

Checkliste

Dienstvereinbarung

Fallsituation

In der kirchlichen Einrichtung X, die sowohl Kindertagesstätten unterhält wie auch ambulante und stationäre Jugendhilfeleistungen erbringt, haben Dienstgeber und MAV in einer gemeinsamen Arbeitsgruppe Verbesserungen des Gesundheitsschutzes der Beschäftigten in der Einrichtung erarbeitet. Die Ergebnisse sollen in einer Dienstvereinbarung verankert werden.

Zur Vorbereitung der nächsten MAV-Sitzung am ..., in der die Dienstvereinbarung beschlossen werden soll, will die MAV-Vorsitzende überprüfen, ob die rechtlichen Voraussetzungen für eine Dienstvereinbarung erfüllt sind.

- *Wie hat sie vorzugehen?*

- 1 Liegt tatsächlich eine Dienstvereinbarung vor oder ist lediglich von einer Regelungsabrede auszugehen? (→ S. 44) ja nein
- 2 Spiegelt die Überschrift bzw. der Titel der Dienstvereinbarung auch den entsprechenden Inhalt wider? (→ S. 45) ja nein
- 3 Ergibt sich aus der Präambel der Anlass, das Motiv, das Ziel für die Dienstvereinbarung? (→ S. 45) ja nein
- 4 Regelt die Dienstvereinbarung den maßgeblichen Geltungsbereich bzw. die maßgeblichen Geltungsbereiche? (→ S. 45) ja nein
- 5 Beinhaltet die Dienstvereinbarung Definitionen für die in ihr verwendeten Begriffe? (→ S. 45) ja nein
- 6 Sind die Inhalte der Dienstvereinbarung verständlich und eindeutig formuliert? (→ S. 45) ja nein
- 7 Verstößt die Dienstvereinbarung nicht gegen zwingende gesetzliche Regelungen (Beachtung von Öffnungsklauseln!) oder kirchliche Arbeitsvertragsordnungen? (→ S. 46) ja nein
- 8 Beinhaltet die Dienstvereinbarung Kündigungsregelungen (z.B. Möglichkeit einer Teilkündigung)? (→ S. 46) ja nein
- 9 Enthält die Dienstvereinbarung Regelungen zur Nachwirkung oder sieht sie eine Befristung ihrer Geltungsdauer vor? (→ S. 47) ja nein
- 10 Beinhaltet die Dienstvereinbarung eine sog. salvatorische Klausel? (→ S. 47) ja nein

Fallbeispiel

Im Krankenhaus K ist durch häufige Bereitschaftsdienste für Mitarbeiter der Intensivabteilung die Einhaltung der gesetzlichen wöchentlichen Höchstarbeitszeit von 48 Stunden nicht zu gewährleisten. Die Krankenhausleitung möchte daher mit der MAV vereinbaren, dass die sogenannte „opt-out“-Regelung für das Pflegepersonal und die Ärzte eingeführt wird, um die zulässige durchschnittliche Wochenarbeitszeit auf 54 Stunden zu erweitern.

- Kann eine entsprechende Dienstvereinbarung geschlossen werden und bindet diese die betroffenen Mitarbeiter?

Erläuterungen

Grundsätzliches

Diese Checkliste geht von einer zulässigen Dienstvereinbarung, nicht aber von den Belangen einer Regelungsabrede aus; sie ist nicht – auch nicht hilfsweise – für diesen Bereich anzuwenden!

Zu 1. Abgrenzung Dienstvereinbarung/Regelungsabrede

Dienstvereinbarungen sind das zentrale Instrument der MAV zur betrieblichen Gestaltung der Belange der Mitarbeiter. Mit dem Abschluss einer Dienstvereinbarung schafft die MAV zusammen mit dem Dienstgeber Rechtsvorschriften, die beide Parteien und auch die Mitarbeiter binden, soweit MAVO bzw. MVG-EKD den Abschluss einer Dienstvereinbarung zulassen und die arbeitsrechtlichen Ansprüche der Mitarbeiter gewahrt bleiben (BAG, Urteil vom 22.3.2018 – 6 AZR 835/16 mit Darstellung der Gesamtproblematik und weiteren Nachweisen). Eine Dienstvereinbarung füllt damit Regelungslücken oder konkretisiert im Gesetz oder der Arbeitsvertragsordnung bestehende Regelungen.

Beispiel

Das Tarifrecht oder die Arbeitsvertragsordnungen regeln zwar Anspruch und Umfang des Erholungsurlaubs für Mitarbeiter. Sie machen aber keine Aussage dazu, was bei der Lage des individuellen Urlaubs zu beachten ist oder wie ein Mitarbeiter den Erholungsurlaub zu beantragen hat. Das ist möglicher Gegenstand einer Dienstvereinbarung.

Dienstvereinbarungen sind schriftliche, privatrechtliche Verträge zwischen Dienstgeber und MAV.

Im katholischen Bereich ist die Zulässigkeit – also die Möglichkeit, überhaupt Dienstvereinbarungen für

bestimmte betriebliche Belange rechtswirksam abzuschließen zu können – zunächst abschließend in § 38 Abs. 1 MAVO geregelt. Entsprechendes regelt § 36 MVG-EKD für den evangelischen Bereich. Ergänzend sind hierzu in den Bestimmungen

- des TVöD/TV-L,
- in den AVR-Caritas bzw. AVR-Diakonie,
- im ABD und
- in sonstigen kirchlichen Arbeitsvertragsordnungen

entsprechende Öffnungsklauseln zum Abschluss von Dienstvereinbarungen vorgesehen.

Die Tarifverträge für den öffentlichen Dienst (TVöD und TV-L), die überwiegend auch im kirchlichen Bereich Eingang gefunden haben, sehen für wichtige arbeitszeitrechtliche Bereiche die Regelung durch einvernehmliche Dienstvereinbarung zwischen MAV und Dienstgeber vor. Dies gilt z.B. für die Einrichtung von Arbeitszeitkorridoren, Rahmenarbeitszeiten und Arbeitszeitkonten oder für die Einführung einer leistungsorientierten Bezahlung.

Dienstgeber und MAV können aber auch solche Vereinbarungen treffen, die nicht den Charakter einer Dienstvereinbarung haben, also dienstliche Belange regeln, die weder in § 38 Abs. 1 MAVO / § 36 MVG-EKD noch in den Öffnungsklauseln von AVR-Caritas, AVR-Diakonie, ABD oder sonstigen kirchlichen Arbeitsvertragsordnungen ausdrücklich genannt sind. Solchen **Regelungsabreden** fehlt aber die unmittelbare und zwingende Normwirkung. Sie binden nur Dienstgeber und MAV. Regelmäßig zielen solche Abreden auf organisatorische Fragen (z.B. Absprachen über Kosten und Sachaufwand der MAV) oder auf Verfahrensfragen (z.B. Erörterung von Beteiligungsmaßnahmen) ab.

Im Rahmen der ev. Kirche ist in § 36 MVG-EKD die Möglichkeit zum Abschluss von Dienstvereinbarungen im Rahmen der Beteiligungsrechte geregelt. Eine Erweiterung der Rechte ist ausgeschlossen. Ebenso

dürfen Regelungen zu Arbeitsentgelten oder sonstigen Arbeitsbedingungen nicht in Dienstvereinbarungen abgeschlossen werden, wenn dazu Regelungen vorhanden sind oder üblicherweise bestehen.

Für die katholische Kirche gilt: Dienstvereinbarungen sind ausschließlich im Rahmen des § 38 MAVO zulässig (§ 28 Abs. 2 MAVO). Der Katalog in § 38 MAVO ist abschließend und nicht durch freiwillige Vereinbarungen erweiterbar. Hinsichtlich der Regelung von Arbeitsentgelten und sonstigen Arbeitsbedingungen enthält § 28 Abs. 2 MAVO eine Öffnungsklausel.

Zu 2. Überschrift/Titel

Wie für alle Formen von Willenserklärungen und rechtsgeschäftsähnlichen Handlungen gilt, dass nicht die Überschrift, sondern der Inhalt maßgeblich ist. Gleichwohl sollte bereits aus der Überschrift bzw. aus dem Titel einer Dienstvereinbarung klar hervorgehen, was Gegenstand der Dienstvereinbarung ist. Geht es nur um die Einführung eines Schichtdienstes oder soll die komplette Arbeitszeit im Rahmen von Schichtdiensten geregelt werden?

Beispiel

Dienstvereinbarung zur Einführung der „opt-out“-Regelung im Bereich der Intensiv-Station

Zu 3. Präambel

In einer Präambel (= Einleitung/Vorwort) sollten die Zielsetzung und die Absichten der Betriebsparteien beim Abschluss der Dienstvereinbarung deutlich werden.

Beispiel

„Ziel dieser Dienstvereinbarung ist die rechtliche Absicherung der Zulässigkeit einer regelmäßigen Überschreitung der wöchentlichen Höchstarbeitszeit und die Sicherstellung der insoweit gesetzlich vorgeschriebenen Schutzvorschriften für die betroffenen Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter.“

Gerade bei Auslegungs- und Zweifelsfragen wird oft die Präambel zur Lösung herangezogen!

Zu 4. Geltungsbereich einer Dienstvereinbarung

Regelmäßig werden nicht alle Mitarbeiter einer Einrichtung vom Regelwerk einer Dienstvereinbarung erfasst. Deshalb ist eine genaue Bezeichnung bzw. Abgrenzung unbedingt erforderlich.

Beispiel

„Diese Dienstvereinbarung gilt für alle Pflegekräfte und Ärzte der Intensivabteilung des Krankenhauses K. Sie findet keine Anwendung auf Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter, die geringfügig im Sinn des § 8 Abs. 1 Nr. 1 SGB IV beschäftigt werden.“

Damit werden sog. „Minijobber“ (Beschäftigte i.S.d. § 8 Abs. 1 Nr. 1 SGB IV) von der Anwendung dieser Dienstvereinbarung auf ihr Arbeitsverhältnis ausdrücklich ausgeschlossen.

Zu 5. Definitionen

Oftmals werden in Dienstvereinbarungen Begriffe verwendet, die nicht dem allgemeinen Arbeitsrecht zuzurechnen sind, sondern einrichtungsspezifisch benutzt werden. Zur Rechtssicherheit und Rechtsklarheit sollten in der Dienstvereinbarung entsprechende Definitionen dieser Begrifflichkeiten gebracht werden.

Zu 6. Verständliche und eindeutige Formulierungen

Regelungen in Dienstvereinbarungen sollten verständlich und eindeutig formuliert werden. Dabei sollten mögliche Regelungstypen verwendet werden, etwa durch Formulierungen für

- **Gebote:**
„hat zu entscheiden“, „ist zu entscheiden“ oder „muss entscheiden“
- **Verbote:**
„darf nicht“, „ist verboten“ oder „ist unzulässig“

Beispiel

„Unzulässig sind mehr als 5 Bereitschaftsdienste hintereinander pro Kalenderwoche.“

- **Erlaubnisse:**
„darf“, „ist berechtigt“ oder „kann“

Beispiel

*„Im Rahmen der Dienstplangestaltung sind 8 Bereitschaftsdienste pro Dienstplanturnus vorgesehen. Darüber hinaus **können** maximal zwei weitere Bereitschaftsdienste angeordnet werden.“*

- **Rechte/Ansprüche:**
„hat Anspruch“, „bekommt“ oder „erhält“

Beispiel

*„Mitarbeiter, die an der opt-out-Regelung teilnehmen, **erhalten** im Rahmen des ihnen zustehenden Erholungsurlaubs einen zusammenhängenden Urlaub von mindestens 4 Wochen.“*

Zu 7. Dienstvereinbarungen und (kirchliche) Öffnungsklauseln

Dienstvereinbarungen dürfen nicht gegen höher-rangiges Recht (EU-Recht, GG, Schutzgesetze, Tarifverträge) verstoßen.

Auch im kirchlichen Bereich gelten die staatlichen Schutzgesetze (z.B. MuSchG, ArbZG), wobei hier aber mögliche Öffnungsklauseln (z.B. § 7 Abs. 4 ArbZG) zu beachten sind.

Ergänzend hierzu bestimmt § 38 Abs. 3 MAVO, dass Dienstvereinbarungen nicht nur Rechtsnormen, sondern insbesondere kirchlichen Arbeitsvertragsnormen (z.B. ABD, AVR-Caritas, KAVO) nicht widersprechen dürfen.

Nach § 36 MVG-EKD dürfen Dienstvereinbarungen Regelungen weder erweitern, einschränken noch ausschließen, die auf Rechtsvorschriften – insbesondere Beschlüssen der arbeitsrechtlichen Kommission, Tarifverträgen und Entscheidungen des Schlichtungsausschusses – nach dem Arbeitsrechtsregelungsgesetz oder allgemeinverbindlichen Richtlinien der Kirchen beruhen. Arbeitsentgelte und sonstige Arbeitsbedingungen, die durch die entsprechenden Regelungen vereinbart worden sind oder üblicherweise vereinbart werden, können nicht Gegenstand einer Dienstvereinbarung sein, es sei denn, die Regelung lässt eine Dienstvereinbarung ausdrücklich zu.

Zu 8. Kündigungsregelungen

Dienstvereinbarungen können gemäß § 38 Abs. 4 S. 2 MAVO bzw. § 36 Abs. 5 MVG-EKD vom Dienstgeber oder der MAV mit einer Frist von drei Monaten zum Monatsende schriftlich gekündigt werden. Hierbei handelt es sich um eine Regelung, die ausschließlich die ordentliche Kündigung betrifft.

Im Gegensatz zum Betriebsverfassungsgesetz (BetrVG), welches in §§ 77 Abs. 5 neben einer Kündigungsfrist von drei Monaten (ohne den Zusatz „zum Monatsende“) noch „soweit nichts anderes vereinbart ist“ formuliert, enthält § 38 Abs. 4 S. 2 MAVO diese andere Vereinbarungsmöglichkeit nicht. Das bedeutet, dass die Vertragsparteien (Dienstgeber und MAV) keine von § 38 Abs. 4 S. 2 MAVO abweichenden Kündigungsmodalitäten vereinbaren können. Im Ergebnis darf also in einer Dienstvereinbarung für die ordentliche Kündigung lediglich der Wortlaut des § 38 Abs. 4 S. 2 MAVO wiedergegeben werden. Auch unabhängig von einer Wiedergabe dieser Bestimmung in der Dienstvereinbarung gilt nur diese Kündigungsmöglichkeit und Kündigungsfrist.

Nach § 36 Abs. 5 MVG-EKD können Dienstvereinbarungen, soweit nichts anderes vereinbart ist, mit einer Kündigungsfrist von drei Monaten zum Ende

eines Monats gekündigt werden. Im evangelischen Bereich kann also auch eine andere Kündigungsmodalität vereinbart werden.

Die Kündigung einer Dienstvereinbarung bedarf keines sie rechtfertigenden Grundes (BAG, Urteil vom 17.8.2004 – 3 AZR 189/03).

Die Kündigung einer Dienstvereinbarung muss unmissverständlich und eindeutig sein. Erforderlichenfalls ist sie in Anwendung des § 133 BGB auszulegen. Lässt sich nicht zweifelsfrei feststellen, dass sich die Kündigung auf eine bestimmte Dienstvereinbarung bezieht, entfaltet sie keine die Dienstvereinbarung beendende Wirkung (so zuletzt BAG, Urteil vom 19.2.2008 – 1 AZR 114/07).

Beispiel

In einer Dienstvereinbarung wurde hinsichtlich der Bereitschaftsdienstleistung u.a. Folgendes vereinbart: „Bereitschaftsdienst darf innerhalb eines 4-Wochen-Dienstplans höchstens vierzehnmal angeordnet werden“.

Die MAV ist aufgrund statistischer Erhebung zum Schluss gekommen, dass zwölf Bereitschaftsdienste ausreichen und kündigt deshalb die Dienstvereinbarung am Montag, den 10. September 2018, zum nächstmöglichen Zeitpunkt. Die Einrichtungsleitung erhält dieses Kündigungsschreiben am Mittwoch, den 12. September 2018.

Wann endet die Dienstvereinbarung?

- **Fristbeginn:** Donnerstag, 13. September 2018 (§ 187 Abs. 1 BGB),
- **Fristende:** Mittwoch, 12. Dezember 2018 (§ 188 Abs. 2 BGB),
- **Monatsende:** 31. Dezember 2018.

Damit findet ab 1. Januar 2019 diese Dienstvereinbarung keine Anwendung mehr.

Wie das BAG ausdrücklich festgestellt hat (Urteil vom 16.11.2007 – 1 AZR 826/26), kann in einer Dienstvereinbarung explizit die **Möglichkeit einer Teilkündigung** vorgesehen oder ausgeschlossen werden. Regeln die Betriebsparteien die Frage der Teilkündigung nicht, so ist diese regelmäßig dann zulässig, wenn sie einen eigenen Regelungskomplex betrifft, der ebenso Gegenstand einer eigenständigen Dienstvereinbarung sein könnte.

Bezogen auf das obige Beispiel bedeutet das, dass in solchen Fällen, in denen die Regelung von Bereitschaftsdienst nur einen Teil einer Dienstvereinbarung zur Arbeitszeitregelung darstellt, allein die Bereitschaftsdienstregelung gekündigt werden kann, ohne dass die gesamte Dienstvereinbarung gekündigt werden muss.

Sinnvollerweise sollte aber die Möglichkeit der Teilkündigung in einer Dienstvereinbarung (vor allem dann, wenn große Komplexe geregelt werden) ausdrücklich vereinbart werden!

Zu 9. Nachwirkung und Befristung einer Dienstvereinbarung

§ 38 Abs. 5 S. 1 MAVO regelt, dass im Falle der Kündigung die Dienstvereinbarung in den Angelegenheiten des § 38 Abs. 1 Nr. 2 bis 13 nachwirkt. Dienstvereinbarungen können also auch nach ihrer Beendigung durch Kündigung (nicht aufgrund anderer Tatbestände!) weiterhin Wirkung entfalten. Dies wird als Nachwirkung bezeichnet.

Die Nachwirkung einer Dienstvereinbarung setzt nach Ablauf der Kündigungsfrist ein, wenn keine andere Regelung getroffen wurde. Sie gilt auch für Arbeitsverhältnisse, die erst im Nachwirkungszeitraum begründet werden (so auch Thüsing/Mathy, Freiburger Kommentar zur Rahmen-MAVO, Stand 2018, § 38 Rn 88). Da dies immer wieder strittig ist, sollte die Nachwirkung ausdrücklich in die Dienstvereinbarung aufgenommen werden.

Beispiel

„Im Fall der Kündigung dieser Dienstvereinbarung durch eine der eingangs genannten Parteien wirkt diese Dienstvereinbarung dergestalt nach, dass sie nicht nur bestehende, sondern auch nach dem Kündigungszeitpunkt neu begründete Arbeitsverhältnisse erfasst.“

§ 38 Abs. 5 S. 2 MAVO regelt weiter, dass in Dienstvereinbarungen nach § 38 Abs. 1 Nr. 1 (Arbeitsentgelte und sonstige Arbeitsbedingungen, die in Rechtsnormen, insbesondere in kirchlichen Arbeitsvertragsordnungen, geregelt sind) festgelegt werden kann, ob und in welchem Umfang die Rechte der Mitarbeiter bei Außerkrafttreten der Dienstvereinbarung fortgelten sollen.

Während Satz 1 eine automatische Weitergeltung der Dienstvereinbarung bei Kündigung formuliert (= Nachwirkung), kennt Satz 2 dies nicht (= keine automatische Nachwirkung).

Nach § 38 Abs. 5 S. 3 MAVO können Dienstvereinbarungen nach Satz 1 nicht nachwirken. Hier aber haben die Vertragsparteien die Freiheit festzulegen, ob und in welchem Umfang darin begründete Rechte der Mitarbeiter bei Außerkrafttreten der Dienstvereinbarung fortgelten sollen (= vereinbarte Nachwirkung).

Beispiel

„Im Falle der Kündigung dieser Dienstvereinbarung durch eine der eingangs genannten Parteien wirkt diese

Dienstvereinbarung nur für das pädagogische Personal dieser Einrichtung in vollem Umfang fort (vgl. § 38 Abs. 5 S. 2 MAVO) = Nachwirkung bis zum Abschluss einer neuen Dienstvereinbarung. Diese Nachwirkung betrifft auch das pädagogische Personal der Einrichtung, das nach dem Kündigungszeitpunkt neu eingestellt wurde.“

Die Kündigung einer Dienstvereinbarung ist meistens dadurch motiviert, dass eine der beiden Vertragsparteien – MAV oder Dienstgeber – einzelne Regelungen der Dienstvereinbarung geändert haben möchte. Da eine Teilkündigung – wie oben beschrieben – nur ausnahmsweise möglich ist, sollte bei Abschluss einer Dienstvereinbarung immer auch die Möglichkeit eines befristeten Abschlusses in Betracht gezogen werden. Zwar wird teilweise die Meinung vertreten, dass der befristete Abschluss nicht zulässig sei, weil MAVO und MVG-EKD diese Möglichkeit nicht ausdrücklich vorsehen. Andererseits kennt das kirchliche Mitbestimmungsrecht im Unterschied zum Personalvertretungs- und Betriebsverfassungsrecht nur freiwillige Dienstvereinbarungen. Daher erscheint es logisch, dass bei vollständiger Freiwilligkeit des Abschlusses jeder Dienstvereinbarung auch deren Gültigkeitsdauer der freiwilligen Entscheidung von Dienstgeber und MAV unterworfen werden kann.

Beispiel

„Die Laufzeit dieser Dienstvereinbarung ist bis zum ... befristet. Sie wird durch entsprechende einvernehmliche Erklärung beider Seiten vor Ablauf der Befristung um jeweils ein weiteres Kalenderjahr verlängert. Wird die Verlängerungserklärung nicht abgegeben und endet die Laufzeit der Dienstvereinbarung damit zum oben genannten Zeitpunkt, so verpflichten beide Seiten, unverzüglich in Neuverhandlungen einzutreten.“

Zu 10. Salvatorische Klausel

Eine salvatorische Klausel (lat. salvatorius = bewahrend, erhaltend) bestimmt, was mit einer Vereinbarung geschieht, wenn sich einzelne Bestandteile als unwirksam erweisen. Mit der Vereinbarung dieser Klausel wird verhindert, dass die gesamte Vereinbarung aufgrund von § 139 BGB unwirksam wird. Stattdessen besteht sie mit ihren wirksamen Bestandteilen fort.

Wegen der begrenzten Zulässigkeit von Dienstvereinbarungen empfiehlt sich die Aufnahme einer salvatorischen Klausel, die insbesondere auch regeln sollte, wie die unwirksame Bestimmung ersetzt werden soll oder wie mit Regelungslücken umgegangen werden sollte.

Beispiel

„Sollte eine Bestimmung dieser Dienstvereinbarung ganz oder teilweise rechtsunwirksam sein oder werden oder im Widerspruch zu kirchlichen Arbeitsvertragsordnungen stehen, wird hierdurch die Gültigkeit der übrigen Bestimmungen nicht berührt.“

Die unwirksame oder im Widerspruch stehende Bestimmung ist durch eine Regelung zu ersetzen, die den von den Parteien mit der ersetzten Bestimmung be-

zweckten Inhalten möglichst nahe kommt. Bei inhaltsgleichen Regelungen gilt dabei folgende Rangfolge:

- Gesetzliche Regelungen mit Vorrang der Schutzgesetze,
- Regelungen des TVöD,
- Regelungen des TV-L,
- Regelungen der AVR-Caritas/AVR-Diakonie.

Diese Grundsätze gelten auch für etwaige Regelungslücken.

Lösung zum Fallbeispiel

Eine Dienstvereinbarung zum „opt-out“ ist grundsätzlich auch in kirchlichen Einrichtungen möglich (§ 7 Abs. 4, 2a, 7 ArbZG). Die MAV hat im Rahmen der Prüfung die Vorgaben des Gesetzes einzuhalten. Sie muss also prüfen, ob es andere Möglichkeiten neben der Verlängerung der Arbeitszeit gibt, die das Problem lösen und hat sicherzustellen, dass der Gesundheitsschutz der betroffenen Mitarbeiter nicht gefährdet wird. Zu diesem Zweck ist eine Belastungsanalyse bezogen auf die betroffenen Arbeitsplätze durchzuführen. Da das Gesetz darüber hinaus auch die persönliche, widerrufliche Zustimmung des jeweils betroffenen Mitarbeiters verlangt, können die Betriebsparteien die Teilnahme am „opt-out“ nicht verpflichtend festlegen, sondern nur den Adressatenkreis für die freiwillige Teilnahme regeln. Die Verpflichtung zur Teilnahme setzt zusätzlich zur Dienstvereinbarung noch eine einzelvertragliche Vereinbarung zwischen Dienstgeber und Mitarbeiter voraus.