

# Angriff auf die Probezeitbefristung

„Wir wollen den Missbrauch bei den Befristungen abschaffen.“ (Koalitionsvertrag v. 7.2.2018 [KV], Rdnr. 2336). Solche Sätze kommen üblicherweise aus den Mündern populistischer Politiker, die auch die ordnungsgemäße Anwendung ordnungsgemäßer Gesetze als Missbrauch bezeichnen und zwar allein deshalb, weil ihnen die Gesetze als solche nicht gefallen. Es geht nämlich um die sachgrundlose Befristung von Arbeitsverträgen. Diesen „Missbrauch“ will die große Koalition (GroKo) wie folgt einschränken: „Deshalb dürfen Arbeitgeber mit mehr als 75 Beschäftigten nur noch maximal 2,5 Prozent der Belegschaft sachgrundlos befristeten.“ (KV Rdnr. 2336 bis 2338).

Dies bedeutet: In den kleineren Unternehmen und in den größeren für max. 2,5 % der Belegschaft darf nach wie vor „rechtsmissbräuchlich“ sachgrundlos befristet werden, während der Rest der Belegschaft vor diesem „Missbrauch“ geschützt sein soll.

Dass die Verfassungswidrigkeit diesem Vorhaben ins Gesicht geschrieben steht, scheint deren Schöpfer nicht zu stören. In einem Großunternehmen mit 150.000 Beschäftigten und mehreren Großbetrieben dürfen also insgesamt nur 3.750 „sachgrundlose Befristungen“ mitgeführt werden. „Bei Überschreiten dieser Quote gilt jedes weitere sachgrundlos befristete Arbeitsverhältnis als unbefristet zustande gekommen.“ (KV Rdnr. 2338 f.). Da in allen Unternehmen – aber in größeren natürlich mit größeren Auswirkungen – durch Fluktuation und Auftragsschwankungen die Belegschaftsstärken schwanken, führt dies zu laufenden Neuberechnungen. Derartige Erfahrungen hatte die Metallindustrie bereits vor Jahrzehnten mit einer Tarifregelung gemacht, die es erlaubte, für einen bestimmten Prozentsatz der Betriebsbelegschaft die tarifliche Wochenhöchstleistungszeit um einige Stunden zu erhöhen. Die Betriebsräte und Gesamtbetriebsräte hatten schon damals viel zu tun, um die Einhaltung solcher Quoten zu überprüfen.

Nun war die sachgrundlose Befristung nicht schon immer Standard des Rechts. Zunächst galt § 620 Abs. 2 BGB, wonach das Dienst- und somit auch das Arbeitsverhältnis enden mit dem Ablauf der Zeit, für die sie eingegangen sind. Das BAG korrigierte diese gesetzlich freigegebene Befristungsregelung jedoch sehr früh (1960) dahin, dass sie eingeschränkt wurde, wenn die Befristung eine Umgehung des Kündigungsschutzes auslöst, wobei auch damit die Befristung nicht verboten, sondern nur an das Erfordernis eines sachlichen

Grundes geknüpft wurde, der von der Rechtsprechung jeweils zu entwickeln war. Erst mit den Beschäftigungsförderungsgesetzen (zuletzt) 1996 wurde die sachgrundlose Befristung eingeführt, die bis zum Auslaufen dieser Gesetze galt (Ende 2000) und dann in § 14 Abs. 2 TzBfG inhaltsgleich übernommen wurde.

Die sachgrundlose Befristung wurde bisher nicht nur für Zwecke der Flexibilisierung, sondern auch für Erprobungs- und Bewährungszwecke genutzt – insbesondere für (hoch)qualifizierte Beschäftigten einerseits und andererseits für Menschen, die Arbeit trotz bestehender Vermittlungshemmnisse suchen und für Einarbeitung, Unterstützung und Fortbildung länger als sechs Monate benötigen. Ob Letztere die geforderte Qualifikation erreichen, darüber kann dann auch erst zu einem späteren Zeitpunkt als dem Ablauf der Sechsmonatsfrist entschieden werden (s. Stellungnahme der BDA vom 9.2.2018: „Die Erwägungen im Koalitionsvertrag stellen daher nicht nur einen Schlag ins Gesicht der Wirtschaft, sondern vor allem einen Schlag ins Gesicht von Menschen, die Arbeit trotz bestehender Vermittlungshemmnisse suchen, dar.“).

Nun fragt es sich, wozu man die sachgrundlose Befristung benötigt, wenn die Rechtsprechung auch schon vor den Beschäftigungsförderungsgesetzen den Sachgrund der Erprobung zugelassen hat und dies auch in § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 5 TzBfG fortgeführt wird. Dies hängt damit zusammen, dass wenn die Befristung vom Sachgrund der Erprobung abhängt, vom Gericht nicht nur die Befristungsvereinbarung als solche, sondern auch deren Anlass, Dauer, Grund und Berechtigung überprüft werden kann, wenn sich der Arbeitnehmer später darauf beruft, dass dieser Sachgrund jedenfalls in vereinbarter Form und vereinbartem Umfang bei Vertragsabschluss nicht vorlag. Somit ist für die Bestimmung der Berechtigung einer befristeten Probezeit und deren sachgerechte Dimensionierung nicht der Arbeitgeber, sondern die Arbeitsgerichtsbarkeit zuständig.

Deshalb empfehlen vorsichtige Berater den Unternehmen für die Erprobung lieber auf die sachgrundlose Befristung zurückzugreifen als auf die Sachgrundbefristung des Gesetzes. Vor Inkrafttreten der Beschäftigungsförderungsgesetze galt die Empfehlung, dass eine Probezeit den kündigungsgeschützten Zeitraum nicht überschreiten sollte, bzw. bei nicht 100%iger Bewährung in den ersten Monaten „sicherheitshalber“ ge-

kündigt werden sollte: „lieber eine kündigungsschutzfreie Kündigung mehr als einen leistungsbedingten Kündigungsschutzprozess“.

Demgegenüber kann die sachgrundlose Befristung jedenfalls für die Dauer von bis zu zwei Jahren den Erprobungs- und Bewährungseffekt erfüllen und zwar selbst dann, wenn bei dieser Befristung als Sachgrund „Erprobung“ angegeben wird, es sei denn, aus dem Vertrag ergibt sich eindeutig, dass die Parteien ausschließlich den Sachgrund „Probe“ für die Befristung vereinbart haben wollten, was jedoch i. d. R. nicht der Fall ist (BAG. Urte. v. 12.8.2009 – 7 AZR 270/08, Rdnr. 27; v. 29.6.2011 – 7 AZR 774/09, Rdnr. 20).

## Fazit

Letztlich produziert die geplante gravierende Einschränkung der sachgrundlosen Befristung partiell nur Verlierer und zwar sowohl auf Arbeitgeber- als auch auf Arbeitnehmerseite. Wird die sachgrundlose Befristung abgeschafft – was dem eingangs zitierten Vorhaben gleichkommt – bleibt wieder nur die Empfehlung, bei Neueinstellungen „vorsorglich“ in den ersten sechs Monaten zu kündigen, wenn der Mitarbeiter in dieser Zeit seine Fähigkeit noch nicht unter Beweis stellen konnte, obwohl er vielleicht in ein oder zwei Jahren den Arbeitgeber überzeugt hätte.

## UNSER AUTOR



**Dr. jur. Günter Schmitt-Rolfes**

Rechtsanwalt und Fachanwalt für Arbeitsrecht, Partner in der Anwaltssozietät Schmitt-Rolfes, Faltermeier, München