

Aktenzeichen: 2 AZR 19/82

Bundesarbeitsgericht 2. Senat Urteil vom 9. Februar 1984

- 2 AZR 19/82 -

I. Arbeitsgericht

Urteil vom 21. Mai 1981

Arnsberg

- 2 Ca 210/81 -

II. Landesarbeitsgericht

Urteil vom 16. Oktober 1981

Hamm

- 5 Sa 760/81 -

---

Für die Amtliche Sammlung: Nein

Für die Fachpresse: Nein

---

Entscheidungsstichwort:

Auslegung einer Probezeitklausel - Beginn der Probezeit

Gesetz: BGB § 620 Probearbeitsverhältnis, §§ 133, 140,  
157, 622; ZPO §§ 565, 565 a

Leitsätze:

K e i n e

Hinweise des Senats:

Auslegung einer Probezeitklausel hinsichtlich des Beginns der Probezeit, wenn der Arbeitnehmer früher als ursprünglich vereinbart eingestellt wird, in einem danach vom Arbeitgeber vorgelegten schriftlichen Vertragsentwurf gleichwohl der ursprünglich vereinbarte Einstellungsstag als Beginn des Arbeitsverhältnisses bezeichnet wird und der Arbeitnehmer bis zum Ausspruch der Kündigung nicht widerspricht.



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

2 AZR 19/82

-----

5 Sa 760/81 Hamm

Verkündet am  
9. Februar 1984

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 9. Februar 1984 durch den Vorsitzenden Richter Hillebrecht, die Richter Triebfürst und Dr. Weller sowie die ehrenamtlichen Richter Mayr und Dr. Bächle für Recht erkannt:

1. Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des Landesarbeitsgerichts Hamm vom 16. Oktober 1981 - 5 Sa 760/81 - aufgehoben.



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

-2-

2. Auf die Berufung der Beklagten wird das Urteil  
des Arbeitsgerichts Arnsberg vom 21. Mai 1981  
- 2 Ca 210/81 - abgeändert.

Die Klage wird abgewiesen.

3. Der Kläger trägt die Kosten des Rechtsstreits.

V o n   R e c h t s   w e g e n   !

T a t b e s t a n d :  
-----

Die Parteien verhandelten Ende Mai 1980 über die Einstellung des Klägers bei der Beklagten. Sie kamen hierbei überein, einen schriftlichen Arbeitsvertrag abzuschließen. Der Kläger sollte als Betriebsleiter gegen ein Monatsgehalt von 4.500,-- DM brutto tätig sein und offiziell am 1. Juli 1980 bei der Beklagten beginnen. Es sollte eine Probezeit von sechs Monaten mit einer beiderseitigen Kündigungsfrist von vier Wochen zum Monatsende gelten. Den von der Beklagten unterbreiteten Vorschlag, das Arbeitsverhältnis bereits am 2. Juni 1980 zu beginnen, hatte der Kläger zunächst im Hinblick darauf abgelehnt, daß er bis zum 30. Juni 1980 noch bei seinem bisherigen Arbeitgeber in einem Arbeitsverhältnis stehe und für den Monat Juni Urlaub erhalten habe.

Aufgrund einer später getroffenen Absprache war der Kläger jedoch bereits ab 18. Juni 1980 mit voller Arbeitszeit im Betrieb der Beklagten tätig. Wie zwischen den Parteien unstreitig ist,



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

informierte er sich bis zum Monatsende im wesentlichen über die auf ihn zukommende Tätigkeit und erhielt hierfür 500,-- DM netto.

Unter dem 21. Juli 1980 übersandte die Beklagte dem Kläger einen schriftlichen Vertragsentwurf, der unter anderem folgende, hier interessierende Bestimmungen enthielt:

**"ANSTELLUNGS-VERTRAG**

zwischen (den Parteien) wird mit Wirkung vom 1.7.1980 folgender Arbeits-Vertrag geschlossen:

...

- § 2) Die Firma zahlt für diese Tätigkeit ein monatliches Gehalt in Höhe von DM 4.500,-- brutto. Nach Beendigung der Probezeit erhöht sich das Gehalt auf DM 5.000,-- brutto. ...

...

- § 4) Probezeit und Kündigung

Es gilt zunächst eine Probezeit von 6 Monaten als vereinbart. Danach wird das Arbeitsverhältnis als unbefristet weitergeführt. Während der Probezeit ist eine Kündigung mit einer Frist von 4 Wochen zum Monatsende beiderseitig ohne Angabe von Gründen möglich. Nach Ablauf der Probezeit wird in Abänderung gesetzlicher bzw. tarifvertraglicher Kündigungsfristen eine solche von 3 Monaten zum Quartalsende vereinbart.

..."

Der Kläger hat diesen Entwurf nicht unterzeichnet.

Mit Schreiben vom 29. Dezember 1980 kündigte die Beklagte "zum Ende der Probezeit ... das bestehende Arbeitsverhältnis fristgemäß zum 31.1.1981". Auf den in einem Schreiben vom 6. Januar 1981 erhobenen Einwand des Klägers, die Probezeit sei "vertraglich nicht zustande gekommen", so daß die gesetzlich vorgeschriebene Kündigungsfrist nicht eingehalten worden sei,



antwortete die Beklagte unter dem 3. Februar 1981, sie habe "aus dem unzweifelhaft zustande gekommenen Arbeitsvertrag per 01.07. termingemäß ... innerhalb der Probezeit gekündigt".

Mit der vorliegenden Klage erstrebt der Kläger die Feststellung, daß sein Arbeitsverhältnis bis 31. März 1981 fortbestanden hat. Er hat vorgetragen, eine Probezeit mit kürzerer Kündigungsfrist sei nicht vereinbart worden, da der schriftliche Arbeitsvertrag nicht zustande gekommen sei. In jedem Falle hätte das Arbeitsverhältnis aber entsprechend der tatsächlich erfolgten Arbeitsaufnahme am 18. Juni 1980 begonnen. Er habe von diesem Tag an täglich acht bis zehn Stunden gearbeitet und dieselbe Tätigkeit verrichtet, die er ab 1. Juli ausgeübt hätte, nämlich sich über die auf ihn zukommende Tätigkeit informiert. Die sechsmonatige Probezeit wäre somit am 18. Dezember 1980 abgelaufen, und das Arbeitsverhältnis hätte am 29. Dezember 1980 nur noch zum 31. März 1981 gekündigt werden können.

Die Beklagte hat Klageabweisung beantragt und zunächst vorgetragen, der Anstellungsvertrag sei entsprechend dem Entwurf vom 21. Juli 1980 zustande gekommen, auch wenn der Kläger nicht unterschrieben habe. Die Urkunde enthalte ausschließlich die im Vorstellungsgespräch erarbeiteten Bedingungen. Das Arbeitsverhältnis und damit auch die Probezeit haben demgemäß am 1. Juli 1980 begonnen. In der Zeit zuvor habe der Kläger den Betrieb kennenlernen sollen, auch noch nicht die dem Vertrag entsprechende Tätigkeit verrichtet und lediglich eine geringere Entschädigung erhalten.



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Das Arbeitsgericht hat der Klage stattgegeben.

Mit ihrer Berufung hat die Beklagte in erster Linie geltend gemacht, daß mit dem Kläger nur ein faktisches Arbeitsverhältnis bestanden habe, das jederzeit habe beendet werden können. Da die unstreitig vereinbarte Beurkundung des Vertrages unterblieben sei, sei nach § 154 Abs. 2 BGB kein Vertrag zustande gekommen. Dasselbe Ergebnis folge aber auch aus § 154 Abs. 1 Satz 1 BGB, da über die Probezeit als einer wesentlichen Vertragsbedingung keine Einigung erzielt worden sei.

Der Kläger hat in der Berufungsinstanz vorgetragen, die schriftliche Fixierung des Vertrages habe nur deklaratorischen Zwecken gedient. Noch während der Probezeit sei über einige Punkte des abzuschließenden Vertrages verhandelt worden. Der 1. Juli 1980 sei ausschließlich im Hinblick auf sein noch bis zum 30. Juni 1980 fortbestehendes früheres Arbeitsverhältnis als Vertragsbeginn vorgesehen gewesen.

Das Landesarbeitsgericht hat die Berufung der Beklagten zurückgewiesen.

Mit der Revision verfolgt die Beklagte ihren Klageabweisungsantrag weiter. Der Kläger beantragt, die Revision zurückzuweisen.



**E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e :**  
-----

Die Revision ist begründet. Sie führt zur Abweisung der  
Klage.

I. Das Berufungsgericht hat zutreffend angenommen, daß zwischen den Parteien ein Arbeitsvertrag zustande gekommen ist und nicht nur ein faktisches Arbeitsverhältnis bestanden hat. Die von der Revision gegen die dieser Würdigung zugrunde liegenden tatsächlichen Feststellungen erhobenen Verfahrensrügen greifen nicht durch. Hiervon hat sich der Senat nach eingehender Prüfung überzeugt. Von einer Begründung wird gemäß § 565 a ZPO abgesehen. Die materiell-rechtliche Würdigung des festgestellten Sachverhalts durch das Berufungsgericht, die Auslegungsregeln des § 154 Abs. 1 und 2 BGB seien durch die Besonderheiten des vorliegenden Falles widerlegt, steht mit den Rechtsprechungsgrundsätzen des Senats (Urteile vom 26. Januar 1967 - 2 AZR 15/66 - AP Nr. 2 zu § 611 BGB Vertragsabschluß, zu I der Gründe, sowie vom 16. November 1979 - 2 AZR 1052/77 - AP Nr. 1 zu § 154 BGB, zu I 2 d der Gründe) in Einklang und wird auch insoweit von der Revision nicht angegriffen.

II. Das Berufungsgericht ist ferner im Ergebnis zutreffend davon ausgegangen, daß die in dem Vertragsentwurf enthaltene Probezeitklausel Inhalt dieses Arbeitsvertrages geworden ist.

1. Das Berufungsgericht hat im unstreitigen Teil des Tatbestandes seines Urteils festgestellt, daß die Parteien sich im Einstellungsgespräch auch über die dann in dem Vertragsentwurf



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



schriftlich niedergelegte Probezeitklausel geeinigt hatten. Der Kläger hatte dies im Termin vom 21. Mai 1981 selbst vorgetragen. Seine zunächst im Schreiben vom 6. Januar 1981 vertretene Ansicht, diese Klausel sei "vertraglich nicht zustande gekommen", hatte er lediglich mit der fehlenden Unterzeichnung des Vertragsentwurfs begründet und auch in der Berufungsinstanz nicht mehr aufrechterhalten. Die Beklagte hat zwar in der Berufungsbegründung den Zeugen N dafür benannt, daß die Vorschaltung einer Probezeit nach dem erklärten Willen der Beklagten einer Einigung bedurfte, sich für das Fehlen einer Einigung hierüber jedoch lediglich auf die Ausführungen in dem Schreiben des Klägers vom 6. Januar 1981 berufen. Nach dem als unstreitig festgestellten Sachverhalt ist es jedoch materiell zu einer Einigung über diesen Punkt gekommen. Die mit den Rechtsprechungsgrundsätzen des Senats (vgl. die Hinweise unter I) übereinstimmende Annahme des Berufungsgerichts, bereits im Hinblick auf die Einigung der Parteien über die Art der Dienstleistung und das Arbeitsentgelt sowie die tatsächliche Arbeitsaufnahme durch den Kläger sei auch entgegen der Vermutung des § 154 Abs. 1 BGB ein Vertrag zustande gekommen, hat demgemäß zur Folge, daß sämtliche Vertragsbedingungen, über die sich die Parteien bereits geeinigt hatten, und damit auch die Probezeitklausel, für sie bindend geworden sind. Die "Unklarheiten" bzw. "Punkte", über die nach der nicht substantiierten Darstellung des Klägers noch verhandelt worden ist, betrafen somit nicht die Probezeitklausel.

2. Mit der vom Berufungsgericht weiter gegebenen Begründung könnte dagegen das angefochtene Urteil zu diesem Punkt nicht ge-



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

halten werden. Wäre nämlich die Einigung über die Probezeitklausel noch offen geblieben, so läge insoweit eine Vertragslücke vor, die durch ergänzende Vertragsauslegung geschlossen werden müßte. Das ist jedoch nach der vorstehenden Begründung nicht erforderlich (vgl. dazu die unter I zitierten Senatsurteile).

III. Wie die Revision jedoch durchgreifend rügt, hat das Berufungsgericht die zum Vertragsinhalt gewordene Probezeitklausel des Vertragsentwurfs vom 21. Juli 1980 rechtsfehlerhaft dahin ausgelegt, daß die Probezeit bereits am 18. Juni 1980 begonnen habe. Nach der richtigen Auslegung, die der Senat selbst vornehmen kann, da der maßgebende Sachverhalt lückenlos feststeht (vgl. BAG 10, 122, 127 = AP Nr. 1 zu § 164 HGB) ist der 1. Juli 1980 als Beginn der Probezeit vereinbart und demgemäß die Kündigung wirksam zum 31. Januar 1981 ausgesprochen worden.

1. Das Berufungsgericht hat seine Ansicht im wesentlichen wie folgt begründet.

Mit der vollständigen Eingliederung des Klägers in den Betrieb seien alle rechtlichen Wirkungen, die auf den Beginn des Arbeitsverhältnisses folgten, eingetreten. Unerheblich sei, daß die Beklagte für die Zeit bis zum 30. Juni 1980 ein geringeres Entgelt gezahlt und der Kläger sich im wesentlichen über die neue Tätigkeit informiert habe, weil dies auch bei Arbeitsbeginn am 1. Juli 1980 nicht anders gewesen wäre. Ob das Arbeitsverhältnis bis zum 30. Juni 1980 gemäß § 8 BUrlG zunächst nichtig gewesen sei, weil der Kläger insoweit verbotswidrige Erwerbsarbeit wäh-



rend seines Urlaubs beim früheren Arbeitgeber geleistet habe, könne offen bleiben. Dieser mögliche Rechtsmangel des Arbeitsverhältnisses sei durch dessen Fortsetzung rückwirkend geheilt worden. Mit dem Beginn des Arbeitsverhältnisses ab 18. Juni 1980 habe deshalb auch die Probezeit zu laufen begonnen. Sollten die Parteien in der Präambel des Vertragsentwurfs zum Ausdruck gebracht haben, daß zwischen ihnen erst ab 1. Juli 1980 ein Arbeitsverhältnis begonnen habe, so sei diese Ansicht rechtsirrig. Andererseits sei stets davon auszugehen, daß eine Probezeit mit dem Arbeitsverhältnis beginne. Hierfür spreche im vorliegenden Fall auch, daß im Vertragsentwurf nur die Dauer, nicht aber der Beginn der Probezeit zeitlich fixiert worden sei.

2. Da es sich bei der Probezeitklausel um eine atypische Vertragsbestimmung handelt, kann ihre Auslegung durch das Berufungsgericht vom Revisionsgericht nur eingeschränkt daraufhin überprüft werden, ob sie widerspruchsfrei ist, keine wesentlichen Umstände unberücksichtigt läßt und nicht gegen Auslegungsgrundsätze, Denkgesetze oder Erfahrungssätze verstößt (vgl. BAG 5, 260, 263 = AP Nr. 5 zu § 4 TVG, zu 2 der Gründe). Auch diesem eingeschränkten Prüfungsmaßstab hält das angefochtene Urteil nicht stand. Das Berufungsgericht hat wesentlichen Auslegungstoff unberücksichtigt gelassen und insoweit bereits materielles Recht (§§ 133, 157, 242 BGB) verletzt.

a) Auszugehen ist zunächst vom Wortlaut des Vertragsentwurfs. Nach der Präambel sollte "mit Wirkung vom 1. Juli 1980 folgender Arbeitsvertrag", d. h. ein Arbeitsvertrag mit den nachfolgend



niedergelegten Bedingungen geschlossen werden. Schon das spricht dafür, daß ein Vertragsverhältnis **j e d e n f a l l s** zu diesen Bedingungen erst von diesem Tag an begründet werden sollte.

b) Das Berufungsgericht hat für seine Auslegung entscheidend darauf abgestellt, daß bereits ab 18. Juni 1980 ein wirksames Arbeitsverhältnis bestanden habe, und die Parteien, sollten sie von dem in der Präambel bezeichneten Vertragsbeginn ausgegangen sein, somit einem Rechtsirrtum unterlegen seien. Damit hat das Berufungsgericht jedoch ein unerhebliches Auslegungskriterium gewählt. Wie die Revision insoweit zutreffend rügt, kommt es für die Frage, wann nach dem Willen der Parteien die Probezeit beginnen sollte, nicht darauf an, wann nach der objektiven Rechtslage ein Arbeitsverhältnis begründet worden ist, sondern von welchem Zeitpunkt an die Parteien ein Arbeitsverhältnis zu den im Vertragsentwurf niedergelegten Bedingungen und demgemäß auch mit der darin festgelegten Probezeitklausel inkraft setzen wollten. Das Berufungsgericht hat in diesem Zusammenhang ferner nicht berücksichtigt, daß der Vertragsentwurf vom 21. Juli 1980 stammt, der darin enthaltene Vertragsbeginn in Kenntnis der vorzeitigen tatsächlichen Arbeitsaufnahme durch den Kläger gleichwohl auf den 1. Juli 1980 festgelegt worden ist und der Kläger auch in diesem Punkt bis zum Ausspruch der Kündigung nicht widersprochen hatte. Dieser Umstand spricht eindeutig dafür, daß unbeschadet der zuvor ausgeübten Tätigkeit die im Entwurf niedergelegten Vertragsbedingungen erst ab 1. Juli 1980 gelten sollten. Damit stimmt überein, daß für die bis zum 30. Juni 1980 ausgeübte Tätigkeit



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

kein dem für die Zeit danach vereinbarten Gehalt entsprechender anteiliger Betrag (etwa ein Drittel von 4.500,-- DM = 1.500,-- DM), sondern nur ein wesentlich niedrigerer gezahlt wurde. Für die Ermittlung des Parteiwillens ist es dagegen unerheblich, ob bis zum 30. Juni 1980 ein wirksames oder im Hinblick auf § 8 BUrlG nur ein faktisches Arbeitsverhältnis bestanden hat. Denn für dieses Arbeitsverhältnis sollten nach den vorstehend geschilderten, vom Berufungsgericht aber unberücksichtigt gelassenen besonderen Fallumständen jedenfalls nicht die in dem Vertragsentwurf niedergelegten Bedingungen gelten. Es braucht deshalb nicht auf die umstrittene Frage eingegangen zu werden, ob ein auf urlaubszweckwidrige Erwerbsarbeit gerichteter Arbeitsvertrag wegen Verstoßes gegen § 8 BUrlG nichtig ist (so die überwiegende Meinung, vgl. Dersch/Neumann, BUrlG, 6. Aufl., § 8 Rz 7; a.M. neuerdings Bachmann, GK-BUrlG, § 8 Rz 26; jeweils m.w.N.). Gleichfalls kann offen bleiben, ob in der Regel eine Probezeit mit der Arbeitsaufnahme auch dann beginnt, wenn die Parteien im Arbeitsvertrag einen späteren Beginn des Probearbeitsverhältnisses vereinbart haben (vgl. LAG Düsseldorf, AR-Blattei, Probearbeitsverhältnis, Entsch. 12).

3. Auf diesem Auslegungsfehler beruht auch das angefochtene Urteil (§ 549 Abs. 1 ZPO). Begann die sechsmonatige Probezeit erst am 1. Juli 1980, so konnte die Beklagte am 29. Dezember 1980 das Arbeitsverhältnis noch wirksam zum 31. Januar 1981 kündigen. Zwar ist die Vereinbarung insoweit unwirksam, als eine Kündigungsfrist von vier Wochen festgelegt wurde, weil die Mindestkündigungsfrist für Angestellte nach § 622 Abs. 1 Satz 2 BGB



einen Monat zum Monatsende beträgt. Die Vereinbarung ist jedoch, ebenso wie die Kündigung, nach § 140 BGB entsprechend der gesetzlichen Regelung umzudeuten. Die Beklagte hat danach auch die gesetzlich einzuhaltende Monatsfrist gewahrt, so daß durch ihre Kündigung das Arbeitsverhältnis der Parteien zum 31. Januar 1981 aufgelöst worden ist.

IV. Nach alledem war das angefochtene Urteil aufzuheben, das Urteil des Arbeitsgerichts abzuändern und die Klage mit der sich aus § 91 Abs. 1 ZPO ergebenden Kostenfolge abzuweisen.

Hillebrecht      Triebfürst      Dr. Weller

Dr. Bächle      Hans Mayr



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)