Arbeitsrecht

Nicht verwechseln: Probezeit und Wartezeit

Nehmen wir einmal an, bei Ihnen sind drei Stellen zu besetzen. Da diesen sehr unterschiedliche Anforderungen zugrunde liegen, haben Sie mit zwei Mitarbeitern jeweils eine Probezeit von drei Monaten vereinbart. Den Dritten, den Sie gut kennen, stellen Sie ohne Probezeit ein. Nun erweist sich aber, dass die Neueingestellten nicht zu Ihrem Pflegeunternehmen passen. Sie müssen also kündigen. Das tun Sie bei dem einen Probezeit-Mitarbeiter nach zwei, bei dem anderen nach vier Monaten. Den Mitarbeiter ohne Probezeit kündigen sie nach fünf Monaten.

Jeder Mitarbeiter zieht nun vor das Arbeitsgericht und erhebt eine Kündigungsschutzklage. Bei welchem der Mitarbeiter müssen Sie damit rechnen, dass das Gericht das Kündigungsschutzgesetz (KSchG) anwendet und eine strenge Prüfung auf Sozialwidrigkeit der Kündigung vornehmen wird?

Vielleicht überrascht Sie die Antwort: Bei keinem Mitarbeiter müssen Sie die Hürde des KSchG nehmen! Der Grund hierfür liegt in der Unterscheidung von Probezeit und der vom KSchG geforderten Wartezeit.

Eine Probezeit gilt nicht automatisch

Zunächst zur Probezeit: Diese ist gesetzlich nicht geregelt. Außer für Azubis und Pflegeschüler. Sie muss zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber also regelrecht vereinbart werden. Das geschieht meist per Arbeitsvertrag; bspw. mit folgender Klausel: „Dem Arbeitsverhältnis ist eine Probezeit von sechs Monaten vorgeschaltet“.

Außerdem kann sich eine Probezeit auch aus einer Betriebsvereinbarung oder einem Tarifvertrag ergeben. So sieht z. B. der im Pflegebereich häufig einbezogene TVöD eine Probezeit von sechs Monaten vor (§ 2 Abs. 4 Satz 1).

Mein Expertenrat

Häufig wird immer noch ein unbefristeter Arbeitsvertrag mit vorgeschalteter Probezeit abgeschlossen. Flexibler sind Sie aber, wenn Sie einen von vornherein befristeten Arbeitsvertrag abschließen, z.B. auf neun Monate. Im schlimmsten Fall müssen Sie den Arbeitnehmer dann auch solange beschäftigen. Danach sind Sie ihn aber sicher los! Läuft alles gut, dann können Sie einen unbefristeten Arbeitsvertrag anschließen. Oder – unter bestimmen Voraussetzungen – sogar einen weiteren befristeten. Ohne Angabe von Sachgründen ist dies bis zu einem Zeitraum von insgesamt bis zu zwei Jahren möglich (s. § 14 Abs. 2 Teilzeit- und Befristungsgesetz)!

Wartezeit ist gesetzlich festgelegt

Bei der Wartezeit nach dem KSchG handelt es sich um etwas von der Probezeit völlig Unabhängiges.

Der wichtigste Unterschied zur Probezeit: Die Wartezeit wird nicht vereinbart, sie ergibt sich alleine aus dem Gesetz, nämlich aus § 1 Abs. 1 KSchG.

Unterschiedliche Effekte

Zurück zu den Eingangsbeispielen: Alle drei Kündigungen sind innerhalb der vom KSchG geforderten Wartezeit erfolgt, also innerhalb von sechs Monaten nach Beginn des Arbeitsverhältnisses. Die Konsequenz: In keinem der Fälle ist das KSchG anwendbar.

Betrachten wir nun die Probezeit: Der erste Mitarbeiter wurde auf drei Monate befristet eingestellt und nach zwei Monaten gekündigt. Das geschah also innerhalb der Probezeit. Beim zweiten Mitarbeiter geschah dies erst nach vier Monaten, also außerhalb der Probezeit. Die Konsequenz ist nun die: Beim ersten Mitarbeiter gilt die verkürzte Frist für eine Probezeit-Kündigung von zwei Wochen (§ 622 Abs. 3 Bürgerliches Gesetzbuch, BGB). Beim zweiten Mitarbeiter jedoch nicht. Er ist nach den ordentlichen Fristen zu kündigen. Wurde dazu nichts im Arbeitsvertrag vereinbart, dann gilt die gesetzliche Kündigungsfrist von vier Wochen zum Fünfzehnten oder zum Ende eines Kalendermonats (§ 622 Abs. 1 BGB).

Beim dritten Mitarbeiter schließlich wurde gar keine Probezeit vereinbart. Das bedeutet: Hier kann niemals die verkürzte Frist von zwei Wochen greifen. Wurde nichts anderes vereinbart, so gilt die zuvor erläuterte ordentliche Kündigungsfrist.

Zusammengefasst kann man also festhalten: Die Vereinbarung einer Probezeit hat einzig und allein den Effekt, Kündigungsfrist zu verkürzen. Für die Anwendbarkeit des KSchG interessiert die Probezeit überhaupt nicht. Hierfür kommt es einzig und allein auf die Dauer des Arbeitsverhältnisses an.

Checkliste: Anwendbarkeit des KSchG (3x6x10-Regel):

- Wird die Kündigungsschutzklage vom Arbeitnehmer innerhalb von drei Wochen ab Zugang der Kündigung erhoben?
- Bestand das Arbeitsverhältnis mindestens über einen Zeitraum von sechs Monaten?
- Gibt es im Betrieb des Arbeitgebers mehr als zehn Vollzeitstellen?

Der Fall aus der Praxis

Sehr schön kann man den Unterschied zwischen Probe- und Wartezeit am folgenden Fall sehen: Gesetzt den Fall, was schwierig genug ist, es gelingt, eine Probezeit über sechs Monate auf neun Monate hinaus zu verlängern. Der Effekt? Wird dem

Mitarbeiter im siebten Monat gekündigt, dann darf der Arbeitgeber dies unter Rückgriff auf die verkürzte Kündigungsfrist tun. Aber: Das Kündigungsschutzgesetz ist dennoch anwendbar! Denn die Wartezeit von sechs Monaten ist überschritten.

„Kleiner Kündigungsschutz"

Die Wartezeit entscheidet also über die Anwendbarkeit des KSchG. Sind die sechs Monate noch nicht verstrichen, dann greift der Kündigungsschutz nicht. Allerdings gibt es in den ersten sechs Monaten eines Beschäftigungsverhältnisses durchaus einen „kleinen Kündigungsschutz". Diesen machen die Gerichte an § 138 BGB (Sittenwidrigkeit) und § 242 BGB (Treuwidrigkeit) fest.

Allerdings können diese Vorschriften nur bei wirklich groben Verstößen eine Kündigung kippen, z. B.: wenn der Mitarbeiter alleine wegen Homosexualität gekündigt wird oder nur um in einer persönlich extrem belastenden Situation (z. B. wenige Tage nach dem Krebstod des Lebenspartners) bewusst noch „eins oben drauf" zu setzen.

Ihr Vorteil als Arbeitgeber: Normalerweise müssen Sie den Kündigungsgrund unter Beweis stellen. Beim „kleinen Kündigungsschutz" dreht sich die Beweislast jedoch um. In diesem Fall muss der Arbeitnehmer Willkür oder eine sachfremde Entscheidung des Arbeitgebers – zumindest mit Indizien – belegen.

Bestimmung der Wartezeit

Damit klar ist, ob nur der kleine oder der große Kündigungsschutz greift, müssen Sie die Wartezeit exakt bestimmen können. So geht's:

Die Frist beginnt mit der Arbeitsaufnahme. Zur Klarstellung schreiben Sie in den Arbeitsvertrag einfach das genaue Datum der Arbeitsaufnahme hinein. Nehmen wir an, es handelt sich um den 1.9. Dann endet die Frist am 31.3. – und nicht am 1.4. Mit anderen Worten: Die Kündigung muss dem Mitarbeiter spätestens am 31.3 zugegangen sein! Achtung: Nur der Zugang der Kündigung muss bis dahin erledigt sein, das Arbeitsverhältnis darf durchaus noch darüber hinaus (bis zum Ende der Kündigungsfrist) weiterlaufen.

Mein Expertenrat

Passen Sie bei Schichtarbeitern auf. Kommen diese erst früh morgens nach Hause und wird erst dann die Kündigung in den Briefkasten eingelegt, so gilt die Kündigung i.d.R. erst am nächsten Tag als zugegangen! Also: Kündigungen rechtzeitig vorher übersenden. Am beweissichersten ist das übrigens per Boten.

Prüfen Sie immer, ob Ihr Mitarbeiter schon einmal bei Ihnen beschäftigt war. So wird bspw. die Zeit als Azubi bzw. Schüler angerechnet. Mit anderen Worten: Wird der Schüler nach seiner Ausbildung übernommen, so genießt er sofort den vollen Kündigungsschutz, da die Wartezeit von sechs Monaten bereits lange überschritten ist.

Kompliziert kann es werden, wenn ein Mitarbeiter zuvor schon einmal bei Ihnen gearbeitet hat. Laut Rechtsprechung kommt es dann darauf an, ob ein enger sachlicher Zusammenhang zwischen den Arbeitsverhältnissen bestand. Ist dies der Fall, dann werden die Zeiten zusammengerechnet und die Wartezeit kann dadurch überschritten sein. Ein Beispiel: Eine Mitarbeiterin war als Betreuungsassistentin tätig, wird dann aber, weil es sich um eine voll ausgebildete Altenpflegerin handelt, als Pflegekraft mit einem neuen Arbeitsvertrag weiterbeschäftigt.

Sonderkündigungsschutz in der Wartezeit

In der Praxis am häufigsten begegnet man dem Kündigungsverbot während des Mutterschutzes (§ 9 Mutterschutzgesetz). Außerdem genießen Menschen mit einer Behinderung einen Sonderkündigungsschutz. Bei Letzteren verhält es sich aber so, dass für Menschen mit einer Behinderung ebenfalls eine Wartezeit von sechs Monaten gilt (§ 90 Abs. 1 Nr. 1 SGB IX). Mit anderen Worten: Der Sonderkündigungsschutz von Müttern gilt auch während der sechsmonatigen Wartezeit des KSchG. Menschen mit einer Behinderung hingegen müssen ebenfalls eine sechsmonatige Wartezeit hinter sich bringen, bevor sie ihre Sonderrechte geltend machen können.

Verlängerung der Probezeit

Abschließend noch zu einem in der Praxis häufig bestehenden Bedürfnis nach Verlängerung der Probezeit.

Wurde eine Probezeit von weniger als sechs Monaten vereinbart, dann lässt sich diese i.d.R. problemlos auf bis zu sechs Monate verlängern. Darüber hinausgehende Verlängerungen sind vor dem Hintergrund der Wartezeit beim KSchG kaum sinnvoll. Denn selbst wenn mehr als sechs Monate Probezeit möglich wären, so greift dann auf jeden Fall das KSchG – und damit der komplette Kündigungsschutz.

Die einzige sinnvolle Möglichkeit ist, den Arbeitsvertrag innerhalb der Wartezeit zu kündigen bzw. mit dem Arbeitnehmer einen Aufhebungsvertrag zu schließen. Beides muss verbunden sein mit einer verlängerten Kündigungs- bzw. Auslauffrist. Außerdem sagt man dem Arbeitnehmer zu, ihn bei Bewährung wiedereinzustellen; am besten schriftlich mit einem von der Kündigung gesonderten Dokument. Dann kann man später auch beweisen, dass die Kündigung nicht alleine im Interesse des Arbeitgebers, sondern auch des Arbeitnehmers erfolgt ist.

Das Bundesarbeitsgericht hat diese Gestaltungsmöglichkeit anerkannt. Allerdings hat es sich nicht zu Kündigungs- bzw. Auslauffrist geäußert. Hier sollte man drei Monate jedenfalls nicht überschreiten.