

Hinweise

zur Vertragsgestaltung

■ Aufhebungsvertrag als Mittel zur Probezeitverlängerung

von RAin FAinArbR Dr. Cornelia Marquardt, München*

Arbeitgeber sind immer wieder mit der Situation konfrontiert, dass die gesetzlich vorgesehene Dauer der Probezeit von sechs Monaten nicht ausreicht, um die Eignung eines neu eingestellten Arbeitnehmers für seine Position abschließend beurteilen zu können. In diesem Zusammenhang stellt sich die Frage, ob und wie eine Verlängerung der Probezeit rechtlich möglich ist. Das BAG¹ bestätigte zwischenzeitlich, dass der Arbeitgeber anstelle einer Probezeitkündigung auch einen Aufhebungsvertrag schließen kann, in dessen Rahmen er dem Arbeitnehmer durch eine längere Auslaufzeit eine erneute Bewährungschance einräumt. Die Rahmenbedingungen eines solchen Aufhebungsvertrages werden im folgenden mit Formulierungshilfen näher dargestellt.

I. Gesetzliche Vorgaben: § 622 Abs. 3 BGB und § 1 Abs. 1 KSchG

Die gesetzlichen Vorgaben zur Probezeit finden sich in § 622 Abs. 3 BGB und § 1 Abs. 1 KSchG. Eine Probezeit, während der das Arbeitsverhältnis ohne Vorliegen eines den Anforderungen des KSchG genügenden Grundes und mit der besonders kurzen zweiwöchigen Kündigungsfrist gekündigt werden kann, ist danach für die Dauer von **maximal sechs Monaten** möglich.² Soweit in der Praxis gelegentlich von vornherein eine längere Probezeit oder zu einem späteren Zeitpunkt deren Verlängerung vereinbart wird, können solche Abreden deshalb allenfalls psychologische Wirkung entfalten, falls der Arbeitnehmer ihre Wirksamkeit nicht gerichtlich überprüfen lässt. Aus rechtlicher Sicht erhalten sie dem Arbeitgeber die Erleichterungen der ersten sechs Monate im Hinblick auf die Kündbarkeit des Arbeitsverhältnisses jedoch nicht.

Auch die Befristung eines Arbeitsverhältnisses zum Zweck der Erprobung gem. § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 5 TzBfG ist regelmäßig nur für einen Zeitraum von sechs Monaten zulässig.³ Nur in Ausnahmefällen, in denen aufgrund besonders komplexer Anforderungen oder einer langen Einarbeitungszeit von vornherein feststeht, dass die Erprobung während dieses Zeitraums nicht abgeschlossen werden kann, kann nach § 14 TzBfG ein befristetes Probearbeitsverhältnis auch für einen längeren Zeitraum eingegangen werden.⁴

II. Beendigungsentscheidung in der Probezeit

Infolge der Höchstdauer der Probezeit von sechs Monaten hat sich der Arbeitgeber grundsätzlich innerhalb dieser Frist über die Eignung eines neu eingestellten Arbeitnehmers klar zu werden. Zumeist wird dies kein Problem darstellen und der Arbeitgeber sich bei negativem Verlauf der Probezeit zu einer Probezeitkündigung (mit der regelmäßig besonders kurzen Frist) entscheiden.

Sieht sich der Arbeitgeber bei Ablauf der Probezeit aber noch nicht in der Lage, ein abschließendes Urteil über die Fähigkeiten und die Eignung des neu eingestellten Arbeitnehmers zu fällen, hat er allerdings häufig ein starkes Interesse daran, in Ruhe eine abschließende Beurteilung vornehmen zu können. Motiv hierfür ist häufig nicht nur die soziale Verantwortung gegenüber dem Arbeitnehmer, sondern auch der Unwille, die bereits in die Einarbeitung des Arbeitnehmers investierte Zeit als nutzlos abzuschreiben und die Anlernphase bei dessen Nachfolger wiederholen zu müssen. Um durch die Verzögerung der Beendigung des Arbeitsverhältnisses einen zusätzlichen Erprobungszeitraum zu gewinnen, kann der Arbeitgeber entweder eine **Probezeitkündigung** aussprechen, hierbei jedoch auf die kurze Sonderfrist verzichten **und mit einer längeren Auslaufzeit** kündigen. **Oder** er schließt mit dem Arbeitnehmer einen **Aufhebungsvertrag**, der die Beendigung des Arbeitsverhältnisses ebenfalls nicht mit der kurzen, während der Probezeit geltenden, Sonderkündigungsfrist, **sondern mit einer längeren Frist** vorsieht.

Während das Aussprechen einer Probezeitkündigung zu einer klaren Rechtslage führt, sind bei Abschluss eines Aufhebungsvertrages die allgemeinen Unsicherheiten zu den Anforderungen an Allgemeine Geschäftsbedingungen sowie hinsichtlich eines etwaigen Widerrufsrechts des Arbeitnehmers nicht auszuschließen.⁵ Gleichwohl stellt ein Aufhebungsvertrag mit einer längeren Auslaufzeit häufig die für die Praxis günstigere Beendigungsform dar: Der Ausspruch einer Kündigung wird den betroffenen Arbeitnehmer regelmäßig zur **sofortigen Suche nach einem anderen Arbeitsplatz** animieren; hierdurch steigt das Risiko, den Arbeitnehmer selbst dann zu verlieren, wenn er sich in der Folgezeit bewähren sollte. Demgegenüber wird der Aufhebungsvertrag bei einer entsprechenden Formulierung erfahrungsgemäß als **weniger gravierender Schritt** und **als echte weitere Bewährungsmöglichkeit** empfunden, wodurch die Chancen, den Mitarbeiter weiter dem Unternehmen verpflichtet halten zu können, deutlich besser stehen.

Der gewählte Beendigungstatbestand ist **in jedem Fall vor Ablauf der ersten sechs Monate** des Arbeitsverhältnisses zu schaffen. Verstreichen diese, ohne dass der Arbeitgeber die Beendigung einleitet, geltend die Probezeit-

* Norton Rose Vieregge, München.

1 BAG v. 7.3.2002 – 2 AZR 93/01, ArbRB 2002, 258.

2 So im Ergebnis auch BAG v. 15.8.1984 – 7 AZR 228/82, BAGE 46, 163.

3 BAG v. 15.3.1978 – 5 AZR 831/76, DB 1978, 1744; *Schmalenberg* in Tschöpe, Arbeitsrecht, 3. Aufl. 2003, Teil 3 I Rz. 59.

4 Vgl. BAG v. 15.3.1978 – 5 AZR 831/76, DB 1978, 1744; *Schmalenberg* in Tschöpe, Arbeitsrecht, 3. Aufl. 2003, Teil 3 I Rz. 59.

5 Vgl. *Schulte*, ArbRB 2002, 246 (242).

Hinweise zur Vertragsgestaltung

privilegien nicht mehr. Eine Kündigung ist dann nur noch mit Kündigungsgrund i. S. d. § 1 KSchG möglich und ein Aufhebungsvertrag wird an dem regelmäßig fehlenden Interesse des Arbeitnehmers scheitern.

III. Aufhebungsvertrag mit bedingter Wiedereinstellungszusage

Im folgenden werden die inhaltlichen Besonderheiten eines Aufhebungsvertrages zur Verlängerung der Probezeit mit Formulierungsvorschlägen dargestellt. Hinsichtlich der allgemeinen Anforderungen an einen Aufhebungsvertrag sei auf die Hinweise von *Schulte*⁶ und *Moderegger*⁷ verwiesen.

1. Zweckbestimmung

Um klarzustellen, dass der Aufhebungsvertrag lediglich die ohne weiteres zulässige Probezeitkündigung ersetzt, und Zweifel an seiner Wirksamkeit von vornherein zu minimieren, empfiehlt es sich, die Ausgangssituation in einer kurzen **Vorbemerkung** zum Aufhebungsvertrag darzustellen.

Musterformulierung

Der bisherige Verlauf der Probezeit hat den Arbeitgeber von der Eignung des Arbeitnehmers für die vertraglich vereinbarte Position nicht überzeugt. Der Arbeitgeber sieht sich daher gezwungen, das Arbeitsverhältnis während der Probezeit zu beenden. Um dem Arbeitnehmer die Möglichkeit zu geben, die bestehenden Zweifel an seinen Fähigkeiten auszuräumen, ist der Arbeitgeber aber bereit, das Arbeitsverhältnis nicht mit der während der Probezeit kürzest möglichen Kündigungsfrist, sondern mit einer längeren Auslauffrist zu beenden und die Möglichkeit einer Wiedereinstellung des Arbeitnehmers bei Ablauf dieser Auslauffrist noch einmal zu prüfen.

2. Festlegung einer angemessenen Auslauffrist

Bei der Festlegung des Beendigungszeitraums sind die Parteien grundsätzlich frei. Die für den Zeitraum der Probezeit vereinbarte (in der Regel besonders kurze) Kündigungsfrist stellt nur eine Minimalfrist dar. Allerdings ist zu beachten, dass eine **übermäßig lange Auslauffrist eine nachträgliche Befristung** darstellt.⁸ Der Aufhebungsvertrag ist in diesem Fall nicht auf die Beendigung, sondern auf die befristete Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses gerichtet und unterliegt deshalb der gerichtlichen Befristungskontrolle. Bei Fehlen eines Sachgrundes entsteht dann ein unbefristetes Arbeitsverhältnis.

Eine absolute Grenze, bis zu der die Länge der gewählten Vorfrist noch als zulässig einzustufen ist, gibt es nicht. Die maximal zulässige Auslauffrist ist vielmehr für jeden Ein-

zelfall gesondert zu bestimmen. Eine Orientierungshilfe stellt dabei die für das Arbeitsverhältnis nach Ablauf der Probezeit vereinbarte Kündigungsfrist bzw. die anwendbare tarifliche oder gesetzliche Frist dar. Solange es sich um eine überschaubare Frist handelt – im entschiedenen Fall wurde dies bei vier Monaten bejaht – und die längste tarifliche Kündigungsfrist unterschritten wird, ist dies nach Auffassung des BAG nicht zu beanstanden.⁹

Bei Festlegung des Beendigungszeitpunktes im Vertrag empfiehlt sich ein weiterer **klarstellender Hinweis auf den Zweck der Auslauffrist**.

Musterformulierung

Die Parteien sind sich darüber einig, dass das zwischen ihnen bestehende Arbeitsverhältnis mit Ablauf des enden wird. Der Zeitraum bis zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses soll dem Arbeitnehmer die Möglichkeit geben, sich auf seiner Position zu bewähren. Die Parteien haben sich deshalb dahingehend verständigt, die für das Arbeitsverhältnis einschlägige ordentliche Kündigungsfrist zu überschreiten.

3. Bedingte Wiedereinstellungszusage

Durch die Aufnahme einer bedingten Wiedereinstellungszusage läßt sich der Bewährungszweck des Aufhebungsvertrages zusätzlich dokumentieren und ein **Anreiz für den Arbeitnehmer** zum Abschluss des Vertrages schaffen.

Bei Formulierung einer entsprechenden Klausel ist darauf zu achten, dass **keine „Weiterbeschäftigung“** vereinbart wird, **sondern eine „Wiedereinstellung“**. Die Vereinbarung einer Weiterbeschäftigung würde eine auflösende Bedingung darstellen, die – wie eine Befristung – eines Sachgrundes bedürfte.¹⁰ Durch eine zurückhaltende Formulierung kann dabei ein Rechtsanspruch des Arbeitnehmers vermieden werden.¹¹ Die Entscheidung, ob der Arbeitnehmer seine Anforderungen erfüllt, obliegt allein dem Arbeitgeber; vorsorglich sollte von einer vorzeitigen Bestätigung der Bewährung während der laufenden Auslauffrist abgesehen werden, um das Entstehen eines Wiedereinstellungsanspruchs zu vermeiden.

Musterformulierung

Bewährt sich der Arbeitnehmer während der vereinbarten Auslauffrist, wird der Arbeitgeber die Wiedereinstellung des Arbeitnehmers prüfen. Die Entscheidung über die Bewährung des Arbeitnehmers obliegt allein dem Arbeitgeber.

4. Informationsabrede

Abschließend dürfte sich aus mehreren Gründen die Aufnahme einer Verpflichtung des Arbeitgebers empfehlen, den Arbeitnehmer rechtzeitig vor Ablauf der Auslauffrist über seine Einschätzung hinsichtlich der Bewährung zu informieren. Zum einen kann hierdurch das Risiko verringert werden, dass der Arbeitnehmer sich bereits vorzeitig um eine anderweitige Stelle bemüht. Zum anderen lässt sich mit der Begründung, dass dem Arbeitnehmer im Anschluss an die Erprobungsphase ein gewisser Zeitraum für

⁶ *Schulte*, ArbRB 2000, 246.

⁷ *Moderegger*, ArbRB 2003, 187 (189).

⁸ BAG v. 12. 1. 2000 – 7 AZR 48/99, BAGE 93, 162.

⁹ BAG v. 7. 3. 2002 – 2 AZR 93/01, ArbRB 2002, 258.

¹⁰ BAG v. 7. 3. 2002 – 2 AZR 93/01, ArbRB 2002, 258.

¹¹ Vgl. auch *Leuchten* in Tschöpe, Arbeitsrecht, 3. Aufl. 2003, Teil 1 B Rz. 64 a.

Hinweise zu Klagen und Anträgen

Bewerbungsbemühungen eingeräumt werden soll, die insgesamt zulässige Dauer der Auslauffrist verlängern.

Das BAG hat bereits anerkannt, dass eine Verlängerung der Kündigungsfrist, die dem Arbeitnehmer die Chance zur Bewerbung aus einem bestehenden Arbeitsverhältnis heraus bieten soll, zulässig ist.¹²

Musterformulierung

Der Arbeitgeber verpflichtet sich, den Arbeitnehmer spätestens (zum Beispiel einen Monat) vor der vereinbarten Beendigung des Arbeitsverhältnisses über die Chancen für eine Wiedereinstellung zu informieren. Dem Arbeitnehmer soll hierdurch die Möglichkeit gegeben werden, sich ggf. bereits vor Beendigung des Arbeitsverhältnisses für eine Anschlussbeschäftigung bewerben zu können.

Wird eine solche Klausel vereinbart, sollte die vorgeschlagene Präambel um folgende Regelung ergänzt werden:

Musterformulierung

Darüber hinaus soll dem Arbeitnehmer im Anschluss an die Bewährungsphase die Möglichkeit gegeben werden, sich ggf. aus einem bestehenden Arbeitsverhältnis heraus zu bewerben.

IV. Fazit

Der dargestellte Aufhebungsvertrag mit bedingter Wiedereinstellungszusage gibt Arbeitgebern die Möglichkeit, sich Arbeitnehmer, von deren Eignung sie während der regulären Probezeit nicht überzeugt wurden, noch genauer anzuschauen. Dies liegt letztlich im Interesse beider Parteien, da Arbeitnehmer vor einer voreiligen Kündigung während der Probezeit bewahrt werden, die ein vernünftiger Arbeitgeber in dieser Situation anderenfalls aussprechen müsste.

¹² BAG v. 7.3.2002 – 2 AZR 93/01, ArbRB 2002, 258.