

## Inhaltsübersicht

1. Allgemeines
2. Gesetzliche Grundlagen für einen Probezeit-Arbeitsvertrag
3. Inhaltliche Ausgestaltung eines Probezeit-Arbeitsvertrags
4. Rechtsprechungs-ABC
  - 4.1 Arbeitsverhältnis
  - 4.2 Diskriminierungsverbot
  - 4.3 Festlegung der Dauer
  - 4.4 Vertragsfreiheit

### Information

#### 1. Allgemeines

Der Arbeitsvertrag für die Probezeit ist ein Arbeitsvertrag wie jeder andere. Die Besonderheit liegt darin, dass die Vertragspartner für die Startphase eine Probezeit vereinbaren. Das, was einen Arbeitsvertrag sonst auszeichnet, gilt auch während der Probezeit. Für eine Probezeitvereinbarung - mit Ausnahme der befristeten, § 14 Abs. 4 TzBfG - gibt es keine besondere Formvorschrift. Trotzdem sollte eine Probezeit aus Gründen der Klarheit und Beweisbarkeit stets schriftlich vereinbart werden.

Das Nachweisgesetz - NachwG - verpflichtet Arbeitgeber in § 2, die wesentlichen Vertragsbedingungen schriftlich niederzulegen. Ein Grund mehr, bereits für die Probezeit einen schriftlichen Vertrag zu schließen. Die Vereinbarung einer Probezeit gehört zwar nicht zu den wesentlichen Vertragsbedingungen i.S.d. NachwG, dennoch kann der ganze Katalog des § 2 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 bis Nr. 10 NachwG - von der Bezeichnung der Vertragsparteien bis zum allgemeinen Hinweis auf anzuwendende Tarifverträge und Betriebsvereinbarungen - im Probearbeitsvertrag sorgfältig übernommen und im Rahmen der Vertragsfreiheit - s. § 105 GewO - ausgestaltet werden.

#### 2. Gesetzliche Grundlagen für einen Probezeit-Arbeitsvertrag

Arbeitsverträge sind nach den zivilrechtlichen Grundlagen des BGB formfrei. Zum Inhalt eines Arbeitsvertrags gehört nach § 611 Abs. 1 BGB eigentlich nur die Einigung der Vertragspartner über

- die zu leistende Arbeit und
- die dafür zu zahlende Vergütung.

Das BGB sagt nichts Besonderes zur Probezeit, außer in § 622 Abs. 3 :

" Während einer vereinbarten Probezeit , längstens für die Dauer von sechs Monaten , kann das Arbeitsverhältnis mit einer Frist von zwei Wochen gekündigt werden."

Das BGB schreibt Arbeitgebern und Arbeitnehmern nicht vor, wie sie ihre Probezeit vereinbaren.

#### **Praxistipp:**

Im Arbeitsleben ist es üblich, für die Startphase keinen ausschließlichen Probezeit-Arbeitsvertrag zu vereinbaren. In der Regel wird ein Arbeitsvertrag vereinbart, der eine Probezeitklausel enthält: "Das Arbeitsverhältnis wird zunächst für die Zeit vom <Datum> bis zum <Datum> zur Probe eingegangen. Während dieser Zeit kann es mit einer Kündigungsfrist von zwei Wochen gekündigt werden". Das reicht.

Wer die Möglichkeit einer befristeten Probezeit nutzt, muss dabei § 14 Abs. 4 TzBfG beachten:

"Die Befristung eines Arbeitsvertrages bedarf zu ihrer Wirksamkeit der **Schriftform** ."

Ansonsten heißt es in § 105 GewO :

"Arbeitgeber und Arbeitnehmer können Abschluss, Inhalt und Form des Arbeitsvertrages frei vereinbaren, soweit nicht

- ◆ zwingende gesetzliche Vorschriften
- ◆ Bestimmungen

- ◇ eines anwendbaren Tarifvertrags oder
- ◇ einer Betriebsvereinbarung

entgegenstehen. Soweit die Vertragsbedingungen wesentlich sind, richtet sich ihr Nachweis nach den Bestimmungen des Nachweisgesetzes ".

### 3. Inhaltliche Ausgestaltung eines Probezeit-Arbeitsvertrags

Gleichgültig, ob der Arbeitgeber mit seinem Arbeitnehmer

- einen unbefristeten Arbeitsvertrag mit vorgeschalteter Probezeit,
- einen unbefristeten Arbeitsvertrag mit befristeter Probezeit ,
- ein befristetes Arbeitsverhältnis mit eingebauter Probezeit oder
- einen befristeten Arbeitsvertrag zur Erprobung des Arbeitnehmers

schließt: die inhaltlichen Anforderungen sind überall gleich. Als **wesentliche Elemente** eines Arbeitsvertrags sind mindestens die nach § 2 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 bis Nr. 10 NachwG in die Niederschrift der wesentlichen Vertragsbedingungen genannten Punkte aufzunehmen:

- Name und Anschrift von Arbeitgeber und Arbeitnehmer
- Zeitpunkt des Beginns des Arbeitsverhältnisses
- die vorhersehbare Dauer eines befristeten Arbeitsverhältnisses
- der Ort der Arbeitsleistung oder der Hinweis, *"dass der Arbeitnehmer an verschiedenen Orten beschäftigt werden kann"*
- eine kurze Beschreibung oder Charakterisierung der zu leistenden Tätigkeit
- die Höhe, Fälligkeit und Zusammensetzung des Arbeitsentgelts
- die vereinbarte Arbeitszeit
- die Urlaubsdauer
- die maßgeblichen Kündigungsfristen
- *"ein in allgemeiner Form gehaltener Hinweis auf die Tarifverträge, Betriebs- und Dienstvereinbarungen, die auf das Arbeitsverhältnis anzuwenden sind"*

Interessant ist, dass § 2 Abs. 1 NachwG nichts zur Probezeit sagt. Sie gehört damit offensichtlich nicht zu den "wesentlichen Vertragsbedingungen".

#### **Praxistipp:**

Da Arbeitgeber, wenn nicht gerade ein maximal einmonatiges Aushilfsarbeitsverhältnis vorliegt, ihren Mitarbeitern ohnehin den Nachweis nach § 2 Abs. 1 NachwG ausstellen müssen, bietet es sich an, gleich einen schriftlichen Arbeitsvertrag zu schließen. Zur Klarstellung und aus Beweisgründen ist das ohnehin besser. Mündliche Nebenabreden gelten - wenn es keine Befristungsvereinbarung ist - zwar auch, lassen sich aber schwer darlegen und unter Beweis stellen. Daher ist es sinnvoll, (Probe)Arbeitsverträge immer in Schriftform zu gießen.

Der **weitere Inhalt eines (Probe)Arbeitsvertrags** wird unter anderem durch

- die betrieblichen Anforderungen,
- die Umstände des Einzelfalls,
- Tarifverträge und
- Betriebsvereinbarungen

vorgegeben. Im Übrigen wird wegen der inhaltlichen Gestaltung eines (Probe)Arbeitsvertrags auf das Stichwort Arbeitsvertrag und die Musterarbeitsverträge im Formulareil verwiesen.

#### 4. Rechtsprechungs-ABC

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

##### 4.1 Arbeitsverhältnis

Die Annahme eines Arbeitsverhältnisses setzt zunächst voraus, dass die beteiligten Parteien einen Arbeitsvertrag schließen. In diesem Arbeitsvertrag verpflichtet sich der Arbeitnehmer gegenüber dem Arbeitgeber auf privatrechtlicher Basis (= Austausch deckungsgleicher Willenserklärungen, §§ 145 ff. BGB), in persönlicher Abhängigkeit weisungsgebundene, fremdbestimmte Arbeit zu leisten. Dabei kann das Weisungsrecht des Vertragspartners Arbeitgeber Inhalt, Durchführung, Zeit, Dauer und Ort der Tätigkeit betreffen. "Arbeitnehmer ist [dann] derjenige Mitarbeiter, der nicht im Wesentlichen frei seine Tätigkeit gestalten und seine Arbeitszeit bestimmen kann." Bei der Bewertung eines Vertrags als Arbeitsverhältnis sind alle Umstände des Einzelfalls zu berücksichtigen und in ihrer Gesamtheit zu würdigen (= Gesamtbetrachtung).

Die ausdrücklich getroffenen Vereinbarungen und die praktische Durchführung des Vertrags bestimmen den objektiven Inhalt des Rechtsgeschäfts. So können die Parteien zwingende gesetzliche Regelungen für Arbeitsverhältnisse nicht dadurch abbedingen, dass sie ihrem Rechtsverhältnis Arbeitsvertrag einen anderen Namen geben (s. dazu BAG, 09.04.2014 - 10 AZR 590/13). Bei einem Widerspruch zwischen Vereinbarung und tatsächlicher Durchführung entscheidet Letztere. Aus "der praktischen Handhabung der Vertragsbeziehungen [lassen sich] am ehesten Rückschlüsse darauf ziehen .., von welchen Rechten und Pflichten die Vertragspartner ausgegangen sind, was sie also wirklich gewollt haben" (s. dazu BAG, 14.06.2016 - 9 AZR 305/15 und BAG, 11.08.2015 - 9 AZR 98/14). Es gibt keine abstrakten, für alle Arbeitsverhältnisse geltenden Merkmale (BAG, 17.01.2017 - 9 AZR 76/16 - mit Hinweis auf BAG, 14.06.2016 - 9 AZR 305/15 und BAG, 21.07.2015 - 9 AZR 484/14).

##### 4.2 Diskriminierungsverbot

Ein Arbeitsvertrag wird nach dem Grundsatz der Vertragsfreiheit - § 105 GewO - begründet. Der Arbeitgeber kann danach frei entscheiden, ob und mit wem er einen Arbeitsvertrag schließt und ihn damit in den Kreis seiner Mitarbeiter aufnimmt. Er ist beim Abschluss von Arbeitsverträgen nicht an den arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz gebunden - er muss nur die spezialgesetzlichen Diskriminierungsverbote beachten. Der Arbeitgeber schuldet keine Rechtfertigung für eine Nichteinstellung (LAG München, 30.07.2008 - 11 Sa 115/08).

##### 4.3 Festlegung der Dauer

§ 622 Abs. 3 BGB schränkt die Vertragsfreiheit von Arbeitgebern und Arbeitnehmern bei der Länge der Probezeit ein und beschränkt sie auf maximal sechs Monate. Innerhalb dieser sechs Monate können die Parteien jedoch im Rahmen ihrer Vertragsfreiheit die vollen sechs Monate für ihre Probezeit ausschöpfen oder einen kürzeren Zeitraum wählen. Sie haben auch die Möglichkeit, zunächst eine kürzere als die 6-monatige Probezeit zu vereinbaren und diese kürzere Probezeit dann einvernehmlich zu verlängern (LAG Rheinland-Pfalz, 05.01.1999 - 2 (4) Sa 1139/98).

##### 4.4 Vertragsfreiheit

Arbeitsvertragliche Vereinbarungen sind vertragliche Abreden, für die nach § 105 GewO grundsätzlich die Vertragsfreiheit gilt. Vertragliche Abreden sind nach § 157 BGB so auszulegen, "wie Treu und Glauben [es]

mit Rücksicht auf die Verkehrssitte .. erfordern". "Bei der Auslegung von Willenserklärungen ist" - so § 133 BGB - "der wirkliche Wille zu erforschen und nicht an dem buchstäblichen Sinne des Ausdrucks zu haften". Das heißt: "Bei der Auslegung sind alle tatsächlichen Begleitumstände der Erklärung zu berücksichtigen, die für die Frage von Bedeutung sein können, welchen Willen der Erklärende bei seiner Erklärung gehabt hat und wie die Erklärung von ihrem Empfänger zu verstehen war" (LAG, Schleswig-Holstein, 23.06.2010 - 6 Sa 391/09 - mit Hinweis auf BAG, 26.09.2002 - 6 AZR 434/00 ).