppierung	8
- VII. Korrekturen von Dienstplanfehlern	8
- VIII. Korrektur von Betriebsvereinbarungen	9
- IX. Grenzen der Mitbestimmung	9
- X. Dienstplangestaltung	10
- XI. Außendarstellung der Korrekturen – Krisenkommunikation	11
- XII. Betriebsvereinbarung, Betriebliche Ordnung vs. Tarifvertrag	11
- XIII. Sozialplan – Transferkonzepte	11
- XIV. Konsequenzen	12

PATIENTENORIENTIERTER KOSTENEFFIZIENTER EINSATZ VON PFLEGEKRÄFTEN

Gerade im Gesundheitswesen ist nichts so beständig, wie der Wandel. Der zunehmende Kostendruck zwingt Unternehmen im Gesundheitswesen dazu, kontinuierlich ihre Kostenpositionen zu überprüfen. Neben dem Sachkostensektor gehören mit einem Kostenanteil von bis zu 70% die Personalkosten zu den hier stets zu überprüfenden Faktoren. Sofern daher Verluste in der Einrichtung der Krankenversorgung oder der Altenpflege festgestellt werden, werden häufig zunächst Stellenstreichungen geprüft oder mit der Gewerkschaft bzw. dem jeweiligen Betriebsrat Verhandlungen über die Absenkung der wöchentlichen Arbeitszeit aufgenommen (siehe z. B. Veröffentlichung beim MDR Sachsen-Anhalt vom 19.12.2012). Ergänzt wird dies häufig über Betriebsvereinbarungen über einen Verzicht auf das 13. Monatsgehalt bzw. die Sonderzuwendung und die Senkung des Urlaubsanspruches. Gewerkschaften prüfen bei etwaigen Einigungen auf betrieblicher Ebene häufig ein klageweises Vorgehen gegen die betrieblichen Vereinbarungen während der Geltung eines Tarifvertrages (vgl. z. B. die Veröffentlichung bei Welt-Online zur Dienstleistungsgewerkschaft ver.di vom 18.01.2013).

Von solchen durchaus üblichen Vorgehensweisen, stehen jedoch auch Optimierungs- und Einsparmöglichkeiten innerhalb bestehender (tarif-)rechtlicher (Vergütungs-)Systeme zur Verfügung. Diese Korrekturmöglichkeiten sind oftmals unbekannt und sollten vor Maßnahmen, z. B. eines Personalabbaus, geprüft werden. So können z. B. Korrekturen in der Dienstplanung die zudem Vorteile für die versorgten Patienten und Bewohner bieten, ggf. zu Kosteneinsparung von bis zu 10 % der gesamten Bruttopersonalkosten führen. Erst wenn solche Maßnahmen ausscheiden oder schon umgesetzt sind und betriebsbedingte Kündigungen sich als unvermeidbar herausstellen, sollten jedoch als Alternativen zusätzlich noch moderne Transferkonzepte zur sozialverträglichen Gestaltung oder Notlagentarifgestaltung geprüft werden. Solche modernen Transferkonzepte, z. B. im Rahmen von Notlagentarifgestaltungen, ermöglichen Job zu Job Vermittlungen, ebenso wie zeitlich begrenzte Arbeitszeiterhöhungen oder den wirksamen Verzicht auf das 13. Monatsgehalt usw.

I. AUSGANGSPOSITION

In der praktischen Fallgestaltung sehr häufig anzutreffen, sind Feststellungen, wie das der Arbeitgeber einer Krankenversorgungs- oder Pflegeeinrichtung entweder an einen hausspezifischen Anwendungstarifvertrag der den Regelungen des TVöD entspricht oder aber durch Mitgliedschaft im Arbeitgeberverband direkt an den TVöD tarifgebunden ist. Bei einer Überprüfung der Personalkosten lässt sich dann meist feststellen, dass ein hoher Anteil an

Pflegekräften ohne Zusatzqualifikation oder Leitungsfunktion ein durchschnittliches Jahresarbeitgeberbrutto von etwa EUR 50.000,00 aufweist. Darüber hinaus ebenso häufig ist die Feststellung, sofern die Buchungen auf das Arbeitszeitkonto überprüft werden, dass die monatliche Sollarbeitszeit bei Vollkräften im Schichtdienst zwischen 152 bis 176 Stunden bei einem Einsatz in der 38,5-Stunden-Woche oder der 40-Stunden-Woche schwanken. In einem praktischen Fall, konnten wir sogar trotz Vereinbarung der 40-Stunden-Woche Schwankungen zwischen 152 bis 162 Stunden bei Vollzeitkräften hinsichtlich des Ansatzes der Sollarbeitszeit feststellen.

In der Praxis ebenso häufig sind entweder Betriebsvereinbarungen oder aber die tatsächliche Praktizierung im Rahmen der Dienstplanung das Mitarbeiter in der Pflege je Arbeitstag mit einer fixen Arbeitszeit von acht Stunden eingesetzt werden und der maximale Einsatz pro Woche auf fünf Arbeitstage, bei Teilzeitkräften entsprechend weniger, begrenzt ist und zu dem zwingend die Gewährung von zwei freien Arbeitstagen pro Woche erfolgt, wobei diese im Block gewährt werden und jede zweite Woche am Wochenende. Parallel hierzu klagen Mitarbeiter in der Pflege häufig über eine hohe Arbeitsbelastung und fordern dementsprechend (teilweise sogar vollkommen berechtigt), eine höhere Anzahl von Mitarbeitern pro Schicht, um eine patienten- oder bewohnerorientiertere Versorgung, die zugleich mitarbeiterschonender ist, pro Schicht zu gewährleisten. Auch häufig anzutreffen ist der Einsatz von sogenannten Sondernachtwachen, die z. B. in Schichten von 20:00 Uhr bis 06:00 Uhr eingesetzt werden und nur im Nachtdienst tätig werden, trotz Vollzeittätigkeit an weniger Arbeitstagen im Jahr arbeiten, aber zugleich auch den gleichen Umfang an Erholungsurlaub wie eine Vollzeitkraft erhalten, die im maximal Acht-Stunden-Schichten eingesetzt wird.

II. FRAGESTELLUNGEN

Sollten solche Sachverhaltsgestaltungen auch für Sie zutreffen, ergeben sich bei einer etwaigen Überprüfung folgende Fragestellungen:

- Liegen insbesondere Eingruppierungsfehler bei den Pflegekräften ohne Zusatzqualifikationen oder Leitungsfunktionen vor?
- Sofern solche Eingruppierungsfehler vorliegen sollten, lassen sich diese und vor allem in welchem Umfang korrigieren bzw. in welchem Umfang ist eine Korrektur oder ein Korrekturvorgehen sinnvoll und praktikabel?

- Ist die praktische Handhabung der tariflichen/betrieblichen Arbeitszeit und Urlaubsregelung zutreffen?
- Sollte die Anwendung der Arbeitszeit/Urlaubsregelung rechtsfehlerhaft sein. Welche Korrekturmöglichkeiten gibt es hier?
- Ist eine veränderte Dienstplanung, die eine höhere Anzahl von Mitarbeitern je Schicht ermöglicht, realisierbar?

III. GRUNDSTRUKTUR DER EINGRUPPIERUNG NACH DEM TVÖD/BAT

Die Grundstruktur der Eingruppierung nach dem TVöD hinsichtlich der Vergütungsgruppen E1 bis E15 lässt sich letztlich wie folgt klassifizieren:

- E1 bis E4 einfache Tätigkeiten, Anlerntätigkeiten und ungelernete Tätigkeiten bzw. maximal einjährige Ausbildung;
- E5 bis E8 mindestens zwei- oder dreijährige Ausbildung;
- E9 bis E12 Bachelor- oder Fachhochschulabschluss;
- E13 bis E15 wissenschaftliches Hochschulstudium, Masterabschluss.

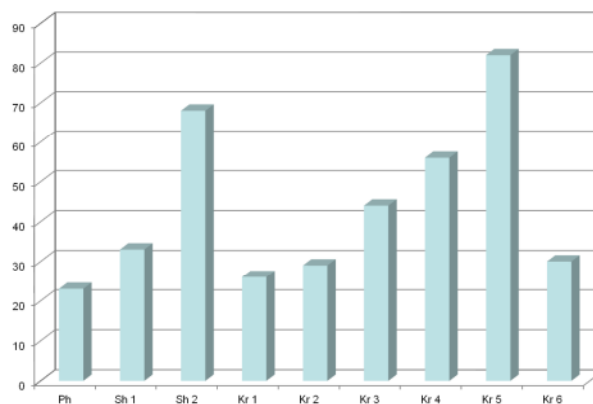
Bei den ungelernen Pflegekräften stellte sich hierzu korrelierend die Eingruppierung nach dem BAT so dar, dass in den Vergütungsgruppen Kr. I und II die ungelernen Pflegehelfer/innen und mit einer Grundeingruppierung in die Vergütungsgruppe Kr. II, Fallgruppe 2 dann die Pflegehelfer mit mindestens einjähriger Ausbildung eingruppiert waren, wobei nur letztere eine Aufstiegsmöglichkeit bis zur Kr. IV hatten, während bei den ungelernen Kräften nach Erreichen der Vergütungsgruppe Kr. II das Ende der Aufstiegsmöglichkeiten erreicht war. Bei den examinierten Pflegekräften mit Abschluss als Krankenpfleger oder Altenpfleger bzw. Krankenpflegerinnen oder Altenpflegerinnen lag die Grundvergütungsgruppe und Grundeingruppierung bei der Vergütungsgruppe Kr. IV, Fallgruppe 1 mit Bewerhungsaufstiegen nach zwei Jahren in die Kr. V, Fallgruppe 1 und nach weiteren vier Jahren in die Fallgruppe 7 der Vergütungsgruppe Kr. Va. Folgerichtig lässt sich feststellen, dass für qualifizierte Pflegekräfte ohne Zusatzqualifikation oder übernommener Leitungsfunktionen mit entsprechender Tätigkeit die maximal erreichbare Eingruppierung die Vergütungsgruppe Kr. Va, Fallgruppe 7 war. Die Überleitung der Pflegekräfte in den TVöD erfolgte bei den examinierten Pflegekräften mit dreijähriger Ausbildung aufgrund der Zuordnung der Kr.-Verläufe (Kr. IV mit Aufstieg nach V, Kr. IV mit Aufstieg nach V und Va, Kr. V mit Aufstieg nach Va) in die Entgeltgruppe E7a während bei den ungelernen Pflegekräften die Überleitung in die Entgeltgruppe E3a und bei den Pflegehelfern/innen mit einjähriger Ausbildung die Überleitung in die Entgeltgruppe E4a

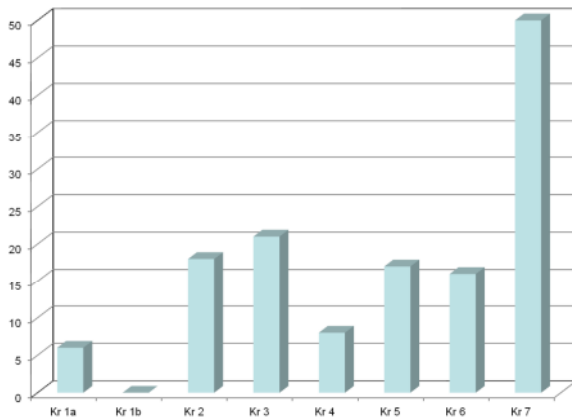
erfolgte. In die Entgeltgruppe E8a konnten hingegen nur diejenigen Pflegekräfte übergeleitet werden, bei denen sich zugleich eine Aufstiegsmöglichkeit in die Vergütungsgruppe VI ergab, was folgerichtig aufgrund der vorstehenden Ausführungen für Pflegekräfte ohne Leitungsaufgaben und ohne Zusatzqualifikationen mit entsprechender Tätigkeit ausscheidet.

Im Rahmen der Prüfung eines Haustarifvertrages konnten wir folgende Vergütungsgruppenstrukturen feststellen:

Vergütungsgruppe Haustarifvertrag	BAT-System richtige „Übersetzung“	Haustarifvertrag Konzerntochter	BAT-System gemeinte „Übersetzung“
Ph	Kr. I	Kr. Ia	Kr. I
Sh 1	Kr. I	Kr. Ib	Kr. II
Sh 2	Kr. II	Kr. II	Kr. III
Kr 1	Kr. II	Kr. III	Kr. IV
Kr 2	Kr. III	Kr. IV	Kr. V
Kr 3	Kr. IV	Kr. V	Kr. Va
Kr 4	Kr. V	Kr. VI	Kr. VI
Kr 5	Kr. Va	Kr. VII	Kr. VII
Kr 6	Kr. VI	Kr. VIII	Kr. VIII
Sd 1	VII	SD 1	
Sd 2	Vib	SD 2	
Vd 1	VII	VD 2	
Vd 2	Vib	VD 3	

Entsprechend der zutreffenden Übersetzung in das BAT-System wäre zu erwarten gewesen, dass der größte Teil der Beschäftigten sich in der Kr 1 bzw. Kr. III allenfalls noch in der Kr. V des BAT-Systems, also in dem dortigen System in der Kr 2, Kr 3 bzw. Kr. IV, Kr. V hätte befinden müssen. Tatsächlich ergab hier sich jedoch folgende Verteilung:





Da die Vergütungsgruppen Kr. VII der Konzerntochter bzw. Kr 6 der Konzernmutter der Vergütungsgruppe Kr. VIII des BAT-Systems in der Meinung der Betriebs- bzw. Tarifpartner entsprochen hätte, hätte dieses vorausgesetzt, ausweislich der Formulierung in der Vergütungsordnung der Kr. VIII, Fallgruppe 5, dass es sich um leitende Krankenschwestern, denen mindestens 75 Pflegepersonen unterstellt wären, hätte handeln müssen. Auch bei der Eingruppierung nach der Vergütungsgruppe Kr. VII, Fallgruppe 1 der Vergütungsordnung wird eine Unterstellung von mindestens 20 Pflegepersonen vorausgesetzt. Tatsächlich erbrachten demgegenüber jedoch die betreffenden Beschäftigten Tätigkeiten nach den Vergütungsgruppen Kr. IV bis Va bzw. allenfalls Kr. VI der Vergütungsordnung, also es wurden die erforderlichen Unterstellungsverhältnisse nicht erreicht, allenfalls lagen Zusatzqualifikationen vor. Folgerichtig ergaben sich für die Anzahl der jeweiligen Betriebsstätten viel zu hohe Zuordnungen zu den Vergütungsgruppen Kr 6, Kr 5 bzw. Kr 7. Folgerichtig entsprach das den Beschäftigten für ihre Tätigkeit gezahlte Entgelt nicht den erbrachten Tätigkeiten. Die Mitarbeiter waren fehlerhaft eingruppiert.

Werden die Kosten einer Pflegekraft, die in die Vergütungsgruppe nach Maßgabe des TVöD EG7, Stufe 2 eingruppiert ist, auf das Jahr hochgerechnet ergeben sich etwa Bruttoarbeitgeberkosten von EUR 39.000,00 und in der Stufe 5 auf der Grundlage des Tarifstandes 2011 Kosten von EUR 45.000,00. Auch anhand solcher groben Anhaltswerte lassen sich folgerichtig, genauso wie anhand der Vergütungsgruppenverteilungen, die Eingruppierung von Arbeitnehmern überprüfen. Bei dem dargestellten Ausgangsbeispiel mit Arbeitgeberbruttokosten von etwa EUR 50.000,00 für Pflegekräfte, die weder Leitungsfunktionen, noch Zusatzqualifikationen aufweisen, wäre folgerichtig festzustellen, dass anhand dieser Arbeitgeberbruttokosten sich Hinweise auf fehlerhafte Eingruppierungen ergeben. Sollte sich bei der Analyse der Vergütungsgruppenverteilung, was zu erwarten wäre, ergeben, dass hohe Anteile der Beschäftigten in die Entgeltgruppen E8a und E9a überführt worden wären, würde dieses einerseits die hohen Durchschnittsarbeitgeberbruttokosten erklären,

andererseits die aufgrund der Kosten bestehende Vermutung fehlerhafter Eingruppierungen zudem bestätigen.

IV. TYPISCHE FEHLER IN DER DIENSTPLANUNG

Typische Ursachen für nichterklärliche Schwankungen in der Sollarbeitszeit von Pflegekräften ist, dass zumeist von Dienstplanprogrammen generell auf eine 5-Tage-Woche zur Bestimmung der Sollarbeitszeit abgestellt wird, obwohl gerade Pflegekräfte im Schichtbetrieb variabel eingesetzt werden, also mit längeren und kürzeren Arbeitstageblöcken. Dem steht aber gegenüber, dass sowohl der BAT als auch der TVöD den Mitarbeitern sogenannte Monatspauschallöhne gewähren und keine Abrechnung auf Stundenlohnbasis erfolgt, wozu das BAG in einer Entscheidung vom 18.04.1996 – 6 AZR 593/95 – zu einem anderen Tarifvertrag bereits wörtlich festgestellt hat:

„Bei einer monatlichen Vergütung, wie sie die Angestellten der Deutschen Reichsbahn erhalten, kommt es hingegen darauf an, ob dieser die regelmäßige Arbeitszeit gegenübersteht.“

Die regelmäßige Arbeitszeit im Sinne dieser Terminologie des Bundesarbeitsgerichts ist jedoch nicht die Wochen-, sondern die Monatsarbeitszeit, wozu in einer Niederschrift die Tarifvertragsparteien zum neunten Änderungs-TV zum BAT am 07.02.1968 bereits ausgeführt haben:

„Bei der Ausarbeitung der Tarifverträge ist die monatliche Arbeitszeit unter Berücksichtigung eines Zeitraums von vier Jahren, also von dreimal 365 und einmal 366 Kalendertagen, ermittelt worden. Dies sind 365,25 Kalendertage jährlich.“

Folgerichtig ist nach dieser Niederschrift der Tarifvertragsparteien die Monatsarbeitszeit, ausgehend von der Wochenarbeitszeit, durch Multiplikation mit dem Faktor 4,348 zu ermitteln, so dass sich bei der 38,5-Stunden-Woche eine Monatsarbeitszeit von 167,4 und bei der 40-Stunden-Woche von 173,92 Stunden bzw. eine Jahresarbeitszeit von 2.008,8 bzw. 2.087,04 Stunden ergibt. Demgegenüber ist bei einer Überprüfung der Jahresarbeitszeit bei schwankenden Monatsarbeitszeiten zumeist festzustellen, dass die Jahressollarbeitszeit allenfalls bei etwa 1.925 Stunden bei der 38,5-Stunden-Woche, teilweise sogar noch deutlich darunter, und bei 2.000 Stunden bei der 40-Stunden-Woche auch hier eher deutlich darunter anzusiedeln ist. Sollten Sie bei einer Überprüfung feststellen, dass die Jahresarbeitszeit Ihrer Mitarbeiter diese Werte nicht erreicht, bestehen Anhaltspunkte auch dafür, dass Sie die der Monatspauschalvergütung gegenüberstehende Monatsarbeitszeit durch Ihre Beschäftigten nicht abrufen. Anders formuliert, Ihre Mitarbeiter arbeiten weniger, als sie tatsächlich müssten.

Parallel ist in solchen Fällen jedoch zumeist festzustellen, dass gleichwohl in erheblichem Umfang an

die Mitarbeiter Überstundenvergütung gezahlt wird. Sollten beide Feststellungen auf Sie zutreffen, sollten Sie Ihrerseits sowohl die Ursachen des Nichtabrufes der von den Arbeitnehmern geschuldeten Arbeitszeit, als auch deshalb gleichwohl in erheblichem Maße Überstundenvergütung gezahlt wird, durch entsprechende qualifizierte Berater überprüfen lassen.

Eine durchaus häufig anzutreffende Ursache ist, dass z. B. solche oder zumindest ähnliche Betriebsvereinbarungen zur Dienstplanung abgeschlossen sind, die Stichpunktartig folgende Regelungsinhalte umfassen:

- Die Wochenarbeitszeit ist regelmäßig auf fünf Tage á acht Stunden zu verteilen;
 es darf in der Woche, einschließlich der Sonn- und Feiertage, regelmäßig **bis zu 40 Stunden** (bzw. 38,5 Stunden) gearbeitet werden;
- jeder Beschäftigte hat Anspruch auf die im Monat anfallenden dienstfreien Tage, wobei zwei freie Wochenenden im Monat, unter Berücksichtigung der im Monat zu gewährleistenden Freizeit geplant werden müssen;
- es dürfen nicht mehr als fünf Schichten hintereinander geplant werden;
- nach jeder Schichtfolge sind jedem Beschäftigten zwei freie Tage zu gewähren.

Dies bedeutet nichts anderes im Ergebnis, als dass, was durchaus häufiger vorkommt, wenn im Einzelfall ein Mitarbeiter einmal einen geringeren Einsatz als fünf Arbeitstage in einer Kalenderwoche hat, dieser Mindereinsatz formal nicht nachgearbeitet werden kann. Es ergibt sich daher, mehr oder weniger zwangsläufig, folgende starre Dienstplaneinteilung:

Wird jemand, wie in dem Ausgangsbeispiel oben dargestellt, ausschließlich als Sondernachtwache eingesetzt, bei einer Schichtlänge von 10 Stunden und hieraus resultierend an 199 Arbeitstagen im Kalenderjahr. Der normale Einsatz einer Vollzeiterkraft beträgt hingegen etwa 260 Arbeitstage, jeweils ohne Wochenfeiertage und Urlaub. § 48 Abs. 4 BAT formulierte hierzu wörtlich:

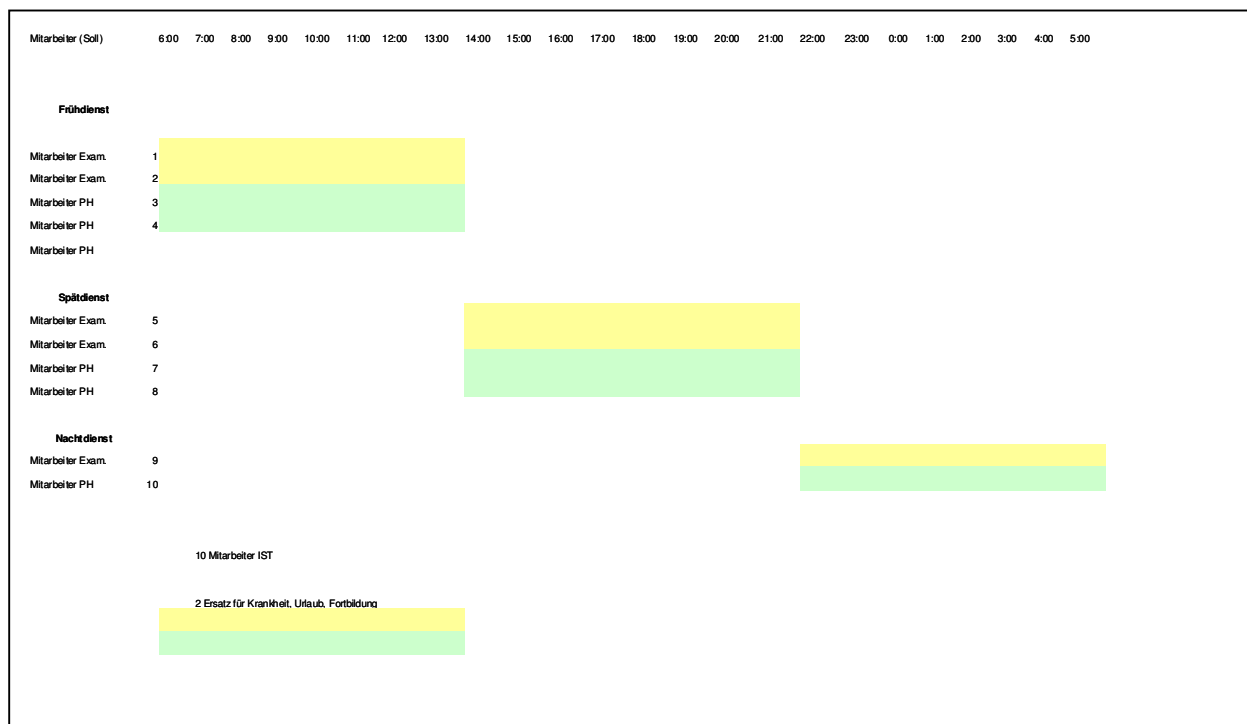
„Ist die durchschnittliche regelmäßige wöchentliche Arbeitszeit regelmäßig oder dienstplanmäßig weniger als fünf Arbeitstage in der Kalenderwoche verteilt, vermindert sich der Urlaub für jeden zusätzlichen arbeitsfreien Tag im Urlaubsjahr um 1/260 des Urlaubs nach Abs. 1.“

Folgerichtig erscheint jedenfalls fraglich, ob der Urlaubsanspruch wirklich, wie bei einer Vollzeiterkraft z. B. mit 30 Arbeitstagen anzusetzen ist.

V. KORREKTUR ETWAIGER FESTGESETZTER, FESTGESTELLTER FEHLER

Bei der Korrektur etwaig festgestellter Dienstplanungs- oder Eingruppierungsfehler müssen Sie für sich selbst zunächst definieren, was ist Ihre wirkliche Zielsetzung und wie können Sie sie auch nach außen kommunizieren. Ist es

- mehr Arbeitsleistung für weniger Entgelt?
- ein der Monatspauschalvergütung entsprechender Arbeitseinsatz?
- Gewinnung einer Verhandlungsmasse für Haustarifverhandlungen?
- Realisierung einer patientenorientierten, die Schicht bezogener Arbeitsbelastung senkende Dienstplanung?



1. Fehlerquellenanalyse

Um ein mögliches Vorgehen sowohl einerseits rechtlich bewerten, als auch vor allem festlegen zu können, bedarf es zunächst einer Ursachenanalyse oberflächlicher Natur, nämlich durch

- Ermittlung der Vergütungsgruppenverteilung anhand einer vollständigen Personaltabelle,

Feststellung der Qualifikation der Arbeitnehmer und des jeweiligen Einsatzes,
- Überprüfung der Höhe der Überstundenvergütung pro Jahr je Arbeitnehmer,
- Ermittlung des Arbeitseinsatzes je Vollkraft pro Jahr,
- Feststellung etwaiger Betriebsvereinbarungen zur Dienstplanung/Eingruppierung,
- Überprüfung der bei Ihnen aktuell gültigen Tarifvertragsregelungen oder betrieblicher Vergütungssysteme,
- stichprobenartiger Feststellung bestehender arbeitsvertraglicher Regelungen der Beschäftigten,
- stichprobenartige Prüfung bestehender Dienstpläne und Dienstplanungen sowie Einstellung Ihres Dienstplanprogramms.

Stellen Sie bei der Überprüfung der Eingruppierungen fest, dass Anhaltspunkte für Eingruppierungsfehler vorliegen, werden Sie feststellen, dass Sie zunächst eine Abwehrhaltung Ihres Personalleiters vergegenwärtigen müssen, der sich (unberechtigt) persönlich von Ihnen angegriffen fühlt und dementsprechend mit Äußerungen verteidigt, wie z. B. *„das könne doch gar nicht sein. Meine Mitarbeiter verdienen doch ohnehin schon so wenig.“* Letztere Aussage ist damit dann nicht nur Ausdruck der Verteidigungsposition, sondern umschreibt zugleich auch die möglichen Ursachen und Fehlerquellen mutmaßlich zu hoher Eingruppierungen, nämlich z. B.:

- Bei einem Einsatz auf Spezialstationen (z. B. Intensivmedizin) wird unabhängig von der Qualifikation häufig statt einer Zulage nach Protokollnotiz Nr. 1 der Anlage 1b Vergütungsordnung zum BAT die Grundeingruppierung des betreffenden Beschäftigten verändert,
- es werden (versehentlich) abweichende Eingruppierungen arbeitsvertraglich vereinbart,
- die einer Tätigkeit zugeordnete Stellenbewertung ist unzutreffend,
- bei einer höherwertigen Tätigkeit wird, statt eine Zulage zu gewähren, ohne Prüfung der Eingruppierungsvoraussetzungen die Grundeingruppierung verändert,

- es besteht eine Betriebsvereinbarung, welche die Grundeingruppierung/-bewertung verändert und von der tariflichen Regelung abweichende neue Bewährungsaufstiege hierdurch eröffnet,
- es werden Zeit- statt Bewährungsaufstiege, bei denen eine Bewährungsfeststellung erfolgen muss, praktiziert,
- obwohl die Grundeingruppierung einen weiteren Bewährungsaufstieg nicht mehr vorsieht, wird dieser tatsächlich angewandt.

2. Mögliche Fehlerquellen bei der Dienstplanung

Da die Dienstplanung heute überwiegend über Dienstplanprogramme erfolgt, die eine Vielzahl von unterschiedlichen Einstellungsmöglichkeiten und für den Benutzer nicht ohne weiteres erkennbare Standardstellungen enthält, lassen sich hier folgende beispielhafte, übliche Fehlerquellen ermitteln:

- Ein Kalenderjahr hat 365 oder 366 Kalendertage und nicht, wie in einigen Statistikformeln angesetzt, 360,
- ein Kalenderjahr hat nicht 52 Kalenderwochen, sondern 52,143 oder 52,286 Kalenderwochen, lässt sich also nicht ohne Weiteres auf eine 5-Tage-Woche umrechnen,
- wird der Einsatz auf maximal fünf Tage in einer Kalenderwoche begrenzt (z. B. durch eine Betriebsvereinbarung), kann dies Probleme bei der Nacharbeit bei einem nur viertägigen Einsatz in einer Kalenderwoche ergeben,
- besteht kein fixes rollierendes Dienstplansystem, in dem in einer Kalenderwoche stets die gleichen fünf Tage gearbeitet werden und die gleichen zwei Tage dienstfrei sind, so kann es zu Verschiebungen kommen, die aufgrund der drei vorstehend dargestellten Problemstellungen zu einer Nichtabrufbarkeit der tatsächlich geschuldeten Arbeitsleistung führt,
- nur weil in einem Kalendermonat ein Wochenfeiertag liegt, muss dieses nicht (automatisch) zu einer Minderung der Arbeitszeit führen, da Krankenhäuser oder Altenheime oder ähnliche Sozialeinrichtungen an sieben Tagen einer Kalenderwoche und von Sonn- und Feiertagen unabhängig geöffnet sind (Achtung, hier sind Tarifverträge und Betriebsvereinbarungen im Einzelfall zu berücksichtigen und zu prüfen),
- nur weil ein Arbeitnehmer statt einem geplanten Dienstende 14:30 Uhr bis 15:00 Uhr arbeitet oder in einem Monat 176 statt 167,4 Stunden gearbeitet hat, liegen nicht zwangsläufig vergütungspflichtige Überstunden vor. Jedoch sind auch hier die individuellen Tarifverträge und Betriebsvereinbarungen zu überprüfen.

3. Fehlende Patienten-/Bedarfsorientierung der Dienstplanung

Wollen Sie eine patienten-/bedarfsorientierte realisieren, sollten Sie sich zunächst folgende Fragen stellen und für sich selbst beantworten:

- Ist es bei einer patientenorientierten Dienstplanung erforderlich, z. B. im Zeitraum zwischen 14:30 bis 17:00 Uhr, so wie in dem Schaubild oben dargestellt wirklich 4 Pflegekräfte und ggf. ein Azubi o. ä. vorzuhalten, obwohl üblicherweise sowohl in Pflegeeinrichtungen als auch in Krankenhäusern ein nur geringer Anteil an pflegerischen Tätigkeiten bei Realisierung eines sinnvollen Ablaufplans zu dieser notwendig sind,
- muss der Spätdienst mit voller Besetzung bis 21:00/22:00 Uhr geplant werden, obwohl der Pflegeaufwand ab 20:00 Uhr nachlässt,
- ist es bei einer patientenorientierten Dienstplanung wirklich erforderlich, dass bei der Übergabe von einer Schicht zur anderen, Übergabezeiten von mindestens 30 Min., teilweise bis zu 60 Min., über alle Mitarbeiter realisiert werden,
- ist es bei einer belastungsorientierten Dienstplanung sinnvoll, mit starren 8-Stundenschichten z. B. 4 Pflegekräfte und ggf. ein Azubi o. ä. im gesamten Zeitraum eines Tages zu arbeiten,
- müssen bei einer belastungsorientierten Dienstplanung in der Frühschicht wirklich alle Mitarbeiter einen Dienstbeginn um z. B. 06:00 Uhr haben,
- wie sieht der wirkliche patienten-/lastgangsorientierte Tagesablauf der Patienten einerseits und der Pflegekräfte andererseits aus,
- welche danach sinnvollen Schichtlängen ergeben sich abhängig von der individuellen Wochenarbeitszeit bei einer solchen Patientenorientierung wirklich?

VI. KORREKTUR FEHLERHAFTER EINGRUPPIERUNG

Sofern fehlerhafte Eingruppierungen korrigiert werden sollen, wird gegenüber dem Berater häufig eingewandt, dass dies nur unter erschwerten Bedingungen möglich sei und außerdem wenig praktikabel und schließlich auch nur in wenigen Einzelfällen überhaupt realisiert werden könne. Dem steht jedoch gegenüber, dass eine korrigierenden Rückführung bei fehlerhaften Eingruppierungen jederzeit ohne Ausspruch einer Änderungskündigung grundsätzlich möglich ist, da ein Arbeitgeber nur das vergüten will, was dem Arbeitnehmer tatsächlich zusteht (so BHG vom 24.01.2007 – 4 AZR 28/06 -). Dies gilt insbesondere dann wenn:

- keine anspruchsbegründende vertragliche Vereinbarung über die fehlerhafte Vergütungsgruppe

geschlossen worden ist. Allein die Nennung einer Vergütungsgruppe im Arbeitsvertrag hindert den Arbeitgeber nicht an der Berufung auf eine niedrigere Vergütungsgruppe und die Durchführung einer korrigierenden Rückgruppierung (so grundlegend BHG vom 16.02.2000 – 4 AZR 62/99; Urteil vom 20.04.2011 – 4 AZR 368/09 -).

- wenn kein für den Arbeitnehmer entgegenstehender Vertrauensstatbestand geschaffen worden ist (so grundlegend BHG vom 16.02.2000 – 4 AZR 62/99 -), wofür noch nicht einmal ein 14-jähriger Zeitraum als Zeitmoment ausreichend sei (vgl. BHG vom 15.06.2011 – 4 AZR 737/09 -), so dass sich der Verwirkungsmoment nur aus der Gesamtschau aller Umstände des Einzelfalles ggf. ergeben kann (vgl. BHG vom 20.04.2011 – 4 AZR 368/09 -).

Folgerichtig sind vorbehaltlich einer mitarbeiterbezogenen Einzelfallprüfung entgegen der häufig anzutreffenden Ansicht fehlerhafte Eingruppierungen jederzeit korrigierbar. Es empfiehlt sich allerdings aus taktischen Gründen, diese stets ohne Rückwirkung zu einem Stichtag vorzunehmen. Bei einem rückwirkenden Vergütungseinbehalt würde allein die Anrechnung innerhalb der Pfändungsfreigrenzen und die dadurch stark verringerte Vergütung im Normalfall, Arbeitnehmer sogar regelrecht zu Klagen zwingen um ihre eigenen Existenz zu sichern. Alternativ könnte auch eine Korrektur nur bei Neueinstellungen erwogen werden.

VII. KORREKTUREN VON DIENSTPLANFEHLERN

Auch wenn sie Dienstplanfehler korrigieren wollen, müssen Sie zunächst einmal im Normalfall Widerstände Ihrer Pflegedienstleitung und Ihrer Personalleitung überwinden, da bei etwaigen Feststellungen von Fehlern, hier insoweit häufig eine Missdeutung erfolgt, als dieses als auf die eigene Person bezogener Vorwurf eines Fehlverhaltens eingeordnet wird. Um diesen Vorwurf zu entkräften, wird auch hier daher häufig eingewandt, dass Fehler in der Dienstplanung entweder nicht korrigiert werden können, weil dies das Patienten-/Bewohner-Wohl verbiete oder aber es rechtlich gar nicht möglich sei. Dem stehen jedoch folgende Erwägung entgegen:

- wurde bisher die Monatsarbeitszeit in Kalendermonaten mit Wochenfeiertagen gemindert, hindert dies nicht die bisherige tarifwidrige Praxis jederzeit zu ändern. Ein Anspruch aus betrieblicher Übung kommt nach der insoweit klaren und eindeutigen Rechtsprechung des BAG nicht in Betracht (vgl. z. B. BAG, Urteil vom 13.06.2007 – 5 AZR 849/06 -).
- nichts anderes gilt bzgl. der Nichtanwendung der Monatsarbeitszeit oder der fehlerhaften Anwendung von Ausgleichszeitraum zur Bestimmung des Vorliegens oder Nichtvorliegens vergü-

tungspflichtiger Überstunden, da die gängige Praxis in Dienstplanprogrammen es hier ist, auf den jeweiligen Arbeitstag und jeweilige Dienste am Arbeitstag statt den jeweiligen tariflichen Ausgleichszeiträumen (üblicherweise sechs bis 12 Monate) abzustellen.

Mithin ist festzustellen, dass auch die Anwendung fehlerhafter Arbeitszeiten grundsätzlich jederzeit möglich ist, aber auch hier nur stichtagsbezogen und ohne Rückwirkung erfolgen sollte, da erhebliche Änderungen der Arbeitszeitkonten die ggf. auch Nacharbeit der betroffenen Beschäftigten zur Folge haben könnten, auch im Regelfall in erheblichem Umfang zu Klageverfahren vor dem Arbeitsgerichten führen.

VIII. KORREKTUR VON BETRIEBSVEREINBARUNGEN

Bei der Fragestellung der Korrektur von Betriebsvereinbarungen, wie der vorliegend oben dargestellten, ist der übliche Einwand, dass der Betriebsrat nach Maßgabe des § 87 Abs. 1 Nr. 1 und 2 BetrVG doch ein Mitbestimmungsrecht bei der Festlegung von Beginn und Ende der Arbeitszeit habe und hierdurch zwangsläufig auch die Wochenarbeitszeit regeln dürfe. Auch der festgeschriebene Einsatz an fünf Arbeitstagen je Kalenderwoche gebe doch nur wieder, was die Tarifverträge ohnehin regeln würden. Wollen Sie etwaig festgestellten Fehlern Korrekturen vornehmen, sind folgende Reaktionen des Betriebsrates durchaus üblich:

- „Die Mitarbeiter sind nicht bereit, ihre nun festgeschriebene Sollstundenzahl von 133/166/129,75 Stunden/Monat zu erfüllen.“ – Die Monatsarbeitszeit wird durch die Tarifverträge geregelt;
- „Die Mitarbeiter sind nicht damit einverstanden, den Wochenfeiertagsausgleich an einem ohnehin freien Samstag zu erhalten, sondern wie vorher üblich an einem Wochentag, der bei einer 5-Tage-Woche Montag bis Freitag und vor allem zusätzlich zu den freien Tagen gewährt werden müsse.“ – Entspricht dies wirklich dem Tarifvertrag?
- „Die Mitarbeiter fordern, dass bisher fehlende Freizeit durch nicht erfolgten Wochenfeiertagsausgleich sowie die bereits zusätzlich zu Unrecht eingeforderten Mehrarbeitsstunden, um ein angebliches Minus auszugleichen, abgegolten werden.“

Das Mitbestimmungsrecht des § 87 Abs. 1 Nr. 1 und 2 BetrVG betrifft aber nur die Frage, wann also die Zuordnung eines Arbeitnehmers zu einzelnen Schichten nicht wie lange gearbeitet wird, weshalb Wochen-, Monats- und Jahresarbeitszeit sowie die Behandlung der Wochenfeiertage nicht Inhalt eines Mitbestimmungsrechtes sind (so BAG vom 22.07.2003 – 1 ABR 28/02 – und vom 24.01.2006 – 1 ABR 6/05). Dem Mitbestimmungsrecht entzogen

ist also jede kontingentierende Regelung. Folgerichtig ist ein Betriebsrat grundsätzlich an der Aufstellung der einzelnen Schichtpläne oder Dienstpläne zu beteiligen (vgl. z. B. BAG vom 28.10.1986 in AP-Nr. 20 zu § 87 BetrVG Arbeitszeit). Inhalt des Mitbestimmungsrechtes ist aber nur die Zuordnung der einzelnen Mitarbeiter zu Schichten durch den Betriebsrat (so BAG vom 27.06.1989 – 1 ABR 33/88 – AP-Nr. 35 zu § 87 BetrVG 1972 und vom 23.03.1999 – 1 ABR 33/98 – AP-Nr. 80 zu § 87 BetrVG 1972) und damit letztlich nur der Turnus von Arbeitseinsatz und freie Zeit (so Gastanmerkung zu BAG AP-Nr. 9 zu § 87 BetrVG 1972 Arbeitszeit). Die vorzitierten Zustimmungsverweigerungen beziehen sich aber üblicherweise auf die Thematiken wie die Wochenfeiertage, also den zeitlichen Umfang, nicht die gerechte Verteilung der Arbeitszeit (vgl. BAG vom 24.04.2007 – 1 ABR 47/06 – AP-Nr. 124 zu § 87 BetrVG 1972 Arbeitszeit) und damit das zur Verfügung stehende Arbeitszeitkontingent.

Bei § 87 Abs. 1 BetrVG gilt aber ein Tarifvorbehalt. Soweit die Tarifvertragsparteien eine (ansonsten mitbestimmungspflichtige) Angelegenheit selbst geregelt haben, verdrängt der Tarifvertrag die Mitbestimmung (so BAG vom 17.11.1998 – AP-Nr. 79 zu § 87 BetrVG 1972 Arbeitszeit). Da die Thematik der Monatsarbeitszeit des Arbeitszeitkontos der Behandlung der Wochenfeiertage usw. aber im Regelfall tariflich geregelt sind, verdrängt dies damit die Mitbestimmung des Betriebsrates.

IX. GRENZEN DER MITBESTIMMUNG

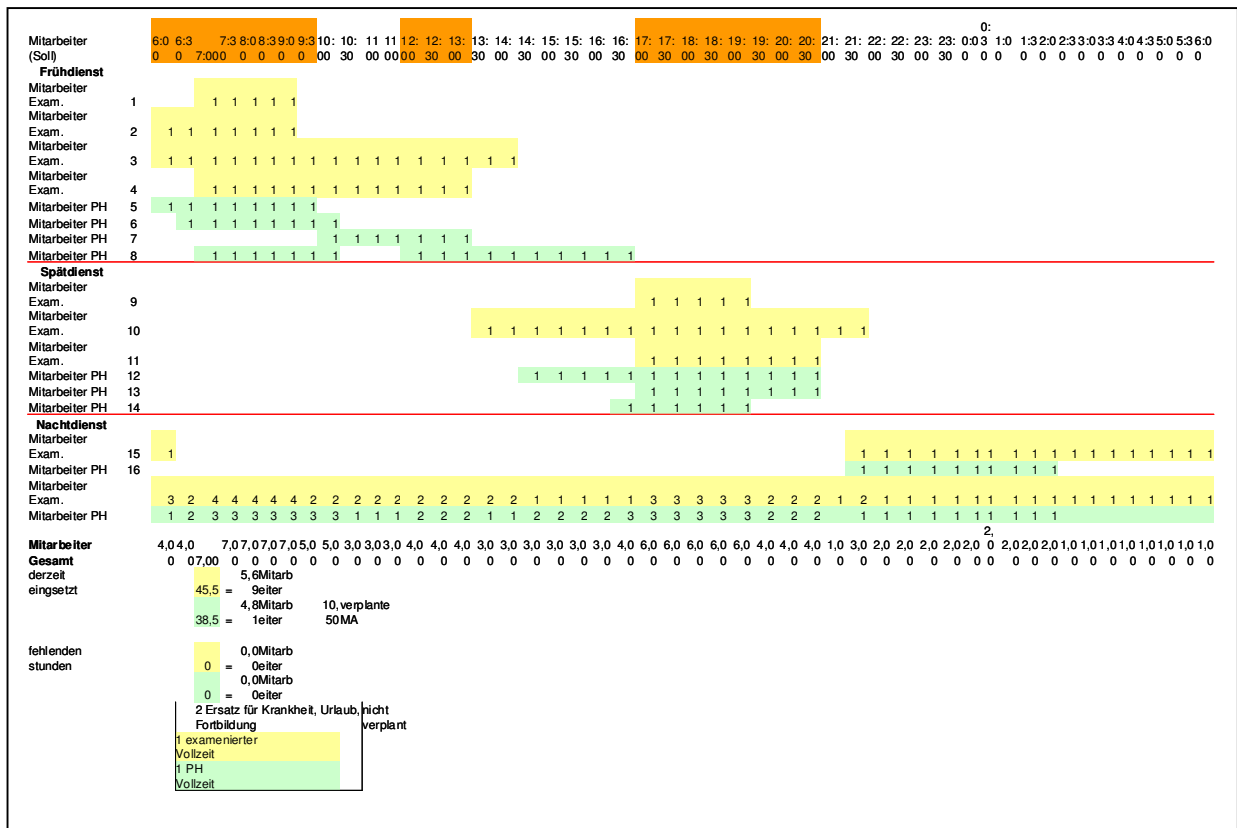
Was aber, wenn trotz dieser Rechtslage der Betriebsrat seine Zustimmung zu einem Dienstplan allein mit dieser Argumentationslinie verweigert? Ist ein Arbeitgeber dann gezwungen, wegen jedes einzelnen Dienstplanes die Einigungsstelle anzurufen oder kann er einen Dienstplan auch ohne Zustimmung des Betriebsrates umsetzen? Die Unwirksamkeit einseitiger Maßnahmen im Verhältnis zu den Arbeitnehmern im Rahmen des § 87 BetrVG folgt aus dem Schutzzweck der Norm (so BAG GS vom 03.12.1991 AP-Nr. 51 und 52 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung). Dies bewirkt jedoch nicht bei allen individualvertraglichen Maßnahmen des Arbeitgebers deren Unwirksamkeit (so BAG vom 17.06.1998 – AP-Nr. 49 zu § 2 KSchG 1969). Hinzutritt, dass eine Verletzung des Mitbestimmungsrechtes keine Ansprüche der Arbeitnehmer erst begründen kann (z. B. auf Gewährung eines Vorwegabzuges von Wochenfeiertagen), die vor der mitbestimmungspflichtigen Maßnahme nicht bestanden und bei Beachtung des Mitbestimmungsrechtes durch den Betriebsrat wie den Arbeitgeber auch gar nicht entstanden wären (so BAG vom 02.03.2004 – AP-Nr. 31 zu § 3 TVG). Allerdings führen Fehler im Mitbestimmungsverfahren nach der Theorie der Wirksamkeitsvoraussetzung nach Auffassung des BAG dazu, dass auch jede individualrechtliche Maßnahme unwirksam ist, da anderenfalls der Zweck der gesetzlichen Mitbestimmung des Betriebsrates, den Arbeitnehmern einen verlässlichen Schutz zu vermitteln, nicht erreicht würde, wenn es

dem Arbeitgeber gestattet würde, bestehende Regelungen einseitig oder durch individualrechtliche Vereinbarung wirksam umzugestalten (so BAG vom 29.01.2008 – 3 AZR 42/06). Allerdings entfällt das gegebene Mitbestimmungsrecht, wenn bei Durchführung der Änderung dem Arbeitgeber kein Regelungsspielraum verbleibt. Das Mitbestimmungsrecht würde also dann entfallen, wenn die Praxis des Arbeitgebers gar keiner Regelung bedürfte. Üblicherweise rügt aber der Betriebsrat gerade nicht die Zuordnung von einzelnen Arbeitnehmern zu Schichten, sondern verweigert die Zustimmung allein wegen aus seiner Sicht fehlerhafter Tarifanwendung, was jedoch nicht Inhalt des § 87 Abs. 1 Nr. 1 und 2 BetrVG ist. Nach hiesiger Auffassung ließe sich daher durchaus diskutieren, dass Sie berechtigt sind, auch ohne vorliegende Zustimmung des Betriebsrates Dienstpläne umzusetzen, da der Betriebsrat die Grenzen des Mitbestimmungsrechts zweifelsfrei verletzt. Allerdings werden Sie in diesen Fällen dann stets mit einstweiligen Verfügungen des Betriebsrates Einigungsstelleneinsetzungsverfahren und erheblichen Kosten durch ggf. allein die Unzuständigkeit der Einigungsstelle für die vom Betriebsrat aufgeworfenen Fragestellungen feststellende Entscheidungen der Einigungsstelle konfrontiert sein.

X. DIENSTPLANGESTALTUNG

Haben Sie also diesen Grad der Kommunikation mit Ihrem Betriebsrat erreicht, ist festzustellen, dass in der Konzeption der Umsetzung von etwaigen Dienstplankorrekturen erhebliche taktische Fehler begangen worden sind und sie einer **Krisenkommunikation** bedürfen.

Sinnvoller als ein solches konfrontatives Vorgehen ist es, sich zunächst die Tagesabläufe Ihrer Patienten/Bewohner detailliert anzusehen und abgeleitet von diesen Abläufen beim Patienten für eine Höhere Schichtbesetzung der Pflegekräfte zu Spitzenzeiten (z. B. Ankleiden, OP-Vorbereitung, Frühstück, Mittagessen usw.) und eine Ausdünnung zu anderen Zeiten und veränderte Übergabezeiten vorzusehen. So könnte z. B. bei gleichem Arbeitszeitkontingent eine Schichtbesetzung sich wie folgt darstellen:



XI. AUSSENDARSTELLUNG DER KORREKTUREN – KRISENKOMMUNIKATION

Ein wesentliches Problem bei der Umsetzung etwaiger Korrekturen bei der Eingruppierung oder der Dienstplanung von festgestellten Fehlerquellen ist es, wie Sie diese Korrekturen gegenüber der Belegschaft, dem Betriebsrat einer etwaig betroffenen Gewerkschaft sowie ggf. politisch besetzten Aufsichtsgremien kommunizieren. Die üblichen Reaktionen eines Betriebsrates sind z. B.

- „Der Arbeitgeber könne nicht einfach einseitig bestimmen, dass es keine Wochenfeiertage mehr gebe.“
- „Wir als Betriebsrat und unser Anwalt sagen, dass die Jahrzehnte lange Praxis des Arbeitgebers (im Arbeitsrecht spricht man „betrieblicher Übung“) dazu geführt hat, dass nur jeder Arbeitnehmer vom Arbeitgeber verlangen kann, dass er die alte Wochenfeiertagsregelung beibehält.“
- „Um jedoch viele teurere diverse Gerichtsverhandlungen, Anwaltskosten usw. zu verhindern, haben wir in der Mehrheit schließlich entschieden, dass dieser Disput Aufgabe des Betriebsrates sein soll.“

Die Reaktion von Gewerkschaftsseite reichen in solchen Fällen von der Einschaltung der Presse bis hin zum Aufrufen zum Arbeitsboykott oder der Instrumentalisierung des Betriebsrates durch dessen Aufforderung zur Ablehnung von Monatsdienstplänen. Von überragender Bedeutung ist daher im Rahmen der Durchführung von Korrekturen die Konzeptionsphase nach der Überprüfung Ihrer individuellen rechtlichen Möglichkeiten sowie die Kommunikation nach außen, die wir als „**Krisenkommunikation**“ bezeichnen. Sie müssen bei der Konzeption daher unbedingt durch Hinzuziehung geeigneter Berater festlegen:

- Welche Korrekturen Sie mit welcher Zielsetzung verfolgen und verfolgen wollen,
- Betonung des mitarbeiter- und patientenorientierten Ansatzes einer etwaigen neuen Dienstplanung,
- Überprüfung welches neue Dienstplankonzept mit der vorhandenen Mitarbeiterstruktur an Voll- und Teilzeitkräften wirklich realisiert werden könnte, zur Vermeidung von geteilten Diensten,
- Entwicklung einer Argumentationslinie für die Realisierung eines Arbeitszeitkontenmodells,
- Überprüfung ob und wie Eingruppierungsfehler korrigiert werden sollten (z. B. nur für Neubeschäftigte, Überprüfung welches Vorgehen bei Bestandsbeschäftigten sinnvoll ist),
- Festlegen, ob und wie etwaige Fehler bei der Urlaubsberechnung korrigiert werden,

- frühzeitige Begleitung der Konzeption und Umsetzung eines neuen patienten-, mitarbeiter- und vergütungsorientierten Dienstplankonzeptes durch einen geeigneten Kommunikator.

XII. BETRIEBSVEREINBARUNG, BETRIEBLICHE ORDNUNG VS. TARIFVERTRAG

Wie in der Einleitung bereits dargestellt, ist in der Praxis häufig eine Konstellation im Rahmen der Anpassung von Personalkosten festzustellen, dass Arbeitgeber und Arbeitnehmer oder Arbeitgeber und Betriebsrat eine einheitliche Position für ein mögliches (sanierendes) Vorgehen haben, dies aber von der Gewerkschaft nicht geteilt wird. Dies führt immer dann zu Problemen, wenn der Arbeitgeber entweder noch tarifgebunden ist oder aber früher tarifgebunden war. Werden dann nämlich Betriebsvereinbarungen zur Veränderung der Arbeitszeit (Mitbestimmungsrecht?) oder aber zu einem Lohnverzicht z. B. beim 13. Gehalt bzw. der Sonderzuwendung abgeschlossen, werden hier häufig zwei Grundsatzentscheidungen des BAG vom 28.02.2006 – 1 ABR 4/05 – und vom 15.04.2008 – 1 AZR 65/07 – neben den schon oben zitierten Entscheidungen zur Regelungskompetenz bei der Arbeitszeit übersehen. In seiner Entscheidung vom 15.04.2008 – 1 AZR 65/07 – führt das BAG zur hierbei relevanten Rechtslage wörtlich unter anderem aus:

„Nach dieser Vorschrift bestimmt die Personalvertretung mit „über Fragen der Lohngestaltung innerhalb der Dienststelle, insbesondere die Aufstellung von Entlohnungsgrundsätzen ... und deren Änderung“, soweit nicht eine Regelung durch Rechtsvorschrift über Tarifvertrag schon besteht. Zweck des Mitbestimmungsrechtes ist – wie nach Maßgabe des § 75 Abs. 3 Nr. 4 BPersVG oder § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG – die angemessene und durchsichtige Gestaltung des Lohngefüges und die Wahrung der Lohn- und Verteilungsgerechtigkeit innerhalb der Dienststelle. Gegenstand des Mitbestimmungsrechtes ist nicht die konkrete, absolute Höhe des Arbeitsentgelts. Gegenstand sind die Strukturformen des Entgelts, einschließlich ihrer näheren Vollzugsformen, d. h. die abstrakt generellen Grundsätze der Entgeltfindung ...

Diese Vergütungsgrundsätze hat das beklagte Land geändert. Seit dem 01.08.2003 vergütet es seine angestellten Lehrkräfte in Form von monatlich stetes gleichen Teilbeträgen, anstelle von bis dahin zweimal unterschiedlichen. Indies stellt eine Änderung von Entlohnungsgrundsätzen dar. Das beklagte Land hat auf diese Weise nicht lediglich, was es mitbestimmungsfrei hätte tun können, die absolute Höhe der Vergütung für die ab 01.08.2003 eingestellten Lehrkräfte unter Beibehaltung des bisherigen Vergütungsschemas, um einen bestimmten Prozentsatz verringert. Es hat durch die Streichung der Einmalleistung einseitig in die bestehende Vergütungsstruktur eingegriffen. Durch die Streichung einer jährlichen Zuwendung, die für alle Angestellten

den Betrag ihrer Urlaubsvergütung entsprach, ändert sich zwar nicht der relative Abstand der jeweiligen Jahresgesamtvergütung zueinander. Es ändert sich aber der Entlohnungsgrundsatz, dass ein Teil der Gesamtvergütung als zusätzliche Einmalzahlung erst im Dezember geleistet wird. **Durch die Streichung eines für die unterschiedlichen Gehaltsgruppen gleich hohen Urlaubsgeldes ändert sich darüber hinaus nicht nur der bisherige Grundsatz zur Stückelung der Jahresgesamtvergütung, sondern auch der relative Abstand der Gesamtvergütung zueinander...**

Zwar hatte diese aufgrund der Tarifbindung des beklagten Landes und der Geltung einschlägiger Tarifverträge wegen § 85 Abs. 1 Einleitungssatz PersVG Berlin bis zum 31.07.2003 über Vergütungsgrundsätze **nicht mitzubestimmen.**“

Dies bedeutet, dass bei bestehender Tarifbindung ein Verzicht auf das 13. Monatsgehalt durch Betriebsvereinbarung nicht geregelt werden kann. Ein etwaiger arbeitsvertraglicher Verzicht durch Einzelvereinbarungen dürfte zudem bei einer solchen Konstellation unter Berücksichtigung des § 4 Abs. 3 und 4 TVG kaum denkbar sein. Bei bestehender Tarifbindung des Arbeitgebers dürfte daher die Umsetzung der einleitend skizzierten Rahmenbedingungen durch Betriebsvereinbarung oder Arbeitsvertrag in der dort zitierten Art rechtlich kaum möglich sein. Dies schließt jedoch nicht aus, dass sich das angestrebte Ziel nicht doch, abhängig vom Einzelfall, rechtlich gestalten ließe.

XIII. SOZIALPLAN - TRANSFERKONZEPTE

Sofern Konzepte zur Kostenoptimierung innerhalb bestehender betrieblicher/tariflicher Vergütungsstrukturen nicht ausreichen, der Ausspruch betriebsbedingter Kündigungen also unvermeidbar ist, sollte auch immer überprüft werden, ob ggf. ein Transferkonzept zur Vermeidung von Arbeitslosigkeit realisiert werden kann. Dies gilt jedenfalls dann, wenn folgende Voraussetzungen gegeben sind:

- Massenentlassung iSv § 17 KSchG
- Kein Bedarf an der Arbeitskraft während der Kündigungsfrist oder
- Interesse die Auslauflohne aus Liquiditätsgründen über einen längeren Zeitraum (je nach Kündigungsfrist bis zu 12 Monate) ausgereicht werden

Ein solches Transferkonzept hat folgende Vorteile für die betroffenen Beschäftigten und den Arbeitgeber:

- Imagegewinn trotz Personalabbaus
- Auslauflohne werden zur Finanzierung der Transfergesellschaft genutzt

- Bessere Kalkulierbarkeit der Kosten des Personalabbaus
- Vermeidung von Kündigungsschutzklagen nebst den hieraus resultierenden bilanzrechtlichen Konsequenzen
- Zeitliche Verschiebung einer etwaigen doch erforderlichen Arbeitslosigkeit
- Ununterbrochener Verlauf von Entgeltpunkten in der Rentenversicherung
- Professionelle Betreuung der beruflichen Neuorientierung
- Finanzierung von Weiterbildungsmaßnahmen
- Risikolose Arbeitserprobung bei einem potentiellen neuen Arbeitgeber
- Möglichkeit der kostenneutralen Konstruktion durch Limitierung der Ausstattung der Transfergesellschaft

Auch hier gilt jedoch dass eine sorgfältige Konzeption und Umsetzungsplanung erforderlich ist. Bei der Gestaltung von Interessenausgleich und Sozialplan sind hier, wie sonst auch, unbedingt Fehler wie z. B. (vgl. z. B. ArbG Berlin – 16 Ca 11374/12; ArbG Lörrach – 5 Ca 171/12):

- fehlerhafte Vergleichsgruppenbildung der Arbeitnehmer,
- nicht realistische Definition von angeblichen Qualifikationsanforderungen betroffener Arbeitnehmer in der Sozialauswahl
- Nichtvorliegen der Namensliste bzw. Nichtparaphierung und Datierung bei Abschluss des Interessenausgleichs
- Unzureichende Information über die beabsichtigten Massenentlassungen durch fehlende Benennung des beabsichtigten Termins des Kündigungsausspruchs und des Beendigungstermins
- Nichteinhaltung des dargestellten unternehmerischen Konzeptes

zu vermeiden.

XIV. KONSEQUENZEN

Wie Sie danach erkennen können, sind Korrekturen in allen Bereichen etwaiger Fehlanwendung von tarifrechtlichen Regelungen zumeist grundsätzlich möglich. Entscheidend sind allein die ausreichende Vorbereitung einer etwaigen Umsetzung und die gründliche Analyse der Fehlerquellen. Im Rahmen der Konzeption eines etwaigen Vorgehens ist unbedingt die von Ihnen verfolgte und verfolgbare Zielsetzung zu überprüfen und zeitnah auch ein Konzept für die Krisenkommunikation und Außendarstellung zu entwickeln.

IHRE ANSPRECHPARTNER

Verantwortlich für die Erstellung und die Bereiche Datenschutzrecht, Arbeitsrecht und Medizinrecht

Dr. Franz-Michael Koch

franz-michael.koch@t-online.de

0172/7353704

Meine weiteren spezialisierten Kooperationspartner

Sanierungsberatung - Stefan Begemann

Begemann Healthcare Management GmbH

Kontakt: Begemann@begemann-healthcare.de

Transferkonzepte - Volker Podzimek

fqq Transfer Gesellschaft

Kontakt: podzimek@fqq-online.de

Krisenkommunikation - Dr. Ingolf Neunübel

Business Network Marketing u. Verlagsgesellschaft mbH

Kontakt: IN@businessnetwork-berlin.com

Datenschutz - Stephan Walder

Haile Management & Beratung

Kontakt: walder@beratung-management.com