

Inhaltsübersicht

1. Allgemeines
2. Der Regelfall: Unbefristetes Arbeitsverhältnis mit Probezeit
3. Die zweite Möglichkeit: Befristete Probezeit im unbefristeten Arbeitsverhältnis
4. Die dritte Möglichkeit: Befristetes Arbeitsverhältnis zur Erprobung
5. Rechtsprechungs-ABC
 - 5.1 Angabe des Sachgrunds
 - 5.2 Bedingung/Befristung
 - 5.3 Befristungsgrund
 - 5.4 Befristung und Probezeit
 - 5.5 Doppelbefristung
 - 5.6 Fehlende Notwendigkeit
 - 5.7 Kündigungsvereinbarung
 - 5.8 Schriftform
 - 5.9 Zeitvorgabe
 - 5.10 Zweite Chance

Information

1. Allgemeines

Der Arbeitgeber hat **mehrere Möglichkeiten**, eine **Probezeit** zu **vereinbaren**. Die erste ist ein an sich **unbefristeter Arbeitsvertrag**, bei dem die **Startphase nur als vorgeschaltete Probezeit** vereinbart wird oder gelten soll. Das zweite Modell: ein ebenfalls unbefristetes Arbeitsverhältnis, dem jedoch eine **befristete Probezeit** vorausgeht. Als drittes bietet sich nur *ein* **befristeter Arbeitsvertrag** an, der nach § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 5 TzBfG mit dem **Sachgrund "zur Erprobung"** abgeschlossen wird.

Praxistipp:

Ohne gesetzliche Sonderbestimmungen oder tarifvertragliche Regelungen beginnen Arbeitsverhältnisse nicht automatisch mit einer Probezeit. Eine Probezeit muss vereinbart werden. Wer auf Nummer sicher gehen will, macht mit seinem Mitarbeiter oder seiner Mitarbeiterin eine befristete Probezeit ab. Damit lässt sich ein Arbeitsverhältnis zum Ablauf des vereinbarten Zeitraums beenden, ohne dass es einer Kündigung bedarf.

§ 14 Abs. 1 Satz 2 TzBfG schreibt für die **Dauer der Befristung "zur Erprobung" keine Mindest- oder Höchstdauer** vor. In der Regel kann man sich an den Vorgaben aus § 622 Abs. 3 BGB /§ 1 Abs. 1 KSchG orientieren: **sechs Monate**. Tarifverträge sehen vielfach kürzere Probezeiten vor, die durch Abschluss eines befristeten Arbeitsvertrags "zur Erprobung" eines Arbeitnehmers nicht unterlaufen werden dürfen. Stellenweise wird der 6-Monats-Zeitraum tariflich auch **erweitert** - was für die **kurze Probezeitkündigungsfrist** und den **Beginn des Kündigungsschutzes** nach § 1 Abs. 1 KSchG jedoch bedeutungslos ist.

2. Der Regelfall: Unbefristetes Arbeitsverhältnis mit Probezeit

Der sozialpolitisch wünschenswerte Regelfall für Arbeitsverträge ist ein **unbefristetes Arbeitsverhältnis**. In diesem unbefristeten Arbeitsverhältnis soll dem Arbeitgeber die Möglichkeit gegeben werden, die **persönliche und fachliche Eignung** des eingestellten Mitarbeiters zu **prüfen** - ihn zu **erproben**. Der

Arbeitnehmer soll während der Probezeit ebenfalls feststellen, ob Arbeitgeber und Job für ihn die Richtigen sind. Beide haben daher nach § 622 Abs. 3 BGB die Möglichkeit, innerhalb der vereinbarten Probezeit mit 2-wöchiger **Kündigungsfrist** zu kündigen.

Praxistipp:

In der Praxis haben sich folgende Vertragsformulierungen bewährt: *"Das Arbeitsverhältnis beginnt am <Datum>. Die ersten sechs Monate sind eine Probezeit. Während dieser Probezeit kann das Arbeitsverhältnis von beiden Vertragspartnern mit einer Frist von zwei Wochen gekündigt werden. Nach Ablauf der Probezeit gelten für beide Partner die gesetzlichen Kündigungsfristen in § 622 Abs. 1 und Abs. 2 BGB".*

Wird das Arbeitsverhältnis während der Probezeit nicht gekündigt, geht es ohne weiteres in das "richtige" - eben nicht Probearbeitsverhältnis - über.

Beispiel:

Die Rohlinck & Stohns GmbH & Co. KG, ein überregional tätiger Konzertveranstalter, schließt mit Arbeitnehmer Michael Jäger einen unbefristeten Arbeitsvertrag mit Probezeitvereinbarung nach der im vorausgehenden Praxistipp empfohlenen Musterformulierung. Der Arbeitsvertrag soll am 01.02. beginnen. Die Probezeit geht mit dem 31.07. zu Ende. Wird das Arbeitsverhältnis nicht innerhalb der Probezeit - 01.02. bis 31.07. - gekündigt, läuft es mit dem 01.08. einfach nahtlos weiter. Weder Herr Jäger noch die Rohlinck & Stohns GmbH & Co. KG müssen etwas unternehmen, dieses Ziel zu erreichen. Im Gegenteil - sie müssen etwas unterlassen: nämlich die Kündigung während der Probezeit.

Probezeit und "richtiger" Arbeitsvertrag sind nach diesem Modell eine **Einheit**. Besonders ist in diesen Fällen nur die **kurze Kündigungsfrist**. Ohne vereinbarte Probezeit können Arbeitgeber und Arbeitnehmer in den ersten sechs Monaten ihres Arbeitsverhältnisses nur mit den so genannten Grundkündigungsfristen - § 622 Abs. 1 BGB oder tarifliche Regelung - kündigen.

3. Die zweite Möglichkeit: Befristete Probezeit im unbefristeten Arbeitsverhältnis

Wer während der Probezeit nicht nur kündigen, sondern mit **Ablauf der Probezeit** ein **automatisches Vertragsende** möchte, muss eine befristete Probezeit vereinbaren. Mit ihrem Ablauf ist das Arbeitsverhältnis beendet.

Praxistipp:

Für die Vereinbarung einer befristeten Probezeit ist folgende Vertragsklausel empfehlenswert: *"Das Arbeitsverhältnis wird für die Zeit vom 01.05.<Jahr> bis zum 31.10.<Jahr> befristet zur Probe eingegangen. Während der vereinbarten Probezeit kann das befristete Probearbeitsverhältnis mit einer Kündigungsfrist von zwei Wochen gekündigt werden. Wird das Arbeitsverhältnis nicht während der befristeten Probezeit gekündigt, endet es mit Ablauf des 31.10.<Jahr> automatisch. Verständigen sich die Vertragspartner bis zum 31.10.<Jahr> über eine Fortführung des Arbeitsverhältnisses, geht das befristete Probearbeitsverhältnis mit Ablauf des 31.10.<Jahr> in ein unbefristetes Arbeitsverhältnis über."*

Die **befristete Probezeit** ist dem nachfolgenden Arbeitsverhältnis **vorgeschaltet**. Der Arbeitgeber hat die Möglichkeit,

- das befristete Probearbeitsverhältnis zu **kündigen** (muss diese Kündigungsmöglichkeit aber ausdrücklich vereinbaren) oder
- es zum Ablauf der Befristung einfach **auslaufen** zu **lassen**.

Es sollte nur hinreichend klar sein, was gewollt ist.

Beispiel:

Die Rohlinck & Stohns GmbH & Co. KG stellt zum 01.10. Arbeitnehmer Wilhelm Weyhmann mit einer auf sechs Monate befristeten Probezeit ein. Sie verwendet dabei die Vertragsklausel aus dem vorausgehenden Praxistipp. Merkt sie, dass Herr Weyhmann für den Job nicht geeignet ist, kann sie sein Probearbeitsverhältnis innerhalb der befristeten Probezeit mit 2-wöchiger Kündigungsfrist beenden. Tut die Rohlinck & Stohns GmbH & Co. KG bis zum 31.03. des Folgejahres nichts, endet Wilhelms befristete Probezeit automatisch mit Ablauf des 31.03. - und er ist ab dem 01.04. arbeitslos. Einigen sich die Vertragspartner bis zum 31.03. auf eine Fortführung des Arbeitsverhältnisses über den 31.03. hinaus, geht das befristete Probearbeitsverhältnis nahtlos in ein unbefristetes Arbeitsverhältnis über.

Probezeit und "richtiger" Arbeitsvertrag sind hier zunächst **keine Einheit**. Das werden sie nur dann, wenn das Arbeitsverhältnis nach Ablauf der befristeten Probezeit fortgesetzt wird. In diesem Zusammenhang ist besonders auf § 15 Abs. 5 TzBfG zu achten: *"Wird das Arbeitsverhältnis nach Ablauf der Zeit, für die es eingegangen ist, oder nach Zweckerreichung mit Wissen des Arbeitgebers fortgesetzt, so gilt es als auf unbestimmte Zeit verlängert, wenn der Arbeitgeber nicht unverzüglich widerspricht oder dem Arbeitnehmer die Zweckerreichung nicht unverzüglich mitteilt"*.

4. Die dritte Möglichkeit: Befristetes Arbeitsverhältnis zur Erprobung

Wenn es sich nicht um eine **Neueinstellung** nach § 14 Abs. 2 TzBfG handelt, verlangt der Abschluss eines befristeten Arbeitsvertrags einen **sachlichen Grund**. So ein Sachgrund liegt nach § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 5 TzBfG vor, wenn *"die Befristung zur Erprobung dient"*.

Praxistipp:

Für die Vereinbarung eines befristeten Arbeitsverhältnisses zur Erprobung bietet sich folgende Vertragsklausel an: *"Das Arbeitsverhältnis wird für die Zeit vom <Datum> bis zum <Datum> befristet. Die Befristung des Arbeitsverhältnisses erfolgt zur Erprobung. Es endet mit Ablauf der Befristung, ohne dass es einer Kündigung bedarf. Bis zum Ablauf der Befristung kann das Arbeitsverhältnis von beiden Vertragspartnern mit einer Kündigungsfrist von zwei Wochen gekündigt werden"*.

Während die **nicht befristete Probezeit** nach § 622 Abs. 3 BGB über längstens **sechs Monate** gehen darf, legt § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 5 TzBfG für die Dauer eines befristeten Arbeitsvertrags *"zur Erprobung"* keine ausdrückliche Höchstdauer fest. Das bedeutet **nicht**, dass die Befristung *"zur Erprobung"* nach oben hin **grenzenlos** ist. Nach Maßgabe der §§ 622 Abs. 3 BGB und 1 Abs. 1 KSchG kann man davon ausgehen, dass eine **6-monatige Erprobungszeit** im Rahmen des § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 5 TzBfG angemessen ist (BAG, 02.06.2010 - 7 AZR 85/09).

Beispiel:

Die Rohlinck & Stohns GmbH & Co. KG stellt Arbeitnehmer Richard Kiess befristet *"zur Erprobung"* ein. Sie befristet den Arbeitsvertrag mit Herrn Kiess auf 18 Monate. Der befristet eingestellte Mitarbeiter ist kein Spezialist und er übt auch keine Tätigkeiten aus, bei den die Rohlinck & Stohns GmbH & Co. KG Eignung und Leistung erst nach längerer Zeit feststellen könnte. Herr Kiess wird als Fahrer beschäftigt und es ist seine Aufgabe, Künstlerbetreuer vom Sitz der Gesellschaft zu den Auftrittsorten der Stars zu bringen. Eignung und Leistung eines Fahrers lassen sich in den sechs Monaten des § 622 Abs. 3 BGB und § 1 Abs. 1 KSchG bewerten. Die 18-monatige Befristung ist in Richard Kiess' Fall sachlich nicht gerechtfertigt.

Da ein **befristetes Arbeitsverhältnis** nur dann ordentlich **gekündigt** werden kann, wenn dies *"einzelvertraglich oder im anwendbaren Tarifvertrag vereinbart ist"* (§ 15 Abs. 3 TzBfG), ist es unbedingt erforderlich, in den mit Sachgrund "Erprobung" befristeten Arbeitsvertrag eine **Kündigungsmöglichkeit** aufzunehmen. Dabei sollte man auf die bewährte 2-Wochen-Frist des § 622 Abs. 3 TzBfG zugreifen - wenn

ein Tarifvertrag nichts anderes regelt.

Wird das **Arbeitsverhältnis** nach Ablauf der Befristung **fortgesetzt**, geht es **automatisch** in ein **unbefristetes Arbeitsverhältnis** über. Eine erneute Befristung verlangt einen sachlichen Grund. Der Arbeitgeber muss - s. Gliederungspunkt 3 letzter Absatz - aufpassen, dass er der Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses rechtzeitig widerspricht (§ 15 Abs. 5 TzBfG).

Praxistipp:

Der Widerspruch nach § 15 Abs. 5 TzBfG muss nicht erst erklärt werden, wenn die Befristung abgelaufen ist. Es ist sinnvoll, diesen Widerspruch gleich in den Arbeitsvertrag aufzunehmen. So kann die im vorausgehenden Praxistipp vorgestellte Klausel am Ende um den Satz *"Der Fortsetzung des Arbeitsvertrags über den vereinbarten Befristungszeitraum hinaus wird bereits jetzt widersprochen"*. ergänzt werden.

Bei dieser Variante gibt es **nur einen Arbeitsvertrag** - und der hat den **Zweck Erprobung**. Will sich ein Arbeitnehmer **gegen** die **Befristung** nach § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 5 TzBfG **wehren**, muss er *"innerhalb von drei Wochen nach dem vereinbarten Ende des befristeten Arbeitsvertrags **Klage** beim Arbeitsgericht auf Feststellung **erheben**, dass das Arbeitsverhältnis auf Grund der Befristung nicht beendet ist"* (§ 17 Satz 1 TzBfG). Verpasst der Arbeitnehmer diese Frist, gilt die Befristung nach Maßgabe der §§ 17 Satz 2 TzBfG , 7 KSchG als wirksam.

5. Rechtsprechungs-ABC

An dieser Stelle werden einige der interessantesten **Entscheidungen** zum Thema Probezeit und Befristung **in alphabetischer Reihenfolge** nach Stichwörtern geordnet hinterlegt:

5.1 Angabe des Sachgrunds

§ 14 Abs. 1 TzBfG erlaubt den Abschluss befristeter Arbeitsverträge, wenn die Befristung *"durch einen sachlichen Grund **gerechtfertigt** ist"*. Der Arbeitgeber ist aber nicht verpflichtet, diesen Sachgrund in seinem **Arbeitsvertrag** anzugeben. Er ist nicht einmal gehindert, zur Rechtfertigung einer Sachgrundbefristung auch *"einen anderen als den im Arbeitsvertrag genannte Sachgrund anzuführen"*. Die Befristung eines Arbeitsverhältnisses verlangt nur, dass ein Sachgrund im Sinn des § 14 Abs. 1 TzBfG im Zeitpunkt der Befristung **objektiv** vorliegt (LAG Hamm, 03.09.2009 - 17 Sa 678/09 - mit Hinweis auf BAG, 23.06.2004 - 7 AZR 636/03 und weitere BAG-Urteile).

5.2 Bedingung/Befristung

*"Bei einer Kombination von auflösender **Bedingung** und zeitlicher **Höchstbefristung** ist Rechtsfolge der widerspruchslosen Weiterarbeit iSv. §§ 21 , 15 Abs. 5 TzBfG über den Bedingungseintritt hinaus nicht die unbefristete Fortdauer des Arbeitsverhältnisses. Die **Fiktionswirkung** ist nach Sinn und Zweck der §§ 21 , 15 Abs. 5 TzBfG auf den nur befristeten Fortbestand des Arbeitsverhältnisses beschränkt"* (BAG, 29.06.2011 - 7 AZR 6/10 - Leitsatz).

5.3 Befristungsgrund

Auch wenn der Befristungsgrund mit *"zur Probe"* im befristeten Arbeitsvertrag angegeben und der Arbeitsvertrag auf eine **Dauer von zwei Jahren** angelegt ist, kann eine Befristung nach § 14 Abs. 2 TzBfG - Neueinstellung - in Betracht kommen: Arbeitgeber und Arbeitnehmer haben die Möglichkeit, eine **sachgrundlose Befristung**, wie § 14 Abs. 2 TzBfG sie vorsieht, im Arbeitsvertrag auszuschließen. Das können sie ausdrücklich oder stillschweigend tun. Zum Beispiel, wenn der Arbeitnehmer die Erklärungen des Arbeitgebers so verstehen darf, dass die Befristung ausschließlich **auf einen bestimmten Sachgrund gestützt** wird und nur von dessen Bestehen abhängen soll. Entscheidend sind die Umstände des Einzelfalls - mit dem Ergebnis, dass hier auf die sachgrundlose Befristung nicht verzichtet worden war (BAG, 29.06.2011 - 7 AZR 774/09).

5.4 Befristung und Probezeit

Der Arbeitgeber ist nicht daran gehindert, in einem auf sechs Monate befristeten Arbeitsvertrag zu vereinbaren: *"Die ersten **6 Monate** des Anstellungsverhältnisses gelten als Probezeit. Während der Probezeit können beide Parteien den Anstellungsvertrag kündigen".* Die Vereinbarung einer Probezeit *"auch bei Befristung eines Arbeitsverhältnisses [findet] eine Berechtigung unter dem **Gesichtspunkt der Erprobung** deshalb ..., weil die erleichterte Befristungsmöglichkeit nach § 14 Abs. 2 TzBfG der gesetzgeberischen Intention entspricht, ein derart befristetes Arbeitsverhältnis **in ein unbefristetes einmünden** zu lassen".* Die Vereinbarung einer Probezeit, die genauso lange andauert, wie die gleichzeitig vereinbarte Befristung, führt nicht zu einer Umgehung des § 14 TzBfG (LAG Rheinland-Pfalz, 19.06.2009 - 9 Sa 181/09).

5.5 Doppelbefristung

Häufig werden Arbeitsvertrag und Probezeit befristet vereinbart. Auch wenn eine **Befristung zur Erprobung** nach § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 5 TzBfG durchaus zulässig ist: *"Enthält ein Formulararbeitsvertrag neben einer drucktechnisch hervorgehobenen Befristung für die Dauer eines Jahres im nachfolgendüberraschende Klauseln Vertragstext **ohne besondere Hervorhebung** eine weitere Befristung zum Ablauf der sechsmonatigen Probezeit, wird die Probezeitbefristung nach § 305c Abs. 1 BGB nicht Vertragsbestandteil"* (BAG, 16.04.2008 - 7 AZR 132/07 - mit dem Hinweis, dass sich das Überraschungsmoment hier aus der inhaltlichen Gestaltung und dem äußeren Erscheinungsbild der arbeitsvertraglichen Regelung ergab).

5.6 Fehlende Notwendigkeit

Die Erprobung eines Arbeitnehmers ist - wie bei der Befristung eines Arbeitsvertrags - auch geeignet, eine **befristete Änderung von Vertragsbedingungen** zu rechtfertigen. *"Bei der Befristung von Arbeitsverträgen fehlt es objektiv an der **Notwendigkeit einer Erprobung**, wenn der Arbeitnehmer bereits ausreichende Zeit bei dem Arbeitgeber mit den nunmehr von ihm auszuführenden Aufgaben beschäftigt war".* Auch wenn die Dauer der Befristung für sich allein nicht sachlich gerechtfertigt sein muss: Sie muss sich **"am Befristungsgrund orientieren** und mit ihm derart in Einklang stehen, dass sie nicht gegen das Vorliegen eines sachlichen Grundes spricht" (LAG Rheinland-Pfalz, 30.11.2005 - 9 Sa 550/05).

5.7 Kündigungsvereinbarung

Enthält ein **Formulararbeitsvertrag** folgende Klauseln *"Dieser Arbeitsvertrag ist befristet bis zum 31.10.2009. Während dieser Zeit können beide Vertragspartner mit einer Frist von ... kündigen. Die ersten 3 Wochen/Monate des Arbeitsverhältnisses gelten als Probezeit. Während der Probezeit kann das Arbeitsverhältnis beiderseits gekündigt werden mit einer Frist von zwei Wochen."* und *"Für die Kündigung des Arbeitsverhältnisses - nach Ablauf der Probezeit - gilt die gesetzliche Kündigungsfrist."*, sind das keine Klauseln, die nicht durch die **AGB-Kontrolle des BGB** kommen. *"Vertragliche **Abreden über die Kündbarkeit** eines befristeten Arbeitsverhältnisses sind in § 15 Abs. 3 TzBfG ausdrücklich vorgesehen und schon deshalb nicht ungewöhnlich im Sinne von § 305c Abs. 1 BGB"* (BAG, 04.08.2011 - 6 AZR 436/10).

5.8 Schriftform

*"Die **Befristung** eines Arbeitsvertrages bedarf zu ihrer Wirksamkeit der Schriftform"*, sagt § 14 Abs. 4 TzBfG. Schriftform heißt nicht, dass der **Befristungsgrund "zur Erprobung"** im befristeten Arbeitsvertrag angegeben werden muss. Der sachliche Grund für die Befristung muss bei Vertragsschluss auch nicht extra mitgeteilt oder vereinbart werden - es sei denn, gesetzliche Sonderregeln oder Tarifverträge verlangen das. *"Für den Sachgrund der Erprobung als Befristungsgrund ist die Einhaltung des Schriftformerfordernisses aus § 14 Abs. 4 TzBfG selbst dann nicht erforderlich, wenn man mit dem Bundesarbeitsgericht"* - BAG, 31.08.1994 - 7 AZR 983/93 - *"davon ausgeht, dass es für den Fall eines befristeten Probearbeitsverhältnisses einer **Einigung der Parteien** über den Sachgrund der Erprobung bedarf"* (LAG Düsseldorf, 18.09.2003 - 15 Sa 103/03).

5.9 Zeitvorgabe

§ 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 5 TzBfG macht dem Arbeitgeber **keine konkrete** zeitliche Vorgabe. Die im Rahmen des § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 5 TzBfG vereinbarte Vertragsdauer muss sich jedoch **am Sachgrund**

"Erprobung" orientieren und mit ihm im Einklang stehen. Der Sachgrund muss **tatsächlich bestehen** und darf nicht bloß vorgeschoben sein. *"Im Allgemeinen werden nach dem Vorbild des § 1 KSchG und der Kündigungsfristenregelung für Kündigungen während der Probezeit (§ 622 Abs. 3 BGB) sechs Monate Erprobungszeit ausreichen"* (BAG, 02.06.2010 - 7 AZR 85/09 - mit dem Hinweis, dass längere Befristungen zur Erprobung aufgrund besonderer Einzelfallumstände durchaus möglich sind).

5.10 Zweite Chance

Die Befristung *"zur Erprobung"* nach § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 5 TzBfG ist zunächst sachlich gerechtfertigt, wenn der Arbeitgeber diese Befristung wünscht, um den Mitarbeiter zu erproben. Darüber hinaus rechtfertigt das **Interesse des Arbeitgebers**, *"ein künftiges vertragsgemäßes Verhalten des Arbeitnehmers zu überprüfen, dem zuvor wegen arbeitsvertraglicher Pflichtverletzungen gekündigt worden ist"*, eine **Befristung "zur Erprobung"**. Das kann beispielsweise der Fall sein, wenn bei einem Arbeitnehmer nach abgeschlossener **Entziehungskur** die Gefahr eines Rückfalls erprobt werden soll. In diesen Fällen ist ein Arbeitgeber nicht verpflichtet, an Stelle der Befristung eine *"Kündigung mit einer längeren Kündigungsfrist"* auszusprechen, um seinem Mitarbeiter eine Bewährungschance zu geben (LAG Köln, 24.08.2007 - 11 Sa 250/07).