

Probezeit versus Probearbeitsverhältnis

Zu Beginn der meisten neuen Arbeitsverhältnisse stehen sich in der Regel Fremde gegenüber. Dabei wird für eine anfängliche Phase der wechselseitigen Erprobung zumeist eine Probezeit von sechs Monaten vereinbart, die jedoch vielen Arbeitgebern nicht ausreicht, um die Eignung des Arbeitnehmers endgültig beurteilen zu können.

Die wechselseitige Erprobung kann auf zwei Arten erfolgen: Entweder wird ein unbefristetes Arbeitsverhältnis vereinbart, in welches eine vorgeschaltete Probezeit eingebettet ist oder die Vertragsparteien schließen ein von vorn herein befristetes Probearbeitsverhältnis.

Das unbefristete Arbeitsverhältnis mit vorgeschalteter Probezeit wird zumeist mit der Klausel: „Der Arbeitsvertrag wird auf unbestimmte Zeit abgeschlossen. Die ersten sechs Monate gelten als Probezeit. Während dieser Zeit kann das Arbeitsverhältnis beiderseits mit einer Frist von zwei Wochen gekündigt werden.“ eingegangen. Diese Regelung entspricht § 622 Abs. 3 BGB.

Hintergrund dieser erleichterten Kündigungsfrist ist das Interesse beider Vertragsparteien, bei Enttäuschung der jeweiligen Erwartungen, das Arbeitsverhältnis unter erleichterten Bedingungen wieder lösen zu können. Das Gesetz trägt dem beiderseitigen Interesse an einer erleichterten Auflösung des unbefristeten abgeschlossenen Arbeitsverhältnisses Rechnung, in dem es für die vorgeschaltete Probezeit bis zu einer Grenze von sechs Monaten gegenüber der Grundkündigungsfrist vier Wochen zur Mitte oder zum Ende eines Kalendermonats eine verkürzte Kündigungsfrist von zwei Wochen ohne Kündigungstermin vorsieht.

Die sechsmonatige Probezeit korrespondiert im Übrigen mit der sechsmonatigen Wartefrist nach § 1 Abs. 1 Kündigungsschutzgesetz, so dass eine in diesem Zeit-

raum ausgesprochene Kündigung keiner sozialen Rechtfertigung bedarf. Ferner deckt sich die Dauer der Probezeit mit der Wartezeit für einen Urlaubsanspruch, welche unter dem Gesichtspunkt zu sehen ist, dass in der Probezeit eine möglichst ununterbrochene Erprobung erfolgen soll. Bei der Vereinbarung der Dauer der Probezeit kommt es, entgegen der früheren Auffassungen der Literatur und Teilen der Rechtsprechung, nicht auf den Schwierigkeitsgrad der Tätigkeit an. Das Bundesarbeitsgericht hat zuletzt entschieden, dass die Probezeitvereinbarung von sechs Monaten unabhängig von der Schwierigkeit der zu erprobenden Tätigkeit zulässig ist, da gesetzlich so vorgesehen.

Wenn der Arbeitgeber kurz vor Ablauf der Probezeit erkennt, dass ihm diese nicht ausreicht, ist es unzulässig, wenn er die Probezeit einseitig verlängert. Aber auch eine beiderseitige Verlängerung der Probezeit begegnet erheblichen Bedenken und zwar jedenfalls, sofern die Probezeit den Zeitraum von sechs Monaten überschreitet oder gar eine Neubegründung nach Ablauf dieses Zeitraumes erfolgt. Im Übrigen wäre für den Arbeitgeber, sofern das Kündigungsschutzgesetz Anwendung findet, nichts gewonnen, da auch eine Verlängerung der Probezeit die Wartezeit des Kündigungsschutzgesetzes nicht betrifft und eine mögliche Kündigung daher sozial gerechtfertigt sein müsste. Eine zulässige, wenn auch vom Arbeitnehmer zustimmungsbedürftige, Möglichkeit das Arbeitsverhältnis zunächst weiterzuführen, ist die Umwandlung des bestehenden unbefristeten Arbeitsverhältnisses in ein befristetes Arbeitsverhältnis. Allerdings bedarf diese Befristung eines sachlichen Grundes, da das Arbeitsverhältnis zuvor als unbefristetes Arbeitsverhältnis bestand. Es sollte dabei auf eine neue Probezeit verzichtet werden, da diese Vereinbarung zur Unwirksamkeit der Befristung führen könnte.

Alternativ zu einem unbefristeten Arbeitsverhältnis mit vorgeschalteter Probezeit bietet sich ein von vornherein befristetes Probearbeitsverhältnis an. Sofern nicht durch Gesetz oder Kollektivvertrag ausgeschlossen, kann zum Zwecke der Erprobung ein befristetes Arbeitsverhältnis z. B. mit folgender Klausel geschlossen werden: *„Dieser Vertrag wird vom ... bis ... zur Probe abgeschlossen und endet mit*

dem Ablauf der Probezeit, sofern nicht vorher die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses vereinbart wird. Während der Dauer der Befristung kann das Arbeitsverhältnis von beiden Seiten mit einer Frist von ... gekündigt werden.“ Nach dem Teilzeit- und Befristungsgesetz – TzBfG bedarf die Befristung der Schriftform. Es empfiehlt sich, sowohl die Befristung an sich als auch die Dauer vertraglich zu fixieren. Die Befristung ist nur für die Dauer der zulässigen Probezeit, die sich aus den Anforderungen der Tätigkeit, Branchenüblichkeit oder in den Gründen der Person des Arbeitnehmers ergeben, zulässig. Sofern zugleich die kalendermäßige Befristung eines Arbeitsvertrages ohne Vorliegen eines sachlichen Grundes bis zu einer Dauer von zwei Jahren vorliegt, ist die Angabe des Grundes „Probearbeitsverhältnis“ entbehrlich, da bis zu einer Gesamtdauer von zwei Jahren bei höchstens dreimaliger Vertragsverlängerung in diesem Zeitraum ein befristetes Arbeitsverhältnis ohne Grund zulässig ist. Möglich wäre also eine Gestaltung dahingehend, dass zunächst ein Sechsmonatsvertrag und sodann entweder ein weiterer Sechsmonatsvertrag und daran anschließend ein Einjahresvertrag oder aber ein achtzehnmonatiger Vertrag befristet abgeschlossen werden. Dabei sollte auf die ordentlichen Kündigungsfristen nicht verzichtet und auch eine Probezeit kann zulässigerweise vereinbart werden. Voraussetzung für all das ist, dass zwischen dem Arbeitnehmer und dem Arbeitgeber nicht bereits zuvor ein Arbeitsverhältnis bestand. Das befristete Arbeitsverhältnis hat den Vorteil, dass es kalendermäßig bestimmt automatisch endet und nicht die Wirkungen des Kündigungsschutzgesetzes entfaltet. Der Gesetzgeber hat diese Verkürzung der Arbeitnehmerrechte mit Schaffung des TzBfG hingenommen.

Fazit

Der Arbeitgeber hat mehrere Möglichkeiten ein Probearbeitsverhältnis mit dem Arbeitnehmer abzuschließen. Im unbefristeten Arbeitsverhältnis kann eine vorgeschaltete Probezeit im gesetzlich zulässigen Rahmen vereinbart werden, die vom Arbeitgeber überwacht werden muss und zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses eine rechtzeitige Kündigungserklärung gegenüber dem Arbeitnehmer erfordert. Sofern der Arbeitgeber den letztmöglich zulässigen Zeitpunkt des Ausspruchs einer

Kündigungserklärung verpasst, besteht ein unbefristetes Arbeitsverhältnis mit all seinen rechtlichen Folgen fort.

Fast einfacher zu handhaben ist der Abschluss eines befristeten Arbeitsverhältnisses im oben genannten Rahmen mit automatischem Beendigungszeitraum, der keinen Ausspruch der Kündigung erfordert. Die Befristung muss schriftlich fixiert werden, das Beendigungsdatum sollte im Vertrag konkretisiert sein. Auch in einem befristeten Arbeitsvertrag können eine Probezeit sowie die ordentlichen Kündigungsfristen vereinbart werden. Darauf sollte der Arbeitgeber nicht verzichten. Innerhalb von zwei Jahren hat der Arbeitgeber die Möglichkeit durch vier befristete Arbeitsverträge tatsächlich zu prüfen, ob der Arbeitnehmer sowohl aus persönlichen als auch aus fachlichen Gesichtspunkten zu ihm passt.

Kathrin Möller

Rechtsanwältin

Sozietät Dr. Rehborn
Kurfürstendamm 184
10707 Berlin
Tel.: 030/887769-10
Fax: 030/887769-15