

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	XV
Literaturverzeichnis	XXI
Einleitung	1
Gang der Untersuchung	3
A. Das Probearbeitsverhältnis als Informationserhebungsinstrument	5
I. Hintergrund	5
1. Arbeitsleistungspflicht und Leistungsfähigkeit	5
2. Einstellung in Abhängigkeit von Eignung und Befähigung	7
a. Anforderungs- und Leistungsprofil	9
b. Informationsinteresse	10
c. Rechtliche und tatsächliche Grenzen der Informationsbeschaffung	10
3. Herstellung des Leistungsgleichgewichts	15
4. Trennung wegen mangelnder Eignung und Befähigung	16
a. Anfechtung	17
b. Kündigung	18
5. Ergebnis	20
II. Zweck und Eigenart des Probearbeitsverhältnisses	21
1. Erprobungszweck	21
2. Beendigungsvorbehalt	26
3. Erprobungsinteresse des Arbeitnehmers	27
III. Abgrenzungen	31
1. Einfühlungsverhältnis	31
2. Ausbildungsverhältnisse	32
3. Aushilfsarbeitsverhältnis	34

IV. Zusammenfassung zum Teil A	35
B. Die Ausgestaltung des Probearbeitsverhältnisses	37
I. Interessengegensatz	37
1. Begrenzungsinteresse	37
2. Entgrenzungsinteresse	38
a. Dem Grunde nach	38
aa. Wiedereinstellung	38
bb. Übernahme eines Leiharbeitnehmers	38
cc. Übernahme eines Auszubildenden	42
b. Dem Umfang nach	45
c. Bezüglich der leichteren Lösbarkeit	45
3. Grundrechtliches Spannungsverhältnis	46
II. Gesetzliche vorgesehene Vertragsgestaltungen zur Erprobung	50
1. Unbefristetes Probearbeitsverhältnis	50
a. Zulässigkeit dem Grunde nach	50
aa. Vereinbarung zu Beginn des Arbeitsverhältnisses	51
bb. Anrechnung von Vorbeschäftigungszeiten	51
cc. Anrechnung von Zeiten eines Berufsausbildungsverhältnisses	55
dd. Anrechnung von Zeiten einer Beschäftigung als Leiharbeitnehmer	57
ee. Ergebnis	58
b. Probezeitdauer	58
c. Beendigung	59
aa. Zeitschutz	60
bb. Bestandsschutz	60
aaa. Verbotswidrige Kündigung	60
bbb. Kündigungsschutz zweiter Klasse	61
ccc. Verfahrensmäßiger Kündigungsschutz	63
ddd. Besonderer Kündigungsschutz	67
d. Zusammenfassung	69
2. Sachgrundbefristung zur Erprobung	70
a. Allgemeines zur Befristung	70
aa. Beendigung allein durch Zeitablauf	71
bb. Sachgrunderfordernis	72
aaa. Richterrecht	72

bbb. TzBfG	74
b. Sachgrund der Erprobung	75
c. Abkoppelung des Befristungsrechts vom Kündigungsrecht	75
d. Sachliche Rechtfertigung	77
aa. Schädliche Vorbeschäftigung	77
bb. Übernahme eines Auszubildenden	78
cc. Übernahme eines Leiharbeitnehmers	81
dd. Tariflicher Ausschluss	81
e. Befristungsdauer	82
aa. Entgrenzungsinteresse	83
bb. Begrenzungsinteresse	83
cc. Ausgleich	85
aaa. Normalfall	85
bbb. Einfache Tätigkeiten	87
ccc. Längere Befristungsdauer	90
ddd. Anrechnung von Vorbeschäftigungszeiten	92
f. Bestandsschutz	92
3. Zusammenfassende Gegenüberstellung	93
III. Sachgrundlose Befristung zur Erprobung	96
1. Entwicklung der sachgrundlosen Befristung	96
a. Sachgrundlose Befristung nach Richterrecht	96
b. Beschäftigungsförderungsgesetze	96
c. Befristungsrichtlinie und Rahmenvereinbarung	98
d. Regelungszweck	100
2. Sachgrundlose Befristung zur Erprobung	100
a. Beendigung allein durch Zeitablauf	101
b. Sachgrundlosigkeit	101
c. Befristungsdauer	101
d. Vorbeschäftigungsverbot	102
aa. Arbeitsverhältnis	103
aaa. Schädlichkeit eines Berufsausbildungsverhältnisses	104
bbb. Schädlichkeit einer Beschäftigung als Leiharbeitnehmer	107
ccc. Ergebnis	108
bb. Zeitliche Reichweite des Vorbeschäftigungsverbots	108
aaa. Uneingeschränktes Vorbeschäftigungsverbot	108
bbb. Karenzrechtsprechung	109
ccc. Verfassungswidrige Rechtsfortbildung	109

ddd.	Verfassungskonforme Reduktion des Vorbeschäftigungsverbots	110
	(1) Aufgabe der Karenzrechtsprechung	111
	(2) Sehr lange zurückliegend	112
	(3) Ganz anders geartet	113
	(4) von besonders kurzer Dauer	113
	(5) Mischtatbestände	114
eee.	Erprobungsspezifische Bedeutung des Vorbeschäftigungsverbots und seiner verfassungskonformen Einschränkung	115
	(1) Uneingeschränktes Vorbeschäftigungsverbot	117
	(2) Karenzrechtsprechung	117
	(3) Verfassungskonforme Reduktion	118
	(4) Unzumutbarkeit und Erprobungsinteresse	119
fff.	Ergebnis	121
e.	Verlängerung	121
aa.	Verlängerungsvorteile	122
aaa.	Bestandsrisiko	122
bbb.	Rekrutierungspotenzial und -erfolg	123
ccc.	Bewährungspotenzial	124
bb.	Vergleich der Verlängerungsmöglichkeiten	125
aaa.	Verlängerungsmöglichkeit bei einer Probezeit	125
bbb.	Verlängerungsmöglichkeit bei einer Sachgrundbefristung zur Erprobung	128
ccc.	Verlängerungsmöglichkeit bei einer sachgrundlosen Befristung zur Erprobung	131
ddd.	Sachgrundlose Verlängerung einer Sachgrundbefristung zur Erprobung	131
cc.	Zusammenfassung	134
f.	Ergebnis	136
3.	Grundsätzliche Zulässigkeit als Erprobungsinstrument	137
a.	Befristungsschutz zweiter Klasse	137
aa.	Ausgangspunkt	138
bb.	Verfassungskonforme Auslegung und verfassungskonforme Reduktion	139
cc.	Verfassungskonforme Auslegung	141

dd.	Verfassungskonforme Reduktion	143
aaa.	Art. 12 Abs. 1 GG als verfassungsrechtlicher Maßstab	144
bbb.	Andersartige Beendigungsgrundlage	144
ccc.	Befristungsfreiheit	145
ddd.	Strukturelles Verhandlungsungleichgewicht	146
eee.	Schutzpflicht bei gestörter Vertragsparität	147
fff.	Untermaßverbot	149
ee.	Ergebnis	151
b.	Umgehung von § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 5 TzBfG	152
c.	Ergebnis	155
4.	Ausnahmsweise Unzulässigkeit als Erprobungsinstrument	155
a.	Tarifvertraglicher Ausschluss	156
aa.	Erweiterungen	156
bb.	Einschränkungen	157
cc.	Tarifliche Regelungen der Sachgrundbefristung zur Erprobung	160
dd.	Tarifliche Regelung eines Probearbeitsverhältnisses	161
b.	Arbeitsvertraglicher Ausschluss	164
IV.	Zusammenfassung zum Teil B	168
V.	Sachgrundlose Befristung zur Erprobung als „Königsweg“	170
1.	Die eigentliche Gestaltungsfrage	170
2.	Fehleranfälligkeit	171
3.	Rekrutierungszweck	173
4.	Gewicht des Erprobungsinteresses	174
5.	Konkrete Gefahr eines besonderen Kündigungsschutzes	175
6.	Vorteile einer langen Erprobung für den Arbeitnehmer	176
C.	Die Entfristung nach Bewährung	179
I.	Die Fortsetzungsausrichtung der sachgrundlosen Befristung zur Erprobung	179
II.	Die Überwindung der Befristung	184
1.	Gesetzliche Überwindung	184
2.	Vertragliche Überwindung	186
III.	Die schuldrechtliche Einordnung der unbefristeten Fortsetzung	187
1.	Unbefristete Fortsetzung als Wiedereinstellung	187
a.	Abwanderungsgefahr	188
b.	Administrativer Aufwand	188

c. Verlust der Verlängerungsoption	189
2. Änderung im funktionellen Sinne	190
3. Identitätsverlust durch unbefristete Fortsetzung	191
a. Verlängerung eines befristeten Dauerschuldverhältnisses	192
b. Bedeutung der Befristung für die Identität des Schuldverhältnisses	193
c. Rechtsfolgenverständnis von § 15 Abs. 5 TzBfG	194
d. Wandelung des Probearbeitsverhältnisses	194
e. Weitere, tiefgreifende Änderungen	195
4. Beseitigung von Zweifeln an der rechtlichen Grundlage	197
5. Ergebnis	201
IV. Die Umsetzung der vertraglichen Entfristung	202
1. Gesetzlicher Formzwang	203
2. Arbeitsvertraglicher Formzwang	204
3. Kollektivrechtlicher Formzwang	205
4. Folgen einer formwidrigen Entfristungsvereinbarung	206
5. Nachweis der Entfristung	207
6. Ergebnis	208
V. Der Anspruch auf Entfristung bei Bewährung dem Grunde nach	208
1. Vertragsfreiheit und Entfristungsfreiheit	209
a. Einstellungsfreiheit	210
b. Wiedereinstellungsfreiheit	212
c. Vertragsänderungsfreiheit	212
d. Bestandsfrage	214
e. Entfristungsinteresse	216
f. Grenzen der Vertragsänderungsfreiheit	217
g. Entfristungsfreiheit	220
2. Abschlusszwang unter dem Gesichtspunkt der Erprobung	220
a. Im Grundsatz kein Anspruch bei Bewährung	220
b. Culpa in contrahendo	221
c. Rechtsmissbrauch	224
d. Zwischenergebnis	226
e. Entscheidung nach billigem Ermessen	226
aa. Anwendbarkeit	227
bb. Einräumung eines Leistungsbestimmungsrechts	228
aaa. Vertraglich	228
bbb. Gesetzlich	230

ccc. Analog	231
cc. Ergebnis	231
f. Aufschiebend bedingtes Vorverhältnis	231
g. Fürsorgepflicht	232
aa. Schuldrechtliche Verortung	232
bb. Abschlusszwänge	234
cc. Reichweite der Rücksichtnahmepflichten	236
h. Zwischenergebnis	238
3. Rechtsgeschäftliche Selbstbindung unter dem Gesichtspunkt der Erprobung	239
a. Zusage einer Entfristung	239
b. Notwendigkeit einer Willenserklärung	240
c. Erprobungszweck als Auslegungsgegenstand	241
aa. Arbeitsvertragliche Eröffnung des Erprobungszwecks	242
bb. Gesonderte Eröffnung des Erprobungszwecks	245
cc. Zwischenergebnis	246
d. Auslegung des Erprobungszwecks	246
aa. Vorliegen einer Willenserklärung	246
bb. Auslegungsmaßstab	247
cc. Erklärungsgehalt	249
aaa. Beschränkter Bindungswille	250
bbb. Bedingter Fortsetzungswille	252
ccc. Bedeutung der Beurteilungsgrundlage	255
ddd. Zurechnung	257
eee. Besondere Umstände der Erprobung	257
(1) Reihenerprobung	257
(2) Ausdrückliche Sachgrundlosigkeit	258
(3) Erweiterte Eröffnung des Erprobungszwecks	262
(a) Verlangen einer Entfristungsaussicht	264
(b) Grund, dem Verlangen nachzukommen	265
(c) Überzeugungskraft	267
dd. Ergebnis	268
e. Schuldrechtliche Einordnung der Zusage	269
aa. Vorvertrag	269
bb. Aufschiebend bedingter Hauptvertrag	270
cc. Abgrenzung	271
dd. Ergebnis	274

f.	Vertragsschluss	274
aa.	Bei arbeitsvertraglicher Eröffnung des Erprobungszwecks	274
bb.	Bei gesonderter Eröffnung des Erprobungszwecks	274
aaa.	Stillschweigende Annahme	275
bbb.	Bindungsumfang der Zusage	276
ccc.	Entbehrlichkeit der Annahmeerklärung	277
ddd.	Zwischenergebnis	278
eee.	Wirksamkeit des Vertragsschlusses	278
(1)	Vollständigkeitsklausel	278
(2)	Formzwang	281
cc.	Ergebnis	282
g.	Anfechtbarkeit der Zusage	283
aa.	Anwendbarkeit der Anfechtungsregeln	283
bb.	Anknüpfungspunkt	284
aaa.	Fehlendes Erklärungsbewusstsein	285
(1)	Unverbindlich-erläuternde Eröffnung	286
(2)	Aufzeigen einer Entfristungsaussicht	287
bbb.	Inhaltsirrtum	288
(1)	Rechtsfolgenirrtum	289
(2)	Aufzeigen einer Entfristungsaussicht	290
ccc.	Zwischenergebnis	290
cc.	Kausalität	290
dd.	Anfechtungsfrist	291
aaa.	Kenntnis	291
bbb.	Unverzögliche Anfechtungserklärung	292
ee.	Nichtigkeit	293
ff.	Ersatz des Vertrauensschadens	296
4.	Ergebnis	297
VI.	Bedingungseintritt mit Bewährung	297
1.	Bewährung als Bedingung	297
a.	Bewährung als aufschiebende Bedingung	298
b.	Bewährung als bejahende Bedingung	299
2.	Begriff der Bewährung	301
3.	Anforderungsprofil	302
a.	Berufsfreiheit	303
b.	Die Festlegung vor der Einstellung zur Erprobung	303

c.	Gestaltungsfreiheit	306
aa.	Benachteiligungsverbot	306
bb.	Engere Schranken	308
aaa.	Anfälligkeit für sachfremde Erwägungen	308
(1)	Grundsätze zum Fragerecht	308
(2)	Diskriminierungsschutz durch Nichtwissen	309
(3)	Faktische Beschränkung der Einstellungsfreiheit	310
(4)	Entfristungsfreiheit	312
bbb.	Willkür und Unvernunft	315
ccc.	Sachliche Nachvollziehbarkeit	317
ddd.	Recht auf Arbeit	319
d.	Ergebnis	321
4.	Leistungsprofil	321
a.	Zeugnisse	322
aa.	Informationsfunktion	323
bb.	Werbefunktion	324
cc.	Bindungswirkung	325
b.	Personalbeurteilungen	327
aa.	Grenzziehungen durch Persönlichkeitsrecht	328
bb.	Bindungswirkung	332
c.	Ergebnis	332
5.	Bewährungsfeststellung als Akt feststellender Betrachtung	333
6.	Auswahlentscheidung bei Reihenerprobung	334
7.	Fortbestehender Beschäftigungsbedarf	336
8.	Ergebnis	337
VII.	Bewährungsförderungspflicht	338
1.	Gesetzliche Förderpflicht	338
2.	Schuldrechtliche Förderpflicht	339
3.	Beurteilungsrecht	342
4.	Aktive Förderpflichten	344
5.	Ergebnis	345
VIII.	Prozessuale Durchsetzung	345
1.	Klageart	345
2.	Klagefrist	350
3.	Darlegungs- und Beweislast	355
a.	Ausgangspunkt	355

b.	Sekundäre Darlegungslast	357
c.	Angreifen des Anforderungsprofils	358
d.	Angreifen des Leistungsprofils	361
e.	Reihenerprobung	363
f.	Anfechtung	365
4.	Ergebnis	365
IX.	Beteiligung des Betriebsrats bei der Entfristung	366
1.	Entfristung als Einstellung	366
a.	Allgemeiner Begriff der Einstellung	366
b.	Meinungsstand	368
c.	Wortlaut	369
d.	Regelungszweck	370
e.	Besonderheit bei einem befristeten Probearbeitsverhältnis	371
f.	Besonderheiten bei einer Reihenerprobung als Sonderfall eines befristeten Probearbeitsverhältnisses	372
g.	Ergebnis	374
2.	Unterrichtung bei Einstellung	375
3.	Auswahlrichtlinie bei Reihenerprobung	377
a.	Umfang des Beteiligungsrechts	377
b.	Inhaltliche Grundsätze	378
4.	Mitbestimmung über die einstellungserheblichen Anforderungen	380
a.	Meinungsstand	380
b.	Regelungsgegenstand	384
c.	Unverbindlichkeit	384
d.	Auswahlentscheidung	385
e.	Kernanforderungen	386
f.	Ergebnis	389
5.	Auswirkungen der Mitbestimmung auf die Bewährungsfeststellung	389
6.	Ergebnis	392
D.	Gesamtergebnis	393
E.	Ausblick	397
I.	Reform der Regelung der sachgrundlosen Befristung	397
II.	Umsetzung der Arbeitsbedingungenrichtlinie	399