

Aktenzeichen: 2 AZR 1108/78

LAG Düsseldorf

Urteil des BAG vom 12. Februar 1981

Für das Nachschlagewerk: Ja
Für die Fachpresse: Ja
Für die Amtliche Sammlung: Nein

Gesetz: BAT § 5, § 53; AFG § 93; BGB § 620 Befristeter Arbeitsvertrag; KSchG 1969 § 1 Wartezeit; Landespersonalvertretungsgesetz Nordrhein-Westfalen vom 3. Dezember 1974 (LPVG NW) § 72 Abs. 1 Nr. 8, § 74

Leitsätze:

1. a) Ist ein Angestellter des öffentlichen Dienstes in derselben Dienststelle ohne zeitliche Unterbrechung zunächst im Rahmen einer Arbeitsbeschaffungsmaßnahme nach §§ 91 ff. AFG aufgrund eines befristeten Arbeitsvertrages tätig und wird er nach Fristablauf anschließend aufgrund eines schon zuvor auf unbestimmte Zeit abgeschlossenen Arbeitsvertrages mit andersartigen Arbeiten weiterbeschäftigt, so beginnt die sechsmonatige Probezeit des § 5 BAT mit dem letzten Vertrag.
- b) Dagegen ist die vorausgegangene Vertragszeit im befristeten Arbeitsverhältnis auf die Wartezeit des § 1 Abs. 1 KSchG anzurechnen (im Anschluß an BAG AP Nr. 1 zu § 1 KSchG 1969 Wartezeit).
2. Wird in einem solchen Fall dem Angestellten während der Probezeit ordentlich gekündigt, so bedarf es zuvor nur der Anhörung des Personalrats nach § 74 LPVG NW.



2 AZR 1108/78

21 Sa 690/78 Düsseldorf

Verkündet am
12. Februar 1981

gez. Bittner,
Amtsinspektor
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

Im Namen des Volkes!

Urteil

In Sachen

pp.

hat der Zweite Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 12. Februar 1981 durch den Vorsitzenden Richter Hillebrecht, die Richter Dr. Röhler und Triebfürst sowie die ehrenamtlichen Richter Brenne und Dr. Bächle für Recht erkannt:

1. Auf die Revision des beklagten Landes wird das Urteil des Landesarbeitsgerichts Düsseldorf vom 11. September 1978 - 21 Sa 690/78 - aufgehoben.
2. Die Sache wird zur erneuten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Landesarbeitsgericht zurückverwiesen.

V o n R e c h t s w e g e n !

- 2 -



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

- 2 -

Tatbestand:

Die im Jahre 1953 geborene Klägerin wurde aufgrund schriftlichen Arbeitsvertrages von dem beklagten Land ab 17. Mai 1976 zunächst befristet für die Zeit bis 16. November 1976 bei dem Finanzamt A als Aus- hilfsangestellte unter Eingruppierung in die VergGr. IX b BAT eingestellt. Durch einen weiteren Vertrag wurde der Arbeits- vertrag unter Eingruppierung der Klägerin in die VergGr. VIII BAT bis 16. Mai 1977 verlängert. Die von der Klägerin zu verrichtenden Arbeiten wurden gemäß §§ 91 ff. AFG aus Mitteln der Bundesanstalt für Arbeit gefördert und in den Anerkennungsbescheiden des Arbeitsamts vom 13. April und 20. Dezember 1976 jeweils wie folgt bezeichnet:

"Registrierung von Altakten, Verteilungs- und Sortierungsarbeiten, Aktenbereinigung, Aktenumheftung, Karteiarbeiten."

In beiden Verträgen war die Geltung des BAT einschließ- lich der Sonderregelung SR 2 y vereinbart worden.

Am 7. Februar 1977 vereinbarten die Parteien in einem weiteren schriftlichen Arbeitsvertrag, daß die Klägerin ab 1. Februar 1977 bei demselben Finanzamt als Angestellte (Maschinenbedienerin) unter Eingruppierung in die VergGr. VIII BAT unbefristet weiterbeschäftigt werden sollte, nach- dem dort eine entsprechende Stelle freigeworden war. Das Arbeitsverhältnis sollte sich nach dem BAT und den diesen ergänzenden und ändernden Tarifverträgen bestimmen.

Mit einem ihr am selben Tag zugegangenen Schreiben vom 13. Juli 1977 kündigte das beklagte Land der Klägerin zum 31. Juli 1977 wegen unzureichender Leistungen als Maschinen- bedienerin. Der Personalrat war vorher zur Kündigung ange- hört worden, hatte ihr jedoch nicht zugestimmt. Gegen diese Kündigung wendet sich die Klägerin mit der am 18. Juli 1977 beim Arbeitsgericht eingegangenen Klage und erstrebt die Fest- stellung ihrer Rechtsunwirksamkeit.

- 3 -



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



Die Klägerin meint, die Kündigung habe nach § 72 Abs. 1 Nr. 8 des Landespersonalvertretungsgesetzes Nordrhein-Westfalen vom 3. Dezember 1974 (LPVG NW) der Zustimmung des Personalrats bedurft. Sie sei seit 17. Mai 1976 ununterbrochen bei dem beklagten Land beschäftigt gewesen. Deshalb sei die sechsmonatige Probezeit des § 5 BAT, innerhalb deren der Personalrat zu einer ordentlichen Kündigung nach § 74 LPVG NW nur angehört werden müsse, im Zeitpunkt der Kündigung bereits abgelaufen gewesen. Sie hält die Kündigung weiter auch für sozial ungerechtfertigt. Das Kündigungsschutzgesetz sei anzuwenden, weil sie unter Einschluß ihrer bisherigen Beschäftigung im Rahmen der befristeten Arbeitsverträge die Wartezeit des § 1 Abs. 2 KSchG erfüllt habe. Sie sei von Anfang an nicht für die vom Arbeitsamt geförderten, sondern für Arbeiten der laufenden Verwaltung eingesetzt worden. Das beklagte Land könne sich deshalb nicht auf die Befristung der Arbeitsbeschaffungsmaßnahme berufen. Ihre Arbeit als Maschinenbedienerin habe sie ordnungsgemäß verrichtet.

Das beklagte Land hat zur Begründung seines Klageabweisungsantrages vorgetragen, die Kündigung habe weder der Zustimmung des Personalrats bedurft noch dem Kündigungsschutzgesetz unterlegen. Die Klägerin habe sich im Zeitpunkt der Kündigung noch innerhalb der tariflichen Probezeit befunden und auch die Wartezeit des § 1 Abs. 1 KSchG noch nicht erfüllt. Die aufgrund der wirksam befristeten Arbeitsverträge verbrachten Beschäftigungszeiten könnten bei der Berechnung dieser Zeiträume nicht berücksichtigt werden. Dies ergebe sich aus dem Sinn und Zweck der Probe- und Wartezeit sowie der Arbeitsbeschaffungsmaßnahmen nach dem Arbeitsförderungsgesetz. Die Klägerin sei auch tatsächlich nur mit den in den Anerkennungsbescheiden des Arbeitsamtes genannten Arbeiten beschäftigt worden.

Das Arbeitsgericht hat nach Durchführung einer Beweisaufnahme über die von dem beklagten Land behaupteten Leistungsmängel der Klägerin als Maschinenbedienerin der Klage stattgegeben. Es hat die Ansicht vertreten, daß die Kündigung zwar nicht wegen fehlender Zustimmung des Personalrats unwirksam, jedoch sozial ungerechtfertigt sei.



- 4 -

Die hiergegen von dem beklagten Land eingelegte Berufung ist erfolglos geblieben. Das Landesarbeitsgericht hat die Kündigung bereits wegen fehlender Zustimmung des Personalrats für unwirksam erachtet.

Mit der zugelassenen Revision verfolgt das beklagte Land seinen Klageabweisungsantrag weiter. Die Klägerin beantragt, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

Die Revision ist begründet. Sie führt zur Zurückverweisung der Sache an das Landesarbeitsgericht. Die Klägerin hatte zwar bei Zugang der Kündigung bereits den allgemeinen Kündigungsschutz erworben und befand sich noch in der tariflichen Probezeit des § 5 BAT (B). Jedoch ist die Kündigung nicht wegen fehlerhafter Beteiligung des Personalrats unwirksam (C).

A. Das Landesarbeitsgericht hat seine Ansicht, für das Arbeitsverhältnis der Klägerin sei im Zeitpunkt der Kündigung nicht nur die Wartezeit des § 1 Abs. 1 KSchG, sondern auch die Probezeit des § 5 BAT abgelaufen gewesen, im wesentlichen wie folgt begründet:

Das LPVG NW unterscheide hinsichtlich der Beteiligung des Personalrats bei Kündigungen zwischen Arbeitnehmern in der Probezeit und solchen, die im "regulären Arbeitsverhältnis" stünden. Dies sei gleichbedeutend mit der Differenzierung zwischen Arbeitnehmern, die noch keine sechs Monate beschäftigt seien und solchen, die unter das Kündigungsschutzgesetz fielen.

Das Arbeitsverhältnis der Parteien habe im Zeitpunkt der Kündigung bereits länger als sechs Monate ohne Unterbrechung in derselben Dienststelle des beklagten Landes bestanden. Maßgebend für die Berechnung der Wartezeit des § 1 Abs. 1 KSchG sei allein der rechtliche Bestand des Arbeitsverhältnisses ohne Rücksicht auf Art und Umfang der tatsächlichen Beschäftigung. Eine Unterbrechung im Sinne dieser Rechtsnorm liege

- 5 -



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



auch dann nicht vor, wenn mehrere, zeitlich unmittelbar aufeinander folgende Arbeitsverhältnisse begründet würden. Demgemäß sei auch die vorausgegangene Beschäftigung im Rahmen einer Arbeitsbeschaffungsmaßnahme, die eine Erprobung der Klägerin für die nunmehr übertragene neue Tätigkeit nicht zugelassen habe, nicht anders zu werten.

Nach Erwerb des allgemeinen Kündigungsschutzes habe die Kündigung jedoch auch der Zustimmung des Personalrats bedurft. Ein anderes Ergebnis könne auch nicht aus § 5 BAT hergeleitet werden, wonach die ersten sechs Monate der Beschäftigung als Probezeit gelten. Diese tarifliche Regelung sei nicht anwendbar, wenn sich ein unbefristetes Arbeitsverhältnis unmittelbar an ein befristetes anschließe. Bestehe das Arbeitsverhältnis länger als sechs Monate, so sei die Erprobungsmöglichkeit auch kein erheblicher Gesichtspunkt mehr, da dann der allgemeine Kündigungsschutz einsetze. Die Anwendung des § 5 BAT auch auf ein Arbeitsverhältnis der vorliegenden Art führe zu dem widersinnigen Ergebnis, daß es hinsichtlich der Beteiligungsrechte des Personalrats zwei Klassen von Arbeitnehmern gäbe. Diejenigen, die sich wegen Änderung ihrer Tätigkeit noch in der Probezeit befänden, könnten ohne Zustimmung, die in einem regulären Arbeitsverhältnis stehenden Arbeitnehmer dagegen nur mit Zustimmung des Personalrats entlassen werden, obwohl beide Kündigungsschutz erworben hätten. Im übrigen sei die Auffassung, ohne eine anschließende Probezeit in dem unbefristeten Arbeitsverhältnis habe keine hinreichende Gelegenheit zur Erprobung der Klägerin für die neu übertragenen Tätigkeiten bestanden, unrichtig. Das beklagte Land habe durchaus die rechtliche Gestaltungsmöglichkeit gehabt, durch einen weiteren befristeten Vertrag eine Erprobung für die Tätigkeit als Maschinenbedienerin durchzuführen.

B. Das Landesarbeitsgericht hat in zutreffender Anwendung der in dem Senatsurteil vom 23. September 1976 (AP Nr. 1 zu § 1 KSchG 1969 Wartezeit [zu I der Gründe], auch zum Abdruck in der Amtlichen Sammlung des Gerichts bestimmt) entwickelten Grundsätze angenommen, daß die Klägerin im Zeitpunkt der Kündigung bereits die in § 1 Abs. 1 KSchG vorgeschriebene Wartezeit erfüllt hatte.



I. Die Klägerin stand allerdings erst ab dem 1. Februar 1977 aufgrund des dritten Arbeitsvertrages in einem Arbeitsverhältnis auf unbestimmte Zeit; denn die zuvor abgeschlossenen Arbeitsverträge waren wirksam befristet.

1. Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts (BAG [GS] 10, 65 [70 ff.] = AP Nr. 16 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag [zu C 1 - 3 der Gründe] sowie - aus neuerer Zeit - AP Nr. 47 [zu 1] und AP Nr. 52 [zu 2 der Gründe] zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag) ist die Vereinbarung befristeter Arbeitsverträge unzulässig, wenn die Befristung als rechtliche Gestaltungsmöglichkeit objektiv funktionswidrig verwendet wird. Dies ist dann anzunehmen, wenn der durch die Kündigungsschutzbestimmungen gewährleistete Bestandsschutz des Arbeitsverhältnisses vereitelt wird und dafür kein sachlicher Grund vorliegt. Die sachliche Berechtigung einer Befristung muß darüber hinaus auch hinsichtlich der Dauer gegeben sein (BAG 15, 32 = AP Nr. 26 [zu 2 der Gründe], Nr. 40 [zu II 3 der Gründe] und Nr. 46 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag, letztere auch zum Abdruck in der Amtlichen Sammlung des Gerichts bestimmt).

2. Bei Anwendung dieser Grundsätze sind die zwischen den Parteien im Zusammenhang mit der Arbeitsbeschaffungsmaßnahme des Arbeitsamtes vereinbarten Befristungen rechtlich nicht zu beanstanden.

Nach § 93 Abs. 2 Satz 1 AFG richten sich die Beziehungen zwischen den zugewiesenen Arbeitnehmern und dem Träger der Förderungsmaßnahme nach den Vorschriften des Arbeitsrechts. Lediglich hinsichtlich der Kündigungsmöglichkeiten enthält Satz 2 dieser Bestimmung eine Sonderregelung. Danach kann das Arbeitsverhältnis beiderseits ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist - abweichend von § 626 Abs. 1 BGB - gekündigt werden, wenn das Arbeitsamt den Arbeitnehmer abberuft; diese Befugnis ist dem Arbeitsamt nach Abs. 3 eingeräumt, wenn es dem Arbeitnehmer einen Dauerarbeitsplatz vermitteln kann. Ferner kann der Arbeitnehmer fristlos kündigen, wenn er eine andere Arbeit findet. Wendet man auf § 93 Abs. 2 Satz 1 AFG die allgemeinen Rechtsprechungsgrundsätze zur Zulässigkeit befristeter Arbeitsverträge an, so bestehen im Streitfall gegen die jeweils auf



26 Wochen begrenzten Befristungen der Tätigkeit der Klägerin keine Bedenken. Die Befristungsdauer entsprach der Regelfrist, die gemäß § 6 der für die noch im Jahre 1976 bewilligten Arbeitsbeschaffungsmaßnahmen anzuwendenden ABM-Anordnung der Bundesanstalt für Arbeit vom 2. Mai 1972 (ANBA S. 508) zu § 95 Abs. 3 AFG für die Zuweisung als Regelfrist vorgesehen war. Nach der Art der in den Bewilligungsbescheiden des Arbeitsamtes umschriebenen Arbeiten handelte es sich um Aufgaben von begrenzter Dauer, die auch im öffentlichen Dienst einen sachlichen Grund für eine Befristung darstellen (vgl. BAG AP Nr. 52 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag [zu 3 der Gründe m. w. N.]; für Arbeitsbeschaffungsmaßnahmen: KR-Hillebrecht § 620 BGB Rz 150). Es kann deshalb offenbleiben, ob die befristete Zuweisung des Arbeitnehmers durch eine Anordnung nach § 95 Abs. 3 AFG und demgemäß auch die Befristung des Arbeitsvertrages bei Förderungsmaßnahmen ohne Rücksicht auf die Dauer der Maßnahme zulässig ist (vgl. dazu KR-Hillebrecht, aaO; Schieckel, AFG, § 93 Anm. 2; Schönefelder/Kranz/Wanka, AFG, § 95 Elg. 1, 2 und 10).

3. Für die Zulässigkeit der Befristung ist es auch unerheblich, ob die Klägerin nach ihrer bestrittenen Behauptung tatsächlich nicht mit den geförderten, sondern mit laufenden Verwaltungsarbeiten beschäftigt wurde. Da maßgebend für die Befristung die Verhältnisse bei Vertragsabschluß sind, könnte dies nur Rechtsfolgen im Verhältnis zwischen der Bundesanstalt für Arbeit und dem beklagten Land hinsichtlich der Förderungswürdigkeit der Beschäftigung der Klägerin zeitigen.

II. Gleichwohl sind diese befristeten Beschäftigungszeiten der Klägerin auf die Berechnung der Wartefrist des § 1 Abs. 1 KSchG anzurechnen. Wie in dem Senatsurteil vom 23. September 1976 (aaO [zu I 1 und 2 der Gründe]) näher dargelegt wurde, hat ein Arbeitsverhältnis auch dann im Sinne dieser Bestimmung ununterbrochen fortbestanden, wenn ein zunächst befristetes Arbeitsverhältnis rechtlich beendet wird, sich daran ohne zeitliche Unterbrechung ein weiteres Arbeitsverhältnis auf unbestimmte Zeit mit demselben Arbeitgeber anschließt und der Arbeitnehmer in beiden Arbeitsverhältnissen verschiedenartige



Tätigkeiten ausgeübt hat. Nach der Neufassung des § 1 Abs. 1 KSchG kommt es nur auf den ununterbrochenen rechtlichen Bestand des Arbeitsverhältnisses an. Der Zweck der Wartezeit besteht allein darin, daß der Arbeitnehmer durch eine gewisse Dauer der Zugehörigkeit zum Betrieb oder Unternehmen das Recht auf eine Arbeitsstelle erwerben soll. Dagegen hat der bei der früheren, auf eine ununterbrochene Beschäftigung abstellenden Fassung des § 1 Abs. 1 KSchG weiter maßgebliche Gesichtspunkt der tatsächlichen Erprobung des Arbeitnehmers keine erhebliche Bedeutung mehr, weil sich jetzt auch längere Unterbrechungen der tatsächlichen Beschäftigung nicht mehr auf die Wartefrist auswirken.

Diese vom Senat aufgestellten Grundsätze haben allgemeine Zustimmung gefunden (vgl. Herschel, AR-Blattei, "Kündigungsschutz", Anm. zur Entscheidung 168; Hueck, Anm. AP Nr. 1 zu § 1 KSchG 1969 Wartezeit [unter I 1] sowie KSchG, 10. Aufl., § 1 Rz. 35; KR-Becker § 1 KSchG Rz 55; Lepke, SAE 1980, 157 [unter II 1 b und c]; Schaub, Arbeitsrechts-Handbuch, 4. Aufl., S. 697; bei Aufeinanderfolge mehrerer Arbeitsverhältnisse ohne zeitliche Unterbrechung auch Stahlhacke, Kündigung und Kündigungsschutz im Arbeitsverhältnis, 3. Aufl., Rdnr. 270). Danach hatte die Klägerin aber im Zeitpunkt der Kündigung bereits den allgemeinen Kündigungsschutz erworben. Sämtliche Arbeitsverträge wurden mit dem beklagten Land für eine Beschäftigung in derselben Behörde abgeschlossen. Hierbei kann unterstellt werden, daß mit dem zweiten Vertrag vom 17. November 1976 das bis dahin bestehende Arbeitsverhältnis lediglich um weitere sechs Monate verlängert wurde. Durch den dritten Arbeitsvertrag sollte in jedem Falle nach Anlaß und Inhalt ein neues Arbeitsverhältnis begründet werden, nachdem sich anstelle der zunächst vorgesehenen befristeten Beschäftigung im Rahmen der Arbeitsbeschaffungsmaßnahme die Möglichkeit einer Beschäftigung auf einem freigewordenen Dauerarbeitsplatz mit einer andersartigen Tätigkeit ergeben hatte. Auf die gesetzliche Wartezeit ist die von dem Beginn des ersten Vertrages an zurückgelegte Vertragszeit anzurechnen, so daß das Arbeitsverhältnis der Klägerin bereits mit Beginn des auf unbestimmte



Zeit abgeschlossenen dritten Vertrages dem Kündigungsschutzgesetz unterlag (vgl. zu diesen Fragen Hueck, Anm. AP Nr. 1 zu § 1 KSchG Wartezeit [unter I 1]).

III. Daß die befristeten Arbeitsverträge im Rahmen einer Arbeitsbeschaffungsmaßnahme nach §§ 91 ff. AFG geschlossen wurden, rechtfertigt keine abweichende Beurteilung.

1. Die Revision führt aus, im Rahmen solcher Maßnahmen zugewiesene Arbeitnehmer dürften nur mit den geförderten Arbeiten beschäftigt werden und könnten deshalb für andersartige Arbeiten, die ihnen anschließend in einem unbefristeten Arbeitsverhältnis übertragen würden, noch nicht erprobt werden. Dieser Begründung ist durch die Neufassung des § 1 Abs. 1 KSchG die Grundlage entzogen worden, da dem Erprobungszweck für den Erwerb des Kündigungsschutzes keine wesentliche Bedeutung mehr beizumessen ist. Es ist deshalb auch für die Berechnung der Wartezeit unerheblich, daß die Klägerin nicht schon vor Beginn des dritten Vertrages als Maschinenbedienerin eingesetzt worden ist.

2. Ohne Erfolg macht die Revision weiter geltend, die Bestimmung des § 53 Abs. 1 BAT über die erleichterten Kündigungsmöglichkeiten während der Probezeit gehe als "Sondernorm" der allgemeinen Regelung des Kündigungsschutzgesetzes vor. Der allgemeine Kündigungsschutz ist seiner Rechtsnatur nach insofern zwingendes Recht, als vorherige abweichende Vereinbarungen zum Nachteil des Arbeitnehmers unwirksam sind. Unzulässig sind nicht nur der vorherige völlige Ausschluß des allgemeinen Kündigungsschutzes, sondern auch seine Beschränkung durch die Festlegung einer längeren Wartezeit durch Einzelvertrag, Betriebsvereinbarung oder Tarifvertrag (allgemeine Meinung, vgl. statt aller Hueck, aaO, § 1 Rz. 161 und KR-Becker § 1 KSchG Rz 12, jeweils m. w. N.).

IV. Unbegründet sind auch die Bedenken der Revision, die vom Landesarbeitsgericht vertretene und vom Senat bestätigte Ansicht würde die Arbeitgeber davon abhalten, mangels einer Erprobungsmöglichkeit mit freier Kündbarkeit nach § 93 AFG zugewiesene Arbeitnehmer anschließend weiterzubeschäftigen, und so die Eingliederung Arbeitsloser in den privaten oder



öffentlichen Dienst entgegen dem Zweck der §§ 91 ff. AFG wesentlich erschweren. Die Arbeitgeber können in Fällen vorliegender Art bei berechtigtem Anlaß im Anschluß an die befristeten Arbeitsverhältnisse zunächst jedenfalls einen auf sechs Monate befristeten Probearbeitsvertrag abschließen, der entgegen den Befürchtungen der Revision weder wegen Verstoßes gegen § 5 BAT gem. § 4 Abs. 3 TVG noch grundsätzlich wegen funktionswidriger Umgehung des gesetzlichen Kündigungsschutzes gem. § 134 BGB nichtig ist.

1. Entgegen der Ansicht des Landesarbeitsgerichts begann die sechsmonatige Probezeit des § 5 BAT erst mit dem ab dem 1. Februar 1977 auf unbestimmte Zeit begründeten Arbeitsverhältnis der Parteien.

Die Bestimmung des § 5 BAT, daß "die ersten sechs Monate der Beschäftigung" als Probezeit gelten, ist nicht einschränkend dahin auszulegen, daß sie die freie Kündbarkeit des Arbeitsverhältnisses während der tariflichen Probezeit voraussetzt und sich der Angestellte im Sinne der Tarifnorm nicht mehr in der Probezeit befindet, wenn er nach Erfüllung der Wartezeit des § 1 Abs. 1 KSchG bereits den allgemeinen Kündigungsschutz erworben hat.

a) Diese Tarifnorm ist unabhängig davon anzuwenden, ob der Angestellte neu eingestellt wurde oder bei demselben Arbeitgeber schon einmal in einem Arbeitsverhältnis gestanden hat und ob die in dem früheren Arbeitsverhältnis zurückgelegte Zeit in dem neuen Arbeitsverhältnis nach § 19 BAT zu seiner Beschäftigungszeit gehört. Auch die ersten sechs Monate nach einer Wiedereinstellung sind Probezeit im Sinne des § 5 BAT (so ausdrücklich Crisolli/Tiedtke, BAT, § 5 Erl. 6; im Ergebnis ebenso Böhm/Spiertz, BAT, § 5 Anm. 1; Clemens/Scheuring/Steingen/Wiese, BAT, § 5 Erl. 1; Uttlinger/Breier, BAT, Erl. zu § 5 [S. 61]). Für diese Auslegung spricht, daß weder in § 5 BAT selbst noch in § 53 Abs. 1 BAT auf die Berechnungsvorschrift des § 19 BAT verwiesen wird, wohl aber in § 53 Abs. 2 und 3 BAT für die Berechnung der Kündigungsfristen nach Ablauf der Probezeit sowie den Eintritt der Unkündbarkeit.

b) Die Tarifvertragsparteien haben weiter in § 5 BAT eine Probezeit für den Fall der Einstellung im unmittelbaren Anschluß an ein abgeschlossenes Ausbildungsverhältnis ausdrücklich ausgeschlossen. Dies spricht dafür, daß sie auch die unmittelbare Aufeinanderfolge von Beschäftigungsverhältnissen bedacht und nur für den ausdrücklich geregelten Sonderfall eine erneute Probezeit für entbehrlich erachtet haben.

Die Tarifvertragsparteien mögen durchaus davon ausgegangen sein, daß in der Regel bei Neu- oder Wiedereinstellung während der ersten sechs Monate der Beschäftigung noch kein allgemeiner Kündigungsschutz besteht. Daraus ist aber noch nicht zu folgern, daß sie die Berechnung der Probezeit im Sinne des § 5 BAT der Berechnung der Wartezeit des § 1 Abs. 1 KSchG angleichen und demgemäß für alle Fälle unmittelbarer Aufeinanderfolge von Arbeitsverhältnissen die früheren Beschäftigungszeiten auf die Probezeit anrechnen wollten, auch wenn der Angestellte künftig mit andersartigen Tätigkeiten beschäftigt werden soll. Auch wenn das Arbeitsverhältnis nicht mehr frei kündbar ist, kann gleichwohl während der Probezeit bei sozial gerechtfertigter Kündigung noch mit der kurzen Frist des § 53 Abs. 1 BAT gekündigt werden.

c) Die Anwendbarkeit des Kündigungsschutzgesetzes widerspricht auch nicht dem Wesen des Probearbeitsverhältnisses. Auch Arbeitsverhältnisse zur Erprobung, die insgesamt länger als sechs Monate dauern, sind im Arbeitsleben keineswegs ungewöhnlich. Selbst nach langjähriger Beschäftigung werden zuweilen noch Probezeiten vereinbart, weil der Arbeitnehmer eine schwierigere Position übernehmen soll oder neue Umstände an seiner Eignung zweifeln lassen (längere Krankheit, erhebliche Vertragsverletzungen). Diese Gestaltung ist dann bei der Würdigung der Kündigungsgründe zu berücksichtigen, soweit sie im Zusammenhang mit dem Probearbeitszweck stehen (vgl. Dieterich, AR-Blattei, "Probearbeitsverhältnis I" unter E I). In diesen Fällen besteht dann auch ein berechtigtes Interesse des Arbeitgebers an der Anwendbarkeit kürzerer Kündigungsfristen, soweit sie nach Gesetz oder Tarifvertrag zulässig vereinbart werden können.



- 12 -

2. Diese Auslegung des § 5 BAT wird durch die zutreffend vom Landesarbeitsgericht erwogene Möglichkeit bestätigt, mit der Klägerin zum Zwecke der weiteren Erprobung einen weiteren befristeten Arbeitsvertrag abzuschließen.

a) § 5 BAT verbietet auch nicht generell den Abschluß befristeter Probearbeitsverträge.

Zwar kann eine solche Regelung gemäß § 1 TVG durch Tarifvertrag getroffen werden. Jedoch muß ein dahingehender Wille der Tarifvertragsparteien deutlich zum Ausdruck kommen. Dies ist durch Auslegung des jeweiligen Tarifvertrages zu ermitteln. Allein die tarifliche Regelung der Kündigungsfristen enthält, auch wenn sie erschöpfend ist, grundsätzlich noch kein solches Verbot (Senatsurteil vom 7. August 1980 - 2 AZR 563/78-[demnächst] AP Nr. 15 zu § 620 BGB Probearbeitsverhältnis [zu I 2 a der Gründe m. w. N.], auch zur Veröffentlichung in der Amtlichen Sammlung des Gerichts bestimmt). Für den Geltungsbereich des BAT ergibt sich nichts anderes. Nach der Sonderregelung 2 y zum BAT (SR 2 y) sind befristete Arbeitsverträge generell erlaubt. Der Regelung des § 5 BAT ist auch kein Verbot des Abschlusses befristeter Probearbeitsverträge zu entnehmen. Dort wird nach dem Wortlaut nur die Dauer der Probezeit und in § 53 Abs. 1 BAT die erleichterte Kündbarkeit des Arbeitsverhältnisses während dieses Zeitraums geregelt. Da auch das Probearbeitsverhältnis im Arbeitsleben als befristetes wie als unbefristetes üblich ist und der BAT den Abschluß befristeter Arbeitsverträge ausdrücklich zuläßt, fehlen ausreichende Anhaltspunkte für die Annahme, daß im Teilbereich des Probearbeitsverhältnisses die Gestaltungsmöglichkeit der Befristung generell ausgeschlossen werden sollte. Im Schrifttum wird deswegen zutreffend der Abschluß befristeter Probearbeitsverträge auch im Geltungsbereich des BAT einhellig für zulässig angesehen (vgl. Böhm/Spiertz, aaO, § 5 Anm. 1 und 10; Clemens/Scheuring/Steingen/Wiese, aaO, § 5 Erl. 6 m. w. N.; Crisolli/Tiedtke, aaO, § 5 Erl. 7 a; Uttlinger/Breier, aaO, Erl. zu § 5 [S. 61]).

- 13 -



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



Eine tarifliche Probezeit- und Kündigungsregelung kann allerdings hinsichtlich der Dauer der Erprobungszeit für beide Vertragsparteien eine nach dem Tarifvertrag an sich zulässige abschließende Regelung im Sinne einer Höchstbefristung enthalten (Senatsurteil vom 7. August 1980, aaO [zu I 2 c der Gründe]). Ob dies für den Geltungsbereich des § 5 BAT anzunehmen ist, braucht im vorliegenden Fall nicht entschieden zu werden, da die Beklagte die Klägerin nicht über sechs Monate hinaus als Maschinenbedienerin erproben wollte.

b) Ein befristeter Arbeitsvertrag mit der Klägerin wäre schließlich auch nicht wegen Fehlens eines sachlichen Grundes als Umgehung des Kündigungsschutzgesetzes unwirksam gewesen.

Die Erprobung des Arbeitnehmers rechtfertigt grundsätzlich die Befristung eines Arbeitsvertrages. Eine befristete Probezeit kann auch nicht nur bei Neueinstellung, sondern dann sachlich vertretbar sein, wenn einem bereits beschäftigten Arbeitnehmer qualifiziertere Arbeiten übertragen werden. An einem vernünftigen Grund für die Erprobung fehlt es nur dann, wenn der Arbeitnehmer bereits ausreichende Zeit bei dem Arbeitgeber mit diesen Arbeiten beschäftigt war und der Arbeitgeber seine Fähigkeiten deshalb voll beurteilen konnte (BAG 14, 108 = AP Nr. 25 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag; KR-Hillebrecht § 620 BGB Rz 162). Die Klägerin war aber als Maschinenbedienerin zuvor nicht eingesetzt gewesen, so daß eine der Dauer der in § 5 BAT vorgesehenen Probezeit entsprechende Befristung zulässig gewesen wäre.

C. Der Ansicht des Landesarbeitsgerichts, daß die Kündigung auch der Zustimmung des Personalrats bedurft hätte, vermag der Senat nicht zu folgen.

I. Das Landesarbeitsgericht geht von der Annahme aus, die im LPVG NW erfolgte Differenzierung zwischen Arbeitnehmern in der Probezeit und solchen in einem "normalen" Arbeitsverhältnis hinsichtlich der Beteiligungsrechte des Personalrats bei Kündigungen sei gleichbedeutend mit der Differenzierung zwischen frei kündbaren und durch das Kündigungsschutzgesetz geschützten Arbeitnehmern. Diese Ansicht findet jedoch im Gesetz keine Stütze.



Nach § 66 Abs. 1, § 72 Abs. 1 Nr. 8 LPVG NW bedarf die ordentliche Kündigung der Zustimmung des Personalrats. Demgegenüber ist der Personalrat nach § 74 LPVG NW "vor der Beendigung des Arbeitsverhältnisses während der Probezeit" nur anzuhören. Diese schwächere Form der Beteiligung gilt sowohl für Angestellte wie auch für Arbeiter (vgl. Havers, LPVG NW, 4. Aufl., § 74 Erl. 4). Unter das Gesetz fallen gemäß § 2 Abs. 1, § 5 Abs. 1 auch die in den Verwaltungen des Landes und der Gemeinden beschäftigten Arbeiter, auf deren Arbeitsverhältnis kraft Tarifbindung oder gemäß den Gepflogenheiten des öffentlichen Dienstes kraft Vereinbarung die Manteltarifverträge für Arbeiter der Länder (MTL II) und der Gemeinden (BMT-G II) Anwendung finden. Jeweils nach § 5 dieser Tarifverträge gelten die ersten vier bzw. sechs Wochen nach der Einstellung eines Arbeiters als Probezeit, die vertraglich höchstens bis zu acht Wochen verlängert werden kann. Während dieser Probezeit kann das Arbeitsverhältnis mit einer Frist von einer Woche zum Wochenschluß (§ 49 Abs. 2 BMT-G II) gekündigt bzw. nach § 55 MTL II ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist beiderseits zum Schluß einer Arbeitsschicht gelöst werden (diese "Auflösung" stellt eine ordentliche Kündigung auch im Sinne der Beteiligungsrechte nach den Personalvertretungsgesetzen dar; vgl. BAG AP Nr. 1 zu § 55 MTL II). Für die Arbeitsverhältnisse der Arbeiter folgt daraus, daß bei Neueinstellung nach Ablauf der höchstzulässigen Probezeit von acht Wochen die ordentliche Kündigung nunmehr nach § 72 Abs. 1 Nr. 8 LPVG NW zustimmungspflichtig ist. Das Gesetz gewährt somit bei der Kündigung von Arbeitern das Zustimmungsrecht des Personalrats zu einem Zeitpunkt, zu dem individualrechtlich das Arbeitsverhältnis noch frei kündbar ist. Deshalb kann aus dem Umstand, daß nach dem im Geltungsbereich dieses Gesetzes einschlägigen Tarifvertrag für Angestellte (BAT) die Probezeit ebenfalls wie die Wartezeit des § 1 Abs. 1 KSchG sechs Monate beträgt, nicht gefolgert werden, der Gesetzgeber habe für diese Arbeitnehmergruppe die Zustimmungsbedürftigkeit von Kündigungen nicht von der tariflichen Regelung, sondern von dem Einsetzen des allgemeinen Kündigungsschutzes abhängig machen wollen. Das Personalvertretungsgesetz enthält erkennbar keine eigenständige

Regelung des Begriffs der Probezeit für die Beteiligungsrechte des Personalrats. Es setzt diesen Begriff vielmehr voraus und verweist damit auf die einschlägigen Tarifverträge. Insoweit gilt für den Begriff der Probezeit im Personalvertretungsgesetz nichts anderes als etwa für den Begriff der Kündigung, der ebenfalls im Sinne der Begriffsbestimmung des Arbeitsrechts verstanden wird (vgl. Havers, aaO, § 72 Erl. 18). Für Angestellte, die dem BAT unterfallen, bestimmt sich somit allein nach § 5 BAT, wie die Probezeit zu berechnen ist, während im Personalvertretungsgesetz lediglich die Rechtsfolge für die Beteiligungsrechte des Personalrats geregelt werden.

II. Wie bereits ausgeführt (vgl. oben unter B IV 1), setzt § 5 BAT nicht die freie Kündbarkeit des Arbeitsverhältnisses während der tariflichen Probezeit voraus; die Tarifnorm gilt vielmehr auch bei Einstellung auf unbestimmte Zeit in unmittelbarem Anschluß an eine zur Anwendung des Kündigungsschutzgesetzes führende befristete Beschäftigung mit anderen Tätigkeiten. Da die Klägerin ab 1. Februar 1977 für eine neue Arbeitsaufgabe vorgesehen war, begann für sie erst von diesem Zeitpunkt an die bei Zugang der Kündigung noch nicht abgelaufene sechsmonatige Probezeit des § 5 BAT. Die Klägerin befand sich damit auch im Sinne des § 74 LPVG NW noch in der Probezeit. Die Kündigung bedurfte demgemäß nur der vorherigen Anhörung des Personalrats, die unstreitig erfolgt ist.

D. Das Landesarbeitsgericht hat - von seinem Standpunkt aus zutreffend - nicht geprüft, ob die formell wirksame Kündigung auch sozial gerechtfertigt ist. Dies macht die Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht erforderlich.

gez.: Hillebrecht Dr. Röhsler Triebfürst

Dr. Bächle Brenne

