

Allerlei Frei.

Systematik des Chaos

»Wenig Arbeit, viele Feste,
das ist immer noch das Beste.«
(Volksweisheit)

Frei, Freistellung und Freizeitausgleich kommen leicht durcheinander. Die gelegentliche *Verminderung* der Arbeitszeit erhöht die Verwirrung. Wer Verträge, Tarife oder AVR schreibt, oder wer betriebliche Vereinbarungen zumindest unterschreibt, soll diese Begriffe trennscharf benutzen. Sollte. Es gibt eine müde Entschuldigung: Auch Arbeitsrichter/innen sind beim Frei nicht immer klarsichtig.

Frei von der Pflicht

Im Plan ordnet der Arbeitgeber an, wann wir zu arbeiten haben. Doch es gibt gute Gründe, nicht zu arbeiten. Die wichtigsten sind Urlaub und Krankheit. In beiden Fällen sind wir von der Pflicht zur Arbeitsleistung befreit. Am Beispiel des Schichtplanes von Agnes entdecken wir die Rechtsgrundlagen und ihre Folgen.

		Mo	Di	Mi	Do	Fr	Sa	So	
Agnes	Plan	x	x	F	F	F	F	S	39 h
39 h	Ist		k	k	xÜ	xF	U	U	
	+10 h								+10 h

Für Montag und Dienstag sind keine Arbeitsstunden angeordnet. Agnes hat frei. Wir sprechen auch von *Freischichten*. Die vertragliche Zeitschuld ist begrenzt. So bleiben einige Tage verschont. Und auch der gesetzliche und tarifliche Gesundheitsschutz verlangt solche Unterbrechungen.

dokumentiert im Plan	Anlass	Rechtsgrund
einfach »frei«		
erste Zeile: leer, x oder ./.	schuldrechtlich	BGB § 611
	Arbeits- und Gesundheitsschutz	Europ. Sozialcharta Teil II, Art. 2 Nr. 5 EU-Richtlinie 2003/88/EU Artikel 5 ArbZG §§ 9, 11 (3)
	Arbeits- und Gesundheitsschutz	TVöD § 6 (1) S. 3, TVöD-K/-B § 6.1 (3), BAT-KF § 6 (4) S. 2 und 3, AVR DD § 9 (2)
Verminderung		
die Planungsspanne weist der Beschäftigten eine geringere Zeitschuld aus	planmäßiges Frei am Vorfesttag	TVöD § 6 (3), BAT-KF § 6 (2)
	planmäßiges Frei oder Arbeit am Feiertag	TVöD-K/-B § 6.1 (2)
	Vorfest- und Feiertage	AVR DD § 9c (1)
Freistellung		
erste Zeile: Arbeitspflicht	Urlaub, Krankheit, Feiertag, Vorfesttag	
zweite Zeile: Freistellungsgrund	vorübergehende Verhinderung	BGB § 616, TVöD § 29, BAT-KF § 28, AVR DD § 11
	Unmöglichkeit / Unzumutbarkeit	BGB §§ 275, 326
	akuter Pflegebedarf	PflegeZG § 2
	Qualifizierung	AVR DD Anl. 8a § 5 (1)
	Amtstätigkeit	BetrVG § 37, MVG § 19, MAVO § 15
Freizeitausgleich		
erste Zeile: Arbeitspflicht	Sonntagsarbeit	BAT-KF § 6 (4) S. 3
	Feiertagsarbeit	TVöD-K/-B § 6.1 (1), BAT-KF § 6 (4) S. 5
zweite Zeile: Freistellungsgrund	Längerarbeit im Normaldienst	TVöD § 7 (7)
	Abbuchung vom AZ-Konto	TVöD § 10
	Abbuchung vom Jahreskonto	AVR DD § 9b (9)
	Bereitschaftsdienst	TVöD-K § 8.1 (7, 8), § 10
	Bereitschaftsdienst	AVR DD Anlage 8 (5)
	auf Wunsch: Überstunden und/ oder Überstunden-Zeitzuschlag	BAT-KF § 8 (1)
	Dienstfahrten	BAT-KF § 6 (8)
	Freizeitmaßnahmen	AVR DD § 9h
	Amtstätigkeit in der Freizeit	BetrVG § 37 (3), MVG § 19 (2), MAVO § 15 (4)

Am Dienstag wird Agnes krank. Zwar hat sie an diesem Tag keine Pflicht zur Arbeitsleistung. Doch sie ist nicht völlig frei. Sie ist verpflichtet, dem Arbeitgeber die Arbeitsunfähigkeit und deren voraussichtliche Dauer unverzüglich mitzuteilen.⁹⁷

Am Mittwoch ist Agnes immer noch zur Arbeit unfähig. Die Arbeitsrechtler bezeichnen diese Schicht als absolute Fixschuld. Denn sie kann nur zu einem ganz bestimmten, vom Arbeitgeber festgesetzten Zeitpunkt und höchstpersönlich erbracht werden. Diese Leistung wurde durch die Krankheit von Agnes unmöglich. Sie braucht keine der geplanten Arbeitsstunden nachzuarbeiten, die gesamte Schicht entfällt ersatzlos. Sie behält ihren Entgeltanspruch.⁹⁸

Auf den Freitag fällt ein Feiertag. Im Arbeitsbereich von Agnes ist wenig zu tun. Wegen des Feiertags bleibt Agnes von der planmäßigen Arbeitspflicht freigestellt⁹⁹. Sie behält ihren Entgeltanspruch¹⁰⁰.

Agnes wird regelmäßig an jedem zweiten Wochenende zur Arbeit eingeteilt. Eigentlich müsste sie an diesem arbeiten. Doch sie hat bereits vor Monaten einen Antrag gestellt, von Samstag an Urlaub zu bekommen. Der wurde gewährt und geplant.

Für den Samstag und Sonntag wurde Agnes damit von der Arbeitspflicht freigestellt. Diese Freistellung verbraucht für den Samstag und Sonntag jeweils einen von Agnes jährlich 30 ›Urlaubsanspruchstagen‹¹⁰¹. Ohne Arbeit – kein Lohn. Ihr entsteht jedoch ersatzweise ein Anspruch auf Urlaubsentgelt¹⁰². Tarife und AVR treffen dazu meist Regeln, die im Betrieb praktischer sind.

97 Entgeltfortzahlungsgesetz (EntgFG) § 5 Abs. 1.

98 Entgeltfortzahlungsgesetz (EntgFG) § 3.

99 Arbeitszeitgesetz (ArbZG) § 9 Abs. 1.

100 Entgeltfortzahlungsgesetz (EntgFG) § 3.

101 Bundesarbeitsgericht (BAG) Urteil 15.11.2005 – 9 AZR 626/04.

102 Bundesurlaubsgesetz (BUrlG) § 11.

Freizeitausgleich

Wer für den Arbeitgeber arbeitet, hat ein Recht auf Vergütung der Arbeitszeit. Um diesen Anspruch mit bloßer Freizeit ersatzweise auszugleichen, braucht es ein Recht. Zudem braucht es grundsätzlich eine konkret geplante Arbeitspflicht, von welcher der Arbeitgeber freistellt. Zuletzt braucht es noch die Zustimmung der Mitarbeitervertretung. Ein bereits entstandener Anspruch auf Überstundenvergütung kann nicht durch einseitige Freistellung von der Arbeit erfüllt werden, wenn keine Ersetzungsbefugnis vereinbart ist¹⁰³. Der Arbeitgeber darf sich nicht aus unserem Vertrag stehlen, indem er uns auf Kurzarbeit setzt, um zugleich die Vergütung zu kürzen.

Mehr Arbeit, mehr Geld. Zusätzliche Arbeit bedeutet den Anspruch auf zusätzliches Entgelt. Weder TVöD-K noch TVöD-B oder ihre Nachfolger sehen als Ausgleich für Überstunden oder Mehrarbeit einen Freizeitausgleich vor. Ein *xÜ* als Überstundenfrei, oder ein *xM* als Frei für Mehrarbeit sind hier sichere Hinweise auf ausgehebelte Vertragsansprüche. Weder die Legende des Plans noch die eingesetzte Software noch eine betriebliche Vereinbarung darf eine solche Praxis unterstützen.

Es gibt kein Gewohnheitsrecht auf Freizeitausgleich für Beschäftigte. Es gibt keinen Vertrauensschutz für den Arbeitgeber. Der rechtssichere und gute Weg zur Freizeit führt hier über die Einrichtung eines Arbeitszeitkontos, dann die Erlaubnis zur Aufbuchung durch die Beschäftigten und später über deren ausdrücklichen Antrag auf Abbuchung an einem von ihnen bestimmten Tag.

Der BAT-KF wurde zwar beim TVöD-B abgeschrieben. Doch die Autoren vom VKM rwl (Verband kirchlicher Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter Rheinland Westfalen Lippe) verschmähten dabei die Errungenschaft dieser besonderen Arbeitszeitkonten. Ihr BAT-KF beschränkt sich auf einen allgemeinen *Wunsch* der Beschäftigten und räumt dann dem Dienstgeber einen Ausgleich ein.¹⁰⁴ Im oben bereits erläuterten Dienstplan von Agnes stoßen wir so am Donnerstag auf ein *xÜ*, ein Frei für geleistete Überstunden. Agnes hat offenbar auf die Vergütung ihrer zusätzlichen Arbeitsleistung verzichtet. Der Arbeitgeber erlässt ihr im Gegenzug am Donnerstag ihre Arbeitspflicht. Die geplanten Arbeitsstunden werden dazu *wie gearbeitet* gewertet.

Aus dem Blick des Gesundheitsschutzes kommt es nicht auf die schönen Pläne an. Hier zählt nur die tatsächliche Arbeitsbelastung: Agnes arbeitet am Donnerstag nicht.

¹⁰³ Bundesarbeitsgericht (BAG) Urteil 18.09.2001 – 9 AZR 307/00.

¹⁰⁴ BAT-KF § 8 (1) Satz 4 und 5: »Auf Wunsch der/des Mitarbeitenden können, soweit die betrieblichen/dienstlichen Verhältnisse es zulassen, die nach Satz 2 zu zahlenden Zeitzuschläge entsprechend dem jeweiligen Vomhundertsatz einer Stunde in Zeit umgewandelt und ausgeglichen werden. Dies gilt entsprechend für Überstunden als solche.«

Nicht ohnehin oder ansonsten Frei

Anders als beim Ersatzruhetag¹⁰⁵ geht es beim Freizeitausgleich nicht zwingend um einen gleichwertigen, zusammenhängenden und sozial wertvollen Ersatz. Der Freizeitausgleich dient nicht Erholungszwecken, sondern wird zum Ausgleich dafür gewährt, dass der Arbeitnehmer an anderen Tagen bereits Arbeitsleistungen erbracht hat; er kann darum auch zersplittert werden.¹⁰⁶

Der Freizeitausgleich nach TV-Ärzte/VKA § 12 Abs. 4 Satz 1 für Bereitschaftsdienstzeiten kann sogar in die gesetzliche Ruhezeit gelegt werden, die sich unmittelbar an eine nächtliche Langschicht anschließt.¹⁰⁷ Der dazu von den Bundesarbeitsrichtern ausgeurteilte Fall kam bizarr daher:

Der Arbeitgeber hatte hier im Anschluss an eine Nachtschicht, welche Vollarbeit mit Bereitschaftsdienst kombinierte, im Dienstplan mit der normalen Frühschicht fortgesetzt. Trotz dieser Fehlplanung war die Ruhezeit gemäß ArbZG § 5 zwingend zu gewähren. Und nur aufgrund der Fehlplanung konnte der Arbeitgeber diese bereits gesetzlich arbeitsfreie Zeit zum Freizeitausgleich deklarieren.

›Ein Freizeitausgleich kann nicht an solchen Tagen erfolgen, an denen der Arzt ohnehin nicht zur Arbeit verpflichtet ist. An diesen Tagen ist dem Arbeitgeber unmöglich, Dienstbefreiung zu erteilen‹ – so klar sahen es die hohen Richter noch vor 25 Jahren.¹⁰⁸ Neuerdings hat das BAG im Zusammenhang mit Faktorisierung von Bereitschaftsdiensten eine andere, verwirrende Sicht: ›Freizeitausgleich bedeutet, bezahlte Freizeit zu erhalten statt Arbeitszeit ableisten zu müssen.‹¹⁰⁹

Mit Mühe versuchten die niedersächsischen Landesarbeitsrichter, in einer kniffligen Entscheidung wieder Licht in den Nebel zu bringen. Eine Klinik hatte die Auffassung vertreten, ihre Beschäftigten schulden ›durchschnittlich‹ an Werktagen Arbeitszeit. Und daher genüge zum Freizeitausgleich jeder freie Werktag, selbst wenn der planmäßig ohnehin frei war.

105 ArbZG § 11 (4).

106 Bundesarbeitsgericht (BAG) Urteil 17.01.1995 – 3 AZR 399/94.

107 Bundesarbeitsgericht (BAG) Urteil 22.07.2010 – 6 AZR 78/09.

108 Bundesarbeitsgericht (BAG) Urteil 12.12.1990 – 4 AZR 26 9/90.

109 Bundesarbeitsgericht (BAG) Urteil 17.03.2010 – 5 AZR 296/09, bestätigt: Urteil 22.07.2010 – 6 AZR 78/09.

Die Beklagte hat der Klägerin keinen Freizeitausgleich gewährt, indem sie Werk-tage, an denen die Klägerin laut Dienstplan ohnehin frei hatte, als Ausgleichstage bezeichnet hat.

Freizeit ist im arbeitsrechtlichen Sinne das Gegenteil von Arbeitszeit. Freizeitausgleich bedeutet, statt Arbeitszeit ableisten zu müssen, bezahlte Freizeit zu erhalten. Der Freizeitausgleich erfolgt durch Reduzierung der Sollarbeitszeit.

An den Tagen, die die Beklagte als Freizeitausgleichstage bezeichnet hat, war die Klägerin nach der Dienstplaneinteilung ohnehin nicht zur Arbeit verpflichtet. Sie konnte damit auch nicht von einer Arbeitsverpflichtung freigestellt werden. Maßgeblich ist insoweit nicht, dass der jeweilige Werktag rechnerisch mit einer Sollarbeitszeit belegt war, sondern die Einteilung der Klägerin in den Dienstplänen.

(LAG Niedersachsen, Urteil 03.06.2014 – 15 Sa 967/13)

Zuletzt noch: Im BAT-KF wurde eine Merkwürdigkeit des BAT § 15 (6) konserviert: die Forderung nach Ausgleich von Sonntagsarbeit durch eine entsprechende, zusammenhängende Freizeit binnen der beiden Folgewochen.¹¹⁰ Das ist zunächst deutlich kürzer als der mindestens 34-stündige Ersatzruhetag aus dem Arbeitsschutz.¹¹¹ Handelt es sich vielleicht weitergehend um Freizeitausgleich, also um bezahlte Freizeit? Alle Blütenträume welken hin beim Blick auf die Rechtsprechung zum BAT: Die zum Ausgleich für geleistete Sonntagsarbeit zu gewährende Freizeit ist unbezahlte Freizeit, die nicht zu einer Verkürzung der regelmäßigen durchschnittlichen Wochenarbeitszeit führt.¹¹²

110 BAT-KF § 6 Abs. 4 Satz 3: »Die dienstplanmäßige bzw. betriebsübliche Arbeitszeit an einem Sonntag ist durch eine entsprechende, zusammenhängende Freizeit an einem Werktag oder ausnahmsweise an einem Wochenfeiertag der nächsten oder der übernächsten Woche auszugleichen.«

111 Arbeitszeitgesetz (ArbZG) § 11 Abs. 4.

112 LAG Köln, 29.01.2003 – 7 (13) Sa 710/02.

Arbeitszeitverminderung

Betrieblich nennen wir es ›Vorwegabzug‹. Die vertragliche Zeitschuld im Ausgleichszeitraum wird aufgrund einer vertragliche Regelung anlässlich von Vorfest- und Feiertagen verringert.

		Mo	Di	Mi	Do	Fr	Sa	So	
Berta	Plan	x	F	x	S	S	x	x	23,2 h
39h - 15,8h = 23,2 h	Ist								
	+10 h								+10 h

Einfach und klar sind hier nur die AVR DD. Denn sie geben in § 9c (1) vor, wie sich die Zeitschuld kalendermonatlich ermittelt. Im Ergebnis verringert sie sich je Vorfest- und Feiertag um ein Fünftel der individuell vereinbarten Wochenarbeitszeit.

Die Tarifgewaltigen im öffentlichen Dienst schufen dagegen im Jahre 2005 ein kaum zu durchdringendes Dickicht aus Freistellung von Feiertagsarbeit, aus Freizeitausgleich für Feiertagsarbeit und aus Vorwegverminderung. Losgelöst davon regelten sie die Zeitzuschläge der Feiertagsarbeit. Die Bundesarbeitsrichter im 6. Senat raufen sich die Haare.

Der dargestellte Schichtplan von Berta zeigt hier zwei der Regeln: Auf den Montag fällt ein Feiertag. Berta hat ohnehin frei. Ihre Zeitschuld wird so um ein Fünftel ihrer Wochenarbeitszeit vermindert. Auf den Freitag fällt ein Feiertag. Berta muss dennoch arbeiten. Ihre Zeitschuld wird um ein weiteres Fünftel ihrer Wochenarbeitszeit vermindert.

Doch die Bundesarbeitsrichter zerschlugen ihr – trotz in sich klarer Tarifregeln zur Vergütung¹¹³ – den Anspruch auf 135 v. H. Zeitzuschlag. Dazu warfen sie die Arbeitszeitverminderung kurzerhand mit dem Freizeitausgleich in denselben Topf: ›Die Arbeitszeitreduzierung nach § 49 Abs. 2 TVöD-BT-K stellt einen Freizeitausgleich i. S. v. § 8 Abs. 1 Satz 2 Buchst. d TVöD dar. Der Freizeitausgleich muss nicht denselben zeitlichen Umfang wie die Feiertagsarbeit haben [...]. Im Zweifel ist mit einem freien Tag kein bestimmter Freizeitausgleich verbunden.‹¹¹⁴

¹¹³ TVöD § 8 (1) d: ›bei Feiertagsarbeit – ohne Freizeitausgleich 135 v. H.‹

¹¹⁴ Bundesarbeitsgericht (BAG) Urteil 09.07.2008 – 5 AZR 902/ 07 –, ebenso Urteil zum hier gleichlautenden TV KAH 21.08.2013 – 5 AZR 410/12.

Wir merken uns: Freizeitausgleich ist bezahlte Freizeit, die an Stelle der regelmäßig eingeplanten Zeitschuld tritt. Freizeitausgleich stellt von geplanter Arbeitszeit frei, er vermindert die tatsächlich zu leistende Arbeitszeit (*Sollarbeitszeit*). Bloße Arbeitszeit-Verminderung scheint den Arbeitsrichtern als untypische Form von Freizeitausgleich. Sie stellt zwar nicht von geplanter, aber von zu leistender Arbeitszeit frei.

»Das erfordert eine der Arbeitsleistung am Feiertag entsprechende tatsächliche Freistellung an einem anderen, konkreten Tag (vgl. BAG 21. August 2013 - 5 AZR 410/12 - Rn. 15), bei dem es sich um einen Werktag handeln muss. [...] Der freie Werktag wird vielmehr vom Arbeitgeber unter Beachtung etwaiger Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats bzw. Personalrats festgelegt. [...] Die Beachtung des Satzes 1 der Protokollerklärung in § 43 Nr. 5 TV-L [*Der Freizeitausgleich muss im Dienstplan besonders ausgewiesen und bezeichnet werden.*] ist zwar keine Wirksamkeitsvoraussetzung für die Gewährung des Freizeitausgleichs. [...] Darum muss der Freizeitgewinn einem bestimmten (Werk-)Tag zuzuordnen sein. Das ist dem Beschäftigten im Dienstplan deutlich zu machen.«¹¹⁵

Frei, Freizeitausgleich oder Verminderung?

Der Arbeitgeber bestimmt mit der Lage der Arbeitszeit zugleich die Lage der Freizeit und der Freischichten. Die bloße Arbeitszeitverminderung lässt ihm dabei den größten Gestaltungsspielraum.

Vor der Anordnung vereinbarte freie Tage in der ersten Planzeile sind sicher und verlässlich. Doch nicht in jedem Fall landen sie genau dort, wo es sich die Beschäftigten im Voraus gewünscht haben.

Da scheint ein Freizeitausgleich von Vorteil. Damit können sich Beschäftigte auf Wunsch oder auf Antrag von einer lästigen Arbeitsschicht freimachen, als Korrektur in der zweiten Zeile. Achtung: Anders als das Frei oder die Arbeitszeitverringerung ist der Freizeitausgleich widerruflich.¹¹⁶ Der Arbeitgeber kann also einen Strich durch die Rechnung und unsere Lebenspläne machen – nachdem er zuvor die Zustimmung der gesetzlichen Interessenvertretung eingeholt hat und unter Beachtung der gehörigen Ankündigungsfristen für solch einen Widerruf.

Um die Wünsche der Beschäftigten zur Geltung zu bringen, muss die gesetzliche Interessenvertretung also in jedem Fall zum Äußersten greifen – zu ihrem Recht auf Mitbestimmung.

¹¹⁵ Bundesarbeitsgericht (BAG) Urteil 17.11.2016 – 6 AZR 465/15

¹¹⁶ Bundesarbeitsgericht (BAG) Urteil vom 19.05.2009 – 9 AZR 433/08, siehe Seite 36.