

## Inhaltsübersicht

1. Allgemeines
2. Grundsatz: Probezeit muss vereinbart werden
3. Ausnahme: Probezeit kommt automatisch
4. Rechtsprechungs-ABC
  - 4.1 AGB-Kontrolle
  - 4.2 Kündigungsfrist
  - 4.3 Probezeit und Befristung
  - 4.4 Vereinbarung
  - 4.5 Vertragskonditionen
  - 4.6 Wirksamkeit
  - 4.7 Wirkung
  - 4.8 Zeitpunkt
  - 4.9 Zweck

### Information

#### 1. Allgemeines

Der Arbeitgeber darf **Probearbeitsverhältnisse** im Sinn des § 622 Abs. 3 BGB mit **2-wöchiger Kündigungsfrist** kündigen. Die kurze Kündigungsfrist ist nach dem **Gesetzeswortlaut** darauf ausgelegt, dass der Arbeitgeber die Kündigung **"während einer vereinbarten Probezeit"** erklärt. Das heißt: Eine **Probezeit** kommt **nicht automatisch** in den Arbeitsvertrag. Sie verlangt eine **Vereinbarung**.

#### **Praxistipp:**

Das NachwG verpflichtet Arbeitgeber, die wesentlichen Vertragsbedingungen schriftlich niederzulegen, die Niederschrift zu unterzeichnen und seinem Arbeitnehmer auszuhändigen. Auch wenn die Vereinbarung einer Probezeit nicht zum Mindestinhalt des gesetzlichen Nachweises ( § 2 Abs. 1 Satz 2 NachwG ) zählt: Es empfiehlt sich schon aus Gründen der Rechtssicherheit, die Tatsachen Probezeitvereinbarung und Dauer der vereinbarten Probezeit mit in den Arbeitsnachweis aufzunehmen.

Arbeitgeber können die **6-monatige Höchstdauer** des § 622 Abs. 3 BGB **voll ausschöpfen**. Sie brauchen mit ihren Arbeitnehmern auch **gar keine Probezeit** zu vereinbaren oder können irgendein **Zeitfenster zwischen 0,1 und 6,0 Monaten** ausmachen. Diese **Vertragsfreiheit** ist ihnen genommen, wenn ein **Tarifvertrag** oder ein **Gesetz** Probezeit und Dauer der Probezeit verbindlich vorschreiben. In diesen Fällen - und *nur* in diesen Fällen - kommen eine Probezeit und eine bestimmte Dauer dieser Probezeit **automatisch** in den Vertrag - zum Beispiel in den BBiG - Berufsausbildungsvertrag ( § 20 BBiG ).

#### 2. Grundsatz: Probezeit muss vereinbart werden

§ 622 Abs. 3 BGB sagt, dass die Kündigungsfrist **während einer "vereinbarten Probezeit"** zwei Wochen beträgt. Das bedeutet im **Klartext**: Arbeitgeber und Arbeitnehmer müssen sich darüber **einig sein, dass** ihr Arbeitsverhältnis mit einer **Probezeit** beginnen soll. Wie jeder Vertrag setzt auch die **"vereinbarte Probezeit"**

- ein **Angebot** (sinngemäß: "ich möchte, dass Sie in den ersten sechs Monaten Ihres Arbeitsverhältnisses bei mir zur Probe arbeiten") **und**
- die **Annahme** dieses Angebots (sinngemäß: "ich bin damit einverstanden, dass ich in den ersten

sechs Monaten meines Arbeitsverhältnisses bei Ihnen zur Probe arbeite")

voraus. Arbeitgeber und Arbeitnehmer müssen **zwei sich deckende Willenserklärungen** abgeben.

### **Praxistipp:**

In der Regel ist es so, dass eine Probezeit nicht ausdrücklich und bis ins Einzelne gehend vereinbart wird. Arbeitgeber verwenden meistens Formulararbeitsverträge, die bereits eine vorgegebene Probezeitklausel enthalten. Wer sich seinen Arbeitsvertrag individuell zusammenstellen möchte, kann für eine Probezeit folgende Klauseln verwenden:

- **unbefristete Probezeit:** *"Die ersten sechs Monate sind eine Probezeit. Während dieser Probezeit kann das Arbeitsverhältnis von beiden Vertragspartnern mit einer Kündigungsfrist von zwei Wochen gekündigt werden."*
- **befristete Probezeit:** *"Das Arbeitsverhältnis beginnt mit einer Probezeit, die vom <Datum> bis zum <Datum> befristet ist. Das Arbeitsverhältnis endet mit Ablauf dieser Probezeit, ohne dass es einer Kündigung bedarf. Bis zum Ablauf der Probezeit kann das Arbeitsverhältnis von beiden Parteien mit einer Kündigungsfrist von zwei Wochen gekündigt werden. Wird das Arbeitsverhältnis nach Ablauf der Probezeit fortgesetzt, geht es in ein unbefristetes Arbeitsverhältnis über."*

Das Gesetz schreibt für die Probezeitvereinbarung keine besondere **Form** vor. Sie kann sowohl **mündlich** als auch **schriftlich** vereinbart werden.

### **Praxistipp:**

Mündliche Absprachen lassen sich im Streitfall kaum beweisen. Daher ist es schon aus Gründen der Darlegungs- und Beweislast sinnvoll, eine Probezeit immer schriftlich abzumachen. Bei einer befristeten Probezeit muss die Befristungsvereinbarung wegen § 14 Abs. 4 TzBfG ohnehin in Schriftform erfolgen.

Die **Vereinbarung der 2-wöchigen Kündigungsfrist** ist von Rechts wegen nicht erforderlich. § 622 Abs. 3 BGB sieht sie kraft Gesetzes vor. Die Aufnahme der 2-Wochen-Kündigungsfrist in die Vereinbarung dient nur der **Klarstellung**. Die kurze Kündigungsfrist ist die von § 622 Abs. 3 BGB vorgesehene **Rechtsfolge** einer Probezeitvereinbarung.

### **3. Ausnahme: Probezeit kommt automatisch**

Die Probezeit des § 622 Abs. 3 BGB entsteht in einem Arbeitsverhältnis **nicht ohne Vereinbarung**. **Tarifverträge** können dagegen eine **automatische Probezeit** vorsehen. Sie gelten für tarifgebundene Vertragspartner und lassen nur im tariflich abgesteckten Rahmen individuelle Vereinbarungen zu.

### **Beispiel:**

Der Branchentarifvertrag enthält die Regelung *"Das Arbeitsverhältnis gewerblicher Arbeitnehmer beginnt mit einer Probezeit. Die Dauer der Probezeit beträgt drei Monate. Während dieser drei Monate kann das Probearbeitsverhältnis mit einer Kündigungsfrist von einer Woche gekündigt werden"*. In diesem Fall brauchen Arbeitgeber und Arbeitnehmer eine Probezeit nicht extra zu vereinbaren. Das hat ihnen der Branchentarifvertrag schon abgenommen. Auf der anderen Seite können Arbeitgeber und Arbeitnehmer hier, da der Tarifvertrag keine Öffnungsklausel enthält, auch nicht auf eine Probezeit verzichten. Der Branchentarifvertrag schreibt sie ihnen verbindlich vor - und die Dauer der Kündigungsfrist ebenso.

Einen **Fall gesetzlich vorgeschriebener Probezeit** regelt § 20 BBiG :

"Das Berufsausbildungsverhältnis beginnt mit der Probezeit. Sie muss mindestens einen

Monat und darf höchstens vier Monate betragen".

Hier hat der **Gesetzgeber** den Parteien des Ausbildungsvertrags die **Entscheidung** pro oder contra Probezeit **abgenommen**. Sie brauchen sich nur noch über deren Dauer einig zu werden: ein Monat, zwei Monate, drei oder maximal vier Monate (mehr dazu im Stichwort Auszubildende - Probezeit ).

Einen weiteren Fall gesetzlich vorgeschriebener Probezeit sieht § 13 KrPflG vor:

"Das Ausbildungsverhältnis beginnt mit der Probezeit, Die Probezeit beträgt bei Gesundheits- und Krankenpflegerinnen, Gesundheits- und Krankenpflegern, Gesundheits- und Kinderkrankepflegerinnen und Gesundheits- und Kinderkrankepflegern sechs Monate".

Hier ist sowohl die **Probezeit** an sich als auch ihre Dauer **amtlich vorgegeben**. Sie lassen sich von den Parteien nicht ändern.

### **Beispiel:**

Die HomeCare GmbH möchte einen Gesundheitspfleger ausbilden. Sie schließt mit Claus D. Mäntz einen Ausbildungsvertrag. Ob eine Probezeit vereinbart wird und wie lange diese Probezeit dauert, liegt nicht in den Händen von HomeCare GmbH und Herrn Mäntz. § 13 KrPflG hat ihnen diese Entscheidung abgenommen. Die Probezeit ist zwingend, ihre 6-monatige Dauer verbindlich.

Das KSchG greift **bei Ausbildungsverhältnissen** nicht. Sie können während der gesetzlich vorgegebenen Probezeit grundsätzlich von beiden Vertragspartnern **ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist** beendet werden. Danach in der Regel nur dann, wenn ein wichtiger Grund für eine außerordentliche Kündigung vorliegt.

## **4. Rechtsprechungs-ABC**

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

### **4.1 AGB-Kontrolle**

Enthält ein auf ein Jahr befristeter **Formulararbeitsvertrag** die Probezeitklausel *"Die ersten sechs Monate gelten als Probezeit. Das Arbeitsverhältnis endet mit Ablauf dieser Probezeit, ohne dass es einer Kündigung bedarf."*, handelt es sich bei dieser Vereinbarung um eine Allgemeine Geschäftsbedingung im Sinn der §§ 305 ff. BGB . **Überraschende und mehrdeutige Klauseln** können kein Vertragsbestandteil werden, § 305c BGB . Das ist hier der Fall, weil der Formulararbeitsvertrag *"neben der drucktechnisch hervorgehobenen Befristung für die Dauer eines Jahres im nachfolgenden Vertragstext ohne besondere Hervorhebung eine weitere Befristung zum Ablauf der sechsmonatigen Probezeit"* enthält ( BAG, 16.04.2008 - 7 AZR 132/07 ).

### **4.2 Kündigungsfrist**

Vereinbaren Arbeitgeber und Arbeitnehmer eine Probezeit und für diese Probezeit entgegen § 622 Abs. 3 BGB eine **einwöchige Kündigungsfrist**, ist die gesetzwidrig vereinbarte Kündigungsfrist **unwirksam**. Die Unwirksamkeit der Kündigungsfrist führt allerdings nicht dazu, dass gleichzeitig damit auch die Probezeitvereinbarung unwirksam ist. *"Es handelt sich um eine teilbare Klausel mit dem Ergebnis, dass während der wirksam vereinbarten Probezeit die Kündigungsfrist des § 622 Abs. 3 BGB und nicht die allgemeine gesetzliche Kündigungsfrist des § 622 Abs. 1 BGB von vier Wochen zum Monatsende zur Anwendung kommt"* ( LAG Hessen, 31.05.2011 - 12 Sa 941/10 ).

### **4.3 Probezeit und Befristung**

*"Die gleichzeitige Vereinbarung einer Probezeit mit Kündigungsmöglichkeit neben der Vereinbarung einer Befristung ist rechtlich .. nicht zu beanstanden. Bei den vorliegenden Vertragsklauseln, die zu dieser Vertragsgestaltung führen (...) handelt es sich insbesondere nicht um überraschende Klauseln im Sinne des §*

305c Abs. 1 BGB . Sie führen auch nicht zu einer unangemessenen Benachteiligung im Sinne des § 307 Abs. 1 BGB . Derartige **Vertragsgestaltungen sind üblich** und rechtlich anerkannt (...). Die Vertragsklauseln sind sprachlich leicht verständlich gefasst und hinsichtlich ihres Regelungsstatbestandes durch deutliche Überschriften inhaltlich gekennzeichnet" ( LAG Rheinland-Pfalz, 19.06.2009 - 9 Sa 181/09 ).

#### 4.4 Vereinbarung

Enthält der schriftliche Arbeitsvertrag nur die **Klausel "§ 3 Probe- und Anlernzeit - 3 Monate"** reicht das für die Annahme einer Probezeitvereinbarung aus. Verträge sind nach den §§ 133 , 157 BGB so auszulegen, wie "die Parteien sie **nach Treu und Glauben** unter Berücksichtigung der Verkehrssitte verstehen mussten". Zunächst ist vom Wortlaut auszugehen. Bei der Ermittlung des wirklichen Willens sind aber auch Umstände einzubeziehen, die außerhalb der Vereinbarung liegen - aber immer unter der Voraussetzung, dass sie einen Schluss auf den **Sinngehalt der Erklärung** zulassen. Wird eine "Probezeit" im schriftlichen Arbeitsvertrag ausdrücklich vereinbart, spricht nichts dafür, dass die Parteien, wie der Arbeitnehmer behauptet, eigentlich auf sie verzichtet haben ( LAG Schleswig-Holstein, 14.01.2009 - 3 Sa 3565/08 ).

#### 4.5 Vertragskonditionen

Eine Probezeit muss **bei Abschluss des Arbeitsvertrags** vereinbart werden. Legen Arbeitgeber und Arbeitnehmer zunächst nur Vertragskonditionen ohne Probezeit fest, ist das noch kein Arbeitsvertrag. Das gilt umso mehr, als sich die Vertragspartner noch nicht auf eine konkrete **Vergütung** geeinigt haben. Steht dann im anschließenden Arbeitsvertrag eine **Klausel**, mit der eine Probezeit vereinbart wird, ist das nicht zu beanstanden. Hinzu kommt, dass eine Probezeitvereinbarung nicht die 6-monatige Wartezeit des § 1 Abs. 1 KSchG verkürzt, sondern nur dazu führt, dass über § 622 Abs. 3 BGB eine kürzere, nämlich 2-wöchige Kündigungsfrist anzuwenden ist ( LAG Rheinland-Pfalz, 18.05.2011 - 8 Sa 137/11 ).

#### 4.6 Wirksamkeit

Haben sich die Vertragspartner darauf verständigt, dass der Arbeitnehmer für den Arbeitgeber in einem seiner Betriebe gegen Arbeitsentgelt abhängig beschäftigt sein soll, reicht das bereits für die **Annahme eines wirksamen Arbeitsvertrags** aus. Ein Dissens (fehlende Einigung über wesentliche Punkte) kann nicht bejaht werden. Auch dann nicht, wenn die Parteien möglicherweise keine **Einigung über eine Probezeit** oder über die konkrete Höhe der zu zahlenden Vergütung erzielt haben. Eine Probezeit ist **kein zwingender Bestandteil** eines Arbeitsvertrags, die fehlende Vergütungsvereinbarung kann über § 612 Abs. 2 BGB - es gilt die "übliche Vergütung als vereinbart" - geschlossen werden ( LAG Rheinland-Pfalz, 26.08.2010 - 2 Sa 284/10 ).

#### 4.7 Wirkung

Die Vereinbarung einer Probezeit ist rechtlich **auch in befristeten Arbeitsverhältnissen** möglich und zulässig. Vereinbaren Arbeitgeber und Arbeitnehmer eine 6-monatige Probezeit, hält sich diese Dauer in dem von § 622 Abs. 3 BGB vorgezeichneten Rahmen. Die Wirksamkeit einer Probezeitvereinbarung ist in diesem Punkt **nicht von weiteren Voraussetzungen abhängig**. Dabei entfaltet die Probezeit **für beide Seiten Wirksamkeit**: "Auch der Arbeitnehmer hat während der Probezeit die Möglichkeit, sich mit kurzer Frist vom Arbeitgeber zu trennen" ( LAG Baden-Württemberg, 05.07.2011 - 22 Sa 11/11 ).

#### 4.8 Zeitpunkt

§ 622 Abs. 3 BGB sagt nicht, **wann** eine Probezeit vereinbart werden muss. "Wenn der Gesetzgeber aber **nur für eine 'erste Zeit der Beschäftigung'** diese Möglichkeit einräumen wollte, bedeutet dies, dass eine Probezeit im Sinne des § 622 Abs. 3 BGB **nur zu Beginn des Vertragsverhältnisses** vereinbart werden kann. Eine Erprobung ist regelmäßig auch nur sinnvoll zu Beginn des Vertragsverhältnisses und nicht im weiteren Verlauf, wenn die subjektiven und objektiven Umstände, die für die Abwicklung des Vertrags maßgeblich sind, sich bereits offenbart haben" ( LAG Baden-Württemberg, 28.02.2002 - 4 Sa 68/01 ).

#### 4.9 Zweck

Die Probezeit hat im Arbeitsrecht den Zweck, die **Prüfung** zu ermöglichen, ob der Mitarbeiter für die vertraglich geschuldete Tätigkeit geeignet ist, wie seine allgemeine Einstellung zur Arbeit und seine **Arbeitsqualität** sind und "*- nicht zuletzt - ob auch sein (Sozial-)Verhalten im Verhältnis zu Vorgesetzten, Kunden und Kollegen den Anforderungen und Vorstellungen des Arbeitgebers entspricht*". Der Arbeitgeber hat dabei einen weiten Beurteilungs- und Ermessensspielraum. § 622 Abs. 3 BGB verlangt nur, dass eine Probezeit vereinbart ist - nur für diesen Fall erlaubt er die kurze, 2-wöchige Kündigungsfrist ( ArbG Essen, 16.02.1999 - 2 Ca 4650/98 ).