

Weender Straße 87  
37073 Göttingen  
TEL : 0551/36245  
FAX : 0551/36246  
info@feuerhahn-rechtsanwaelte.de  
www.feuerhahn-rechtsanwaelte.de

feuerhahn rechtsanwälte – Weender Straße 87 – 37073 Göttingen

Gesamtausschuss der Mitarbeitervertretungen  
der Evangelischen Kirche in Mitteldeutschland  
Wendstr. 31

D 39576 Stendal

**ACHTUNG: neue Bankverbindung**

DKB Deutsche Kreditbank AG  
IBAN: DE23 1203 0000 1056 2183 63  
BIC: BYLADEM1001

Steuernummer  
20/112/02889

Anwaltskammer Braunschweig

IHR SCHREIBEN VOM

IHR ZEICHEN

UNSER ZEICHEN

GÖTTINGEN, DEN

19/00201 SF-Wa  
**Bitte immer angeben**

25.06.2019

**Handreichung für die Mitarbeitervertretungen-  
Rechtliche Bewertung Zulagenregelung „Holen aus dem Frei“ der  
AVR.DW.EKM**

Gerne nehmen wir zur Auslegung des zum 01.07.2019 in Kraft tretenden § 9 c Abs. 7 der AVR.DW.EKM Stellung.

Aus Gründen der Lesbarkeit haben wir Fragen entwickelt, die wir im nachfolgenden Text beantworten.

**Normtext „Holen aus dem Frei“**

§ 9 c Absatz 7 „neu“ der AVR.DW.EKM lautet ab 01.07.2019 wie folgt:

*„(7) Wird die Mitarbeiterin oder der Mitarbeiter aus dem dienstplanmäßigen oder betriebsüblichen Frei zur Aufnahme der Arbeit aufgefordert, so gilt Folgendes:*

- 1. Die Arbeitsaufnahme aus dem Frei erfolgt auf freiwilliger Basis. Die Mitarbeiterin oder der Mitarbeiter kann jederzeit und ohne Angabe von Gründen die Arbeitsaufnahme ablehnen.*

2. Stimmt die Mitarbeiterin oder der Mitarbeiter der Arbeitsaufnahme zu, wird geleistete Arbeitszeit auf dem Arbeitszeitkonto gutgeschrieben und eine Zulage in Höhe von jeweils 40,- Euro brutto gezahlt.

**1. Ist das Holen aus dem Frei nach der neuen Regelung auch gegen den Willen des Mitarbeitenden möglich?**

Nein, das Holen aus dem Frei ist bereits nach dem Wortlaut der Vorschrift lediglich freiwillig möglich.

Die einzelnen Mitarbeitenden müssen für jedes „Holen aus dem Frei“ gefragt werden, ob ihnen der Dienst möglich ist und sie bereits sind, ihn zu übernehmen.

Nur im Falle der Zustimmung des Mitarbeitenden erfolgt die Arbeitsaufnahme.

Mit dieser Regelung wird auch klargestellt, dass das bisherige Vorgehen zahlreicher Arbeitgeber, Mitarbeitende „dienstzuverpflichten“ ohne jede rechtliche Grundlage erfolgt.

Arbeitnehmer sind nur dann zur Arbeitsaufnahme verpflichtet, wenn der Arbeitgeber sein sogenanntes Direktionsrecht (Weisungsrecht), das seine Rechtsgrundlage in § 106 der Gewerbeordnung hat, ordnungsgemäß ausübt.

Nach allgemeiner Auffassung kann der Arbeitgeber sein Direktionsrecht hinsichtlich der Lage der Arbeitszeit des einzelnen Arbeitnehmers nur einmalig ausüben.

Dies erfolgt regelmäßig mit der Bekanntgabe des Dienstplanes oder aber der Mitteilung der Arbeitszeiten bei Mitarbeitenden, die nicht nach einem Dienstplan arbeiten.

Änderungen an den bekanntgegebenen Arbeitszeiten waren und sind nur einvernehmlich möglich, nicht aber durch einseitige Weisung des Arbeitgebers.

Zu beachten sind ferner die umfangreichen Beteiligungsrechte der Mitarbeitervertretungen, die sich hinsichtlich des Dienstplanes und auch des einzelnen Dienstplanes eines jeden Mitarbeitenden aus § 40 d des MVG.EKD ergeben.

## 2. Was bedeutet „dienstplanmäßiges oder betriebsübliches Frei“?

Unter dem Begriff des dienstplanmäßigen oder betriebsüblichen Freis sind alle Zeiten zu verstehen, an denen laut Dienstplan oder nach den betriebsüblichen Regelungen nicht gearbeitet wird bzw. würde.

Damit liegt Holen aus dem dienstplanmäßigen Frei auch in den Fällen vor, wenn ein Mitarbeitender anstelle der im Dienstplan fixierten Frühschicht nunmehr am selben Tag beispielsweise eine Spätschicht übernehmen soll.

Dasselbe gilt, wenn beispielsweise eine vollständige Schicht in einen geteilten Dienst aufgeteilt würde.

Grundsätzlich kann gesagt werden, dass immer dann wenn der Dienstplan sich für den Mitarbeiter verändert, ein Holen aus dem Frei nach der neuen Regelung gegeben ist.

Kein Holen aus dem Frei liegt vor, wenn der Mitarbeitenden beispielsweise lediglich seine bisherige Schicht verlängert, weil Rest-, Dokumentations- oder Übergabearbeiten noch nicht erledigt worden sind.

Alle anderen Konstellationen lösen die Zulage in Höhe von 40,00 € brutto aus.

## 3. Wird die Zulage in Höhe von 40,00 € brutto für jede Schicht gezahlt oder werden für kurze Schichten geringere Zulagen gezahlt?

Die Zulage von 40,00 € wird für jede Inanspruchnahme, unabhängig von ihrer zeitlichen Dauer gezahlt. Sie soll Arbeitnehmer davor schützen, verstärkt in ihrer dienstplanmäßigen oder betriebsüblichen Freizeit zur Arbeitsleistung herangezogen zu werden.

Diesen Zweck erfüllt die Zulage nur dann, wenn sie - vergleichbar einer

Vertragsstrafe - unabhängig vom jeweiligen Einzelfall gezahlt wird.

Die Zulage wird deshalb für jede einzelne Schicht oder jeden einzelnen Dienst gezahlt. Springt ein Mitarbeitender beispielsweise im Rahmen einer Krankheitsvertretung für mehrere Dienste ein, so entsteht die Zulage für jedes einzelne Einspringen und damit jeden einzelnen Dienst.

**Beispiel:**

Übernommen werden durch einen Mitarbeitenden je ein Frühdienst am Samstag und Sonntag eines Wochenendes.

Der einspringende Mitarbeitende erhält Zulagen in Höhe von 2 x 40,00 € brutto, insgesamt also 80,00 € brutto zusätzlich zu den Stundengutschriften.

**4. Bekommen Teilzeitbeschäftigte nur eine anteilige Zulage?**

Nein, spezielle Regelungen für Teilzeitbeschäftigte sieht die Regelung nicht vor. Sie dürften nach dem Teilzeit- und Befristungsgesetz auch rechtswidrig sein.

**5. Wird die Zulage für jeden Einsatz oder nur einmalig pro Monat etc. gezahlt?**

Die Zulage wird für jeden einzelnen Einsatz, unabhängig von dessen Dauer gezahlt.

Mehrere Inanspruchnahmen innerhalb eines Monats führen deshalb zu der Zahlung mehrerer Zulagen in Höhe von jeweils 40,00 €.

**6. Können Dienstplanänderungen angewiesen werden?**

Dienstplanänderungen können nicht angewiesen werden. Sie können nur einvernehmlich vereinbart werden.

**7. Kann in den einzelnen Unternehmen der Diakonie durch Dienstvereinbarung**

**davon abgewichen werden, die Zulage zu zahlen?**

§ 36 des Mitarbeitervertretungsgesetzes der Evangelischen Kirche in Deutschland (MVG.EKD) regelt, wann und wofür Dienstvereinbarungen abgeschlossen werden dürfen. Gemäß § 36 Absatz 1 MVG.EKD dürfen Dienstvereinbarungen keine Regelung verändern, die auf einem Beschluss der Arbeitsrechtlichen Kommission, oder wie hier, des Schlichtungsausschusses, beruht.

Eine Dienstvereinbarung wäre damit unwirksam.

Mit freundlichen Grüßen



Sven Feuerhahn  
(Rechtsanwalt)