

## Inhaltsübersicht

1. Allgemeines
2. Grundsatz: keine Verlängerung möglich
3. Ausnahme: doch Verlängerung möglich
4. Rechtsprechungs-ABC
  - 4.1 Befristung - 1
  - 4.2 Befristung - 2
  - 4.3 Beurteilungszeitraum
  - 4.4 Eignungsmängel
  - 4.5 Eignungs- und Leistungsmängel - 1
  - 4.6 Eignungs- und Leistungsmängel - 2
  - 4.7 Kündigungsmöglichkeit
  - 4.8 Leistungsmängel
  - 4.9 Vertragsfreiheit
  - 4.10 6-Monats-Grenze
  - 4.11 6-Monats-Grenze

### Information

#### 1. Allgemeines

Der **Arbeitsvertrag** sieht in der Regel eine **bestimmte Probezeit** vor. Die zulässige **Dauer dieser Probezeit** wird entweder durch **§ 622 Abs. 3 BGB** oder durch eine **tarifliche Regelung** begrenzt. Das führt zu dem Ergebnis, dass die Vertragspartner grundsätzlich eine vorgegebene **Höchstdauer** der Probezeit **hinnehmen** müssen und eine **Verlängerung** der Probezeit **eigentlich nicht möglich** ist. **Kündigungsschutz** beginnt nach § 1 Abs. 1 KSchG ohnehin erst **nach 6-monatigem Bestehen** des Arbeitsverhältnisses.

#### *Praxistipp:*

Eine Probezeit hat den arbeitsrechtlichen Vorteil, dass das Arbeitsverhältnis während der Probezeit mit einer kurzen Kündigungsfrist - nach § 622 Abs. 3 BGB zwei Wochen - gekündigt werden kann. Der tatsächliche Vorteil einer Probezeit liegt darin, dass sie den Mitarbeiter motiviert, in der Probezeit so zu arbeiten, dass er sich bewährt und die Stelle bekommt. Arbeitsrechtlich bringt eine Verlängerung der Probezeit über die sechs Monate des § 622 Abs. 3 BGB und § 1 Abs. 1 KSchG hinaus nichts.

Der Gesetzgeber geht in § 622 Abs. 3 BGB und § 1 Abs. 1 KSchG davon aus, dass Arbeitgeber und Arbeitnehmer **in sechs Monaten ausreichend Zeit** haben, sich füreinander zu entscheiden. Soweit keine **Beschränkungen durch Tarifvertrag** bestehen, dürfen Arbeitgeber und Arbeitnehmer die **sechs Monate voll ausschöpfen**. Haben sie eine Probezeit **unterhalb der 6-Monats-Grenze** vereinbart, dürfen sie die Probezeit **verlängern** - nicht einseitig, beide müssen mit der Verlängerung einverstanden sein. **Jenseits der sechs Monate** macht eine Verlängerung der Probezeit arbeitsrechtlich keinen Sinn. Sie kommt ohnehin **nur in Ausnahmefällen** in Betracht.

#### 2. Grundsatz: keine Verlängerung möglich

Die **Höchstdauer einer Probezeit** folgt aus

- Gesetz, § 622 Abs. 3 BGB , oder

- Tarifvertrag.

Die Höchstdauer der Probezeit beträgt nach § 622 Abs. 3 BGB und vielen tariflichen Bestimmungen **sechs Monate**. Ist die maximale Dauer erst einmal **ausgeschöpft**, ist grundsätzlich **keine Verlängerung** mehr möglich.

### **Beispiele**

- (1) Der Arbeitgeber schließt mit seinem Arbeitnehmer einen schriftlichen Arbeitsvertrag. In dessen Ziffer 3 heißt es in Absatz 1: *"Die ersten sechs Monate gelten als Probezeit"*. Kurz vor Ablauf der ersten sechs Monate meint der Arbeitgeber, er habe sich vom Arbeitnehmer noch kein umfassendes Bild machen können. Er möchte die Probezeit um weitere drei Monate verlängern. Das geht arbeitsrechtlich schon wegen § 622 Abs. 3 BGB nicht.
- (2) Die Figarow GmbH, ein Lieferant von Friseurbedarf, stellt Arbeitnehmer Karl Kämmer ein. Der Branchentarifvertrag sieht eine maximale Probezeit von drei Monaten vor. Die Geschäftsführung der Figarow GmbH ist sich im zweiten Monat der Probezeit nicht sicher, "ob das mit dem Karl noch etwas werden kann". Sie möchte "einen Monat dranhängen". Nett gemeint und menschlich nachvollziehbar - tarifrechtlich jedoch nicht möglich. Die 3-monatige Obergrenze darf nicht überschritten werden.
- (3) Der nicht tarifgebundene Arbeitgeber vereinbart mit seinem Arbeitnehmer eine 3-monatige Probezeit. Kurz vor Ablauf des dritten Monats der Probezeit ist er sich immer noch nicht schlüssig, ob der Arbeitnehmer der richtige Mann für den Job ist. Er möchte die Probezeit deswegen verlängern. Das ist theoretisch zwar möglich, weil die gesetzliche Höchstdauer nicht ausgeschöpft ist. Aber: Schon die Probezeit muss zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer vereinbart werden. Daher kann auch eine Verlängerung der Probezeit nicht einseitig angeordnet werden. Weigert sich der Arbeitnehmer, einer Verlängerung zuzustimmen, gibt es keine. Dann muss sich der Arbeitgeber entscheiden, ob er den Mitarbeiter weiter beschäftigt oder innerhalb der Probezeit kündigt.

### **3. Ausnahme: doch Verlängerung möglich**

Der Gesetzgeber geht davon aus, dass die **Vertragspartner in den sechs Monaten** der Probezeit **ausreichend Gelegenheit** haben, sich kennenzulernen. Innerhalb dieser Zeit müsste es eigentlich jedem Arbeitgeber gelingen, zu **prüfen**, ob der neue Mitarbeiter in den Betrieb passt und die an ihn gestellten Anforderungen erfüllt. Eine **Verlängerung der Probezeit** ist daher **nur in Ausnahmefällen** möglich - wenn der Arbeitgeber etwa **Eignung und Leistung** seines Arbeitnehmers **aus tatsächlichen Gründen** nicht in sechs Monaten beurteilen kann.

#### **Beispiel:**

Die puter.com AG sucht einen neuen IT-Spezialisten. Aufgabe dieses Spezialisten ist es, komplizierte Software für den gewerblichen Bereich zu entwickeln und Mitarbeiter der Abnehmer in der Anwendung dieser Software zu schulen. Das Potenzial, das der neue Arbeitnehmer mitbringen und entwickeln soll, lässt sich innerhalb eines 6-Monats-Zeitraums nicht erkennen. Die puter.com AG vereinbart mit ihm daher eine Probezeit von einem Jahr - die man hier wegen der besonderen Anforderungen an die Stelle des hochqualifizierten IT-Spezialisten durchaus akzeptieren kann.

#### **Praxistipp:**

Kündigungsrechtlich bringt die Verlängerung einer Probezeit über die sechs Monate des § 622 Abs. 3 BGB und § 1 Abs. 1 KSchG hinaus gar nichts. Die kurze 2-wöchige Kündigungsfrist gilt nur in den ersten sechs Monaten, nach Ablauf dieser sechs Monate hat jeder Arbeitnehmer, wenn auch die übrigen KSchG -Voraussetzungen vorliegen, Kündigungsschutz. Nicht zu unterschätzen ist jedoch der psychische Druck, dem Arbeitnehmer in der verlängerten Probezeit ausgesetzt sind. Sie müssen sich bewähren - und werden, wenn sie clever sind, alles daran setzen, das auch zu tun.

Ein weiterer Ausnahmefall für die Verlängerung einer Probezeit kann der Umstand sein, dass der **Arbeitnehmer** in den ersten sechs Monaten des Arbeitsverhältnisses **tatsächlich keine Gelegenheit** bot, **sich erproben zu lassen**.

### **Beispiel:**

Die puter.com AG hat zum 01.07. eine neue Chefsekretärin eingestellt: Jana Julett-Packert. Frau Julett-Packert hatte hervorragende Zeugnisse und eine Bilderbuchkarriere, in der nur Namen großer Arbeitgeber auftauchten. Die ersten sechs Monate ihres Arbeitsverhältnisses sollten als Probezeit dienen. Am 18.07. verunglückt Frau Julett-Packert bei einem Gleitschirmflug in den Allgäuer Alpen. Sie zieht sich etliche komplizierte Knochenbrüche zu und fällt für fünf volle Monate aus. Die puter.com AG hat nun die Möglichkeit, das Arbeitsverhältnis nach dem Unfall kurz und schmerzlos zu beenden. Sie kann es auch bis zum Ende der Probezeit auf dem Papier fortsetzen und dann rechtzeitig kündigen. Da Frau Julett-Packert allerdings in den wenigen Tagen ihres neuen Arbeitsverhältnisses einen guten Eindruck hinterlassen hatte, entschließt sich die puter.com AG, das Probearbeitsverhältnis mit ihr zu verlängern. Menschlich und unternehmerisch eine gute Entscheidung - kündigungsrechtlich allerdings ohne Vorteil (s. Praxistipp oben). Die Verlängerung der Probezeit rettet weder die kurze Kündigungsfrist noch verhindert sie nach Ablauf der ersten sechs Monate den Beginn des Kündigungsschutzes.

### **Praxistipp:**

Die bloße Unsicherheit des Arbeitgebers in der Bewährungsfrage oder sein bloßes "Bauchgefühl" können nie der Anlass für eine Verlängerung der Probezeit sein. Es müssen objektive Tatsachen vorliegen, die ihre Verlängerung rechtfertigen sollen. Wer sich als Arbeitgeber nur unsicher ist, sollte sich - so bitter es oft für den neuen Mitarbeiter ist - für eine Kündigung entschließen. Hat der Mitarbeiter nach Ablauf von sechs Monaten erst mal Kündigungsschutz, muss seine Kündigung sozial gerechtfertigt sein - mit den bekannten Problemen...

Und was **nie vergessen** werden darf: Schon § 622 Abs. 3 BGB spricht von *"einer vereinbarten Probezeit"*. Die **Probezeit** kommt daher **weder automatisch** in den Arbeitsvertrag **noch** kann der Arbeitgeber sie **einseitig festlegen**. Sie **muss vereinbart werden**. Arbeitgeber und Arbeitnehmer müssen sich darüber einig sein, dass sie eine Probezeit wollen und wie lang diese Probezeit sein soll. Das Gleiche gilt für die Verlängerung einer Probezeit:

- die Probezeit verlängert sich **nicht automatisch**, wenn der Arbeitnehmer während der zunächst vereinbarten Probezeit nicht erprobt werden konnte;
- die Probezeit kann **nur einvernehmlich** verlängert werden - Arbeitgeber *und* Arbeitnehmer müssen die Verlängerung wollen;
- solange die **sechs Monate** des § 622 Abs. 3 BGB durch ursprünglich vereinbarte Probezeit und Verlängerung **nicht überschritten** werden, bleibt es bei der kurzen Kündigungsfrist des § 622 Abs. 3 BGB, haben Arbeitnehmer nach § 1 Abs. 1 KSchG keinen Kündigungsschutz;
- werden die **sechs Monate** des § 622 Abs. 3 BGB mit der Verlängerung **überschritten**, gelten nach Ablauf des 6-Monats-Zeitraums die Grundkündigungsfristen aus § 622 Abs. 1 BGB, haben Arbeitnehmer nach § 1 Abs. 1 KSchG Kündigungsschutz.

Sinngemäß gelten die vorstehenden Ausführungen auch für **tarifvertragliche Probezeitregelungen**. Hier muss jedoch immer berücksichtigt werden, dass viele Tarifverträge **abschließend** sind und keine **Öffnungsklausel** haben, über die eine Probezeit über die tariflich vorgesehene Dauer hinaus verlängert werden kann. Bei so genannten außertariflichen Angestellten ist das anders. Das Kündigungsschutzgesetz und die 6-monatige Wartezeit des § 1 Abs. 1 KSchG können jedoch auch hier nicht mit einer Verlängerung der Probezeit umgangen werden.

## **4. Rechtsprechungs-ABC**

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

### **4.1 Befristung - 1**

Schließen die Parteien ein **zunächst auf sechs Monate befristetes Arbeitsverhältnis** "zur Probe" und vereinbaren sie vor Ablauf dieses befristeten Vertrags, die Probezeit um ein halbes Jahr zu verlängern, kann das durchaus zulässig sein. Auch wenn wenig dafür spricht, dass ein Erprobungszweck die **Verlängerung um weitere sechs Monate** nach § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 5 TzBfG rechtfertigen könnte: *"Da das Schriftformerfordernis des § 14 Abs. 4 TzBfG nicht für den der Befristung zugrunde liegenden sachlichen Grund gilt, kann die Wirksamkeit selbst dann auf § 14 Abs. 2 Satz 1 TzBfG gestützt werden, wenn in dem Vertrag ein Sachgrund für die Befristung genannt ist, solange bei Vertragsschluss die Voraussetzungen des § 14 Abs. 2 TzBfG objektiv vorgelegen haben"* ( LAG Nürnberg, 19.03.2008 - 4 Sa 673/07 - hier bejaht, weil zwischen den Parteien vor Abschluss des ersten befristeten Arbeitsvertrags noch kein Arbeitsverhältnis bestanden hatte).

#### 4.2 Befristung - 2

Die Befristung eines Arbeitsverhältnisses zur Erprobung wird in § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 5 TzBfG **zeitlich nicht konkret festgelegt**. Die Dauer der Probezeit muss sich am **Sachgrund** der Befristung orientieren. Sie muss sich so mit ihm decken, dass nichts gegen die Annahme eines Sachgrunds spricht. Dieser Sachgrund muss tatsächlich bestehen und darf nicht bloß vorgeschoben sein. 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. *" Längere Befristungen zur Erprobung aufgrund besonderer Einzelfallumstände sind aber - vorbehaltlich entgegenstehender einschlägiger und für das Arbeitsverhältnis geltender Tarifvorschriften - möglich"* ( BAG, 02.06.2010 - 7 AZR 85/09 - hier bejaht für die 2-malige 6-monatige Befristung des Arbeitsvertrags eines Gleichgestellten mit einem GdB von 30, der an einem Aufmerksamkeitsdefizitsyndrom leidet).

#### 4.3 Beurteilungszeitraum

Schließen Arbeitgeber und Arbeitnehmer fünf Monate nach dessen unbefristeter Neueinstellung einen **Aufhebungsvertrag** und gleichzeitig einen befristeten Arbeitsvertrag für **weitere fünf Monate** mit dem Sachgrund Erprobung, kann diese Befristung sachlich gerechtfertigt sein. Das setzt allerdings einmal voraus, dass im Zeitpunkt der Befristung erwartet wird, dass der Arbeitnehmer nach Ablauf der Befristung wenigstens ausreichende Leistungen zeigt. Zum anderen ist zu verlangen, dass der Arbeitgeber die *"Eignung wegen der besonderen Anforderungen des Arbeitsplatzes oder aus in der Person des Arbeitnehmers liegenden Gründen"* nicht früher ausreichend beurteilen kann ( LAG Berlin-Brandenburg, 08.05.2007 - 12 Sa 329/07 - hier bejaht für den einjährigen Erprobungszeitraum eines Lehrers mit ausländischer Lehrbefugnis nach 10-jähriger Lehrpause, s. dazu auch BAG, 12.11.2008 - 7 AZR 499/07 ).

#### 4.4 Eignungsmängel

Der Manteltarifvertrag für **Orchestermusiker** des WDR sieht in § 5 Abs. 3 Satz 1 für Orchester- und Chormitglieder eine **Probezeit bis zu 18 Monaten** vor. Kommt der Arbeitgeber bei einem auf neun Monate befristeten Arbeitsvertrag mit dem Zweck Erprobung zu dem Ergebnis, dass der Mitarbeiter - hier: **Konzertmeister** eines Symphonieorchesters - für diese Position nicht geeignet ist, steht das einer weiteren Befristung bis zum Ablauf der im Tarifvertrag vorgesehenen maximalen Erprobungsdauer von 18 Monaten nicht entgegen: *"Da der Kläger eine herausgehobene Position im Orchester ausüben sollte und nach der ersten Erprobungsphase Zweifel an seiner Eignung verblieben waren, war es auch tarifvertraglich sachgerecht, den Rahmen bis zur höchstmöglichen Erprobungszeit auszuschöpfen"* ( LAG Köln, 11.01.1995 - 7 Sa 902/94 ).

#### 4.5 Eignungs- und Leistungsmängel - 1

*"2. Im Allgemeinen werden nach dem Vorbild der gesetzlichen Probezeit ( KSchG § 1 Abs. 1 ) sechs Monate für die Beurteilung ausreichen. 3. Kann der Arbeitgeber Eignung und Leistung eines Arbeitnehmers wegen der besonderen Anforderungen des Arbeitsplatzes - im Medienbereich etwa bei künstlerischer oder wissenschaftlicher Tätigkeit - innerhalb von sechs Monaten nicht genügend beurteilen, darf eine längere Probezeit vereinbart werden. Die einschlägigen Tarifverträge können Anhaltspunkte dafür geben, welche Probezeit in solchen Fällen angemessen ist. 4. Wenn sich der Arbeitnehmer nach Ablauf des Probejahres noch nicht voll bewährt hat, kann dies allein den Abschluss eines weiteren auf ein Jahr befristeten Arbeitsverhältnisses nicht rechtfertigen"* ( BAG, 15.03.1978 - 5 AZR 831/76 - Leitsätze).

## 4.6 Eignungs- und Leistungsmängel - 2

**Sechs Monate** werden im Arbeitsrecht nach dem Vorbild der gesetzlichen Probezeit aus § 1 Abs. 1 KSchG allgemein **als ausreichender Zeitraum** angesehen, um einen Arbeitnehmer zu beurteilen. Ist es dem Arbeitgeber innerhalb dieses Zeitraums nicht möglich, Eignung und Leistung eines Mitarbeiters zu bewerten, kann er mit ihm eine **längere Probezeit vereinbaren**. Eine einseitige Verlängerung der Probezeit durch den Arbeitgeber kommt nicht in Betracht - und wenn für Nebenabreden Schriftform vorgesehen ist, gilt das auch für die Verlängerungsvereinbarung ( LAG Hamm, 19.07.2001 - 4 Sa 1413/99 ).

## 4.7 Kündigungsmöglichkeit

Es kommt häufig vor, dass der Arbeitgeber einen **Formulararbeitsvertrag** verwendet und darin Vereinbarungen trifft, die auf den ersten Blick nicht stimmig sind. So ist ein Arbeitsverhältnis beispielsweise vom 01.09. bis zum 31.12. auf vier Monate **befristet** und trotzdem heißt es im Vertrag unter "Probezeit": "Die ersten sechs Monate des Beschäftigungsverhältnisses gelten als Probezeit". Die Lösung: "Wird in einem befristeten Arbeitsvertrag eine **Probezeit mit einer Kündigungsmöglichkeit** vereinbart, die länger ist als die vorgesehene Vertragsdauer, so gilt die Probezeitvereinbarung auch im Verlängerungszeitraum nach § 14 Abs. 2 S. 1 TzBfG " ( LAG Hamm, 31.10.2006 - 19 Sa 1119/06 - Leitsatz).

## 4.8 Leistungsmängel

"Stellt der Arbeitgeber Leistungsmängel **innerhalb der ersten 6 Monate** des unbefristeten Arbeitsverhältnisses fest, kann ein (sonstiger) **sachlicher Grund** i.S.d. § 14 TzBfG für die Vereinbarung eines befristeten Arbeitsverhältnisses nach einvernehmlicher Beendigung des unbefristeten Arbeitsverhältnisses darin liegen, dass das Integrationsamt eine **Arbeitsbegleitung gemäß § 102 Abs. 2 SGB IX** anbietet, die aber eine Verbesserung der Leistung des schwerbehinderten Arbeitnehmers nur dann verspricht, wenn sie über die ersten 6 Monate hinaus fortgesetzt wird" ( LAG Hamburg, 10.12.2008 - 5 Sa 58/08 - Leitsatz).

## 4.9 Vertragsfreiheit

Arbeitgeber und Arbeitnehmer steht es als Ausfluss der Vertragsfreiheit offen, "eine vertraglich vereinbarte Probezeit jedenfalls innerhalb der ersten sechs Monate zumindest auf diesen Zeitraum zu vereinbaren oder ... eine **kürzere Probezeit zu verlängern**". Arbeitsrechtlich hat eine Probezeit bloß den Zweck, die Beendigung des Arbeitsverhältnisses mit einer kurzen, von sonstigen gesetzlichen oder tarifvertraglichen Regelfristen abweichenden **kurzen Kündigungsfristen** zu ermöglichen. Eine über den 6-Monats-Zeitraum hinausgehende Probezeit führt **nicht zur Umgehung des KSchG** . Daher dürfen die Vertragspartner eine zunächst vereinbarte 3-monatige Probezeit um weitere drei Monate verlängern - auch dann, wenn die erste vereinbarte Probezeit bereits abgelaufen war (LAG Rheinland-Pfalz, 05.01.1999 - 2 (4) Sa 1139/98) .

## 4.10 6-Monats-Grenze

"Der Abschluss eines Arbeitsverhältnisses zur Probe ist zulässig. Die Probezeit kann auch durch den **Abschluss eines weiteren Probearbeitsvertrages** während der Probezeit verlängert werden. Gegen die **Dauer der Befristung** sprechen zumindest solange keine Bedenken, als die **Beschäftigungsdauer sechs Monate nicht überschreitet**" (LAG Schleswig-Holstein, 09.05.1983 - 5 (2) Sa 239/82 - Leitsatz).

## 4.11 6-Monats-Grenze

§ 622 Abs. 3 BGB sagt, dass während einer vereinbarten Probezeit - "längstens für die Dauer von sechs Monaten" - eine **Kündigungsfrist von zwei Wochen** gilt. § 622 Abs. 3 BGB stellt damit vom Ansatz her auf die **vertraglich vereinbarte Probezeit** ab. Er schränkt die arbeitsvertraglichen Gestaltungsmöglichkeiten bloß dahingehend ein, "dass die Probezeitdauer sechs Monate nicht überschreiten darf". So gilt **nach Ablauf des 6-Monats-Zeitraums** - von den in § 622 Abs. 4 BGB geregelten Ausnahmen abgesehen - zwingend die gesetzliche Grundkündigungsfrist des § 622 Abs. 1 BGB . "Dem vom Gesetzgeber verfolgten Ziel der Vereinbarung unbefristeter Arbeitsverhältnisse liefe es .. zuwider, wollte man die in § 622 Abs. 3 BGB auf sechs Monate begrenzte Dauer der vereinbarten Probezeit einer zusätzlichen einzelfallabhängigen Angemessenheitskontrolle unterziehen" ( BAG, 24.01.2008 - 6 AZR 519/07 ).