

Kommentar

Bearbeitet von

Herausgegeben von Prof. Dr. Jacob Jousen, und Marc-Oliver Steuernagel, Bearbeitet von Sascha Busch,
Udo Heinen, Doris Hergert, Dr. Markus Kapischke, Andre Kuhring, Carsten Müller, Götz-Georg Randow,
und Christian Vollbrecht, Registerbearbeiter: Lennad Dute

V. **Versetzung innerhalb der Probezeit**

Ist eine Probezeit gem. § 8 vereinbart, so ist eine Versetzung oder Abordnung **20** innerhalb dieses Zeitraums nur mit Zustimmung der Mitarbeiterin bzw. des Mitarbeiters zulässig. **Voraussetzung** ist, dass eine entsprechende Probezeit arbeitsvertraglich vereinbart ist. Verweigert eine Mitarbeiterin bzw. ein Mitarbeiter die Zustimmung, darf eine Zuweisung nicht erfolgen. Ausnahmen vom Zustimmungserfordernis sind selbst bei einem objektiven Vorliegen von betrieblichen Erfordernissen nicht möglich.

Ist arbeitsvertraglich keine Probezeit vereinbart, so entfaltet § 7 Abs. 3 kei- **21** ne Wirkung.

§ 8 Probezeit

Die ersten 6 Monate der Beschäftigung sind Probezeit, sofern nicht im Dienstvertrag auf eine Probezeit verzichtet oder eine kürzere Probezeit vereinbart worden ist.

Übersicht

	Rn.
I. Allgemeines	1
II. Verkürzung bzw. Verlängerung der Probezeit	2
III. Ausspruch der Kündigung, Fristberechnung	6
IV. Besonderer Kündigungsschutz	8
V. Außerordentliche Kündigung	10
VI. Arbeitsverhältnis auf Probe	11

I. Allgemeines

- 1 § 8 regelt die Probezeit. Für die Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter gelten bei dienstvertraglicher Anwendung der AVR.DD die ersten sechs Monate eines Dienstverhältnisses als Probezeit, ohne dass es hierfür einer ausdrücklichen dienstvertraglichen Vereinbarung bedarf. Innerhalb der Probezeit sollen beide Vertragsparteien prüfen, ob eine Zusammenarbeit über die Probezeit hinaus gedeihlich wäre. Während der Probezeit ist die ordentliche Kündigung erleichtert, indem die Kündigungsfrist nur zwei Wochen zum Ende des Kalendertages beträgt (§ 30 Abs. 1 S. 3; → § 30 Rn. 31). Zudem besteht für eine Kündigung während der Probezeit ein geringerer Mitbestimmungstatbestand der Mitarbeitervertretung. Im Gegensatz zu einer Kündigung außerhalb der Probezeit, die der eingeschränkten Mitbestimmung gem. § 42 Buchst. b MVG-EKD unterliegt, ist für die Kündigung innerhalb der Probezeit lediglich die Mitberatung gem. § 46 Buchst. c MVG-EKD vorgeschrieben.

II. Verkürzung bzw. Verlängerung der Probezeit

- 2 Zulässig ist, abweichend von der Regeldauer von sechs Monaten, dienstvertraglich individuell eine **kürzere Probezeit** zu vereinbaren oder ganz auf eine Probezeit zu verzichten. Eine abweichende Vereinbarung stellt eine Nebenabrede gem. § 5 Abs. 4 S. 3 AVR.DD dar und bedarf deshalb der Schriftform. Eine Verkürzung der Probezeit führt jedoch nicht zu einer veränderten Betrachtung des gesetzlichen Kündigungsschutzes. Diese setzt gem. § 1 Abs. 1 KSchG erst nach sechs Monaten ein.
- 3 Eine **Verlängerung über sechs Monate** hinaus kann dagegen nicht vereinbart werden und wäre unwirksam. Weder der Eintritt des gesetzlichen Kündigungsschutzes (§ 1 Abs. 1 KSchG) noch die Verlängerung der Kündigungsfrist (§ 30 Abs. 1 AVR.DD) wird dadurch aufgehoben. Dabei ist es unerheblich, ob die Mitarbeiterin bzw. der Mitarbeiter zB wegen Arbeitsunfähigkeit während

der Probezeit seine Arbeitsleistung nicht erbringen konnte oder aus einem sonstigen Grund eine Verlängerung angestrebt wird. Unberührt bleiben jedoch die **gesetzlichen Vorschriften über die Nichtanrechnung auf die Probezeit** zB für Zeiten des Grundwehrdienstes oder einer Wehrübung (§ 6 Abs. 3 ArbPISchG), eine Zivildienstzeit (§ 78 ZDG iVm den vorgenannten Vorschriften des ArbPISchG), Zeiten einer Ausbildung eines Soldaten auf Zeit und Zeiten einer Fachausbildung (§ 8 Abs. 5 SVG) sowie Zeiten der Teilnahme an einer Eignungsübung (§ 8 S. 3 EignÜbV). Zu einer „Weiterbeschäftigung“ bedarf es deshalb einer aktiven Handlung des Arbeitgebers in Form des Abschlusses eines neuen Arbeitsvertrages.

Eine weitere **faktische Verlängerung der Probezeit** hat das BAG für zulässig **4** erachtet, wenn der Dienstgeber der Meinung ist, dass die Mitarbeiterin bzw. der Mitarbeiter die 6-monatige Probezeit nicht bestanden hat, aber sich möglicherweise noch bewähren könnte. Der Dienstgeber kann dann mit der Mitarbeiterin bzw. dem Mitarbeiter einen Aufhebungsvertrag abschließen, der vom Dienstgeber nicht begründet werden muss. Gleichzeitig wird dem der Mitarbeiterin bzw. dem Mitarbeiter eine bedingte Wiedereinstellungszusage für den Fall der Bewährung erteilt. Faktisch verlängert sich damit das Probeverhältnis, ohne dass das KSchG zur Anwendung kommt (BAG 7.3.2002 – 2 AZR 93/01, AP BGB § 620 Aufhebungsvertrag Nr. 22).

Unproblematisch ist eine dienstvertraglich vereinbarte kürzere Probezeit **5** unter sechs Monaten auf sechs Monate zu verlängern. Zur Gültigkeit bedarf es einer schriftlichen Vereinbarung.

III. Ausspruch der Kündigung, Fristberechnung

Maßgeblich für die Fristberechnung der sechs Monate ist § 187 Abs. 2 BGB **6** (Fristbeginn) und § 188 Abs. 2 BGB (Fristende).

Ist eine Kündigung während der Probezeit beabsichtigt, so muss die schriftliche Kündigung gem. § 623 BGB **7** innerhalb der Probezeit erfolgen. Unberührt bleibt davon die Möglichkeit, dass das Ende der Kündigungsfrist außerhalb der Probezeit liegen kann.

Beispiel:

Eine Mitarbeiterin befindet sich bis zum 30.6. in der Probezeit. Der Dienstgeber kündigt das Arbeitsverhältnis am 28.6. mit Ablauf des 12.7.

IV. Besonderer Kündigungsschutz

Tritt bei einer Mitarbeiterin während der Probezeit eine **Schwangerschaft** ein, **8** so besteht der besondere Kündigungsschutz nach § 17 MuSchG. Danach sind sowohl der Zugang der Kündigung während der Verbotsdauer als auch das Treffen von Vorbereitungen für die Kündigung (EuGH 11.10.2007 – C-460/06, AP EWG-Richtlinie Nr. 92/85 Nr. 9) unzulässig. Ein besonderer Kündigungsschutz während der Probezeit kann sich auch aus § 5 Abs. 1 PflegeZG durch die Inanspruchnahme einer Pflegezeit ergeben.

- 9 Für **schwerbehinderte Menschen** gilt gem. § 173 SGB IX der besondere Kündigungsschutz nicht, sofern deren Arbeitsverhältnis zum Zeitpunkt des Zugangs der Kündigungserklärung ohne Unterbrechung noch nicht länger als sechs Monate besteht. Jedoch ist eine Kündigung während der Probezeit nach § 173 Abs. 4 SGB IX innerhalb von vier Tagen dem zuständigen Integrationsamt anzuzeigen.

V. Außerordentliche Kündigung

- 10 Ebenfalls unberührt bleibt die Möglichkeit des Ausspruchs einer außerordentlichen Kündigung nach § 626 BGB. Dabei ist allerdings besonders darauf zu verweisen, dass mangelnde Eignung im Allgemeinen keinen wichtigen Kündigungsgrund darstellt.

VI. Arbeitsverhältnis auf Probe

- 11 Eine weitere Option, Klarheit über die Voraussetzungen für eine dauerhafte Zusammen zu gewinnen, ist die Vereinbarung eines Probearbeitsverhältnisses nach § 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 5 TzBfG. Dabei schließen die Vertragsparteien einen **befristeten Arbeitsvertrag** zum Zwecke der Erprobung. Das Gesetz kennt keine Höchstfrist (ErfK/Müller-Glöge TzBfG § 14 Rn. 49). Grundsätzlich dürfen in Anlehnung an die gesetzliche Regelung (§ 1 Abs. 1 KSchG) sechs Monate für die Beurteilung ausreichen. Kann der Arbeitgeber Eignung und Leistung eines Beschäftigten wegen der besonderen Anforderungen des Arbeitsplatzes, zB bei Führungspersonen, innerhalb von sechs Monaten nicht genügend beurteilen, kann das Arbeitsverhältnis angemessen verlängert werden (vgl. BAG 12.9.1996 – 7 AZR 31/96, AP BGB § 611 Musiker Nr. 27). Bei einem befristeten Probearbeitsverhältnis endet das Arbeitsverhältnis mit Fristablauf, selbst wenn sich die Mitarbeiterin bzw. der Mitarbeiter in dieser Zeit bewährt hat. Der Dienstgeber ist nicht aus diesem Grund verpflichtet, die Mitarbeiterin bzw. den Mitarbeiter über den Befristungszeitpunkt hinaus zu beschäftigen.

III. Arbeitszeit

§ 9 Arbeitszeit

(1) ¹Die regelmäßige Arbeitszeit beträgt ausschließlich der Pausen durchschnittlich 39 Stunden wöchentlich. ²Die Woche beginnt am Montag um 0.00 Uhr und endet am Sonntag um 24.00 Uhr. ³Für die Berechnung des Durchschnitts der regelmäßigen wöchentlichen Arbeitszeit ist ein Zeitraum von einem Kalenderjahr zugrunde zu legen.

⁴Bei Teilzeitbeschäftigten wird die regelmäßige wöchentliche Arbeitszeit entsprechend dem Verhältnis der mit ihnen vereinbarten Arbeitszeit zur regelmäßigen Arbeitszeit einer vollbeschäftigten Mitarbeiterin bzw. eines vollbeschäftigten Mitarbeiters festgelegt (X % von 39). ⁵Mit der Teilzeitbeschäftigten bzw. dem Teilzeitbeschäftigten ist eine Vereinbarung zu treffen, wie ihre bzw. seine durchschnittliche regelmäßige wöchentliche Arbeitszeit im Rahmen der betriebsüblichen bzw. dienstplanmäßigen Arbeit erfolgt.

(2) ¹Die durchschnittliche tägliche Arbeitszeit einer vollbeschäftigten Mitarbeiterin bzw. eines vollbeschäftigten Mitarbeiters beträgt 7,8 Stunden. ²Der Tag beginnt um 0.00 Uhr und endet um 24.00 Uhr.

³Für die Teilzeitbeschäftigten gilt Absatz 1 Unterabs. 2 entsprechend.

(3) ¹Die tägliche Arbeitszeit darf acht Stunden grundsätzlich nicht überschreiten. ²Sie kann auf bis zu zehn Stunden verlängert werden. ³Durch Dienstvereinbarung kann sie auf über zehn Stunden täglich verlängert werden, wenn in die Arbeitszeit regelmäßig und in erheblichem Umfang Arbeitsbereitschaft fällt. ⁴Die tägliche Arbeitszeit darf im Durchschnitt von einem Kalenderjahr acht Stunden werktäglich nicht überschreiten.

⁵Durch Dienstvereinbarung kann die tägliche Arbeitszeit in heilpädagogischen oder therapeutischen Einrichtungen der Jugendhilfe und in Einrichtungen, die Kurzzeitübernachtungen und Betreutes Wohnen für Personen nach § 67 SGB XII anbieten, sowie in sonstigen stationären Einrichtungen auf über zehn Stunden ausgedehnt werden, wenn dies die Konzeption der Einrichtung erfordert.

⁶Die Ausdehnung der Arbeitszeit auf über zehn Stunden pro Tag darf höchstens zweimal pro Woche oder viermal in 14 Tagen erfolgen. ⁷Der Ausgleichszeitraum für die durchschnittliche wöchentliche Arbeitszeit beträgt in diesem Fall längstens acht Wochen. ⁸Dadurch ist der Gesundheitsschutz der Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter gewährleistet.

⁹Die regelmäßige Arbeitszeit kann auf bis zu zehn Stunden täglich und durchschnittlich 48 Stunden in der Woche verlängert werden, wenn in sie regelmäßig eine Arbeitsbereitschaft von durchschnittlich mindestens zwei Stunden täglich fällt. ¹⁰In diesem Fall ist die durchschnittliche tägliche Ar-

beitszeit entsprechend der nach Unterabs. 3 Satz 1 vereinbarten durchschnittlichen wöchentlichen Arbeitszeit festzulegen.

¹Für Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter mit Bereitschaftsdienst und Rufbereitschaft gilt Anlage 8.

(4) ¹Soweit die dienstlichen oder betrieblichen Verhältnisse es zulassen, soll an Samstagen nicht gearbeitet werden.

²In Einrichtungen, deren Aufgaben Sonntags- Feiertags-, Wechselschicht-, Schicht- oder Nachtarbeit erfordern, muss dienstplanmäßig bzw. betriebsüblich entsprechend gearbeitet werden.

³Bei Sonntags- und Feiertagsarbeit sollen jedoch im Monat zwei Sonntage arbeitsfrei sein, es sei denn, es stehen dringende dienstliche oder betriebliche Erfordernisse entgegen. ⁴Wird dienstplanmäßig oder betriebsüblich an einem Sonntag oder an einem Wochenfeiertag gearbeitet, so darf die Mitarbeiterin bzw. der Mitarbeiter an einem der Werktage innerhalb der folgenden zwei Wochen nicht zur Arbeitsleistung verpflichtet werden, soweit dienstliche oder betriebliche Erfordernisse nicht entgegenstehen. ⁵Für Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter, die an Heimschulen oder Internatsschulen beschäftigt werden, gilt Satz 2 insoweit nicht.

⁶Wochenfeiertage sind die Werktage, die gesetzlich oder aufgrund gesetzlicher Vorschriften durch behördliche Anordnung zu gesetzlichen Feiertagen erklärt sind und für die Arbeitsruhe angeordnet ist.

(5) ¹Die Arbeitszeit beginnt und endet an der Arbeitsstelle (Gebäude, in dem sich der Arbeitsplatz bzw. Umkleideraum befindet). ²Durch Dienstvereinbarung kann Abweichendes geregelt werden.

(6) ¹Werden außerhalb der dienstplanmäßigen bzw. betriebsüblichen Arbeitszeit Arbeitsstunden geleistet, so gilt auch die für die Zu- und Abfahrt zur und von der Arbeitsstelle erforderliche Zeit als Arbeitszeit, wobei jedoch mindestens eine Arbeitsstunde anzusetzen ist. ²Bei mehreren Inanspruchnahmen bis zum nächsten dienstplanmäßigen bzw. betriebsüblichen Arbeitsbeginn wird die Stundengarantie nach Satz 1 nur einmal, und zwar für die kürzeste Inanspruchnahme angesetzt.

³Arbeitsstunden, die unmittelbar vor oder nach der dienstplanmäßigen bzw. betriebsüblichen Arbeitszeit oder während der Rufbereitschaft geleistet werden, gelten nicht als außerplanmäßige Arbeitszeit im Sinne des Unterabs. 1.

Anmerkung zu § 9 Abs. 1 Unterabs. 2

Mit Teilzeitbeschäftigten, deren Arbeitsvertrag bisher abweichend von § 9 Abs. 1 Unterabs. 2 die Vereinbarung einer festen Wochenstundenzahl enthält, ist auf Antrag die Wochenstundenzahl so zu erhöhen, dass das Verhältnis der neu vereinbarten Wochenstundenzahl zu der ab 1. Juli 2011 geltenden regelmäßigen Wochenarbeitszeit dem Verhältnis zwischen der am 30. Juni 2011 maßgebenden Wochenstundenzahl und der bis zum 30. Juni 2011 geltenden regelmäßigen wöchentlichen Arbeitszeit entspricht. Der Antrag muss bis spätestens 30. Juni 2011 gestellt werden.

Die gleichbleibende Wochenstundenzahl gilt nicht als Verringerung der individuellen regelmäßigen Arbeitszeit im Sinne des § 18 Abs. 6.

Sonderregelung AVR – Fassung Ost –:

In Abs. 1 tritt an die Stelle der Zahl „39“ die Zahl „40“. In Abs. 2 Unterabs. 1 Satz 1 tritt an die Stelle der Zahl „7,8“ die Zahl „8“.

In Baden: Siehe Rundschreiben des Diakonischen Werkes Baden

Übersicht

	Rn.
I. Verhältnis § 9 zu §§ 9a–9i und zum Arbeitszeitgesetz	1
II. Regelmäßige wöchentliche Arbeitszeit (§ 9 Abs. 1)	2
III. Regelmäßige tägliche Arbeitszeit (§ 9 Abs. 2)	5
IV. Tägliche Höchstarbeitszeit (§ 9 Abs. 3)	7
1. Verhältnis zum Arbeitszeitgesetz	7
2. Grundsatz „8-Stunden-Tag“, Verlängerung auf bis zu zehn Stunden	8
3. Ausweitung auf über zehn Stunden	12
V. Samstags-/Sonntags-/Feiertags-/Wechselschicht-/Schicht-/Nachtarbeit (§ 9 Abs. 4)	18
1. Allgemeines, Zulässigkeit	18
2. Samstagsarbeit	20
3. Sonn-/Feiertagsarbeit, Ausgleich	21
4. Wechselschicht-/Schicht-/Nachtarbeit	26
VI. Beginn der Arbeitszeit (§ 9 Abs. 5 und 6)	27
1. Beginn an Arbeitsstelle	27
2. Inanspruchnahme außerhalb üblicher Arbeitszeit	29

I. Verhältnis § 9 zu §§ 9a–9i und zum Arbeitszeitgesetz

§ 9 trifft die grundlegenden allgemeinen Regelungen zur Arbeitszeit, insbesondere zur regelmäßigen wöchentlichen und täglichen Arbeitszeit der Voll- und Teilzeitbeschäftigten, aber auch zur Möglichkeit der arbeitszeitgesetzlich konformen Erhöhung der wöchentlichen und täglichen Arbeitszeit. Daneben existieren in den §§ 9a–9i spezielle Bestimmungen, welche ua Regelungen zu Pausen/Ruhezeiten, zu weiteren arbeitszeitflexibilisierenden Möglichkeiten (Arbeitszeitkonten, Plus-/Minusstunden), zur Arbeitszeit bei Dienstreisen und zu speziellen Formen der Arbeit treffen. Ihnen kommt aufgrund flexibler Anforderungen an die zeitliche Lage der in Einrichtungen der Diakonie zu erbringenden Arbeitsleistung besondere Bedeutung zu. Selbstverständlich sind ergänzend die Bestimmungen des Arbeitszeitgesetzes (ArbZG) zwingend zu beachten. § 9 Abs. 3 selbst macht von den dispositiven Regelungen des ArbZG Gebrauch, indem er – durch Abschluss von Dienstvereinbarungen – die Flexibilisierung der täglichen bzw. wöchentlichen Arbeitszeit erlaubt. Das ArbZG gilt auch für Diakonische Einrichtungen. Ausgenommen ist lediglich der liturgische Bereich der Kirchen und Religionsgemeinschaften (vgl. § 18 Abs. 1 Nr. 4 ArbZG).

II. Regelmäßige wöchentliche Arbeitszeit (§ 9 Abs. 1)

- 2 § 9 Abs. 1 UAbs. 1 legt die wöchentliche Arbeitszeit der Vollbeschäftigten auf 39 Wochenstunden bzw. als Ausnahme für die Diakonischen Einrichtungen, welche der Sonderregelung AVR – Fassung Ost – unterfallen, auf 40 Wochenstunden fest, wobei ebenfalls die zeitliche Lage der Arbeitswoche bestimmt wird. Insofern wird eine Konkretisierung der Arbeitsverpflichtung für die Beschäftigten getroffen, dh für in dem hier geforderten zeitlichen Umfang ist die Arbeitskraft, ausschließlich der Pausen iSv § 4 ArbZG (→ § 9a Rn. 3 ff.), bereitzustellen. Hierfür wird die entsprechende Vergütung gewährt. Die Pausen sind nach den arbeitszeitgesetzlichen Vorgaben zu gewähren und in Anspruch zu nehmen.
- 3 Es handelt sich um eine **durchschnittliche regelmäßige wöchentliche Arbeitszeit**, insofern muss nicht in jeder einzelnen Woche der in § 9 Abs. 1 S. 1 vorbestimmte Wert der Arbeitszeit genau eingehalten werden. Von Woche zu Woche kann der zeitliche Umfang der tatsächlich erbrachten bzw. zu erbringenden Arbeitsleistungen Schwankungen unterworfen sein. Es kann im Rahmen der Dienstplangestaltung, betrachtet auf die einzelne Arbeitswoche, der Wert von 39 bzw. 40 Stunden sowohl über- als auch unterschritten werden. Für die Berechnung der durchschnittlichen Arbeitszeit ist nach S. 3 auf den Zeitraum eines Kalenderjahres abzustellen. Dieser Zeitraum wird als Ausgleichszeitraum bezeichnet. Es liegt eine **feste Bindung an das Kalenderjahr** (1.1. bis 31.12. des jeweiligen Jahres) vor. Die durch S. 1 vorgegebene wöchentliche Arbeitszeit muss insofern im Durchschnitt des jeweiligen Kalenderjahres eingehalten werden. Der **Ausgleichszeitraum** nach den AVR.DD darf nicht mit dem nach § 3 S. 2 ArbZG (Durchschnitt von 8 Stunden werktäglich innerhalb von sechs Kalendermonaten oder 24 Wochen) verwechselt werden. Der längere Ausgleichszeitraum nach § 9 bewegt sich aber in den arbeitszeitgesetzlich vorgegebenen Grenzen. Die Zulässigkeit eines von den Bestimmungen des Arbeitszeitgesetzes abweichenden Ausgleichszeitraums ergibt sich aus § 7 Abs. 1 Nr. 1 Buchst. b ArbZG, mithin ist in Abweichung von § 3 S. 2 ArbZG (24 Wochen bzw. sechs Kalendermonate) die Festlegung in den AVR.DD auf das Kalenderjahr zulässig. Die wöchentliche Höchstarbeitszeit von 39 bzw. 40 Stunden bewegt sich ebenfalls im arbeitszeitgesetzlichen Rahmen, da im Ausgleichszeitraum von einem Jahr der Durchschnitt lediglich bei 7,8 bzw. 8 (Ärztinnen/Ärzte sowie Sonderregelungen AVR Ost) Stunden liegt, mithin der nach § 3 S. 2 ArbZG vorgegebene Durchschnitt von 8 Stunden werktäglich nicht überschritten wird.
- 4 In § 9 Abs. 1 UAbs. 2 wird lediglich die Selbstverständlichkeit der zeitrauerlichen Vereinbarung der regelmäßigen wöchentlichen Arbeitszeit mit **Teilzeitbeschäftigten** festgeschrieben. Enthalten ist dort insoweit eine Vorgabe für die Gestaltung der arbeitsvertraglichen Vereinbarung. Danach ist für Teilzeitbeschäftigte die regelmäßige wöchentliche Arbeitszeit als Prozentsatz der Arbeitszeit der jeweiligen Vollzeitbeschäftigten im Dienstvertrag anzugeben. Durch diese Vorgehensweise wird einer evtl. zukünftigen Veränderung der regelmäßigen wöchentlichen Arbeitszeit durch Änderung der AVR.DD dyna-